

MONOPOLKOMMISSION

Sondergutachten 62

Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen

Sondergutachten der Monopolkommission
gemäß § 44 PostG in Verbindung mit § 81 Abs. 3 TKG 1996

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	9
Kurzfassung.....	11
1. Aktuelle Tendenzen im Postsektor	20
1.1 Entstehen von Kooperationen	20
1.2 Einsetzung einer Gruppe europäischer Postregulierer.....	22
2. Entwicklungen auf den Postmärkten	24
2.1 Marktentwicklung	24
2.2 Entwicklung der Deutschen Post AG	27
2.3 Beurteilung der Marktentwicklung.....	28
3. Regulatorische Problemfelder	30
3.1 Entgeltregulierung.....	30
3.1.1 Grundsätze der Entgeltregulierung.....	30
3.1.2 Price-Cap-Entscheidung der Bundesnetzagentur.....	31
3.1.3 Berücksichtigung von Zusatzkosten bei der Entgeltregulierung.....	35
3.2 Zu große Gestaltungsspielräume des regulierten Unternehmens	37
3.2.1 Erhöhung der Teilleistungsrabatte.....	37
3.2.2 Wettbewerb der DPAG über Tochterunternehmen.....	42
3.2.3 Versenden von individuellen Briefen zu Infobriefтарifen	45
3.3 Novellierung des Postgesetzes.....	46
3.3.1 Deregulierung?	47
3.3.2 Ex-ante Regulierung von Teilleistungsentgelten	47
3.3.2.1 Zurzeit Ex-post-Engeltkontrolle von Teilleistungsentgelten	47
3.3.2.2 Wiedereinführung der Ex-ante-Entgeltgenehmigungspflicht für Teilleistungsentgelte.....	49
3.3.3 Wirksamere Ex-post-Entgeltkontrolle.....	51
3.3.3.1 Entgeltkontrolle bei individuellen Rabattvereinbarungen	51
3.3.3.2 Vorlagepflicht für Teilleistungsverträge.....	54
3.3.4 Präzisierung der Missbrauchsmaßstäbe des § 20 Abs. 2 PostG.....	54
3.3.5 Stärkung der Antrags- und Klagerechte Dritter.....	56
3.3.6 Arbeitsmarktbedingungen im Postgesetz.....	56
3.3.7 Postzustellungsaufträge	57
3.3.8 Verweisung auf Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes	57
3.3.9 Umsetzung der Postdiensterrichtlinie 2008	59
4. Weitere Wettbewerbshemmnisse.....	60

4.1 Bund als Wettbewerbshüter und Anteilseigner.....	60
4.2 Umsatzsteuerbefreiung für Universaldienstleistungen.....	61
4.2.1 Neuregelung der Umsatzsteuerbefreiung	61
4.2.2 Kritikpunkte der Neuregelung.....	61
4.2.2.1 Voraussetzung des flächendeckenden Angebots von Universal-	
dienstleistungen in der Qualität der Post-Universaldienstleis-	
tungsverordnung	62
4.2.2.2 Steuerbefreiung von Freistemplern	65
4.2.2.3 Sachlicher Anwendungsbereich der Regelung	65
4.2.2.4 Zuständigkeit des Bundeszentralamtes für Steuern	66
4.2.2.5 Klage gegen negativen Bescheid des Bundeszentralamtes	
für Steuern	66
4.2.3 Anwendung der Regelung durch die Deutsche Post AG	66
4.2.4 Empfehlung	67
4.3 Zugang zu Postfachanlagen und Adressänderungsinformationen	68
4.4 Vergabe von Briefdienstleistungen.....	70
4.5 Rechtliche Probleme	71
4.5.1 Mindestlohn im Briefsektor	71
4.5.2 Behinderungen durch Missbrauch des Markenrechts und Verstöße	
gegen Wettbewerbsrecht.....	73
4.5.2.1 Marke „Post“	73
4.5.2.2 „Rote Briefkästen“	74
4.5.2.3 Verweigerung des Postident-Verfahrens	75
4.5.3 Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission	77
5. Handlungsempfehlungen der Monopolkommission	80

Verzeichnis der Tabellen

Tabelle 2.1:	Marktanteile im Briefbereich nach Umsätzen.....	24
Tabelle 2.2:	Marktanteile im Briefbereich nach Sendungsmengen.....	25
Tabelle 2.3:	Entwicklung der Neuabschlüsse von Teilleistungsverträgen seit 2000.....	26
Tabelle 2.4:	Anzahl der Wettbewerber der DPAG nach Umsatzgröße.....	27
Tabelle 2.5:	Entwicklung der DPAG.....	28
Tabelle 3.1:	Rabatte auf das Standardentgelt, Teilleistungen BZA.....	38
Tabelle 3.2:	Rabatte auf das Standardentgelt, Teilleistungen BZE.....	38
Tabelle 3.3:	Teilleistungsverträge über den Zugang zu Briefzentren 2010.....	50

Vorwort

Die Monopolkommission legt mit diesem Bericht ihr siebtes Sondergutachten zur Wettbewerbsentwicklung auf den deutschen Postmärkten vor und erfüllt damit den gesetzlichen Auftrag des § 44 PostG in Verbindung mit § 81 Abs. 3 TKG 1996. Die Monopolkommission nimmt Stellung zu der Frage, ob auf den Märkten des Postwesens funktionsfähiger Wettbewerb herrscht, und weist auf notwendige Konsequenzen für einzelne Regelungen des Postgesetzes hin. Die Verweisung des § 44 PostG auf das Telekommunikationsgesetz in seiner Fassung vom 25. Juli 1996 hätte aufgrund der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes einer Änderung des Postgesetzes bedurft. Dazu ist es noch immer nicht gekommen. Die Monopolkommission geht jedoch davon aus, dass der gesetzliche Auftrag für das Sondergutachten im Postsektor inhaltlich unverändert fortbesteht.

Zur Vorbereitung ihres Gutachtens zum Postbereich hat die Monopolkommission am 19. Mai 2011 in einer Anhörung mit Wettbewerbern und Verbänden über die Wettbewerbsentwicklung im Postwesen diskutiert. Teilnehmer waren die Deutsche Post AG (DPAG), der Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e.V. (BdKEP), der Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste e.V. (BIEK), der Deutsche Verband für Post, Informationstechnologie und Telekommunikation e.V. (DVPT), die TNT Post Holding Deutschland GmbH, die PIN Mail AG, die P2 Brief + Paket GmbH & Co. KG sowie die mailworXs GmbH. Schriftliche Stellungnahmen abgegeben haben der Bundesverband Briefdienste (BBD), der Bundesverband Deutscher Postdienstleister e.V. (BvDP), die Dynamic Parcel Distribution GmbH & Co. KG (DPD), die United Internet AG, die United Parcel Service Deutschland Inc. & Co. OHG (UPS) sowie die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di).

Die Monopolkommission bedankt sich bei dem wissenschaftlichen Sachverständigen Herrn Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. für seinen Beitrag zur Meinungsbildung.

Die Vizepräsidentin der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Frau Dr. Iris Henseler-Unger, sowie Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Behörde standen der Monopolkommission am 15. September 2011 zur Diskussion zur Verfügung. Weiterhin haben die Vorsitzende der Beschlusskammer 5 der Bundesnetzagentur, Frau Dreger, sowie die Beisitzer der Beschlusskammer 5, Herr Balzer und Herr Meyerding, am 9. November 2011 mit Vertretern der Monopolkommission Fragen der Price-Cap-Regulierung im Postbereich diskutiert.

Darüber hinaus gab es vielfältige Kontakte zwischen der Geschäftsstelle der Monopolkommission und Mitarbeitern der Bundesnetzagentur, des Bundeskartellamtes und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, des Wissenschaftlichen Instituts für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (WIK) sowie der Unternehmen und Verbände. Zudem standen der Vorsitzende der 1. Vergabekammer des Bundes, Herr Behrens, die Vorsitzende der 3. Vergabekammer des Bundes, Frau Herlemann, sowie die Vorsitzende der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf, Frau Bork-Galle, für telefonische Gespräche zur Verfügung. Die Monopolkommission dankt allen Beteiligten für ihre Mitwirkung.

Die Monopolkommission bedankt sich bei ihrer wissenschaftlichen Mitarbeiterin Frau Melanie Klick, die die Stellungnahme der Monopolkommission zur Entwicklung des Wettbewerbs auf den Postmärkten federführend betreut hat.

Kurzfassung

1.* Die Analyse der Marktentwicklung auf den Briefmärkten zeigt eine gegenüber dem letzten Post-Sondergutachten der Monopolkommission relativ unveränderte Wettbewerbssituation. Zwar sind die Marktanteile der Wettbewerber auf knapp über 10 % angestiegen und die Anzahl der Marktaustritte ist 2010 – im Vergleich zu 2009 – zurückgegangen. Diese Indizien sind jedoch kein ausreichender Beleg, um von einer wirklichen Intensivierung des Wettbewerbs auf den Briefmärkten zu sprechen. Die Wettbewerbsentwicklung ist insgesamt stagnierend und es besteht noch kein funktionierender Wettbewerb auf den Briefmärkten.

2.* Für diese stagnierende Wettbewerbsentwicklung sind zum einen ökonomische Wettbewerbshemmnisse, wie etwa Größen- und Verbundvorteile der Deutschen Post AG (DPAG) und Kostennachteile der Wettbewerber aufgrund von Lernkurven- und Reputationseffekten, verantwortlich. Zum anderen ist der Postmarkt von einer Vielzahl institutioneller Wettbewerbshindernisse geprägt. Zu diesen zählen insbesondere die unzureichenden Regelungen des Postgesetzes, welche der Bundesnetzagentur insgesamt keine wirkungsvolle Kontrolle der DPAG ermöglichen und der DPAG zu viele Gestaltungsspielräume belassen, sowie die Neuregelung der Umsatzsteuerbefreiung für Universaldienstleistungen, welche de facto noch immer die DPAG begünstigt.

Entgeltregulierung

3.* Die Entgelte der DPAG für Briefsendungen mit einem Einzelgewicht bis 1.000 g und einer Einlieferungsmenge von unter 50 Stück unterliegen der Ex-ante-Kontrolle durch die Bundesnetzagentur. Die Entgelte genehmigt die Bundesnetzagentur jeweils für einen Korb von zusammengefassten Dienstleistungen (Price-Cap-Verfahren). Die Bundesnetzagentur hat 2011 die dritte Price-Cap-Entscheidung getroffen. Die Monopolkommission beurteilt die aktuelle Price-Cap-Entscheidung grundsätzlich positiv. Diese ist im Vergleich zu früheren Price-Cap-Entscheidungen besser begründet. Dadurch wurde bezüglich der Price-Cap-Regulierung im Postbereich mehr Transparenz geschaffen. So hat die Bundesnetzagentur das Verfahren sowie die von der DPAG vorgelegten Kostenunterlagen dargelegt. Die Bundesnetzagentur hat erläutert, wie sie die von der DPAG vorgelegten Kosten überprüft hat. Hierbei hat sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung aufgrund der Kostenunterlagen der DPAG eigenständig berechnet. Auch hat sie ausführlich erklärt, wie sie die Produktivitätsfortschrittsrate berechnet hat. Die Monopolkommission beurteilt die Berechnung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sowie der Produktivitätsfortschrittsrate als plausibel und nachvollziehbar. Inwieweit die von der Bundesnetzagentur der Berechnung zugrunde gelegten Zahlen zutreffend sind, kann die Monopolkommission allerdings nicht beurteilen. Die Bundesnetzagentur gab ihr gegenüber zwar über die zugrunde liegenden Berechnungen Auskunft, gewährte jedoch keinen Zugang zu ihren Akten und Unterlagen, da im Postgesetz kein explizites Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission vorgesehen ist. In diesem Zusammenhang sei auch auf die Forderung der Monopolkommission nach einem expliziten Akteneinsichtsrecht bei der Bundesnetzagentur verwiesen. Die Monopolkommission brachte in vorangegangenen Post-Sondergutachten das Argument vor, dass die Höhe der Umsatzrenditen im Briefbereich belege, dass das Ausgangsentgeltniveau zu hoch sei. Dies verneint die Bundesnetzagentur in der aktuellen Entscheidung. Nach den

Erfassungssystemen der DPAG im externen Rechnungswesen würden die neutralen Aufwendungen, die bei der Entgeltregulierung als Lasten berücksichtigungsfähig sind, separat aufgeführt und nicht den einzelnen Segmenten zugeführt. Bei der Bestimmung der Umsatzrendite finde keine Zuschlüsselung der neutralen Aufwendungen zu den verschiedenen Segmenten statt. Im Rahmen der Entgeltregulierung würde die DPAG die Lasten hingegen nach dem Tragfähigkeitsprinzip umlegen. Dies bedeute, dass die DPAG die Lasten stärker solchen Produkten zurechne, bei denen höhere Preise am Markt durchsetzbar seien. Aus diesem Grund empfiehlt die Monopolkommission der Bundesnetzagentur, von der DPAG die Berechnung einer Umsatzrendite zu fordern, bei der die im Rahmen der Entgeltregulierung berücksichtigungsfähigen Lasten nach dem Tragfähigkeitsprinzip umgelegt wurden. Läge eine so berechnete Umsatzrendite über denjenigen Renditen, die in wettbewerblich organisierten Wirtschaftsbereichen üblicherweise erzielt werden, wäre dies ein Hinweis darauf, dass das Ausgangsentgeltniveau und folglich auch die regulierten Entgelte zu hoch sind.

4.* Nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG können bei der Entgeltbemessung bestimmte Zusatzkosten der DPAG, sog. Lasten, berücksichtigt werden. Hierunter fallen Kosten für die Einhaltung der im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen, die Kosten für die flächendeckende Versorgung mit Postdienstleistungen sowie alle Sonderlasten aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost. Nach Auskunft der Bundesnetzagentur werden auch die nicht wettbewerbsüblichen Löhne und Gehälter im Paketbereich in die Berechnung des Entgelts für die Price-Cap-Produkte einbezogen. Die Monopolkommission sieht es kritisch, höhere Entgelte aufgrund der Einbeziehung nicht wettbewerbsüblicher Löhne und Gehälter zu genehmigen.

5.* Insgesamt beurteilt die Monopolkommission die über § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG bestehende Möglichkeit kritisch, Entgelte zu genehmigen, die über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen. Sie empfiehlt, die Regelungen des § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG sowie des gleichlautenden § 3 Abs. 4 Satz 3 PEntgV zu streichen. Damit würde sichergestellt, dass zukünftig die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der einzig relevante Maßstab für die Entgeltregulierung sind. Eine Preisstruktur, die sich auch auf einem Markt mit Wettbewerb bilden würde, kann durch Regulierung nur entstehen, wenn die regulierten Entgelte den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen. Entgelte, die darüber hinaus noch andere Kostenkomponenten enthalten, spiegeln weder in Höhe noch Struktur die Preise wider, die bei Wettbewerb entstehen würden. Eine derartige Verzerrung der Preisstruktur der DPAG kann dazu führen, dass sich der Markteintritt auch für diejenigen Unternehmen lohnt, die weniger effizient als die DPAG sind. Dies sollte vermieden werden.

Zu große Gestaltungsspielräume des regulierten Unternehmens

6.* Der DPAG wird nach dem aktuellen Postgesetz ein zu großer Gestaltungsspielraum bei der Preissetzung eingeräumt. Die DPAG ist als marktbeherrschender Anbieter verpflichtet, Teile der von ihr erbrachten Beförderungsleistungen („Teilleistungen“) gesondert anzubieten. Auf die direkt in den Briefzentren eingelieferten vorsortierten Briefmengen gewährt die DPAG einen Rabatt auf das Standardentgelt. Zum 1. Juli 2010 hat die DPAG die Teilleistungsrabatte erhöht und die gesamte Rabattstaffel um zwölf Prozentpunkte angehoben. Die Bundesnetzagentur hat diese Erhöhung der Teilleistungsrab-

batte nachträglich auf ihre Missbräuchlichkeit hin geprüft, das Verfahren jedoch eingestellt. Sie hat dies damit begründet, dass die aktuellen Teilleistungsrabatte die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung deckten sowie einen angemessenen Beitrag zur Deckung der Sonderlasten der DPAG leisteten. Bei diesen Teilleistungsentgelten hat die DPAG, im Vergleich zu früheren Teilleistungsentgelten, die berücksichtigungsfähigen Lasten in reduzierter Höhe geltend gemacht und in ihrer Kalkulation teilweise auf deren Ansatz verzichtet.

7.* Die DPAG tritt zurzeit ebenfalls über ihre Tochterunternehmen First Mail Düsseldorf GmbH und Williams Lea Inhouse Solutions GmbH am Markt auf. First Mail ist im Ruhrgebiet, Düsseldorf und Berlin tätig. Die DPAG hat mit First Mail teilweise ein zweites Zustellnetz aufgebaut und bietet über diese Tochtergesellschaft günstigere Entgelte als die Muttergesellschaft an. Die Bundesnetzagentur hat mit Beschluss vom 14. Juni 2011 die Entgelte von First Mail für die Postdienstleistungen C6, C5 und C4 sowie die Entgelte für sog. Massensendungen für missbräuchlich erklärt. Sie hat entschieden, dass die marktbeherrschende Stellung der DPAG auf dem bundesweiten Markt für Standardbriefdienstleistungen bis 1.000 g aufgrund der Konzernverbundenheit gemäß § 36 Abs. 2 GWB auch für die hundertprozentige Tochtergesellschaft First Mail gelte. Darüber hinaus hat die Bundesnetzagentur entschieden, dass die DPAG gegen das Diskriminierungsverbot verstößt, indem sie über First Mail gleichartigen Abnehmern günstigere Entgelte für vergleichbare Leistung gewährt.

8.* Die Monopolkommission begrüßt diesen Beschluss der Bundesnetzagentur. Einem Tochterunternehmen der DPAG, das mit dieser über einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag verbunden ist, muss die marktbeherrschende Stellung der DPAG zugerechnet werden und es muss ebenfalls als marktbeherrschend angesehen werden. Konsequenterweise müssen für dieses Tochterunternehmen dann auch die gleichen Entgelt- und Missbrauchsmaßstäbe wie für das marktbeherrschende Mutterunternehmen gelten. Jede andere Wertung hätte es der marktbeherrschenden DPAG ermöglicht, Teile ihrer Produktion auf Tochterunternehmen auszulagern und über diese zu Verdrängungspreisen anzubieten, um Wettbewerber aus dem Markt zu drängen. Damit würde der DPAG die Möglichkeit eröffnet, die Regulierungsvorschriften durch eine formale Umgestaltung der Konzerngesellschaften zu umgehen. Nach Auffassung der Monopolkommission belegt dieser Fall, dass der DPAG nach dem aktuell geltenden Postgesetz noch zu viele Möglichkeiten bleiben, ihre Wettbewerber zu behindern. Um sicherzustellen, dass es der DPAG in Zukunft nicht mehr möglich ist, Postdienstleistungen über ihre Tochterunternehmen zu missbräuchlichen Verdrängungspreisen anzubieten, wäre zu überlegen, eine klarstellende Vorschrift ins Postgesetz einzufügen. Diese sollte, vergleichbar § 36 Abs. 2 GWB, regeln, dass die abhängigen oder herrschenden Unternehmen im Sinne des § 17 AktG oder Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG als einheitliche Unternehmen anzusehen sind und dass folglich die Regelungen des Postgesetzes bezüglich der Marktbestimmung und Entgeltgenehmigung auch für die Tochterunternehmen der DPAG gelten.

9.* Die Bundesnetzagentur prüft zurzeit, ob die DPAG individuelle Standardbriefe von manchen Kunden zum günstigeren Infoposttarif versendet, diesen jedoch anderen Kunden nicht anbietet. Sollte dieser von Wettbewerbern der DPAG vorgetragene Vorwurf zutreffen, läge hierin eine unzulässige Diskriminierung.

Novellierung des Postgesetzes

10.* Durch die Regelungen des Postgesetzes wird der DPAG ein zu großer Gestaltungs- und Handlungsspielraum eingeräumt. Auch verfügt die Bundesnetzagentur über keine ausreichenden Ermittlungsbefugnisse, um eine wirkungsvolle und effektive Ex-post-Entgeltkontrolle zu gewährleisten und missbräuchliches Verhalten der marktbeherrschenden DPAG aufzudecken und zu untersagen. Insgesamt hat die Erfahrung der letzten Jahre gezeigt, dass das Postgesetz keine ausreichenden Mittel bietet, um den Wettbewerb zu fördern. Das Postgesetz hat sich vielmehr als wettbewerbshemmend erwiesen. Eine verbesserte Missbrauchsaufsicht sowie eine Stärkung der Befugnisse der Bundesnetzagentur könnten zu einem Aufbrechen der stagnierenden und festgefahrenen Wettbewerbssituation führen. Aus diesen Gründen unterbreitet die Monopolkommission die folgenden Vorschläge.

11.* Zunächst spricht sich die Monopolkommission angesichts der noch immer marktbeherrschenden Stellung der DPAG sowie der aktuell stagnierenden Sendungsmengen gegen eine Aufhebung der Endkundenpreisregulierung aus.

12.* Die Teilleistungsentgelte der DPAG werden seit dem 1. Januar 2008 nicht mehr ex ante reguliert, sondern unterliegen der Ex-post-Entgeltkontrolle. Die Monopolkommission empfiehlt eine explizite Wiedereinführung der Ex-ante-Genehmigungspflicht für Teilleistungsentgelte. Aufgrund der stagnierenden Sendungsmengen im Briefbereich und der gestiegenen Menge der über den Teilleistungszugang eingelieferten Sendungen ist der Zugang zu Teilleistungen der marktbeherrschenden DPAG als entscheidend für die zukünftige Entwicklung des Wettbewerbs anzusehen. Angesichts der gestiegenen Bedeutung des Teilleistungszugangs für den Wettbewerb und vor dem Hintergrund der unter den gegebenen Rahmenbedingungen mangelnden ökonomischen Duplizierbarkeit der von den Wettbewerbern bei der DPAG eingekauften Leistungen sollten die Teilleistungsentgelte ex-ante reguliert werden. Zudem kommt der Teilleistungszugang im Postmarkt nicht nur den Wettbewerbern des Marktbeherrschers zugute, sondern auch großen Unternehmen, die ihre Briefmengen direkt bei der DPAG einliefern. Eine Ex-ante-Entgeltgenehmigung von Teilleistungsentgelten stellt damit auch eine Regulierung der Entgelte für Endkunden dar.

13.* Individuelle Preisvereinbarungen der DPAG mit ihren Großversendern unterliegen nicht der Ex-ante-Genehmigung durch die Bundesnetzagentur, sondern einer nachträglichen Kontrolle. Damit die Bundesnetzagentur ein Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle einleiten kann, muss sie jedoch über belegbare Hinweise auf ein möglicherweise wettbewerbswidriges Verhalten der DPAG verfügen. Die Bundesnetzagentur kann aus eigener Initiative allerdings keine anderen Verträge als Teilleistungsverträge einsehen. Hierin liegt bei individuellen Preisvereinbarungen der DPAG mit ihren Großversendern ein Informationsdefizit der Bundesnetzagentur. Aus diesem Grund empfiehlt die Monopolkommission, eine Vorlagepflicht für individuelle Großkundenverträge der DPAG bei der Bundesnetzagentur einzuführen. Eine solche Vorschrift könnte § 38 Abs. 1 Satz 3 TKG entsprechend gestaltet werden. Dieser Regelung nach sind Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen, die nicht ohne weiteres auf eine Vielzahl anderer Nachfrager übertragbar sind, der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsabschluss zur Kenntnis zu geben. Dies träfe auf individuelle Großkundenverträge zu. Die Bundesnetzagentur hätte dann die Möglichkeit, aufgrund der Kenntnis

des Vertragsinhalts bei einem in diesem Vertrag enthaltenen wettbewerbsbehindernden Rabatt ein Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle einzuleiten. Das Informationsdefizit der Bundesnetzagentur würde dadurch behoben und eine wirksame Entgeltkontrolle ermöglicht, wodurch letztlich der Wettbewerb gestärkt würde.

14.* Verträge über Teilleistungen sind der Bundesnetzagentur innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss von der DPAG vorzulegen. Um die Ex-post-Entgeltkontrolle von Teilleistungsverträgen wirkungsvoller zu gestalten, empfiehlt die Monopolkommission, § 30 PostG vergleichbar § 38 Abs. 1 Satz 1 und 2 TKG zu ändern. Danach sind der Ex-post-Entgeltkontrolle unterliegende Entgelte im Telekommunikationsbereich der Bundesnetzagentur innerhalb von zwei Monaten vor deren Inkrafttreten vorzulegen. Die Bundesnetzagentur untersagt innerhalb von zwei Wochen nach Vorlage der Entgelte die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Prüfung, wenn die geplante Entgeltmaßnahme offenkundig missbräuchlich im Sinne des § 28 TKG wäre.

15.* Die sog. Preis-Kosten-Schere wird sowohl nach deutschem als auch nach europäischem Kartellrecht als ein Fall des Behinderungsmisbrauchs beurteilt. Eine Preis-Kosten-Schere liegt vor, „wenn die Differenz zwischen den Endkundenentgelten eines marktbeherrschenden Unternehmens und dem Vorleistungsentgelt für vergleichbare Leistungen an seine Wettbewerber entweder negativ ist oder nicht ausreicht, um die projektspezifisch Kosten des marktbeherrschenden Betreibers für die Erbringung seiner eigenen Endkundendienste im nachgeordneten Markt zu decken.“¹ Die Problematik einer solchen Preis-Kosten-Schere kann sich auch im Postsektor stellen. Aufgrund der wettbewerbsbehindernden Wirkung, die von solchen Preis-Kosten-Scheren ausgeht, wäre eine Klarstellung im Gesetzestext wünschenswert, dass diese unter das Abschlagsverbot des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG fallen. Eine Präzisierung der Vorschrift würde eine effektivere Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur ermöglichen. Eine solche Regelung könnte entsprechend § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG ausgestaltet werden. Dort ist die Preis-Kosten-Schere explizit als ein Fall des Missbrauchs geregelt.

16.* Die Bundesnetzagentur kann ein Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle nur von Amts wegen einleiten, Dritte haben kein Antragsrecht. Aufgrund der unverändert andauernden marktbeherrschenden Stellung der DPAG sowie der oben ausgeführten Informationsdefizite der Bundesnetzagentur empfiehlt die Monopolkommission, im Postgesetz eine Vorschrift einzuführen, nach der Dritte einen Antrag auf Eröffnung eines Missbrauchsverfahrens sowie einer Entgeltüberprüfung stellen können.

17.* § 2 Abs. 2 Nr. 5 PostG sowie § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG sollten gestrichen werden. Diese Vorschriften regeln Arbeitsmarktbedingungen. Bei einer Auslegung dieser Vorschriften, die das Niveau der DPAG als entscheidungserheblichen Maßstab nimmt, sind diese Vorschriften geeignet, dem angestrebten Wettbewerb im Postsektor entgegenzuwirken.

18.* Entgelte für förmliche Zustellungen aller Anbieter unterliegen einer Ex-ante-Entgeltregulierung. Die Monopolkommission empfiehlt, diese Ex-ante-Genehmigungspflicht zu streichen. Für Entgelte der DPAG für Postzustellungsaufträge sollte sie jedoch zunächst beibehalten und gegebenenfalls später auf eine Ex-post-Entgeltkontrolle

¹ Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 21. Mai 2003, Deutsche Telekom, ABl. EU Nr. L 263 vom 14. Oktober 2003, S. 9, S. 24, Rn. 107.

zurückgeführt werden. Die nach dem Postgesetz vorgesehene Veröffentlichungspflicht für genehmigte Entgelte sollte für Entgelte für Postzustellungsaufträge gestrichen werden. Damit würde der DPAG eine wirksame Teilnahme an Ausschreibungen ermöglicht. Bei einer Veröffentlichung der genehmigten Entgelte wären allen an einer Ausschreibung teilnehmenden Wettbewerbern der DPAG deren Entgelte bekannt, welche sie dann geringfügig unterbieten könnten.

19.* In § 44 Satz 2 PostG wird auf mehrere Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes verwiesen. Diese wurden inzwischen bereits mehrfach geändert. Aufgrund dieser Veränderungen des Telekommunikationsgesetzes herrscht Unsicherheit darüber, wie weit die Verweisung des Postgesetzes reicht. Die Monopolkommission befürwortet aufgrund der zunehmenden Verselbständigung des Postregulierungsrechts die Aufnahme der entsprechenden Vorschriften direkt in das Postgesetz.

20.* Die Postdienstrichtlinie 2008 sollte umgesetzt werden. Die Monopolkommission sieht Umsetzungsbedarf z.B. in einer Anpassung des Postgesetzes an Art. 11a der Richtlinie. Dieser regelt, dass die Mitgliedstaaten Zugang zu den „Komponenten der postalischen Infrastruktur“ gewährleisten. Aktuell regelt § 29 PostG allerdings nur die Verpflichtung, Zugang zu Postfachanlagen sowie Adressänderungsdatenbanken zu gewährleisten.

Umsatzsteuerbefreiung für Universaldienstleistungen

21.* Seit dem 1. Juli 2010 sind nicht mehr die unmittelbar dem Postwesen dienenden Umsätze der DPAG, sondern nur noch Universaldienstleistungen unter bestimmten Voraussetzungen von der Umsatzsteuer befreit. Voraussetzung für die Steuerbefreiung ist unter anderem, dass der Postdienstleister sich verpflichtet hat, zumindest einen Teilbereich der Universaldienstleistung flächendeckend im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland anzubieten. Die Monopolkommission begrüßt es grundsätzlich, dass die Umsatzsteuerpflicht geändert wurde. Die jetzige Regelung gilt für alle Postdienstleister gleichermaßen und ist prinzipiell eher geeignet, eine umsatzsteuerrechtliche Gleichstellung der Wettbewerber mit der DPAG zu erreichen.

22.* Die Neuregelung stellt jedoch noch immer ein Wettbewerbshindernis dar, da faktisch nur die DPAG Universaldienstleistungen umsatzsteuerbefreit anbieten kann. Zunächst wirkt das Erfordernis des flächendeckenden Angebots wie eine Markteintrittsbarriere. Ein neuer Wettbewerber profitiert erst dann von der Befreiung der Umsatzsteuer, wenn er die betreffenden Leistungen flächendeckend anbietet. Dies ist aber in der Zeit nach dem Markteintritt in der Regel noch nicht der Fall. Gerade dann ist es jedoch für einen neuen Wettbewerber entscheidend, den Kunden besonders günstige Angebote zu unterbreiten, um Nachfragern einen Anreiz zum Wechsel des Postdienstleisters zu geben. Zugleich hat ein neuer Anbieter zunächst durch niedrigere Sendungsvolumina erhebliche Skalennachteile gegenüber den bereits etablierten Unternehmen.

23.* Darüber hinaus hat das Bundesministerium der Finanzen zur Anwendung der Steuerbefreiung für Postuniversaldienstleistungen die Einhaltung der Anforderungen an die Qualität des Universaldienstes im Sinne der §§ 2 bis 4 PUDLV gefordert. Folglich muss jedes Unternehmen, welches in den Genuss der Umsatzsteuerbefreiung kommen möchte, unter anderem die dort getroffenen Vorgaben zur Vorhaltung von stationären Einrichtungen und Briefkästen erfüllen. Zudem wird festgelegt, dass alle Unternehmer, die

die Kriterien der Umsatzsteuerbefreiung selbst erbringen, begünstigt sein können. Dies bedeutet, dass nach der Auslegung des Bundesfinanzministeriums nur solche Unternehmen von der Umsatzsteuer befreit werden können, die die Qualitätsanforderungen der Post-Universaldienstleistungsverordnung alleine erbringen. Das Erfordernis der Einhaltung dieser Qualitätsvorgaben bewirkt aus den gleichen Gründen wie das Erfordernis der flächendeckenden Erbringung von Universaldienstleistungen eine Wettbewerbsverzerrung. Es verstärkt diese Behinderung vielmehr noch, da die Hürde zum Erreichen der Steuerbefreiung noch höher gelegt wird. Insgesamt führen diese Voraussetzungen der Steuerbefreiung dazu, dass nur die DPAG als Anbieter von Universaldienstleistungen von der Steuer befreit werden kann. Bislang hat lediglich die DPAG eine Steuerbefreiungsbescheinigung gemäß § 4 Nr. 11b UStG erhalten.

24.* Damit gehen auch von der geänderten Umsatzsteuerregelung wettbewerbsbehindernde Wirkungen aus. Aus diesem Grund empfiehlt die Monopolkommission, dass sich die Bundesrepublik Deutschland auf europäischer Ebene für eine Änderung der Mehrwertsteuersystemrichtlinie einsetzt. Art. 132 Abs. 1 lit. a) MwStSystRL, welcher regelt, dass die von öffentlichen Posteinrichtungen erbrachten Dienstleistungen und dazugehörige Lieferungen von Gegenständen von der Steuer befreit sind, sollte gestrichen werden. Damit würde eine wettbewerblich neutrale Lösung geschaffen, da alle Anbieter für die gleiche Leistung steuerlich gleich behandelt würden, auch dann, wenn sie nur lokal oder regional tätig sind. Darüber hinaus gibt es für die Monopolkommission keinen überzeugenden Grund für eine Umsatzsteuerbefreiung von Postuniversaldienstleistungen. Auch Dienstleistungen in anderen Bereichen der Daseinsvorsorge, welche zu den Grundbedürfnissen der Bevölkerung gehören, sind nicht von der Umsatzsteuer befreit.

Kooperationen alternativer Briefdienstleister

25.* In den letzten Jahren haben sich durch den Zusammenschluss regionaler Briefdienstleister Kooperationen zur überregionalen Zustellung gebildet. Diese haben jedoch bis jetzt noch keine flächendeckenden Annahme- und Zustellstrukturen erreicht. Die Monopolkommission begrüßt die Bildung von Kooperationen von regionalen Briefdienstleistern. Hierdurch können überregionale und flächendeckende alternative Annahme- und Zustellstrukturen erreicht werden, welche gewährleisten, dass ein Wettbewerb zwischen der DPAG und alternativen Briefdienstleistungsunternehmen entlang der gesamten Wertschöpfungskette stattfindet.

26.* Die Monopolkommission kann der bisweilen von der DPAG über die Presse geäußerten Auffassung, parallele Annahme- und Zustellstrukturen seien nicht effizient, nicht zustimmen. In Ballungsgebieten, wie z.B. dem Ruhrgebiet oder Berlin, werden bereits parallele Netze betrieben. Nach Auffassung der Monopolkommission gibt es auch keine überzeugenden Belege dafür, dass parallele Annahme- und Zustellstrukturen in der Fläche ineffizient sind. Wenn bei parallelen Netzen Größenvorteile nicht maximal ausgeschöpft werden können, sind diese bei einer statisch (zu einem gegebenen Zeitpunkt) durchgeführten Betrachtung nicht effizient. Ein Monopolist hat in der Regel jedoch einen schwächeren Anreiz zu Kosteneffizienz und zudem in dynamischer Hinsicht typischerweise schwächere Anreize zu Produkt- sowie Prozessinnovationen als ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen. Aufgrund dieser dynamischen Effekte sind paral-

lele Annahme- und Zustellstrukturen im Briefmarkt eher wünschenswert. Auch zeigt der Wettbewerb im Paketmarkt, der kaum strukturelle Differenzen zum Postmarkt hat, dass es möglich ist, parallele und alternative Annahme- und Zustellstrukturen aufzubauen und gewinnbringend zu betreiben.

Bund als Wettbewerbshüter und Anteilseigner

27.* Der Bund hat seine Anteile an der DPAG zwar vollständig an die KfW Bankengruppe verkauft, die KfW hält allerdings noch immer 30,5 % der Anteile an der DPAG. Die KfW wird diese Anteile bei günstigen Kapitalmarktbedingungen am Markt platzieren. Die Gewinne aus der Veräußerung dieser Anteile fließen hierbei ultimativ dem Bund zu. Damit befindet sich der Bund noch immer in einem Interessenkonflikt in seiner Rolle als Anteilseigner der DPAG und Wettbewerbshüter. Die Monopolkommission hält es darum für dringend erforderlich, dass sich der Bund schnellstmöglich von allen Finanzinstrumenten trennt, die dazu führen, dass er ein spezielles finanzielles Interesse an der DPAG hat.

Zugang zu Postfachanlagen und Adressänderungsinformationen

28.* Die DPAG hat als marktbeherrschendes Unternehmen anderen Anbietern Zugang zu ihren Postfachanlagen und Informationen über Adressänderungen zu gewähren. Wenn die Zugangsbedingungen, wie es die DPAG bisher praktiziert hat, in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt sind, unterliegen die Entgelte für den Zugang einer Ex-ante-Genehmigung durch die Bundesnetzagentur. Die von der Bundesnetzagentur genehmigten Entgelte lagen stets unter den von der DPAG beantragten Entgelten. Daran zeigt sich nach Ansicht der Monopolkommission, dass die Ex-ante-Genehmigung für den Zugang zu Adressänderungen und Postfachanlagen immer noch erforderlich ist.

Vergabe von Briefdienstleistungen

29.* Gegenüber der Monopolkommission wurde von Wettbewerbern der DPAG die Vermutung geäußert, die DPAG leite in Fällen, in denen ein öffentlicher Auftraggeber den Zuschlag eines Auftrags an einen Wettbewerber plane, gegen diese geplanten Vergaben strategisch und systematisch Nachprüfungsanträge ein, um einen Zuschlag an Wettbewerber hinauszuzögern. Die Nachforschungen der Monopolkommission haben diese Vermutung nicht bestätigt.

Mindestlohn im Briefsektor

30.* Der Tarifvertrag über Mindestlöhne für die Branche der Briefdienstleistungen wurde vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales mit der sog. Postmindestlohnverordnung für allgemeinverbindlich erklärt. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Januar 2010 letztinstanzlich entschieden, dass diese Postmindestlohnverordnung unwirksam ist. Die Monopolkommission begrüßt, dass diese staatliche Einflussnahme auf die Lohnbildung im Postsektor und damit auch auf die Wettbewerbsverhältnisse im Postmarkt nun durch das Bundesverwaltungsgericht vorerst beseitigt wurde. Der Gesetzgeber sollte einem möglichen neuen Antrag auf Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifver-

trags aufgrund der wettbewerbsbehindernden Wirkung des Postmindestlohns keinesfalls nachkommen.

Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission

31.* Der Monopolkommission sollte auch im Postsektor explizit das Recht gewährt werden, Einsicht in die Akten der Bundesnetzagentur zu nehmen.

1. Aktuelle Tendenzen im Postsektor

1.1 Entstehen von Kooperationen

1. Auf den Briefmärkten haben sich zwei Wettbewerbsmodelle entwickelt: der Wettbewerb über den Netzzugang (Teilleistungszugang) sowie der Wettbewerb durch parallele Annahme- und Zustellnetze. § 28 Abs. 1 Satz 1 PostG regelt, dass marktbeherrschende Anbieter von lizenzpflichtigen Postdienstleistungen verpflichtet sind, Teile der von ihnen erbrachten Beförderungsleistungen gesondert anzubieten. Beim Wettbewerb über den Netzzugang erbringen Briefdienstleister Vorleistungen, wie die Vorsortierung und die Einlieferung der Briefe in Briefzentren der Deutschen Post AG (DPAG) und erhalten dafür einen sog. Teilleistungsrabatt auf das von der DPAG für die Beförderung des Briefes in Rechnung gestellte Entgelt. Die DPAG übernimmt dann die weiteren Teile der Beförderungsleistung wie etwa die Zustellung der Briefe. Beim Zustellwettbewerb hingegen verfügen die Wettbewerber über ein eigenes Zustellnetz, so dass sie nicht auf den Netzzugang zur DPAG und damit auf die Zustellung der Briefe durch die DPAG angewiesen sind. Sie stehen mit der DPAG über die gesamte Wertschöpfungskette – vom Absenden des Briefes bis zur Zustellung – in Wettbewerb.

2. Aktuell ist der Briefmarkt dadurch gekennzeichnet, dass dem marktbeherrschenden Unternehmen DPAG mit ca. 90 % Marktanteil eine große Anzahl an kleinen Briefdienstleistern gegenübersteht, die oftmals nur regional arbeiten und eine geringe Kapitalausstattung haben.² Für alternative Briefdienstleister ist der Aufbau eines parallelen Zustellnetzes jedoch – vor allem zu Beginn ihrer Geschäftstätigkeit – risikobehaftet. Sie benötigen eine hohe Anzahl an Beschäftigten für die Zustellung, können jedoch nur eine relativ geringe Menge an Sendungen in ihr Netz einspeisen und profitieren daher nicht von Größenvorteilen. Aus diesem Grund sind alternative Briefdienstleister in der Anfangsphase mit ihrem Zustellnetz im Regelfall auf ein regionales Gebiet beschränkt. Eine überregionale Zustellung können sie ihren Kunden anfangs nur über einen Netzzugang bei der DPAG anbieten.

3. Bis zum heutigen Zeitpunkt hat noch kein alternativer Briefdienstleister ein eigenes flächendeckendes Zustellnetz aufgebaut. Es ist zwar einigen Briefdienstleistern gelungen, ein alternatives Zustellnetz aufzubauen, dies allerdings nur auf regionaler Ebene, z.B. in Ballungsgebieten. Jedoch haben sich im Briefmarkt in den letzten Jahren durch den Zusammenschluss regionaler Briefdienstleister Kooperationen zur überregionalen Zustellung gebildet. Hierbei sind vor allem das Netzwerk „Mail-Alliance“ sowie der Verbund „P2 – Die zweite Post“ zu nennen. Diese verfolgen das Ziel, eine flächendeckende überregionale Zustellung außerhalb des Netzes der DPAG zu erreichen, um so eine End-to-End-Beförderung von Briefen anzubieten und einen alternativen bundesweiten Briefversand zu ermöglichen. Beide Netzwerke haben jedoch bis zum jetzigen Zeitpunkt noch keine bundesweiten, flächendeckenden Annahme- und Zustellstrukturen erreicht.

4. Die P2 Brief+Paket GmbH & Co. KG wurde 2007 gegründet und besteht aus einem Verbund von regionalen Postdienstleistern sowie vier regionalen Hubs zur Sicherung

2 Die Bundesnetzagentur schätzte gegenüber der Monopolkommission den erwarteten Marktanteil der DPAG im lizenzpflichtigen Briefbereich 2010 auf 88,6 % nach Umsätzen sowie auf 88,8 % nach Sendungsmengen. Die Anzahl der im Briefbereich aktiven Lizenznehmer bezifferte sie auf 600 bis 650.

der Zustellung.³ Die Mail Alliance wurde Anfang 2010 von TNT Post Deutschland, der Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck, der Logistic-Mail-Factory und dem Citipost-Verbund gegründet und besteht zurzeit eigenen Angaben zufolge aus über 120 regionalen Briefdienstleistern.⁴ Diese Briefdienstleister speisen ihre bundesweiten Briefe in das Netz der Mail Alliance ein. In vier Hubs der Mail Alliance in Würzburg, Essen, Hannover und Berlin werden die Briefsendungen umgeschlagen, um dann von den jeweiligen regionalen Briefdienstleistern zugestellt zu werden. Mail Alliance verfügt über ein gemeinsames IT-System, über das sich die Mengen zwischen den Briefdienstleistern abrechnen, Reklamationen abwickeln und die Qualität überwachen lassen.⁵ Die Mail Alliance deckt eigenen Angaben zufolge inzwischen ca. 79 % der bundesdeutschen Haushalte ab.⁶

5. Die Monopolkommission begrüßt die Bildung von Kooperationen von regionalen Briefdienstleistern. Durch die Bildung von Kooperationen können überregionale und flächendeckende, alternative Annahme- und Zustellstrukturen erreicht werden, welche gewährleisten, dass ein Wettbewerb zwischen der DPAG und alternativen Briefdienstleistungsunternehmen entlang der gesamten Wertschöpfungskette stattfindet. Nur mit parallelen Zustellnetzen können sich eigenständige und von der DPAG unabhängige Briefdienstleistungsunternehmen entwickeln, die den Wettbewerb strukturell absichern. Die Kooperationen bieten den Wettbewerbern der DPAG die Möglichkeit, das für ein eigenes Zustellnetz nötige Sendungsvolumen zu erreichen. Insbesondere bei den aktuell stagnierenden Sendungsmengen im Briefbereich ist dieser Punkt bedeutsam.

6. Durch parallele Zustellnetze können zudem neue Produkte von Wettbewerbern entwickelt werden. Dies ist beim Netzzugangswettbewerb über den Teilleistungszugang nur begrenzt möglich, da die Wettbewerber beim Teilleistungszugang ihr Angebot dem Angebot der DPAG anpassen müssen und daher tendenziell auch die gleichen Produkte und Dienstleistungen anbieten. Ein eigenes Annahme- und Zustellnetz hingegen ermöglicht es den alternativen Briefdienstleistern, unabhängig von der DPAG auf Kundenwünsche einzugehen und sich auf diese Weise durch eine Differenzierung vom Angebot der DPAG im Markt zu platzieren. Die Monopolkommission begrüßt daher, dass der Wettbewerb im Briefmarkt nicht nur über Netzzugang bei der DPAG stattfindet, sondern auch als End-to-End-Wettbewerb entlang der gesamten Wertschöpfungskette über parallele Annahme- und Zustellstrukturen. Sie beurteilt die Bildung von Kooperationen somit positiv.

7. Die Monopolkommission kann der bisweilen von der DPAG über die Presse geäußerten Auffassung, parallele Annahme- und Zustellstrukturen seien nicht effizient,⁷ nicht zustimmen. Zunächst ist festzuhalten, dass in Ballungsgebieten, wie z.B. dem Ruhrge-

3 www.die-zweite-post.de, zuletzt abgerufen am 2. August 2011.

4 Zuvor hatte das Bundeskartellamt den Erwerb von Anteilen durch die TNT Post Holding Deutschland GmbH an fünf regionalen Briefdienstleistern von der Georg von Holtzbrinck GmbH & Co. KG in der ersten Phase freigegeben; vgl. BKartA, Beschluss vom 7. Oktober 2009, B9-112/09, Fallbericht vom 15. Oktober 2009. Darüber hinaus hatte TNT an acht weiteren regionalen Briefdienstleistern die gemeinsame Kontrolle mit Georg von Holtzbrinck erworben. Dieser Erwerb fiel in den Zuständigkeitsbereich der Europäischen Kommission und wurde von dieser im vereinfachten Verfahren freigegeben; vgl. COMP/M.5594.

5 KEP aktuell, 1/2010 vom 26. März 2010, S. 2.

6 www.mailalliance.net, zuletzt abgerufen am 26. September 2011.

7 Vgl. z.B. Süddeutsche Zeitung vom 23. Mai 2011, S. 18, Interview mit Frank Appel, „Es ist unsinnig, drei Zusteller durch eine Straße zu schicken“.

biet oder Berlin, bereits parallele Netze aufgebaut worden sind und betrieben werden. Nach Auffassung der Monopolkommission gibt es auch keine überzeugenden Belege dafür, dass parallele Annahme- und Zustellstrukturen in der Fläche ineffizient sind.

8. Wenn bei parallelen Netzen Größenvorteile nicht maximal ausgeschöpft werden können, sind diese bei einer statisch (zu einem gegebenen Zeitpunkt) durchgeführten Betrachtung nicht effizient. Ein Monopolist hat in der Regel jedoch einen schwächeren Anreiz zu Kosteneffizienz (X-Ineffizienzen) und zudem in dynamischer Hinsicht typischerweise schwächere Anreize zu Produkt- sowie Prozessinnovationen als ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen. Dieses Argument der statischen Ineffizienz entfaltet für den Briefmarkt allerdings nur eine abgeschwächte Bedeutung, da es sich bei Postdiensten um potenziell heterogene Produkte handelt. Heterogene Güter sind Produkte, die sich in zeitlicher, sachlicher oder räumlicher Dimension aus Sicht der Nachfrager unterscheiden. Vom Angebot der DPAG ausgehend ist beispielsweise festzustellen, dass Briefe zwar im Hinblick auf ihr Format in einzelnen Fällen substituierbar sein können, jedoch nicht bezüglich der Art des Briefes. Ein Standardbrief unterscheidet sich sachlich von einem Infobrief und ist wegen des Erfordernisses der Inhaltsgleichheit nur begrenzt durch diesen substituierbar. Bei heterogenen Gütern kann der Vorteil aus der gemeinsamen Nutzung eines Netzes nur schwach ausgeprägt sein und sogar ganz wegfallen. Daher können parallele Netze bei heterogenen Gütern durchaus effizient sein, wenn sich die Unternehmen auf unterschiedliche Produkte spezialisieren.⁸ Zudem sind parallele Annahme- und Zustellstrukturen im Briefmarkt aufgrund der ebenfalls zu berücksichtigenden dynamischen Effekte, welche die Anreize zu Kosteneffizienz und zu Innovationen betreffen, eher wünschenswert. Darüber hinaus sind die Größenvorteile eines Netzes, vor allem in Ballungsgebieten, an einem bestimmten Punkt erschöpft, wodurch der Aufbau eines weiteren Netzes ökonomisch sinnvoll ist. Auch zeigt der Wettbewerb im Paketmarkt, der kaum strukturelle Differenzen zum Postmarkt hat, dass es möglich ist, parallele und alternative Annahme- und Zustellstrukturen aufzubauen und gewinnbringend zu betreiben.

9. Zwar verkennt die Monopolkommission nicht, dass auch ein Netzzugangswettbewerb positive Auswirkungen hat. Die DPAG zieht aus der erhöhten Auslastung ihres Netzes einen Nutzen und den alternativen Briefdienstleistern, die nur ein regionales, eigenes Infrastrukturnetz vorhalten, wird es ermöglicht, eine überregionale Briefzustellung anzubieten. Dies wäre ihnen ohne den Netzzugang bei der DPAG nicht möglich. Der Monopolkommission ist jedoch wichtig zu betonen, dass aus den oben genannten Gründen ein Wettbewerb über Infrastrukturnetze im Briefbereich wünschenswert ist. Darum begrüßt sie ausdrücklich die Bemühungen der Wettbewerber der DPAG, über Kooperationen flächendeckende alternative Annahme- und Zustellstrukturen aufzubauen.

1.2 Einsetzung einer Gruppe europäischer Postregulierer

10. Auf europäischer Ebene wurde im August 2010 auf Beschluss der Europäischen Kommission eine Gruppe europäischer Regulierungsbehörden für Postdienste (European Regulators Group for Post, ERGP) eingesetzt.⁹ Diese setzt sich aus den jeweiligen

⁸ Ein Beispiel aus dem Briefbereich könnte die Zustellung von am Abend abgegebenen Briefen noch in der Nacht sein, so dass der Empfänger bereits am nächsten Morgen auf die Briefe zugreifen kann.

⁹ Beschluss der Kommission vom 10. August 2010 zur Einsetzung der Gruppe europäischer Regulierungsbehörden für Postdienste, ABl. EU Nr. C 217 vom 11. August 2010, S. 7.

nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten zusammen und hat die Aufgabe, die Europäische Kommission in Zusammenhang mit Postdiensten innerhalb ihrer Zuständigkeiten zu beraten und zu unterstützen. Insbesondere soll die ERGP die Europäische Kommission bei der Konsolidierung und der Entwicklung des Binnenmarktes für Postdienste sowie der Anwendung des Regelungsrahmens für Postdienste in allen Mitgliedstaaten beraten und unterstützen. Darüber hinaus soll die ERGP mit Marktteilnehmern, Verbrauchern und Endnutzern Konsultationen durchführen, welche offen und transparent im Einvernehmen mit der Europäischen Kommission erfolgen sollen.¹⁰

11. Die ERGP hat am 1. Dezember 2010 ihre konstituierende Sitzung durchgeführt und ein Arbeitsprogramm für 2011 bis 2012 beschlossen, welches unter anderem folgende Themen beinhaltet: Gemeinkostenallokation, Kalkulation der Nettokosten des Universaldienstes und Auswirkungen der Mehrwertsteuerbefreiung, Messung der Servicequalität sowie die allgemeineren Themen Marktbeobachtung, grenzüberschreitender Handel mit Postdienstleistungen sowie Fragen der Zugangsregulierung.¹¹

12. Mit dem Ausschuss nach Art. 21 Postdiensterichtlinie¹² und dem CERP (Europäisches Komitee für Regulierung im Postbereich) gibt es bereits Möglichkeiten der Zusammenarbeit und des Austauschs. Der Ausschuss nach Art. 21 Postdiensterichtlinie setzt sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammen. Hauptzweck dieses Ausschusses ist es, die Europäische Kommission zu unterstützen und Stellungnahmen zu von der Kommission vorgelegten Entwürfen über zu ergreifende Maßnahmen abzugeben.¹³ Das CERP ist ein Komitee der CEPT (Europäische Konferenz für Post und Telekommunikation) und für Aspekte der Regulierung im Postbereich zuständig. In CEPT (und damit auch CERP) sind 48 europäische Länder Mitglieder. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vertritt Deutschland, wobei die Bundesnetzagentur Aufgaben sowohl in Absprache mit dem Wirtschaftsministerium als auch selbständig wahrnimmt.¹⁴ Beiden Gremien ist jedoch gemein, dass die Mitgliedstaaten Mitglieder der Ausschüsse sind und es sich nicht um spezielle Gremien der nationalen Regulierungsbehörden handelt.

13. Die Monopolkommission befürwortet die Einsetzung einer Gruppe europäischer Postregulierer. Die ERGP bietet den nationalen Regulierungsbehörden eine Möglichkeit, sich auszutauschen, voneinander zu lernen sowie sich bei der Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission einzubringen.

¹⁰ Ebenda, Art. 2.

¹¹ Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2010, S. 54.

¹² Richtlinie 2008/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Februar 2008 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft, ABl. EU Nr. L 52 vom 27. Februar 2008, S. 3.

¹³ Art. 21 Postdiensterichtlinie; Beschluss des Rates vom 17. Juli 2006 zur Änderung des Beschlusses 1999/468/EG zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse, ABl. EU Nr. L 200 vom 22. Juli 2006, S. 11, Art. 5a.

¹⁴ Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2010, S. 53.

2. Entwicklungen auf den Postmärkten

2.1 Marktentwicklung

14. Der Markt für Postdienstleistungen in Deutschland umfasste 2010 ein Marktvolumen von 27,8 Mrd. EUR.¹⁵ Dieses Volumen beinhaltet lizenzpflichtige und nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen sowie postnahe Beförderungsleistungen. Der Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen umfasst Briefe bis 1.000 g; der Bereich der nicht lizenzpflichtigen Postdienstleistungen und postnahen Beförderungsdienstleistungen beinhaltet Briefsendungen über 1.000 g, Pakete und Waren bis 20 kg, unadressierte Werbesendungen, Bücher, Kataloge, Zeitungen und Zeitschriften. Auf diesen Bereich entfielen 2010 18,8 Mrd. EUR Umsatz, auf den lizenzpflichtigen Briefbereich ca. 9 Mrd. EUR. Damit ist der gesamte Postmarkt im Vergleich zum Marktvolumen von 25,6 Mrd. EUR im Jahr 2009 um 2,2 Mrd. EUR bzw. um 8,6 % gewachsen. Dieses Wachstum wird – wie schon in den vergangenen Jahren – vom Paketmarkt getragen und ist auf die wachsende Bedeutung des Versandhandels, speziell des Online-Versandhandels, zurückzuführen. So stieg der Umsatz des Marktes der nicht lizenzpflichtigen Postdienstleistungen und postnahen Beförderungsdienstleistungen von 17,3 Mrd. EUR im Jahr 2008 nach einem Rückgang auf 16,4 Mrd. EUR im Jahr 2009 auf 18,8 Mrd. EUR im Jahr 2010 an.

15. Die Marktentwicklung im Bereich der lizenzpflichtigen Briefdienstleistungen bis 1000 g verlief weniger dynamisch. Das Sendungsvolumen fiel von 17,4 Mrd. Sendungen im Jahr 2008 auf 16,3 Mrd. Sendungen im Jahr 2009 und stagnierte bei 16,4 Mrd. Sendungen im Jahr 2010. Im gleichen Zeitraum fiel der Umsatz von 9,6 Mrd. EUR im Jahr 2008 über 9,2 Mrd. EUR im Jahr 2009 auf 9,0 Mrd. EUR im Jahr 2010. Die Tabellen 2.1 und 2.2 geben einen Überblick über die Marktanteile im Briefbereich sowohl nach Umsätzen als auch nach Sendungsmengen.

Tabelle 2.1:

Marktanteile im Briefbereich nach Umsätzen¹

	2008	2009	2010²
Marktvolumen (Mrd. EUR)	9,6	9,2	9,0
Marktanteil DPAG (%), einschließlich Tochterunternehmen	91,5	90,7	89,6
Marktanteil Wettbewerber (%)	8,5	9,3	10,4

1 Über Teilleistungszugang eingelieferte Sendungsmengen sind bei der DPAG erfasst.

2 Die Angaben für 2010 sind vorläufige Schätzwerte der Bundesnetzagentur.

Quelle: BNetzA, Jahresbericht 2010, S. 144, nach Angaben der Bundesnetzagentur aktualisiert

15 Diese und die folgenden Marktdaten stammen, sofern nicht anders gekennzeichnet, von der Bundesnetzagentur. Die Angaben wurden dem Jahresbericht 2010 sowie dem Tätigkeitsbericht 2008/2009 entnommen. Die Bundesnetzagentur hat der Monopolkommission auch aktualisierte Werte für 2010 übermittelt. Die Daten für 2010 sind vorläufige Schätzwerte der Bundesnetzagentur.

Tabelle 2.2:

Marktanteile im Briefbereich nach Sendungsmengen¹

	2008	2009	2010²
Sendungsmengen (Mrd.)	17,4	16,3	16,4
Marktanteil DPAG (%), einschließlich Tochterunter- nehmen	92,1	91,2	89,8
Marktanteil Wettbewerber (%)	7,9	8,8	10,2

1 Über Teilleistungszugang eingelieferte Sendungsmengen sind bei der DPAG erfasst.

2 Die Angaben für 2010 sind vorläufige Schätzwerte der Bundesnetzagentur.

Quelle: BNetzA, Jahresbericht 2010, S. 144, nach Angaben der Bundesnetzagentur aktualisiert

16. Bemerkenswert ist, dass der Umsatz der Wettbewerber der DPAG, im Gegensatz zum sinkenden Umsatzvolumen des Gesamtmarkts, von ca. 0,8 Mrd. EUR im Jahr 2008 auf über 0,9 Mrd. EUR im Jahr 2010 anstieg. Auch konnten die Wettbewerber ihren Marktanteil nach Umsatz auf 10,4 % steigern. Diese Steigerung des Marktanteils der Wettbewerber könnte möglicherweise dadurch bedingt sein, dass der Umsatz der DPAG aufgrund der Erhöhung der Teilleistungsrabatte im Juli 2010 gesunken ist.

17. Der Teilleistungszugang bei der DPAG wurde seit der Erstellung des letzten Sondergutachtens zum Postmarkt insgesamt stärker genutzt. Während das Volumen der von den Wettbewerbern über den Teilleistungszugang ins Netz der DPAG eingespeisten Sendungen 2007 noch 750 Mio. Sendungen umfasste, betrug es in den Jahren 2008 und 2009 jeweils um die 1,2 Mrd. Sendungen. 2010 stieg die Menge der über den Teilleistungszugang eingelieferten Sendungen auf 1,6 Mrd. an, was einen Anstieg von 33 % gegenüber dem Vorjahr darstellt. Da die DPAG die Teilleistungsrabatte erst zum 1. Juli 2010 erhöht hat, konnten die gesunkenen Teilleistungsentgelte die Sendungsmenge des Gesamtjahres 2010 nur sechs Monate lang beeinflussen. Auch vor diesem Hintergrund ist dieser Anstieg der Teilleistungssendungsmengen beachtlich. Es ist anzunehmen, dass die Teilleistungsmengen aufgrund der erhöhten Teilleistungsrabatte noch weiter ansteigen und der Teilleistungszugang insgesamt an Bedeutung gewinnen wird.

18. Die DPAG hat 2010 208 Verträge über den Zugang zu den Teilleistungen „Briefzentrum Abgang“ und „Briefzentrum Eingang“ abgeschlossen. Damit ist die Zahl der neu abgeschlossenen Verträge im Vergleich zu 2009 nochmals gesunken. Einen Überblick über die Entwicklung der Teilleistungsverträge seit 2000 gibt die Tabelle 2.3.

Tabelle 2.3:

**Entwicklung der Neuabschlüsse von Teilleistungsverträgen
seit 2000**

<i>Vertragspartner der DPAG</i>	<i>Sendungsart</i>	<i>Zugangspunkt</i>	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Endkunden	Individualsendungen	BZA	3	109	124	188	159	148	108	70	126	43	55
		BZE	4	150	309	333	263	255	195	168	256	107	75
	Infopost	BZE	0	25	109	85	85	69	75	54	56	49	20
Endkunden insgesamt			7	284	542	606	507	472	378	292	438	199	150
Wettbewerber, Konsolidierer	Individualsendungen	BZA	0	1	4	1	1	91	38	14	51	19	20
		BZE	0	2	6	1	1	96	41	16	60	26	25
	Infopost	BZE	0	1	6	0	1	14	16	10	14	8	13
Wettbewerber, Konsolidierer insgesamt			0	4	16	2	3	201	95	40	125	53	58
Insgesamt			7	288	558	608	510	673	473	332	563	252	208

Quelle: BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2008/2009, S. 72; Jahresbericht 2010, S. 147

19. Neben Teilleistungsverträgen, die den Zugang zu Briefzentren der DPAG beinhalten, hat die DPAG auch Zugang zu Informationen über Adressänderungen sowie zu Postfachanlagen zu gewähren. 2010 wurden neun Verträge über den Zugang zu Informationen über Adressänderungen sowie 14 Verträge über den Zugang zu Postfachanlagen geschlossen.

20. Die Bundesnetzagentur hat von 1998 bis Ende 2010 geschätzte 2.670 Lizenzen für die Beförderung von Briefsendungen bis 1.000 g vergeben, davon 77 Lizenzen in 2010. Von diesen sind insgesamt etwa 1.150 Lizenznehmer wieder aus dem Markt ausgetreten. Im Berichtszeitraum sind im Jahr 2009 70 und im Jahr 2010 45 Marktteilnehmer wieder aus dem Markt ausgetreten. Schätzungen der Bundesnetzagentur zufolge sind rund 600 bis 650 Lizenznehmer im Markt aktiv. Die anderen Unternehmen nutzen ihre Lizenz derzeit nicht. Die häufigsten Gründe für den Marktaustritt sind in Insolvenzen oder sonstigen Geschäftsaufgaben zu finden. Bei den Lizenznehmern handelt es sich meistens um Kleinstunternehmen mit geringer Kapital- und Sachausstattung, deren Angebot sich auf lokal oder regionale begrenzte Gebiete beschränkt. Durch Kooperationen versuchen die Lizenznehmer jedoch, ihr Gebiet auszudehnen. 2010 erzielten nach Schätzungen der Bundesnetzagentur 19 Unternehmen einen Umsatz von mehr als 10 Mio. EUR. Die Zahl dieser Unternehmen ist mit jeweils 18 in den Jahren 2008 und 2009 na-

hezu konstant geblieben. Die folgende Tabelle 2.4 gibt einen Überblick über die Anzahl der Wettbewerber nach Umsatzgröße.

Tabelle 2.4:

Anzahl der Wettbewerber der DPAG nach Umsatzgröße¹

<i>Jahr</i>	<i>Umsatz bis 10.000 EUR</i>	<i>Umsatz 10.001 bis 100.000 EUR</i>	<i>Umsatz 100.001 bis 500.000 EUR</i>	<i>Umsatz 500.001 bis 1.000.000 EUR</i>	<i>Umsatz > 1 Mio. EUR bis 10 Mio. EUR</i>	<i>Umsatz > 10 Mio. EUR</i>
1999	108	167	62	11	15	4
2000	91	178	129	23	15	4
2001	77	192	143	21	30	5
2002	96	186	149	32	41	7
2003	138	225	162	50	54	8
2004	181	263	175	53	77	10
2005	127	209	152	47	91	12
2006	133	225	130	46	116	22
2007	200 ²	127	133	57	107	23
2008	250 ²	129	82	38	101	18
2009	200 ²	185	102	44	97	18
2010	200 ²	171 ²	111 ²	36 ²	101 ²	19 ²

¹ Die Anzahl der in der Übersicht erfassten Unternehmen entspricht nicht der Gesamtzahl der aktiven Lizenznehmer, da teilweise eine Gesamtmeldung für in Konzernen verbundene Unternehmen abgegeben wurde.

² Vorläufige Angaben.

Quelle: BNetzA, Jahresbericht 2010, S. 150

2.2 Entwicklung der Deutschen Post AG

21. Die DPAG wird mit ihren Tochtergesellschaften unter dem Markennamen Deutsche Post DHL geführt. Der Konzern Deutsche Post DHL unterteilt seine Aktivitäten in die vier Unternehmensbereiche „Brief“, „Express“, „Global Forwarding, Freight“ sowie „Supply Chain“. Der Bereich „Brief“ umfasst die Geschäftsfelder „Brief Kommunikation“ (Briefprodukte, Frankierung, Philatelie), „Dialog Marketing“ (Werbepost), „Presse Services“ (Vertrieb von Presseprodukten), „Mehrwertleistungen“ (Poststellenservices, Druckdienstleistungen, Dokumentenmanagement), „Paket Deutschland“ (Paketprodukte, Packstationen), „Global Mail“ (grenzüberschreitender Briefverkehr, Briefdienstleistungen in Inlandsmärkten anderer Länder) und „Renten-Service“. Der Unternehmensbereich „Express“ beinhaltet die Beförderung von Kurier- und Expresssendungen. Der Bereich „Global Forwarding, Freight“ umfasst Luft- und Seefrachttransporte sowie sonstige Transportleistungen. Im Bereich „Supply Chain“ werden Lager-, Distributions-,

Transport- und Mehrwertleistungen entlang der gesamten Lieferkette sowie Lösungen für das Informations- und Kommunikationsmanagement von Unternehmen angeboten.¹⁶

22. Die Entwicklung von Eigenkapital, Umsatz und Umsatzrenditen der DPAG seit 2000 zeigt Tabelle 2.5. Die Umsatzrenditen der DPAG im Briefbereich waren stets höher als im Expressbereich. Bis 2008 einschließlich lag die Umsatzrendite im Briefbereich – mit Ausnahme von 2007 – stets zwischen 14,2 und 17,1 %. Während die Umsatzrendite 2009 noch 10,0 % betrug, sank sie 2010 auf 8,1 %. Dennoch war sie im Briefbereich 2010 mehr als doppelt so hoch wie die Umsatzrendite des Gesamtkonzerns (3,6 %). Im Briefbereich liegt die Umsatzrendite über den Renditen, die in wettbewerblich organisierten Wirtschaftsbereichen üblicherweise erzielt werden. Nach Ansicht der Monopolkommission resultieren diese hohen Gewinne auch daraus, dass die DPAG über Jahre staatlich privilegiert wurde und immer noch privilegiert wird.

Tabelle 2.5:

Entwicklung der DPAG

<i>Jahr</i>	<i>Konzern</i>			<i>Brief</i>		<i>Express</i>	
	<i>Eigenkapital (Mio. EUR)</i>	<i>Umsatz (Mio. EUR)</i>	<i>Umsatzrendite (%)</i>	<i>Umsatz (Mio. EUR)</i>	<i>Umsatzrendite (%)</i>	<i>Umsatz (Mio. EUR)</i>	<i>Umsatzrendite (%)</i>
2000	4.001	32.708	7,3	11.733	17,1	6.022	1,3
2001	5.353	33.379	7,6	11.707	16,7	6.421	2,7
2002	5.095	39.255	6,2	11.666	14,2	12.489	1,9
2003	6.106	40.017	7,4	11.934	17,1	16.443	2,5
2004	7.242	43.168	7,8	12.747	16,4	17.792	2,1
2005	10.624	44.594	8,4	12.878	15,8	18.273	0,1
2006	11.220	60.545	6,4	13.286	15,5	17.195	1,9
2007	11.058	63.512	5,0	15.484	12,9	13.874	-1,3
2008	7.826	54.474	-1,0	14.393	15,7	13.637	-15,7
2009	8.176	46.201	0,5	13.912	10,0	9.917	-8,0
2010	10.511	51.481	3,6	13.821	8,1	11.111	4,5

Quellen: DPAG, Geschäftsberichte der Jahre 2000 bis 2010

2.3 Beurteilung der Marktentwicklung

23. Die Analyse der Marktentwicklung zeigt eine gegenüber dem letzten Sondergutachten der Monopolkommission zum Postmarkt relativ unveränderte Wettbewerbssituation. Zwar sind die Marktanteile der Wettbewerber auf knapp über 10 % angestiegen und die

¹⁶ Vgl. DPAG, Geschäftsbericht 2010.

Anzahl der Marktaustritte ist 2010 – im Vergleich zu 2009 – zurückgegangen. Diese Indizien sind jedoch kein ausreichender Beleg, um von einem wirklichen Anstieg des Wettbewerbs auf den Briefmärkten zu sprechen. Die Wettbewerbsentwicklung ist insgesamt stagnierend und es besteht noch kein funktionierender Wettbewerb.

24. Eine Vielzahl institutioneller Wettbewerbshindernisse sind neben ökonomischen Wettbewerbshemmnissen, wie etwa Größen- und Verbundvorteilen der DPAG und Kostennachteilen der Wettbewerber aufgrund von Lernkurven- und Reputationseffekten, für diese stagnierende Wettbewerbsentwicklung verantwortlich. Zu den institutionellen Wettbewerbshindernissen zählen insbesondere die unzureichenden Regelungen des Postgesetzes, welche der Bundesnetzagentur insgesamt keine wirkungsvolle Kontrolle der DPAG ermöglichen und der DPAG zu viele Gestaltungsspielräume belassen, sowie die Neuregelung der Umsatzsteuerbefreiung für Universaldienstleistungen, welche de facto noch immer die DPAG begünstigt. Diese Probleme werden in den folgenden Kapiteln ausführlicher erörtert.

3. Regulatorische Problemfelder

3.1 Entgeltregulierung

3.1.1 Grundsätze der Entgeltregulierung

25. Die Entgelte für lizenzpflichtige Postdienstleistungen eines marktbeherrschenden Anbieters unterliegen einer Ex-ante-Kontrolle durch die Bundesnetzagentur. Dies gilt nach § 19 Satz 2 PostG allerdings nicht für Entgelte, die ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Briefsendungen angewendet werden. Folglich sind nur die Entgelte für Postdienstleistungen mit einer Einlieferungsmenge von unter 50 Stück der Ex-ante-Regulierung durch die Bundesnetzagentur unterworfen. Die anderen Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens können jedoch nach § 25 PostG von der Bundesnetzagentur nachträglich überprüft werden. Eine solche Überprüfung ist einzuleiten, wenn der Bundesnetzagentur Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass diese Entgelte nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 2 PostG entsprechen. Danach dürfen die Entgelte (1) keine Aufschläge enthalten, die der Anbieter nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen kann, (2) keine Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen, und sie dürfen (3) einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einräumen, wenn hierfür keine rechtliche Verpflichtung oder ein sonstiger sachlicher Grund nachgewiesen wird. Hierbei sind nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG bestimmte Zusatzkosten der DPAG bei der Entgeltregulierung berücksichtigungsfähig.

26. Für die Ex-ante-Genehmigung der Entgelte sieht § 21 Abs. 1 PostG zwei Verfahren vor: Die Entgelte können auf der Grundlage der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (Einzelgenehmigungsverfahren, § 21 Abs. 1 Nr. 1 PostG) oder auf der Grundlage der von der Bundesnetzagentur vorgegebenen Maßgrößen für einen Korb von zusammengefassten Dienstleistungen (Price-Cap-Verfahren, § 21 Abs. 1 Nr. 2 PostG) genehmigt werden. Die Entgeltgenehmigungen sind in der Post-Entgeltregulierungsverordnung näher geregelt. Gemäß § 1 PEntgV ist das Price-Cap-Verfahren dem Einzelgenehmigungsverfahren vorrangig. Beim Einzelgenehmigungsverfahren prüft die Bundesnetzagentur, ob und inwieweit sich die beantragten Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren und den Anforderungen des § 20 Abs. 2 PostG entsprechen (§ 3 Abs. 1 PEntgV). Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ergeben sich dabei aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung sowie einem angemessenem Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, jeweils einschließlich eines angemessenen Gewinnzuschlags, soweit diese Kosten für die Leistungsbereitstellung notwendig sind (§ 3 Abs. 2 PEntgV).

27. Beim Price-Cap-Verfahren hat die Bundesnetzagentur zunächst das Ausgangsentgeltniveau der in einem Korb zusammengefassten Dienstleistungen festzustellen und dann die Maßgrößen anhand der gesamtwirtschaftlichen Preissteigerungsrate sowie des zu erwartenden Produktivitätsfortschritts zu bestimmen (§ 4 Abs. 1, 2 PEntgV). Bei der Festlegung von Maßgrößen, insbesondere bei der Festlegung der Produktivitätsfortschrittssrate, hat sie das Verhältnis des Ausgangsentgeltniveaus zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu berücksichtigen (§ 4 Abs. 3 PEntgV). Dabei werden von der Bundesnetzagentur nicht alleine die Kosten der effizienten Leistungsbereitstel-

lung als Entgeltmaßstab berücksichtigt, sondern ebenso die berücksichtigungsfähigen Zusatzkosten, sog. Lasten, gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG.

3.1.2 Price-Cap-Entscheidung der Bundesnetzagentur

28. Die Bundesnetzagentur hat bisher drei Price-Cap-Verfahren durchgeführt und die Maßgrößen für Briefsendungen bis 1.000 g beschlossen. Die zweite Price-Cap-Entscheidung wurde 2007 getroffen. Die Maßgrößen, die die Entwicklung der maximal zulässigen Preisobergrenzen für die in einem Korb zusammengefassten Dienstleistungen festlegen, gelten seit dem 1. Januar 2008 und sind bis zum 31. Dezember 2011 gültig.

29. Die Monopolkommission hat die Price-Cap-Entscheidungen von 2002 und 2007 bereits in ihren letzten Gutachten zur Wettbewerbsentwicklung im Postsektor ausführlich analysiert und kritisiert.¹⁷ Die Kritik bezog sich im Wesentlichen auf zwei Punkte. Das Ausgangsentgeltniveau sei überhöht gewesen. Die überhöhten Umsatzrenditen der DPAG im Briefbereich belegten, dass das Preisniveau deutlich über den Kosten liege. Dies gelte unabhängig davon wie sich diese Kosten zusammensetzten, also inwiefern neben den Kosten der Leistungsbereitstellung noch Kosten für Altlasten oder Universaldienste berücksichtigt wurden. Die festgesetzte Produktivitätsfortschrittsrate (sog. X-Faktor) von 1,8 % wurde für ein Unternehmen, das aus einem staatlichen Monopolbetrieb hervorgegangen ist, für zu gering gehalten. Zudem wurde die Bestimmung des X-Faktors kritisiert, da die Bundesnetzagentur zur Ermittlung eine Vergleichsmarkuntersuchung und weitere Plausibilitätserwägungen vornahm, jedoch ansonsten die Meinung vertrat, dass der X-Faktor nicht genau berechnet werden könne.

30. Die Bundesnetzagentur hat im November 2011 die Price-Cap-Entscheidung für den Zeitraum ab 1. Januar 2012 veröffentlicht.¹⁸ Diese Entscheidung gilt ab dem 1. Januar 2012 für eine neue Price-Cap-Regulierungsperiode mit einer Dauer von zwei Jahren. Die Geltungsdauer von zwei Jahren ist damit im Vergleich zu vorherigen Price-Cap-Entscheidungen kürzer. Diese kürzere Geltungsdauer wurde von der Bundesnetzagentur mit einer Unsicherheit bezüglich der Entwicklung der künftigen Sendungsmengen sowie der Substitution von herkömmlichen Briefen durch elektronische Postdienste wie DE-Mail oder E-Postbrief begründet. Eine kürzere Geltungsdauer ermögliche eine zeitnahe Überprüfung der Entscheidung. Zudem sei eine Novelle des Postgesetzes angekündigt, wodurch sich die Grundlagen für das Price-Cap-Verfahren ändern könnten. Im Hinblick darauf sei eine zeitnahe Anpassung des Verfahrens an das novellierte Postgesetz durch die kürzere Geltungsdauer möglich.

31. Die Monopolkommission sieht, dass dem regulierten Unternehmen über das Price-Cap-Verfahren Planungssicherheit sowie Anreize zur Effizienzsteigerung gegeben werden sollen. Aus diesem Grund sollte die Price-Cap-Entscheidung, die die Maßgrößen festlegt, für einen ausreichend langen Zeitraum gelten. Gleichwohl erscheint die kurze Geltungsdauer von zwei Jahren angesichts der von der Bundesnetzagentur beschriebenen Unsicherheiten im Hinblick auf die Sendungsmengen- sowie die Wettbewerbsentwicklung gerechtfertigt.

¹⁷ Vgl. Monopolkommission, Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen, Sondergutachten 57, Baden-Baden 2010, Tz. 108 f.; Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln, Sondergutachten 51, Baden-Baden 2008, Tz. 103-111.

¹⁸ BNetzA, Beschluss vom 14. November 2011, BK 5b-11/017.

32. Die Bundesnetzagentur hat die der Price-Cap-Regulierung unterliegenden Dienstleistungen in einem Dienstleistungskorb zusammengefasst. Nach § 1 Abs. 2 PEntgV kann sie Dienstleistungen nur insoweit in einem Korb zusammenfassen, als sich die erwartete Stärke des Wettbewerbs bei diesen Dienstleistungen nicht wesentlich unterscheidet. In dem der Entscheidung vorausgehenden Eckpunktepapier zur Price-Cap-Regulierung hatte die Bundesnetzagentur überlegt, zwei Körbe zu bilden.¹⁹ Ein Korb sollte die inländischen Briefsendungen umfassen, ein zweiter Korb die ins Ausland abgehenden Sendungen. Eine im Auftrag der Bundesnetzagentur erstellte Studie der WIK-Consult GmbH ergab jedoch, dass sich die Wettbewerbsintensität zwischen nationalen und internationalen Briefsendungen nicht wesentlich unterscheidet, weswegen ein einheitlicher Korb gebildet wurde.

33. Die Bundesnetzagentur hat eine Produktivitätsfortschrittsrate von jeweils 0,6 % für die Jahre 2012 und 2013 festgelegt. Bei der Festlegung der Produktivitätsfortschrittsrate hat sie nach § 4 Abs. 3 PEntgV das Verhältnis des Ausgangsentgelt-niveaus zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu berücksichtigen. Als Ausgangsentgelt-niveau legte die Bundesnetzagentur die am 31. Dezember 2011 von der DPAG erhobenen, genehmigungspflichtigen Entgelte fest. Bezüglich des Ausgangsentgelt-niveaus erklärte sie, dass dieses sich „nahezu mit den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung gemäß § 20 Abs. 1 PostG zuzüglich der nach § 20 Abs. 2 PostG zu berücksichtigenden Lasten einschließlich eines angemessenen Gewinnzuschlags“ decke.²⁰ Sie habe keine Überhöhung des Ausgangsentgelt-niveaus, wie sie bezüglich vorangegangener Price-Cap-Verfahren diskutiert worden sei, feststellen können.

34. Die Monopolkommission argumentierte in vorangegangenen Post-Sondergutachten, dass die Höhe der Umsatzrenditen im Briefbereich belege, dass das Ausgangsentgelt-niveau zu hoch sei.²¹ Die Bundesnetzagentur brachte nun vor, dass die Umsatzrendite keine geeignete Größe zur Bestimmung des Ausgangsentgelt-niveaus darstelle. Nach den Erfassungssystemen der DPAG im externen Rechnungswesen würden die neutralen Aufwendungen, die bei der Entgeltregulierung als Lasten berücksichtigungsfähig sind, separat aufgeführt und nicht den einzelnen Segmenten zugeführt. Bei der Bestimmung der Umsatzrendite finde keine Zuschlüsselung der neutralen Aufwendungen zu den verschiedenen Segmenten statt. Im Rahmen der Entgeltregulierung würde die DPAG die Lasten hingegen nach dem Tragfähigkeitsprinzip umlegen. Dies bedeute, dass die DPAG die Lasten stärker solchen Produkten zurechne, bei denen höhere Preise am Markt durchsetzbar seien.

35. Um zu beurteilen, ob die Höhe der Umsatzrendite ein Indiz für ein zu hohes Ausgangsentgelt-niveau ist, ist die Höhe einer nach dem Tragfähigkeitsprinzip berechneten Umsatzrendite entscheidend. Sollte die DPAG auch bei einer Berechnung der Umsatzrendite nach dem Tragfähigkeitsprinzip im Briefbereich eine Rendite erzielen, die über denjenigen Renditen liegt, die in wettbewerblich organisierten Wirtschaftsbereichen üblicherweise erzielt werden, wäre dies ein Hinweis darauf, dass das Ausgangsentgelt-niveau und folglich auch die regulierten Entgelte zu hoch sind.

¹⁹ Vgl. BNetzA, Eckpunkte zur Price-Cap-Regulierung ab 2012, ABl. Nr. 10 vom 25. Mai 2011, S. 1820, Eckpunkt 3.

²⁰ Vgl. BNetzA, BK 5b-11/017, S. 15.

²¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 109.; Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 106.

36. Aus diesem Grund schlägt die Monopolkommission vor, dass die Bundesnetzagentur von der DPAG im Rahmen der von dieser vorzulegenden Kostennachweise auch die Übermittlung einer Umsatzrendite fordert, bei der die bei der Entgeltregulierung berücksichtigungsfähigen Lasten nach dem Tragfähigkeitsprinzip zugeschlüsselt wurden. Nach § 4 Abs. 6 PEntgV kann die Bundesnetzagentur gegenüber der DPAG anordnen, dass diese ihr bestimmte Kostennachweise vorlegt. Diese Unterlagen der DPAG hat die Bundesnetzagentur auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen. Eine Umsatzrendite, bei der die im Rahmen der Entgeltregulierung berücksichtigungsfähigen Lasten nach dem Tragfähigkeitsprinzip umgelegt werden, dient nach Ansicht der Monopolkommission dazu, die von der DPAG vorgelegten Unterlagen und Kostennachweise zu plausibilisieren. Eine solche Rendite kann, wie oben erläutert, ein Indiz für ein zu hohes Ausgangsentgelt-niveau und zu hohe regulierte Entgelte liefern.

37. Die Bundesnetzagentur hat die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung anhand der von der DPAG vorgelegten Kostenunterlagen geprüft und berechnet. Sie hat die zukünftige Sendungsmengenentwicklung anders eingeschätzt als die DPAG. Die Bundesnetzagentur ging von einer geringeren Substitution durch elektronische Medien aus. Aus diesem Grund hat sie eigene Kostenbetrachtungen mit geänderter Sendungsmengenprognose angestellt und ihrer Berechnung höhere Sendungsmengen zugrunde gelegt.

38. Die Bundesnetzagentur hat in ihrer Entscheidung die von der DPAG geltend gemachten Lasten sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach anerkannt. Sie hat anhand der Kostenunterlagen der DPAG sowohl die Höhe als auch deren rechnerische Herleitung überprüft. Die Lastenallokation der DPAG wurde hingegen von der Bundesnetzagentur nicht akzeptiert. Sie begründet dies damit, dass die von der DPAG vorgenommene Lastenallokation den Produkten des Price-Cap-Bereichs überproportionale Lasten zuschüssele.

39. Die Produktivitätsfortschrittsrate berechnete die Bundesnetzagentur in der aktuellen Entscheidung auf der Grundlage unternehmensbezogener Daten. Zunächst berechnete sie Stückkosten, die die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sowie die nachgewiesenen neutralen Aufwendungen beinhalten. Danach leitete sie aus der Stückkostendifferenz zweier aufeinander folgender Jahre die zu erwartende Produktivitätsfortschrittsrate her.

40. Zudem hat die Bundesnetzagentur der DPAG eine quartalsmäßige Berichtspflicht bezüglich der der Briefbeförderung zugrunde liegenden Qualität auferlegt. Danach hat die DPAG der Bundesnetzagentur Informationen zur Qualität der Briefbeförderung zu übermitteln. Zu diesen Informationen gehören eine Übersicht über die Filialstandorte, die Brieflaufzeitmessung sowie Zahl, Standorte und Leerungszeiten der Briefkästen.

41. Im Rahmen der Diskussion der Price-Cap-Eckpunkte im Sommer 2011 hatte die Bundesnetzagentur zunächst überlegt, über konkrete Schwellwerte das der Price-Cap-Entscheidung zugrunde liegende Leistungsniveau festzuhalten, dessen Unterschreiten eine Überprüfung der Einhaltung der Entscheidungsvoraussetzung zur Folge gehabt hätte. In der Entscheidung führt die Bundesnetzagentur jedoch aus, dass sie eine Berichtspflicht für ausreichend hält. Dies gelte auch vor allem vor dem Hintergrund, dass eine in Auftrag gegebene Studie der WIK-Consult GmbH keine eindeutigen Vorteile von Qualitätsfaktoren in der Entgeltregulierung ableiten konnte. Die Berichtspflicht er-

mögliche ihr, die Einhaltung des Leistungsniveaus zu überprüfen und auszuschließen, dass Kostenreduzierungen zulasten des Leistungsniveaus erfolgen.

42. Die Monopolkommission beurteilt die Entscheidung der Bundesnetzagentur grundsätzlich positiv. Sie ist im Vergleich zu früheren Price-Cap-Entscheidungen besser begründet. Dadurch wurde bezüglich der Price-Cap-Regulierung im Postbereich mehr Transparenz geschaffen. So hat die Bundesnetzagentur das Verfahren sowie die von der DPAG vorgelegten Kostenunterlagen dargelegt. Sie hat erläutert, wie sie die von der DPAG vorgelegten Kosten überprüft hat. Hierbei hat sie die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung aufgrund der Kostenunterlagen der DPAG eigenständig berechnet. Auch hat sie ausführlich erklärt, wie sie die Produktivitätsfortschrittsrate berechnet hat. Während die Bundesnetzagentur in der 2007er Price-Cap-Entscheidung den X-Faktor anhand einer Vergleichsmarktuntersuchung sowie Plausibilitätserwägungen bestimmte, berechnet sie die Produktivitätsfortschrittsrate in der aktuellen Entscheidung auf der Grundlage unternehmensbezogener Daten. Der Produktivitätsfortschritt wurde damit von der Bundesnetzagentur unternehmensbezogen und nicht makroökonomisch bestimmt. Die Monopolkommission beurteilt die Berechnung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sowie der Produktivitätsfortschrittsrate als plausibel und nachvollziehbar. Inwieweit die von der Bundesnetzagentur der Berechnung zugrunde gelegten Zahlen zutreffend sind, kann die Monopolkommission allerdings nicht beurteilen. Die Bundesnetzagentur gab der Monopolkommission zwar über die der Entscheidung zugrunde liegenden Berechnungen Auskunft. Da die Monopolkommission jedoch für den Postbereich kein explizit geregeltes Akteneinsichtsrecht hat, gewährte die Bundesnetzagentur ihr keinen Zugang zu ihren Akten und Unterlagen. In diesem Zusammenhang sei auch auf die Forderung der Monopolkommission nach einem explizit geregelten Akteneinsichtsrecht bei der Bundesnetzagentur verwiesen.²² In Bezug auf die Umsatzrendite empfiehlt die Monopolkommission aus den oben dargelegten Gründen, von der DPAG die Berechnung einer Umsatzrendite zu fordern, bei der die im Rahmen der Entgeltregulierung berücksichtigungsfähigen Lasten nach dem Tragfähigkeitsprinzip umgelegt wurden.

43. Presseberichten zufolge hat im März 2002 ein Treffen zwischen dem damaligen Wirtschaftsminister Werner Müller, dem Präsidenten der Bundesnetzagentur Matthias Kurth sowie dem damaligen Vorsitzenden der DPAG Klaus Zumwinkel stattgefunden. Ergebnis dieses Treffens soll gewesen sein, dass „die Preissabsenkung bei der Deutschen Post AG auf 270 Millionen EURO pro Jahr beschränkt werden solle.“²³ Die Monopolkommission hat bereits in ihrem Sondergutachten zum Postmarkt 2003 dargelegt, dass der Bundesminister für Wirtschaft und Technologie eine Briefportosenkung verhindert hat, indem er entgegen dem Wortlaut des Postgesetzes die Anweisung gab, die Geltungsdauer der vor Inkrafttreten des Postgesetzes genehmigten Entgelte über den vorgesehenen Termin, in diesem Fall den 31. August 2000, hinaus bis zum 31. Dezember 2002 zu verlängern. Zudem war bereits im März 2002 in der Presse zu lesen, der Bundesminister der Finanzen habe der Regulierungsbehörde „klar gemacht, dass es nur eine minimale Preissenkung befürwortet“, mit der Folge, dass das Briefporto „um nur einen

²² Vgl. dazu ausführlich Abschnitt 4.5.3.

²³ Vgl. Dohmen, F./Hawranek, D., Düsseldorf Kungelrunde, Spiegel Nr. 47 vom 21. November 2011, S. 88 ff.

Cent“ abgesenkt werden müsse.²⁴ Die Monopolkommission würde es begrüßen, wenn dieser Sachverhalt einer Klärung zugeführt würde. Dieser Fall zeigt erneut, wie wichtig ein explizit geregeltes Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission bei der Bundesnetzagentur ist.²⁵

3.1.3 Berücksichtigung von Zusatzkosten bei der Entgeltregulierung

44. Nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG sowie § 3 Abs. 4 Satz 3 PEntgV können bei der Entgeltbemessung insbesondere (a) die Kosten für die Einhaltung der wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, (b) die Kosten einer flächendeckenden Versorgung mit Postdienstleistungen und (c) die Kosten aus der Übernahme von Versorgungslasten für die Beschäftigten, die aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost entstanden sind, berücksichtigt werden. Insgesamt beurteilt die Monopolkommission die Möglichkeit kritisch, Entgelte zu genehmigen, die über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen.

45. Die Bundesnetzagentur gab der Monopolkommission die Auskunft, dass sie auch die nicht wettbewerbsüblichen Löhne und Gehälter im Paketbereich in die Berechnung des Entgelts für die Price-Cap-Produkte einbeziehe. Man könnte jedoch auch die Ansicht vertreten, dass dies vom Postgesetz nicht vorgesehen ist und lediglich die nicht wettbewerbsüblichen Löhne und Gehälter des lizenzierten Bereichs bei der Entgeltgenehmigung der Price-Cap-Produkte berücksichtigt werden können. § 19 PostG regelt, dass Entgelte für lizenzpflichtige Briefdienstleistungen genehmigungsbedürftig sind, wenn sie Mindesteinlieferungsmengen unter 50 Stück beinhalten. § 20 PostG nimmt auf den Begriff der genehmigungsbedürftigen Entgelte Bezug und stellt die Maßstäbe der Entgeltgenehmigung auf. Hieraus könnte man schließen, dass die Regelung des § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG auf den Begriff der genehmigungsbedürftigen Entgelte Bezug nimmt und lediglich eine Einbeziehung der nicht wettbewerbsüblichen Löhne und Gehälter der im lizenzierten Bereich tätigen Mitarbeiter erlaubt. Die bei der Entgeltregulierung berücksichtigungsfähigen Rechtfertigungsgründe „Kosten einer flächendeckenden Versorgung mit Postdienstleistungen“ und „Kosten aus der Übernahme von Versorgungslasten für die Beschäftigten, die aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost entstanden sind“ beinhalten keine Einschränkung auf den lizenzierten Bereich. Im Gegensatz dazu stellt § 20 PostG mit dem Wortlaut „Kosten für die Einhaltung der wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind“ ausdrücklich auf den lizenzierten Bereich ab.

46. Allgemein sieht es die Monopolkommission kritisch, höhere Entgelte aufgrund der Einbeziehung nicht wettbewerbsüblicher Löhne und Gehälter zu genehmigen. Die Vorschrift des § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG ermöglicht es der DPAG, höhere Löhne als ihre Wettbewerber zu zahlen und diese dann als Lasten dem Entgelt hinzuzurechnen. Dies kann strategisch ausgenutzt werden, um Wettbewerber zu verdrängen oder Wettbewerbern ihre Mitarbeiter abzuwerben.²⁶

²⁴ Vgl. Monopolkommission, Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols, Sondergutachten 39, Baden-Baden 2004, Tz. 291.

²⁵ Vgl. ausführlich Abschnitt 4.5.3.

²⁶ Vgl. zur allgemeinen Möglichkeit einer strategischen Ausnutzung die Erläuterungen der Monopolkommission zur Allgemeinverbindlicherklärung des Tarifvertrags für die Branche der Briefdienstleis-

47. Die Bundesnetzagentur argumentiert in ihrer Price-Cap-Entscheidung 2011, dass nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG die Kosten der flächendeckenden Versorgung mit Postdienstleistungen angemessen zu berücksichtigen seien. Diese Vorschrift stelle jedoch nur auf die tatsächliche Erbringung der flächendeckenden Versorgung ab, eine Verpflichtung zur Erbringung des Universaldienstes im Sinne des § 13 Abs. 2 PostG sei keine Voraussetzung für die Anerkennung der Kosten der flächendeckenden Versorgung.²⁷

48. Seit dem 1. Januar 2008 ist die DPAG nicht mehr verpflichtet, den Universaldienst zu erbringen. Sie erbringt diesen vielmehr freiwillig. Dass die DPAG den Universaldienst bereits seit über drei Jahren freiwillig erbringt, wertet die Monopolkommission dahingehend, dass die damit verbundenen zusätzlichen Kosten durch andere Vorteile mindestens wieder aufgewogen werden. Anzumerken ist auch, dass die DPAG für die Altlasten aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost durch die Monopolgewinne, die sie aus der Exklusivlizenz für Standardbriefe bis Ende 2007 erzielen konnte, inzwischen mehr als ausreichend entschädigt worden ist. Verwiesen sei in diesem Kontext noch einmal auf die hohen Renditen der DPAG im Briefbereich bis 2008.

49. Darüber hinaus ist die Vorschrift des § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG bereits deshalb problematisch, weil sie die Altvorteile der DPAG unberücksichtigt lässt. Während ausdrücklich geregelt ist, dass die DPAG für die Altlasten durch die Genehmigung höherer Entgelte entschädigt wird, werden die Vorteile, die die DPAG aus der Nachfolge der Deutschen Bundespost hat, nicht berücksichtigt, wie z.B. die flächendeckende Netzinfrastruktur, die Übernahme eingearbeiteter Mitarbeiter sowie ein großer Kundestamm. Diese Vorteile hätten monetär bewertet und von der Entschädigungssumme abgezogen werden müssen, um einen adäquaten Netto-Ausgleich zu ermöglichen.

50. Aus diesen Gründen empfiehlt die Monopolkommission, die Regelungen des § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG sowie des gleichlautenden § 3 Abs. 4 Satz 3 PEntgV zu streichen. Damit würde sichergestellt, dass zukünftig die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der einzig relevante Maßstab für die Entgeltregulierung sind. Eine Preisstruktur, die sich auch auf einem Markt mit Wettbewerb bilden würde, kann durch Regulierung nur entstehen, wenn die regulierten Entgelte den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprechen. Entgelte, die darüber hinaus noch andere Kostenkomponenten enthalten, spiegeln weder in der Höhe noch in der Struktur die Preise wider, die bei Wettbewerb entstehen würden. Eine derartige Verzerrung der Preisstruktur der DPAG kann dazu führen, dass sich der Markteintritt auch für diejenigen Unternehmen lohnt, die weniger effizient als die DPAG sind. Dies sollte vermieden werden. Sollte es nach einer ausführlichen Prüfung der Altlasten sowie der Altvorteile dennoch nötig sein, die DPAG für Altlasten zu kompensieren, sollte dies durch eine Entschädigungszahlung aus Steuermitteln geschehen, um die oben beschriebene Wettbewerbsverzerrung zu beenden.

51. Auch die Europäische Kommission prüft zurzeit, ob die DPAG einen überhöhten Ausgleich für ihre „Lasten“ erhalten hat. In ihrer Entscheidung vom Juni 2002 verpflichtete sie Deutschland, unerlaubte staatliche Beihilfen in Höhe von 572 Mio. EUR

tungen: Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 63 ff.; Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Hauptgutachten 2008/2009, Baden-Baden 2010, Kapitel V.

²⁷ Vgl. BNetzA, BK 5b-11/017, S. 20.

von der DPAG zurückzufordern. Dies wurde damit begründet, dass die DPAG in den Jahren 1994 bis 1998 Verluste im Paketgeschäft mit Großkunden durch Gewinne aus dem staatlich geschützten Briefmonopol ausgeglichen und damit die Preise ihrer Wettbewerber unterboten habe. Der gegen diese Entscheidung gerichteten Klage gab das Gericht erster Instanz im Juli 2008 statt,²⁸ da die Europäische Kommission den Beweis für die Quersubventionierung nicht erbracht habe. Das Gericht hielt es für erforderlich, eine umfassende Analyse durchzuführen, um festzustellen, ob die DPAG für die Universaliensterbringung unter- oder überkompensiert worden war. Diese Entscheidung wurde im September 2010 vom Europäischen Gerichtshof bestätigt.²⁹ Im September 2007 leitete die Europäische Kommission ein weiteres Prüfverfahren nach dem heutigen Art. 108 Abs. 2 AEUV ein,³⁰ welches das 1999 eingeleitete Verfahren ergänzen sollte. In diesem Verfahren will die Europäische Kommission prüfen, ob der Ausgleich, den die DPAG bzw. ihre Rechtsvorgängerin für die Erbringung des Universalienstes von 1989 bis 2007 erhalten hat, einen überhöhten Ausgleich und damit eine rechtswidrige Beihilfe darstellt. Dazu beabsichtigt die Europäische Kommission, alle öffentlichen Maßnahmen vom 1. Juli 1989 bis zum 31. Dezember 2007 zugunsten der DPAG und ihrer Rechtsvorgängerin zu prüfen. Um die Höhe des Ausgleichs zu ermitteln, sollen alle staatlichen Maßnahmen zugunsten der DPAG erfasst und monetär bewertet werden. Zu diesen staatlichen Maßnahmen gehören unter anderem die anteilige staatliche Finanzierung von Pensionen für Beamte der DPAG, die Gewähr einer Exklusivlizenz sowie die Berücksichtigung von Zusatzkosten bei der Entgeltgenehmigung nach § 20 PostG. Dem sollen die Nettomehrkosten der DPAG für den Universalienst gegenübergestellt werden. Im Mai 2011 hat die Europäische Kommission beschlossen, das Prüfverfahren nach Art. 108 Abs. 2 AEUV auszuweiten.³¹ In dieser Entscheidung wird dargelegt, dass die in der Eröffnungsentscheidung von 2007 nur kurz behandelten Pensionssubventionen nun eingehender geprüft werden sollen. Es soll auch geprüft werden, ob die DPAG für die „Pensionsaltlasten“ überkompensiert wurde, da sie nicht nur durch die Pensionssubvention, sondern auch über die erhöhten regulierten Entgelte, welche die Pensionskosten decken sollten, einen Ausgleich erhalten habe.

3.2 Zu große Gestaltungsspielräume des regulierten Unternehmens

3.2.1 Erhöhung der Teilleistungsrabatte

52. Marktbeherrschende Anbieter von lizenzpflichtigen Postdienstleistungen sind nach § 28 Abs. 1 Satz 1 PostG verpflichtet, Teile der von ihnen erbrachten Beförderungsleistungen („Teilleistungen“) auf dem Markt gesondert anzubieten. Die DPAG gewährt Wettbewerbern und Konsolidierern, die größere Briefmengen direkt vorsortiert in die Briefzentren einliefern, einen Rabatt auf das Standardentgelt (vgl. Tabellen 3.1 und 3.2). Dieser Rabatt begründet sich damit, dass durch die postvorbereitenden Tätigkeiten wie Einsammeln und Vorsortieren Kosten bei der DPAG gespart werden. Die Höhe dieses Teilleistungsrabatts richtet sich nach der Einlieferungsmenge sowie danach, ob die

²⁸ Vgl. EuG, Urteil vom 1. Juli 2008, Rs. T-266/02, Deutsche Post AG/Kommission.

²⁹ EuGH, Urteil vom 2. September 2010, Rs. C-399/08, Deutsche Post AG/Kommission.

³⁰ EU-Kommission, Staatliche Beihilfe C 36/07 (ex NN 25/07) – Deutschland Deutsche Post AG vom 12. September 2007, ABl. EU Nr. C 245 vom 19. Oktober 2007, S. 21.

³¹ EU-Kommission, Staatliche Beihilfe C 36/2007 – Deutschland Staatliche Beihilfe an die Deutsche Post AG vom 10. Mai 2011, ABl. EU Nr. C 263 vom 7. September 2011, S. 4.

Briefsendungen beim Briefzentrum in der Ursprungsregion (Briefzentrum Abgang, BZA) oder beim Briefzentrum der Zielregion (Briefzentrum Eingang, BZE) eingeliefert werden. Mit Inkrafttreten der geänderten Mehrwertsteuerpflicht hat die DPAG zum 1. Juli 2010 die Teilleistungsrabatte erhöht und die gesamte Rabattstaffel um zwölf Prozentpunkte angehoben.

Tabelle 3.1:

**Rabatte auf das Standardentgelt, Teilleistungen BZA
(Briefzentrum Abgang)**

<i>Rabatt bis 30.06.2010</i>	<i>Rabatt ab 01.07.2010</i>	<i>Standard-, Kompaktbrief, Postkarte</i>	<i>Groß- oder Maxibrief</i>
8 %	20 %	5.000 bis 10.000	500 bis 1.000
11 %	23 %	10.001 bis 15.000	1001 bis 2.000
15 %	27 %	15.001 bis 20.000	2.001 bis 3.000
19 %	31 %	20.001 bis 25.000	3.001 bis 4.000
23 %	35 %	ab 25.001	ab 4.001

Quelle: DPAG, Merkblatt zur Einführung der Umsatzsteuer – Teilleistungen BRIEF (Stand: 28. April 2011)

Tabelle 3.2:

**Rabatte auf das Standardentgelt, Teilleistungen BZE
(Briefzentrum Eingang)**

<i>Rabatt bis 30.06.2010</i>	<i>Rabatt ab 01.07.2010</i>	<i>Standard-, Kompaktbrief, Postkarte</i>	<i>Groß- oder Maxibrief</i>
26 %	38 %	ab 250	ab 100

Quelle: DPAG, Merkblatt zur Einführung der Umsatzsteuer – Teilleistungen BRIEF (Stand: 28. April 2011)

53. Die Erhöhung der Teilleistungsrabatte zum 1. Juli 2010 erfolgte, ohne dass die DPAG weitergehende teilleistungsrelevante Vorleistungen verlangte. Mit der Erhöhung der Rabattstaffel sollten die nicht vorsteuerabzugsberechtigten Versender kompensiert werden, da die Änderung der Umsatzsteuerpflicht zum 1. Juli 2010 für diese faktisch eine Preiserhöhung um bis zu 19 % darstellte.

54. Nach § 28 Abs. 2 PostG bedürfen die Teilleistungsentgelte der Genehmigung durch die Bundesnetzagentur nach den §§ 19 und 20 PostG (Ex-ante-Genehmigung), wenn sie in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen werden. § 19 Satz 2 PostG regelt jedoch, dass die Entgelte solcher Beförderungsleistungen, die ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Briefsendungen angewendet werden, nicht genehmigungsbedürftig sind. Da die derzeitigen Teilleistungsangebote der DPAG Mindesteinlieferungsmengen von mehr als 50 Briefsendungen voraussetzen, prüft die Bundesnetzagentur die

Teilleistungsentgelte lediglich nachträglich nach § 25 PostG.³² Danach haben die Entgelte den Maßstäben des § 20 Abs. 2 PostG zu entsprechen. Gebehmigungsbedürftige Entgelte dürfen danach nicht missbräuchlich überhöht sein, keine Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen oder diskriminierend gegenüber einzelnen Nachfragern wirken. Ausnahmen sind möglich, wenn eine rechtliche Verpflichtung oder ein sonstiger sachlich gerechtfertigter Grund nachgewiesen sind. Hierbei sind nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG bestimmte Zusatzkosten, sog. Lasten, berücksichtigungsfähig.³³ Darüber hinaus regelt § 28 Abs. 2 Satz 3 PostG, dass bei der Überprüfung der Entgelte die anteiligen Kosten der gesamten Beförderungskette angemessen berücksichtigt werden müssen.

55. Die Bundesnetzagentur hat die Erhöhung der Teilleistungsrabatte nachträglich geprüft, das Verfahren jedoch eingestellt.³⁴ Es liege kein Verstoß gegen das Abschlagsverbot des § 20 Abs. 2 Nr. 2 PostG vor. Dies wurde damit begründet, dass die Teilleistungsrabatte die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung deckten und einen angemessenen Beitrag zur Deckung der Sonderlasten der DPAG leisteten, da die Lasten beinhaltet seien, die bei Anwendung allgemein betriebswirtschaftlich anerkannter Methoden diesem Produktbereich zuzurechnen wären.

56. Die Bundesnetzagentur hat entschieden, dass die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auch mit den erhöhten Rabatten nicht unterschritten würden. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ergeben sich aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung zuzüglich eines angemessenen Zuschlags für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, jeweils einschließlich eines dem unternehmerischen Risiko angemessenen Gewinnzuschlags (§ 3 Abs. 2 PEntgV). Die Teilleistungsentgelte deckten die relevanten Kosten in Zusammenhang mit der Briefbeförderung ab. Sowohl die Kosten der Wertschöpfung der Briefbeförderung, wie Sortierung, Transport und Zustellung, als auch die anteiligen mittelbaren Kosten, wie Gemein- und Vertriebskosten, seien einbezogen worden, wobei die Zurechnung der mittelbaren Kosten verursachungsgerecht erfolgt sei.

57. Die DPAG mache anteilige neutrale Aufwendungen nun in reduzierter Höhe geltend, da sie in ihrer Kalkulation zum Teil auf den Ansatz der sog. neutralen Aufwendungen verzichtet habe. Neutrale Aufwendungen umfassten die Aufwendungen für die flächendeckende Versorgung mit Postdienstleistungen, die historisch bedingten Aufwendungen für Versorgungsleistungen sowie die Aufwendungen für die Zahlung nicht wettbewerbsüblicher Löhne und Restrukturierungsmaßnahmen. Da diese Aufwendungen jedoch nicht ursächlich im Zusammenhang mit der Briefbeförderung anfallen würden, seien sie keine Wertschöpfungskosten im betriebswirtschaftlichen Sinn und stellten folglich auch keine Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung dar.

58. Während die beigeladenen Wettbewerber die Auffassung vertraten, diese neutralen Aufwendungen müssten als Lasten angemessen berücksichtigt werden, war die DPAG der Ansicht, dass ein missbräuchlicher Abschlag von einem Entgelt nur vorliege, wenn die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung unterschritten würden. Bei Überschreiten der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung könne kein missbräuchlicher Abschlag vorliegen. Nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG bzw. § 3 Abs. 4 PEntgV wer-

32 Vgl. BNetzA, Beschluss vom 7. November 2007, BK 5b-07/068, S. 9.

33 Vgl. hierzu bereits ausführlich Abschnitt. 3.1.3.

34 BNetzA, Einstellungsmitteilung vom 15. September 2010, BK 5b-10/01.

den neutrale Aufwendungen im Rahmen der Entgeltgenehmigung nur berücksichtigt, wenn hierfür eine rechtliche Verpflichtung besteht oder eine sonstige sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird. Die DPAG argumentierte nun, diese Regelung stelle lediglich einen Rechtfertigungsgrund für den Fall dar, dass die Entgelte die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung überstiegen. Es sei ihr jedoch möglich, bei der Bemessung von Entgelten auf den Ansatz solcher Lasten, der zulasten ihres Ergebnisses gehe, zu verzichten.

59. Die Bundesnetzagentur hat es dahinstehen lassen, ob und in welchem Umfang Lasten bei den Entgelten zu berücksichtigen seien, da jedenfalls die von den Teilleistungen verursachten Lasten von den geforderten Entgelten erwirtschaftet würden. Die der DPAG durch die Erhöhung der Teilleistungsrabatte entstehenden Verluste gingen ausdrücklich zulasten des Betriebsergebnisses.

60. Die erhöhten Teilleistungsrabatte verstießen auch nicht gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG,³⁵ da die Rabatte allen Teilleistungskunden der DPAG unter gleichen Voraussetzungen und in gleicher Höhe gewährt würden. Das Diskriminierungsverbot könne nicht so ausgelegt werden, dass die Nachfrager von Teilleistungen mit den Nachfragern von Vollleistungen bezüglich der Lastenverrechnung gleich zu behandeln wären, da die in Anspruch genommenen Leistungen nicht identisch seien. So müsse z.B. für Privatkunden und Kleinversender ein Filialnetz vorgehalten werden, dies sei jedoch für die Nachfrager von Teilleistungen nicht erforderlich.

61. Zudem hat die Bundesnetzagentur festgehalten, dass stärker wettbewerblich geprägte Marktbereiche nicht zulasten monopolisierter Bereiche quersubventioniert werden dürften. Dies bedeute, dass die im Teilleistungsbereich nicht in die Entgelte einbezogenen Lasten nicht auf die Produkte des Price-Cap-Bereichs übergewälzt werden dürften. Folglich dürften zum Ausgleich der Verluste im Teilleistungsbereich die Entgelte der Price-Cap-Produkte nicht angehoben werden. Die Bundesnetzagentur hat klargestellt, dass sie im Price-Cap-Maßgrößenverfahren 2011 sicherstellen wird, dass die DPAG den Gewinnrückgang im Teilleistungsbereich nicht durch Entgelterhöhungen im Price-Cap-Bereich kompensieren werde und die ex ante regulierten Price-Cap-Produkte nicht im stärkeren Umfang zur Deckung und Finanzierung der Lasten herangezogen würden.

62. Gegen die Entscheidung der Bundesnetzagentur, das Verfahren einzustellen, haben mehrere Wettbewerber der DPAG Klage beim Verwaltungsgericht Köln eingereicht. Diese Klage verfolgt das Ziel, eine erneute Nachprüfung der aktuellen Teilleistungsrabatte zu erreichen.³⁶ Eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts Köln ist noch nicht ergangen.

63. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Bundesnetzagentur bereits in dieser Einstellungsverfügung deutlich gemacht hat, dass sie eine Quersubventionierung des Teilleistungsbereichs durch den Privatkundenbereich verhindern und auch mögliche Preiserhöhungen im Privatkundenbereich sehr kritisch prüfen werde. In der Entscheidung zum Price-Cap-Verfahren hat die Bundesnetzagentur auch die Verteilung der Lasten auf die Price-Cap-Produkte durch die DPAG als nicht den Vorgaben der Einstellungsverfügung

35 Nach § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG dürfen einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen eingeräumt werden.

36 Vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 8. Oktober 2011, S. 17, „Post-Konkurrenz klagt gegen Großkundenrabatt“.

entsprechend festgestellt, da die Produkte des Price-Cap überproportional mit Lasten beaufschlagt worden seien.³⁷ Dementsprechend hat sie, wie bereits in der Einstellungsverfügung zur Erhöhung der Teilleistungsrabatte angekündigt,³⁸ die einzubeziehenden Lasten auf das Maß beschränkt, das auch in vorherigen Price-Cap-Verfahren als Lastenposition in die Berechnung eingebracht wurde.

64. Dieses Beispiel der Erhöhung der Teilleistungsrabatte belegt nach Ansicht der Monopolkommission, dass der DPAG durch die Regelungen des Postgesetzes zu große preisliche Gestaltungsspielräume eingeräumt werden. Bei den aktuell gültigen Teilleistungsentgelten hat die DPAG die neutralen Aufwendungen, die als Lasten berücksichtigt werden können, im Vergleich zu früheren Teilleistungsentgelten in reduzierter Höhe geltend gemacht. Sie hat in ihrer Kalkulation teilweise auf den Ansatz neutraler Aufwendungen verzichtet.³⁹ Dies ist möglich, da die DPAG die Möglichkeit, aber nicht die Verpflichtung hat, die in § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG aufgeführten Zusatzkosten bei der Entgeltregulierung berücksichtigen zu lassen.⁴⁰ In der Einstellungsverfügung zur Erhöhung der Teilleistungsrabatte führte die Bundesnetzagentur aus, dass ein Lastenallokationsmodell nicht akzeptabel sei, welches die Lasten willkürlich den Produkten zuschlägelt. Die DPAG wende zur Lastenallokation das Tragfähigkeitsprinzip an, nach dem es möglich sei, Aufwendungen stärker solchen Produkten zuzurechnen, bei denen höhere Preise am Markt durchsetzbar seien. Im Hinblick auf dieses Tragfähigkeitsprinzip führte die Bundesnetzagentur aus, dass sie Zweifel habe, ob diese Methode zur Lastenverrechnung mit dem Sinn und Zweck der Entgeltregulierung vereinbar sei.⁴¹ Diesen Gedanken führt sie in der Entscheidung zum Price-Cap-Verfahren dahingehend fort, dass die Anwendung des Tragfähigkeitsprinzips lediglich dann nicht zu kritisieren sei, wenn die DPAG anderenfalls nicht dazu in der Lage sei, wettbewerbsfähige Angebote am Markt abzugeben. Hierbei dürfe die Anwendung des Tragfähigkeitsprinzips nicht dazu führen, dass Preise missbräuchlich und wettbewerbswidrig gestaltet würden.⁴²

65. Die Monopolkommission stimmt der Bundesnetzagentur in ihren Bedenken bezüglich der Anwendung des Tragfähigkeitsprinzips zur Lastenallokation zu. Die Produkte des Price-Cap-Bereichs sind kaum wettbewerblichem Druck vonseiten der alternativen Briefdienstleister ausgesetzt. Hingegen herrscht z.B. bei den Produkten des Teilleistungsbereichs bereits ein gewisser Wettbewerb. Die Monopolkommission sieht ebenso wie die Bundesnetzagentur die Gefahr, dass die Produkte des Price-Cap-Bereichs bei Anwendung des Tragfähigkeitsprinzips in höherem Maß mit den Lasten beaufschlagt würden als z.B. die Produkte des Teilleistungsbereiches. Die Zuordnung der Lasten zu den einzelnen Produkten und Produktgruppen sollte im Rahmen der Entgeltregulierung anhand klarerer und transparenterer Kriterien erfolgen.

66. Zudem beurteilt die Monopolkommission, wie bereits ausführlich erläutert, die Möglichkeit, Entgelte zu genehmigen, die über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen, kritisch. Sie empfiehlt, die Regelungen des § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG sowie des gleichlautenden § 3 Abs. 4 Satz 3 PEntgV zu streichen.⁴³

37 Vgl. BNetzA, BK 5b-11/017, S. 23 ff.

38 Vgl. BNetzA, BK 5b-10/013, S. 18 f.

39 Vgl. ebenda, S. 8.

40 Vgl. BNetzA, Beschluss vom 29. März 2007, BK 5b-07/026, S. 6.

41 Vgl. BNetzA, BK 5b-10/013, S. 11.

42 Vgl. BNetzA, BK 5b-11/017, S. 22.

43 Vgl. Abschnitt 3.1.3, Tz. 44-50.

3.2.2 Wettbewerb der DPAG über Tochterunternehmen

67. Die DPAG tritt zurzeit ebenfalls über ihre Tochterunternehmen First Mail Düsseldorf GmbH und Williams Lea Inhouse Solutions GmbH am Markt auf. Einige Wettbewerber gaben gegenüber der Monopolkommission an, dass diese Tochtergesellschaften Entgelte forderten, die unter den Kosten der Leistungserbringung lägen. Die First Mail Düsseldorf GmbH ist ein Tochterunternehmen der DPAG, welches im Ruhrgebiet, Düsseldorf und Berlin tätig ist. Das Geschäftsmodell von First Mail besteht darin, Sendungen bei Kunden abzuholen und sie den Empfängern zuzustellen sowie für Postdienstleister, die selbst Sendungen bei Kunden aquirieren, aber kein eigenes Zustellnetz haben, die Zustellung zu erbringen. Die DPAG hat mit First Mail teilweise ein zweites Zustellnetz aufgebaut und bietet über diese Tochtergesellschaft günstigere Entgelte als die Muttergesellschaft an.⁴⁴ Die Williams Lea Inhouse Solutions GmbH ist ebenfalls eine Tochtergesellschaft der DPAG und als Konsolidierer tätig. Sie erbringt für ihre Kunden die komplette Beförderungsleistung bis hin zum Empfänger und liefert die Sendungen als Teilleistungssendungen bei der DPAG ein.

68. Die Bundesnetzagentur hat in ihrem Beschluss vom 14. Juni 2011 die Entgelte von First Mail für die Postdienstleistungen C6, C5 und C4 sowie die Entgelte für sog. Massensendungen für missbräuchlich erklärt, da sie nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 2 Nr. 2 und 3 entsprächen. Sie hat auch entschieden, dass die DPAG gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 2 Nr. 3 verstoße, indem sie über First Mail gleichartigen Abnehmern günstigere Entgelte für vergleichbare Leistung gewähre.⁴⁵

69. Zunächst hat die Bundesnetzagentur entschieden, dass die marktbeherrschende Stellung der DPAG auf dem bundesweiten Markt für Standardbriefdienstleistungen bis 1.000 g aufgrund der Konzernverbundenheit gemäß § 36 Abs. 2 GWB auch für die First Mail gelte. Nach § 36 Abs. 2 GWB sind die als abhängiges oder herrschendes Unternehmen oder als Konzernunternehmen im Sinne des Aktiengesetzes verbundenen Unternehmen als ein einheitliches Unternehmen anzusehen. Die First Mail ist eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Deutsche Post Beteiligungen Holding GmbH, welche eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der DPAG ist. Ein Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag umfasst Weisungsbefugnisse des Konzerns Deutsche Post DHL gegenüber der First Mail. Hierdurch sei ein wettbewerblich unabhängiges und unabhgestimmtes Verhalten in der Geschäftsausübung von First Mail und der DPAG auszuschließen. Zudem würden die negativen Betriebsergebnisse der First Mail durch den Mutterkonzern ausgeglichen. Beide Unternehmen seien wettbewerbsrechtlich als eine wirtschaftliche Einheit zu betrachten. Folglich sei die Marktbeherrschung der DPAG im selben relevanten Markt dem verbundenen Tochterunternehmen First Mail zuzurechnen.

70. Die Entgelte der First Mail verstießen gegen das Abschlagsverbot des § 20 Abs. 2 Nr. 2 PostG, wonach Entgelte keinen Abschlag enthalten dürfen, der die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt für Postdienstleistungen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigt. Entscheidend für die Beurteilung, ob die Entgelte

44 Die Welt vom 27. Dezember 2010, S. 12, Interview mit dem Briefvorstand Jürgen Gerdes, „First Mail arbeitet nun als Briefzusteller ausschließlich in einigen Städten in Nordrhein-Westfalen und in Berlin. Wir brauchen die Firma, damit wir bei Aufträgen von Kommunen und anderen öffentlichen Kunden überhaupt Angebote abgeben können.“

45 BNetzA, Beschluss vom 14. Juni 2011, BK 5b-11/018.

von First Mail einen missbräuchlichen Abschlag enthalten, seien die Kosten des herrschenden Unternehmens, der DPAG, da es sich um Entgelte im Rahmen eines Konzernverbundes handle. Dies ergebe sich auch daraus, dass § 3 Abs. 2 PEntgV auf das allgemeine unternehmerische Risiko abstelle, welches entscheidend durch das Gesamtportfolio des Konzerns bestimmt werde. Die Risikosituation eines abhängigen Unternehmens bilde darum nicht das tatsächliche Risiko des Konzerns ab. Zudem sei ein Tochterunternehmen eines Konzerns sowohl seinen unternehmerischen Risiken als auch den Risiken des Konzerns ausgesetzt. Darüber hinaus werde First Mail durch die DPAG gesteuert und finanziert. Könne sich das marktbeherrschende Unternehmen durch Auslagerung von einzelnen Unternehmensbereichen der Missbrauchskontrolle entziehen, würde diese unterlaufen oder ausgehöhlt. Da die Entgelte der First Mail die Entgelte der DPAG für vergleichbare Leistungen unterschritten, liege ein Abschlag vor.

71. Die Bundesnetzagentur entschied zudem, dass die Entgelte von First Mail selbst dann einen missbräuchlichen Abschlag enthielten, wenn man zur Beurteilung der Abschlagsschwelle auf die Kosten der First Mail abstelle, da die Entgelte die Kosten der First Mail nicht deckten. Die Schwelle, ab der ein Abschlag missbräuchlich sei, liege bei den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Diese ergeben sich aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Gemeinkostenzuschlag, jeweils einschließlich eines angemessenen Gewinnzuschlags (§ 3 Abs. 2 PEntgV). First Mail habe seit mindestens 2006 Jahresfehlbeträge erwirtschaftet und auch für die Folgejahre sei ein negatives operatives Ergebnis zu erwarten. Aus diesem Grund würden die originären Wertschöpfungskosten offensichtlich von den Entgelten nicht gedeckt. Gemeinkosten für den allgemeinen Verwaltungsaufwand seien in der Kostenkalkulation von First Mail ebenfalls nicht berücksichtigt worden. Mit der Nichtberücksichtigung von Gemeinkosten verstoße die First Mail jedoch gegen allgemein anerkannte betriebswirtschaftliche Grundsätze. Zudem sei kein Gewinnzuschlag in die Kostenkalkulation einbezogen worden. Damit deckten die Entgelte der First Mail weder die langfristigen zusätzlichen Kosten noch die leistungsmengenneutralen Gemeinkosten und unterschritten folglich die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung.

72. Dieser Abschlag sei auch wettbewerbsbeeinträchtigend und damit missbräuchlich. First Mail sei nur in solchen Gebieten tätig, in denen sich durch alternative Anbieter mit eigenem Zustellnetz in dieser Region Wettbewerb zu etablieren drohe; dies allein lege eine wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung nahe. Da die DPAG zudem bereits über ein flächendeckendes Zustellnetz verfüge, mache ein verlustbringendes zweites Netz nur Sinn, wenn hierdurch Wettbewerb begegnet werden solle. Da der Aufbau paralleler Netze für die DPAG nicht effizient sei, könne der Ausbau eines zweiten Netzes über First Mail folglich nur so begründet werden, dass damit für die DPAG nachteilige Wettbewerbsstrukturen ausgeschaltet werden sollten. Hierfür spreche auch die Beschränkung der doppelten Infrastruktur auf die Gebiete, in denen die beiden größten Wettbewerber der DPAG mit eigenem Zustellnetz Postdienstleistungen anboten.

73. Darüber hinaus verstießen die Entgelte der First Mail gegen das Diskriminierungsverbot, da First Mail mit den Dienstleistungen C6, C5 und C4 in den unterschiedlichen Entgeltvarianten einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einräume.⁴⁶ Zum einen biete First Mail Großeinlieferern für

⁴⁶ Nach § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG dürfen Entgelte einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einräumen.

die Zustellung von Sendungen Entgelte an, die deutlich unter den Entgelten lägen, die End-to-End-Kunden für vergleichbare Beförderungsleistungen angeboten würden. Die Abweichungen in den Einlieferungsbedingungen für beide Gruppen seien so geringfügig, dass sie nicht dazu führen könnten, dass die Dienstleistungen als nicht gleichartig zu betrachten seien. Zum anderen biete First Mail eine Sendungsart „Massenpost“ an. Die Entgelte hierfür lägen unter den Entgelten der DPAG für vergleichbare Sendungen, die ebenfalls nicht den Infopostbedingungen entsprächen. Diese unterschiedlichen Entgelte stellten eine Ungleichbehandlung der Kunden dar, da keine abweichenden Einlieferungsbedingungen gefordert würden. Der Nachweis, dass die für die Massenpost geforderten Einlieferungsbedingungen den Bedingungen der DPAG für Infopost entsprächen, sei nicht erbracht worden.

74. Zudem entschied die Bundesnetzagentur, dass die DPAG gegen das Diskriminierungsverbot verstoße, indem sie über First Mail gleichartigen Abnehmern günstigere Entgelte für vergleichbare Leistungen gewähre. Die DPAG diskriminiere, indem sie durch eine Preisspaltung innerhalb des Konzerns einzelne Nachfrager – die Kunden von First Mail – gegenüber vergleichbaren Nachfragern – ihren Teilleistungskunden – für vergleichbare Leistungen günstigere Entgelte gewähre.

75. Die Bundesnetzagentur gab First Mail und der DPAG auf, die missbräuchlichen Entgelte spätestens bis zum 31. August 2011 den Maßstäben des § 20 Abs. 2 Nr. 2 und 3 PostG anzupassen. Gegen den Beschluss hat First Mail Rechtsmittel eingelegt. Der Beschluss der Bundesnetzagentur ist sofort vollziehbar, da nach § 44 PostG in Verbindung mit § 80 Abs. 2 TKG 1996 Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörden keine aufschiebende Wirkung haben. Um die Vollziehung des Beschlusses aufzuschieben, hat First Mail einen Eilantrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Beschlusses gestellt. Dieser Antrag wurde jedoch vom Verwaltungsgericht Köln abgelehnt.⁴⁷ Das Gericht nahm an, dass First Mail und die DPAG aufgrund ihrer Konzernverbundenheit als einheitliches Unternehmen zu bewerten seien. Die Klärung der komplexen Sach- und Rechtsfragen behielt es jedoch dem Hauptsacheverfahren vor. First Mail sei es auch zumutbar, den Ausgang der Hauptsache abzuwarten, da sie, im Gegensatz zu den Wettbewerbern, ihre Verluste auf die DPAG abwälzen könne.⁴⁸ Gegen diesen Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln hat First Mail Beschwerde beim Oberverwaltungsgericht Münster eingelegt. Das Oberverwaltungsgericht hat entschieden, dass First Mail die Preise anpassen muss.⁴⁹ Der Beschluss der Bundesnetzagentur sei sofort vollziehbar. Diese sofortige Vollziehung des Beschlusses müsse First Mail auch hinnehmen, da diese einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb im Postmarkt herstelle und sichere.⁵⁰ Die Bundesnetzagentur gab der Monopolkommission die Auskunft, dass First Mail ihre Entgelte zum 1. Dezember 2011 entsprechend den Vorgaben des Beschlusses der Bundesnetzagentur angepasst hat. Die DPAG hat inzwischen angekündigt, den Betrieb von First Mail zum Jahresende einzustellen.⁵¹

47 VG Köln, Beschluss vom 1. September 2011, 22 L 1011/11.

48 VG Köln, Pressemitteilung vom 8. September 2011.

49 OVG NRW, Beschluss vom 15. November 2011, 13 B 1082/11.

50 OVG NRW, Pressemitteilung vom 15. November 2011.

51 Vgl. Financial Times Deutschland vom 23. November 2011, S. 6, „Post besiegelt Ende von Billigtochter First Mail“; Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23. November 2011, S. 15, „Die Post schließt First Mail“; Handelsblatt vom 23. November 2011, S. 23, „Post zieht Billigtochter aus dem Verkehr“.

76. Insgesamt begrüßt die Monopolkommission den Beschluss der Bundesnetzagentur. Einem Tochterunternehmen der DPAG, das mit dieser über einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag verbunden ist, muss die marktbeherrschende Stellung der DPAG zugerechnet werden und es muss als ebenfalls marktbeherrschend angesehen werden. Konsequenterweise müssen für dieses Tochterunternehmen dann auch die gleichen Entgelt- und Missbrauchsmaßstäbe wie für das marktbeherrschende Mutterunternehmen gelten. Jede andere Wertung hätte es der marktbeherrschenden DPAG ermöglicht, Teile ihrer Produktion auf Tochterunternehmen auszulagern und über diese zu Verdrängungspreisen anzubieten, um Wettbewerber aus dem Markt zu drängen. Damit würde der DPAG die Möglichkeit eröffnet, die Regulierungsvorschriften durch eine formale Umgestaltung der Konzerngesellschaften zu umgehen. Die DPAG hat mit ihrer Tochtergesellschaft First Mail einen Gewinnabführungsvertrag geschlossen, welcher sie auch zum Ausgleich der Verluste verpflichtet. Aus diesem Grund könnte First Mail zeitlich nahezu unbegrenzt zu Verdrängungspreisen anbieten, bis das Ziel der Wettbewerberverdrängung erreicht wäre. Das Ziel des Postgesetzes ist es, den Wettbewerb durch Regulierung zu fördern und einen chancengleichen Wettbewerb zu gewährleisten. Um diesem Ziel zu entsprechen, ist es erforderlich, dass die Maßstäbe des § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG auch maßgeblich für die Entgeltkalkulation der Tochtergesellschaften der DPAG sind.

77. Nach Auffassung der Monopolkommission belegt dieser Fall, dass der DPAG nach dem derzeit geltenden Postgesetz noch zu viele Möglichkeiten bleiben, ihre Wettbewerber zu behindern. Um sicherzustellen, dass es der DPAG in Zukunft nicht mehr möglich ist, Postdienstleistungen über ihre Tochterunternehmen zu missbräuchlichen Verdrängungspreisen anzubieten, wäre zu überlegen, eine klarstellende Vorschrift in das Postgesetz einzufügen. Diese sollte, vergleichbar § 36 Abs. 2 GWB, regeln, dass die abhängigen oder herrschenden Unternehmen im Sinne des § 17 AktG oder Konzernunternehmen im Sinne des § 18 AktG als einheitliche Unternehmen anzusehen sind und dass folglich die Regelungen des Postgesetzes bezüglich der Marktbestimmung und Entgeltgenehmigung auch für die Tochterunternehmen der DPAG gelten.

3.2.3 Versenden von individuellen Briefen zu Infobriefтарifen

78. An die Monopolkommission wurde vonseiten der Wettbewerber der DPAG herangetragen, dass die DPAG bzw. ihre Tochtergesellschaft Williams Lea individuelle Standardbriefe von Großversendern als Infopost und damit auch zum Infoposttarif versende. Als konkrete Beispiele wurden die Jahresrechnung 2010 des ADAC sowie die Versendung von Informationen über Bonuskunden bei der Lufthansa oder der Deutschen Bahn genannt. Das Verschicken von Rechnungen als Infobrief werde aber von der DPAG ausgeschlossen. Bezüglich dieses Sachverhalts seien auch Eingaben an Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur gemacht worden.

79. Ein Standardbrief (max. 23,5 cm lang, 12,5 cm breit, 0,5 cm dick, Gewicht bis 20 g) wird bei Einzeleinlieferung mit 0,55 EUR berechnet. Das Sendungsentgelt beim Teilleistungszugang beträgt – abhängig von der Einlieferungsmenge und je nachdem, ob es beim Briefzentrum Abgang oder Briefzentrum Eingang eingeliefert wird – zwischen 0,341 EUR und 0,44 EUR zuzüglich Umsatzsteuer. Ein Standardbrief im Infoposttarif wird mit 0,25 EUR zuzüglich Umsatzsteuer berechnet, wobei auf diesen Infoposttarif

nochmals zwischen 1 % und 8 % Rabatt, je nach Sendungsmenge und Vorsortierung, gewährt wird.⁵² Damit ist das Entgelt für die Versendung eines Briefs zum Infoposttarif – verglichen mit dem Entgelt für den Teilleistungszugang – günstiger.

80. Angaben der DPAG zufolge müssen als Infopost verschickte Sendungen inhaltsgleich sein und dürfen sich nur bezüglich bestimmter Merkmale, wie die persönliche Anrede oder zusätzliche Angaben zum Absender, z.B. Einzelheiten zu Geschäftsstellen, unterscheiden. Zudem können je zehn unterschiedliche Ordnungszeichnungen, wie z.B. Nummern, Buchstaben oder Zeichen (jedoch keine Wörter mit Ausnahme von Produktbezeichnungen), verwendet werden. In den Fragen und Antworten zur Infopost war 2010 noch geregelt, dass Euro-Beträge nur bei „reinen Angeboten“, welche eine Neuleistung beinhalten, als Ordnungsbezeichnung gelten. Diese Klausel wurde in den aktuell auf der Internetseite der DPAG veröffentlichten Fragen und Antworten gestrichen.⁵³ Demnach war es zumindest bis zur Änderung dieser Bedingungen vertraglich nicht zulässig, eine Rechnung oder einen Kontoauszug als Infopost zu versenden. Bei diesen handelt es sich um kein sog. „reines Angebot“, bei welchem ein Euro-Betrag eine zulässige Ordnungsbezeichnung darstellte. In der Variante VarioPlus kann der Text variabler und individueller gestaltet werden. Dies ist möglich, wenn die Sendungen unmittelbar und ausschließlich zum Kauf anregen, Waren und Dienstleistungen anbieten oder zu Spenden aufrufen. Es ist jedoch nicht zugelassen, z.B. Rechnungen und Mahnungen, Mitteilungen über Guthaben, Bonusschecks mit variierenden Euro-Beträgen, Kontoauszüge oder Jahres- und Geschäftsberichte als VarioPlus zu verschicken.⁵⁴

81. Nach dem Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG dürfen Entgelte einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einräumen. Sollte es zutreffen, dass die DPAG manchen ihrer Kunden für die Versendung von individuellen Briefen den Infoposttarif anbietet und nur über diesen abrechnet, bei anderen Kunden jedoch strikt an den Infopostkriterien festhält und lediglich deren inhaltsgleiche Briefe zu Infoposttarif versendet, die individuellen Briefe jedoch zum Standardtarif bzw. zum Teilleistungsentgelt abrechnet, läge hierin eine Diskriminierung. Die Monopolkommission begrüßt es daher, dass die Bundesnetzagentur diesbezüglich Ermittlungen aufgenommen hat und diesen Sachverhalt nun prüft.⁵⁵

3.3 Novellierung des Postgesetzes

82. Seit der vollständigen Liberalisierung des Briefmarktes zum 1. Januar 2008 hat sich die Wettbewerbssituation im Postsektor nicht verbessert und die Wettbewerbsentwicklung stagniert. Der Marktanteil der DPAG (einschließlich ihrer Tochterunternehmen) liegt für das Jahr 2010 bei knapp 90 %.⁵⁶ Die im vorherigen Abschnitt geschilderten Fälle belegen allesamt, dass der DPAG durch die Regelungen des Postgesetzes ein zu großer Gestaltungs- und Handlungsspielraum eingeräumt wird. Auch verfügt insbeson-

52 www.deutschepost.de, Broschüre „Adressierte Werbesendungen: Infopost und Infobrief national“, Stand Juli 2011; Broschüre „Leistungen und Preise“, Stand: 1. Oktober 2011; Merkblatt zur Einführung der Umsatzsteuer – Teilleistungen Brief, Stand 28. April 2011.

53 www.deutschepost.de, Fragen und Antworten zur Infopost 2010; Fragen und Antworten zur Infopost 2011.

54 www.deutschepost.de, abgerufen am 6. Oktober 2011, Informationen zur Infopost sowie Broschüre „Adressierte Werbesendungen: Infopost und Infobrief national“.

55 Vgl. Schlesiger, C., Absurder Passus, Wirtschaftswoche Nr. 40 vom 1. Oktober 2011, S. 60.

56 Vgl. Kapitel 2, Tabellen 2.1 und 2.2.

dere die Bundesnetzagentur über keine ausreichenden Ermittlungsbefugnisse, um eine wirkungsvolle und effektive Ex-post-Entgeltkontrolle zu gewährleisten und missbräuchliches Verhalten der marktbeherrschenden DPAG aufzudecken und zu untersagen. Insgesamt hat die Erfahrung der letzten Jahre gezeigt, dass das Postgesetz keine ausreichenden Mittel bietet, um den Wettbewerb zu fördern. Das Postgesetz hat sich vielmehr als wettbewerbshemmend erwiesen. Eine verbesserte Missbrauchsaufsicht sowie eine Stärkung der Befugnisse der Bundesnetzagentur könnten zu einem Aufbrechen der stagnierenden und festgefahrenen Wettbewerbssituation führen. Dies gilt umso mehr, als die Marktstruktur im Postsektor aus einem großen und marktbeherrschenden Unternehmen, der DPAG, besteht, der eine Vielzahl kleiner Briefdienstleister gegenübersteht. Daher ist es wichtig, dass die Bundesnetzagentur auf Missbräuche durch die DPAG schnell und effektiv reagieren kann. Um ein wettbewerbsfreundlicheres Umfeld zu schaffen, empfiehlt die Monopolkommission, das Postgesetz zu novellieren. Hierbei sollten Regelungen eingeführt werden, um die DPAG als marktbeherrschendes Unternehmen stärker zu kontrollieren sowie die Ermittlungsbefugnisse der Bundesnetzagentur auszuweiten. Darüber hinaus ist die Umsetzungsfrist der Postdiensterrichtlinie 2008 zum 31. Dezember 2010 abgelaufen. Diese bedarf somit noch der Umsetzung. Die Monopolkommission erläutert im Folgenden die wettbewerbshemmende Wirkung des aktuellen Postgesetzes ausführlich und unterbreitet Vorschläge zur Änderung des Postgesetzes.

3.3.1 Deregulierung?

83. Der Vorstandsvorsitzende der DPAG hat in einem Interview mit der Wirtschaftswoche vom 10. Mai 2011 die Deregulierung für die DPAG gefordert: „Das bisherige Verfahren der Preisregulierung war sinnvoll in Zeiten steigender Volumina. Doch nun sinkt die Menge von Sendungen. Und wir müssen Mehrwertsteuer zahlen, der Mindestlohn ist gefallen. Nun ist es an der Zeit, dass wir die Preise wie jedes Unternehmen marktgerecht gestalten dürfen. Ob wir das dann am Ende auch tun, ist eine andere Frage. Das hängt auch vom Wettbewerb ab.“⁵⁷

84. Die Wettbewerbssituation im Briefbereich hat sich seit der vollständigen Liberalisierung zum 1. Januar 2008 kaum verbessert. Der Marktanteil der DPAG nach Umsatz ist im Bereich der Briefe bis 1.000 g von 91,5 % in 2008 nur minimal auf geschätzte 88,6 % in 2010 gesunken.⁵⁸ Angesichts dieser noch immer absolut marktbeherrschenden Stellung der DPAG sowie der aktuell stagnierender Sendungsmengen spricht sich die Monopolkommission entschieden gegen eine Aufhebung der Endkundenpreisregulierung aus.

3.3.2 Ex-ante Regulierung von Teilleistungsentgelten

3.3.2.1 Zurzeit Ex-post-Engeltkontrolle von Teilleistungsentgelten

85. Teilleistungsentgelte sind gemäß § 28 Abs. 2 PostG von der Bundesnetzagentur ex ante nach den §§ 19 und 20 PostG zu genehmigen, wenn sie in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen werden. Da nach § 19 Satz 2 PostG Entgelte für Mindesteinlieferungsmengen von 50 Stück nicht genehmigungsbedürftig sind und die

⁵⁷ Vgl. Wirtschaftswoche Nr. 19 vom 9. Mai 2011, S. 56, Interview mit Frank Appel, „Der Riese ist aufgewacht“.

⁵⁸ Vgl. Abschnitt 2.1, Tabelle 2.1.

derzeitigen Teilleistungsangebote der DPAG Mindesteinlieferungsmengen von mehr als 50 Stück voraussetzen, prüft die Bundesnetzagentur die Teilleistungsentgelte lediglich ex post nach § 25 PostG.^{59,60} Nach § 25 PostG leitet die Bundesnetzagentur eine Überprüfung der Entgelte ein, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, dass nicht genehmigungsbedürftige Entgelte eines marktbeherrschenden Anbieters nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 2 PostG entsprechen.⁶¹ Bis zum 31. Dezember 2007 unterlagen die Teilleistungsentgelte jedoch einer Ex-ante-Genehmigung, da die Vorschrift des § 19 Satz 2 PostG nach § 53 PostG für die Zeit der gesetzlichen Exklusivlizenz der DPAG nicht galt.

86. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur verweist § 28 Abs. 2 PostG nicht nur auf § 19 Satz 1 PostG, der die Ex-ante-Genehmigung von Entgelten regelt, sondern auch auf § 19 Satz 2 PostG, wonach Entgelte für Beförderungsleistungen ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Stück von der Ex-ante-Genehmigungspflicht ausgenommen sind. Diese von § 19 PostG getroffene Grenze der Mindesteinlieferungsmenge von 50 Stück zwischen der Ex-ante-Entgeltgenehmigung und der Ex-post-Entgeltüberprüfung gelte auch für Teilleistungsentgelte, da § 28 Abs. 2 PostG vollumfänglich auf § 19 PostG verweise. Zudem habe der Gesetzgeber den Willen gehabt, Dienstleistungen für Großkunden von der Ex-ante Genehmigung zu befreien und der DPAG ab dem Zeitpunkt der vollständigen Liberalisierung eine größere Freiheit einzuräumen.⁶² Die Bundesnetzagentur sieht die Verweisung des § 28 Abs. 2 PostG damit als eine Rechtsgrundverweisung an, da sie auch die Voraussetzungen des § 19 PostG (z.B. die Mindesteinlieferungsmenge von 50 Sendungen in § 19 Satz 2 PostG) als von der Verweisung des § 28 Abs. 2 PostG mit umfasst ansieht.

87. Man könnte jedoch ebenfalls die Auffassung vertreten, dass es sich bei der Verweisung des § 28 Abs. 2 PostG um eine Rechtsfolgenverweisung handelt, also eine Verweisung, die nur auf die Rechtsfolge des Paragraphen, auf den verwiesen wird, verweist, nicht aber auf seine Voraussetzungen. Dieser Auffassung folgend verweist § 28 Abs. 2 PostG lediglich darauf, dass Entgelte der Genehmigung durch die Regulierungsbehörde bedürfen.

88. Zwar ist der Bundesnetzagentur darin zuzustimmen, dass § 19 Satz 2 PostG gerade nicht von der Verweisung des § 28 Abs. 2 PostG ausgenommen ist. Dies könnte zunächst dafür sprechen, dass dessen Voraussetzungen ebenfalls zu beachten sind. § 19 Satz 2 PostG war jedoch in der Ursprungsfassung des Postgesetzes nicht enthalten, der Paragraph bestand vielmehr lediglich aus dem jetzigen Satz 1. In der Begründung zum ersten Gesetzentwurf wird erläutert, dass Entgelte für Teilleistungsangebote nur dann

59 Vgl. Abschnitt 3.2.1, Tz. 54.

60 Vgl. BNetzA, BK 5b-07/068, S. 9.

61 Nach § 20 Abs. 2 PostG dürfen genehmigungsbedürftige Entgelte keine Aufschläge enthalten, die der Anbieter nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen kann, keine Abschlüsse enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt für Postdienstleistungen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen, und einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einräumen, es sei denn, dass hierfür eine rechtliche Verpflichtung oder ein sonstiger sachlich gerechtfertigter Grund nachgewiesen wird. Hierbei sind nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG insbesondere die Kosten für die Einhaltung der wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, sowie die Kosten einer flächendeckenden Versorgung mit Postdienstleistungen und die Kosten aus der Übernahme von Versorgungslasten für die Beschäftigten, die aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost entstanden sind, angemessen zu berücksichtigen.

62 Vgl. BNetzA, BK 5b-07/068, S. 9; BK 5b-11/017, S. 10.

der Genehmigung nach § 19 PostG bedürfen, wenn sie in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen wurden.⁶³ § 19 Satz 2 PostG wurde erst durch den Vermittlungsausschuss eingefügt.⁶⁴ Es erscheint fraglich, ob mit der Einfügung des § 19 Satz 2 PostG auch eine Änderung der Ex-ante-Genehmigungspflicht für Teilleistungsentgelte beabsichtigt war oder ob es sich lediglich um eine sprachliche Ungenauigkeit handelt und der Verweis des § 28 Abs. 2 PostG lediglich im Zuge der weiteren Gesetzgebungsarbeiten nicht mehr an den nun geänderten § 19 Satz 2 PostG angepasst wurde.

89. Für eine Rechtsfolgenverweisung spricht zunächst ganz grundsätzlich, dass in § 28 Abs. 2 PostG bereits die Voraussetzungen der Norm enthalten sind. So wird in § 28 PostG die marktbeherrschende Stellung eines Lizenznehmers auf dem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen als Voraussetzung genannt. Dies ist jedoch ebenfalls in § 19 PostG als Voraussetzung für die Ex-ante-Entgeltgenehmigung normiert. Eine Verweisung des § 28 Abs. 2 PostG, der bereits Voraussetzungen enthält, auf eine andere Norm und deren zum Teil inhaltsgleiche Voraussetzungen erscheint wenig sinnvoll.

90. Für diese Auffassung spricht auch, dass nach der Auslegung der Bundesnetzagentur die Anordnung der Ex-ante-Genehmigungspflicht in § 28 Abs. 2 PostG komplett leer läuft. Da in den aktuellen Einlieferungsbedingungen der DPAG für Teilleistungen immer Sendungsmengen mit einer Einlieferungsmenge von mindestens 50 Stück gefordert werden, gibt es keine Teilleistungen, die einer Ex-ante-Entgeltgenehmigung unterliegen würden.

3.3.2.2 Wiedereinführung der Ex-ante-Entgeltgenehmigungspflicht für Teilleistungsentgelte

91. Die Monopolkommission befürwortet eine explizite Wiedereinführung der Ex-ante-Genehmigungspflicht für Teilleistungsentgelte, die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der DPAG enthalten sind. Zunächst ist es zwar, wie bereits oben erwähnt, wünschenswert, dass sich Wettbewerb im Briefmarkt auch über Infrastrukturwettbewerb entwickelt.⁶⁵ Der Teilleistungszugang hat jedoch eine große Bedeutung für den Wettbewerb auf den Briefmärkten. Der DPAG mit einem Marktanteil von knapp 90 % stehen eine große Anzahl kleinerer Briefdienstleister gegenüber.⁶⁶ Diese arbeiten oftmals nur regional und können ihren Kunden eine überregionale Zustellung nur über den Netzzugang bei der DPAG anbieten.^{67,68}

92. Zurzeit hat noch kein alternativer Briefdienstleister ein eigenes flächendeckendes Zustellnetz aufbauen können. Parallele Zustellnetze sind nur auf regionaler Ebene oder in Ballungsgebieten entstanden. Auch Kooperationen regionaler Briefdienstleister zur überregionalen Zustellung haben noch keine bundesweiten, flächendeckenden Annahme- und Zustellstrukturen erreichen können. Damit erweist sich in der Praxis der Aufbau flächendeckender Zustellnetze für die alternativen Briefdienstleister als schwierig.⁶⁹

63 Vgl. BT-Drs. 13/7774 vom 30. Mai 1997, S. 27.

64 Vgl. BT-Drs. 13/9420 vom 10. Dezember 1997, S. 3.

65 Vgl. Abschnitt 1.1, Tz. 5-8.

66 Vgl. Abschnitt 2.1, Tabelle 2.1.

67 Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2010, S. 144; die Bundesnetzagentur bezifferte gegenüber der Monopolkommission die Anzahl der im Briefbereich aktiven Lizenznehmer auf 600 bis 650.

68 Vgl. Abschnitt 1.1, Tz. 1.

69 Vgl. ebenda, Tz. 2.

93. Aufgrund der aktuell stagnierenden Sendungsmengen im Briefbereich und der gestiegenen Menge der über den Teilleistungszugang eingelieferten Sendungen ist der Zugang zu Teilleistungen der marktbeherrschenden DPAG als entscheidend für die zukünftige Entwicklung des Wettbewerbs anzusehen. Die Sendungsmenge im Briefbereich stieg von 16,3 Mrd. Sendungen im Jahr 2009 auf 16,4 Mrd. im Jahr 2010 an. Im gleichen Zeitraum erhöhte sich die Menge der über den Teilleistungszugang bei der DPAG eingelieferten Sendungen von 1,2 Mrd. Sendungen im Jahr 2009 auf 1,6 Mrd. im Jahr 2010 an. Da die DPAG die Teilleistungsrabatte erst zum 1. Juli 2010 erhöht hat, konnten sich diese nur im zweiten Halbjahr 2010 auf die Gesamtsendungsmenge auswirken. Auch vor diesem Hintergrund ist der Anstieg der Teilleistungssendungsmengen im Jahr 2010 insgesamt erheblich. Es ist anzunehmen, dass die Teilleistungsmengen aufgrund der gesunkenen Teilleistungsentgelte noch weiter zunehmen werden.⁷⁰

94. Aktuell können die Wettbewerber der DPAG vor allem über die Teilleistungen konkurrieren. Angesichts der gestiegenen Bedeutung des Teilleistungszugangs für den Wettbewerb und vor dem Hintergrund der unter den gegebenen Rahmenbedingungen mangelnden ökonomischen Duplizierbarkeit der von den Wettbewerbern bei der DPAG eingekauften Leistungen sollten die Teilleistungsentgelte von der Bundesnetzagentur ex ante reguliert werden.

95. Ein weiteres, wichtiges Argument ergibt sich aus der Besonderheit der Postmärkte im Vergleich zu anderen regulierten Industrien: Im Postmarkt kommt der Teilleistungszugang zum marktbeherrschenden Unternehmen nicht nur den Wettbewerbern des Marktbeherrschers zugute, sondern auch großen Unternehmen, die ihre Briefmengen direkt bei der DPAG einliefern. So wurden im Jahr 2010 72 % aller neu abgeschlossenen Teilleistungsverträge, die den Zugang zu Briefzentren der DPAG beinhalten, von Endkunden abgeschlossen (vgl. Tabelle 3.3). Eine Ex-ante-Entgeltgenehmigung von Teilleistungsentgelten stellt damit auch eine Regulierung der Entgelte für Endkunden dar.

Tabelle 3.3:

Teilleistungsverträge über den Zugang zu Briefzentren 2010

Zugangspunkt	Individualsendungen		Infopost	Gesamt
	BZA	BZE	BZE	BZA/BZE
Vertragspartner				
Endkunden	55	75	20	150
Wettbewerber	20	25	13	58
Gesamt	75	100	33	208

Quelle: BNetzA, Jahresbericht 2010, S. 147

⁷⁰ Vgl. Abschnitt 2.1, Tz. 15-17.

3.3.3 Wirksamere Ex-post-Entgeltkontrolle

3.3.3.1 Entgeltkontrolle bei individuellen Rabattvereinbarungen

96. Individuelle Preisvereinbarungen der DPAG mit ihren Großversendern unterliegen nicht der Ex-ante-Genehmigung durch die Bundesnetzagentur, sondern einer nachträglichen Kontrolle. Damit die Bundesnetzagentur ein Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle nach § 25 PostG einleiten kann, müssen ihr jedoch Tatsachen bekannt sein, die die Annahme rechtfertigen, dass die Entgelte nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 2 PostG entsprechen. Zur Einleitung eines Verfahrens ist es also erforderlich, dass die Bundesnetzagentur über belegbare Hinweise auf ein möglicherweise wettbewerbswidriges Verhalten der DPAG verfügt. Nach § 30 PostG sind zwar Verträge nach § 28 und Verträge über die Mitbenutzung von Postfachanlagen oder den Zugang zu Adressänderungen nach § 29 PostG der Bundesnetzagentur innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss von dem marktbeherrschenden Anbieter vorzulegen. Diese Vorschrift beinhaltet jedoch lediglich eine Vorlagepflicht für Teilleistungsverträge. Außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift hat die Regulierungsbehörde keinerlei Befugnisse, aus eigener Initiative Verträge einzusehen. Hierin liegt bei individuellen Preisvereinbarungen der DPAG mit ihren Großversendern ein Informationsdefizit der Bundesnetzagentur.⁷¹

97. Es ist anzunehmen, dass die DPAG diese durch die Ex-post-Entgeltkontrolle und das bestehende Informationsdefizit der Bundesnetzagentur entstandene Flexibilität dazu nutzt, ihre Großversender mit individuellen Rabatten an sich zu binden. Im Rahmen einer von der WIK-Consult GmbH zwischen Oktober 2008 und März 2009 durchgeführten Untersuchung zur Nachfrage nach Postdienstleistungen von Geschäftskunden gaben 30,2 % der Unternehmen, die einen Preisnachlass bei der DPAG erhielten, an, gegenüber der DPAG Rabatte auszuhandeln, ohne dafür die regulären Voraussetzungen in Bezug auf Freimachung, Vorsortierung, Einlieferung in Briefzentren oder Mindesteinlieferungsmenge zu erfüllen.⁷² Von denjenigen Unternehmen, die Preisnachlässe erhielten, gaben 6,2 % an, Werbekostenzuschüsse für ihre Versandaktionen von der DPAG zu erhalten. Dies belegt, dass Rabattvereinbarungen zwischen der DPAG und Großversendern keineswegs unbedeutend sind. Die Bundesnetzagentur hat insoweit die Aufgabe, wettbewerbslich unproblematische Preisnachlässe von wettbewerbsbehindernden und unzulässigen Preisnachlässen zu unterscheiden. Während die reine Weitergabe von Skalenvorteilen unproblematisch ist, wären Preisnachlässe, welche Treue- und Sogeffekte herbeiführen, tendenziell als wettbewerbsbehindernd zu beurteilen. Ein Treuerabatt läge vor, wenn der Rabatt daran geknüpft wird, dass der Nachfrager seinen gesamten Bedarf oder jedenfalls einen hohen Prozentsatz über den Marktbeherrscher decken muss. In diesem Fall ist es Wettbewerbern des Marktbeherrschers nicht möglich, im Fall der gestiegenen Nachfrage durch diesen Kunden ebenfalls einen Vertrag mit dem Kunden zu

71 Solche individuellen Rabatte sind von denjenigen Produkten abzugrenzen, die wegen einer reduzierten Leistung der DPAG mit Preisnachlass angeboten werden. So werden beim Teilleistungszugang durch die Vorsortierung und Einlieferung der Sendungen bei den Briefzentren einige Prozesse der postalischen Wertschöpfungskette durch den Versender oder die Konsolidierer als Vorleistung selbst erbracht.

72 Vgl. WIK-Consult GmbH, Nachfrage nach Postdienstleistungen von Geschäftskunden, Studie im Auftrag der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Bad Honnef, März 2009, S. 57.

schließen. Für den Kunden besteht nämlich ein starker Anreiz, jede Nachfragesteigerung wegen der Bindung des Rabatts an die Nachfrage des Kunden über das marktbeherrschende Unternehmen zu decken.⁷³

98. Die Unterscheidung zwischen wettbewerblich unproblematischen und wettbewerbsbehindernden Preisnachlässen wird der Bundesnetzagentur allerdings dadurch erschwert, dass sie keinen Zugang zu den zur Beurteilung und Prüfung notwendigen Informationen hat. Es ist davon auszugehen, dass die allermeisten Vereinbarungen über individuelle Preisnachlässe zwischen der DPAG und ihren Großkunden nicht öffentlich gemacht und auch nicht an die Bundesnetzagentur herangetragen werden.

99. Da 83,8 % des Volumens der DPAG im Bereich „Brief Kommunikation“ auf Geschäftskundenbriefe entfällt,⁷⁴ kann angenommen werden, dass Großversender gegenüber der DPAG über eine gewisse Verhandlungsmacht verfügen, individuelle Rabatte aushandeln können und die Höhe der ausgehandelten Rabatte mit der Höhe des Sendungsvolumens ansteigt. Kleinere Unternehmen haben vermutlich nicht genügend Verhandlungsmacht gegenüber der DPAG, um individuelle Rabatte auszuhandeln. Folglich müssen sie für ihre Briefsendungen den Listenpreis der DPAG zahlen. Ein Großversender, der individuelle Rabatte auf den Listenpreis der DPAG erhält, hat nun gegenüber diesen kleineren Konkurrenten, die keine individuellen Rabatte der DPAG erhalten, einen Kostenvorteil und kann für seine eigenen Produkte einen niedrigeren Preis verlangen. Diesen Vorteil werden Großversender, die aufgrund der individuellen Rabatte von Niedrigpreisen profitieren, von sich aus nicht öffentlich machen und auch keine Tatsachen mitteilen, die auf einen Verstoß hindeuten.

100. Die DPAG hat ebenfalls kein Interesse daran, individuelle Rabattvereinbarungen öffentlich zu machen oder der Bundesnetzagentur Hinweise zu liefern. Für die DPAG besteht die Gefahr, dass die Bundesnetzagentur die Rabattvereinbarungen einer nachträglichen Entgeltkontrolle unterzieht und bei Missbräuchlichkeit der Rabattvereinbarung eine Anpassung der Entgelte fordert. Insgesamt wird das Interesse der Vertragsschließenden an der Geheimhaltung der Rabattvereinbarungen umso größer, je eher der jeweilige Vertrag von ihnen als missbräuchlich beurteilt wird.

101. Ein Interesse an der Öffentlichmachung der Rabatte haben entweder die Wettbewerber der DPAG oder die Konkurrenten der begünstigten Kunden. Die Wettbewerber müssen, um im Wettbewerb mit der DPAG bestehen zu können, den begünstigten Kunden vergleichbare, eher jedoch niedrigere, Angebote machen. Die Konkurrenten der begünstigten Kunden werden bei Kenntnis der Rabatte von der DPAG vergleichbare Rabatte einfordern. Das Problem besteht nun darin, dass die Wettbewerber der DPAG auf den Teilleistungszugang bei der DPAG angewiesen sind, da die DPAG zurzeit das einzige flächendeckende Zustellnetz in Deutschland hat. Damit sind die Wettbewerber von der DPAG abhängig, um ihren Kunden die flächendeckende Zustellung über das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland anbieten zu können. Auch besteht die Möglichkeit, dass Wettbewerber selbst darauf hoffen, einen Vertrag mit dem begünstigten Großversender abschließen zu können. Zudem stehen sie – z.B. in dem Fall, dass ein Kunde der Wettbewerber aufgrund der individuellen Rabatte und daraus resultierenden

⁷³ Für eine ausführliche Erläuterung der Grundformen von Rabatten sowie der für den Postmarkt relevanten Rabatte vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 111 ff.

⁷⁴ Vgl. DPAG, Geschäftsbericht 2010, S. 54.

Niedrigpreise, die ihm von der DPAG angeboten werden, wieder zurück zur DPAG wechselt – in einem engen Vertrauensverhältnis zu diesem Kunden. Wird dieses beschädigt, werden sie den Kunden gegebenenfalls endgültig verlieren und ihn auch bei Unterbieten des Angebots der DPAG nicht mehr zurückgewinnen können. Diese Überlegung mag Wettbewerber der DPAG von der Information der Bundesnetzagentur abhalten. Aus Angst vor den für ihr Unternehmen damit verbundenen Konsequenzen werden sie gegebenenfalls davor zurückschrecken, der Bundesnetzagentur Hinweise über eine möglicherweise missbräuchliche Rabattvereinbarung zu liefern. Darüber hinaus können Wettbewerber der Regulierungsbehörde nur selten handfeste Beweise vorlegen. Wettbewerber erhalten zwar von ihren Kunden oder den Kunden der DPAG, welchen sie ein Angebot unterbreiten, angeblich mündliche Hinweise, jedoch wohl nur in den wenigsten Fällen schriftliche Beweise für angeblich wettbewerbswidrige Angebote.

102. Insgesamt hat die Bundesnetzagentur im Bereich der individuellen Großkundenverträge ein Informationsdefizit. Sie kann aus eigener Initiative keine anderen Verträge als die Teilleistungsverträge einsehen. Ohne konkrete Hinweise kann sie jedoch auch kein Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle einleiten. Im Ergebnis hat die Bundesnetzagentur keine Möglichkeit, individuelle Großkundenverträge der DPAG mit den in ihnen enthaltenen individuellen Rabattvereinbarungen wirkungsvoll zu prüfen und zu kontrollieren.

103. Aus diesem Grund empfiehlt die Monopolkommission, eine Vorlagepflicht für individuelle Großkundenverträge der DPAG bei der Bundesnetzagentur einzuführen. Eine solche Vorschrift könnte § 38 Abs. 1 Satz 3 TKG entsprechend gestaltet werden. Nach dieser Regelung sind Entgeltmaßnahmen bezüglich individuell vereinbarter Leistungen, die nicht ohne weiteres auf eine Vielzahl anderer Nachfrager übertragbar sind, der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsabschluss zur Kenntnis zu geben. Dies träfe auf individuelle Großkundenverträge zu. Die Bundesnetzagentur hätte dann die Möglichkeit, aufgrund der Kenntnis des Vertragsinhalts bei einem in diesem Vertrag enthaltenen wettbewerbsbehindernden Rabatt ein Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle einzuleiten. Das Informationsdefizit der Bundesnetzagentur würde dadurch behoben und eine wirksame Entgeltkontrolle ermöglicht, wodurch letztlich der Wettbewerb gestärkt würde.

104. Durch eine solche Vorlagepflicht würden zwar die Transaktionskosten bei der DPAG steigen, da sie jeden Vertrag vorlegen müsste, und auch die Bundesnetzagentur müsste mehr Personal vorhalten, um die Verträge gegebenenfalls einer tief gehenden Prüfung zu unterziehen. Dennoch ist eine Verpflichtung zur Vorlage von individuellen Kundenverträgen sinnvoll und angemessen, da hierdurch der Spielraum der DPAG, wettbewerbsbehindernde Verträge abzuschließen, eingeschränkt würde. Der Bundesnetzagentur würde es ermöglicht, die Verträge wirksam zu überprüfen sowie die Entgelte der DPAG zu kontrollieren.

105. Zwar wäre es grundsätzlich auch möglich, den § 30 PostG dahingehend zu erweitern, dass er auch individuelle Verträge und nicht nur Teilleistungsverträge erfasst. Eine Vorlagepflicht analog § 38 Abs. 1 Satz 3 TKG ist jedoch die wirkungsvollere Maßnahme, da Verträge dann unmittelbar nach Vertragsschluss vorgelegt werden müssten und nicht erst innerhalb eines Monats nach Vertragsschluss.

3.3.3.2 Vorlagepflicht für Teilleistungsverträge

106. § 30 PostG sieht vor, dass Verträge über Teilleistungen nach § 28 und Verträge über eine Mitbenutzung von Postfachanlagen oder den Zugang zu Adressänderungen nach § 29 PostG der Bundesnetzagentur innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss von der DPAG vorzulegen sind. Um die Ex-post-Entgeltkontrolle von Teilleistungsverträgen wirkungsvoller zu gestalten, empfiehlt die Monopolkommission, § 30 PostG vergleichbar § 38 Abs. 1 Satz 1 und 2 TKG zu ändern. Danach sind der Ex-post-Entgeltkontrolle unterliegende Entgelte im Telekommunikationsbereich der Bundesnetzagentur innerhalb von zwei Monaten vor deren Inkrafttreten vorzulegen. Die Bundesnetzagentur untersagt innerhalb von zwei Wochen nach Vorlage der Entgelte die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Prüfung, wenn die geplante Entgeltmaßnahme offenkundig missbräuchlich im Sinne des § 28 TKG wäre. Die entscheidende Änderung bestünde darin, dass die DPAG Teilleistungsverträge nicht mehr innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss vorzulegen hätte, sondern innerhalb von zwei Monaten vor Inkrafttreten. Dies hätte den Vorteil, dass Verträge vor deren Inkrafttreten von der Bundesnetzagentur überprüft werden können. Ein Vertrag, der lediglich innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss vorzulegen ist, kann, wenn er sehr kurzfristig geschlossen und umgesetzt wurde, bereits von den Vertragsparteien angewendet werden, bevor die Bundesnetzagentur die Chance hat, diesen Vertrag zu prüfen. Durch die Möglichkeit, bei offensichtlicher Missbräuchlichkeit des Entgelts die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss der Prüfung durch die Bundesnetzagentur zu untersagen, wäre die Möglichkeit der DPAG, missbräuchliche Entgelte zu verlangen, reduziert. Insgesamt würde durch diese Änderungen eine wirkungsvollere Ex-post-Entgeltkontrolle ermöglicht. Es läge allerdings dennoch kein größerer Notifizierungsaufwand für die DPAG als betroffenes Unternehmen vor, da sich lediglich der Zeitpunkt ändern würde, zu welchem die Vorlage des Vertrages nötig wäre.

3.3.4 Präzisierung der Missbrauchsmaßstäbe des § 20 Abs. 2 PostG

107. Nach § 20 Abs. 2 PostG dürfen genehmigungsbedürftige Entgelte (1) keine Aufschläge enthalten, die der Anbieter nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen kann, (2) keine Abschlüge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt für Postdienstleistungen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen, sowie (3) einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einräumen, es sei denn, dass hierfür eine rechtliche Verpflichtung oder ein sonstiger sachlich gerechtfertigter Grund nachgewiesen wird. Diese Beurteilungsmaßstäbe entsprechen denjenigen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁷⁵ und damit den allgemeinen kartellrechtlichen Tatbeständen des Preishöhenmissbrauchs, des Behinderungsmissbrauchs und des Diskriminierungsmissbrauchs.⁷⁶

108. Sowohl nach deutschem als auch nach europäischem Kartellrecht wird die sog. Preis-Kosten-Schere als ein Fall des Behinderungsmissbrauchs beurteilt.⁷⁷ Eine Preis-

⁷⁵ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Postgesetzes (PostG), BT-Drs. 13/7774 vom 30. Mai 1997, S. 24.

⁷⁶ Sedemund in: Badura, P. (Hrsg.), Beck'scher PostG-Kommentar, 2. Aufl., München 2004, § 20 Rn. 1.

⁷⁷ Vgl. beispielsweise EU-Kommission, Entscheidung vom 21. Mai 2003, Deutsche Telekom, ABl. EU Nr. L 263 vom 14. Oktober 2003, S. 9; EuG, Urteil vom 10. April 2008, T-271/03; BKartA, Beschluss vom 6. August 2009, B7-11/09, MABEZ-Dienste, WuW/E DE-V 1769, Rn. 49.

Kosten-Schere liegt vor, wenn „die Differenz zwischen den Endkundenentgelten eines marktbeherrschenden Unternehmens und dem Vorleistungsentgelt für vergleichbare Leistungen an seine Wettbewerber entweder negativ ist oder nicht ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Betreibers für die Erbringung seiner eigenen Endkundendienste im nachgeordneten Markt zu decken.“⁷⁸ Die Preis-Kosten-Schere an sich stellt den Missbrauch dar. Nicht entscheidend ist, ob das Endkundenentgelt selbst missbräuchlich ist.⁷⁹

109. Die Problematik einer solchen Preis-Kosten-Schere kann sich auch im Postsektor stellen. Wie bereits erläutert, liefern die Wettbewerber der DPAG mangels eigener flächendeckender Zustellnetze diejenigen Sendungsmengen, deren Zielregionen außerhalb ihres eigenen Zustellnetzes liegen, im Rahmen des Teilleistungszugangs bei der DPAG ein, um ihren Kunden eine deutschlandweite Zustellung zu ermöglichen. Für diesen Teilleistungszugang zahlen die Wettbewerber ein Teilleistungsentgelt. Dieses besteht aus dem Standardentgelt abzüglich eines Rabattes, dessen Höhe sich nach der Sendungsmenge richtet und danach, ob die Briefe beim Briefzentrum des Ursprungsortes oder des Zielortes eingeliefert werden. Wenn die DPAG ihren großen Geschäftskunden individuelle Rabatte gewährt, ist es für die Wettbewerber entscheidend, dieses zwischen der DPAG und den Geschäftskunden vereinbarte Entgelt zu unterbieten, um der DPAG im End-to-End-Wettbewerb um die großen Geschäftskunden Konkurrenz machen zu können. Dies ist den Wettbewerbern kostendeckend jedoch nur möglich, wenn die Teilleistungsentgelte der DPAG geringer sind als das von der DPAG mit den großen Geschäftskunden individuell vereinbarte Entgelt. Gewährt die DPAG ihren Großkunden nun individuelle Rabatte, welche die von den Wettbewerbern zu zahlenden Teilleistungsentgelte unterschreiten, oder bieten die Tochtergesellschaften der DPAG End-to-End-Leistungen zu einem Preis an, der zwar höher ist als das Teilleistungsentgelt, jedoch geringer als das Teilleistungsentgelt zuzüglich der produktspezifischen Kosten der Tochtergesellschaft,⁸⁰ verbleiben den den Teilleistungszugang der DPAG nutzenden Wettbewerbern keinerlei Möglichkeiten mehr, mit der DPAG zu konkurrieren und mit ihr in einen End-to-End-Wettbewerb zu treten. In diesen Fällen ist es einem ebenso effizient wie die DPAG agierenden Wettbewerber nicht möglich, die Kosten seiner Vorleistung durch die von ihm verlangten Endkundenentgelte zu decken.

110. Zur Verteidigung einer solchen Preis-Kosten-Schere könnte sich die DPAG auch nicht darauf berufen, dass ihre Entgelte von der Bundesnetzagentur reguliert werden. Die Unionsgerichte haben ausdrücklich entschieden, dass eine Preis-Kosten-Schere einem Unternehmen auch dann als wettbewerbswidrig und missbräuchlich zugeordnet werden kann, wenn die Endkundenentgelte des Unternehmens von der Regulierungsbehörde im Rahmen eines Price-Cap-Verfahrens reguliert werden, da dem Unternehmen in diesem Fall noch ein ausreichender Handlungsspielraum verbleibe.⁸¹ Im Vergleich zu dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt verfügt die DPAG über einen noch weiteren Handlungsspielraum: Während im Briefbereich nur die Privatkunden- und Kleinstversenderentgelte mit Mindesteinlieferungsmengen bis 50 Stück der Ex-ante-Regulierung unterliegen, werden die infrage stehenden Teilleistungs- und End-to-

78 Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 21. Mai 2003, Deutsche Telekom, a.a.O., Rn. 107.

79 Vgl. EuG, T-271/03, Rn. 167 f.

80 Zu diesen beiden Möglichkeiten der Preis-Kosten-Schere vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 21. Mai 2003, Deutsche Telekom, a.a.O., Rn. 138.

81 Vgl. EuGH, Urteil vom 14. Oktober 2010, C-280/08 P, Rn. 80 ff.

End-Großkundenentgelte lediglich ex post kontrolliert und belassen der DPAG einen Handlungsspielraum, ihre Entgelte festzusetzen.

111. Aufgrund der wettbewerbsbehindernden Wirkung, die von solchen Preis-Kosten-Scheren ausgeht, wäre eine Klarstellung im Gesetzestext wünschenswert, dass diese unter das Abschlagsverbot des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG fallen. Eine Präzisierung der Vorschrift könnte eine effektivere Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur ermöglichen. Eine solche Regelung könnte entsprechend § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG ausgestaltet werden, wonach ein Missbrauch durch Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Telekommunikationsmarkt auf erhebliche Weise beeinträchtigen, vermutet wird, wenn die Spanne zwischen dem Entgelt, das der Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, Wettbewerbern für eine Zugangsleistung in Rechnung stellt, und dem entsprechenden Endnutzerentgelt nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen (Preis-Kosten-Schere).

3.3.5 Stärkung der Antrags- und Klagerechte Dritter

112. Nach § 25 Abs. 1 PostG leitet die Bundesnetzagentur eine Ex-post-Kontrolle von nicht genehmigungsbedürftigen Entgelten ein, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass diese Entgelte nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 2 PostG entsprechen. Folglich kann die Bundesnetzagentur ein Verfahren nur von Amts wegen einleiten, Dritte haben kein Antragsrecht. Sie können zwar Hinweise auf einen möglichen Missbrauch durch die DPAG oder zu nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 2 PostG entsprechenden Entgelten der DPAG geben, über die Einleitung des Verfahrens entscheidet jedoch die Bundesnetzagentur. Im Telekommunikationsgesetz können auch Dritte einen Antrag auf Eröffnung eines Missbrauchsverfahrens stellen. § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG regelt: „Auf Antrag oder von Amts wegen trifft die Bundesnetzagentur eine Entscheidung, um die missbräuchliche Ausnutzung einer marktmächtigen Stellung zu beenden.“ Aufgrund dieser Regelung sind die Wettbewerber der Deutschen Telekom AG nicht darauf angewiesen, dass die Bundesnetzagentur ein Verfahren von Amts wegen einleitet. Aufgrund der unverändert andauernden marktbeherrschenden Stellung der DPAG sowie der oben ausgeführten Informationsdefizite der Bundesnetzagentur empfiehlt die Monopolkommission, im Postgesetz eine Vorschrift vergleichbar § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG einzuführen. Diese sollte jedoch im Gegensatz zu § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG nicht nur ein Antragsrecht bezüglich der besonderen Missbrauchsaufsicht enthalten, sondern ebenfalls ein Antragsrecht im Hinblick auf die Entgeltüberprüfung nach § 25 Abs. 1 PostG.

3.3.6 Arbeitsmarktbedingungen im Postgesetz

113. Einzelne Vorschriften des Postgesetzes regeln Arbeitsmarktbedingungen. Während § 1 PostG als Zweck des Postgesetzes unter anderem nennt, durch Regulierung im Bereich des Postwesens den Wettbewerb zu fördern, führt § 2 Abs. 2 Nr. 5 PostG als Ziel der Regulierung die Berücksichtigung sozialer Belange auf. § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG regelt, dass die Erteilung einer Lizenz durch die Bundesnetzagentur zu versagen ist, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet

(sog. Sozialklausel). Diese Klausel sollte so ausgelegt werden, dass als Maßstab nur diejenigen Löhne herangezogen werden, die für vergleichbare Tätigkeiten am gleichen Ort gezahlt werden. Mit dieser Auslegung würde die Sozialklausel kaum eine Rolle spielen, da davon auszugehen ist, dass ein Antragsteller, der Löhne deutlich unter dem ortsüblichen Lohn anbietet, seine offenen Stellen kaum besetzen kann. Generell sieht die Monopolkommission die Regelung von Arbeitsmarktbedingungen im Postgesetz jedoch sehr kritisch. Bei einer Auslegung dieser Vorschriften, die das Niveau der DPAG als entscheidungserheblichen Maßstab nimmt, sind diese Vorschriften geeignet, dem angestrebten Wettbewerb im Postsektor entgegenzuwirken. Sie sollten aus diesem Grund gestrichen werden.

3.3.7 Postzustellungsaufträge

114. § 34 PostG regelt eine Ex-ante-Genehmigungspflicht für Entgelte förmlicher Zustellungen (sog. Postzustellungsaufträge) sämtlicher Anbieter, unabhängig von der Frage der Marktbeherrschung. Da Aufträge zur Erbringung von förmlichen Zustellungen von Gerichten und Behörden nach den Vorschriften des Vergaberechts vergeben werden, wird bereits hierdurch Wettbewerb zwischen den Anbietern von Postzustellungsaufträgen ausgelöst. Ein Ausbeutungsmisbrauch durch zu hohe Preise ist nicht zu erwarten, da übersteuerte Angebote keinen Zuschlag erhalten. Auch steht nicht zu befürchten, dass nicht marktbeherrschende Unternehmen versuchen, Wettbewerber durch Kampfpreise aus dem Markt zu drängen, da nur die DPAG die finanziellen Mittel aufbringt, große Aufträge mit Verlust durchzuführen. Aus diesen Gründen sollte die Ex-ante-Genehmigungspflicht für Entgelte aller Anbieter von förmlichen Zustellungen gestrichen werden. Mit Direkt Express hat 2011 ein großer Wettbewerber der DPAG im Bereich der Postzustellungsaufträge Insolvenz angemeldet.⁸² Der Monopolkommission liegen noch keine Daten darüber vor, wie sich dies auf den Wettbewerb um Postzustellungsaufträge ausgewirkt hat. Aus diesem Grund empfiehlt die Monopolkommission, die Ex-ante-Genehmigungspflicht für Entgelte der DPAG für Postzustellungsaufträge zunächst beizubehalten und gegebenenfalls später auf eine Ex-post-Entgeltkontrolle zurückzuführen. Die nach § 22 Abs. 4 PostG vorgesehene Veröffentlichungspflicht für genehmigte Entgelte sollte für Entgelte für Postzustellungsaufträge gestrichen werden, um der DPAG die wirksame Teilnahme an Ausschreibungen zu ermöglichen. Bei einer Veröffentlichung der genehmigten Entgelte wären allen an einer Ausschreibung teilnehmenden Wettbewerbern der DPAG deren Entgelte bekannt, welche sie dann geringfügig unterbieten könnten.⁸³

3.3.8 Verweisung auf Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes

115. § 44 Satz 2 PostG verweist auf die §§ 66 bis 71, 74 bis 81, 83 und 84 TKG 1996.⁸⁴ Diese regeln unter anderem die Errichtung, den Sitz, die Rechtsstellung sowie die Organisation der Regulierungsbehörde, die Aufsicht durch die Regulierungsbehörde, das Verfahren vor der Regulierungsbehörde, den Tätigkeitsbericht sowie die Zusammenar-

82 Vgl. Insolvenzen des Amtsgerichts Ulm, www.indat.info/insolvenzen_gerichte/Ulm.html; Postmaster Magazin, Juni 2011, S. 48.

83 Vgl. ausführlich zu den Problemen der aktuellen Regelung: Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 175 ff.

84 BGBl. I, Nr. 39 vom 31. Juli 1996, S. 1120.

beit der Regulierungsbehörde mit anderen Stellen. Durch die Novelle des Telekommunikationsgesetzes 2004 wurden die Vorschriften, auf die das Postgesetz verweist, überarbeitet sowie die Nummerierung der Paragraphen im Telekommunikationsgesetz geändert.⁸⁵ Diese Vorschriften wurden zudem durch das „Gesetz zur Veränderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften“ 2007 nochmals verändert.⁸⁶ Bereits in ihren letzten beiden Sondergutachten zum Postmarkt hat die Monopolkommission darauf hingewiesen, dass aufgrund dieser Veränderung des Telekommunikationsgesetzes Unsicherheit darüber herrscht, wie weit die Verweisung des Postgesetzes reicht.⁸⁷ Da das Telekommunikationsgesetz von 1996 nach § 152 Abs. 2 TKG 2004 im Juni 2004 außer Kraft getreten ist, geht die Verweisung des § 44 Satz 2 PostG bereits seit diesem Zeitpunkt ins Leere. Unstreitig ist, dass der Verweis weiterhin auch für diejenigen Vorschriften des aktuellen Telekommunikationsgesetzes gilt, die sich inhaltlich nicht verändert haben. Weniger klar ist, ob auch neu in das Telekommunikationsgesetz aufgenommene Vorschriften auf den Postbereich zu übertragen sind oder nicht.

116. Das Bundesverwaltungsgericht hat dies insoweit verneint, als es in zwei Fällen eine Revision im Postbereich für unstatthaft erklärt hat, die sich auf § 137 Abs. 3 TKG 2004 stützte.⁸⁸ In § 137 Abs. 3 TKG 2004 wird die Berufung gegen ein Urteil des Verwaltungsgerichts ausgeschlossen, gegen das Urteil kann nur noch Revision beim Bundesverwaltungsgericht eingelegt werden. Das Bundesverwaltungsgericht hielt eine entsprechende Anwendung des § 137 Abs. 3 TKG 2004 im Postbereich für ausgeschlossen, da dieser im Telekommunikationsgesetz 1996 und damit auch im Verweisungskatalog des § 44 Satz 2 PostG keine inhaltliche Entsprechung finde. Damit können Vorschriften, die vollständig neu in das Telekommunikationsgesetz eingefügt wurden, nicht im Postgesetz interpretiert und im Postbereich angewendet werden.⁸⁹

117. Aufgrund dieser bestehenden Unklarheiten über die Reichweite der Verweisung des § 44 Satz 2 PostG ist es notwendig, diese Verweisungsnorm anzupassen. Die Monopolkommission befürwortet jedoch aufgrund der zunehmenden Verselbstständigung des Postregulierungsrechts die Aufnahme der entsprechenden Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes direkt in das Postgesetz.

85 BGBl. I, Nr. 29 vom 25. Juni 2004, S. 1190.

86 BGBl. I, Nr. 5 vom 23. Februar 2007, S. 106.

87 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 190; Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 117-120.

88 BVerwG, Beschluss vom 31. Januar 2006, BVerwG 6 B 78.05; Beschluss vom 28. März 2006, BVerwG 6 C 13.05.

89 Zunächst scheint es widersprüchlich zu sein, dass das Bundesverwaltungsgericht die Anwendbarkeit des § 137 TKG 2004 im Postbereich verneint, während mit dem § 138 TKG 2004 eine Regelung des Telekommunikationsgesetzes 2004 im Postbereich angewendet wird, die im TKG 1996 nicht existierte. Nach § 138 Abs. 1 TKG 2004 entscheidet die Bundesnetzagentur anstelle des Bundeswirtschaftsministeriums über die Vorlage von Unterlagen bei Gericht, § 138 Abs. 2 TKG 2004 regelt, dass das Gericht in der Hauptsache auf Antrag eines Beteiligten darüber entscheidet, ob Unterlagen vorzulegen sind oder nicht vorgelegt werden dürfen. Für den § 138 Abs. 1 TKG 2004 ist dies allerdings gerechtfertigt, da dieser bereits durch Art. 18 Nr. 3 des Post- und telekommunikationsrechtlichen Bereinigungsgesetzes von Mai 2002 als § 75a in das Telekommunikationsgesetz eingefügt wurde (BGBl. I, Nr. 29 vom 10. Mai 2002, S. 1529). Durch die Verweisung im Postgesetz auf die §§ 74 bis 81 TKG bestand dann auch ein Verweis auf den neuen § 75a. Die Anwendbarkeit des § 75a TKG auf den Postbereich wurde vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt; vgl. BVerwG, Beschluss vom 15. August 2003, 20 F 3.03.

3.3.9 Umsetzung der Postdiensterrichtlinie 2008

118. Die Umsetzungsfrist für die Postdiensterrichtlinie 2008 ist zum 31. Dezember 2010 abgelaufen. Soweit die Bundesregierung die Europäische Kommission davon in Kenntnis gesetzt hat, dass das aktuelle Postgesetz diese Richtlinie bereits umsetzt, kann die Monopolkommission dieser Einschätzung nicht zustimmen und fordert die Bundesregierung auf, die Postdiensterrichtlinie 2008 umzusetzen.

119. Als Beispiel für die mangelnde Umsetzung sei lediglich Art. 11a der Postdiensterrichtlinie genannt. Dieser regelt, dass die Mitgliedstaaten Zugang zu den „Komponenten der postalischen Infrastruktur“ gewährleisten. Beispielfhaft sind „ein Postleitzahlensystem, eine Adressdatenbank, Hausbriefkästen, Postfächer, Information über Adressänderungen, die Umleitung von Sendungen und die Rückleitung an den Absender“ genannt. Voraussetzung der Zugangsgewährung ist nach Art. 11a, dass dies zum „Schutz der Interessen von Nutzern und/oder zur Förderung effektiven Wettbewerbs“ notwendig ist. Die Monopolkommission geht davon aus, dass bei der aktuellen Wettbewerbssituation in Deutschland eine solche Notwendigkeit vorliegt.

120. § 29 PostG regelt hingegen lediglich eine Verpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens, anderen Anbietern von Postdienstleistungen Zugang zu den von ihm betriebenen Postfachanlagen sowie den Informationen über Adressänderungen zu gewähren. Folglich muss § 29 PostG um die in Art. 11a der Postdiensterrichtlinie genannten Komponenten erweitert werden. Da jedoch auch diese nur eine beispielhafte Aufzählung beinhalten, empfiehlt die Monopolkommission den § 29 PostG durch eine generelle Zugangsverpflichtung des marktbeherrschenden Unternehmens zu ersetzen, bei der Beispiele des Art. 11a Postdiensterrichtlinie als Regelbeispiele erwähnt werden.

4. Weitere Wettbewerbshemmnisse

4.1 Bund als Wettbewerbshüter und Anteilseigner

121. In den letzten Jahren hat sich die Bundesrepublik Deutschland schrittweise von ihren Beteiligungen an der DPAG getrennt, indem sie einzelne Aktienpakete an die KfW Bankengruppe veräußert hat, die diese in Etappen auf dem Kapitalmarkt veräußerte. Zurzeit hält die KfW noch 30,5 % der Anteile an der DPAG. Geplant ist, auch diese Anteile schrittweise zu veräußern, um die DPAG vollständig zu privatisieren. Die Privatisierung verläuft über das sog. Platzhaltermodell.⁹⁰ Danach verkauft der Bund seine Beteiligung zunächst an die KfW, welche dem Bund einen Kaufpreis zahlt, der sich am Marktwert orientiert und dem Bund sofort zufließt. Wenn die Kapitalmarktbedingungen günstig sind, platziert die KfW diese Anteile zu einem höheren Preis und leistet an den Bund eine weitere Zahlung aus einem vereinbarten Besserungsschein. Der Wert dieses Besserungsscheins errechnet sich aus der Differenz zwischen erzieltm Veräußerungserlös und Einkaufspreis, abzüglich der entstandenen Kosten sowie einer Vergütung für die KfW. Seit 1997 hat die KfW auf der Basis dieses Platzhaltermodells in mehreren Schritten Aktien der Deutschen Telekom AG sowie der DPAG vom Bund gekauft und am Kapitalmarkt verkauft.

122. Im Juli 2009 hat die KfW durch ein von den Banken BNP Paribas und Morgan Stanley Bank AG angeführtes Bankenkonsortium eine Umtauschanleihe in Höhe von 750 Mio. EUR auf Stammaktien der DPAG am Kapitalmarkt platziert. Eine Umtauschanleihe ist eine Anleihe, die dem Investor zusätzlich zur jährlichen fixen Zinszahlung das Recht gibt, die Anleihe jederzeit in eine feste, gegebene Anzahl von Aktien zu tauschen. Die Umtauschanleihe ist mit ca. 4,48 % des derzeit ausstehenden Grundkapitals der DPAG unterlegt. Die Umtauschanleihe wurde nahezu ausschließlich in Europa platziert, insbesondere in Großbritannien (40 %), Frankreich (32 %) und der Schweiz (10 %). Die KfW hat einer Stillhalteperiode (lock up) von 180 Tagen für ihre verbleibende Beteiligung an der DPAG zugestimmt.⁹¹

123. Die Splittung des Verkaufsprozesses nach dem Platzhaltermodell verfolgt das Ziel, staatseigene Unternehmen unabhängig von den Bedürfnissen des Bundeshaushalts zu privatisieren und ermöglicht die Platzierung von Anleihen bei attraktiven Kapitalmarktbedingungen. Das Platzhaltermodell führt allerdings auch dazu, dass der Bund auch nach dem Verkauf seiner Anteile an die KfW ein unvermindertes finanzielles Interesse am wirtschaftlichen Erfolg der DPAG hat. Da die mit einem Verkauf von Aktien erzielten Kursgewinne durch die Besserungsscheine dem Bund zufließen, hat der Bund die gleichen Verhaltensanreize, die er auch als direkter Anteilseigner hätte. Gleichzeitig soll der Bund durch seine Gesetzgebung Wettbewerb auf dem Postmarkt etablieren. Hierzu hat er jedoch nur einen verminderten Anreiz, da der Aktienkurs der DPAG um so höher ist, je größer die Gewinne der DPAG sind und je weniger Wettbewerb auf dem Postmarkt herrscht. Insofern schadet der Bund sich selbst, wenn er auf dem Postmarkt Rahmenbedingungen schafft, die den Wettbewerb fördern. Die Monopolkommission hat be-

⁹⁰ Vgl. KfW, „up.date: News für Investoren“, Oktober 2005, S. 4.

⁹¹ Vgl. KfW Bankengruppe, KfW-Umtauschanleihe auf Aktien der Deutschen Post AG erfolgreich platziert, Mitteilung vom 23. Juli 2009, http://www.kfw.de/DE_Home/Die_Bank/Aufgaben/Beratung54/Privatisierung/DeutschenP.jsp

reits in vorherigen Gutachten auf dieses Problem hingewiesen⁹² und hält es für erforderlich, dass der Bund sich schnellstmöglich von allen Finanzinstrumenten trennt, die dazu führen, dass der Fiskus ein spezielles finanzielles Interesse an der DPAG hat. Insofern begrüßt die Monopolkommission das jüngste Bemühen der KfW, weitere Anteile der DPAG am Kapitalmarkt zu platzieren. Falls sich die endgültige Veräußerung der Anteile der KfW an der DPAG noch über einige Jahre hinzieht, ist dies etwas weniger problematisch, wenn die Gewinne aus dem Verkauf der Anteile vollständig bei der KfW verbleiben. Allerdings fließen auch die Gewinne der KfW ultimativ dem Bund zu, sodass nur eine vollständige materielle Privatisierung den Interessenkonflikt endgültig auflöst.

4.2 Umsatzsteuerbefreiung für Universaldienstleistungen

4.2.1 Neuregelung der Umsatzsteuerbefreiung

124. Zum 1. Juli 2010 wurde § 4 UStG, welcher die Befreiungsmöglichkeiten von der Umsatzsteuer regelt, dahingehend geändert, dass nicht mehr die „unmittelbar dem Postwesen dienenden Umsätze der Deutsche Post AG“, sondern nur noch Universaldienstleistungen unter bestimmten Voraussetzungen umsatzsteuerbefreit sind. Nach § 4 Nr. 11b UStG sind Universaldienstleistungen nach Art. 3 Abs. 4 der Postdienstrichtlinie steuerbefreit unter der Voraussetzung, dass „der Unternehmer sich entsprechend einer Bescheinigung des Bundeszentralamtes für Steuern gegenüber dieser Behörde verpflichtet hat, flächendeckend im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland die Gesamtheit der Universaldienstleistungen oder einen Teilbereich dieser Leistungen [...] anzubieten“. Die Steuerbefreiung gilt jedoch nicht für Leistungen, die „auf Grund individuell ausgehandelter Vereinbarungen“ oder „auf Grund allgemeiner Geschäftsbedingungen zu abweichenden Qualitätsbedingungen oder zu günstigeren Preisen als den nach den allgemein für jedermann zugänglichen Tarifen oder als den nach § 19 des Postgesetzes [...] genehmigten Entgelten“ erbracht werden (§ 4 Nr. 11b lit. a) und b) UStG). Die Monopolkommission begrüßt es grundsätzlich, dass die Umsatzsteuerpflicht geändert wurde. Die jetzige Regelung gilt für alle Postdienstleister gleichermaßen und ist prinzipiell eher geeignet, eine umsatzsteuerrechtliche Gleichstellung der Wettbewerber mit der DPAG zu erreichen.

4.2.2 Kritikpunkte der Neuregelung

125. Die Neuregelung ist jedoch in mehreren Punkten kritikwürdig, unter anderem auch aufgrund der Auslegung, die diese Regelung durch das Bundesministerium der Finanzen erfahren hat. Sie stellt noch immer ein Wettbewerbshindernis dar, da faktisch nur die DPAG Universaldienstleistungen umsatzsteuerbefreit anbieten kann.⁹³

⁹² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O. Tz. 53; Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 29.

⁹³ Zur wettbewerbsverzerrenden Wirkung einer alleine die DPAG begünstigende Umsatzsteuerbefreiungsregelung vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 74 ff.

4.2.2.1 Voraussetzung des flächendeckenden Angebots von Universaldienstleistungen in der Qualität der Post-Universaldienstleistungsverordnung

Voraussetzung des flächendeckenden Angebots von Universaldienstleistungen

126. Zunächst fordert bereits § 4 Nr. 11b UStG als eine der Voraussetzungen der Steuerbefreiung, dass das Unternehmen zumindest einen Teilbereich der Universaldienstleistungen flächendeckend im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland anbieten muss. Dieses Erfordernis der flächendeckenden Angebots wirkt wie eine Markteintrittsbarriere. Ein neuer Wettbewerber profitiert erst dann von der Befreiung der Umsatzsteuer, wenn er die betreffenden Leistungen flächendeckend anbietet. Dies ist aber in der Zeit nach dem Markteintritt in der Regel noch nicht der Fall. Gerade dann ist es jedoch für einen neuen Wettbewerber entscheidend, den Kunden besonders günstige Angebote zu unterbreiten, um Nachfragern einen Anreiz zum Wechsel des Postdienstleisters zu geben. Zugleich hat ein neuer Anbieter zunächst durch niedrigere Sendungsvolumina erhebliche Skalennachteile gegenüber den bereits etablierten Unternehmen.

127. Die Voraussetzung des flächendeckenden Angebots ist auch nicht europarechtlich geboten. Nach Art. 132 Abs. 1 lit. a) MwStSystRL sind „von öffentlichen Posteinrichtungen erbrachte Dienstleistungen“ von der Umsatzsteuer zu befreien.⁹⁴ Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass als öffentliche Betreiber die Unternehmen – unabhängig davon, ob sie privat oder öffentlich sind – zu betrachten seien, die sich verpflichten, postalische Dienstleistungen zu erbringen, die den grundlegenden Bedürfnissen der Bevölkerung entsprechen, und damit in der Praxis den gesamten Universalpostdienst in einem Mitgliedstaat oder einem Teil davon zu gewährleisten.⁹⁵ Hieraus kann nicht gefolgert werden, dass es europarechtlich geboten sei, ein flächendeckendes Angebot bzw. einen Teil der Universaldienstleistungen (z.B. eine Kategorie) flächendeckend zu erbringen. Der Europäische Gerichtshof hat vielmehr entschieden, dass es auch möglich ist, einen Teil des Universaldienstes zu erbringen. Ein solcher Teil des Universaldienstes kann jedoch z.B. auch in der Erbringung der gesamten Dienstleistungen oder eines Teils der Dienstleistungen des Universaldienstes in einer bestimmten Region Deutschlands bestehen.

Einhaltung der Qualitätsvorgaben der Post-Universaldienstleistungsverordnung durch das Bundesfinanzministerium gefordert

128. Das Bundesministerium der Finanzen hat in seinem Schreiben an die obersten Finanzbehörden der Länder die Auslegungsgrundsätze für die Umsatzsteuerbefreiungsregelung des § 4 Nr. 11 b UStG erläutert.⁹⁶ In diesem Schreiben wird zur Anwendung der Steuerbefreiung für Postuniversaldienstleistungen die Einhaltung der Anforderungen an die Qualität des Universaldienstes im Sinne der §§ 2 bis 4 der Post-Universaldienstleis-

⁹⁴ Richtlinie 2006/112/EG vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. EU Nr. L 347 vom 11. Dezember 2006, S. 1.

⁹⁵ EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd/The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, Rn. 36. Das Urteil erging zwar zu Art. 13 Teil A Abs. 1 lit. a) der Sechsten Richtlinie des Rates zum gemeinsamen Mehrwertsteuersystem vom 17. Mai 1977 (ABl. EG Nr. L 145 vom 13. Juni 1977, S. 1), dieser hat jedoch im Wesentlichen den gleichen Wortlaut wie Art. 132 Abs. 1 lit. a) MwStSystRL und beinhaltete keine inhaltlichen Änderungen.

⁹⁶ BMF, Schreiben an die obersten Finanzbehörden der Länder vom 21. Oktober 2010, GZ IV D 3 – S 7167-b/10/10002, DOK 2010/0785524.

tungsverordnung (PUDLV) gefordert. Folglich muss jedes Unternehmen, welches in den Genuss der Umsatzsteuerbefreiung kommen möchte, unter anderem die dort getroffenen Vorgaben zur Vorhaltung von stationären Einrichtungen und Briefkästen erfüllen. Zudem wird festgelegt, dass alle Unternehmer, die die Kriterien der Umsatzsteuerbefreiung selbst erbringen, begünstigt sein können. Dies bedeutet, dass nach der Auslegung des Bundesfinanzministeriums nur solche Unternehmen von der Umsatzsteuer befreit werden können, die die Qualitätsanforderungen der PUDLV alleine erbringen. Dies ist problematisch, da weder im Postgesetz noch in der PUDLV geregelt ist, dass die Qualitätsvorgaben der PUDLV, wie z.B. die Gesamtzahl von 12.000 stationären Einrichtungen, von einem Unternehmen allein vorgehalten werden müssen. Die Qualitätsvorgaben der PUDLV sind neutral gehalten und beziehen sich nicht auf einen einzigen Anbieter. Nach der Konzeption des Grundgesetzes sowie des Postgesetzes wird der Universaldienst gerade von allen auf dem Postmarkt tätigen Unternehmen erbracht.⁹⁷ So hat auch die Bundesnetzagentur bei der Prüfung der Frage, ob die Qualität des Postuniversaldienstes eingehalten wurde, die Leistungen der DPAG mit derjenigen der Wettbewerber zusammengezählt und z.B. nur geprüft, ob ein ausreichendes Angebot an stationären Einrichtungen vorhanden ist, jedoch nicht, welcher Anbieter diese stationären Einrichtungen betreibt.⁹⁸ Ebenso ist darauf hinzuweisen, dass die Postdiensterrichtlinie in Art. 4 Abs. 2 Satz 1 ebenfalls davon ausgeht, dass der Universaldienst auch von mehreren Anbietern erbracht werden kann.⁹⁹

129. Das Erfordernis der Einhaltung der Qualitätsvorgaben der PUDLV bewirkt aus den gleichen Gründen wie das Erfordernis der flächendeckenden Erbringung von Universaldienstleistungen eine Wettbewerbsverzerrung und verstärkt diese Behinderung noch, da die Hürde zum Erreichen der Steuerbefreiung noch höher gelegt wird. Insgesamt führen diese Voraussetzungen der Steuerbefreiung dazu, dass nur die DPAG als Anbieter von Universaldienstleistungen von der Steuer befreit werden kann. Bislang hat lediglich die DPAG eine Steuerbefreiungsbescheinigung gemäß § 4 Nr. 11b UStG erhalten. Dem gegenüber stehen mindestens 30 Anträge auf Erteilung der Steuerbefreiungsbescheinigung.¹⁰⁰ Im Ergebnis profitiert momentan weiterhin alleine die DPAG von der Umsatzsteuerbefreiung.

130. Die Bundesregierung sollte eine wettbewerblich neutrale Lösung der Besteuerung von Postdienstleistungen umsetzen, die gewährleistet, dass eine Steuerbefreiung von bestimmten Leistungen für alle Anbieter dieser Leistungen gilt, auch wenn diese nur regional und nicht flächendeckend tätig sind.

97 Vgl. Art. 87 f GG: „Nach Maßgabe [des Postgesetzes] gewährleistet der Bund im Bereich des Postwesens [...] flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen. Dienstleistungen im Sinne des Absatzes 1 werden als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter erbracht.“

98 Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2010, S. 25; Tätigkeitsbericht 2008/2009 Post, S. 95 ff.

99 Vgl. Art. 4 Abs. 2 Satz 1 Postdiensterrichtlinie: „Die Mitgliedstaaten können ein oder mehrere Unternehmen als Universaldiensteanbieter benennen, so dass das gesamte Hoheitsgebiet abgedeckt werden kann. Die Mitgliedstaaten können verschiedene Unternehmen für die Erbringung verschiedener Bestandteile des Universaldienstes und/oder zur Versorgung verschiedener Teile des Hoheitsgebiets benennen.“

100 Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2010, S. 151. Die Bundesnetzagentur wurde vom Bundeszentralamt für Steuern bis Ende 2010 in über 30 Antragsverfahren zur Erteilung einer Steuerbefreiungsbescheinigung einbezogen und hat eine Stellungnahme abgegeben.

131. Hiergegen könnte eingewendet werden, dass ohne das Erfordernis einer flächendeckenden Erbringung des Universaldienstes zu befürchten ist, dass der Universaldienst in entlegeneren Gebieten der Bundesrepublik nicht mehr gewährleistet sei, da die Anbieter sich in den bevölkerungsreichsten und damit auch profitabelsten Gebieten konzentrieren. Selbst wenn dies geschehen würde, stünde keine Unterversorgung von Gebieten zu befürchten. Zunächst ist anzumerken, dass die DPAG seit dem 1. Januar 2008 nicht mehr verpflichtet ist, den Universaldienst zu erbringen (§ 52 PostG). Es ist allerdings festgelegt, dass die DPAG der Bundesnetzagentur sechs Monate im Voraus mitzuteilen hat, wenn sie beabsichtigt, die Universaldienstleistungen nach PUDLV nicht mehr, nicht in vollem Umfang oder zu ungünstigeren Bedingungen zu erbringen (§ 56 PostG). Dies ist bisher nicht erfolgt. Sollte eine Universaldienstleistung nicht ausreichend erbracht werden, greifen die §§ 12 bis 17 PostG, welche Regelungen zur Sicherstellung des Universaldienstes enthalten. Dabei sind Universaldienstleistungen ein Mindestangebot an definierten Postdienstleistungen, die flächendeckend in einer bestimmten Qualität oder zu einem erschwinglichen Preis erbracht werden (§ 11 Abs. 1 PostG). Nach § 12 PostG wird jeder Lizenznehmer (vorausgesetzt sein im lizenzierten Bereich erzielter Umsatz betrug im vorangegangenen Kalenderjahr mehr als 500.000 EUR) verpflichtet, zur Erbringung der Universaldienstleistung beizutragen, wenn feststeht oder abzusehen ist, dass eine solche nicht ausreichend oder angemessen erbracht wird. In diesem Fall kann die Bundesnetzagentur unter Einhaltung der normierten Voraussetzungen entweder einen Lizenznehmer verpflichten, die Universaldienstleistungen zu erbringen, oder die Erbringung ausschreiben und den Zuschlag an einen leistungsfähigen, zuverlässigen und fachkundigen Bewerber vergeben, der den geringsten finanziellen Ausgleich dafür verlangt (§§ 13, 14 PostG). Falls ein Lizenznehmer verpflichtet wurde, kann er von der Bundesnetzagentur einen Ausgleich verlangen, „wenn er nachweist, dass die langfristigen zusätzlichen Kosten der effizienten Bereitstellung der von ihm geforderten Dienstleistung einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals die Erträge der Dienstleistung übersteigen“ (§ 15 Abs. 1 PostG). Im Fall einer Ausschreibung ist ein Ausgleich entsprechend dem Ausschreibungsergebnis zu gewähren (§ 15 Abs. 3 PostG). In beiden Fällen haben die Lizenznehmer zu dem von der Bundesnetzagentur zu leistenden Ausgleich durch eine Ausgleichsabgabe beizutragen, deren Höhe sich nach dem Verhältnis des Umsatzes des Lizenznehmers zu der Summe der Umsätze aller verpflichteten Lizenznehmer bemisst (§ 16 Abs. 1 PostG). Die Summe der Ausgleichsverpflichtungen entspricht hierbei dem auszugleichenden Defizit zuzüglich einer marktüblichen Verzinsung (§ 16 Abs. 2 PostG).

132. Damit ist im Postgesetz ein Mechanismus festgeschrieben, der sicherstellt, dass alle Gebiete der Bundesrepublik ausreichend mit Postuniversaldienstleistungen versorgt werden. Nach dieser Konzeption tragen alle Lizenznehmer im Ergebnis dazu bei, dass die Universaldienstleistung flächendeckend in ausreichendem Umfang erbracht wird. Es ist folglich nicht notwendig, am Erfordernis der flächendeckenden Erbringung von Universaldienstleistungen festzuhalten.

Kooperationen als Unternehmenszusammenschlüsse?

133. Das Bundesfinanzministerium legt in seinem Schreiben des Weiteren fest, dass alle Unternehmer, die die genannten Leistungen selbst erbringen, begünstigt sein können, wobei hierzu auch Unternehmenszusammenschlüsse gehören sollen.¹⁰¹ Die Monopol-

¹⁰¹ Vgl. BMF, GZ IV D 3 – S 7167-b/10/10002, DOK 2010/0785524, Abs. 4 Satz 1.

kommission spricht sich dafür aus, den Begriff des Unternehmenszusammenschlusses hier weit auszulegen und auch Kooperationen als Unternehmenszusammenschluss anzusehen.

4.2.2.2 Steuerbefreiung von Freistemplern

134. Für Briefsendungen, für die die Freimachung mittels einer Frankiermaschine (Freistempler) erfolgt, fordert die DPAG ein um 1 % vermindertes Entgelt. Dem Schreiben des Bundesfinanzministeriums nach ist dieses um 1 % verminderte Entgelt, das für begünstigte Briefsendungen entrichtet wird, weiterhin umsatzsteuerfrei.¹⁰² Diese Steuerbefreiung für Freistempler bewirkt ebenfalls eine Wettbewerbsverzerrung. Eine Frankiermaschine wird hauptsächlich von kleinen und mittleren Versendern verwendet. Nach Informationen der DPAG rechnet sich eine Frankiermaschine bereits ab ca. 10 Sendungen (Briefe und Päckchen) pro Tag, wobei der Rabatt in Höhe von 1 % ab einer Mindestportoladung von 200 EUR gewährt wird.¹⁰³ Diese Regelung wirkt sich nun insbesondere im Wettbewerb um die Sendungen kleiner Behörden, kirchlicher Einrichtungen und sonstiger umsatzsteuerbefreiter Einrichtungen zum Nachteil der Wettbewerber der DPAG aus. Diese Versender haben, da sie umsatzsteuerbefreit sind, keine Möglichkeit zum Vorsteuerabzug. Die umsatzsteuerfreien Produkte der DPAG sind darum – unterstellt, sowohl die DPAG als auch die Wettbewerber stellen eine Beförderungsleistung gleichen Wertes her – für sie günstiger als die Produkte der Wettbewerber, auf die sie Umsatzsteuer zahlen müssten.¹⁰⁴ Dieses Beispiel belegt nach Auffassung der Monopolkommission, wie sehr die Umsatzsteuerbefreiung von Universaldienstleistungen in der Praxis den Wettbewerb verzerrt und behindert.

4.2.2.3 Sachlicher Anwendungsbereich der Regelung

135. Bezüglich des sachlichen Anwendungsbereichs sind von § 4 Nr. 11b UStG nur Universaldienstleistungen nach Art. 3 Abs. 4 der Postdiensterrichtlinie erfasst. Dieser regelt jedoch nur das Mindestangebot an Universaldienstleistungen, welches die Abholung, Sortierung, den Transport und die Zustellung von Postsendungen bis 2 kg, Postpaketen bis 10 kg sowie die Dienste für Einschreib- und Wertsendungen umfasst.¹⁰⁵ Die Postdiensterrichtlinie eröffnet den Mitgliedstaaten jedoch in Art. 3 Abs. 5 die Möglichkeit, die Gewichtsobergrenze für Pakete, die unter den Universaldienst fallen, auf 20 kg anzuheben. Die Bundesrepublik Deutschland hat bei der Umsetzung der Postdiensterrichtlinie von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 PUDLV). Der Europäische Gerichtshof hat entschieden, dass die Postdiensterrichtlinie einen zweckdienlichen Anhaltspunkt für die Auslegung des Begriffs „öffentliche Posteinrichtungen“ im Sinne der Sechsten Richtlinie zum Mehrwertsteuersystem bilden kann. Sodann hat der Europäische Gerichtshof ausgeführt, dass der Begriff „öffentliche Posteinrichtungen“ für Betreiber gilt, die sich verpflichten, in einem Mitgliedstaat den gesamten Universalpostdienst oder einen Teil desselben zu gewährleisten. Der Europäische Gerichtshof hat damit entschieden, dass Universaldienstleistungen in ihrer Gesamtheit von der Umsatzsteuer zu befreien sind.¹⁰⁶ Damit besteht eine Bindung des sachlichen Anwendungsbe-

¹⁰² Vgl. ebenda, Abs. 3 Satz 5.

¹⁰³ www.deutsche.post.de

¹⁰⁴ Vgl. hierzu grundsätzlich Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 76.

¹⁰⁵ Art. 3 Abs. 4 Postdiensterrichtlinie.

¹⁰⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-357/07, Rn. 34, 36, 40.

reichs der Steuerbefreiung an den durch die Postdiensterichtlinie und nationale Gesetze festgelegten Umfang des Universaldienstes.¹⁰⁷ Folglich entspricht eine Differenzierung zwischen umsatzsteuerfreien und umsatzsteuerpflichtigen Universaldienstleistungen nicht der vom Europäischen Gerichtshof vorgenommenen Auslegung. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, entweder den Anwendungsbereich der Steuerbefreiung des § 4 Nr. 11b UStG auf Pakete bis 20 kg zu erhöhen oder den Bereich der Pakete von 10 bis 20 kg aus dem Universaldienstkatalog der PUDLV zu streichen.

4.2.2.4 Zuständigkeit des Bundeszentralamtes für Steuern

136. Die Monopolkommission hält an ihrer bereits 2009 geäußerten Auffassung fest, dass das Ausstellen der Bescheinigung zur Verpflichtung der Erbringung des Universaldienstes wettbewerbsspolitische Bedeutung hat.¹⁰⁸ Aus diesem Grund sollte nicht das Bundeszentralamt für Steuern, sondern eine Behörde im Geschäftsbereich des Bundeswirtschaftsministeriums, vorzugsweise die Bundesnetzagentur, dafür zuständig sein. Die Bundesnetzagentur ist bereits für Postregulierungsfragen ausgestattet und verfügt über Kompetenz auf diesem Gebiet, sie hat zudem bereits die sachnahe Aufgabe, die Erbringung und Qualität des Universaldienstes zu überwachen. Darüber hinaus sollten aus Transparenzgründen die Verfahrensgrundsätze, nach denen eine Bescheinigung zur Steuerbefreiung ausgestellt wird, gesetzlich festgeschrieben werden.

4.2.2.5 Klage gegen negativen Bescheid des Bundeszentralamtes für Steuern

137. Ein Mitglied des BdKEP hat vom Bundeszentralamt für Steuern einen negativen Bescheid hinsichtlich der Frage der eigenen Erbringung von Universaldienstleistungen erhalten. Gegen diesen Bescheid wurde im August 2011 Klage beim Finanzgericht Köln eingereicht.¹⁰⁹ Das Verfahren betrifft die Fragen, ob der Universaldienst von der Gesamtheit der Postdienste erbracht wird und folglich auch, ob die Gesamtheit aller Postdienste die Qualitätsanforderungen der PUDLV erfüllen muss sowie ob das von § 4 Nr. 11b UStG geforderte flächendeckende Angebot auch durch Kooperationen erbracht werden kann.¹¹⁰

4.2.3 Anwendung der Regelung durch die Deutsche Post AG

138. Die DPAG führt auch weiterhin auf einige Produkte keine Umsatzsteuer ab. Ein Beispiel hierfür sind Postzustellungsaufträge (förmliche Zustellungen). Diese sind nicht ausdrücklich in der EU-Postdiensterichtlinie enthalten und auch nicht von der Universaldienstdefinition des Postgesetzes und der PUDLV erfasst. Folglich sind sie weder nach dem Umsatzsteuergesetz noch nach der Auslegung desselben durch das Bundesfinanzministerium von der Umsatzsteuer befreit. Das Landgericht Hamburg hat allerdings in einem Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz entschieden, dass Postzustellungsaufträge nach §§ 33 ff. PostG „überwiegend wahrscheinlich“ als Teil des Universaldienstes nach Art. 3 Abs. 4 der Postdiensterichtlinie anzusehen seien. Sie seien mit Einschreibesendungen vergleichbar, die ebenfalls den Zweck der gesicherten und nachprüfaren Zustellung verfolgten. Die Erstreckung der Umsatzsteuerbefreiung nach § 4

¹⁰⁷ So auch Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 15. Januar 2009, Rs. C-357/07, Rn. 75.

¹⁰⁸ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 94.

¹⁰⁹ Das Verfahren wird unter dem Aktenzeichen 2 K 2529/11 geführt.

¹¹⁰ Vgl. BdKEP, Pressemitteilung vom 19. September 2011.

Nr. 11b UStG für Postzustellungsaufträge ergebe sich zumindest aus einer europarechtskonformen Auslegung der harmonisierten Mehrwertsteuerbefreiungsvorschriften.¹¹¹ Auch das Finanzgericht Baden-Württemberg hat in einem Beschluss Zweifel an der Umsatzsteuerpflicht von förmlichen Zustellungen geäußert und entschieden, dass Unternehmen sich bezüglich der Umsatzsteuerbefreiung von förmlichen Zustellungen unmittelbar auf die Steuerbefreiung der Mehrwertsteuersystemrichtlinie berufen könnten, da die förmliche Zustellung der verlässlichen und ordnungsgemäßen Rechtspflege und damit auch dem Gemeinwohl diene. Das Gericht hat zudem ausgeführt, dass bereits erhebliche Gründe dafür sprächen, dass auch förmliche Zustellungen von der Postdienstleistungsrichtlinie erfasst seien, da die Definition einer Einschreibsendung auch förmliche Zustellungen umfasse.¹¹² Aufgrund dieser unklaren Rechtslage sieht die Monopolkommission in der Nichtabführung der Umsatzsteuer auf Postzustellungsaufträge keine Wettbewerbsbehinderung vonseiten der DPAG.

139. Darüber hinaus führte die DPAG bis zum 1. Juli 2011 keine Umsatzsteuer auf Infobriefe ab. Bei Infobriefen handelt es sich um inhaltsgleiche Sendungen an unterschiedliche Empfänger, die ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Stück zu einem vergünstigten Tarif versendet werden können. Infobriefe sind zumindest nach dem Auslegungsschreiben des Bundesfinanzministeriums umsatzsteuerpflichtig.¹¹³ Seit dem 1. Juli 2011 berechnet die DPAG jedoch Umsatzsteuer auf Infobriefe.¹¹⁴

4.2.4 Empfehlung

140. Aufgrund der soeben analysierten wettbewerbsbehindernden Wirkungen, die auch von der geänderten Umsatzsteuerregelung ausgehen, empfiehlt die Monopolkommission, dass sich die Bundesrepublik Deutschland auf europäischer Ebene für eine Änderung der Mehrwertsteuersystemrichtlinie einsetzt. Art. 132 Abs. 1 lit. a) MwStSystRL, welcher regelt, dass die von öffentlichen Posteinrichtungen erbrachten Dienstleistungen und dazugehörigen Lieferungen von Gegenständen von der Steuer befreit sind, sollte gestrichen werden. Damit würde eine wettbewerblich neutrale Lösung geschaffen, da alle Anbieter für die gleiche Leistung steuerlich gleich behandelt würden, auch dann, wenn sie nur lokal oder regional tätig sind. Darüber hinaus gibt es für die Monopolkommission keinen überzeugenden Grund für eine Umsatzsteuerbefreiung von Postuniversaldienstleistungen. Auch Dienstleistungen in anderen Bereichen der Daseinsvorsorge, welche zu den Grundbedürfnissen der Bevölkerung gehören, wie z.B. Wasser, Gas und Strom oder Telekommunikationsdienste, sind nicht von der Umsatzsteuer befreit.

141. Zumindest sollte § 4 Nr. 11b UStG dahingehend geändert werden, dass die Frage der Besteuerung der Postdienstleistungen wettbewerblich neutral gelöst wird. Die Monopolkommission spricht sich hierbei, solange keine Änderung der Mehrwertsteuersystemrichtlinie erreicht worden ist, für eine Lösung aus, die sicherstellt, dass eine Steuerbefreiung von bestimmten Leistungen für alle Anbieter dieser Leistungen gilt, auch wenn diese nur regional und nicht flächendeckend tätig sind.

111 LG Hamburg, Urteil vom 16. September 2010, 327 O 507/10.

112 FG Baden-Württemberg, Beschluss vom 26. April 2011, 9 V 3795/10.

113 BMF, GZ IV D 3 – S 7167-b/10/10002, DOK 2010/0785524, Abs. 7.

114 DPAG, Infopost national – Werbebriefe schon ab 50 Sendungen, http://www.deutschepost.de/dpag?xmlFile=link_1015545_10379

4.3 Zugang zu Postfachanlagen und Adressänderungsinformationen

142. Der Zugang der Wettbewerber zu Postfachanlagen und Adresdatenbanken der DPAG ist in § 29 PostG geregelt. Danach hat ein Lizenznehmer, der auf einem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen marktbeherrschend ist, anderen Anbietern Zugang zu seinen Postfachanlagen und Informationen über Adressänderungen zu gewähren. Wenn die Zugangsbedingungen, wie es die DPAG bisher praktiziert hat, in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt sind, unterliegen die Entgelte für den Zugang einer Ex-ante-Genehmigung durch die Bundesnetzagentur; ist der Zugang nicht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt, lediglich einer Ex-post-Kontrolle.

143. Die Entgelte für den Zugang zu Postfachanlagen wurden von der Bundesnetzagentur erstmalig 2002 genehmigt. Für den Zeitraum vom 1. April 2002 bis 30. Juni 2004 genehmigte sie ein Entgelt von 0,58 EUR je Einlieferungsvorgang und 0,04 EUR je Stück, wobei die DPAG 1,62 EUR je Einlieferung und 0,08 EUR je Stück beantragt hatte. Die DPAG hat daraufhin gegen die Festlegung durch die Bundesnetzagentur geklagt. Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen hob diesen Beschluss insoweit auf, als die Bundesnetzagentur die von der DPAG geltend gemachten Gemeinkostenzuschläge in Form der Sach- und Kapitalkosten nicht anerkannt hatte. Daher verpflichtete das Oberverwaltungsgericht die Bundesnetzagentur, die Sache neu zu bescheiden.¹¹⁵ Für den Zeitraum vom 1. Juli 2004 bis zum 30. Juni 2006 wurden 0,57 EUR je Einlieferungsvorgang und 0,04 EUR je Stück genehmigt; die DPAG hatte 2,00 EUR je Einlieferung und 0,09 EUR je Stück beantragt. Für den Zeitraum vom 1. Juli 2006 bis zum 31. Dezember 2009 genehmigte die Bundesnetzagentur ein Entgelt von 0,53 EUR je Einlieferungsvorgang und 0,04 EUR je Stück; die DPAG hatte 1,99 EUR je Einlieferung und 0,07 EUR je Stück beantragt. Die Entgelte für den Zeitraum vom 1. Januar 2010 bis zum 31. Dezember 2012 wurden in Höhe von 0,69 EUR je Einlieferung und 0,04 EUR je Stück genehmigt. Die DPAG hatte 2,70 EUR je Einlieferungsvorgang und 0,06 EUR je Stück beantragt. Für den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2013 wurden ein Installationsentgelt von 59,29 EUR und 0,12 EUR je Treffer genehmigt; die DPAG hatte 64,48 EUR und 0,13 EUR pro Treffer beantragt.¹¹⁶

144. Einige Wettbewerber kritisierten, dass der Zugang zu Postfachanlagen in der Praxis problematisch sei, da die Öffnungszeiten für Postfachanlagen sehr unterschiedlich seien und zudem sehr lange Wartezeiten anfallen würden. Aus diesen Gründen werde die Möglichkeit der Auflieferung an Postfachanlagen nur sehr begrenzt genutzt. Von anderen Wettbewerbern wurde jedoch mitgeteilt, dass sich der Zugang zu Postfachanlagen in der Praxis innerhalb der letzten Jahre verbessert habe.

¹¹⁵ OVG NRW, Urteil vom 10. März 2011, 13 A 3211/06.

¹¹⁶ Vgl. BNetzA, Mitteilung Nr. 737/2001, Antrag der DPAG, ABl. Nr. 24 vom 19. Dezember 2001, S. 3982, Beschluss vom 2. Februar 2002, BK5b-01/110, ABl. Nr. 3 vom 20. Februar 2002, S. 328; Mitteilung Nr. 117/2004, Antrag der DPAG, ABl. Nr. 8 vom 21. April 2004, S. 446, Beschluss vom 17. Juni 2004, BK5b-04/051, ABl. Nr. 13 vom 30. Juni 2004, S. 740; Mitteilung Nr. 168/2006, Antrag der DPAG, ABl. Nr. 9 vom 10. Mai 2006, S. 1238, Beschluss vom 30. Juni 2006, BK5b-06/055, ABl. Nr. 15 vom 2. August 2006, S. 1977; Mitteilung Nr. 492/2009, Antrag der DPAG, ABl. Nr. 18 vom 23. September 2009, S. 3529, Beschluss vom 19. November 2009, BK 5b-09/063, ABl. Nr. 23 vom 2. Dezember 2009; Mitteilung Nr. 689/2011, Antrag der DPAG, ABl. Nr. 19 vom 28. September 2011, S. 3299, Beschluss vom 26. November 2011, BK 5b-11/066.

145. Für den Zugang zu der Adressänderungsinformation der DPAG genehmigte die Bundesnetzagentur für den Zeitraum vom 1. Mai 2002 bis 30. Juni 2004 ein Entgelt von 59,64 EUR für die Lieferung und Installation des Lesegeräts und 0,16 EUR je Treffer bei der Adressabfrage; die DPAG hatte 80,94 EUR und 0,14 EUR je Treffer beantragt. Für den Zeitraum vom 1. Juli 2004 bis 30. Juni 2006 genehmigte die Behörde ein Installationsentgelt von 54,70 EUR und 0,16 EUR je Treffer; die DPAG hatte 74,23 EUR und 0,31 EUR je Treffer beantragt und klagte gegen den Entgeltbescheid. Am 13. Mai 2008 verpflichtete das Verwaltungsgericht Köln die Bundesnetzagentur, der DPAG die Erhebung eines Entgelts von 0,22 EUR je Treffer für den betreffenden Zeitraum zu genehmigen.¹¹⁷ Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen entschied am 15. September 2011, dass die Bundesnetzagentur der DPAG ein Entgelt in Höhe von 0,23 EUR je Treffer zu genehmigen habe.¹¹⁸ Für den Zeitraum vom 1. Juli 2006 bis 31. Dezember 2008 genehmigte die Regulierungsbehörde ein Installationsentgelt von 48,77 EUR und 0,14 EUR je Treffer; die DPAG hatte 78,73 EUR und 0,18 EUR je Treffer beantragt und klagte erneut gegen den Entgeltbescheid. Am 13. Mai 2008 verpflichtete das Verwaltungsgericht Köln die Bundesnetzagentur, der DPAG die Erhebung eines Installationsentgelts von 49,92 EUR für den betreffenden Zeitraum zu genehmigen.¹¹⁹ Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen entschied, dass die Bundesnetzagentur der DPAG ein Installationsentgelt von 55,95 EUR zu genehmigen habe.¹²⁰ Für den Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis zum 31. Dezember 2011 genehmigte die Bundesnetzagentur ein Installationsentgelt von 58,47 EUR und 0,10 EUR je Treffer; die DPAG hatte 64,48 EUR und 0,11 EUR je Treffer beantragt.¹²¹

146. Bezüglich des Zugangs zu Adressänderungsinformationen kritisierten die Wettbewerber, dass sie keinen kompletten Zugang zu Adressänderungsdaten hätten. Es sei nicht möglich, diese Briefe bereits in der Sortierung umzuleiten. Die Briefe müssten zunächst an die angegebene Zustelladresse gesendet werden. Erst dort würden sie feststellen, dass der Empfänger verzogen sei. Hierdurch benötige der Brief erheblich länger zum Empfänger, wodurch die alternativen Briefdienstleister einen Qualitätsnachteil gegenüber der DPAG hätten. Das Problem der Unzustellbarkeit von Sendungen wegen fehlerhafter Adressen betrifft wahrscheinlich lediglich die geänderten Adressen von Privatpersonen, da davon auszugehen ist, dass Unternehmen häufig ihren Geschäftspartnern ihre geänderte Anschrift mitteilen. Privatpersonen beschränken sich jedoch häufig darauf, ihre Adressänderung lediglich den wichtigsten Institutionen, wie z.B. Krankenkassen oder Banken, mitzuteilen und ansonsten der DPAG einen Nachsendeauftrag zu erteilen. Insgesamt erscheint es als unwahrscheinlich, dass Privatpersonen einen solchen Nachsendeauftrag an mehr als ein Briefdienstleistungsunternehmen erteilen werden, vor

¹¹⁷ VG Köln, Urteil vom 13. Mai 2008, 22 K 5261/04.

¹¹⁸ OVG NRW, Urteil vom 15. September 2011, 13 A 1628/08.

¹¹⁹ VG Köln, Urteil vom 13. Mai 2008, 22 K 3464/06.

¹²⁰ OVG NRW, Urteil vom 15. September 2011, 13 A 1627/08.

¹²¹ Vgl. BNetzA, Mitteilung Nr. 124/2002, Antrag der DPAG, ABl. Nr. 3 vom 20. Februar 2002, S. 328, Beschluss vom 11. April 2002, BK5b-02/007, ABl. Nr. 8 vom 2. Mai 2002, S. 736; Mitteilung Nr. 157/2004, Antrag der DPAG, ABl. Nr. 10 vom 19. Mai 2004, S. 548, Beschluss vom 30. Juni 2004, BK5b 04/056; Mitteilung Nr. 169/2006, Antrag der DPAG, ABl. Nr. 9 vom 10. Mai 2006, S. 1238, Beschluss vom 30. Juni 2006, BK5b-06/056, ABl. Nr. 15 vom 2. August 2006, S. 1977; Mitteilung Nr. 585/2008, Antrag der DPAG, ABl. Nr. 19 vom 8. Oktober 2008, S. 3085, Beschluss vom 2. Dezember 2008, BK5, ABl. Nr. 24 vom 17. Dezember 2008, S. 4305.

allem auch deswegen, weil ein solcher mit Kosten für Privathaushalte verbunden ist. Der Aufbau alternativer Adressdatenbanken durch Wettbewerber der DPAG erscheint damit wenig erfolgversprechend. Aus diesem Grund wäre zu überlegen, den Wettbewerbern gegen ein angemessenes Entgelt einen Zugang zur Adressdatenbank der DPAG zu gewähren, der es ihnen ermöglicht, die geänderten Adressen bereits während der Sortierung der Briefe zu berücksichtigen.¹²²

147. Insgesamt beurteilt die Monopolkommission die Ex-ante-Entgeltgenehmigung für den Zugang zu Adressänderungen und Postfachanlagen als immer noch erforderlich. Dies zeigt sich auch daran, dass die genehmigten Entgelte stets unter den beantragten Entgelten der DPAG lagen.

4.4 Vergabe von Briefdienstleistungen

148. Gegenüber der Monopolkommission wurde von den Wettbewerbern der DPAG die Vermutung geäußert, die DPAG leite in Fällen, in denen ein öffentlicher Auftraggeber den Zuschlag eines Auftrags an einen Wettbewerber plane, gegen diese geplanten Vergaben strategisch und systematisch Nachprüfungsanträge ein, um einen Zuschlag an Wettbewerber hinauszuzögern.

149. Bevor ein Auftraggeber einem Bieter in einem Vergabeverfahren den Zuschlag erteilen darf, hat er diejenigen Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über denjenigen Bieter, dessen Angebot angenommen werden soll, zu informieren. Ein Vertrag darf erst 15 Kalendertage nach Absendung dieser Information geschlossen werden.¹²³ Da die Vergabekammer einen wirksam erteilten Zuschlag nicht aufheben kann (§ 114 Abs. 2 GWB), soll unterlegenen Bietern mit dieser Frist die Möglichkeit gegeben werden, vor der Zuschlagserteilung und dem Vertragsschluss ein Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer einzuleiten. Falls ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet wird, informiert die Vergabekammer den Auftraggeber über den Nachprüfungsantrag und dieser darf den Zuschlag nicht vor einer Entscheidung der Vergabekammer sowie dem Ablauf einer zweiwöchigen Beschwerdefrist erteilen (§ 115 Abs. 1 GWB). Damit ist es grundsätzlich möglich, durch einen Nachprüfungsantrag den Zuschlag hinauszuschieben. Diese Möglichkeit wird allerdings schon vom Gesetz selbst eingeschränkt, da nur ein nicht offensichtlich unzulässiger oder unbegründeter Antrag von der Vergabekammer an den Auftraggeber übermittelt wird und so den Suspensiveffekt auslösen kann (§§ 110 Abs. 2, 115 Abs. 1 GWB).

150. Die Nachforschungen der Monopolkommission haben jedoch die Vermutung der Wettbewerber, die DPAG leite strategisch und systematisch Nachprüfungsanträge ein, um den Zuschlag von Vergaben an Wettbewerber zu verzögern, nicht bestätigt. Die Monopolkommission hat bei den Vergabekammern des Bundes sowie der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf nachgefragt, ob dort in den letzten beiden Jahren Verfahren wegen der Vergabe von Briefdienstleistungen geführt wurden. Während vor der Vergabekammer Düsseldorf keine Verfahren stattfanden, wurden von den Vergabe-

¹²²Hierbei wäre jedoch auch zu berücksichtigen, dass der Antragssteller des Nachsendeantrags gegenüber der DPAG die Möglichkeit der Datenweitergabe ausschließen kann, was von der DPAG in jedem Fall zu beachten ist.

¹²³Ein Vertragsschluss nach zehn Kalendertagen ist möglich, wenn die Information per Fax oder auf elektronischem Weg versendet wurde (§ 101a Abs. 1 Satz 4 GWB).

kammern des Bundes neun Beschlüsse bezüglich der Vergabe von Briefdienstleistungen erlassen (Stand: Juni 2011).

151. Zudem wurde von der DPAG abgefragt, wie oft diese sowie ihre Tochtergesellschaft Williams Lea an Ausschreibungen beteiligt sind. Nach Auskunft der DPAG nehmen sie und Williams Lea pro Jahr an über 200 Ausschreibungen teil. Von Anfang 2009 bis Juni 2011 seien sie an 26 Nachprüfungsverfahren beteiligt gewesen, hiervon in nur sieben Fällen als Antragssteller. Von diesen sieben Fällen seien drei gewonnen und drei verloren worden, ein Verfahren sei noch offen. 19 der 26 Nachprüfungsverfahren seien von Wettbewerbern eingeleitet worden, wobei die Wettbewerber in zwölf dieser 19 Fälle unterlegen seien und in fünf Fällen gewonnen hätten, ein Verfahren sei teilweise gewonnen und teilweise verloren worden und eines sei noch offen (Stand: Juni 2011).

152. Aus diesen Zahlen lässt sich nicht der Schluss ziehen, die DPAG missbrauche ihre Rechtsmittel und fechte jeden geplanten Zuschlag an einen Wettbewerber an. Von den Wettbewerbern der DPAG wurden zwar einzelne Fälle vorgetragen, in denen die DPAG durch eine Anfechtung der geplanten Vergabe den Auftrag an einen Wettbewerber verzögert habe, diese genügen jedoch – die Richtigkeit dieses Vortrags der Wettbewerber unterstellt – nicht, um auf einen Missbrauch von Rechtsmitteln vonseiten der DPAG zu schließen. Die Nachfragen der Monopolkommission bei den Vergabekammern sowie der DPAG haben die Vorwürfe der Wettbewerber damit nicht bestätigt. Der von den Wettbewerbern geäußerte Verdacht hat sich nicht erhärtet. Der Monopolkommission liegen für einen Missbrauch von Klagemöglichkeiten und Rechtsmitteln durch die DPAG keine hinreichenden stichhaltigen Indizien vor. Es gibt insgesamt keine Anhaltspunkte dafür, dass im Bereich der Vergabe von Postdienstleistungen eine Wettbewerbsverzerrung vorliegt.

4.5 Rechtliche Probleme

4.5.1 Mindestlohn im Briefsektor

153. Bereits in den letzten beiden Sondergutachten zum Postmarkt hat die Monopolkommission die direkte staatliche Einflussnahme auf die Lohnbildung im Postsektor durch die Einführung eines Mindestlohns für Briefdienstleistungen kritisiert. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales erklärte auf der Grundlage des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes einen zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste e.V. und der Gewerkschaft ver.di abgeschlossenen Tarifvertrag über Mindestlöhne für die Branche Briefdienstleistungen mit der „Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen vom 28. Dezember 2007“¹²⁴ (Postmindestlohnverordnung) für allgemeinverbindlich.

154. Am 7. März 2008 erklärte das Verwaltungsgericht Berlin diese Verordnung für rechtswidrig, da sie nicht gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG durch die Ermächtigungsgrundlage des § 1 Abs. 3a AEntG (1996) gedeckt sei. Diese ermögliche in verfassungskonformer Auslegung nur eine Regelung, bei der die Rechtsnormen des Tarifvertrags ausschließlich auf alle nicht (anderweitig) tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Anwendung finden. Die Verordnung erstrecke den Tarifvertrag aber (unzulässig) auf alle „nicht an ihn gebundenen“ Arbeitgeber und Arbeitnehmer.¹²⁵ Die Verordnung

¹²⁴ Bundesanzeiger Nr. 242 vom 29. Dezember 2007, S. 8410.

¹²⁵ VG Berlin, Urteil vom 7. März 2008, VG 4 A 439.07.

verletze den Kläger BdKEP in seinem Grundrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG sowie die Kläger PIN und TNT in ihren Grundrechten aus Art. 9 Abs. 3 und 12 Abs. 1 GG.

155. Dieses Urteil wurde am 18. Dezember 2008 vom Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg in der Kernfrage bestätigt. Die Verordnung sei mit dem Gesetzesvorbehalt nach Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG nicht vereinbar. Die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage in § 1 Abs. 3a AEntG (1996) lasse die Erstreckung eines Mindestlohntarifvertrags nur auf tariflich nicht gebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu. Da die Verordnung die Bindung für alle nicht an den infrage stehenden Tarifvertrag gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorsehe, sei die gesetzliche Ermächtigung überschritten. Bei Erlass der Verordnung sei außerdem gegen die Vorschrift über die Anhörung betroffener Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemäß § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG (1996) verstoßen worden. Das Urteil des Verwaltungsgerichts wurde jedoch vom Oberverwaltungsgericht insoweit aufgehoben, als es die Klagen der Arbeitgeber (PIN und TNT) betraf.¹²⁶

156. Auf die vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales eingelegte Revision hob das Bundesverwaltungsgericht das Urteil des Oberverwaltungsgerichts insoweit auf, als dieses die Klage der Arbeitgeber (PIN und TNT) abgewiesen hatte. Im Übrigen wurde die Revision zurückgewiesen.¹²⁷ Das Bundesverwaltungsgericht entschied, dass das Verordnungserlassverfahren an einem Verfahrensmangel leide, da das nach § 1 Abs. 3a Satz 2 AEntG (1996) vorgeschriebene Beteiligungsverfahren nicht eingehalten worden sei. Hierdurch seien die Beteiligungsrechte der Kläger verletzt worden. Damit hat das Bundesverwaltungsgericht letztinstanzlich entschieden, dass die Postmindestlohnverordnung für die Branche der Briefdienstleistungen unwirksam ist.

157. Die Monopolkommission begrüßt dieses Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ausdrücklich. Wie sie ausführlich in ihren beiden letzten Sondergutachten zum Postsektor sowie im letzten Hauptgutachten dargelegt hat, verhinderte der überhöhte Mindestlohn für Briefdienstleistungen die Entfaltung von funktionsfähigem Wettbewerb auf den Märkten für Briefdienstleistungen und stellte ein Hindernis für den Wettbewerb im Postsektor dar.¹²⁸ Aus diesem Grund begrüßt die Monopolkommission, dass diese staatliche Einflussnahme auf die Lohnbildung im Postsektor und damit auch auf die Wettbewerbsverhältnisse im Postmarkt nun durch das Bundesverwaltungsgericht vorerst beseitigt wurde.

158. Indem das Bundesverwaltungsgericht entschieden hat, dass das Verordnungserlassverfahren an einem Verfahrensmangel leidet, hat es nur über die Frage der formellen Rechtswidrigkeit der Verordnung geurteilt. Die Gewerkschaft ver.di hat deshalb bereits eine neue, in einem ordnungsgemäßen Verfahren zustande kommende Postmindestlohnverordnung gefordert und ihre Absicht geäußert, nach Abschluss eines neuen Tarifvertrags einen neuen Antrag auf Allgemeinverbindlichkeit nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz zu stellen.¹²⁹ Aufgrund der wettbewerbsbehindernden Wirkung des Postmindestlohns sollte der Gesetzgeber einer solchen Forderung keinesfalls nachkommen.

¹²⁶OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18. Dezember 2008, OVG 1 B 13.08.

¹²⁷BVerwG, Urteil vom 28. Januar 2010, 8 C 19.09.

¹²⁸Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 31 ff.; Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 55 ff.; Hauptgutachten 2008/2009, a.a.O., Tz. 968 ff.

¹²⁹Vgl. ver.di, Pressemitteilungen vom 1. Februar 2010, 26. März 2010, 26. Mai 2010, 9. Juli 2010; ver.di Mitgliederzeitschrift be.wegen, H. 3/2011, S. 6.

4.5.2 Behinderungen durch Missbrauch des Markenrechts und Verstöße gegen Wettbewerbsrecht

4.5.2.1 Marke „Post“

159. Die Monopolkommission hat bereits in ihren Post-Sondergutachten 2005 und 2007 vom Rechtsstreit über die Eintragung der Wortmarke „Post“ berichtet.¹³⁰ Diese hatte die DPAG vom Patent- und Markenamt schützen lassen. Auf Löschungsanträge von Mitbewerbern hin wurde die Löschung der Marke Post vom Patent- und Markenamt angeordnet. Dies wurde vom Bundespatentgericht bestätigt.¹³¹ Der Bundesgerichtshof hob diese Entscheidung auf und verwies die Sache zur neuen Entscheidung an das Bundespatentgericht,¹³² welches sodann die Lösungsentscheidung des Patent- und Markenamtes aufhob. Das Bundespatentgericht entschied, dass es sich bei dem Wort „Post“ um eine schutzunfähige Angabe im Sinne des § 8 Abs. 2 Satz 2 MarkenG handle, die grundsätzlich von der Eintragung ausgeschlossen sei. Dieses absolute Schutzhindernis sei jedoch nach § 8 Abs. 3 MarkenG durch Verkehrsdurchsetzung überwunden worden, da sich die Marke bereits vor dem Zeitpunkt der Entscheidung über ihre Eintragung infolge ihrer Benutzung für die beanspruchten Dienstleistungen in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt habe. Eine Löschung der Marke scheidet deshalb aus.¹³³ Die Wortmarke „Post“ ist damit als Marke für die DPAG eingetragen.

160. Noch bevor der Bundesgerichtshof die Lösungsentscheidung des Bundespatentgerichts aufhob, entschied er jedoch im Juni 2008, dass der DPAG aus der für sie eingetragenen Marke „Post“ kein Unterlassungsanspruch gegen andere Briefdienstleistungsunternehmen zusteht, die den Begriff „Post“ in Verbindung mit anderen Bestandteilen, wie z.B. „Die Neue“ oder „City“ verwenden.¹³⁴ Der Anspruch der DPAG aus ihrer Marke wurde nach § 23 Nr. 2 Markengesetz verneint. Dieser Vorschrift nach gewährt die Marke ihrem Inhaber nicht das Recht, einem Dritten zu untersagen, ein mit der Marke identisches oder ähnliches Zeichen als Angabe über Merkmale der Dienstleistungen, insbesondere ihrer Art oder ihrer Beschaffenheit, im geschäftlichen Verkehr zu benutzen, sofern die Benutzung nicht gegen die guten Sitten verstößt. An der Benutzung der Bezeichnung „Post“ hätten die Unternehmen, die nach der Öffnung des Marktes Postdienstleistungen erbringen, zur Beschreibung ihres Tätigkeitsfelds ein großes Interesse. Die Wettbewerber der DPAG müssten sich jedoch durch Zusätze von dem Wort „Post“ abgrenzen und dürften die Verwechslungsgefahr nicht durch eine Anlehnung an weitere Kennzeichen der DPAG, wie z.B. das Posthornzeichen oder die Farbe Gelb, erhöhen.

161. Die Monopolkommission begrüßt dieses Urteil des Bundesgerichtshofs, wonach der DPAG aus ihrer eingetragenen Marke „Post“ kein Unterlassungsanspruch gegen Wettbewerber zusteht, die ebenfalls das Wort „Post“ benutzen. Dies eröffnet den Wettbewerbern die Möglichkeit, den Begriff Post zu gebrauchen, vorausgesetzt, dass sie sich genügend von der DPAG absetzen. Hierdurch wird einem Missbrauch des Markenrechts durch die DPAG ein Riegel vorgeschoben. Ohne eine solche Beschränkung des Schutz-

¹³⁰ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien, Sondergutachten 44, Baden-Baden 2006, Tz. 71 ff.; Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 130 ff.

¹³¹ BPatG, Beschlüsse vom 10. und 11. April 2007, 26 W (pat) 24/06, 25/06, 26/06, 27/06, 28/06, 29/06.

¹³² BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2008, I ZB 48/07.

¹³³ BPatG, Beschluss vom 28. Oktober 2010, 26 W (pat) 24/06; Parallelverfahren: 26 W (pat) 25/06, 26/06, 27/06, 29/06, 115/06.

¹³⁴ BGH, Urteil vom 5. Juni 2008, I ZR 169/05; Urteil vom 5. Juni 2008, I ZR 108/05.

umfangs der Marke Post würden die neu in den Markt eintretenden Wettbewerber von der Benutzung des Wortes „Post“ ausgeschlossen und müssten andere Bezeichnungen verwenden, was für diese einen Wettbewerbsnachteil darstellen würde. In dieser Interpretation liegt ein sehr weiter Spielraum, der die Gefahr birgt, dass die DPAG auch weiter gerichtlich gegen Wettbewerber vorgeht, sollten sich diese ihrer Meinung nach nicht genügend von ihren Kennzeichen abgrenzen.

4.5.2.2 „Rote Briefkästen“

162. Bereits in ihrem Post-Sondergutachten 2007 hat die Monopolkommission ein Urteil des Landgerichts Nürnberg-Fürth kritisiert, mit welchem einem Wettbewerber der DPAG, Brief24, untersagt wurde, Briefkästen in unmittelbarer Nähe zu Briefkästen oder Filialen der DPAG aufzustellen.¹³⁵ Brief24 hatte in Nürnberg 52 rot lackierte, mit der weißen Aufschrift „Brief24“ versehene, Briefkästen aufgestellt. Diese Briefkästen waren genauso hoch wie diejenigen der DPAG, wichen jedoch in ihrer Form ab. Die DPAG hatte behauptet, dass es bei ihren Kunden seit Errichtung der Briefkästen vereinzelt zu Irritationen darüber gekommen sei, ob sie Briefe, die sie von der DPAG befördern lassen möchten, auch in die roten Briefkästen von Brief24 einwerfen könnten. Nach Ansicht des Landgerichts Nürnberg-Fürth lag eine Verwechslungsgefahr der Briefkästen von Brief24 mit denen der DPAG vor.

163. Diese Entscheidung wurde von der Monopolkommission kritisiert, da es sachliche Gründe für Brief24 gab, ihre Briefkästen in unmittelbarer Nähe zu den Briefkästen und Filialen der DPAG aufzustellen. Es ist davon auszugehen, dass die Briefkästen und Filialen der DPAG an strategisch günstigen Punkten gelegen und damit auch als Standort für Wettbewerber vorteilhaft sind. Zudem können Standorte auch deshalb attraktiv für Wettbewerber sein, weil dort bereits ein Postanbieter tätig ist. Dies ist jedoch keine Nachahmung oder Täuschung, sondern stellt einen Teil des Wettbewerbs dar.

164. Das Oberlandesgericht Nürnberg als Berufungsgericht hatte Brief24 dahingehend verurteilt, es zu unterlassen, vier bestimmte, im Urteil aufgeführte Briefkästen aufzustellen.¹³⁶ Auf die Revision von Brief24 hin entschied der Bundesgerichtshof am 12. Mai 2010, dass der DPAG kein Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 8 UWG zustehe, und hat damit die Klage der DPAG letztinstanzlich abgewiesen.¹³⁷ Die äußere Gestaltung sowie die Standortwahl der Briefkästen von Brief24 seien nicht wettbewerbswidrig. Es könne keine Irreführung über die betriebliche Herkunft mit einer Ähnlichkeit von Produktmerkmalen begründet werden, die selbstverständlich oder jedenfalls naheliegend seien. Die roten Briefkästen von Brief24 seien von den Briefkästen der DPAG unterscheidbar. Brief24 verwende rote Farbe, einen auffällig anders gestalteten, runden Kastendeckel sowie eine andere Beschriftung. Eine etwaige Fehlvorstellung von Postkunden begründe keine rechtlich relevante Irreführung, da sie darauf beruhe, dass diese noch nicht daran gewöhnt seien, dass Briefbeförderungsdienstleistungen außer vom früheren Monopolunternehmen auch von Wettbewerbern angeboten werden. Bei der Prüfung der Irreführung sei zu berücksichtigen, dass eine Fehlvorstellung auf das jahrzehntelange und nur langsam gelockerte Monopol im Postbeförderungsbereich zurückgehe. Nach Aufhebung

¹³⁵ LG Nürnberg-Fürth, Urteil vom 4. April 2007, 3 O 4832/06; Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 130 ff.

¹³⁶ OLG Nürnberg, Urteil vom 27. November 2007, 3 U 965/07.

¹³⁷ BGH, Urteil vom 12. Mai 2010, I ZR 214/07.

oder Lockerung eines Monopols komme dem Interesse neu in den bisherigen Monopolbereich eintretender Wettbewerber, ihre Leistung angemessen anbieten zu können, bei der gebotenen Interessenabwägung maßgebliches Gewicht zu. Fehlvorstellungen, die sich in einer Übergangszeit bildeten, müssten hingenommen werden, da andernfalls die frühere Rechtslage über das Irreführungsverbot wiederhergestellt würde. Ein Unterlassungsanspruch wegen Irreführung könne auch nicht mit der räumlichen Nähe der Briefkästen von Brief24 zu denen der DPAG begründet werden. Es bestehe ein legitimes Interesse der Wettbewerber der DPAG daran, ihre Briefkästen in der Nähe von Postfilialen aufzustellen, da dies kundenfreundlich sei und Kunden, die sowohl die Leistung der DPAG als auch von Brief24 in Anspruch nehmen möchten, die Briefaufgabe erleichtere. Darüber hinaus hatte die DPAG zu dem Zeitpunkt, als Brief24 die Briefkästen aufstellte, noch eine Exklusivlizenz für den Bereich der Briefsendungen bis 50 g. Diese Sendungen mussten Kunden ohnehin mit der DPAG befördern. Wäre es Kunden nicht möglich gewesen, die von anderen Postbeförderungsunternehmen zu befördernden Sendungen dort aufzugeben, wo sie auch die von der DPAG zu befördernden Briefe aufgeben, wären die Marktzutrittsschranken für Mitbewerber erhöht worden.

165. Die Monopolkommission begrüßt diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs. Dem Gerichtshof ist darin zuzustimmen, dass die Brief24 vorgeworfene Irreführung eine Konsequenz der Liberalisierung der Postdienste ist. Eine etwaige Fehlvorstellung von Postkunden kann keinen wettbewerblichen Unterlassungsanspruch begründen, da sie letztlich nur darauf beruht, dass die Verbraucher aufgrund des jahrzehntelangen Postmonopols noch nicht damit vertraut sind, dass Briefdienstleistungen nicht nur von der DPAG, sondern auch von anderen Unternehmen angeboten werden. Die Entscheidung trägt damit der Liberalisierung Rechnung. Es ist zu begrüßen, dass es der DPAG nicht gelungen ist, das Unlauterkeitsrecht für eine Beschränkung des Marktzugangs von Wettbewerbern zu nutzen. Die DPAG genießt keine Sonderstellung mehr und steht in Wettbewerb zu anderen Briefdienstleistern, welchen es auch nicht verwehrt sein darf, ihre Dienstleistungen in unmittelbarer Nähe zu Standorten der DPAG anzubieten. Das Anbieten einer Dienstleistung in räumlicher Nähe zu anderen Dienstleistern, die dieselbe Dienstleistung anbieten, stellt kein wettbewerbswidriges Verhalten dar, sondern ist Teil des Wettbewerbs. Auf diese Weise kann sich der Kunde zu einem Standorte besser merken, zum anderen wird er dadurch auf das Angebot des Wettbewerbers aufmerksam. Dies ist eine allgemein übliche Praxis und stellt keine Mitbewerberbehinderung dar.

4.5.2.3 Verweigerung des Postident-Verfahrens

166. Die DPAG hat Wettbewerbern das Postident-Verfahren zur Eröffnung von De-Mail-Konten verweigert. Die De-Mail soll eine sichere elektronische Kommunikation ermöglichen. Aus diesem Grund muss die Identität des Nutzers vor Einrichtung eines De-Mail-Kontos zuverlässig geprüft werden. Das von der DPAG als Dienstleistung angebotene Postident-Verfahren ist hierbei – je nach seiner konkreten Ausgestaltung – zur Identifizierung geeignet. Sowohl die Deutsche Telekom AG als auch das Unternehmen 1&1 hatten einen Vertrag mit der DPAG über die Erbringung des Postident-Service. Die DPAG kündigte diese Verträge und bot den Abschluss eines neuen Vertrages an, welcher jedoch die Nutzung des Postident-Verfahrens zur Identifizierung von Personen zur Anmeldung zu einem De-Mail-Dienst ausschloss.¹³⁸

¹³⁸ Vgl. z.B. Stoelzel, T., Schlacht um E-Mails, Wirtschaftswoche Nr. 50 vom 13. Dezember 2010, S. 8.

167. Das Unternehmen 1&1 klagte gegen die Kündigung des Vertrages zur Erbringung von Postident-Dienstleistungen durch die DPAG, da es der Ansicht war, die DPAG sei verpflichtet, die Postident-Dienstleistung auch für den Bereich des De-Mail-Dienstes zur Verfügung zu stellen. Die DPAG vertrat die Auffassung, sie sei berechtigt, Postident-Dienstleistungen zu verweigern, da die diese Dienstleistung nachfragenden Unternehmen mit dem De-Mail-Dienst zu ihr und ihrem Produkt E-Postbrief in Konkurrenz treten würden.

168. Das Landgericht Köln hat die DPAG dazu verurteilt, gegenüber 1&1 die Postident-Dienstleistungen auf der Basis und mit dem Inhalt des gekündigten Vertrags über den Kündigungszeitpunkt hinaus zu erbringen.¹³⁹ Die DPAG sei wegen der Verweigerung der Dienstleistungen und dem daraus folgenden Verstoß gegen Art. 102 AEUV nach § 33 Abs. 3 GWB schadensersatzpflichtig. Da der Schaden in der Verweigerung des Vertragsabschlusses bestehe, sei der Schadensersatzanspruch im Wege des Kontrahierungszwangs auf den Abschluss eines solchen Vertrags gerichtet. Die DPAG nehme im Bereich der für den De-Mail-Dienst konformen Identifikationsleistungen eine marktbeherrschende Stellung ein. Bezüglich der Marktabgrenzung stellte das Gericht auf persönliche Identifizierungen in einem bundesweiten standardisierten Verfahren ab, die den Anforderungen des De-Mail-Gesetzes genügen. Das Gericht führte aus, dass es angesichts der zum Zeitpunkt des Urteils in Kürze zu erwartenden Verkündung des De-Mail-Gesetzes wirtschaftlich unvertretbar wäre, geringere Anforderungen für eine Identifizierungsleistung zu fordern als nach dem De-Mail-Gesetz gefordert. In zeitlicher Hinsicht sei nur auf Unternehmen abzustellen, die bereits eine geeignete Identifizierungsleistung anbieten; nicht einzubeziehen seien Unternehmen, die zurzeit keine Identifizierungsleistung anbieten und dies lediglich erwägen. In diesem Markt seien die DPAG, deren Tochter DHL sowie Direkt Express als Anbieter tätig. Hierbei nehme die DPAG eine marktbeherrschende Stellung ein, da sich aus den dem Gericht vorliegenden Marktzahlen ein Marktanteil in Höhe von 85 % ergebe.

169. Die DPAG habe ihre marktbeherrschende Stellung dadurch missbraucht, dass sie die Verweigerung der Postident-Leistung gegenüber 1&1 mit ihren eigenen Wettbewerbschancen auf dem De-Mail-Markt begründet habe; dies stelle einen Fall des Behinderungsmissbrauchs dar. Die Verweigerung auf dem Markt für Identifikationsleistungen wirke sich zwar wirtschaftlich nicht auf diesem Markt aus, sie habe aber Auswirkungen auf den Wettbewerb im Markt für De-Mail-Dienste. Für dieses missbräuchliche Verhalten gebe es keine Rechtfertigung. Die DPAG nutze ihre Marktmacht in einem Markt aus, um sich auf einem anderen Markt einen Vorteil zu verschaffen. Nicht entscheidend sei das von der DPAG vorgetragene Argument, sie sei „nicht verpflichtet, Mitbewerber zu ihrem eigenen Schaden zu fördern.“ Es widerspreche dem Ziel eines freien Wettbewerbs, wenn Unternehmen Marktmacht einsetzen, um sich einen Vorteil auf einem anderen Markt zu verschaffen, da dadurch Marktmacht auf andere Märkte unter Abschluss des Wettbewerbs übertragen werden könne.

170. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat auf die Berufung der DPAG hin die Entscheidung des Landgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. Dies wurde damit begründet, dass die DPAG nicht kartellrechtswidrig gehandelt und ihre Marktmacht nicht missbräuchlich ausgenutzt habe. Es finde auch keine Abschottung des Marktes für

¹³⁹LG Köln, Urteil vom 31. März 2011, 88 O (Kart) 49/10.

Identifizierungsleistungen statt, da 1&1 jedenfalls auf andere Dienstleister zurückgreifen könnte.¹⁴⁰

171. Da der Monopolkommission zum Zeitpunkt des Abschlusses dieses Sondergutachtens die Begründung des Urteils des Oberlandesgerichts noch nicht vorlag, war ihr eine abschließende Bewertung des Sachverhalts nicht möglich. Auf den ersten Blick scheint es der Monopolkommission jedoch schwierig für 1&1 zu sein, für die Identifizierungsleistung auf andere Dienstleister zurückzugreifen. Das Landgericht Köln hat ausgeführt, dass eine den Vorgaben des De-Mail-Gesetzes genügende Identifizierungsleistung zurzeit nur von der DPAG, ihrer Tochtergesellschaft DHL sowie von Direkt Express erbracht werde. Direkt Express hat jedoch inzwischen Insolvenz angemeldet,¹⁴¹ so dass die DPAG mit ihrer Tochtergesellschaft DHL der einzige Anbieter ist.

4.5.3 Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission

172. § 44 Satz 2 PostG verweist auf mehrere Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes, unter anderem auch auf § 81 TKG 1996, welcher die Berichtspflicht der Monopolkommission regelt. Diesem entspricht § 121 TKG 2004. Im Rahmen der TKG-Novelle 2007 hat der Gesetzgeber in den § 121 Abs. 2 TKG einen Satz 3 eingefügt. Danach kann die Monopolkommission „Einsicht nehmen in die bei der Bundesnetzagentur geführten Akten einschließlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist.“ Bei dieser Ergänzung des § 121 Abs. 2 TKG 2007 handelte es sich um eine Präzisierung der bestehenden Regelung, um in diesem Punkt Rechtssicherheit zu schaffen. Das Bundesverwaltungsgericht hat zwar entschieden, dass Vorschriften, die vollständig neu in das Telekommunikationsgesetz eingefügt wurden, nicht als von einer zuvor bestehenden Verweisung im Postgesetz erfasst und dementsprechend auch nicht im Postbereich angewendet werden können.¹⁴² Diese Rechtsprechung steht aber nach Ansicht der Monopolkommission der Annahme einer Verweisung durch das Postgesetz im vorliegenden Fall nicht entgegen, da es sich lediglich um die Präzisierung einer Gesetzesvorschrift handelt, jedoch nicht um eine vollständig neu eingefügte Vorschrift. Gute Gründe sprechen dafür, eine solche Konkretisierung des Gehalts einer Norm als von der Verweisung erfasst anzusehen, die auf diese Norm erfolgt. Die Bundesnetzagentur hatte jedoch aufgrund dieser unklaren Rechtslage Bedenken, der Monopolkommission Akteneinsicht zu gewähren. Für eine tiefer gehende Umsetzung ihres Gutachtenauftrags ist die Monopolkommission allerdings auf Einsicht in die Akten der Bundesnetzagentur angewiesen. Zurzeit kann sie nur auf die öffentlich zugänglichen Versionen der Entscheidungen zurückgreifen. In diesen sind jedoch vertrauliche und geheimhaltungsbedürftige Unternehmensinformationen, wie z.B. die Preis- und Kostenstruktur der Unternehmen, geschwärzt. Diese Informationen können der Monopolkommission jedoch dabei helfen, die Marktverhältnisse sowie die Erforderlichkeit der Regelungen zur Entgeltregulierung besser zu beurteilen. Da in diesen Informationen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten sind, bedarf die Ak-

¹⁴⁰ OLG Düsseldorf, Urteil vom 30. November 2011, VI-U (Kart) 14/11. Das Oberlandesgericht hat die Revision nicht zugelassen, gegen die Entscheidung kann lediglich Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt werden.

¹⁴¹ Vgl. Insolvenzen des Amtsgerichts Ulm, www.indat.info/insolvenzen_gerichte/Ulm.html; Postmaster Magazin Juni 2011, S. 48.

¹⁴² BVerwG, Beschluss vom 31. Januar 2006, BVerwG 6 B 78.05; Beschluss vom 28. März 2006, BVerwG 6 C 13.05.

teneinsicht der Monopolkommission bei der Bundesnetzagentur einer gesetzlichen Grundlage.

173. Zudem sollte ein Recht, das im Telekommunikationsbereich vom Gesetzgeber für so wichtig erachtet wird, dass es explizit ins Gesetz aufgenommen wird, nicht im Postbereich verweigert werden. Auch in anderen Bereichen ihrer Tätigkeit hat die Monopolkommission ein Akteneinsichtsrecht, so beispielsweise im Kartellrecht nach § 46 Abs. 2a GWB sowie im Energiebereich nach § 62 Abs. 1 Sätze 3 und 4 EnWG 2011.

174. Die Monopolkommission befürwortet im Hinblick auf das fortbestehende Informationsdefizit und die zunehmende Verselbstständigung des Postregulierungsrechts die Aufnahme einer expliziten Befugnisnorm für die Akteneinsicht bei der Bundesnetzagentur in das Postgesetz. Diese Regelung kann inhaltlich der im Telekommunikationsgesetz enthaltenen Norm entsprechen. Die Monopolkommission hat bereits in ihren letzten beiden Post-Sondergutachten den folgenden Formulierungsvorschlag gemacht:¹⁴³

Die Monopolkommission erstellt alle zwei Jahre ein Gutachten, in dem sie den Stand und die absehbare Entwicklung des Wettbewerbs beurteilt, die Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes würdigt und zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung nimmt. Das Gutachten soll bis zum 30. November eines Jahres abgeschlossen sein, in dem kein Hauptgutachten nach § 44 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgelegt wird. Die Monopolkommission kann Einsicht nehmen in die bei der Bundesnetzagentur geführten Akten einschließlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Für den vertraulichen Umgang mit den Akten gilt § 46 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend.

Die Monopolkommission leitet ihre Gutachten der Bundesregierung zu. Die Bundesregierung legt Gutachten nach Abs. 1 Satz 1 den gesetzgebenden Körperschaften unverzüglich vor und nimmt zu ihnen in angemessener Frist Stellung. Die Gutachten werden von der Monopolkommission veröffentlicht. Bei Gutachten nach Abs. 1 Satz 1 erfolgt dies zu dem Zeitpunkt, zu dem sie von der Bundesregierung den gesetzgebenden Körperschaften vorgelegt werden.

175. Falls sich der Gesetzgeber demgegenüber dazu entschließt, lediglich die Verweisungen im Postgesetz zu aktualisieren, sollte zumindest aus dem Wortlaut der Verweisung sowie der Gesetzesbegründung klar hervorgehen, wie die Verweisung zukünftig zu verstehen ist, damit bei einer weiteren Novellierung des Telekommunikationsgesetzes die derzeitigen Probleme nicht wieder neu entstehen.

176. Die Bundesregierung hat in ihrer Stellungnahme zum Siebzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission dargelegt, dass sie das Ziel, im Regulierungsrecht einheitliche Standards für alle regulierten Bereiche festzulegen, unterstütze. Sie sicherte zu, sich dafür einzusetzen, dass im Postgesetz ein dem § 46 Abs. 2a GWB und § 121 Abs. 3 Satz 3 TKG entsprechendes Akteneinsichtsrecht vorgesehen wird.^{144,145} Die Bundesregierung

¹⁴³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 123; Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 192.

¹⁴⁴ Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum Siebzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission 2006/2007, BT-Drs. 16/11558 vom 19. Dezember 2008, Tz. 14.

¹⁴⁵ Die Bundesregierung sicherte ebenfalls zu, ein Akteneinsichtsrecht im Energiebereich einzuführen, dies ist in der Zwischenzeit geschehen; vgl. § 62 Abs 1 Satz 3 und 4 EnWG 2011.

stellte in ihrer Stellungnahme zum Sondergutachten 2007 in Aussicht, im Rahmen der Anpassung des Postgesetzes an die Postdienstrichtlinie 2008/6/EG zu prüfen, inwieweit dem Vorschlag, statt der Verweisung des § 44 Satz 2 PostG auf das Telekommunikationsgesetz die entsprechenden Vorschriften explizit in das Postgesetz aufzunehmen, Rechnung getragen werden kann.¹⁴⁶ Die Monopolkommission erinnert die Bundesregierung an diese Aussagen und unterstreicht die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Klärung des Akteneinsichtsrechts.

¹⁴⁶ Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zu den Tätigkeitsberichten 2006/2007 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen für die Bereiche Telekommunikation und Post und zu den Sondergutachten 50 und 51 der Monopolkommission „Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt der Regulierung“ und „Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln“, BT-Drs. 16/10146 vom 14. August 2008, Tz. 62.

5. Handlungsempfehlungen der Monopolkommission

177. Die Monopolkommission hat gegenüber dem letzten Sondergutachten zum Postmarkt eine relativ unveränderte Wettbewerbssituation festgestellt. Für diese stagnierende Wettbewerbsentwicklung sind eine Vielzahl ökonomischer und institutioneller Wettbewerbshindernisse verantwortlich. Die Monopolkommission gibt folgende Handlungsempfehlungen zu den im vorliegenden Gutachten behandelten Themenkomplexen:

Entgeltregulierung

- Die Bundesnetzagentur sollte im Rahmen der Kostennachweise die Übermittlung einer Umsatzrendite fordern, bei der die bei der Entgeltregulierung berücksichtigungsfähigen Lasten nach dem Tragfähigkeitsprinzip zugeschlüsselt wurden. Sollte die DPAG auch bei einer Berechnung der Umsatzrendite nach dem Tragfähigkeitsprinzip eine außergewöhnlich hohe Umsatzrendite erzielen, wäre dies ein Indiz für ein zu hohes Ausgangsentgeltniveau sowie zu hohe Entgelte.
- Streichung des § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG sowie des § 3 Abs. 4 Satz 3 PEntgV. Damit würde sichergestellt, dass zukünftig die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der einzig relevante Maßstab für die Entgeltregulierung sind. Diese Vorschriften ermöglichen es, bei der Entgeltbemessung bestimmte Zusatzkosten, sog. Lasten, zu berücksichtigen.

Novellierung des Postgesetzes

Das Postgesetz sollte novelliert werden, um die DPAG stärker zu kontrollieren und die Ermittlungsbefugnisse der Bundesnetzagentur zu stärken. Die Monopolkommission unterbreitet folgende Vorschläge:

- Die Endkundenpreisregulierung sollte angesichts der immer noch marktbeherrschenden Stellung der DPAG sowie stagnierender Sendungsmengen nicht aufgehoben werden.
- Die Ex-ante-Entgeltgenehmigungspflicht für Teilleistungsentgelte, die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der DPAG enthalten sind, sollte wieder eingeführt werden.
- Einführung einer Vorlagepflicht für individuelle Großkundenverträge der DPAG bei der Bundesnetzagentur entsprechend § 38 Abs. 1 Satz 3 TKG. Danach sind Verträge der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsschluss zur Kenntnis zu geben. Damit würde das Informationsdefizit der Bundesnetzagentur bei individuellen Preisvereinbarungen der DPAG mit ihren Großversendern behoben und die Ermittlungsbefugnisse der Bundesnetzagentur würden gestärkt.
- Die Vorlagepflicht von Teilleistungsverträgen sollte entsprechend § 38 Abs. 1 Satz 1 und 2 TKG geändert werden. Aktuell sieht § 30 PostG vor, dass Teilleistungsverträge der Bundesnetzagentur innerhalb eines Monats nach Vertragsschluss vorzulegen sind. Nach § 38 TKG sind der Ex-post-Entgeltkontrolle unterliegende Entgelte der Bundesnetzagentur innerhalb von zwei Monaten vor deren Inkrafttreten vorzulegen. Alternativ könnte § 30 PostG dahingehend erweitert werden, dass auch individuelle Verträge erfasst werden.

- Präzisierung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG entsprechend § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG. Damit würde explizit geregelt, dass Preis-Kosten-Scheren missbräuchlich sind.
- Einführung eines Antragsrechts Dritter zur Eröffnung von Verfahren der Entgeltkontrolle sowie des Marktmachtmissbrauchs durch die Bundesnetzagentur entsprechend § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG.
- Streichung des § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG sowie des § 2 Abs. 2 Nr. 5 PostG. Diese Vorschriften regeln Arbeitsmarktbedingungen. Soweit diese Vorschriften so ausgelegt werden, dass sie im Niveau der DPAG den entscheidungserheblichen Maßstab sehen, sind sie geeignet, dem angestrebten Wettbewerb im Postsektor entgegenzuwirken.
- Beschränkung der Regulierung von Postzustellungsaufträgen auf eine Ex-ante-Genehmigung der Entgelte der DPAG, wobei die Veröffentlichungspflicht jedoch gestrichen werden sollte.
- Explizite Aufnahme der Vorschriften, auf die § 44 Satz 2 PostG verweist, in das Postgesetz.
- Umsetzung der Postdiensterrichtlinie 2008. Umsetzungsbedarf besteht beispielsweise im Hinblick auf Art. 11a der Postdiensterrichtlinie.

Bund als Wettbewerbshüter und Anteilseigner

- Schnellstmögliche Trennung von allen Finanzinstrumenten, die dazu führen, dass der Bund ein spezielles finanzielles Interesse am Unternehmenserfolg der DPAG hat.

Umsatzsteuerbefreiung für Universaldienstleistungen

- Die Bundesrepublik Deutschland sollte sich auf europäischer Ebene für eine Änderung der Mehrwertsteuersystemrichtlinie einsetzen. Art. 132 Abs. 1 lit. a) MwStSystRL, welcher regelt, dass die von öffentlichen Posteinrichtungen erbrachten Dienstleistungen und dazugehörenden Lieferungen von Gegenständen von der Steuer befreit sind, sollte gestrichen werden. Damit würde eine wettbewerblich neutrale Lösung geschaffen, da alle Anbieter für die gleiche Leistung steuerlich gleich behandelt würden, auch dann, wenn sie nur lokal oder regional tätig sind.
- Zumindest Änderung des § 4 Nr. 11b UStG dahingehend, dass die Frage der Besteuerung von Postdienstleistungen wettbewerblich neutral gelöst wird. Es sollte sichergestellt werden, dass die Steuerbefreiung für alle Anbieter dieser Leistungen gilt, auch wenn diese nur regional und nicht flächendeckend tätig sind.

Mindestlohn im Briefsektor

- Einem möglichen neuen Antrag auf Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrags sollte nicht nachgekommen werden.

Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission bei der Bundesnetzagentur

- Explizite Aufnahme eines Akteneinsichtsrechts der Monopolkommission bei der Bundesnetzagentur.

Bonn, im Dezember 2011

Justus Haucap

Thomas Nöcker

Christiane zu Salm

Angelika Westerwelle

Daniel Zimmer