

Unterrichtung**durch die Bundesregierung****Tätigkeitsbericht 2008/2009 der Bundesnetzagentur – Post****mit****Sondergutachten der Monopolkommission –
Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen****Inhaltsverzeichnis**

	Seite
Tätigkeitsbericht 2008/2009	6
Vorwort	6
Teil I Lage und Entwicklung des Postwesens	8
1 Überblick	8
2 Rahmenbedingungen	8
2.1 Allgemeine rechtliche Rahmenbedingungen	8
2.1.1 Schrittweise Liberalisierung des Briefmarktes/Wegfall der Exklusivlizenz zum 1. Januar 2008	8
2.1.2 Wegfall der Verpflichtung zur Erbringung des Universaldienstes zum 1. Januar 2008	8
2.1.3 Erlass der Mindestlohnverordnung zum 1. Januar 2008	9
2.1.4 Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes	9
2.1.5 Änderung des Vergaberechts zum 24. April 2009	10
2.1.6 Dritte Postrichtlinie 2008/6/EG	10
2.2 Allgemeine wirtschaftliche Rahmenbedingungen	11
3 Marktstrukturdaten	12
3.1 KEP-Markt (national/international)	13
3.2 Briefmarkt (national/international)	18

Zugeleitet mit Schreiben der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen vom 9. Dezember 2009 (Tätigkeitsbericht) gemäß § 47 Absatz 1 des Postgesetzes und mit Schreiben der Monopolkommission (Sondergutachten) vom Dezember 2009 gemäß § 44 des Postgesetzes in Verbindung mit § 81 Absatz 3 des Telekommunikationsgesetzes (1996).

	Seite
4	Änderungen der Kommunikationsgewohnheiten/ Neue Chancen im Postmarkt
4.1	Innovationen im Briefmarkt
4.2	Innovationen im Paketmarkt
5	Analyse und Perspektiven des Wettbewerbs
Teil II	Tätigkeiten
1	Lizenzierung/Marktzugang
1.1	Lizenzerteilung
1.2	Prüfung der lizenzierten Unternehmen
1.3	Auskunftsanordnung zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen im lizenzierten Bereich
1.4	Anzeigespflicht
1.5	Kontrolle der Einhaltung der Mindestlohnverordnung
2	Netzzugang
2.1	Zugang zu Teilleistungen
2.1.1	Entwicklung der Teilleistungsverträge „Zugang zu Briefzentren“ seit dem Jahr 2000
2.1.2	Entwicklung sonstiger Teilleistungsverträge seit 1998
2.2	Zugang zu Postfachanlagen
2.3	Informationen über Adressänderungen
3	Entgeltregulierung
3.1	Price-Cap-Regulierung
3.2	Entgelte für den Zugang zu Adressänderungen
3.3	Entgelte für den Zugang zu Postfachanlagen
3.4	Entgelte für die Förmliche Zustellung
4	Besondere Missbrauchsaufsicht
4.1	Verbesserte Teilleistungseinlieferungsbedingungen für Wettbewerber
4.2	Erhöhung der Teilleistungsrabatte
5	Regulierung grenzüberschreitender Postdienstleistungen
5.1	Überwachung des Weltpostvertrags
5.2	Überprüfung des Abrechnungssystems der DP AG bei Endvergütungen
6	Internationale Aktivitäten
6.1	Weltpostverein
6.2	CERP
6.3	CEPT
6.4	CEN

	Seite
6.5 Bilateraler Austausch	44
6.6 Temporäre Partnerschaften im Postbereich (Twinning-Projekte)	44
7 Postgeheimnis, Datenschutz	45
Teil III Universaldienst	46
1 Gewährleistung des Universaldienstes durch die Bundesnetzagentur	46
2 Qualität des Post-Universaldienstes	47
3 Verbraucherschutz und Verbraucherservice, Schlichtung	49
Teil IV Stellungnahme gemäß § 47 Postgesetz	50
Teil V Entwicklungen in der nationalen und europäischen Rechtsprechung im Bereich Post	51
1 Abgeschlossene Gerichtsverfahren der Bundesnetzagentur	51
2 Anhängige Gerichtsverfahren der Bundesnetzagentur	52
2.1 Entgelte für den Zugang zu Informationen über Adressänderungen	52
2.2 Sondertarife für Geschäftskunden gegenüber Konsolidierern	52
2.3 Auskunftsanordnung Arbeitsbedingungen	53
3 Sonstige Gerichtsentscheidungen	53
3.1 Entscheidungen zur Marke Post	53
3.2 Tarifbindung bei der Vergabe von Briefdienstleistungen	54
Teil VI Rolle und Organisation der Bundesnetzagentur	54
1 Aufgaben und Struktur	54
2 Personal, Haushalt	56
2.1 Personalmanagement	56
2.2 Haushalt	56
3 Beirat	56
4 Wissenschaftliche Beratung/WAR	58
4.1 Wissenschaftlicher Arbeitskreis Regulierungsfragen	58
4.2 Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste	58
5 Aufgaben auf den Gebieten der anderen Netzsektoren	58

	Seite
Teil VII Anhang	62
Anhang 1 Mitglieder und stellvertretende Mitglieder des Beirates bei der Bundesnetzagentur	62
Anhang 2 Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen	66
Anhang 3 Verzeichnis der Abkürzungen und Kurzschreibweisen	67
Sondergutachten der Monopolkommission – Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen	69

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1 Entwicklung des Wettbewerbsbereichs im Briefmarkt (bezogen auf Umsätze)	9
Abbildung 2 Mindestlöhne laut BriefArbbV	10
Abbildung 3 Der deutsche Postmarkt 2008	12
Abbildung 4 Entwicklung des Transportaufkommens in der Bundesrepublik Deutschland	13
Abbildung 5 Umsatz im KEP-Markt 2007	14
Abbildung 6 KEP-Sendungen 2007	14
Abbildung 7 Umsatz und Sendungen im deutschen Kuriermarkt 1999 bis 2007	15
Abbildung 8 Umsatz und Sendungen im deutschen Expressmarkt 1999 bis 2007	15
Abbildung 9 Umsatz und Sendungen im deutschen Paketmarkt 1999 bis 2007	16
Abbildung 10 Europäische Aktivitäten der deutschen KEP-Anbieter	17
Abbildung 11 Der Europäische Paket- und Expressmarkt nach Kundengruppen (2008)	17
Abbildung 12 Länderbezogene Anteile am europäischen Express- und Paketmarkt (2008)	18
Abbildung 13 Globaler Vergleich der Pro-Kopf-Ausgaben für Express- und Paketdienstleistungen (in Euro)	18
Abbildung 14 Entwicklung Sendungsmengen und Umsätze im Briefmarkt	19
Abbildung 15 Umsätze der Lizenznehmer (ohne DP AG)	20
Abbildung 16 Sendungsmengen der Lizenznehmer (ohne DP AG)	20
Abbildung 17 Marktanteile im lizenzpflichtigen Bereich nach Umsätzen	20
Abbildung 18 Marktanteile 2008	21
Abbildung 19 Marktanteile nach Sendungsmengen	21
Abbildung 20 Verteilung der Umsätze auf Unternehmen (ohne DP AG)	21
Abbildung 21 Betriebsergebnisse der Lizenznehmer 2008	22
Abbildung 22 Preisentwicklung 1998 bis 2009	23
Abbildung 23 Massensendungen (> 50 Stück) – Durchschnittspreise (Lizenznehmer ohne DP AG)	23
Abbildung 24 Preisstruktur 50-Gramm-Brief im Jahr 2008	24

	Seite
Abbildung 25 Entwicklung bei den Beschäftigten 1999 bis 2008	24
Abbildung 26 Sendungsmengen und Beschäftigte	25
Abbildung 27 Ausgaben nach Sendungsarten von Geschäftskunden/ Unternehmen	26
Abbildung 28 Entscheidungskriterien bei der Wahl des Briefdienstleisters	27
Abbildung 29 Rückgang der Sendungsmengen in ausgewählten Ländern	27
Abbildung 30 Liberalisierung und Marktzugang im Briefbereich	28
Abbildung 31 Preis-/Gewichtsstrukturen für Briefsendungen bis 50 g ...	29
Abbildung 32 Preisniveau für Einzelbriefsendungen	30
Abbildung 33 Geschätztes Einsparpotential durch das Bürgerportal (Prognose)	33
Abbildung 34 Veränderungen in der Wertschöpfungskette	32
Abbildung 35 Anteil des Onlinegeschäfts in Deutschland am Versandhandelsvolumen 2009e	32
Abbildung 36 Personen mit Online-Einkäufen im ersten Vierteljahr 2008 in ausgewählten EU-Mitgliedstaaten	33
Abbildung 37 Lizenzerteilung 1998 bis 2009)	35
Abbildung 38 Erreichter Stand der Lizenzierung im Postbereich (seit 1998)	36
Abbildung 39 Entwicklung der Neuabschlüsse der Teilleistungsverträge BZA und BZE seit 2000	37
Abbildung 40 Entwicklung der Neuabschlüsse der Teilleistungsverträge, die mit fortschreitender Dauer der Gerichtsverfahren vorgelegt wurden	38
Abbildung 41 Entwicklung der Neuabschlüsse der Teilleistungsverträge, die mit fortschreitender Dauer der Gerichtsverfahren vorgelegt wurden (Fortsetzung)	39
Abbildung 42 Nicht mehr angebotene Teilleistungsverträge der DP AG	39
Abbildung 43 Entwicklung der Neuabschlüsse der Teilleistungsverträge 1998 bis 2009, die erst nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vorgelegt wurden	40
Abbildung 44 Entwicklung der Neuabschlüsse der Verträge über den Zugang zu Postfachanlagen seit 1999	40
Abbildung 45 Entwicklung der Neuabschlüsse der Verträge über den Zugang zu Informationen über Adressänderungen seit 2000	40
Abbildung 46 Entwicklung der eigen- und fremdbetriebenen Filialen der DP AG	48
Abbildung 47 Statistik der schriftlichen Eingaben (1. Januar 2008 bis 31. Oktober 2009)	49
Abbildung 48 Einnahmen der Haushaltsjahre 2008 und 2009	57
Abbildung 49 Ausgaben der Haushaltsjahre 2008 und 2009	57

Tätigkeitsbericht 2008/2009 der Bundesnetzagentur – Post

Vorwort

Zu Beginn des Jahres 2008 konnte im Postsektor ein vielseitig erwarteter Meilenstein erreicht werden: Nach fast 500jähriger Bestandskraft wurde das staatliche Monopol für die Beförderung von Briefen zugunsten einer zeitgemäßen Wettbewerbslösung aufgegeben und der Markt vollständig geöffnet. Der Weg zu neuen Geschäftsmodellen, zu mehr Wachstum und Innovation ist seitdem frei.

So wie in Deutschland wird die Markttöffnung auch in den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union in naher Zukunft kommen. Die im Jahr 2008 verabschiedete Dritte Postrichtlinie sieht die vollständige Liberalisierung bis spätestens Ende 2012 vor. Die Verbraucher werden dann insgesamt von mehr Wettbewerb profitieren, sowohl durch tendenziell niedrigere Preise als auch durch ein vielfältigeres, stärker kundenorientiertes Angebot von Postdienstleistungen; die Anbieter profitieren von den erweiterten Möglichkeiten des europäischen Binnenmarktes.

Die Bundesnetzagentur hat den Übergang vom Monopol zum Wettbewerb in Deutschland in den letzten Jahren erfolgreich unterstützt und begleitet. Die an den Kosten der effizienten Leistungserbringung orientierte Entgeltregulierung hat dazu beigetragen, dass Effizienzverbesserungen direkt an die Verbraucher weitergegeben wurden und Preiserhöhungen weitgehend ausgeblieben sind. Im Gegensatz dazu sind die Preise für Einzelbriefsendungen in anderen europäischen Ländern in den vergangenen Jahren deutlich gestiegen.

Für die bereits im Briefmarkt tätigen Wettbewerber hat der Übergang zum vollständigen Wettbewerb zu einer Erweiterung ihrer Geschäftsfelder geführt. Sie hatten bis dato für bestimmte, vorab liberalisierte Dienstleistungen bereits zahlreiche Möglichkeiten, außerhalb des Monopolbereiches im Briefmarkt aktiv zu sein und innovative Geschäftsideen auszuprobieren. Nunmehr sind die Unternehmen in der Ausgestaltung ihrer Briefdienstleistungen gänzlich frei.

Mit Gesamtumsätzen von inzwischen rund 27 Mrd. Euro sind die Postmärkte volkswirtschaftlich von großer Bedeutung. Der deutsche Briefmarkt bleibt mit einem Marktvolumen von annähernd 10 Mrd. Euro im Jahr 2008 für Wettbewerber ein attraktives Betätigungsfeld mit zahlreichen Einstiegschancen.

Gleichwohl war die Entwicklung der Postmärkte im Jahr 2009 nicht von konjunkturellen Einflüssen verschont. Die Sendungsvolumina haben teilweise deutlich abgenommen. Die rund 750 Lizenznehmer haben einen Marktanteil von rund 10 Prozent halten können. Es besteht allerdings kein Grund zu Pessimismus: Die konjunkturellen Aussichten sind wieder grundsätzlich positiv. Auch mit Blick auf einige gesetzliche Vorgaben für den Briefmarkt sind Änderungen möglich, um existierende Wettbewerbshemmnisse endgültig zu beseitigen.

Der Markt für Kurier-, Express- und Paketdienstleistungen hat in den letzten beiden Jahren seine Rolle als Wachstumsmotor unter den Postmärkten bestätigt. Für die Verbraucher hat der dynamische Wettbewerb zu qualitativ hochwertigen Dienstleistungen mit stabilen Preisen geführt. Im Bereich der Paketdienstleistungen für Privatkunden und andere Kleinversender ist die bisherige Entwicklung besonders erfreulich: Seit dem Auftritt eines zweiten Wettbewerbers im Jahr 2003 ist mittlerweile ein weiteres Angebot flächendeckend verfügbar.

Der Erfolg des neuen Anbieters zeigt beispielhaft, dass sich Investitionen in ein Netz von Annahmestellen lohnen, sofern genügend Sendungen zur notwendigen Auslastung in Aussicht sind. Es spricht derzeit viel dafür, dass die Wettbewerber weitere Annahmestellen einrichten werden. Dabei könnten bestehende Synergien zwischen Brief- und Paketdienstleistungen auch hinsichtlich der Einlieferungsmöglichkeiten genutzt werden, damit sich der Wettbewerb um den privaten Endkunden zukünftig besser entwickeln kann.

Die bisherige Marktentwicklung zeigt allerdings auch, dass den Wettbewerbern noch genügend Potenziale zur Verfügung stehen. Für den sich abzeichnenden Aufschwung gilt es daher, neue Kräfte zu sammeln und sich auf die kommenden Heraus-

forderungen vorzubereiten. Die Bundesnetzagentur wird mit einer effektiven Regulierung für eine Intensivierung des Wettbewerbs sorgen, nachdem mit dem Wegfall des Monopols ein „level-playing-field“ geschaffen ist. Um sicherzustellen, dass die Startchancen auch effektiv genutzt werden können, ist es wichtig, dass der Bundesnetzagentur mit den gesetzlichen Rahmenbedingungen die nötigen Instrumente zur Verfügung stehen.

Die Verbraucher sollten bestehende Chancen zum Wechsel des Anbieters stärker als bisher nutzen, um die positiven Wirkungen des Wettbewerbs für sich zu entdecken. Hier werden sowohl von Privat- als auch von Geschäftskunden noch nicht alle Möglichkeiten ausgeschöpft. Der tiefgreifende Wandel hin zu einer stärkeren Nutzung elektronischer Kommunikationswege wird zukünftig eine entscheidende Rolle spielen. Letztlich werden die Nachfrager über den Erfolg dieser elektronisch verknüpften, so genannter hybrider Postdienstleistungen entscheiden.

Matthias Kurth

Präsident der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,
Telekommunikation, Post und Eisenbahnen

Teil I Lage und Entwicklung des Postwesens**1 Überblick**

Die Entwicklung der verschiedenen Märkte für Postdienstleistungen verlief im Berichtszeitraum teilweise weniger positiv als erwartet. Für die seit langem liberalisierten Kurier, Express- und Paketdienstleistungen (KEP) war eine insgesamt positive Marktentwicklung festzustellen, während auf dem Briefmarkt ein Wachstumsschub ausgeblieben ist. Die Gründe sind in der zuletzt schwierigen Wirtschaftslage sowie in dem von den gesetzlichen Rahmenbedingungen geprägten Marktumfeld zu sehen. Diese haben einen nachhaltigen Wettbewerb erschwert.

Der intensive Wettbewerb auf dem KEP-Markt hat zu einem anhaltend hohen Qualitätsniveau mit stabilen Preisen geführt. Bei Paketdienstleistungen gibt es mittlerweile für Privatkunden und andere Kleinversender ein nahezu flächendeckendes Alternativangebot zur Deutschen Post DHL. Als Schlüssel zum Erfolg hat sich hierbei der Aufbau eines Netzes von Annahmestellen erwiesen, die für Versender wie auch Empfänger/Abholer in kurzer Entfernung erreichbar sind.

Der Markt für Briefdienstleistungen hingegen hat sich im Berichtszeitraum nicht in einem Maß entwickelt, bei dem die Stellung des Marktbeherrschers Deutsche Post AG (DP AG) merklich tangiert worden wäre. Während Geschäftskunden bereits über Alternativangebote verfügen, gilt dies für Privatkunden nur in stark eingeschränktem Maße.

Die im Jahr 2007 getätigten Vorbereitungen der Wettbewerber, deren Investitionen in dreistelliger Millionenhöhe darauf abzielten, der DP AG Marktanteile im Briefmarkt abzunehmen, konnten ihre Wirkung oftmals nicht entfalten. Neben der Insolvenz der PIN Group (in der alten Unternehmensstruktur) konnte eine starke Zurückhaltung der Wettbewerber im Berichtszeitraum 2008/2009 beobachtet werden. Hinzu kamen Auseinandersetzungen auf politischer (wie auch gerichtlicher) Ebene. In diesem Zusammenhang sind hier insbesondere die Mindestlohnregelung und die bestehende Mehrwertsteuerbefreiung zugunsten der DP AG zu nennen.

Bis heute halten diese Missstimmungen unter den Marktteilnehmern an. Weitere notwendige Investitionen in moderne, leistungsfähige Postnetze werden vor diesem Hintergrund nur zögerlich angegangen. Die zukünftige Entwicklung wird auch davon abhängen, ob es den Wettbewerbern zunehmend gelingt, ihre Interessen zu bündeln und Kooperationen aufzubauen. Chancen ergeben sich auch durch neue Dienstleistungen, z. B. im Bereich Hybridpost. Zudem könnten durch verbesserte gesetzliche Rahmenbedingungen die Wettbewerbsmöglichkeiten weiter gestärkt werden.

Neben den bislang ausbleibenden Impulsen aus der vollständigen Marktöffnung wird die Wirtschaftskrise zu einem spürbaren Rückgang bei den Briefvolumina in 2009 führen. Von der erwarteten Konjunkturerholung im Jahr 2010 wird es zudem zusätzlich abhängen, inwieweit die

Briefmengen wieder an die alten Werte werden anknüpfen können.

Auf europäischer Ebene hat die Verabschiedung der Dritten EU-Postrichtlinie im Februar 2008 Klarheit hinsichtlich der Marktöffnungszeitpunkte in den Mitgliedstaaten gebracht. Diese sind nunmehr verbindlich und sehen eine völlige Abschaffung aller verbliebenen Restmonopole bis spätestens Ende 2012 vor. Hinzu kommen Regelungen zur Finanzierung des Universaldienstes. Ziel des europäischen Harmonisierungsprozesses (einheitlicher Binnenmarkt) im Postsektor ist es, die Wettbewerbsbedingungen europaweit anzugleichen sowie die Verbraucherrechte zu stärken.

Für die weitere Marktentwicklung wird zudem der anstehende Übergang auf die (teilweise) elektronische Abwicklung von Briefdienstleistungen von hoher Bedeutung sein, der sich ab dem Jahr 2010 zunehmend anbahnt. Bestehende Angebote werden durch neuartige Dienstleistungen ergänzt oder partiell ersetzt. Dies kann dazu führen, dass sich die bislang starre Marktstruktur auf der Anbieterseite auch zugunsten neuer Wettbewerber verschiebt, die auf die steigende Akzeptanz internetbasierter Anwendungen in der Bevölkerung setzen, und in innovativen Angeboten ihre Chance suchen.

Wie die weitere Entwicklung letztlich verlaufen wird, lässt sich derzeit noch nicht abschätzen. Dass die Postmärkte allerdings vor erheblichen Veränderungen stehen, zeichnet sich zunehmend ab. Sie bieten aber Chancen für alle Marktteilnehmer. Letztlich sind es die Verbraucher, die über Erfolg oder Misserfolg elektronisch abgewickelter Briefdienstleistungen entscheiden.

2 Rahmenbedingungen**2.1 Allgemeine rechtliche Rahmenbedingungen****2.1.1 Schrittweise Liberalisierung des Briefmarktes/Wegfall der Exklusivlizenz zum 1. Januar 2008**

Die Exklusivrechte der DP AG sind seit der Liberalisierung des deutschen Briefmarktes Schritt für Schritt reduziert worden und schließlich zum 1. Januar 2008 gänzlich weggefallen. Somit befinden sich alle Dienstleistungen im Wettbewerb. Anbieter, die im lizenzierten Bereich (gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen < 1 000 Gramm) tätig sind, benötigen aber weiterhin nach § 5 ff PostG eine Lizenz der Regulierungsbehörde.

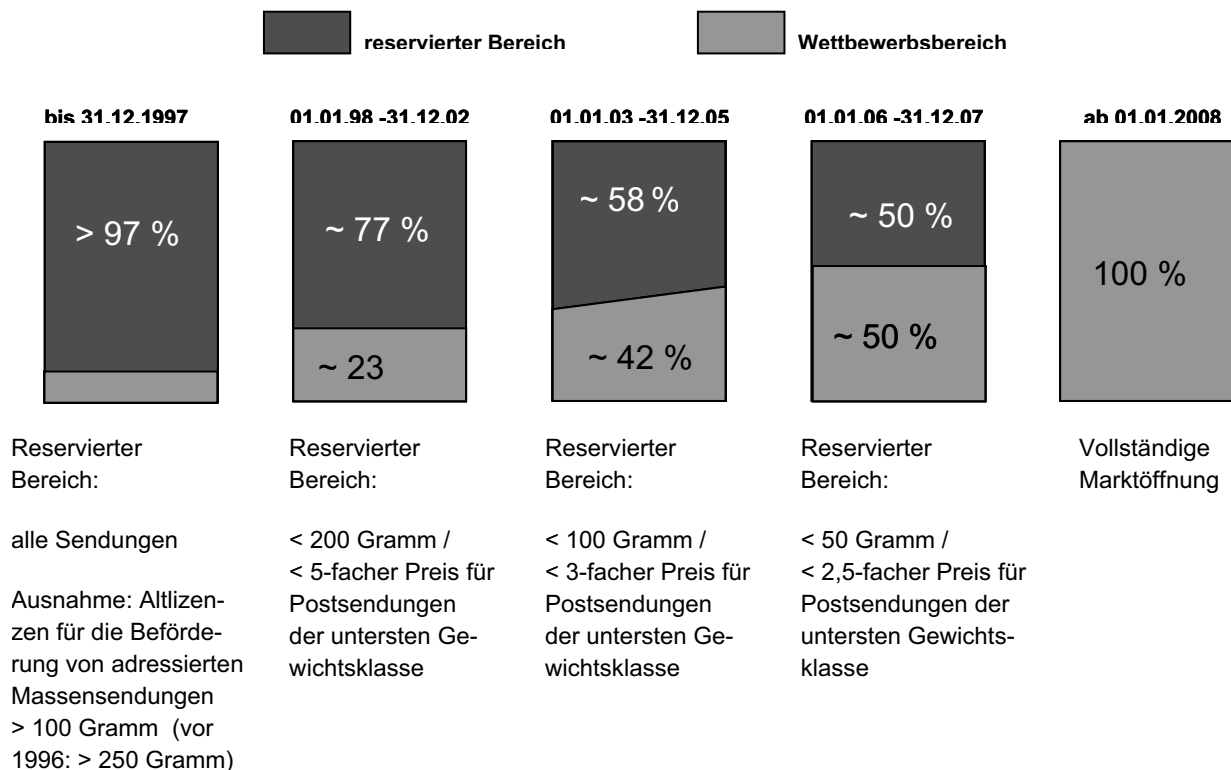
2.1.2 Wegfall der Verpflichtung zur Erbringung des Universaldienstes zum 1. Januar 2008

Seit dem Wegfall der Exklusivlizenz zum 1. Januar 2008 ist die DP AG nicht mehr gesetzlich verpflichtet, Universaldienstleistungen im Sinne der Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV) zu erbringen.

Die Gewährleistung des Universaldienstes obliegt nunmehr wieder der Bundesnetzagentur. Bei einem drohenden oder festgestellten Universaldienstdefizit stehen ihr die in

Abbildung 1

Entwicklung des Wettbewerbsbereichs im Briefmarkt (bezogen auf Umsätze)



den §§ 13 bis 17 PostG beschriebenen Maßnahmen (z. B. Verpflichtung eines marktbeherrschenden Unternehmens, ggf. Ausschreibung) zur Verfügung. Unabhängig davon bleibt die DPAG gemäß § 56 PostG bei beabsichtigten Dienstleistungseinschränkungen im Bereich des Universaldienstes bis soweit diese bislang von ihr erbracht wurden – verpflichtet, dies der Bundesnetzagentur sechs Monate im Voraus mitzuteilen.

Die Verpflichtungen, mindestens 5 000 stationäre Einrichtungen mit unternehmenseigenem Personal zu betreiben (§ 2 Nummer 1 Satz 3 PUDLV) und Postdienstleistungen zum Einheitstarif anzubieten (§ 6 Absatz 3 Satz 1 PUDLV), sind ebenfalls zum 1. Januar 2008 entfallen (siehe auch Teil III).

2.1.3 Erlass der Mindestlohnverordnung zum 1. Januar 2008

Mit der „Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen vom 28. Dezember 2007“ (BriefArbbV) hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) auf der Grundlage des § 1 Absatz 3a des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) a. F. den zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste e. V. und der ver.di – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft abgeschlossenen Tarifvertrag über Mindestlöhne für die Branche Briefdienstleistungen für allgemeinverbindlich

erklärt. Damit wurde dieser Tarifvertrag und die darin festgelegten Mindestlöhne auf alle nicht an diesen Tarifvertrag gebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausgeweitet, die überwiegend gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördern. Die Verordnung tritt am 30. April 2010 außer Kraft.

Die Höhe der Mindestlöhne sind der nachfolgenden Tabelle zu entnehmen:

Die Verordnung vom 28. Dezember 2007 hat der verwaltungsgerichtlichen Prüfung durch das Verwaltungsgericht Berlin und das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg bislang nicht standgehalten. Derzeit ist das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht anhängig.

2.1.4 Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

Im Zusammenhang mit den verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen zur Mindestlohn-Verordnung ist anzumerken, dass am 24. April 2009 ein neues Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) in Kraft getreten ist. Das novellierte AEntG sieht nunmehr vor, dass ein per Rechtsverordnung für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag „auf alle unter seinen Geltungsbereich fallenden und nicht an ihn gebundenen Arbeitgeber sowie Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen“ Anwendung findet. Somit wird der Vorrang eines durch Rechtsverordnung erstreckten

Abbildung 2

Mindestlöhne laut BriefArbbV

	Verordnung BMAS (Mindestlohnvertrag AGV Postdienste und Ver.di)	
Vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2009	West (einschließlich Berlin)	Ost
Sämtliche Arbeitnehmer (ohne Briefzusteller)	8,40 €	8,00 €
Briefzusteller	9,80 €	9,00 €
Vom 1. Januar 2010 bis 30. April 2010	West (einschließlich Berlin)	Ost
Sämtliche Arbeitnehmer (ohne Briefzusteller)	8,40 €	8,40 €
Briefzusteller	9,80 €	9,80 €

Tarifvertrages vor anderweitigen tariflichen Bindungen normiert (§§ 7, 8 AEntG n. F.).

Der Branchen- und Arbeitgeberverband BdKEP hatte bereits im Mai 2009 Verfassungsbeschwerde gegen das neue Arbeitnehmer-Entsendegesetz erhoben und insbesondere angeführt, dass dieses eine unzulässige Beschränkung der Tarifautonomie darstelle. Der Verband sieht in der Verdrängung bestehender Tarifverträge eine Außerkraftsetzung der Koalitionsfreiheit gemäß Artikel 9 Absatz 3 GG.

Die Verfassungsbeschwerde des BdKEP hat das Bundesverfassungsgericht durch Beschluss vom 10. Juni 2009 nicht zur Entscheidung angenommen. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts fehlt es an der unmittelbaren Betroffenheit und somit an der erforderlichen Beschwerdebefugnis des BdKEP. Eine Verletzung seiner Grundrechte liege nicht vor, da noch keine entsprechende Verordnung erlassen wurde; auch eine grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung der Rechtsfrage (§ 93a Absatz 2 BVerfGG) vermochte das Gericht nicht zu erkennen. Im Falle des Erlasses einer künftigen Rechtsverordnung sei zunächst Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten zu suchen bzw. der Rechtsweg auszuschöpfen.

2.1.5 Änderung des Vergaberechts zum 24. April 2009

Mit Wirkung zum 24. April 2009 erfolgte eine Änderung des Vergaberechts (BGBl. I 2009, 790 ff; Bundestagsdrucksache 16/10117). Nunmehr können auch zusätzliche Anforderungen, explizit soziale Aspekte (§ 97 Absatz 4 Satz 2 GWB), in die Leistungsbeschreibung einfließen, sofern sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen.

Zudem sind mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen.

Leistungen sind daher in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen (nur dann) vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern (vgl. § 97 Absatz 3 GWB).

Diese Neuerungen dürften insbesondere für kleinere und mittlere Briefdienstleister von hoher Bedeutung sein.

2.1.6 Dritte Postrichtlinie 2008/6/EG

Grundlage des postalischen Gemeinschaftsrechts ist nach wie vor die Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität. Diese Richtlinie wurde im Jahre 2002 durch die Richtlinie 2002/39/EG vom 10. Juni 2002 im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft geändert. Eine erneute Änderung erfuhr die Richtlinie im Berichtszeitraum durch die Richtlinie 2008/6/EG vom 20. Februar 2008. Ziel der Dritten Postrichtlinie ist die Vervollendung des Binnenmarktes für Postdienste in der Gemeinschaft. Im Wesentlichen ergeben sich aus der Dritten Richtlinie folgende Neuerungen:

Gemäß Artikel 2 hat die Umsetzung der Richtlinie und die damit einhergehende vollständige Öffnung der Briefmärkte durch den Wegfall der Monopolrechte (Artikel 7) spätestens bis zum 31. Dezember 2010 zu erfolgen. Folgende Mitgliedstaaten können jedoch die Umsetzung der Richtlinie 2008/6/EG bis zum 31. Dezember 2012 zurückstellen: Tschechische Republik, Griechenland, Zypern, Lettland, Litauen, Luxemburg, Ungarn, Malta, Polen, Rumänien und die Slowakei.

Die europarechtliche Definition des Universaldienstes bleibt unverändert. Dessen Erbringung durch ein benanntes oder mehrere benannte Unternehmen ist nicht mehr zwingend, vielmehr „können“ (nicht müssen) die Mitgliedstaaten verschiedene Unternehmen für die Erbringung verschiedener Bestandteile des Universaldienstes und/oder zur Versorgung verschiedener Teile des Hoheitsgebiets benennen.

Die Finanzierung des Universaldienstes hat ab dem 31. Dezember 2010 (bzw. für einige Mitgliedstaaten ab dem 31. Dezember 2012) nicht mehr über die Einräumung von Monopolrechten zu erfolgen. Die Dritte Postrichtlinie schlägt in Artikel 7 mehrere Instrumente zur Finanzierung der Universaldienste vor, in deren Wahl die Mitgliedstaaten frei sind. Darüber hinaus können explizit auch andere, mit dem Vertrag in Einklang stehende Finanzierungsinstrumente vorgesehen werden. Die Richtlinie nennt folgende Verfahren zur Finanzierung des Universaldienstes:

- Die Mitgliedstaaten können die Bereitstellung der Universaldienste nach den für das öffentliche Beschaffungswesen geltenden Vorschriften (öffentliche Ausschreibung) sicherstellen, einschließlich des wettbewerblichen Dialogs und des Verhandlungsverfahrens.
- Ist eine Universaldienstverpflichtung mit Nettokosten verbunden, die eine unverhältnismäßige finanzielle Belastung für den/die Universaldiensteanbieter darstellen, so kann der Mitgliedstaat
 1. einen Ausgleichsmechanismus einführen, um das/die betroffene(n) Unternehmen mit öffentlichen Mitteln zu entschädigen; oder
 2. einen Mechanismus für die Aufteilung der Nettokosten der Universaldienstverpflichtungen auf die Anbieter der Dienstleistungen und/oder Nutzer einführen (in diesem Fall kann ein Ausgleichsfonds eingerichtet werden, in den Beiträge von Diensteanbietern und/oder Nutzern fließen und der von einer unabhängigen Stelle verwaltet wird).

Weitere wesentliche Neuerungen durch die Änderungsrichtlinie 2008/6/EG ergeben sich hinsichtlich des Zugangs zu Komponenten der postalischen Infrastruktur (Artikel 11a). Diese umfassen den Zugang zu Engpassressourcen wie das Postleitzahlensystem, eine Adressdatenbank, Postfächer, Information über Adressänderungen u. a. Die Mitgliedstaaten haben transparente und nichtdiskriminierende Zugangsbedingungen zu diesen Komponenten zu gewährleisten, sofern es zum Schutz der Interessen von Nutzern und/oder zur Förderung eines effektiven Wettbewerbs notwendig ist. Die Aufzählung der Komponenten in der Dritten Postrichtlinie ist nicht abschließend. Die Mitgliedstaaten sind in der Umsetzung dieser Vorgaben frei (Subsidiaritätsprinzip).

Die Pflicht zur Bereitstellung von Informationen durch die Postdiensteanbieter wurde mit der RL 2008/6/EG erweitert. So haben die Mitgliedstaaten gemäß Artikel 22a der Änderungsrichtlinie sicherzustellen, dass die Postdiensteanbieter insbesondere den nationalen Regulierungsbehörden alle Informationen, einschließlich finanzieller

Angaben sowie Angaben zur Bereitstellung des Universaldienstes, zur Verfügung stellen. Dies soll zum einen der Sicherstellung durch die nationalen Regulierungsbehörden, dass die Bestimmungen dieser Richtlinie oder die auf ihrer Grundlage getroffenen Entscheidungen eingehalten werden, und zum anderen eindeutig festgelegten statistischen Zwecken dienen.

2.2 Allgemeine wirtschaftliche Rahmenbedingungen

Im Berichtszeitraum 2008/2009 war die wirtschaftliche Entwicklung gespalten. Während das Jahr 2008 noch von einer überwiegend positiven Wirtschaftslage geprägt war (BIP-Wachstum Gesamtwirtschaft 2008: +1,3 Prozent, Wachstum im Wirtschaftsbereich Verkehr und Nachrichtenübermittlung: +2,9 Prozent)¹, haben sich vor dem Hintergrund der derzeit andauernden Wirtschafts- und Finanzkrise ab Ende 2008/Anfang 2009 die Rahmenbedingungen für Post- und Logistikdienstleistungen erheblich verschlechtert (BIP-Veränderung zum jeweiligen Vorjahresquartal: 4. Quartal 2008 -1,7 Prozent; 1. Quartal 2009 -6,4 Prozent; 2. Quartal 2009 -7,0 Prozent; 3. Quartal 2009 -4,7 Prozent).²

Von einer nachlassenden Wirtschaftsleistung bleibt das Sendungsvolumen von Postdienstleistungen nicht unberührt. Insbesondere das Sendungsaufkommen der Geschäftskunden hat sich infolge des konjunkturellen Abschwungs zum Teil erheblich verringert. So sind bei den Geschäftskundenbriefen, die mit rund 85 bis 90 Prozent den Hauptanteil am Gesamtaufkommen bei Briefdienstleistungen umfassen, deutliche Rückgänge vor allem im Bereich der Direktwerbesendungen zu verzeichnen. Rückgänge sind für das Jahr 2009 zudem für den Kurier- und Expressbereich zu erwarten.

Von der Wirtschaftskrise weitgehend unbeeinflusst blieb hingegen das Privatkundenpaketgeschäft. Grundsätzlich positiv hat sich hierbei der stetig zunehmende Internet-/Onlinehandel (E-commerce) ausgewirkt. So beträgt der Anteil der im Internet erworbenen Waren mittlerweile rund 50 Prozent am gesamten Versandhandel – mit weiterhin steigender Tendenz. Zudem wird aufgrund einer bislang noch stabilen Konsumstimmung ein weiterer Anstieg des gesamten Versandhandels auch für das Jahr 2009 erwartet.

Für das 2. Halbjahr 2009 sowie das kommende Kalenderjahr 2010 erwarten die führenden deutschen Wirtschaftsinstitute sowie die Deutsche Bundesbank eine sich allmählich einstellende Entspannung der wirtschaftlichen Lage, wenngleich für das Jahr 2010 nur ein geringes BIP-Wachstum prognostiziert wird. Zudem könnten die privaten Konsumausgaben, die bislang die gesamtwirtschaftliche Situation gestützt haben, aufgrund von Verschlechterungen der Arbeitsmarktlage an Kraft verlieren. Die weitere Entwicklung bei den Kurier-, Express-, Paket-

¹ Preisbereinigt, Veränderung gegenüber dem Vorjahr; Quelle: Stat. Bundesamt, Wirtschaft und Statistik 1/2009,

² Quelle: Stat. Bundesamt, Deutsche Wirtschaft 3. Quartal 2009

(KEP) und Briefdiensten bleibt vor diesem Hintergrund abzuwarten.

Welche Auswirkungen beispielsweise auch die Einführung der „De-Mail“ bzw. des so genannten „Online-Briefes“ (der DP AG) auf das Sendungsvolumen physischer Briefdienstleistungen mit sich bringen, lässt sich zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht quantifizieren. Generell ist in diesem Zusammenhang festzustellen, dass die Veränderungen im Kommunikations- und Einkaufsverhalten in zunehmendem Maße die Nachfrage nach klassischen Postdienstleistungen beeinflussen (vgl. hierzu auch Teil I, Kapitel 4). Dieser strukturelle Wandel ist gekennzeichnet durch eine verstärkte Nutzung von elektronischen Medien (Internet, E-Mail, SMS, elektronischer Datenaustausch) – mit einer einhergehenden Substitution von physischen Briefdienstleistungen – sowie durch eine zunehmende Nutzung von E-Commerce und einer damit verbundenen tendenziellen Steigerung des Sendungsaufkommens im KEP-Bereich.

Unabhängig von der derzeitigen konjunkturellen Lage könnte die Verminderung von postspezifischen Marktsicherheiten insbesondere dem Briefmarkt neue Wachstumsimpulse verleihen: Neben einer abschließenden gerichtlichen Klärung der Mindestlohnbestimmungen und der Frage, ob eine Fortsetzung des Mindestlohns auch über den 30. April 2010 hinaus zu erwarten ist, wäre dies eine wettbewerbsneutrale sowie verbraucher- und marktgerechte Regelung im Bereich der umsatzsteuerlichen Behandlung von Postdienstleistungen.

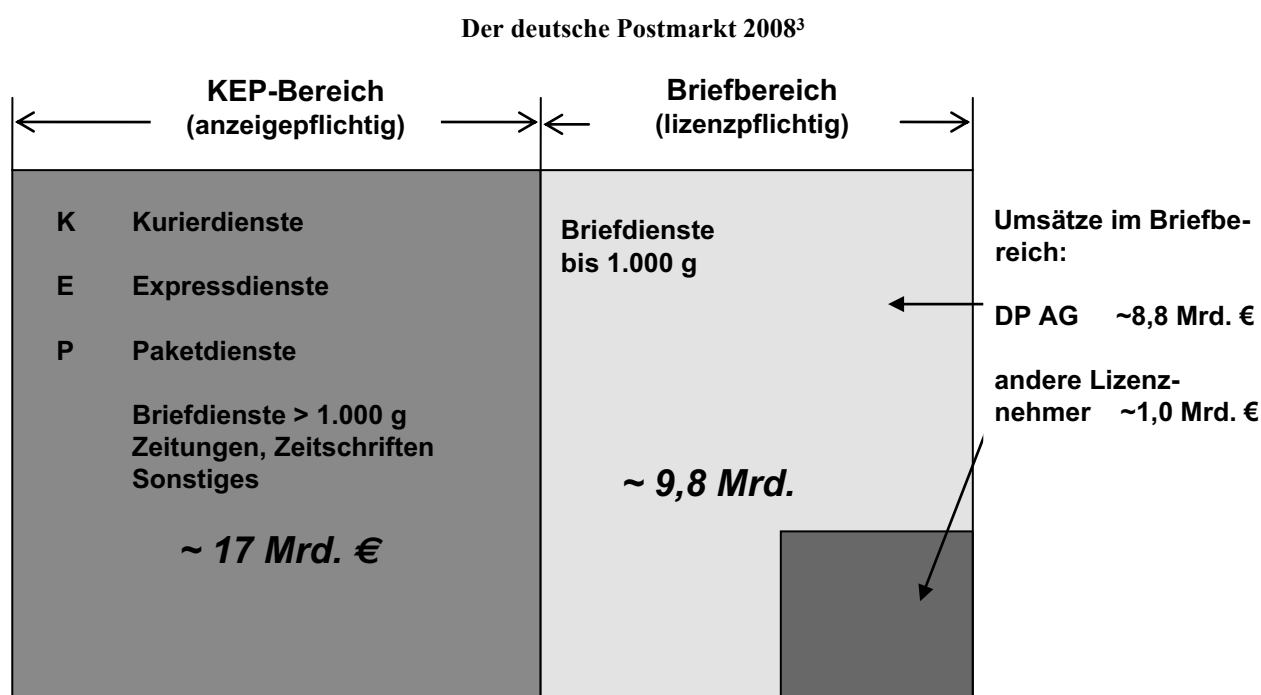
Wachstumschancen für deutsche Postunternehmen ergeben sich grundsätzlich auch auf dem europäischen Binnenmarkt und anderen internationalen Postmärkten. Im Briefmarkt sind diese Chancen aufgrund der teilweise noch bis Ende 2010 bzw. Ende 2012 laufenden Monopole zugunsten der etablierten (Staats-)Postunternehmen innerhalb der EU derzeit nur begrenzt nutzbar. Gleichwohl ergeben sich aus der zunehmenden Liberalisierung weitere Betätigungsfelder und Wachstumspotentiale. Vereinzelt wird dies bereits von in- wie auch ausländischen Unternehmen in nennenswertem Umfang genutzt.

3 Marktstrukturdaten

Der deutsche Postmarkt (Kurier-, Express-, Paket- und Briefdienste) ist im Jahr 2008, trotz rückläufiger Entwicklungen im Briefbereich (umsatzbezogen), gegenüber dem Berichtszeitraum 2006/2007 weiter gewachsen. Das Marktvolumen beträgt nunmehr insgesamt rund 27 Mrd. Euro. Auf den KEP-Bereich entfallen rund 17 Mrd. Euro, auf den lizenzpflichtigen Bereich (Briefbereich) ca. 9,8 Mrd. Euro.

Für das Berichtsjahr 2009 liegen aktuell noch keine abschließenden IST-Zahlen vor. Vor dem Hintergrund der konjunkturellen Lage tendieren die Erwartungswerte der Marktteilnehmer im Briefmarkt in Summe zu deutlich geringeren Sendungsmengen und Umsätzen. Insgesamt werden in 2009 für den Briefmarkt nach einer Selbsteinschätzung der befragten Lizenznehmer noch Umsätze in Höhe von rund 9,4 Mrd. Euro erwartet.

Abbildung 3



³ Eigene Berechnung und Studie „Primärerhebung auf den Märkten für Kurier-, Express und Paketdienste der MRU GmbH vom Februar 2009 im Auftrag der Bundesnetzagentur

3.1 KEP-Markt (national/international)⁴

Die Bedeutung der KEP-Branche als Produktivitäts- und Wachstumsfaktor hat in den letzten Jahren weiter zugenommen. Die qualitativ hochwertigen Transport- und Logistikdienste der KEP-Unternehmen sind unabdingbar, um eine effiziente und arbeitsteilige Produktion zu ermöglichen. In 2007 waren rund 260 000 Personen in der KEP-Branche tätig.

Umsätze und Sendungsmengen

Im Vergleich mit anderen Sektoren des Transportmarktes wird die wachsende Bedeutung der KEP-Branche besonders deutlich. Während etwa das Transportaufkommen im Straßenverkehr in den Jahren 1995 bis 2007 stagnierte und im Schienenverkehr nur leicht anstieg, wuchs das KEP-Sendungsvolumen bis 2007 um 66 Prozent. Ein ähnliches Wachstum in diesem Zeitraum weist lediglich die Luftfracht auf, die aber in hohem Maße von den steigenden Aufkommen der KEP-Branche profitiert.

Der Gesamtumsatz des KEP-Marktes im Jahre 2007 beträgt mehr als 16 Mrd. Euro. Für das Jahr 2008 erwartete die Branche eine weitere Steigerung, wobei die Auswirkungen der Wirtschaftskrise allerdings noch unberücksichtigt blieben. Der Paketbereich machte mit über 40 Prozent des Umsatzes den größten Teil des KEP-

Marktes aus. Ihm folgt der Expressbereich mit rund 38 Prozent. Ein gutes Fünftel der Umsätze wurde durch Kurierdienste erwirtschaftet (MRU, 2009).

Im Langzeitvergleich haben sich die jeweiligen Anteile nur vergleichsweise leicht verändert. Im Kurierbereich war der Anteil am Gesamtumsatzvolumen mit 21,5 Prozent 1999 geringfügig höher als in 2007, ebenso wie die Paketumsätze (41,5 Prozent zu 40,4 Prozent). Die stärkste Veränderung zeigte sich im Expressbereich. In der Langzeitbetrachtung erhöhte sich der Anteil um 1,5 Prozent auf 38,5 Prozent in 2007 (MRU, 2009).

Im Jahre 2007 wurden im deutschen KEP-Markt gut 2,1 Mrd. Sendungen befördert. Für das Jahr 2008 wurde seitens der Marktteilnehmer eine Steigerung von knapp 2,75 Prozent (etwa 60 Mio. Sendungen) erwartet (MRU, 2009). Im Gegensatz zu den Umsätzen dominiert bei den Sendungsvolumina sehr deutlich der Paketbereich mit 77,5 Prozent. Expressanbieter und Kurierdienste teilen sich mit jeweils gut 11 Prozent den Rest des Marktes.

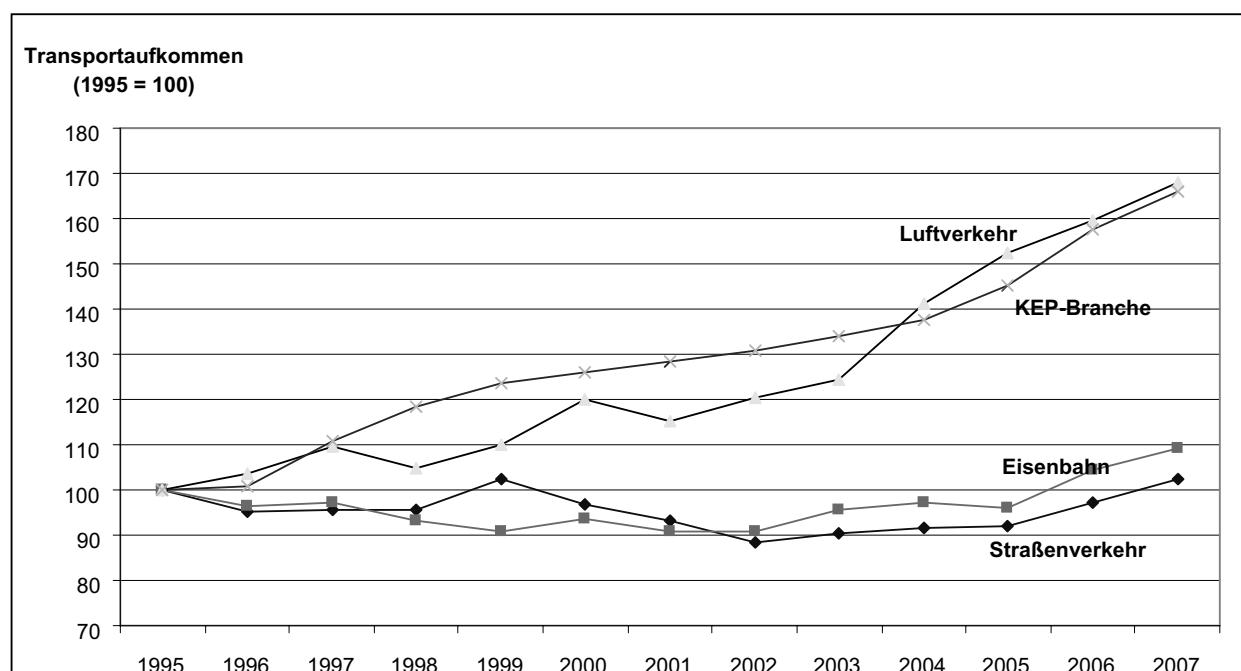
Kurierdienste

In den einzelnen Segmenten haben sich in den letzten Jahren teilweise tiefgreifende Veränderungen vollzogen. Nachdem die Kurierbranche seit Ende der 90er Jahre stark unter der E-Substitution (z. B. E-Mail, SMS, Bild- und Datenfernübermittlung) gelitten hat, lässt sich wieder eine Erholung beobachten. Die Struktur des Kuriersegments hat sich aber grundlegend gewandelt. Nur noch ein kleiner Teil der Umsätze wird im klassischen Stadtkuriergeschäft

⁴ Die nachstehenden Angaben beruhen auf der Studie „Primärerhebung auf den Märkten für Kurier-, Express und Paketdienste“ der MRU GmbH vom Februar 2009 im Auftrag der Bundesnetzagentur

Abbildung 4

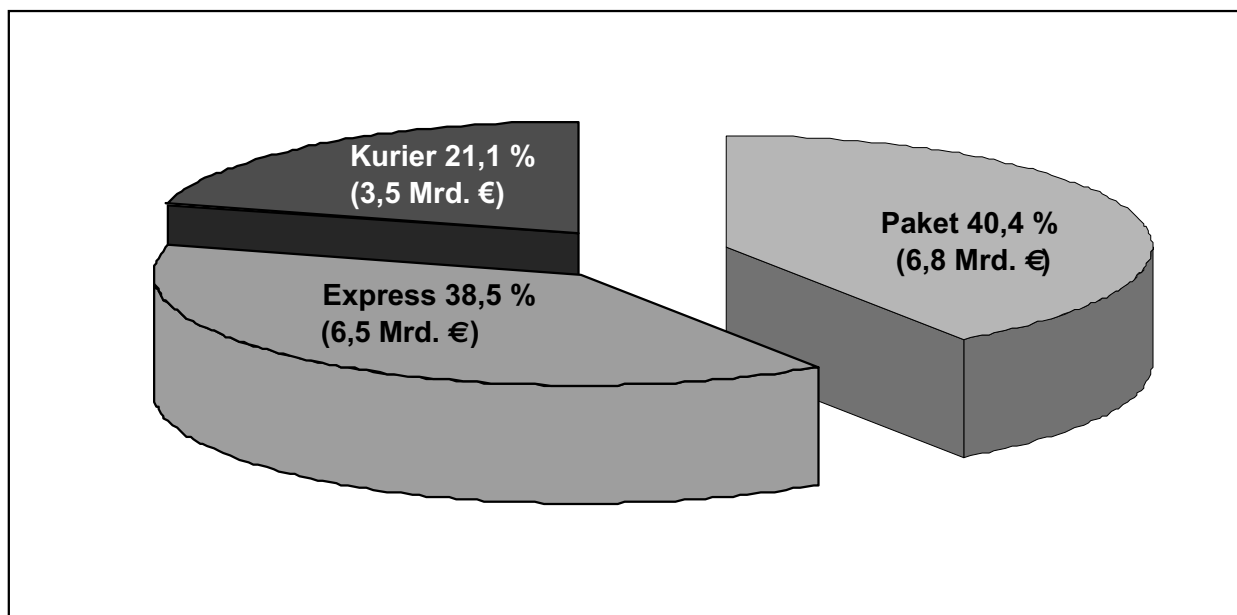
Entwicklung des Transportaufkommens in der Bundesrepublik Deutschland



Quelle: MRU, 2009

Abbildung 5

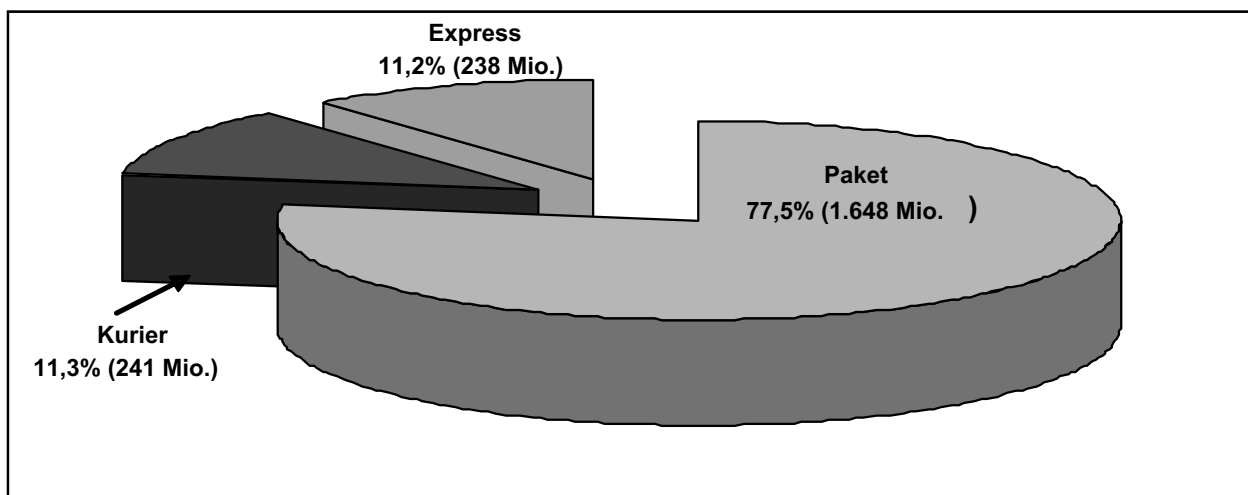
Umsatz im KEP-Markt 2007



Quelle: MRU, 2009

Abbildung 6

KEP-Sendungen 2007



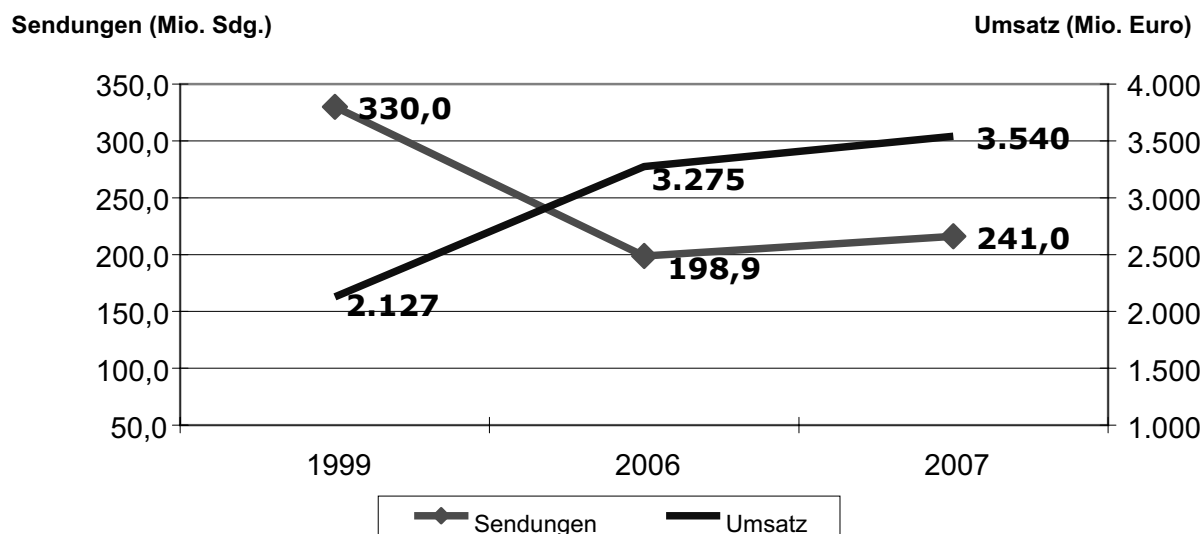
Quelle: MRU, 2009

erbracht. Die Bedeutung von Direktfahrten – national und international – hat hingegen stark zugenommen. Ein Grund für die starke Präsenz der Kurierunternehmen im internationalen Bereich ist, dass sie Versorgungslücken im osteuropäischen KEP-Markt schließen, der sich noch im Aufbau befindet und bislang nicht flächendeckend von den großen Express- und Overnight-Unternehmen erschlossen ist. Aufgrund des Strukturwandels konnten trotz rückläufiger Volumina deutliche Umsatzsteigerungen von 1999 bis zum Jahr 2007 erreicht werden.

So zeigt allein die Auswertung des Durchschnittsumsatzes, wie stark sich die Verschiebung vom Stadtgeschäft hin zu steigenden „long-distance“ Verkehren ausgewirkt hat. Lag der durchschnittliche Umsatz pro Sendung 1999 noch bei 6,45 Euro, stieg dieser Betrag bis 2006 und 2007 aufgrund der hochpreisigen Direktverkehre auf 16,47 Euro bzw. 14,69 Euro an. Wie sich die Durchschnittspreisentwicklung weiter entwickeln wird, bleibt abzuwarten. Denn die zunehmende europäische Integration hat nicht nur zu mehr internationalen Direktfahrten geführt, son-

Abbildung 7

Umsatz und Sendungen im deutschen Kuriermarkt 1999 bis 2007



Quelle: MRU, 2009

dem wird über kurz oder lang auch zu verschärftem Preiswettbewerb führen.

Expressdienste

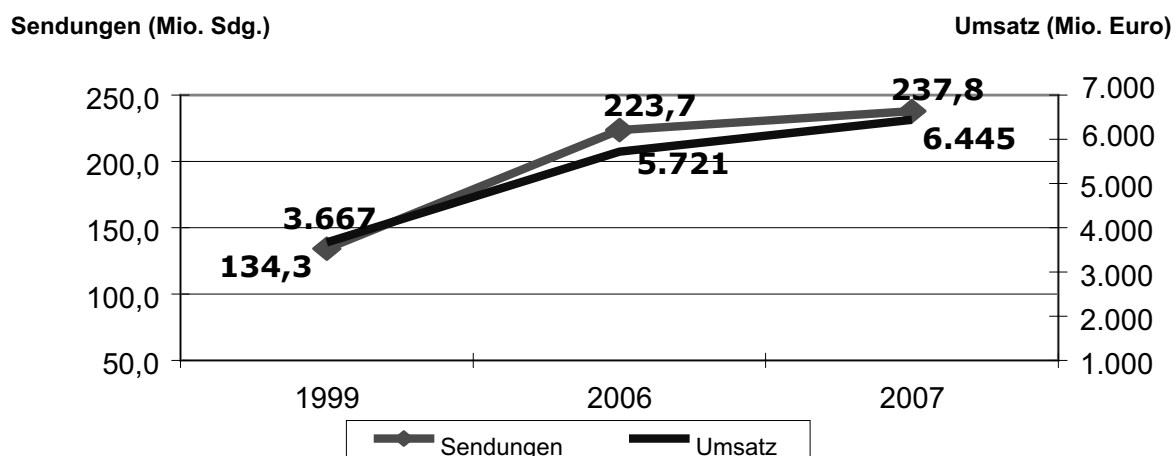
Das Anbieterspektrum der Expressdienstleister reicht vom typischen Overnightdienst bis hin zur klassischen Spedition, die garantierte 24-Stunden-Transporte anbietet. Seit der Jahrtausendwende haben sich die Laufzeiten der Pakete deutlich verbessert und der Anteil der E+1-Zustellungen ist gestiegen. Dadurch haben sich die Leistungsmerkmale der beiden Produkte Express und Paket angenähert, wodurch die Substitution von Expresssendungen durch Pakete begünstigt wird. Insbesondere in wirtschaftlich schwierigen Zeiten nutzen viele Kunden

deshalb verstärkt Paketservices, um ihre Kosten zu senken. Wie Abbildung 8 zeigt, hat der Expressmarkt dennoch deutlich bis 2007 zulegen können:

Der durchschnittliche Umsatz je Stück liegt bei etwa 27,10 Euro (2007). Die Anbieter profitieren von der internationalen wirtschaftlichen Verflechtung und realisieren dadurch ein stetiges Wachstum. Somit lassen sich auch die im globalen KEP-Geschäft zu beobachtenden Tendenzen wieder erkennen: Internationale Expresstransporte verzeichnen in der Regel überdurchschnittliche Zuwächse. Im Durchschnitt lag die Wachstumsrate des Expressmarktes zwischen 1999 und 2006 bei 6,6 Prozent und das Umsatzvolumen stieg von 3 667 Mio. Euro auf 5 721 Mio. Euro. Allein von 2006 auf 2007 legte der Markt um 12,6 Prozent auf knapp 6,5 Mrd. Euro zu.

Abbildung 8

Umsatz und Sendungen im deutschen Expressmarkt 1999 bis 2007



Quelle: MRU, 2009

Paketdienste

Die Anbieter von Paketdienstleistungen zählen traditionell zu den größten Unternehmen des KEP-Marktes. Im Wesentlichen sind dies folgende Unternehmen: Deutsche Post DHL (DHL), Hermes Logistik Gruppe, Dynamic Parcel Distribution (DPD), General Logistics Systems (GLS), TNT und United Parcel Service (UPS).

Bezogen auf den Umsatz ist die Deutsche Post DHL (DHL) das größte Unternehmen im deutschen Paketmarkt. Der Marktanteil von DHL ist in den letzten Jahren jedoch gesunken. Die Hermes Logistik Gruppe hat sich seit 1999 dynamisch entwickelt und hält nunmehr auch eine starke Position im Privatkundengeschäft inne. Mittlerweile hat Hermes sein Filialnetz stark ausgebaut und ist nahezu flächendeckend tätig.

Wie Abbildung 9 zeigt, stieg der durchschnittliche Umsatz je Paketsendung von 1999 bis 2007 von 3,45 Euro um 19 Prozent auf 4,10 Euro⁵. Das allgemeine Preisniveau stieg im selben Zeitraum um knapp 14 Prozent.

KEP-Dienstleistungen international

Rund 87 Prozent der in Deutschland tätigen KEP-Dienstleister bieten Transporte in europäische Länder an. Die wichtigsten Anbieter sind die Systemdienstleister DHL, TNT, UPS und FedEx, die über länderübergreifende Zustellstrukturen verfügen. Auch GLS (Royal Mail) und DPD (La Poste/GeoPost) spielen eine gewichtige Rolle. Wichtigste Zielregionen sind die direkten Nachbarländer Deutschlands sowie Großbritannien und Italien.

Auf dem europäischen Express- und Paketmarkt wurden im Jahr 2008 zusammengekommen mehr als 42 Mrd.

Euro an Umsätzen erwirtschaftet. Paketdienstleistungen machen hiervon etwa zwei Drittel aus. Der größte Teil des Gesamtumsatzes stammt nach wie vor aus inländischen KEP-Dienstleistungen.

Grenzüberschreitende Sendungstransporte erreichen immerhin bereits mehr als ein Viertel des Gesamtumsatzes mit Express- und Paketdienstleistungen. Hiervon wiederum werden ca. 60 Prozent der Sendungen grenzüberschreitend innerhalb der EU befördert, während etwa 40 Prozent interkontinentale Sendungstransporte in die bzw. aus der EU darstellen.

Betrachtet man die Kundengruppen für diese Dienstleistungen, so machen Sendungstransporte für Geschäftskunden (B2B) einen Anteil von 80 Prozent aus. Danach folgen Paketsendungen aufgrund von Bestellungen über den Versandhandel bzw. das Internet mit einem Anteil von ca. 15 Prozent, die an Privatempfänger zugestellt werden (B2C). Das ausschließlich von Privatpersonen abgewinkelte Geschäft mit Paket- und Expresssendungen (C2C) fällt mit einem Anteil von lediglich 5 Prozent hingegen kaum ins Gewicht.

Es überrascht nicht, dass Deutschland als Land mit der größten Volkswirtschaft Europas auch den größten Anteil am europäischen KEP-Markt stellt. Unmittelbar danach folgen Großbritannien, Frankreich, Spanien und Italien. Zusammengerechnet repräsentieren alle fünf Länder drei Viertel des europäischen Gesamtmarktes.

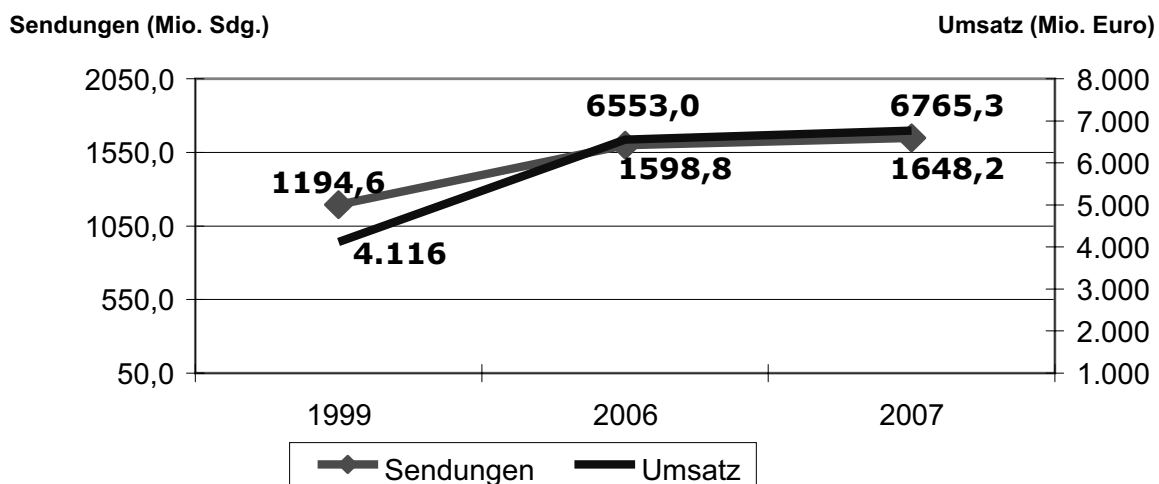
Neue Technologien haben die Entstehung und den Ausbau länderübergreifender Zustellnetzwerke wesentlich erleichtert. Zugleich sind vormalig rein national ausgerichteten Postunternehmen entweder direkt oder indirekt über entsprechende Beteiligungen oder Tochterunternehmen in vielen europäischen Ländern aktiv.

Damit hat auch der Wettbewerb erkennbar an Intensität zugenommen, wovon die beteiligten Unternehmen in

⁵ Durchschnittlicher Umsatz je Paketsendung = Gesamtumsatz/Gesamtzahl der Sendungen

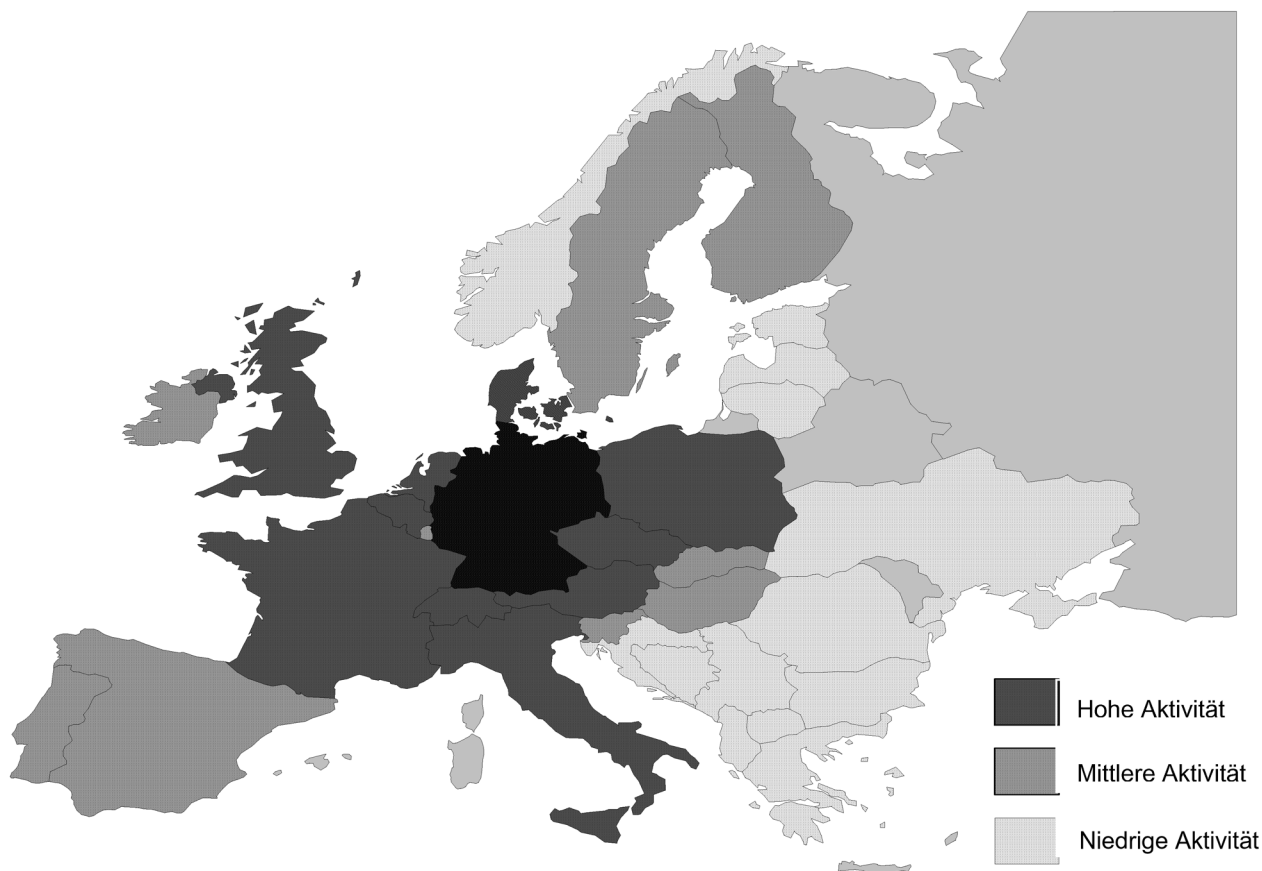
Abbildung 9

Umsatz und Sendungen im deutschen Paketmarkt 1999 bis 2007



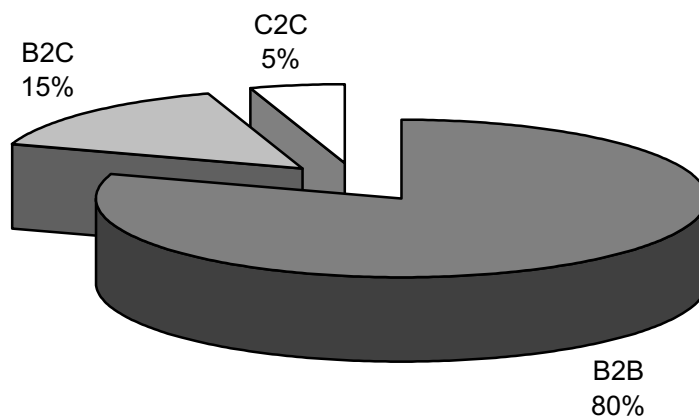
Quelle: MRU, 2009

Abbildung 10

Europäische Aktivitäten der deutschen KEP-Anbieter

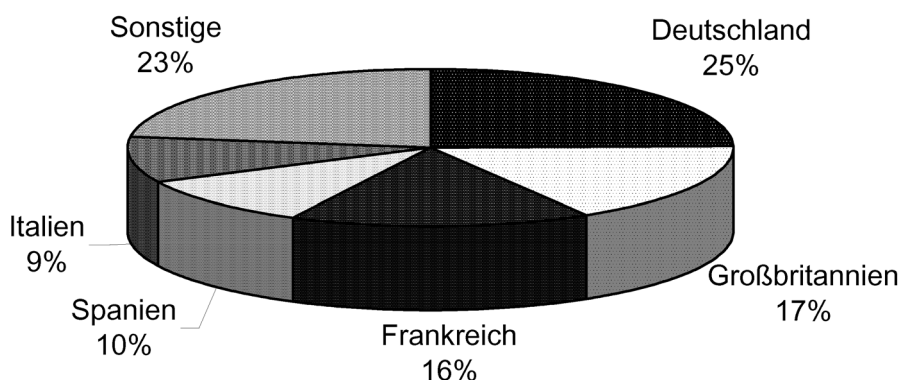
Quelle: MRU, 2009

Abbildung 11

Der Europäische Paket- und Expressmarkt nach Kundengruppen (2008)

Quelle: ITA Consulting/WIK Consult 2009

Abbildung 12

Länderbezogene Anteile am europäischen Express- und Paketmarkt (2008)

Quelle: ITA Consulting/WIK Consult, 2009

einem insgesamt wachsenden Markt profitieren konnten. Die einsetzende Absatzkrise in der Industrie hat jedoch auch die europäischen KEP-Anbieter nicht unberührt gelassen. Es bleibt abzuwarten, ob weitere Unternehmen sich zusammenschließen, um in größeren Einheiten und mit einer noch weitläufigeren Flächenabdeckung Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Anbietern zu erzielen (Quelle: ITA Consulting/WIK Consult, „The evolution of the European Postal Market since 1997“, Studie im Auftrag der Europäischen Kommission 2009).

Der europäische KEP-Markt ist in den vergangenen Jahren (bis 2008) schneller gewachsen als das BIP in den EU-Staaten. Der weltweite Vergleich mit anderen Staaten zeigt zum einen, dass die möglichen Potenziale auf dem europäischen KEP-Markt noch nicht ausgeschöpft sind. Zum anderen deuten die Werte für die ost- und südeuro-

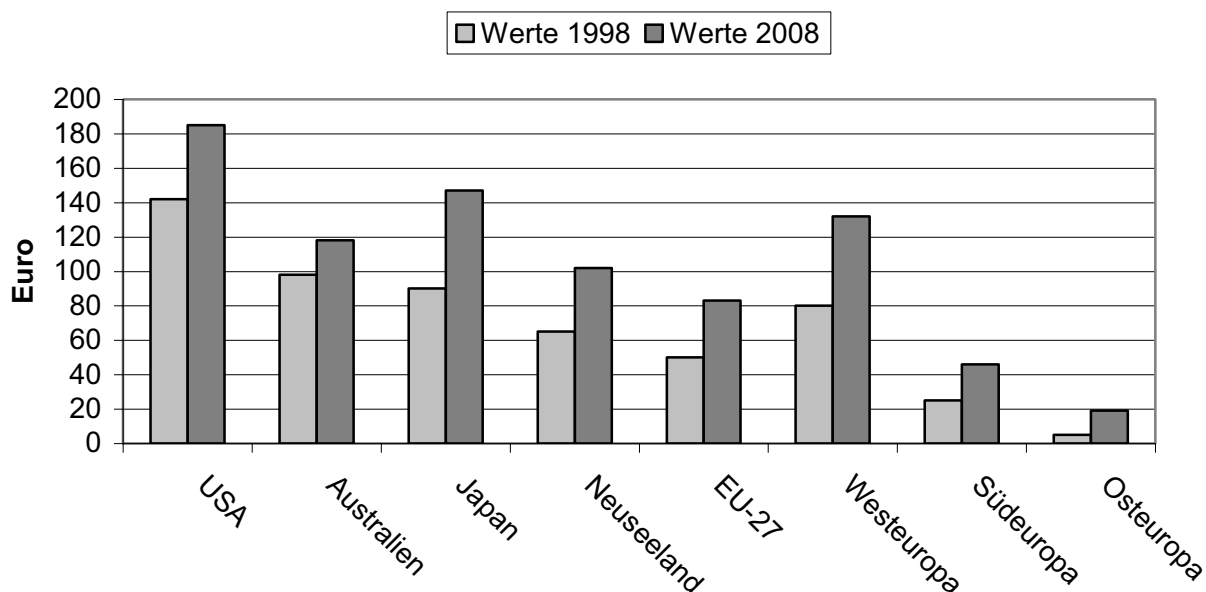
päischen Staaten darauf hin, dass der KEP-Markt in diesen Ländern – in Abhängigkeit von der zukünftigen Wirtschaftsentwicklung – weiteres Wachstumspotential birgt.

3.2 Briefmarkt (national/international)⁶**Lizenzierter Bereich in Deutschland**

Die nachfolgenden Angaben zum lizenzierten Bereich basieren auf den aktuell zur Verfügung stehenden Marktdaten der 13. Marktuntersuchung der Bundesnetzagentur

⁶ Die Angaben zum Briefmarkt national beruhen auf der eigenen Marktuntersuchung der Bundesnetzagentur; die Angaben zum internationalen Bereich sind zum Teil der Studie „The evolution of the European Postal Market since 1997“, (ITA Consulting/WIK Consult, 2009, im Auftrag der Europäischen Kommission) entnommen.

Abbildung 13

Globaler Vergleich der Pro-Kopf-Ausgaben für Express- und Paketdienstleistungen (in Euro)

Quelle: ITA Consulting/WIK Consult, 2009

(Stand: November 2009). Umsatz und Absatzzahlen für die Jahre bis 2008 sind Ist-Werte. Die Zahlen für das Jahr 2009 sind Erwartungswerte (e) der Marktteilnehmer.

Der Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen (gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen bis 1 000 g für andere) umfasste im Jahr 2008 Umsätze von rund 9,8 Mrd. Euro. Dies sind rund 200 Mio. Euro weniger als noch im Berichtszeitraum 2006/2007. Gründe hierfür sind u. a. in gestiegenen Rabatten sowie im generell verstärkten Preiswettbewerb zu sehen. Für das Jahr 2009 werden insgesamt weiter sinkende Umsätze (in Höhe von ca. 9,4 Mrd. Euro) erwartet.

Bei den Sendungsmengen wird für das Jahr 2009 ebenfalls ein Rückgang erwartet. Während im Jahr 2008 ca. 18,0 Mrd. Sendungen befördert wurden, wird sich das Sendungsvolumen in 2009 um rund 700 Mio. auf etwa 17,3 Mrd. Sendungen (Erwartungswert) reduzieren. Die Markteinschätzung der DP AG ist hierbei tendenziell pessimistischer als die ihrer Wettbewerber, die eine leichte Erholung ihrer Umsätze in 2009 erwarten.

Im Einzelnen zeigt sich bei den Wettbewerbern der DP AG folgendes Bild (Abbildung 15, Seite 20).

Im ersten Jahr der vollständigen Marktöffnung (2008) konnten die Wettbewerber ihr Vorjahresergebnis aus 2007 in Höhe von 1,13 Mrd. Euro nicht erreichen. Insgesamt wurden rund 1,0 Mrd. Euro an Umsätzen erzielt. Rückgänge waren insbesondere bei den Einzelbriefsendungen zu verzeichnen. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass den Umsatzrückgängen bei diesen Dienstleistungen stetig zunehmende Erlöse aus der gewerbsmäßigen Konsolidierung gegenüberstehen. Insoweit ist der Umsatzrückgang bei einzelnen Briefdienstleistungen zu einem

Teil lediglich der zunehmenden Inanspruchnahme des Briefnetzes der DP AG im Rahmen der Konsolidierung geschuldet.

Die Rückgänge im Bereich „förmliche Zustellung“ sind im Wesentlichen auf den starken Wettbewerb zwischen DP AG und Wettbewerbern und den Wettbewerb untereinander zurückzuführen.

Für das Jahr 2009 erwarten die Wettbewerber der DP AG eine leichte Steigerung ihrer Umsätze.

Bei den Sendungsmengen der Wettbewerber zeigt sich im Einzelnen folgendes Bild (Abbildung 16, Seite 20).

Insgesamt rechnen die Wettbewerber der DP AG für das Berichtsjahr 2009 mit einer Steigerung ihrer Sendungsmengen.

Die konsolidierten und zur Weiterbeförderung in die Briefzentren der DP AG eingelieferten Sendungen haben in 2008 erstmals die Milliardengrenze überschritten. Für das Jahr 2009 erwarten die Wettbewerber einen weiteren deutlichen Anstieg der konsolidierten Mengen auf rund 1,5 Mrd. Sendungen.

Marktanteile im lizenzpflichtigen Bereich

Der kontinuierliche Anstieg des Marktanteils der Wettbewerber der DP AG in den vorangegangenen Jahren hat sich im Berichtsjahr 2008 nicht fortgesetzt. Im Zuge diverser Marktaustritte ist der Marktanteil der Wettbewerber nach Umsätzen in 2008 auf ca. 10,4 Prozent gesunken. Demgegenüber wird für das Jahr 2009 – nach derzeitiger Einschätzung der Marktteilnehmer – wieder mit einem leichten Anstieg des Marktanteils gerechnet.

Abbildung 14

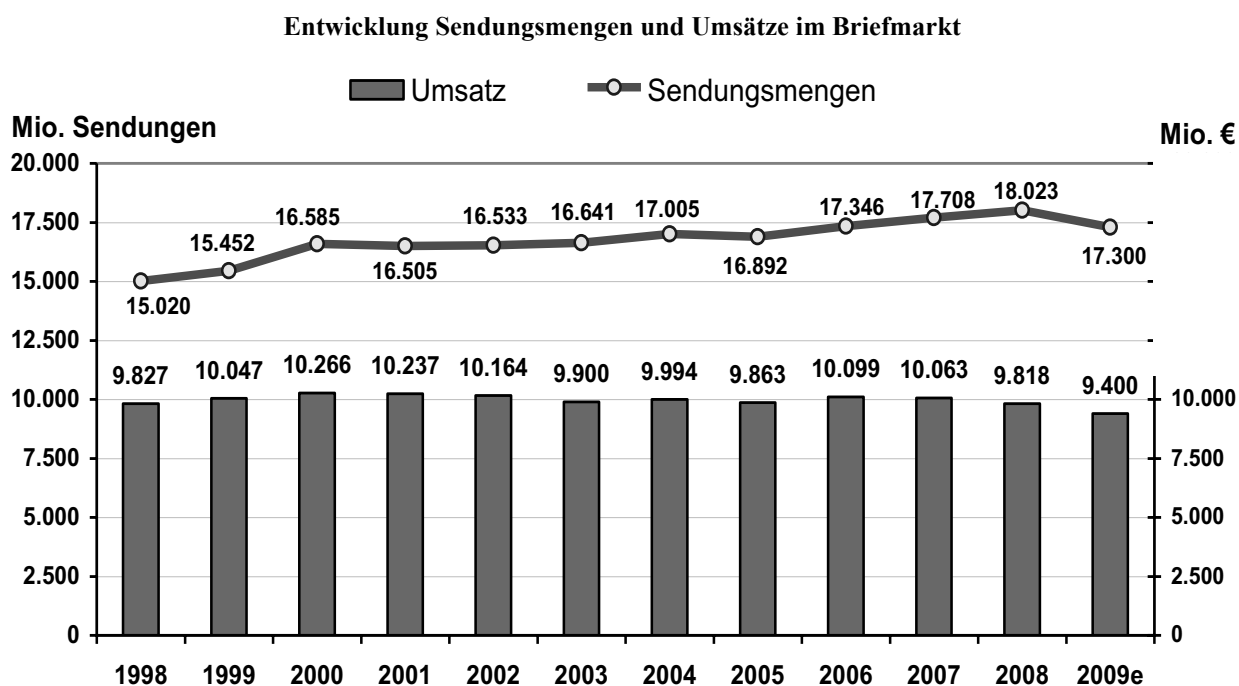


Abbildung 15

Umsätze der Lizenznehmer (ohne DP AG)

Dienstleistungen	2007 [Mio. €]	2008 [Mio. €]	2009e [Mio. €]
PZA „förmliche Zustellung“	82,3	39,3	32,2
Direktwerbung (> 50 Stück bis 1000 g)	102,8	86,8	95,5
Einzelbriefsendungen	568,5	487,2	509,1
Einzelbriefsendungen (> 50 Stück individuell)	248,4	198,0	218,5
Einlieferung u. Abholung bei Annahmestellen der DP AG	35,7	23,7	25,8
Sendungen aus dem Ausland	16,3	15,8	17,3
Gewerbsmäßige Konsolidierung	79,0	~ 165,0	~ 215,0
Summe	1.133,0	~ 1.015,8	~ 1.113,4

Abbildung 16

Sendungsmengen der Lizenznehmer (ohne DP AG)

Dienstleistungen	2007 [Mio. Stück]	2008 [Mio. Stück]	2009e [Mio. Stück]
PZA „förmliche Zustellung“	17,7	11,2	9,3
Direktwerbung (> 50 Stück bis 1000 g)	192,5	167,4	168,3
Einzelbriefsendungen	898,3	895,8	941,7
Einzelbriefsendungen (> 50 Stück individuell)	387,3	413,1	481,1
Einlieferung u. Abholung bei Annahmestellen der DP AG	Keine Erfassung	Keine Erfassung	Keine Erfassung
Sendungen für das Ausland	124,1	100,1	95,0
Sendungen aus dem Ausland	31,1	30,3	33,7
Summe	1.651,0	1.617,9	1.729,1
Gewerbsmäßige Konsolidierung	~ 752	~ 1.139	~ 1.460

Abbildung 17

Marktanteile im lizenzpflichtigen Bereich nach Umsätzen

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009e*
Markt insgesamt (Mio. €)	9.900	9.994	9.863	10.099	10.063	9.818	~9.400
Umsatz Lizenznehmer (ohne DP AG) (Mio. €)	388	532	745	1.081	1.133	1.016	~1113
Marktanteil Lizenznehmer	3,9 %	5,3 %	7,6 %	10,7 %	11,3 %	10,4 %	11,8 %
Marktanteile DP AG	96,1 %	94,7 %	92,4 %	89,3 %	88,7 %	89,6 %	88,2 %

Abbildung 18

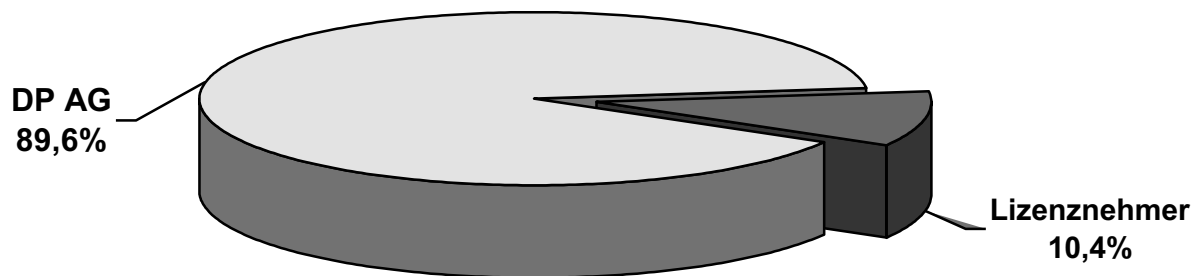
Marktanteile 2008**Marktanteile 2008 bezogen auf Gesamtumsatz**

Abbildung 19

Marktanteile nach Sendungsmengen

	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009e
Markt insgesamt (Mio. Stück)	16.641	17.005	16.892	17.346	17.708	18.023	~17300
Mengen Lizenznehmer (ohne DP AG) Mio. Stück	616	910	1.129	1.559	1.651	1.618	~1.730
Marktanteile Lizenznehmer	3,7 %	5,4 %	6,7 %	9,0 %	9,3 %	9,0 %	10,0 %
Marktanteile DP AG	96,3 %	94,6 %	93,3 %	91,0 %	90,7 %	91,0 %	90,0 %

Verteilung der Umsätze

Im Jahr 2008 hat sich aufgrund von Marktaustritten – insbesondere auch großer Marktteilnehmer – die Anzahl der Lizenznehmer mit Umsätzen über 100 000 Euro verringert.

Abbildung 20

Verteilung der Umsätze auf Unternehmen (ohne DP AG)

Anzahl der Unternehmen nach Umsatzgruppen*						
Umsatz ⇨	bis 10.000 €	10.001 bis 100.000 €	100.001 bis 500.000 €	500.001 bis 1.000.000 €	> 1 Mio. € bis 10 Mio. €	> 10 Mio. €
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	127	133	57	107	23
2008	~ 250	129	82	38	101	18
2009e	~ 250	126	88	31	107	18

* Die Anzahl der in o. a. Übersicht in Umsatzgruppen erfassten Unternehmen ist geringer als die Anzahl der am Markt tätigen Unternehmen, da in mehreren Fällen jeweils die Muttergesellschaft/der Konzern eine Gesamtmeldung für alle angeschlossenen Lizenznehmer abgegeben hat.

Bei den Lizenznehmern mit einem Jahresumsatz bis 10 Mio. Euro handelt es sich zum größten Teil um kleine Unternehmen (Definition Unternehmensgrößenklassen der EU: Umsatz bis 2 Mio. Euro: Kleinstunternehmen; bis 10 Mio. Euro: Kleinunternehmen). Lediglich 18 Unternehmen fallen im Jahr 2009 mit einem prognostizierten Umsatz von über 10 Mio. Euro nicht in diesen Bereich.

In der Gruppe der umsatzstärksten Unternehmen (> 10 Mio. Euro) erzielten sowohl im Jahr 2006 als auch im Jahr 2007 vier Lizenznehmer Umsätze von mehr als 50 Mio. Euro. In 2008 erreichten noch drei Lizenznehmer Umsätze von über 50 Mio. Euro; für 2009 prognostizieren ebenfalls drei Unternehmen Umsätze von > 50 Mio. Euro.

Betriebsergebnisse 2008

Von 415 Lizenznehmern (mit einem Umsatz > 10 000 Euro), die Angaben über ihre Betriebsergebnisse machten, erzielten 208 Unternehmen Gewinne, 108 Unternehmen arbeiteten mit Verlust. Die nachfolgende Übersicht kann allenfalls einen Überblick über deren Betriebsergebnisse liefern, sie ist nicht auf die Gesamtheit der Lizenznehmer übertragbar.

Investitionsplanung 2008

Von den befragten Lizenznehmern gaben 88 Unternehmen an, im Jahr 2009 jeweils bis 50 000 Euro investieren zu wollen. 19 Unternehmen wollen zwischen 50 000 und 500 000 Euro investieren und acht Unternehmen planen Investitionen von mehr als 500 000 Euro.

Preisentwicklung

Seit Inkrafttreten des Postgesetzes 1998 konnte das Preisniveau für Einzelbriefsendungen (z. B. Postkarte, Stan-

dardbrief, Kompaktbrief etc.) insgesamt gesenkt bzw. stabil gehalten werden. Die Entgeltregulierung der Bundesnetzagentur, die auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung abstellt und zudem Produktivitätsfortschrittsraten vorgibt, hat mit dazu geführt, dass Privat- und Geschäftskunden vor Preissteigerungen bewahrt werden konnten. Durch Absenkungen des Preisniveaus wurden die Kunden finanziell deutlich entlastet. Inflationsbereinigt ist das reale Preisniveau für Briefdienstleistungen im Zeitraum 1998 bis 2009 um mehr als 20 Prozent gesunken.

Bedingt dadurch, dass ab dem Jahre 2008 der gesamte Briefmarkt für den Wettbewerb geöffnet wurde, ist die frühere Gewichtsbeschränkung bis 50 Gramm (Exklusivlizenz zugunsten der DP AG) nicht mehr relevant. Lizenznehmer können nun leichtere und dadurch meist preiswertere Sendungen transportiert, was sich im gefallenen Durchschnittspreis je Sendung widerspiegelt. Zudem unterliegen die Entgelte der DP AG bei Massensendungen ab einer Einlieferungsmenge von 50 Stück seit dem 1. Januar 2008 nur noch einer nachträglichen Entgelt- und Missbrauchsaufsicht, was zu einem größerem Preisdruck auf die Wettbewerber der DP AG geführt haben könnte.

Der verschärfte Wettbewerb zwischen der DP AG und den Wettbewerbern hat in den letzten Jahren auch zu einer spürbaren Absenkung der Preise für Postzustellungsaufträge geführt. Dementsprechend ist ein starker Rückgang der Umsätze mit Postzustellungsaufträgen insgesamt zu verzeichnen.

Der Durchschnittspreis (ungewichtet) der Wettbewerber bei 50-Gramm-Briefen liegt deutlich unter dem Preisniveau der DP AG.

Abbildung 21

Betriebsergebnisse der Lizenznehmer 2008

Ergebnis ↓	Umsätze							insgesamt
	€	> 10.000 bis 100.000 €	> 100.000 bis 500.000 €	500.000 bis 1 Mio. €	> 1 Mio. bis 5 Mio. €	> 5 Mio. bis 10 Mio. €	> 10 Mio. €	
Verlust		25 18 %	17 16 %	15 32 %	37 43 %	8 40 %	6 30 %	108 26 %
Neutral +/- 0		37 27 %	34 33 %	10 21 %	11 13 %	3 15 %	4 20 %	99 24 %
Gewinn		75 5 %	54 51 %	22 47 %	38 44 %	9 45 %	10 50 %	208 50 %
Summe:		137 100 %	105 100 %	47 100 %	86 100 %	20 100 %	20 100 %	415 100 %

Abbildung 22

Preisentwicklung 1998 bis 2009

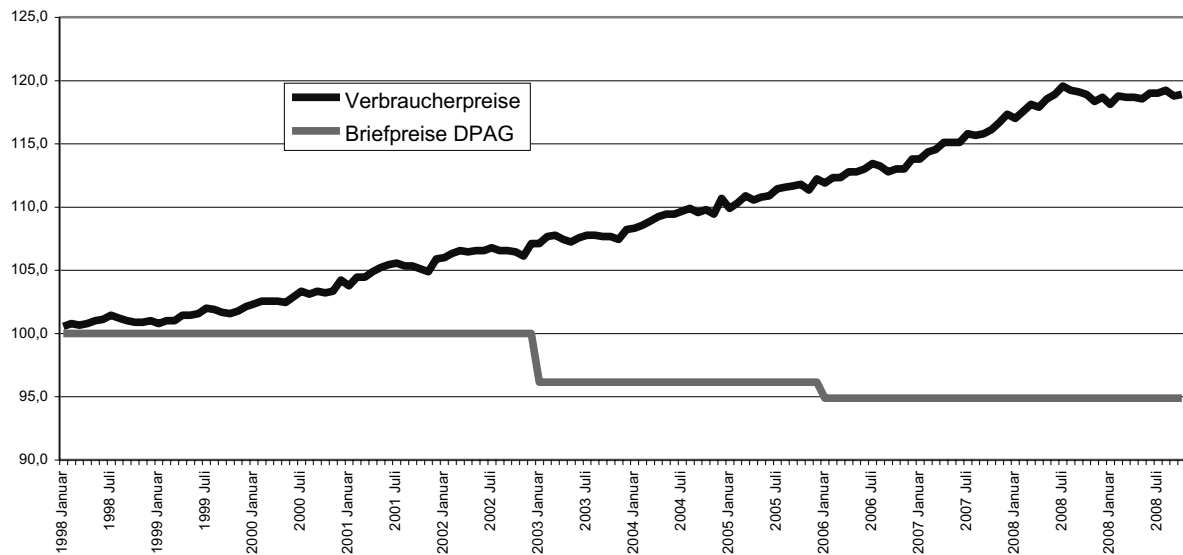
Allgemeine Preisentwicklung und Briefpreise der DP AG
 (31.12.1997=100)


Abbildung 23

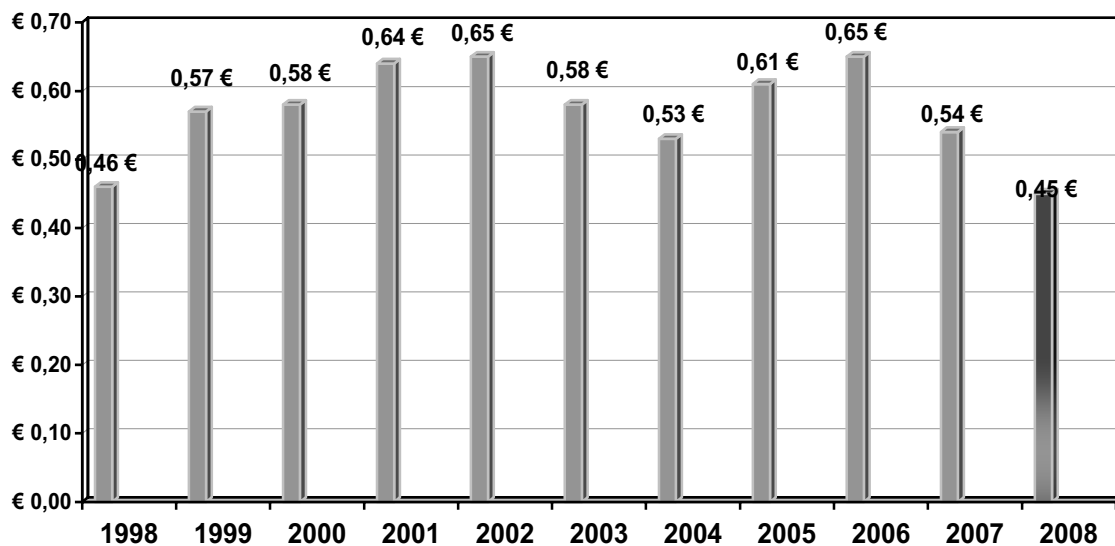
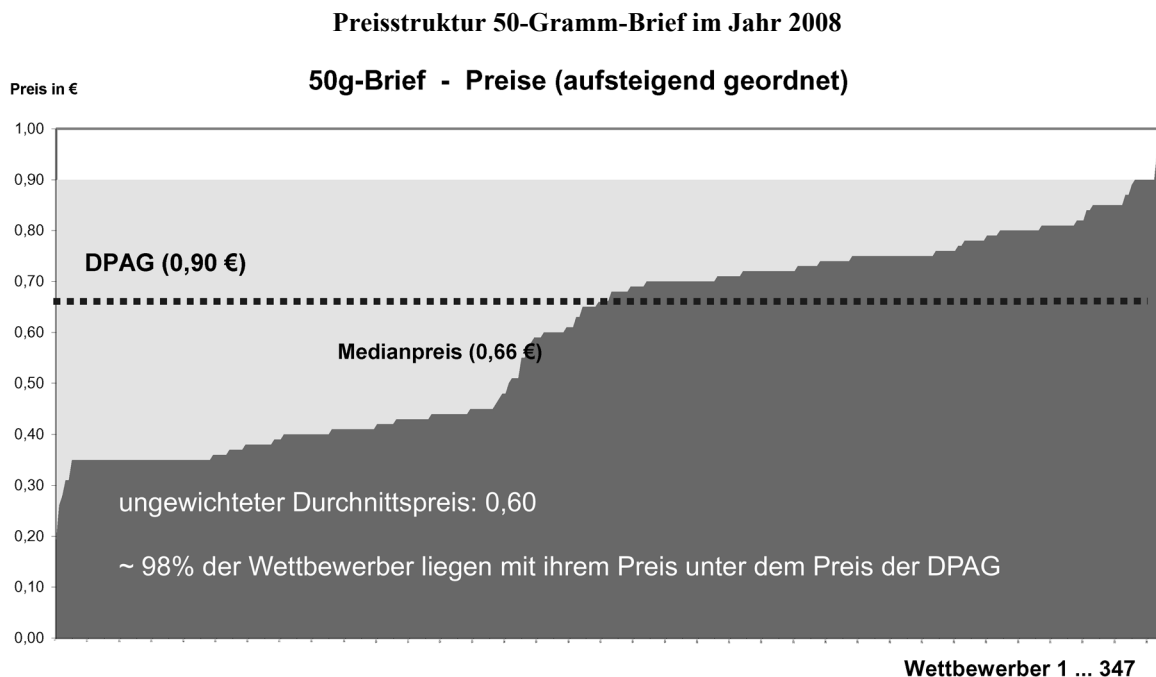
Massensendungen (> 50 Stück) – Durchschnittspreis (Lizenznehmer ohne DP AG)


Abbildung 24



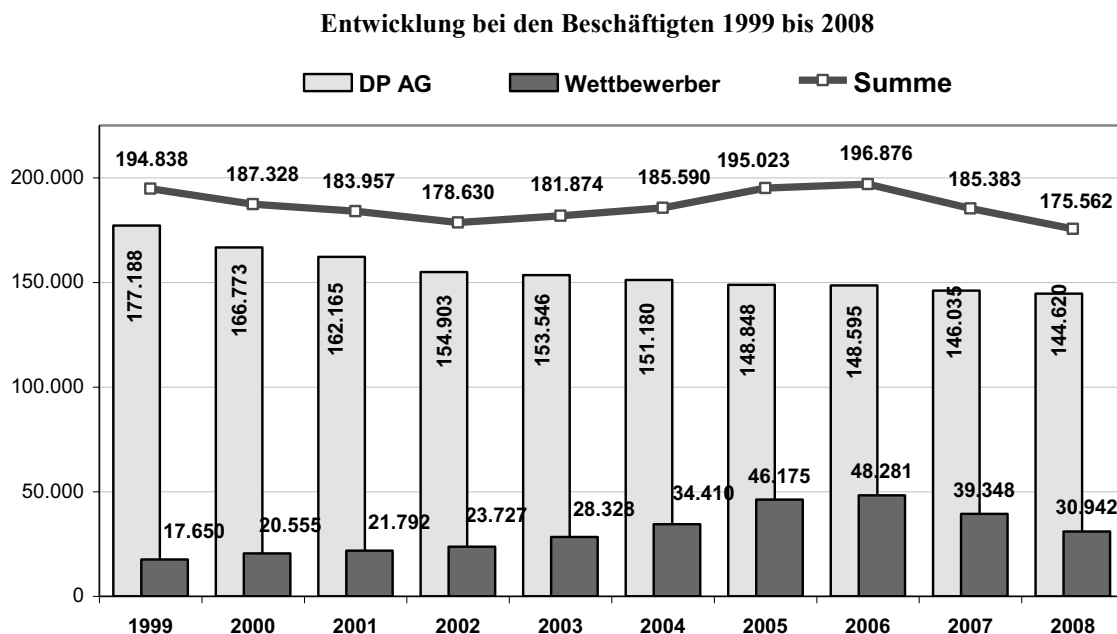
Beschäftigungsentwicklung

Die Zahl der bei den Wettbewerbern der DP AG im (lizenzpflichtigen) Briefbereich beschäftigten Arbeitnehmer ist seit 2007 kontinuierlich gesunken. Ende 2008 waren noch rund 31 000 Arbeitnehmer beschäftigt. Insbesondere die Insolvenzen der PIN-Gesellschaften und die Debatte um den Mindestlohn haben zu einem Beschäftigungsrückgang geführt.

Abgebildet ist die Anzahl der Beschäftigten der DP AG und der Lizenznehmer (einschließlich Firmeninhaber/mitbeschäftigte Angehörige), die lizenzpflichtige Postdienstleistungen erbringen. Nicht erfasst sind Beschäftigte bei Sub-Unternehmen, die als Erfüllungsgehilfen eingesetzt werden.

Wegen der Vergleichbarkeit mit den Vorjahreszahlen wurden die im Jahre 2006 von der DP AG erstmals anteilig

Abbildung 25



ermittelten und dem Briefbereich zugerechneten Beschäftigten im Verwaltungsbereich in den Jahren 2006, 2007 und 2008 nicht berücksichtigt. Unter Einbeziehung dieser Kräfte beschäftigt die DP AG Ende 2008 rund 166 120 Arbeitnehmer im Briefbereich.

Sendungsmengen und Beschäftigte

Bis 2007 hatte bei den Wettbewerbern die stetig steigende Zahl der akquirierten und zumeist Ende-zu-Ende beförderten Briefsendungen auch zu einem deutlichen Anstieg der Beschäftigtenzahlen geführt. Infolge zahlreicher Marktaustritte sowie eines anhaltend starken Trends zur Verlagerung von Beförderungsleistungen auf Subunternehmen hat sich im Berichtszeitraum 2008/2009 diese Entwicklung zunächst nicht weiter fortgesetzt. Zudem dürfte die zuneh-

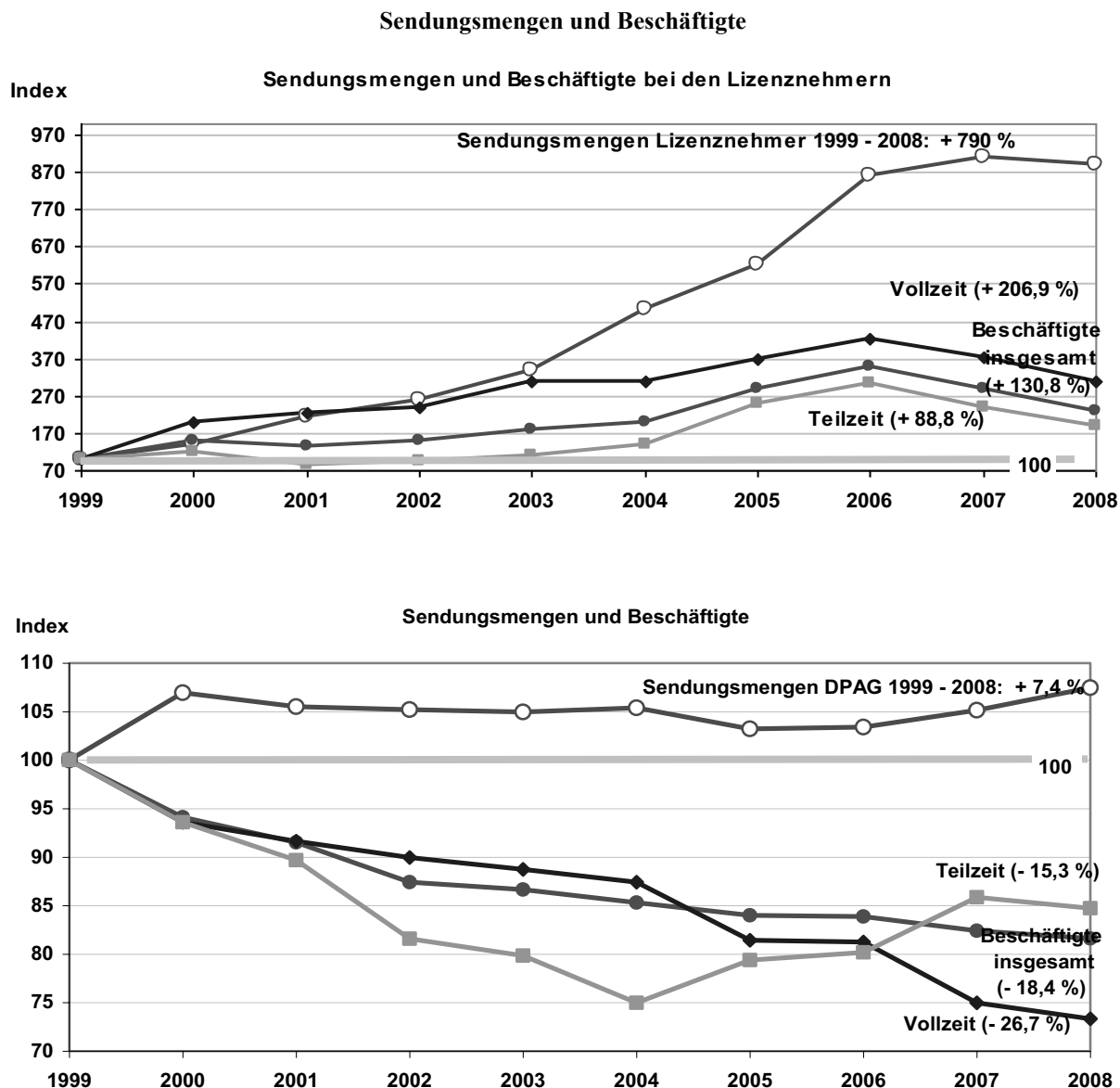
mende Nutzung des Netzzugangs der DP AG (und damit die Übertragung nachgelagerter Beförderungsleistungen auf die DP AG) zu dieser Entwicklung beigetragen haben. Die DP AG hat trotz der seit 1999 leicht gestiegenen Sendungsmengen weiter Personal abgebaut.

Exkurs: Studie „Nachfrage nach Postdienstleistungen von Geschäftskunden“⁷

Die Bundesnetzagentur hat im Rahmen eines Forschungsprojekts die Nachfrage nach Postdienstleistungen durch Geschäftskunden untersuchen lassen. Die Untersuchung

⁷ Im Auftrag der Bundesnetzagentur erstellt; WIK.Consult, 2009. Die vollständige Studie ist auf der Homepage der Bundesnetzagentur einzusehen.

Abbildung 26



fand zwischen Oktober 2008 und März 2009 statt. In Zusammenarbeit mit der TNS Infratest GmbH analysierte die WIK-Consult GmbH, das Nachfrageverhalten geschäftlicher Versender nach Briefdienstleistungen sowie die Nachfrage- und Marktstruktur und die Wettbewerbsentwicklung. Im Rahmen einer Primärerhebung wurden über 500 Unternehmen mit jeweils mehr als 49 Mitarbeitern befragt. Im Fokus standen dabei:

- die Erwartungen von Geschäftskunden an die Anbieter von Briefdienstleistungen,
- die Entscheidungskriterien von Geschäftskunden bei der Wahl des Briefdienstleisters,
- die Wahrnehmung der Angebote im liberalisierten Briefmarkt durch die Geschäftskunden sowie die Zufriedenheit mit diesen Angeboten.

Ziel der Studie war es, mehr Transparenz über das Verhalten und die Bedürfnisse von Geschäftskunden im Briefmarkt zu schaffen und die Ergebnisse etwa im Bereich der Abgrenzung postalischer Bedarfsmärkte zu nutzen.

In den befragten Unternehmen entfallen mehr als 80 Prozent der Ausgaben für Briefsendungen auf Geschäftsbriefe (z. B. Rechnungen). Die restlichen Ausgaben verteilen sich auf adressierte Werbesendungen, Kataloge und Pressesendungen (siehe Abbildung 27).

Der Anteil der Großversender ist gering. Lediglich 4,6 Prozent der befragten Unternehmen verschicken mehr als 10 000 Sendungen pro Monat, 27,4 Prozent verschicken zwischen 1.000 und 10 000 Sendungen, 52,1 Prozent der Geschäftskunden versenden monatlich 100 bis 999 Sen-

dungen. 15,9 Prozent haben ein Volumen von weniger als 100 Sendungen.

Mehr als 60 Prozent verschicken den überwiegenden Teil der Briefsendungen überregional und bundesweit, nur knapp 30 Prozent versenden überwiegend regional.

Mit den bisher beauftragten Postdienstleistern ist der weit überwiegende Teil der befragten Unternehmen durchaus zufrieden. Mehr als die Hälfte hat Erfahrungen mit Wettbewerbern der DP AG gesammelt.

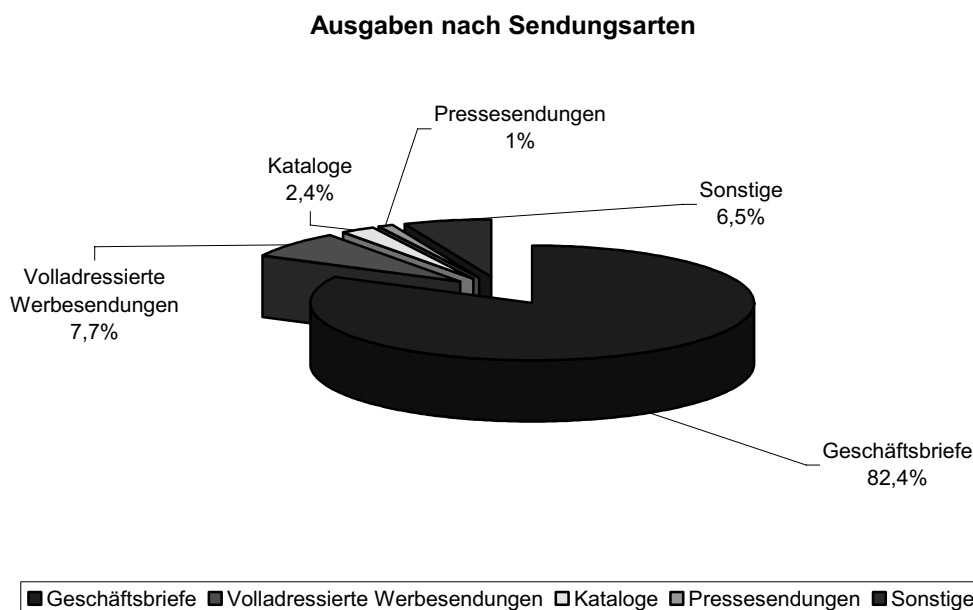
Geschäftskunden nutzen Wettbewerber der DP AG, weil sie Kosten einsparen und (66,8 Prozent), Erfahrungen mit anderen Briefdienstleistern sammeln wollen (60,2 Prozent) oder Verbesserungen beim Kundenservice erwarten (45,1 Prozent). Die bei den befragten Geschäftskunden bekanntesten Briefdienstleister sind neben der DP AG (99,8 Prozent) die TNT Post (83 Prozent), PIN Mail (45,2 Prozent), Citipost (44 Prozent) und DIREKTexpress (27,6 Prozent).

Ein wichtiges Ergebnis der Studie ist die Bedeutung der Qualität bei der Erbringung von Briefdienstleistungen. Für Geschäftskunden stehen Qualitätskriterien wie Zuverlässigkeit, Pünktlichkeit und unbeschädigte Zustellung bei der Wahl des Briefdienstleisters im Vordergrund (siehe Abbildung 28).

Insgesamt zeigt sich, dass Geschäftskunden nicht alle Möglichkeiten nutzen, die ihnen der Wettbewerb bietet. Nur 8 Prozent wollen die Zusammenarbeit mit Wettbewerbern der DP AG ausweiten bzw. aufnehmen, knapp 90 Prozent werden die Zusammenarbeit unverändert lassen.

Abbildung 27

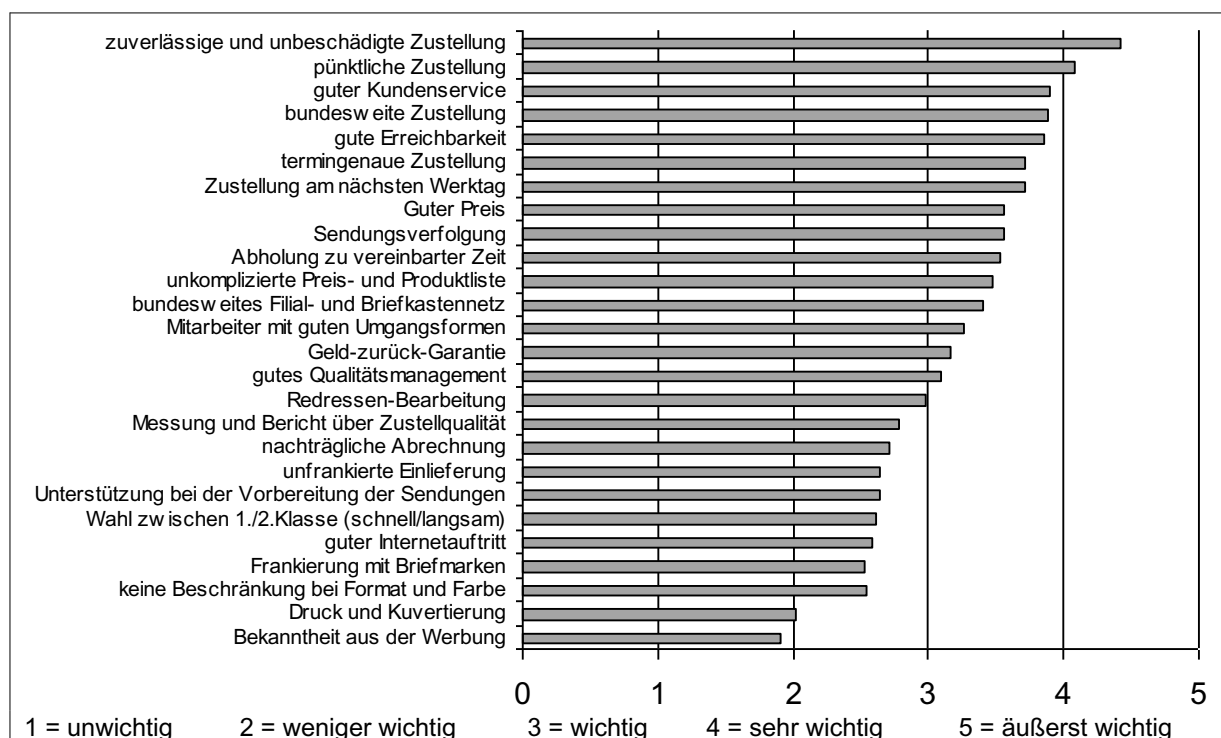
Ausgaben nach Sendungsarten von Geschäftskunden/Unternehmen



Quelle: Studie WIK-Consult, 2009

Abbildung 28

Entscheidungskriterien bei der Wahl des Briefdienstleisters



Quelle: Studie WIK-Consult, Nachfrage nach Postdienstleistungen durch Geschäftskunden, 2009

Internationale Briefmärkte/Entwicklungen

Das Briefsendungsaufkommen in den europäischen Briefmärkten ist zwischen 1998 und 2007 um durchschnittlich 0,4 Prozent jährlich gestiegen (vgl. ITA Consulting/WIK Consult, 2009). Dies ist insbesondere auf den Bereich „Direct-Mail“ zurückzuführen, während bei den Privat- und Geschäftskundenbriefen die Sendungsmengen rückläufig sind.

Zu den jüngsten Rückgängen beim Briefvolumen haben neben der Wirtschaftskrise auch die neuen elektronischen Kommunikationsformen nicht unerheblich beigetragen.

Entwicklung des Wettbewerbs

Die ehemaligen staatlichen Postgesellschaften bzw. Marktführer (Incumbents) in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union halten trotz einer partiellen oder vollständigen Öffnung der Briefmärkte nach wie vor hohe Marktanteile. In den bereits vollständig liberalisierten Ländermärkten konnten die Wettbewerber zuletzt einen Marktanteil von bis zu 12 Prozent erreichen. Die Incumbents behaupteten ihre Marktstellung 2008 weiterhin auf einem hohen Niveau (z. B. Sweden Post ~ 89 Prozent; Deutsche Post ~ 90 Prozent; TNT ~ 88 Prozent).

Vollständig für den Wettbewerb geöffnet sind bislang die Briefmärkte in Finnland, Schweden, Niederlande, Großbritannien, Estland sowie Deutschland. Darüber hinaus sind in

Abbildung 29

Rückgang der Sendungsmengen in ausgewählten Ländern

Mitgliedstaat	2008	2009
Royal Mail (UK)	-7 %	k. A.
La Poste (FRA)	-3 %	Erwartung 2009: -5 %
TNT (NL)	-2,4 %	1. Quartal: -4,7 % Erwartung 2009: -6 %
Austrian Post (AT)	k.A.	1. Quartal: -4,6 %
Deutsche Post (DE)	+ 1,1 %	1. bis 3. Quartal: -3,0 % (Kommunikation) -7,5 % (Direct mail)

Quelle: ITA Consulting/WIK Consult, „The evolution of the European Postal Market since 1997“, 2009; Zwischenbericht Deutsche Post DHL Januar bis September 2009

weiteren Ländern Teilmärkte (Werbesendungen, abgehende Auslandspost) geöffnet. Spätestens zum 1. Januar 2013 werden sämtliche Briefmärkte der EU-Mitgliedstaaten liberalisiert sein.

Abbildung 30

Liberalisierung und Marktzugang im Briefbereich

	Inlandsbriefe (individuell)	Werbesendungen (Direct mail)	Auslandspost (abgehend)	Größenordnung Briefbereich (Mio. €) 2007/2008	erforderliche Lizenz (Art)	Marktfreigabe
Finnland				1.100	UL	1991
Schweden				2.900	BL	1993
Großbritannien				8.600	BL	2006
Deutschland				10.000	BL	2008
Estland				40*	UL	2009
Niederlande				2.900*	keine	2009
Österreich				1.500	AG	2011
Tschechische Republik				318*	keine	2013
Slowenien				131*	AG	2013
Spanien				2.100*	UL	2011
Italien				4.600	UL	2011
Rumänien				92*	k. A.	2013
Bulgarien				29*	k. A.	2013
Lettland				36*	UL	2013
Frankreich				10.900*	BL	2011
Belgien				1.900	UL	2011
Dänemark				1.400	AG	2011
Irland				646*	AG	2011
Litauen				49*	UL	2013
Polen				902*	BL	2013
Portugal				651	UL	2011
Griechenland				436*	UL	2013
Ungarn				405*	UL	2013
Luxemburg				124*	UL	2013
Slowakei				155*	AG	2013
Zypern				29*	UL	2013
Malta				18	UL	2013
				52.461		

* Stand 2007

Erläuterungen:

 Monopol für Briefsendungen 50 g
 bereits voll liberalisiert

 Spanien: Ortspost liberalisiert, Monopol für darüber hinausgehende Post 50 g

UL = individuelle Lizenz für alle Universaldienstleistungen (einschließlich Pakete)

BL = individuelle Lizenz für einige oder alle Briefdienstleistungen

AG = Allgemein Genehmigung für (nicht reservierte) Universaldienstleistungen

Qualität/Laufzeit

Die Modernisierung der europäischen Briefmärkte bewirkten eine deutliche Verbesserung der Brieflaufzeiten. In 2008 stellten zwei Drittel der europäischen Briefdienstleister im Durchschnitt 90 Prozent der Briefe bereits am nächsten Werktag zu.

Fast überall werden Postfilialen verstärkt ausgelagert, z. B. in den Einzelhandel (zwischen 1 und 5 Prozent jährlich; DE: ~1,5 Prozent). In Deutschland, den Niederlanden und den skandinavischen Mitgliedstaaten sind bereits über 80 Prozent der traditionellen Postfilialen ersetzt worden. Royal Mail (UK) und An Post (Irland) lassen ihre Postfilialen mittlerweile zu über 90 Prozent von Subunternehmen betreiben. Der spanische Incumbent Correos ersetzt Filialen zunehmend durch mobile Einrichtungen. Die Dichte der Postfilialen ist in den osteuropäischen Ländern (~3,0 Filialen je 10 000 Einwohner) vergleichsweise hoch (DE ~1,5 Filialen je 10 000 Einwohner; UK ~2,2 Filialen je 10 000 Einwohner; NL ~1,2 Filialen je 10 000 Einwohner; FR 2,5 Filialen je 10 000 Einwohner).⁸

Internationaler Preisvergleich⁹

Zum internationalen Vergleich des Preisniveaus wurden mehrere Produkte mit unterschiedlichen Preis-/Gewichtsstrukturen untersucht. Damit wurden gleichzeitig methodische Unterschiede abgeschwächt, die bei einer Beschränkung auf nur ein Produkt – z. B. auf den Standardbrief bis 20 Gramm – den Vergleich verzerren könnten.

Als Vergleichsländer dienten die in der nachfolgenden Abbildung aufgeführten EU-Länder. Für diese Vergleichsländer wurden die Produkte ausgewählt, die so weit wie möglich den Produkten Postkarte, Standard-, Kompakt-, Groß- und Maxibrief der DP AG entsprechen. Verglichen wurde die jeweils schnellste Beförderung im gewöhnlichen Briefdienst, für die – wie in Deutschland – keine Lieferfrist garantiert wird, sondern allenfalls eine wahrscheinliche, aber unverbindliche Brieflaufzeit angegeben wird.

⁸ vgl. ITA Consulting/WIK Consult, 2009

⁹ Eigene Berechnung

Bei einem internationalen Vergleich des Preisniveaus im o. a. Sinne können mehrere Produkte mit unterschiedlichen Preisstrukturen (Beispiele siehe nachstehende Tabelle) einbezogen werden. Gleichzeitig werden Unterschiede abgeschwächt, die den Vergleich verzerren könnten.

Für die so ausgewählten Produkte wurden die Preise in nationaler Währung ermittelt. Diese Preise wurden danach – wie bei der Bestimmung des deutschen Preisniveaus (siehe hierzu auch Teil I, Kapitel 3.2) – mit den Absatzmengen für vollbezahlte Produkte gewichtet. Die Summe der gewichteten Einzelpreise stellt das Preisniveau in der jeweiligen nationalen Währung dar.

Das Preisniveau der Vergleichsländer in nationaler Währung wurde anschließend über die vom Statistischen Bundesamt nach deutschem Währungsschema ermittelten Verbrauchergeldparitäten in Euro umgerechnet. Der vom Statistischen Bundesamt dabei verwendete „deutsche Warenkorb“ repräsentiert bezüglich der einbezogenen Güter und deren Gewichtung die Verbrauchsausgaben aller privaten Haushalte in Deutschland.

Das Preisniveau für Einzelbriefsendungen in Deutschland lag im November 2009 insgesamt um rund 5 Prozent unter dem Preisniveau von 2002.

Im Gegensatz zur Entwicklung in Deutschland ist das Preisniveau in den meisten europäischen Ländern seit 2002 kräftig gestiegen. Im europäischen Vergleich befindet sich Deutschland damit im Mittelfeld.

4 Änderungen der Kommunikationsgewohnheiten/Neue Chancen im Postmarkt

4.1 Innovationen im Briefmarkt

Die Sendungsvolumina im Briefgeschäft geraten durch die elektronische Substitution zunehmend unter Druck. Alternative Kommunikationsmittel wie z. B. E-Mail, Fax, SMS werden parallel und vermehrt alternativ zur traditionellen Kommunikation per Post genutzt.

Vor dem Hintergrund, dass 2008 bereits 69 Prozent aller deutschen Haushalte über einen Internetanschluss verfügten, 87 Prozent dieser Internetnutzer über E-Mail kommunizierten und 55 Prozent der Internetnutzer von der Möglichkeit des E-Governments Gebrauch gemacht ha-

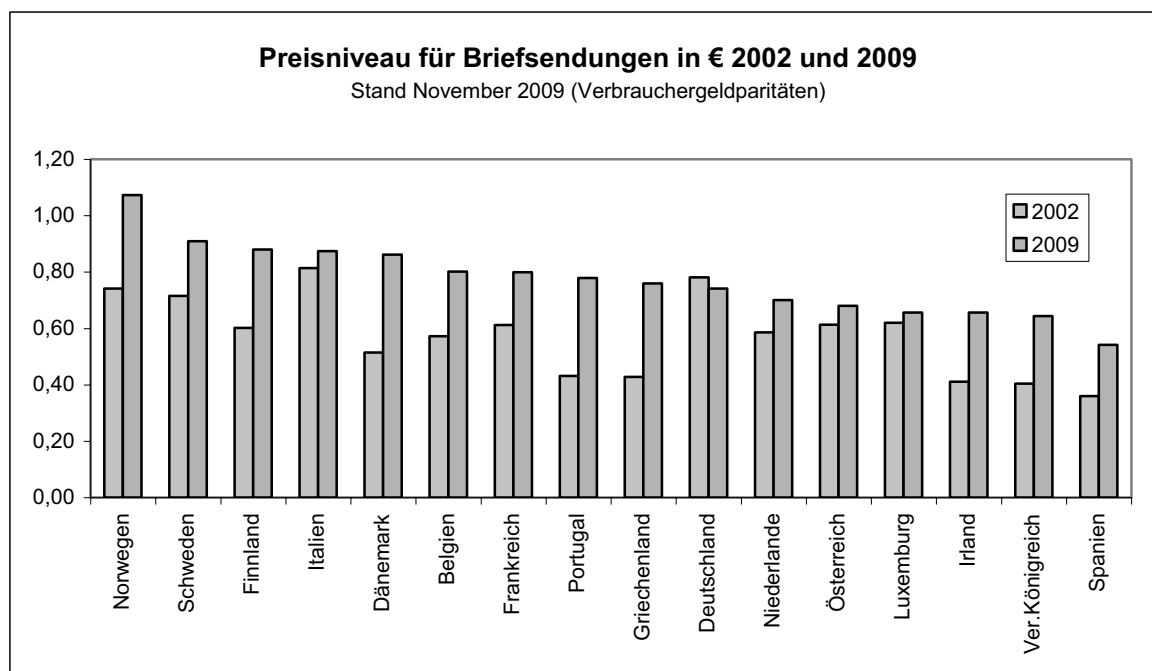
Abbildung 31

Preis-/Gewichtsstrukturen für Briefsendungen bis 50 g

Stand: November 2009	D [€]	UK [£]	A [€]	GR [€]	F [€]	USA [\$]	NL [€]
Standardbrief (bis 20g)	0,55	0,39	0,55	0,57	0,56	0,44	0,44
Kompaktbrief (21-50g)	0,90	0,61	0,75	0,78	0,90	0,61	0,88
Kompaktbrief gegenüber Standardbrief	+ 64 %	56 %	+ 36 %	+ 37 %	+ 61 %	+ 39 %	+ 100 %

Abbildung 32

Preisniveau für Einzelbriefsendungen



ben, ist zu erwarten, dass sich diese Entwicklung in den kommenden Jahren weiter fortsetzt bzw. verstärkt.¹⁰

Den Vorteil der Rechtssicherheit beansprucht der Brief bislang für sich allein. Die elektronische Datenübermittlung ist meist mit einem – sowohl rechtlichen als auch tatsächlichen – Risiko behaftet, da Daten unbemerkt eingesehen und/oder verändert werden können. Zudem ist die elektronische Zustellung nicht immer beweisbar. So wird derzeit unter der Federführung des Bundesministeriums des Innern das „De-Mail“-System entwickelt, das alle rechtlich wichtigen Kriterien, die bislang nur der Brief erfüllte, auch für sich verbindlich beansprucht. Parallel dazu entwickelt die DP AG den sogenannten „Online-Brief“, der eine sichere Kommunikation via Internet ermöglichen soll.

Bürgerportal „De-Mail“

E-Mails sind einfach, schnell, preiswert und ortsunabhängig. Jedoch fehlt es der E-Mail bislang an (Rechts-)Sicherheit: so können E-Mails mit wenig Aufwand abgefangen, wie Postkarten mitgelesen und ihr Inhalt verändert werden. Weiterhin ist die Identität von Sender und Empfänger nicht zweifelsfrei sichergestellt.

Der „Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Bürgerportalen und zur Änderung weiterer Vorschriften“ (BürgerportalG; Bundestagsdrucksache 16/12598 v. 8. April 2009; das Gesetz wurde in der 16. Legislaturperiode nicht verabschiedet) hat das Ziel, eine zuverlässige und geschützte In-

frastruktur aufzubauen, die die Vorteile der E-Mail mit garantierter Sicherheit und erforderlichem Datenschutz verbindet. Ziel ist es darüber hinaus, die De-Mail beweisbar zu gestalten. Für die gerichtliche Anerkennung der Beweiskraft der elektronischen Zugangsbestätigung sollen die Zivilprozessordnung sowie das Verwaltungszustellungs-gesetz angepasst werden.

Das Projekt Bürgerportal wird unter der Federführung des Bundesministeriums des Innern zusammen mit privatwirtschaftlichen Partnern entwickelt und derzeit in einem Pilotprojekt erprobt. Privatwirtschaftliche Mitglieder des Konsortiums sind u. a. die Deutsche Telekom, die United Internet Gruppe (GMX, web.de, 1&1) und Generali Deutschland. Die DP AG ist in einer frühen Phase des Projekts aus dem Konsortium ausgestiegen.

Die Entwicklung eines Bürgerportals bzw. der De-Mail dient auch der Umsetzung der EG-Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt. Diese sieht vor, dass „alle Verfahren und Formalitäten, die die Aufnahme oder die Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit betreffen, problemlos aus der Ferne und elektronisch [...] abgewickelt werden können“ (Artikel 8 der RL).

Zu den hohen Sicherheitsansprüchen der De-Mail gehört zum einen die Authentizität (d. h. die Identität des Absenders und des Empfängers werden sichergestellt) und die Integrität der Nachrichten (d. h. es erfolgt ein Nachweis, dass die Nachricht nicht verändert wurde). Um den Versand und die Zustellung einer De-Mail nachzuweisen,

¹⁰ Stat. Bundesamt, Wirtschaft und Statistik 6/2009: „Internetnutzung in privaten Haushalten in Deutschland“, S. 553 bis 560

Abbildung 33

Geschätztes Einsparpotential durch das Bürgerportal (Prognose)

	Wirtschaft	Verwaltung	Bürger
1. Jahr	82 Mio. € bis 120 Mio. €	10 Mio. € bis 15 Mio. €	6 Mio. €
2. Jahr	205 Mio. € bis 299 Mio. €	26 Mio. € bis 37 Mio. €	15 Mio. €
3. Jahr	410 Mio. € bis 599 Mio. €	51 Mio. € bis 75 Mio. €	30 Mio. €
4. Jahr	614 Mio. € bis 898 Mio. €	77 Mio. € bis 112 Mio. €	45 Mio. €
5. Jahr	819 Mio. € bis 1.197 Mio. €	102 Mio. € bis 150 Mio. €	60 Mio. €

Quelle: Bundestagsdrucksache 16/12598 v. 8. April 2009, S. 19

können Nutzer entsprechende Bestätigungen anfordern, die qualifiziert elektronisch signiert sind.

Mit der anbieterübergreifenden Sicherheit und Rechtsverbindlichkeit wird eine neue Dynamik für den Online-Briefverkehr erwartet und die rechtsverbindliche Online-Kommunikation erheblich vereinfacht.

Online-Brief der DP AG

Die DP AG hat die Einführung eines sogenannten Online-Briefes, der die Sicherheit des herkömmlichen Briefes mit der Schnelligkeit der E-Mail vereinen soll, für das erste Halbjahr 2010 angekündigt. Die Identität von Absender und Empfänger sollen durch einen PostIdent-Nachweis bei der Registrierung sichergestellt werden; die Wahrung des Briefgeheimnisses soll durch eine entsprechende Verschlüsselung der Nachrichten und Dokumente gewährleistet sein.

Das Online-Brief-Portal soll auch hybrid genutzt werden können, d. h. der Online-Brief wird auch für Adressaten ohne Internetanschluss erreichbar sein. Der Brief wird in diesem Fall gedruckt, kuvertiert und physisch zugestellt werden.

Angebote weiterer Anbieter

Bei anderen Postdienstleistern sind ähnliche Online-Aktivitäten zu verzeichnen (z. B. das „PIN Briefportal“ der PIN Mail AG oder die „virtuelle Poststelle“ von DIREK-Textpress), die sich auf den Versand hybrider Post konzentrieren.

Eine rechtssichere, rein elektronische Zustellung, wie sie der Online-Brief oder auch die De-Mail gewährleisten sollen, wird hingegen (noch) nicht angeboten.

Auch ausländische Unternehmen weiten ihre Online-Aktivitäten aus: So bietet die Swiss Post die sogenannte Swiss Post Box an, bei der der Kunde es erlaubt, an ihn adressierte Briefe entgegenzunehmen, einzuscannen und in einen elektronischen Briefkasten abzulegen. Die Österreichische Post plant ein digitales Postamt, auf der registrierte Kunden ihre eingescannte Post online abrufen können. Die Zustellung von amtlichen Schreiben und Rechnungen sollen ebenfalls in den Service des digitalen

Postamtes integriert werden. Für die Nutzung des Angebots benötigt der Kunde ein „Bürgerkarten-Zertifikat“, für dessen Zertifizierung er sich mittels Ausweis legitimieren muss.

Physischer und elektronischer Brief als Werbemedium

Die Bedeutung des Briefes als Werbemedium bleibt trotz anhaltender elektronischer Substitution stabil. Verschiedene Untersuchungen zeigen, dass erhebliche Unterschiede in der Wahrnehmung von Werbung per E-Mail und per physischer Post bestehen. Insbesondere E-Mails, die unaufgefordert versandt werden und oftmals die Gefahr von Computerviren bergen, werden meist ungesichtet gelöscht. Briefwerbung hingegen verspreche solide Informationen, Glaubwürdigkeit und die Neigung zum Öffnen und Lesen des Inhalts.

Veränderungen in der Wertschöpfungskette

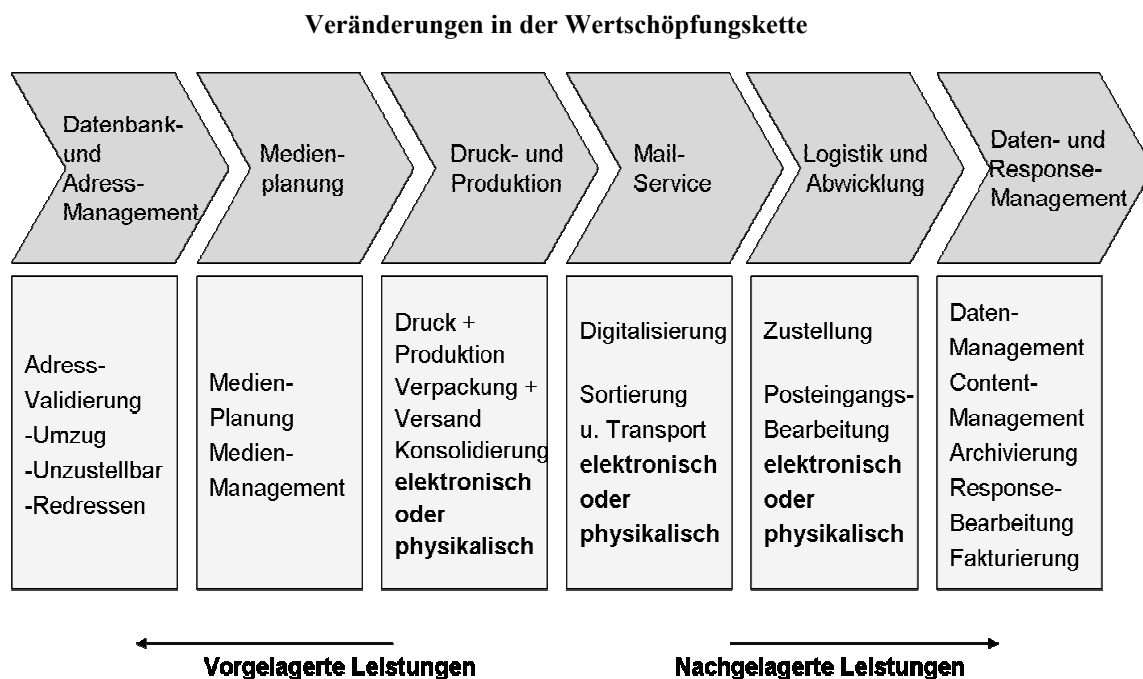
Die Hybrid-Post, also die Verbindung elektronischer mit physischer Post, nimmt zusehends zu. Neue technische Entwicklungen im Postsektor führen zu effizienteren Abläufen, Qualitätssteigerungen und auch zu vermehrter Kundenorientierung. Postdienstleister treten als Teil des Vertriebs- und Kommunikationskanals der Unternehmen auf. Dies führt zu einer Veränderung der Wertschöpfungskette und einer Erweiterung des Servicespektrums (siehe Abbildung 34).

4.2 Innovationen im Paketmarkt**Bedeutung des Onlinehandels¹¹**

Die rasante Zunahme von E-Commerce trägt zu einer strukturellen Veränderung des Marktes bei. Jedes Unternehmen, das im Internet Handel betreibt, ist zugleich auch Versender. Der nicht substitutionsgefährdete Paketmarkt profitiert insbesondere von einem wachsenden E-Commerce-Geschäft.

¹¹ Verbraucherstudie „Distanzhandel in Deutschland 2009“ vom Forschungsinstitut TNS Infratest im Auftrag des Bundesverbands des Deutschen Versandhandels (bvH); Zwischenergebnis v. 28. Juli 2009. Das Endergebnis der Studie soll Anfang 2010 verfügbar sein.

Abbildung 34



Quelle: in Anlehnung an Tim Walsh, 2006

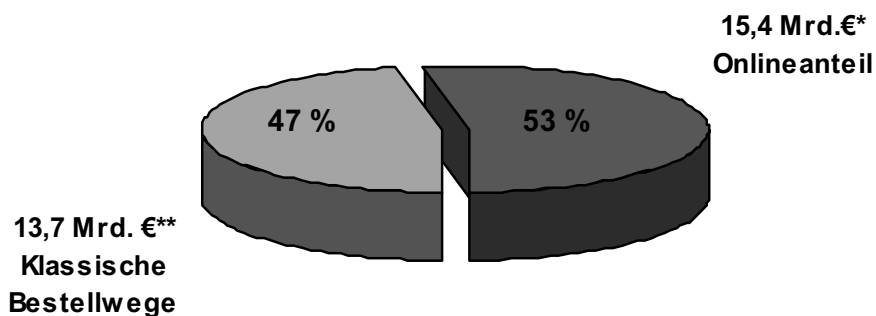
Im Versand- und Onlinehandel ist eine kontinuierliche Steigerung der Umsätze bis 2008 zu verzeichnen. Bei anhaltend stabiler Konsumstimmung wird der gesamte Versandhandelsumsatz in 2009 voraussichtlich um 1,7 Prozent auf 29,1 Mrd. Euro (2008: 28,6 Mrd. Euro) zulegen. Beim Online-Umsatz mit Waren ist in 2009 eine Steigerung um schätzungsweise 15 Prozent auf 15,4 Mrd. Euro (2008: 13,4 Mrd. Euro) zu erwarten. Damit dürfte der On-

line-Anteil des Versandhandels erstmals die 50-Prozent-Marke übersteigen.

Im EU-weiten Vergleich lag der Anteil der Personen, die 2008 für private Zwecke Waren oder Dienstleistungen über das Internet gekauft haben, deutlich über dem EU-Durchschnitt:¹³

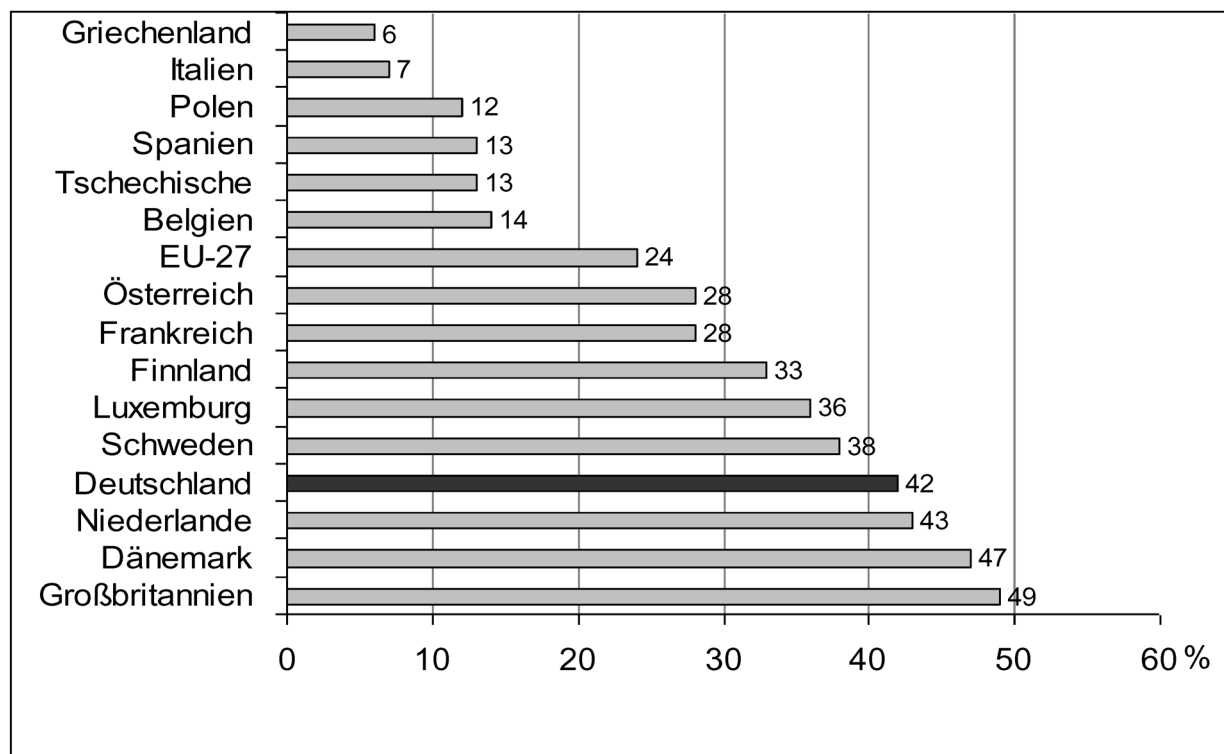
Abbildung 35

Anteil des Onlinegeschäfts in Deutschland am Versandhandelsvolumen 2009¹²



¹² Ebenda

Abbildung 36

Personen mit Online-Einkäufen im ersten Vierteljahr 2008 in ausgewählten EU-Mitgliedstaaten

Quelle: Statistisches Bundesamt – Wirtschaft und Statistik 6/2009

Im Paketbereich spielt die elektronische Substitution – wie im Briefmarkt beschrieben – hingegen keine Rolle. Vielmehr profitiert der Paketbereich von ihr.

Mittlerweile sind das „Track and Trace-System“, ebenso wie die „Digitalen Postmarken“ Standard bei allen Paketunternehmen. Unterstützt wird die Sendungsverfolgung zudem durch Techniken wie RFID (Radio Frequency Identification). RFID ist ein auf Transpondertechnik basierendes Verfahren zur Auszeichnung, Identifikation und Lokalisierung von Gegenständen.

5 Analyse und Perspektiven des Wettbewerbs

Mit dem Wegfall des Briefmonopols zugunsten der DP AG zum 1. Januar 2008 werden die Betätigungsmöglichkeiten der Wettbewerber durch das Postrecht insoweit nicht länger eingeschränkt.

Die positive Entwicklung des Wettbewerbs im Zeitraum 1998 bis 2008 war bislang überwiegend auf die innovativen und höherwertigen Dienstleistungen zurückzuführen, mit denen die Wettbewerber auf dem deutschen Briefmarkt Fuß fassen konnten. Diese qualitativ höherwertigen Dienstleistungen waren geprägt von besonderen Leistungsmerkmalen, die sich von den üblichen Postun-

versaldienstleistungen der DP AG klar unterschieden, wie beispielsweise garantierte Übernacht- oder termingenaue Zustellungen. Die Wettbewerber konnten sich infolgedessen vom Angebot der DP AG abgrenzen und im Rahmen dieses Qualitätswettbewerbs bis 2007 stetig an Marktanteilen zulegen.

Mittlerweile zeigt sich ein zunehmender Preiswettbewerb insbesondere im Massensendungsbereich und bei den förmlichen Zustellungen. Der Wettbewerb um den jeweils besten Preis vollzieht sich dabei nicht nur zwischen den Wettbewerbern und der DP AG, sondern findet verstärkt auch untereinander statt. Die Nachfrager der o. g. Dienstleistungen – Wirtschaftsunternehmen sowie Behörden – profitieren hierbei erheblich von dem gesunkenen Preisen.

Des Weiteren haben veränderte Rahmenbedingungen, die zum Teil außerhalb des originären Markt- und Regulierungsgeschehens liegen, die Ertragslage der Wettbewerber beeinflusst. Zu nennen sind hier die Mindestlohnverordnung und die Umsatzsteuerbefreiung zugunsten der DP AG. Höhere Löhne – und damit einhergehend höhere Wertschöpfungskosten für das jeweilige Unternehmen – führen, sofern diese nicht über Produktivitätssteigerungen oder über die Gewinnmarge ausgeglichen werden können, üblicherweise zu einer Einschränkung der unternehmerischen Handlungsmöglichkeiten.

Ob und inwieweit der sprunghafte Anstieg von Marktaustritten von Unternehmen im Briefbereich auf die Einführung von Mindestlöhnen und/oder auf unternehmerische

¹³ Bezogen auf Personen im Alter von 16 bis 74 Jahren, vgl. hierzu Stat. Bundesamt, Wirtschaft und Statistik 6/2009 S. 559

(Fehl-)Entscheidungen zurückzuführen ist, lässt sich im Einzelnen nicht durch die Bundesnetzagentur beurteilen. Dennoch ist festzustellen, dass die Anzahl der Wettbewerber sowie deren Beschäftigten im Berichtszeitraum 2008/2009 zum Teil deutlich zurückgegangen ist.

Von größerer Bedeutung für den Gesamtmarkt sind die Veränderungen, die sich vor dem Hintergrund der aktuellen Wirtschaftskrise ab Ende 2008 ergeben. So ist ein nicht unerheblicher Rückgang der Sendungsvolumina zu beobachten, der Wettbewerber und DP AG gleichermaßen trifft. Insbesondere der Geschäfts-/Massensendungsbereich der 85 bis 90 Prozent des gesamten Briefsendungsaufkommens umfasst, hat starke Rückgänge zu verzeichnen. Bei Sendungen für Privatkunden hält sich der Mengenrückgang (noch) in Grenzen.

Neben dem krisenbedingten Rückgang der Sendungsvolumina in 2009 gewinnt auch der Druck aufgrund der elektronischen Substitution von physischen Briefsendungen zunehmend an Bedeutung; diese Entwicklung bietet aber zugleich auch Chancen für die Marktteilnehmer. Die Briefdiensteanbieter stehen insoweit vor der Herausforderung, mittels innovativer und marktangemessener Lösungen auf die beginnenden Volumenrückgänge zu reagieren. Die Bundesnetzagentur wird mit ihren regulatorischen Instrumenten diesen Prozess begleiten und darauf hinwirken, dass sich im Zuge dieser Entwicklung der Wettbewerb unter gleichen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen weiterentwickeln kann.

Im Berichtszeitraum 2008/2009 hat sich der Trend zur Verlagerung von Beförderungsleistungen auf Subunternehmen über alle Beförderungsstufen hinweg unverändert fortgesetzt. So erfolgt beispielsweise das Einsammeln von Briefsendungen mittels selbständiger Kurierfahrer oder Taxiunternehmen, das Weiterleiten durch Speditions-/Transportunternehmen und auch die Zustellung wird bereits bei einigen Briefdienstleistern durch eigenständige Vertriebs-/Distributionsgesellschaften ausgeführt. Auch die Annahmestellen werden immer weniger von den Unternehmen selbst betrieben.

Neben dem „Ende-zu-Ende“-Wettbewerb und einer weiteren Vernetzung der Wettbewerber zeigt sich zunehmend auch ein Wettbewerb, der auf dem Zugang zum Netz der DP AG basiert. Im Zuge vereinfachter Teilleistungsbedingungen und verbesserter Teilleistungsrabatte ist der Anteil der konsolidierten und zur Weiterbeförderung in die Briefzentren der DP AG eingelieferten Mengen im letzten Jahr stark angestiegen (siehe auch Teil I, Kapitel 3.2).

Durch den Netzzugang ergeben sich sowohl für die DP AG als auch für ihre Wettbewerber positive Effekte. Zum einen erleichtert der Netzzugang u. a. den Wettbewerbern eine – für die Briefbeförderung unabdingbare – überregionale bzw. flächendeckende Zustellung von Sendungen. Hiervon wären die zumeist nur lokal bzw. regional tätigen Wettbewerber ansonsten ausgeschlossen. Zudem können sich die vielen kleinen, regional tätigen Unternehmen – entsprechend ihrer Ressourcenausstattung – auf die dem Netzzugang der DP AG vorgelagerten Beförderungsstufen sowie postvorbereitenden Dienstleistungen konzentrieren.

Die DP AG profitiert demgegenüber von einer besseren Netzauslastung und den damit verbundenen positiven Skaleneffekten.

Die weitere Entwicklung des Wettbewerbs auf dem Markt für Briefdienstleistungen bleibt vor dem Hintergrund des derzeit schwierigen Marktumfelds abzuwarten. Die weitere Förderung des Wettbewerbs ist unentbehrlich. Von einem funktionsfähigen und chancengleichen Wettbewerb, der sich selbst trägt und ohne regulierende Eingriffe auskommt, ist der deutsche Briefmarkt im zweiten Jahr nach der vollständigen Marktöffnung und im 12. Jahr nach Inkrafttreten des Postgesetzes noch weit entfernt. Unabdingbar für die weitere wettbewerbsfördernde Regulierung ist es, dass der Bundesnetzagentur ausreichende Instrumentarien zur Verfügung gestellt werden, die diesem Ziel gerecht werden.

Eine überwiegend erfreuliche Wettbewerbsentwicklung zeigt sich demgegenüber im Paketbereich:

Neben der Deutschen Post DHL hat sich auch die Hermes Logistik Gruppe als bundesweiter Anbieter von Paketdienstleistungen für Geschäfts- wie auch Privatkunden etabliert. Mit rund 14 000 Paketshops verfügt Hermes mittlerweile über mehr Annahmestellen als die Deutsche Post DHL. Insoweit besteht nunmehr auch für Privatkunden fast überall eine Alternative beim Versand von Paketen.

Gleichwohl wird der Wettbewerb zwischen der DP AG und anderen Postdienstleistern nach wie vor durch eine unterschiedliche umsatzsteuerliche Behandlung beeinträchtigt. Im Gegensatz zu ihren Wettbewerbern erhebt die DP AG auf ihre Nettopreise keine Umsatzsteuer und konkurriert damit am Markt für Postdienstleistungen mit den Bruttopreisen (inklusive Umsatzsteuer) anderer Anbieter. Dies kann je nach betrachteter Kundengruppe (vorsteuerabzugsberechtigt vs. nicht-vorsteuerabzugsberechtigt) unterschiedliche Wirkungen bzw. Wettbewerbsverzerrungen hervorrufen.

Der wesentliche Grund, der ursprünglich zur Befreiung von Postdienstleistungen von der Umsatzsteuer (Mehrwertsteuer) geführt hat, ist, dass diese als Teil der öffentlichen Daseinsvorsorge im Interesse der Allgemeinheit angesehen wurden, für die im Mehrwertsteuer-System stets eine Reihe von Befreiungen gelten. Soweit man dieses Prinzip weiterhin vertritt, sollte es für die Zukunft anbieterneutral – also für DP AG und Wettbewerber gleichermaßen – gelten.

Bei Postdienstleistungen die sich (nahezu) ausschließlich an Geschäftskunden richten (Massensendungen) könnte eine Gleichbehandlung von DP AG und Wettbewerbern (d. h. Aufhebung der USt-Befreiung der DP AG für Massensendungstarife) bestehende wettbewerbsverzerrende Wirkungen aufheben.

Einen wichtigen Ansatzpunkt bietet in diesem Zusammenhang die umsatzsteuerliche Situation im Paketbereich. Hier gilt seit langem, dass bei der DP AG (nur) die von jedermann nutzbaren Leistungen – die sogenannten Schalterpakete – von der Umsatzsteuer befreit sind. Leis-

tungen aus dem Geschäftskundenbereich, erbracht durch das Tochterunternehmen DHL, unterliegen hingegen der Umsatzsteuerpflicht.

Von Bedeutung ist hierbei auch die jüngste EuGH-Rechtsprechung. Mit Urteil vom 23. April 2009 hat der EuGH über ein Vorabentscheidungsersuchen des britischen High Court of Justice zu der Frage der Auslegung des Begriffs der „öffentlichen Posteinrichtung“ sowie zu dem Umfang der von der Umsatzsteuer zu befreienden Postdienstleistungen entschieden (vgl. Rechtssache C-357/07).

Gemäß EuGH sind als „öffentliche Posteinrichtungen“ Betreiber – unabhängig davon, ob sie öffentlich oder privat sind – zu betrachten, die sich verpflichten, in einem Mitgliedstaat den gesamten Universaldienst oder einen Teil dessen zu gewährleisten.

Hinsichtlich des Befreiungsumfangs stellt der EuGH fest, dass nur solche Dienstleistungen unter die Vorschrift des Artikel 13 Teil A Absatz 1 Buchstabe a der 6. MwSt-Richtlinie fallen, die die öffentlichen Einrichtungen als solche, also in ihrer Eigenschaft als öffentliche Einrichtung, ausführen. Demgemäß ist zwischen spezifischen Dienstleistungen, die den besonderen Bedürfnissen (einzelner) Nutzer entsprechen und Dienstleistungen, die von allgemeinem Interesse sind, zu unterscheiden.

Teil II Tätigkeiten

1 Lizenzierung/Marktzugang

1.1 Lizenzerteilung

Bis Ende 2007 stand der DP AG das ausschließliche Recht zu, Briefsendungen und adressierte Kataloge, deren Einzelgewicht bis 50 Gramm und deren Einzelpreis weniger als das zweieinhalbfache des Preises für entsprechende Postsendungen der untersten Gewichtsklasse betrug, gewerbsmäßig zu befördern. Mit dem Wegfall der Exklusivlizenz war der Rechtsgrund für diese sachliche Beschränkung der Lizenzen aus § 51 PostG entfallen, dem entsprechend wurde die Lizenzierungspraxis der Bundesnetzagentur ab dem 1. Januar 2008 dem geänderten gesetzlichen Rahmen angepasst.

Für Unternehmen, die bereits vor der vollständigen Liberalisierung eine Lizenz besaßen wurden die sachlichen Beschränkungen von Amts wegen aufgehoben. Etwaige räumliche Beschränkungen blieben hingegen weiter bestehen.

Befreiungen, die nach § 2 Absatz 4 Satz 1 des Gesetzes über das Postwesen in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Juli 1989 (BGBl. I S. 1449) oder nach § 2 Absatz 5 Satz 1 des Gesetzes über das Postwesen in der Fassung des Artikels 6 des Postneuordnungsgesetzes vom 14. September 1994 (BGBl. I S. 2325) erteilt waren (sogenannte Altlicenzen), sind gemäß § 57 Absatz 1 PostG zum 31. Dezember 2007 ausgelaufen. Den betroffenen Unternehmen wurde anheim gestellt, eine neue Lizenz zu beantragen.

1.2 Prüfung der lizenzierten Unternehmen

Die tätigen Lizenznehmer werden regelmäßig durch die Bundesnetzagentur überprüft.

Die Kontrollen umfassen u. a.:

- das Dienstleistungsangebot und die tatsächliche Leistungserbringung,
- die Einhaltung ggf. bestehender räumlichen Beschränkungen der Postlizenz,
- die Prüfung der Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde und
- den Beitrag zur Gesamtversorgung und Gewährleistung eines flächendeckenden Postuniversaldienstes.

Zudem wird die Einhaltung des Postgeheimnisses und der Datenschutzbestimmungen überprüft.

Im Berichtszeitraum wurden knapp 1 000 Überprüfungen durchgeführt. Im Ergebnis wurden keine Beanstandungen bei der Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde der Lizenznehmer festgestellt, die lizenzrechtliche Maßnahmen seitens der Bundesnetzagentur erfordert hätten.

Rund 200 Kontrollen wurden aus besonderem Anlass durchgeführt. Dabei handelte es sich zum einen um er-

Abbildung 37

Lizenzerteilung 1998 bis 2009*)

	1998 - 2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009**)	Summe
Lizenzanträge	1.304	237	259	272	217	100	133	92	2.614
erteilte Lizenzen	1.260	240	255	282	211	128	127	76	2.579
versagte Lizenzen	4	3	3	0	1	0	0	0	11
Marktaustritte	400	65	81	105	119	187	83	65	1.105

*) aktualisierte Werte

**) Stand: 31. Oktober 2009

Abbildung 38

Erreichter Stand der Lizenzierung im Postbereich (seit 1998)

Bundesland	Einwohner (in 1.000)	erteilte Lizenzen ^{*)}	aktive Lizenznehmer ^{*)}	Lizenzdichte (aktive Lizenz- nehmer je 1 Mio. Einwohner) ^{*)}
Baden-Württemberg	10.739	256	89	8,3
Bayern	12.493	242	84	6,7
Berlin	3.404	70	19	5,6
Brandenburg	2.548	113	40	15,7
Bremen	664	14	2	3,0
Hamburg	1.754	60	18	10,3
Hessen	6.075	166	53	8,7
Mecklenburg-Vorpommern	1.694	73	19	11,2
Niedersachsen	7.983	267	93	11,6
Nordrhein-Westfalen	18.029	614	194	10,8
Rheinland-Pfalz	4.053	98	24	5,9
Saarland	1.043	23	7	6,7
Sachsen	4.250	228	66	15,5
Sachsen-Anhalt	2.442	129	52	21,3
Schleswig-Holstein	2.834	96	26	9,2
Thüringen	2.311	124	48	20,8
Nachrichtlich: Ausland	---	6	1	---
Summe	82.316	2.579	835¹⁴	10,1

^{*)} Stand: 31. Oktober 2009

¹⁴ Die 13. Marktuntersuchung der Bundesnetzagentur bezieht sich auf den Stichtag 30. Juni 2009. Danach waren zu diesem Zeitpunkt rund 700 bis 750 Unternehmen am Markt tätig und generierten Umsätze. Die Zahl 835 bezieht sich auf den gesamten Zeitraum bis 31. Oktober 2009 und umfasst u. a. auch die zwischenzeitlich neu hinzugekommenen Lizenznehmer.

neute Überprüfungen, inwieweit in der Vergangenheit festgestellte Beanstandungen nunmehr behoben wurden. Zum anderen wurden Hinweisen oder Beschwerden Dritter nachgegangen. Festgestellte Mängel konnten in nahezu allen Fällen abgestellt werden. Lediglich bei zwei Unternehmen wurden geprüft, ob aufgrund der Verstöße ein Lizenzwiderrufsverfahren einzuleiten ist. Letztlich wurde hiervon Abstand genommen, weil die Lizenzinhaber dem von der Bundesnetzagentur aufgegebenen Verhalten nachgekommen sind.

1.3 Auskunftsanordnung zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen im lizenzierten Bereich

Die Auskunftsanordnung vom 22. Januar 2009 galt der Fortschreibung der Vollerhebung vom Juni 2007. Beide

Anordnungen verfolgten das Ziel, Lohnniveau, Wochenarbeitszeit sowie Art und Umfang des Personaleinsatzes im lizenzpflichtigen Bereich zu ermitteln. Insgesamt 26 Lizenznehmer hatten Widerspruch gegen die neuerliche Auskunftsanordnung eingelegt. Die Widersprüche bezogen sich insbesondere auf die Nennung der eingesetzten Erfüllungsgehilfen. 23 Lizenznehmer hatten im einstweiligen Rechtschutzverfahren das Verwaltungsgericht Köln angerufen. Mit Beschluss vom 5. Oktober 2009 hatte das OVG Münster (Az. 13 B 1056/09 und 13 B 1057/09) die Anträge der Lizenznehmer auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klagen gegen die Auskunftsanordnung vom 22. Januar 2009 abgelehnt. In seiner Entscheidung gelangte das Gericht zu der Einschätzung, dass Subunternehmen das Bild des Briefmarktes, der üblicherweise durch lizenzierte Betriebe bestimmt ist, in zunehmendem Maße prägen. Daher seien Erkenntnisse auch zu

diesen Beteiligten für die der Bundesnetzagentur obliegende Kontrolle des lizenzierten Bereichs unerlässlich (siehe auch Teil V, Kapitel 2.3).

Zur weiteren Durchsetzung der Auskunftsanordnung hatte die Bundesnetzagentur zudem gegen 14 Lizenznehmer, die der Auskunftsanordnung auch nach Fristablauf einer Zwangsgeldandrohung nicht nachgekommen sind, ein Zwangsgeld festgesetzt.

1.4 Anzeigepflicht

Gemäß § 36 PostG muss derjenige, der Postdienstleistungen erbringt, ohne einer Lizenz zu bedürfen, die Aufnahme, Änderung und Beendigung des Betriebs innerhalb eines Monats der Bundesnetzagentur schriftlich anzeigen.

Anfänglich sind nur wenige Unternehmen ihrer Anzeigepflicht nachgekommen. Die geringe Zahl von Anzeigen war vermutlich darauf zurückzuführen, dass die genannte Vorschrift den Unternehmen nicht bekannt war. Mittlerweile liegen der Bundesnetzagentur knapp 24 000 Meldungen vor.

1.5 Kontrolle der Einhaltung der Mindestlohnverordnung

Die Prüfung der Einhaltung der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen (BriefArbbV) wird durch die hierfür zuständigen Zollbehörden durchgeführt. Die Feststellung etwaiger Verstöße sowie die Einleitung entsprechender Ermittlungsverfahren obliegt der Finanzkontrolle Schwarzarbeit

(FKS). Auf Weisung des zuständigen Bundesministeriums der Finanzen ist eine Ahndung von ggf. festgestellten Verstößen gegen die Verordnung jedoch bis zur endgültigen gerichtlichen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit dieser Verordnung zurückzustellen (siehe auch Teil I, Kapitel 2.1.3).

2 Netzzugang

2.1 Zugang zu Teilleistungen

Eine Teilleistung ist die um die Eigenleistungen des Nachfragers reduzierte restliche Leistung einer ansonsten als Ganzes angebotenen Briefbeförderungsleistung. Nach § 28 Postgesetz besteht im lizenzpflichtigen Bereich ein Anspruch auf solche Teilleistungen gegenüber dem marktbeherrschenden Anbieter. Darüber hinaus kann der betreffende Anbieter auch von sich aus weitere Teilleistungen am Markt anbieten (siehe hierzu auch Teil II, Kapitel 4).

2.1.1 Entwicklung der Teilleistungsverträge „Zugang zu Briefzentren“ seit dem Jahr 2000

Seit dem Erlass entsprechender Beschlüsse der zuständigen Beschlusskammer gewährt die DP AG sowohl Kunden als auch Wettbewerbern bestimmte Teilleistungszugänge zu ihren Briefzentren Abgang (BZA), den Briefzentren für die Einlieferung der abgehenden Sendungen, und zu ihren Briefzentren Eingang (BZE), den Briefzentren für die Zustellung der eingehenden Sendungen.

Abbildung 39

Entwicklung der Neuabschlüsse der Teilleistungsverträge BZA und BZE seit 2000

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

* ab 11/2000

** Stand 31. Oktober 2009

insgesamt aktualisierte Werte

2.1.2 Entwicklung sonstiger Teilleistungsverträge seit 1998

Bereits vor den o. g. Teilleistungsverträgen (siehe vorheriges Kapitel) über den Zugang zu den Briefzentren hatte die DP AG ihren Kunden verschiedene Teilleistungsverträge angeboten. Die Pflicht, auch diese Verträge der Bundesnetzagentur vorlegen zu müssen, wurde von der DP AG jedoch aus verschiedenen Gründen bestritten, so dass diese Rechtsfrage gerichtlich zu entscheiden war. Dies ist schließlich mit Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. Mai 2009 (Az. BVerwG 6 C 14.08) zugunsten des Regulierers erfolgt (siehe Teil V, Kapitel 1.1). Damit müssen sämtliche Teilleistungsverträge, wie sie von der Bundesnetzagentur charakterisiert wurden, vorgelegt werden.

Allerdings hat die DP AG mit fortschreitender Dauer der Gerichtsverfahren bereits folgende Teilleistungsverträge vorgelegt:

Zudem hat die DP AG die Bundesnetzagentur darüber informiert, welche Arten von Teilleistungsverträgen seit welchem Zeitpunkt nicht mehr angeboten werden.

Nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 20. Mai 2009 wurden die Verträge zu folgenden Teilleistungsvertragsarten vorgelegt:

- „Freistempelung von Sendungen“,
- „Kooperation bei Infopostversand“ (soweit sie sich nicht auf die Einlieferung des bloßen Grundprodukts „Infopost“ beschränkt),
- „Zusatzvereinbarung zum Vertrag über die Kooperation bei Infopostversand“ (soweit sich der jeweils zugrundeliegende Vertrag „Kooperation bei Infopostversand“ nicht auf die Einlieferung des Grundprodukts „Infopost“ beschränkt),
- „Freistempelung mit DV-Anlagen (Briefdienst)“.

Die DP AG unterscheidet bei diesen Verträgen materiell nicht zwischen solchen mit Leistungen für Endkunden und Wettbewerber. Allen Nachfragern werden regelmäßig die gleichen Bedingungen angeboten, zumal nicht immer ersichtlich ist, in welcher Rolle der jeweilige Nachfrager auftritt. So kann auch ein Anbieter von Postdienstleistungen (Wettbewerber) im Einzelfall Leistungen der DP AG für seine eigenen Sendungen als Endkunde nachfragen.

Beispiele für eine Differenzierung bei der Vertragsgestaltung nach Nachfragergruppen sind Verträge über Teilleistungen BZA/BZE Brief sowie Verträge über Teilleistungen BZE Infopost. Hier gibt es heute unterschiedliche Vertragsgestaltungen für Endkunden und Wettbewerber.

Abbildung 40

Entwicklung der Neuabschlüsse der Teilleistungsverträge, die mit fortschreitender Dauer der Gerichtsverfahren vorgelegt wurden

Vertragsart	1998	1999	2000	2001	2002	2003	
Selbstbuchen von Übergabe-Einschreibbriefsendungen/Einwurf-Einschreibbriefsendungen/Nachnahmebriefsendungen	1.058	400	575	753	5.621	252	Fortsetzung
Vorsortierung mit DV-Freimachung**	2	7	16	18	25	34	
Freimachung von Sendungen mit DV-Anlagen und Postversandsystemen***	--	1	48	38	36	35	
Kooperation im Briefdienst	70	36	48	12	21	3	2004 bis 2009
Kooperation bei Briefzusatzleistungen	34	5	5	3	3	5	
Zusatzvereinbarung zu den Verträgen über die Kooperation im Briefdienst (Briefe) Konzernzusatzvereinbarungen	7	5	3	0	6	2	siehe nächste Seite
Zusatzvereinbarungen zu den Verträgen über die Kooperation im Briefdienst (Briefe) Sortierzusatzvereinbarungen	15	13	9	0	0	0	
Verträge über die Einlieferung von Großbriefen 200 und Maxibriefen 200	967	231	350	182	93	--	
Alle Verträge	2.153	698	1.054	1.006	5.805	331	

* Stand 31. Dezember 2009

** Darüber hinaus wurden der Bundesnetzagentur 189 Verträge für 2000 und früher (auch für vor 1998) vorgelegt, deren Vertragsabschluss nicht exakt einem Jahr zugeordnet werden kann.

*** Die DP AG hat zu dieser Vertragsart eine ergänzende Nachlieferung angekündigt.

Abbildung 41

**Entwicklung der Neuabschlüsse der Teilleistungsverträge, die mit fortschreitender Dauer
der Gerichtsverfahren vorgelegt wurden (Fortsetzung)**

Vertragsart	2004	2005	2006	2007	2008	2009*	1998 – 2009*
Selbstbuchen von Übergabe Einschreibbriefsendungen/Einwurf-Einschreibbriefsendungen/Nachnahmebriefsendungen	--	--	--	--	--	--	8.659
Vorsortierung mit DV-Freimachung**	26	23	--	--	--	--	151
Freimachung von Sendungen mit DV-Anlagen und Postversandsystemen***	50	53	29	36	33	24	383
Kooperation im Briefdienst	--	--	--	--	--	--	190
Kooperation bei Briefzusatzleistungen	--	--	--	--	--	--	55
Zusatzvereinbarung zu den Verträgen über die Kooperation im Briefdienst (Briefe) Konzernzusatzvereinbarungen	--	--	--	--	--	--	23
Zusatzvereinbarungen zu den Verträgen über die Kooperation im Briefdienst (Briefe) Sortierzusatzvereinbarungen	--	--	--	--	--	--	37
Verträge über die Einlieferung von Großbriefen 200 und Maxibriefen 200	--	--	--	--	--	--	1.823
Alle Verträge	76	76	29	36	33	24	11.321

* Stand 31. Oktober 2009

** Darüber hinaus wurden der Bundesnetzagentur 189 Verträge für 2000 und früher (auch für vor 1998) vorgelegt, deren Vertragsabschluss nicht exakt einem Jahr zugeordnet werden kann.

*** Die DP AG hat zu dieser Vertragsart eine ergänzende Nachlieferung angekündigt.

Abbildung 42

Nicht mehr angebotene Teilleistungsverträge der DP AG

Vertragsart	Gültigkeit der Verträge
Selbstbuchen von Übergabe Einschreibbriefsendungen/ Einwurf-Einschreibbriefsendungen/ Nachnahmebriefsendungen	Das Produkt wurde zum 31. Dezember 2003 eingestellt
Vorsortierung mit DV-Freimachung	Das Produkt wurde zum 31. Dezember 2005 eingestellt
Kooperation im Briefdienst	Das Produkt wurde zum 31. März 2003 eingestellt
Kooperation bei Briefzusatzleistungen	Das Produkt wurde zum 31. März 2003 eingestellt
Zusatzvereinbarung zu den Verträgen über die Kooperation im Briefdienst (Briefe) Konzernzusatzvereinbarungen	Das Produkt wurde zum 31. März 2003 eingestellt
Zusatzvereinbarungen zu den Verträgen über die Kooperation im Briefdienst (Briefe) Sortierzusatzvereinbarungen	Das Produkt wurde zum 31. März 2003 eingestellt
Verträge über die Einlieferung von Großbriefen 200 und Maxibriefen 200	Das Produkt wurde zum 31. Dezember 2002 eingestellt

Quelle: Angaben der DP AG

Abbildung 43

Entwicklung der Neuabschlüsse der Teilleistungsverträge 1998 bis 2009, die erst nach der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vorgelegt wurden

1998 – 2009*	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009*
Vertragsart: Freistempelung von Sendungen												
320.933	30.895	44.171	43.847	44.432	23.152	17.507	18.158	24.724	19.529	19.067	24.978	10.473
Vertragsart: Freistempelung mit DV-Anlagen (Briefdienst)												
2693	123	165	287	270	341	261	263	246	222	162	214	139
Vertragsart: Kooperation bei Infopostversand												
822	21	15	21	13	20	39	30	19	16	382	209	37
Vertragsart: Zusatzvereinbarung zum Vertrag über die Kooperation bei Infopostversand												
152	0	3	3	3	3	10	4	7	5	58	44	12
Alle Verträge												
324.600	31.039	44.354	43.158	44.718	23.516	17.817	18.455	24.996	19.772	19.669	25.445	10.661

* Stand: 31. Oktober 2009

2.2 Zugang zu Postfachanlagen

Ein marktbeherrschender Anbieter von lizenzpflichtigen Postdienstleistungen ist dazu verpflichtet, Wettbewerbern gegen Entgelt die Zuführung von postfachadressierten Postsendungen zu den von ihm betriebenen Postfachanlagen zu gestatten (§ 29 Absatz 1 PostG).

2.3 Informationen über Adressänderungen

Ein marktbeherrschender Anbieter von lizenzpflichtigen Postdienstleistungen ist ebenfalls verpflichtet, Wettbewerbern gegen Entgelt den Zugang zu den bei ihm vorhandenen Informationen über Adressänderungen zu gewähren (§ 29 Absatz 2 i. V. m. Absatz 1 PostG).

Abbildung 44

Entwicklung der Neuabschlüsse der Verträge über den Zugang zu Postfachanlagen seit 1999

Jahr	1999*	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009**
Anzahl der Verträge	20	23	20	17	40	18	28	30	42	15	11

* seit 06/1999

** Stand 31. Oktober 2009
insgesamt aktualisierte Werte

Abbildung 45

Entwicklung der Neuabschlüsse der Verträge über den Zugang zu Informationen über Adressänderungen seit 2000

Jahr	2000*	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009**
Anzahl der Verträge	30	30	74	67	45	59	48	22	15	14

* seit 06/2000

** Stand 31. Oktober 2009
insgesamt aktualisierte Werte

3 Entgeltregulierung

3.1 Price-Cap-Regulierung

Die Beschlusskammer hat im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens die Porti der DP AG für Briefsendungen mit einem Gewicht bis 1 000 Gramm genehmigt. Im Rahmen dieses Genehmigungsverfahrens ist jährlich zu prüfen, ob die Preisänderungsvorgaben gemäß der Maßgrößenentscheidung erfüllt sind.

Aufgrund der in der Maßgrößenentscheidung festgelegten Price-Cap-Formel hätte die DP AG das Preisniveau für das Jahr 2009 um 0,5 Prozent anheben können. In ihrem Antrag hat sie jedoch auf die vollständige Ausschöpfung des Erhöhungsspielraums verzichtet. Der Preisantrag der DP AG sah keine Erhöhungen der Briefpreise im Inlandsbereich vor. Folglich bleiben die Porti für Inlandspost weiterhin stabil. Lediglich für die Auslandspost wurde eine Anhebung um 0,1 Prozent beantragt. Diesem Antrag hat die Beschlusskammer zugestimmt.

Auch für das Jahr 2010 hat die DP AG auf die vollständige Ausschöpfung ihres Erhöhungsspielraums verzichtet und lediglich für einige Auslandsbriefsendungen einen Preisanstieg um etwa die Hälfte des nach der Price-Cap-Formel möglichen Erhöhungsspielraums beantragt. Damit bleiben die Inlandsbriefpreise auch im Jahr 2010 stabil.

Die Price-Cap-Formel ist im Jahr 2007 neu festgelegt worden und gilt bis Ende 2011. Darin wurde der DP AG eine jährliche Produktivitätsfortschrittsrate von 1,8 Prozent auferlegt. Dieser Produktivitätsfortschrittsrate wird die vom Statistischen Bundesamt ermittelte Inflationsrate gegenübergestellt.

Mit dem Ende der Exklusivlizenz ab dem 1. Januar 2008 beschränkt sich die Ex-Ante-Preisregulierung auf Individualbriefsendungen, die hauptsächlich von Privatkunden und Kleingewerbetreibenden nachgefragt werden.

Abweichend zum vorangegangenen Price-Cap-Verfahren wird nur noch ein Korb gebildet, da sich die Dienstleistungen weder hinsichtlich Wettbewerbsintensität noch in ihrer Substituierbarkeit unterscheiden. Entgelte für Massensendungen, also Entgelte solcher Beförderungsleistungen, die ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Briefsendungen angewendet werden, unterliegen gemäß § 19 Satz 2 PostG ab dem 1. Januar 2008 nur noch der nachträglichen Missbrauchskontrolle durch die Beschlusskammer. § 19 Satz 2 PostG galt gemäß § 53 PostG für die Zeit der gesetzlichen Exklusivlizenz nicht für die Beförderung von Briefsendungen im Rahmen der Exklusivlizenz nach § 51 PostG. Damit ist der Geschäftskunden-/Massensendungsbereich ab 2008 de facto der ex-ante-Regulierung entzogen.

3.2 Entgelte für den Zugang zu Adressänderungen

Wegen Auslaufens der bestehenden Entgeltgenehmigung hatte die DP AG eine Genehmigung der Entgelte für den Zugang zu Adressänderungen ab dem 1. Januar 2009 beantragt. Die Beschlusskammer hat mit Beschluss BK5b-08/068 vom 2. Dezember 2008 die Entgelte für die Installa-

tion und den Adressdatenabgleich (Trefferentgelt) neu festgesetzt. Diese Entgelte beziehen sich auf Leistungen im Rahmen des von der DP AG entwickelten Blackboxverfahrens. Hierbei handelt es sich um ein Adresszugangsverfahren, bei dem Umzugsdaten den Wettbewerbern in verschlüsselter Form zur Verfügung gestellt werden. Dieses Adresszugangsverfahren ist für die Wettbewerber eine wesentliche Voraussetzung zur Gewährleistung einer hohen Zustellqualität.

Bei der Prüfung dieser Zugangsentgelte war von Seiten der Beschlusskammer ein besonderes Augenmerk darauf zu richten, dass die Entgelte keine missbräuchlichen Preisaufschläge enthalten. Eine Sichtung der Unterlagen und Bewertung unter Effizienzgesichtspunkten hat ergeben, dass sowohl das beantragte Installationsentgelt als auch das beantragte Trefferentgelt die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung überschreiten. Aufgrund der von der Beschlusskammer getroffenen Entscheidung wurden die Zugangsentgelte gegenüber dem Antrag abgesenkt. Für die einmalige Bereitstellung und Installation der notwendigen Komponenten wurde von der Beschlusskammer ein Entgelt von 58,47 Euro festgesetzt. Das Entgelt je Treffer wurde auf 0,10 Euro reduziert. Der Genehmigungszeitraum erstreckt sich auf den Zeitraum 1. Januar 2009 bis zum 31. Dezember 2011.

3.3 Entgelte für den Zugang zu Postfachanlagen

Die DP AG ist gesetzlich verpflichtet, ihren Wettbewerbern den Zugang zu ihren Postfachanlagen zu gewähren, um diesen die Zustellung postfachadressierter Sendungen zu ermöglichen. Die Entgelte, die die DP AG dafür verlangen darf, muss sie sich vorab von der Bundesnetzagentur genehmigen lassen.

Die Beschlusskammer hat mit Beschluss BK5b-09/063 vom 19. November 2009 die Nachfollegenehmigung für den Zugang von Wettbewerbern zu den Postfachanlagen der DP AG erteilt. Die Genehmigung gilt für den Zeitraum vom 1. Januar 2010 bis 31. Dezember 2012.

Die dabei erfolgte Erhöhung des einmaligen Annahmeentgeltes gegenüber dem Vorgängerbeschluss von 0,53 Euro auf 0,80 Euro beruht in erster Linie auf nachvollziehbaren Kostensteigerungen im Personalbereich.

Das Entgelt pro eingelieferte Sendung beträgt 0,05 Euro. Die genehmigte Erhöhung blieb dabei deutlich unter den von der DP AG beantragten Entgelten von 2,70 Euro pro Einlieferungsvorgang sowie zusätzlich 0,06 Euro pro eingelieferte Sendung.

Die genehmigten Entgelte sind kostenorientiert. Für den Wettbewerb stellen sie keine Markteintrittsbarriere dar. Die Tatsache, dass sich das Annahmeentgelt erhöht hat, wirkt sich nicht nachteilig für die Wettbewerber aus. Da die Anzahl der durchschnittlich eingelieferten Postsendungen pro Einlieferungsvorgang in den letzten Jahren deutlich gestiegen ist, bleiben die Annahmekosten je Sendung bei 0,04 Euro auf niedrigem Niveau. Das Durchschnittsentgelt für eine eingelieferte Sendung mit 0,09 Euro hat sich nur geringfügig erhöht.

3.4 Entgelte für die förmliche Zustellung

Bei der Genehmigungspflicht für Entgelte für die förmliche Zustellung handelt es sich um einen Sonderfall der Regulierung. Alle Wettbewerber, nicht nur der Marktherrscher, müssen sich ihre Entgelte nach den Maßstäben der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung genehmigen lassen. Im Verlauf des Jahres 2008 wurden etwa 80 Entgeltgenehmigungsverfahren durchgeführt. Über die Hälfte der Lizenznehmer beantragte dabei eine Genehmigung für die Zustellung im gesamten Bundesgebiet. Die Entwicklung verlief im Jahr 2009 ähnlich.

Zur Optimierung und Entbürokratisierung des Verfahrens hat die Beschlusskammer für Wettbewerber, die nur in geringem Umfang tätig werden, ein Antragsformular auf den Internetseiten der Bundesnetzagentur hinterlegt. Bei umfangreicheren Zustellvorhaben ist ein mehrseitiger Erhebungsbogen auszufüllen, der auf Nachfrage übersandt wird.

Zusätzlich zum klassischen Postzustellauftrag wird von der DP AG und einem der Wettbewerber seit 2005 auch eine elektronische Variante angeboten. Dabei wird der Auftrag elektronisch erfasst und dem Auftraggeber als jederzeit abrufbare Datei bereitgestellt. Zudem werden die physischen Urkunden später in gesammelter Form an den Absender zurückgeschickt. Die Entgelte für diese Leistungen sind mengenmäßig gestaffelt und mit einem bestimmten Schwellenwert versehen.

Auf dem Markt für förmliche Zustellungen ist ein weiter fortschreitender Konsolidierungsprozess zu beobachten. Der Markt zeichnet sich zudem dadurch aus, dass zunehmend ein Großteil der Aufträge in öffentlichen Vergabeverfahren erteilt wird.

Die Beschlusskammer hat mit ihrer Genehmigungspraxis den Besonderheiten des Vergabeverfahrens Rechnung getragen. So werden die Entgelte seit längerer Zeit nicht mehr veröffentlicht, um das Geheimhaltungsprinzip des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen. Zu klären war auch, wie bei Abweichungen der tatsächlich eingelieferten Sendungsmengen zu ausgeschriebenen Mengen abzurechnen ist. Auf Antrag werden auch Entgelte auf Basis der ausgeschriebenen Sendungsmengen genehmigt.

Um solche im öffentlichen Vergabeverfahren ausgeschriebenen Großaufträge abwickeln zu können, haben Wettbewerber miteinander Kooperationsverträge abgeschlossen.

4 Besondere Missbrauchsaufsicht

4.1 Verbesserte Teilleistungseinlieferungsbedingungen für Wettbewerber

Aufgrund diverser Beschwerden hatte die Beschlusskammer die Konditionen für Teilleistungseinlieferungen überprüft. Nach Intervention der Bundesnetzagentur hat die DP AG die beanstandeten Bedingungen für die Annahme von Briefsendungen in den Großannahmestellen ihrer Briefzentren neu gestaltet. Die Einlieferungszeiten für die Annahme von Briefsendungen wurden deutlich erweitert. Zudem gibt es Verbesserungen bei der Vergabe von so ge-

nannten Einlieferungsslots für Teilleistungssendungen sowie für den Umgang mit Teilleistungssendungen mit nicht aktuellen Tagesstempeln.

Im Einzelnen wurden folgende Missstände behoben und Verbesserungen durchgesetzt:

Die Großannahmestellen der Briefzentren sind nun bundesweit einheitlich länger geöffnet. Briefsendungen können werktäglich bis 20 Uhr (samstags bis 12 Uhr) eingeliefert werden. Auch außerhalb der regulären Öffnungszeiten der Großannahmestellen sind Sendungseinlieferungen zukünftig während der Produktionszeit des jeweiligen Briefzentrums möglich, in der Regel von Sonntagnacht bis Samstagmittag. Die Einlieferungsslots für Teilleistungssendungen wurden ebenfalls zeit- und mengenmäßig erweitert. Ungenutzte Slots können von der DP AG nach acht Wochen widerrufen oder an die tatsächlichen Einlieferungsmengen angepasst werden. So werden Restkapazitäten optimal genutzt. Sie können künftig bedarfs- und nachfragegerecht an interessierte Wettbewerber und Kunden vergeben werden. Bei zeit- und/oder mengenmäßiger Überschreitung der Einlieferungsslots kann es jedoch dazu kommen, dass diese Teilleistungssendungen erst im nächsten Zeitfenster bearbeitet werden.

In der Frage der Aktualität der Tagesstempel ist die DP AG auf Betreiben der Bundesnetzagentur den Forderungen der Wettbewerber entgegen gekommen. Sendungen mit zum Teil veralteten Tagesstempeln werden jetzt – entgegen der bisherigen Praxis – nicht mehr zurückgewiesen. Die DP AG hat jedoch ein großes Interesse an aktuellen Tagesstempeln, da der Empfänger die Brieflaufzeit mit dem Datum des Tagesstempels verbindet. Sie wird daher, wenn im Einzelfall erheblich überalterte Tagesstempel Überhand nehmen, mit dem betreffenden Konsolidierer nach einer akzeptablen Lösung suchen.

4.2 Erhöhung der Teilleistungsrabatte

Seit dem 1. Januar 2008 muss sich die DP AG Entgelte für Beförderungsleistungen ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Briefsendungen nicht mehr ex-ante genehmigen lassen. Hiervon sind insbesondere Entgelte für solche Briefsendungen erfasst, die vom Einlieferer teilleistungsrelevant vorbereitet wurden. Die DP AG hat dementsprechend auch im Rahmen der geltenden Price-Cap-Entscheidung erstmals nicht mehr die Genehmigung der sog. Teilleistungsrabatte beantragt.

Unabhängig davon hat sie zum 1. Januar 2008 die Teilleistungsrabatte für Großkunden, Wettbewerber und Konsolidierer in allen Stufen um 5 Prozent erhöht und die notwendigen Einlieferungsmengen deutlich abgesenkt.

Der Bundesnetzagentur sind im Berichtszeitraum keine Fälle bekannt bzw. gemeldet worden, in denen die DP AG einzelne Einlieferer oder Gruppen von Einlieferern benachteiligt, indem sie ihnen nicht die gleichen Bedingungen einräumt. Ebenso ist nicht bekannt geworden bzw. gemeldet worden, dass einzelne Einlieferer bevorzugt würden, indem ihnen größere Rabatte gewährt oder weniger Vorleistungen abverlangt würden.

Generell ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass die Bundesnetzagentur es ausdrücklich begrüßen würde, wenn die Regelungen über die Missbrauchsaufsicht an die in den Bereichen Energie bzw. Telekommunikation geltenden Vorschriften angeglichen würden. Diesbezügliche Anregungen wurden dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie übermittelt.

5 Regulierung grenzüberschreitender Postdienstleistungen

5.1 Überwachung des Weltpostvertrags

Der Weltpostvertrag vom 15. September 1999 regelt den internationalen postalischen Grunddienst. Mit dem Gesetz zu den Verträgen vom 15. September 1999 des Weltpostvereins (Transformationsgesetz, BGBl. II 2002, Nummer 23, S. 1446) wurde er in nationales Gesetz umgesetzt. Dabei wurde bislang nur die DP AG damit beauftragt, für die Bundesrepublik Deutschland als Teilnehmer an dem durch das Transformationsgesetz erfassten internationalen Postverkehr aufzutreten. Die Einhaltung der Vorgaben des Transformationsgesetzes sowie des Weltpostvertrags ist von der Bundesnetzagentur zu überwachen (siehe auch Anmerkung Teil IV, Stellungnahme gemäß § 47 PostG zur „Exklusivlizenz“).

Zwischenzeitlich liegt der Weltpostvertrag in den Fassungen aus den Jahren 2004 und 2008 vor. Diese wurden bislang nicht in nationales Gesetz umgesetzt.

5.2 Überprüfung des Abrechnungssystems der DP AG bei Endvergütungen

Anlässlich einer Beschwerde wird derzeit das Vorgehen der DP AG bei der Berechnung von Endvergütungen für ihre Remailing-Nachforderungen überprüft:

Die DP AG ist verpflichtet, die im Rahmen des Weltpostvertrags zur Weiterleitung bzw. zur Zustellung im Inland übergebenen grenzüberschreitenden Sendungen bestimmungsgemäß auszuliefern. Eine Ausnahme ist jedoch u. a. für das so genannte ABA-Remailing vorgesehen. Dieses liegt vor, wenn ein im Inland ansässiger Absender (A) seine an ebenfalls im Inland ansässige Empfänger (A) gerichtete Briefsendungen über einen im Ausland tätigen Postdienstleister (B) bei der DP AG einliefern lässt. Diese Sendungen werden als Inlandspost angesehen. Sofern diese Umleitung der Sendungen geschieht, um ein zwischen der DP AG und jenem ausländischen Postunternehmen bestehendes günstigeres Gebührengelände auszunutzen, wird es als unzulässig angesehen. Zur Sanktionierung eröffnet der Weltpostvertrag dem betroffenen inländischen Postunternehmen die Möglichkeit, die betroffenen Sendungen zurückzuweisen oder für die Zustellung die entsprechenden Inlandsgebühren nachzufordern (siehe Artikel 43 Weltpostvertrag 1999).

In Fällen dieser Art liefert die DP AG regelmäßig die Sendungen zunächst aus und fordert nachträglich vom Absender die entsprechenden Inlandsgebühren, abzüglich der Endvergütungen. Bei diesen Endvergütungen handelt es sich um die finanziellen Ausgleichsleistungen, die das

im Inland zustellende Postunternehmen (vorliegend die DP AG) von dem einliefernden ausländischen Postdienstleister erhält. Die Bundesnetzagentur untersucht gegenwärtig das Abrechnungssystem hinsichtlich der Vereinbarkeit mit dem von der Kommission genehmigten Verfahren, das die DP AG zur Ermittlung solcher Endvergütungen anwendet.

6 Internationale Aktivitäten

6.1 Weltpostverein

Teilnahme der Bundesnetzagentur am 24. Weltpostkongress 2008 in Genf

Vom 23. Juli 2008 bis zum 12. August 2008 hat in Genf der 24. Weltpostkongress mit mehr als 2 500 Delegierten aus insgesamt 179 der 191 Mitgliedsländer des Weltpostvereins stattgefunden.

Im Fokus des Weltpostkongresses standen zum einen die Wahlen für die Führungspositionen im Weltpostverein. Weiterhin wählte der Kongress auch die 40 Mitgliedsländer in den für hoheitliche Aufgaben zuständigen Verwaltungsrat und in den für betriebliche Fragen zuständigen Rat für Postbetrieb. Deutschland wurde von den stimmberechtigten Mitgliedern des Kongresses in beide Gremien wiedergewählt und konnte bei den Wahlen zum Verwaltungsrat die meisten Stimmen der gewählten Mitgliedsländer verzeichnen.

Inhaltlich beschäftigte sich der 24. Weltpostkongress mit insgesamt mehr als 300 Vorschlägen und Resolutionen. Eine der zentralen Entscheidungen des Kongresses war die Verabschiedung der so genannten Nairobi Postal Strategy 2009 – 2012. In dieser werden die vier Eckpfeiler und die Rolle des Weltpostvereins in einem zunehmend globalisierten Umfeld für die kommenden Jahre festgelegt:

- (1) Verbesserung der Effizienz des weltweiten Postnetzes
- (2) Förderung und Anpassung des Postuniversaldienstes
- (3) Förderung der nachhaltigen Entwicklung des Postsektors
- (4) Förderung des Wachstums der Postmärkte.

Einen weiteren Schwerpunkt der Diskussionen bildete erneut die seit geraumer Zeit, insbesondere auch von Deutschland, eingeforderte Reform des Weltpostvereins, um der weltweiten Liberalisierung der Postmärkte der Mitgliedsländer Rechnung zu tragen. In diesem Zusammenhang konnte sich der Kongress zumindest darauf verständigen, in den Verträgen der Organisation den alten Begriff „Postverwaltung“ durch „Mitgliedsland“ (bei hoheitlichen Aufgaben) bzw. „benannter Betreiber“ (bei betrieblichen Aufgaben) zu ersetzen. Weitere Reformschritte in Richtung einer Trennung von hoheitlichen und betrieblichen Fragestellungen und eine deutliche, auch organisatorische, Rollenverteilung zur Wahrnehmung dieser Aufgaben sind jedoch weiterhin erforderlich und müssen auch in Zukunft weiterverfolgt werden.

Der 25. Weltpostkongress wird auf Einladung Katars im Jahr 2012 in Doha stattfinden.

6.2 CERP

Das CERP (Europäisches Komitee für Regulierung im Postbereich) ist als Komitee der CEPT (Europäische Konferenz für Post und Telekommunikation) für die regulatorischen Aspekte im Postbereich zuständig. Mitglieder in der CEPT (und somit auch in CERP) sind 48 europäische Länder. Deutschland wird durch das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vertreten, die Bundesnetzagentur nimmt in enger Absprache mit dem Ministerium Aufgaben – teilweise auch selbstständig – wahr. Seit Mai 2008 stellt die Bundesnetzagentur den Vorsitzenden des CERP und leitet somit auch das Sekretariat.

Im Fokus der CERP-Aufgaben steht aktuell die Heranführung und Begleitung insbesondere der neuen EU-Mitgliedstaaten an die vollumfängliche Realisierung des EU-Binnenmarktes. Auch die Zusammenarbeit mit der Europäischen Kommission und dem Weltpostverein sind vorrangige Aufgaben von CERP.

Um dieser Aufgabe gerecht zu werden, wurden im Herbst 2008 innerhalb des CERP stärker ergebnisorientierte Strukturen eingeführt. Zu diesem Zweck wurden zwei Arbeitsgruppen eingerichtet: „Politik“ und „Umsetzung“. Ziel dieser zweigliedrigen Struktur ist eine stärkere Trennung zwischen den für Post zuständigen Ministerien und den entsprechenden Regulierungsbehörden. Des Weiteren wurden neun Projektgruppen eingerichtet:

- Kostenrechnung und Preisgestaltung (Vorsitz: Schweiz)
- Finanzierung des Universaldienstes (Vorsitz: Schweden)
- Verbraucherfragen (Vorsitz: Deutschland)
- Statistik (Vorsitz: Frankreich)
- Nationale Regulierungsbehörden (Vorsitz: Großbritannien)
- Nachhaltige Entwicklung (Vorsitz: Belgien)
- Marktbeobachtung (Vorsitz: Belgien)
- Politik (Vorsitz: Norwegen)
- Universaldienst (Vorsitz: Polen).

Die in den Projektgruppen erarbeiteten Stellungnahmen und Empfehlungen werden in den beiden Arbeitsgruppen „Politik“ und „Umsetzung“ beraten und dem zweimal jährlich tagenden Plenum zur Annahme zugeleitet. So wurden unter anderem im Frühjahr 2009 die Empfehlungen zur Kostenrechnung und im Herbst 2009 der Leitfaden zur Preisgenehmigung angenommen.

CERP nimmt als Interessenvertreter der Europäischen Regulierer im Postbereich regelmäßig an den Tagungen des Richtlinienausschusses der Europäischen Kommission teil und begleitet dabei den weiteren Weg der Liberalisierung der Postmärkte bis hin zu deren vollständigen Öffnung.

Seit Frühjahr 2009 werden die Arbeiten und Ergebnisse des CERP in einem regelmäßig erscheinenden Newsletter der interessierten Öffentlichkeit zur Kenntnis gebracht.

6.3 CEPT

Die CEPT (Europäische Konferenz für Post und Telekommunikation) hat als Dachverband neben CERP noch zwei weitere Komitees, das Electronic Communications Committee (ECC), ebenfalls unter deutschem Vorsitz (Bundesnetzagentur), und das Committee for ITU Policy (Com-ITU), unter schwedischem Vorsitz.

Seit der im Frühjahr 2009 vollzogenen Neustrukturierung der CEPT bilden die Vorsitzenden der drei Komitees gemeinsam die Präsidenschaft.

CEPT nimmt als „Engerer Verein“ des Weltpostvereins an den Tagungen des Postverwaltungsrates und des Rats für Postbetrieb teil. Als solcher nimmt er die regionalen Interessen der CERP-Mitglieder beim Weltpostverein wahr.

6.4 CEN

Das Europäische Komitee für Normung (CEN) erarbeitet in seinem Technischen Komitee 331 Standards für den Postbereich. In der aus regulatorischer Sicht besonders wichtigen Arbeitsgruppe 1, in der die Bundesnetzagentur bis Herbst 2009 den Vorsitz hatte, werden Standards für die Qualitätsmessung entwickelt. So wird hier seit Anfang 2008 der Standard zur Laufzeitmessung (EN13850), dessen Anwendung innerhalb der Europäischen Union vorgeschrieben ist, überarbeitet.

6.5 Bilateraler Austausch

Vertreter von Regulierungsbehörden anderer Länder (u. a. Schweiz, Frankreich, Großbritannien, Österreich, China) sowie auch überregionale Verbände (COMESA/Afrika) haben sich bei der Bundesnetzagentur über die Struktur der Behörde sowie über sektorspezifische Regulierungsansätze, wie z. B. Kostenrechnungssysteme oder Lizenznehmerkontrolle, informiert. In den Besprechungen wurden unterschiedliche Konzepte präsentiert und intensiv diskutiert.

6.6 Temporäre Partnerschaften im Postbereich (Twinning-Projekte)

Im Jahr 2008 stand die Bundesnetzagentur als Twinning-Partner für eine Zusammenarbeit einer Verwaltung eines „alten“ Mitgliedstaates der Europäischen Union mit den entsprechenden Stellen des Beitrittskandidaten Kroatien zur Verfügung. Ziel dieser sechsmonatigen Twinning-Maßnahme war es, der kroatischen Regulierungsbehörde fachspezifische Kenntnisse im Bereich der Regulierung der Postmärkte zu vermitteln.

Im Mittelpunkt standen die Mechanismen der Entgeltregulierung, der Marktzutrittsförderung und der Marktbeobachtung. Die dauerhafte Gewährleistung des Universaldienstes, die Kontrolle lizenzierter Unternehmen und der Verbraucherschutz waren weitere wichtige Themen, die im Rahmen von Vorträgen und Workshops eingehend erörtert wurden. Gemeinsam mit der Partnerbehörde wurden in diesen Bereichen Konzepte entwickelt, die sich für eine Umsetzung vor Ort anbieten.

Neben dem breit angelegten Wissens- und Erfahrungstransfer trugen insbesondere die Hinweise, die im Rahmen der Erarbeitung von Empfehlungen für notwendige zukünftige Gesetzesanpassungen erzielt wurden, zur erfolgreichen Durchführung des Projekts bei.

7 Postgeheimnis, Datenschutz

Zu den Aufgaben der Bundesnetzagentur gehört es, die Wahrung des Postgeheimnisses und der entsprechenden Datenschutzvorschriften durch die privaten Diensteanbieter auf dem Postmarkt sicherzustellen. Vor dem Hintergrund, dass dem Staat trotz einer Liberalisierung und Privatisierung der Postdienstleistungen die Gewährleistungspflicht gemäß Artikel 10 GG obliegt, nimmt die Bundesnetzagentur diese Aufsichtsfunktion wahr. Die rechtlichen Grundlagen hierfür finden sich in den §§ 39 ff des Postgesetzes sowie in der Postdienste-Datenschutzverordnung (PDSV): Dem Postgeheimnis unterliegen demnach nicht nur der Inhalt von Postsendungen, sondern auch die näheren Umstände des Postverkehrs natürlicher oder juristischer Personen (§ 39 Absatz 1 PostG). Zum Schutz der personenbezogenen Daten der am Postverkehr Beteiligten enthält § 41 PostG wesentliche Regelungen, die durch die PDSV konkretisiert und durch das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) ergänzt werden.

Im Berichtszeitraum waren bei Unternehmen und Verbrauchern aufgetretene Auslegungs- und Anwendungsfragen durch die Bundesnetzagentur zu beantworten. Die Weitergabe von Adressen war vereinzelt Thema von Anfragen und Beschwerden. In diesem Zusammenhang wies die Bundesnetzagentur wiederholt darauf hin, dass die Deutsche Post Direkt GmbH, die im so genannten Adressmanagement tätig ist, ein eigenständiges Tochterunternehmen der DP AG darstellt, das nicht dem datenschutzrechtlichen Regime des Postgesetzes und der PDSV, sondern der Aufsicht des zuständigen Landesdatenschutzbeauftragten unterliegt. Auch Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit der konkreten Zustellung (z. B. der Verlust des Sendungsinhalts, das Einlegen der Sendung in die offene, sog. Zeitungsbox und nicht in den Briefkasten) waren Gegenstand von Beschwerden. Hierbei handelte es sich regelmäßig um Einzelfälle, die keine förmlichen Maßnahmen der Bundesnetzagentur nach sich zogen. Die Frage, unter welchen Bedingungen eine Postsendung vom Diensteanbieter zulässigerweise auf der Grundlage von § 39 Absatz 4 PostG aus betrieblichen Gründen, beispielsweise zur Prüfung von Entgeltzwecken oder zur Bearbeitung unanbringlicher Sendungen, geöffnet werden darf, war auch im vorliegenden Berichtszeitraum wieder Gegenstand von Anfragen.

Gemeinsam mit dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) wurde im Berichtszeitraum eine anlassbezogene Überprüfung im Hinblick auf die Einhaltung des Postgeheimnisses und der Datenschutzvorschriften durchgeführt. Vorausgegangen war eine Beschwerde eines Bürgers über die Auflistung von Adressdaten in so genannten Mieterbüchern durch einen Postdiensteanbieter, ohne dass Zustellbesonderheiten vorgelegen hätten. Dem Unternehmen wurde aufgegeben,

die Mieterbücher zu überarbeiten, da eine Aufnahme von Adressdaten in Listen bzw. Mieterbücher nur erfolgen darf, um eine ordnungsgemäße Zustellung zu gewährleisten.

Anordnungen oder sonstige weitergehende Maßnahmen der Bundesnetzagentur nach § 42 PostG waren insoweit jedoch nicht erforderlich.

Zeitgleich mit der Überprüfung von Postdiensteanbietern im Hinblick auf die Einhaltung der Lizenzbedingungen wurden bundesweit anlassunabhängige Kontrollen in Bezug auf das Postgeheimnis und die Datenschutzvorschriften durchgeführt. Hier wurden seit Anfang des Berichtszeitraums (Januar 2008) etwa 200 Prüfberichte an das Datenschutzreferat übermittelt. Grobe Verstöße gegen das Postgeheimnis und die datenschutzrechtlichen Bestimmungen, die ein weitergehendes Einschreiten der Bundesnetzagentur erforderlich gemacht hätten, konnten jedoch nicht festgestellt werden. Themen der anlassfreien Kontrollen, die teilweise mit dem BfDI durchgeführt wurden, waren u. a. der internationale Postverkehr sowie die im Zusammenhang mit der Verarbeitung großer Datenmengen einhergehenden datenschutzrechtlichen Fragestellungen.

Kontakte zu Unternehmen, Verbänden und zum Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit wurden durch die Bundesnetzagentur weiter gepflegt. Die Teilnahme an Arbeitskreisen, regelmäßige Treffen zum Informationsaustausch, aber auch gemeinsame Informations- und Kontrollbesuche mit dem BfDI bildeten hierbei einen Schwerpunkt. Im Einzelnen sollen die folgenden Fälle beispielhaft für die Arbeit im Berichtszeitraum geschildert werden:

Im Rahmen einer Beschwerde wurde vorgetragen, dass sämtliche Postfächer in einer näher bezeichneten Postfachanlage während des Sortiervorgangs geöffnet und unbeaufsichtigt seien und sich die noch nicht einsortierte Post für jedermann zugänglich und ungesichert auf einer Ablagefläche befinden würde. Der Postdiensteanbieter wirkte nach Aufforderung durch die Bundesnetzagentur darauf hin, dass das Personal unmittelbar seine Arbeitsweise änderte. Durch das Ergreifen einer weiteren betrieblichen Maßnahme, nämlich das zeitnahe Anschaffen von Postfachschränken, die eine Bestückung von der Rückseite erlauben, sollte zusätzlich sichergestellt werden, dass die Problematik der während der Geschäftszeiten offenstehenden Postfachschränke zuverlässig behoben werden konnte. Neue Beschwerdefälle jener Art sind der Bundesnetzagentur nicht bekannt geworden.

Ein weiterer Beschwerdeführer rügte das Ablegen von Briefsendungen im Freien durch einen Postdiensteanbieter. Jener Vortrag wurde von den zuständigen Zustellern jedoch bestritten. Der Postdiensteanbieter betonte in seiner Stellungnahme gegenüber der Bundesnetzagentur den Umstand, dass seine Mitarbeiter regelmäßig in Bezug auf das Postgeheimnis und den Datenschutz geschult würden. Weitere Beschwerden hinsichtlich jenes Unternehmens bzw. hinsichtlich jener Thematik sind nicht bekannt geworden.

Teil III Universaldienst

1 Gewährleistung des Universaldienstes durch die Bundesnetzagentur

Allgemeines

Zu Beginn des Berichtszeitraums traten grundlegende Änderungen der Rechtslage zur Sicherstellung des Universaldienstes in Kraft:

- Seit dem 1. Januar 2008 ist die DP AG nicht mehr unmittelbar gesetzlich (§ 52 Satz 1 PostG) verpflichtet, Post-Universaldienstleistungen zu erbringen. Ihre besondere Rolle als verpflichteter Universaldienstleister, die sie bis dahin innehatte, ist insoweit beendet.
- Die Sicherstellung des Universaldienstes, die sich aus der Gewährleistungsverpflichtung des Bundes nach Artikel 87 f Grundgesetz ergibt, ist (wieder) in die Verantwortung der Bundesnetzagentur übergegangen. Die §§ 12 bis 17 des Postgesetzes, die für die Zeit bis zum Ende der gesetzlichen Exklusivlizenz der DP AG suspendiert waren, finden wieder Anwendung.
- Die Regelung, dass mindestens 5 000 stationäre Einrichtungen mit unternehmenseigenem Personal betrieben werden müssen (§ 2 Nummer 1 PUDLV), ist ersatzlos entfallen. Jedes Unternehmen ist frei in der Entscheidung, seine stationären Einrichtungen mit unternehmenseigenem Personal zu betreiben oder die Aufgaben an andere zu übertragen.

Die Versorgung mit Universaldienstleistungen

Nach der dem Grundgesetz und dem Postgesetz zugrunde liegenden Konzeption tragen alle auf dem Postmarkt tätigen Unternehmen zur Erbringung des Post-Universaldienstes bei. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Beiträge der einzelnen Anbieter für sich betrachtet die Definition des Universaldienstes gemäß § 11 PostG in Verbindung mit der Post-Universaldienstverordnung (PUDLV) ausfüllen. Jeder Beitrag ist von Bedeutung, damit in der Summe der Universaldienst gewährleistet ist.

Die effektive Erbringung des Universaldienstes hängt wesentlich von der vorhandenen Wettbewerbslage ab: Sofern funktionierender Wettbewerb auf den Märkten für Postdienstleistungen existiert, besteht auch die Chance, dass die Postdienstleistungen in einer Differenziertheit, Qualität, Dichte und Preislage angeboten werden, die der Konzeption und Definition des Universaldienstes nach dem Postgesetz entsprechen.

Für die als Universaldienst definierten Paketdienste (§ 1 Absatz 1 Nummer 2 PUDLV) ist dieser Marktzustand annähernd erreicht. Dienstleister wie die Deutsche Post DHL, Dynamic Parcel Distribution (DPD), General Logistics Systems (GLS), United Parcel Service (UPS), Hermes Logistik Gruppe Deutschland (Hermes) und andere halten neben ihren Angeboten für Geschäftskunden in begrenztem Umfang auch Angebote für das Consumer-Segment, also Privatkunden und andere Kleinversender, bereit und leisten somit einen Beitrag zur Grundversorgung.

Zwei dieser Unternehmen, nämlich die Deutsche Post DHL und Hermes, bieten Paketdienstleistungen nahezu in gleichem Umfang für alle Nachfrager auch in stationären Einrichtungen an. Die Deutsche Post DHL war lange Zeit der einzige Anbieter, der Dienstleistungen im Paketbereich für Privatkunden und gewerbliche Kleinversender bereithielt. Hermes hat seit dem Jahr 2003 seine Angebotspalette auf Privatkunden und gewerbliche Kleinversender ausgedehnt. Mittlerweile hat Hermes im Consumer-Segment einen bedeutenden Marktanteil erreicht und sich mit rund 14 000 Annahmestellen („Paketshops“) als gewichtiger Herausforderer der Deutschen Post DHL etabliert. Bei den anderen Paketdienstleistern sind Bestrebungen, die Flächenabdeckung von Annahmestellen für Einzelkunden weiter voranzutreiben, bislang nicht erkennbar.

Der Paketmarkt kann beispielhaft dafür angeführt werden, wie aufkommender Wettbewerb zu nachhaltigen Angebotsverbesserungen für Privatkunden und gewerbliche Kleinversender führt. Neben der höheren Versorgungsqualität lässt sich auch eine erkennbar höhere Kundenzufriedenheit feststellen, wenn Kunden die Möglichkeit haben, aus mehreren konkurrierenden Angeboten auszuwählen.

Für die als Universaldienst definierten Briefdienste (§ 1 Absatz 1 Nummer 1 PUDLV) ist eine vergleichbare Entwicklung lediglich in Ansätzen erkennbar. Bislang ist es nicht gelungen, neben dem Briefnetz der DP AG ein zweites flächendeckendes Verteilnetz aufzubauen, mit dessen Hilfe der Universaldienst im Briefbereich alternativ abgedeckt werden könnte. Die Privatkunden und gewerblichen Kleinversender sind daher gegenwärtig noch weitgehend auf das Angebot der DP AG angewiesen, um ihre Grundbedürfnisse nach Briefdienstleistungen befriedigen zu können.

Die ebenfalls als Universaldienst definierte Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften (§ 1 Absatz 1 Nummer 3 PUDLV) wird – wie beim Briefdienst – bislang im Wesentlichen durch die DP AG mit ihrer Pressedistribution sowie von im Verlagswesen tätigen Unternehmen abgedeckt. Das insgesamt niedrige Preisniveau für diese Dienstleistungen hat die Etablierung zusätzlicher Angebote bisher erschwert. Veränderungen an der weitgehend starren Angebotsstruktur sind angesichts sinkender Auflagen von Presseerzeugnissen kurzfristig nicht zu erwarten.

Beiträge von DP AG und Wettbewerbern zum Universaldienst

Die in der Öffentlichkeit immer noch verbreitete Auffassung, dass die DP AG weiterhin zur Erbringung des Universaldienstes verpflichtet sei, trifft nicht mehr zu. Seit dem 1. Januar 2008 gibt es in Deutschland keinen verpflichteten bzw. nach europäischem Recht „benannten“ Universaldienstanbieter. Dennoch werden sämtliche Universaldienstleistungen nach wie vor von der DP AG erbracht. Nach dem Wegfall ihrer Universaldienstverpflichtung Ende 2007 hat die DP AG wiederholt öffentlich erklärt, dass sie den Universaldienst auch weiterhin ungeschmälert erbringen werde.

Vor allem dieser Beitrag hat im Ergebnis dazu geführt, dass im Berichtszeitraum die Universaldienstleistungen im Briefmarkt durchweg in einer der PUDLV-Definition entsprechenden Weise angeboten worden sind. Eine Anwendung des nach dem Postgesetz vorgesehenen Instrumentariums zur Sicherstellung des Universaldienstes nach den Regelungen der §§ 12 bis 17 PostG war daher nicht erforderlich.

Die Auswirkungen der Rationalisierungsmaßnahmen der DP AG in jüngster Zeit stellen bis jetzt noch keine formale Einschränkung des Universaldienstes (die sie gemäß § 56 PostG sechs Monate im Voraus der Regulierungsbehörde mitzuteilen hätte) dar, können aber in der Tendenz darauf hinaus laufen. So hat die DP AG beispielsweise aufgrund neuer Vertragsbedingungen für Postagenturbetreiber an verschiedenen Pflichtstandorten nach der PUDLV Probleme, zeitnah neue Vertragspartner zu finden. Auch traten in mehreren Regionen im Herbst/Winter 2008 vorübergehend Probleme mit der vollständigen und zeitgerechten Zustellung der anfallenden Tagespost auf. Nach Intervention der Bundesnetzagentur wurde schließlich die Zahl der eingesetzten Zustellkräfte aufgestockt, um Qualitätsverschlechterungen oder gar einen tageweise Ausfall der werktäglichen Zustellung abzuwenden. Ähnliche Probleme mit der Zustellung zeigten sich im Sommer 2009, als die DP AG für einen befristeten Zeitraum in den Monaten Juli und August betriebliche Maßnahmen zur Anpassung der Zustellorganisation an die reduzierten Briefvolumina vorgenommen hatte.

Unabhängig davon hat die DP AG im Berichtszeitraum damit begonnen, an Filialstandorten, die nicht Pflichtstandorte gemäß der PUDLV sind, ihr Angebot an stationären Einrichtungen konsequent zu reduzieren, wenn nicht sogar vollständig aufzugeben.

Die Bundesnetzagentur wird die weitere Entwicklung sorgfältig beobachten und einer kritischen Bewertung unterziehen. Bei drohenden Versorgungsdefiziten wird sie unverzüglich einschreiten.

Umso wichtiger erscheint es, gleichzeitig das Engagement der Wettbewerber für den Universaldienst zu fördern. Die Bundesnetzagentur begrüßt deshalb Initiativen derjenigen Unternehmen, die ihre Dienstleistungen zukünftig verstärkt an den Vorgaben der PUDLV ausrichten wollen, wie dies im Bereich der Paketdienstleistungen bereits der Fall ist. Die Bundesnetzagentur spricht beispielsweise im Vorfeld von drohenden Vakanzen bei stationären Einrichtungen nicht nur die DP AG, sondern alle Unternehmen an, die zu einer Behebung der Unterversorgung in der Lage wären. Letztlich geht es auch darum, zusätzliche Beiträge von Wettbewerbern im Universaldienst zu generieren.

2 Qualität des Post-Universaldienstes

Stationäre Einrichtungen

Die stationären Einrichtungen bilden das Rückgrat des Universaldienstes. Sie stellen vor allem für Privatkunden und gewerbliche Kleinversender die Zugangspunkte zu den Universaldienstleistungen dar.

Nach § 2 Nummer 1 PUDLV müssen bundesweit mindestens 12 000 stationäre Einrichtungen vorhanden sein, in denen Verträge über Brief- bzw. Paketbeförderungsleistungen abgeschlossen werden können. Diese Anforderung ist erfüllt. Allein die DP AG unterhält 12 548 stationäre Einrichtungen (Stand am 30. September 2009).

Die Wettbewerber der DP AG halten inzwischen auch in nennenswertem Umfang Annahmestellen (stationäre Einrichtungen) für ihre Kunden vor. Rund 170 Unternehmen verfügen ca. rund 27 500 Annahmestellen, die auch für unzustellbare oder zu lagernde Pakete und Briefe genutzt werden.¹⁴

Den zahlenmäßig größten Anteil an den Annahmestellen der Wettbewerber hat die Hermes Logistikgruppe. In ihren 14 000 so genannten „Hermes-Paketshops“ bietet sie für Privatkunden und gewerbliche Kleinversender Paketdienstleistungen an. Hermes leistet damit bereits jetzt einen bedeutenden Beitrag zur flächendeckenden Versorgung mit stationären Einrichtungen für Paketdienstleistungen.

Insgesamt werden die relevanten Bestimmungen der PUDLV hinsichtlich der Anzahl der stationären Einrichtungen sowie der Einwohner- und Entfernungskriterien durchgehend eingehalten. Die Gefahr einer ständigen Einschränkung des Universaldienstes unter die von der PUDLV vorgegebenen Qualitätsmerkmale besteht vorerst nicht.

Stationäre Einrichtungen mit unternehmenseigenem Personal

Die Regelung der PUDLV, wonach mindestens 5 000 stationäre Einrichtungen mit unternehmenseigenem Personal betrieben werden müssen, ist seit Anfang 2008 mit dem Wegfall der Verpflichtung der DP AG zur Erbringung des Universaldienstes gegenstandslos geworden. Die DP AG hat ab diesem Zeitpunkt zunehmend damit begonnen, ihre eigenbetriebenen Filialen, d. h. die klassischen Postfilialen und die Post-Service-Filialen in so genannte Partner-Filialen umzuwandeln bzw. auszulagern. So wurde die Bundesnetzagentur im Berichtszeitraum immer wieder mit Forderungen konfrontiert, die die Rechtmäßigkeit des Handelns der DP AG in Frage stellten. Zugleich wurde die Angemessenheit der Versorgung der Bevölkerung mit stationären Einrichtungen thematisiert. Dabei entstand oftmals der Eindruck, dass die geltende Marktlösung nicht hinreichend bekannt ist und mögliche Alternativen nicht einbezogen wurden.

Aus der nachfolgenden Tabelle lässt sich entnehmen, wie weit die Umwandlung der eigenbetriebenen Post- und Post-Service-Filialen der DP AG in fremdbetriebene Partnerfilialen fortgeschritten ist.

Mit Stand 30. September 2009 wurden noch 435 Postfilialen und 3 229 Post-Service-Filialen durch die DP AG

¹⁴ Darüber hinaus stehen den Kunden bei Wettbewerbern und DHL ca. 6 700 technische Vorrichtungen zum Sendungsempfang und der Einlieferung von Sendungen zur Verfügung.

Abbildung 46

Entwicklung der eigen- und fremdbetriebenen Filialen der DP AG

Stationäre Einrichtungen	SOLL (Vorgabe PUDLV)	Filialform	IST		
			31.12.2007	31.12.2008	30.09.2009
eigenbetrieben (mit unternehmens-eigenem Personal)	keine	Post-Filialen	784	597	435
		Post-Service-Filialen	3.801	3.540	3.229
		Summe	4.585	4.137	3.664
fremdbetrieben	keine	Partner-Filialen (Agenturen)	7.177	7.483	8.029
		Bank-Filialen	850	856	855
		Summe	8.027	8.339	8.884
insgesamt	mindestens 12.000		12.612	12.476	12.548
↳ davon in Gemeinden mit ≤ 2.000 Einwohnern			1.372	1.375	1.233

selbst betrieben. Das Unternehmen erweitert zudem sein Netz mit so genannten Verkaufspunkten sowie mit Automaten, die jeweils eine reduzierte Produktpalette anbieten.

Im Berichtszeitraum hatte die Bundesnetzagentur keinerlei Hinweise auf die andauernde Nichtbesetzung eines der Pflichtstandorte nach der PUDLV. Alle vakanten Standorte wurden innerhalb eines vertretbaren Zeitraums wieder besetzt.

Sonstige Entwicklung bei den stationären Einrichtungen

Mit teilweiser Unterstützung einzelner Bundesländer werden auf kommunaler Ebene Gemeindezentren errichtet, in denen Bürgern möglichst umfassende Leistungen der Daseinsvorsorge wie etwa Arzt-, Apotheken- und auch Postdienstleistungen angeboten werden sollen. Die Bundesnetzagentur wird darauf hinwirken, dass allen Wettbewerbern die Möglichkeit gegeben wird, sich bei solchen Projekten einzubringen.

Briefkästen

Für Briefkästen besteht – anders als für die stationären Einrichtungen – keine gesetzlich festgelegte Mindestzahl. Nach § 2 Nummer 2 PUDLV müssen Briefkästen jedoch so ausreichend vorhanden sein, dass in zusammenhängend bebauten Wohngebieten in der Regel nicht mehr als 1 000 Meter zurückzulegen sind, um zu einem solchen zu gelangen.

Die Einhaltung der Vorgaben der PUDLV wird – zumindest für die von der DP AG vorgehaltenen Briefkästen – aufgrund der regelmäßigen Mitteilung über die Anzahl und die Standorte kontrolliert. Die DP AG unterhält insgesamt 110 996 Briefkästen (Stand: 30. September 2009).

Dem gegenüber stehen 3 783 Briefkästen (Stand: 30. September 2009), die von rund 75 Wettbewerbern vorgehalten werden.

Die gesetzliche Vorgabe bezüglich der Briefkästen wurde im Berichtszeitraum eingehalten.

Brieflaufzeiten

Die Post-Universaldienstleistungsverordnung gibt vor, dass von den an einem Werktag eingelieferten inländischen Briefsendungen im Jahresdurchschnitt mindestens 80 Prozent am ersten auf den Einlieferungstag folgenden Werktag und 95 Prozent bis zum zweiten auf den Einlieferungstag folgenden Werktag ausgeliefert werden müssen. Ausgenommen davon sind Sendungen, die eine Mindesteinlieferungsmenge von 50 Stück je Einlieferungsvorgang voraussetzen (so genannte „Massensendungen“).

Nach einer Beanstandung des Bundesrechnungshofes hat die Bundesnetzagentur Ende 2004 die eigene Brieflaufzeitmessung eingestellt. Die Überwachung der Einhaltung der nationalen Qualitätsnorm der PUDLV zur Laufzeit im Briefdienst bleibt aber weiterhin Aufgabe der Bundesnetzagentur.

Mit der DP AG wurde vereinbart, dass der Bundesnetzagentur die von einem beauftragten Unternehmen für ihre betrieblichen Zwecke gemessenen Laufzeiten als Rohdaten überlassen werden, um daraus die durchschnittlichen Jahreslaufzeiten der Briefe, die von der DP AG befördert werden, ermitteln zu können.

Allerdings ergeben sich Probleme aus der Vorgabe unterschiedlicher Meßmethoden für die Erfassung der Laufzeit. Seit 2004 gilt für Laufzeitmessungen im Briefdienst die Europäische Norm EN 13850. Das in dieser Norm vorgegebene Messverfahren bezieht sich auf die sogenannte Transit-Zeit. Dabei handelt es sich um die innerbe-

triebliche Laufzeit, nicht um die Laufzeit aus Sicht der Verbraucher. Nach letztgenannter wird die Laufzeit von dem Zeitpunkt, zu dem der Einlieferer den Brief aus der Hand gibt, bis zur Ablieferung an den Adressaten gemessen (so genannte Ende-zu-Ende-Laufzeit).

Dagegen erfasst die von der DP AG durchgeführte innerbetriebliche Messung die Aufenthaltsdauer eines Briefes im eigenen System. Dabei wird z. B. unterstellt, dass ein Brief erst in das System der DP AG gelangt, wenn der Briefkasten geleert wird, und nicht schon dann, wenn der Brief eingeworfen wird. Da die PUDLV eine Verordnung zum Schutze der Verbraucher ist, kann es für die Laufzeitmessung aus Sicht des Verbrauchers nur darauf ankommen, an welchem Tag der Brief in den Briefkasten geworfen und nicht an welchem Tag er daraus entnommen wurde.

Für den Berichtszeitraum ist vor dem Hintergrund der jahrelangen eigenen Erfahrung mit der unterschiedlichen Messmethodik aber davon auszugehen, dass die Vorgaben der PUDLV bezüglich der Brieflaufzeiten auch aus Sicht der Verbraucher eingehalten worden sind.

Im Übrigen wird von der Bundesnetzagentur derzeit geprüft, inwieweit die Methodik zur Messung der Laufzeiten überarbeitet oder neu konzipiert werden muss, um die Kontrolle bezüglich der Einhaltung der Vorgaben der PUDLV für die Brieflaufzeiten aus Verbrauchersicht zu ermöglichen. Sollte dies nicht gelingen, könnte gegeb-

nenfalls die Wiederaufnahme einer eigenen Messung erforderlich sein.

3 Verbraucherschutz und Verbraucherservice, Schlichtung

Bürgereingaben

Im Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis 31. Oktober 2009 sind insgesamt 1 840 Bürgereingaben eingegangen. Im Berichtszeitraum 2006/2007 waren es 1 333.

Soweit Mängel festgestellt wurden, hat die Bundesnetzagentur auf Abhilfe hingewirkt. Versorgungsdefizite wurden unverzüglich beseitigt.

Gleichwohl zeigt die zunehmende Zahl und Art der Beschwerden, dass die Beanstandungen im Berichtszeitraum 2008/2009 zugenommen haben. Dies kann ein Indiz dafür sein, dass die Dienstleistungsqualität bei den betroffenen Unternehmen nachlässt. Die Bundesnetzagentur wird die weitere Entwicklung deshalb aufmerksam verfolgen.

Postdienstleistungsverordnung (PDLV)

Die PDLV regelt die besonderen Rechte und Pflichten der Anbieter von Postdienstleistungen und den Endkunden. Die Bundesnetzagentur hat – mit Ausnahme des Schlichtungsverfahrens nach § 10 PDLV – keine unmittelbaren Kontroll- oder Eingriffsbefugnisse.

Abbildung 47

Statistik der schriftlichen Eingaben (1. Januar 2008 bis 31. Oktober 2009)

Die 1 840 schriftlichen Eingaben bezogen sich auf folgende Bereiche (wegen Mehrfachnennungen insgesamt 2.404 Beschwerdegründe):	Anzahl	%
Auslieferung von Postsendungen	1080	44,9
Sonstiges (einschließlich Finanzdienstleistungen)	208	8,7
Verlust von Sendungen	256	10,6
Entgelte für Postdienstleistungen	59	2,4
Zugang zu Postdiensten (Briefkästen, Filialen, Agenturen)	249	10,4
Beschwerdebehandlung durch den Anbieter	172	7,2
Anschriftenänderung	46	1,9
beschädigte Sendungen	65	2,7
späte/verspätete Zustellung	125	5,2
Verhalten und Kompetenz des Personals des Anbieters	51	2,1
Postdienstleistungsverordnung (Schlichtung)	26	1,1
grenzüberschreitende Postsendungen	45	1,9
Einlieferung von Postsendungen	18	0,7
Zugang zu Kundendienstinformationen	4	0,2

Gleichwohl konnte im Berichtszeitraum beim marktbeherrschenden Anbieter eine für die Kunden günstige Klarstellung bei der umstrittenen Berechnung der Lagerfrist für die Abholung von benachrichtigten Sendungen (§ 5 PDLV) erreicht werden.

Schlichtungsverfahren nach § 10 PDLV

Innerhalb des Schlichtungsverfahrens nach § 10 PDLV kann der Kunde eines Anbieters von Postdienstleistungen, der die Verletzung eigener Rechte geltend macht, die Bundesnetzagentur zum Zwecke der Streitbeilegung anrufen. Voraussetzung für das Verfahren ist, dass zuvor selbst und ergebnislos eine Streitbeilegung unmittelbar mit dem Anbieter versucht wurde.

Ziel des Schlichtungsverfahrens ist eine gütliche Einigung der Parteien. Die Bundesnetzagentur macht dabei einen Vergleichsvorschlag. Das Verfahren endet mit einer Einigung der Parteien oder mit der Feststellung der Erfolglosigkeit durch die Bundesnetzagentur.

Das Schlichtungsverfahren wird von den Verbrauchern wenig in Anspruch genommen. Im Berichtszeitraum wurden 26 Anträge gestellt und 13 Verfahren eingeleitet. Sieben wurden erfolgreich abgeschlossen. Ein Antrag wurde zurückgezogen. In vier Fällen konnte zwischen den Parteien keine Einigung erzielt werden. Ein Verfahren ist noch offen. Im Jahre 2008 mussten acht und im Jahre 2009 bisher vier Schlichtungsanträge abgelehnt werden, weil die Voraussetzungen für die Einleitung nicht gegeben waren.

Teil IV Stellungnahme gemäß § 47 Postgesetz

Die Bundesnetzagentur hat nach § 47 PostG zu der Frage Stellung zu nehmen, ob sich eine Änderung der Festlegung, welche Postdienstleistungen als Universaldienstleistungen im Sinne des § 11 PostG gelten, empfiehlt. Ebenso sieht § 47 PostG in der geltenden Fassung eine Stellungnahme der Bundesnetzagentur zu der Frage vor, ob und gegebenenfalls bis zu welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang die Aufrechterhaltung einer Exklusivlizenz nach § 51 (PostG) über den dort genannten Zeitpunkt hinaus erforderlich ist.

Anpassungsbedarf des Universaldienstes

Zur Frage einer eventuellen Änderung der Festlegung, welche Postdienstleistungen als Universaldienstleistungen im Sinne des § 11 PostG gelten sollen, hatte die Bundesnetzagentur in ihren Tätigkeitsberichten für die Jahre 2004/2005 und 2006/2007 ausführliche Stellungnahmen abgegeben. Sie hatte dazu zuletzt empfohlen, den Universaldienst in verschiedenen Punkten den veränderten Gegebenheiten anzupassen, damit den Bedingungen eines wettbewerbsorientierten Umfelds besser Rechnung getragen wird.

Die Bundesregierung ist in ihrer Stellungnahme vom 14. August 2008 (Bundestagsdrucksache 16/10146) zum letzten Tätigkeitsbericht der Einschätzung der Bundesnetzagentur gefolgt. Damals bewertete sie die Empfehlungen „ganz überwiegend als erkenntnisreich“ und fügte an,

dass sie „im Wesentlichen mit ihren eigenen Erkenntnissen übereinstimmen“.

Die Bundesnetzagentur hat im Berichtszeitraum erneut geprüft, ob die bisherigen Empfehlungen einer Aktualisierung oder Ergänzung bedürfen. Dabei hat sie sich auch mit den neuesten Entwicklungen bei den Briefdienstleistungen befasst. Seit einiger Zeit werden auf dem Markt zunehmend so genannte Hybridmail-Produkte angeboten. Diese Produkte kombinieren die elektronische Übertragung von Nachrichten vom Absender zu dem Dienstleistungsunternehmen mit der anschließenden physischen Zustellung der ausgedruckten Nachricht an den Empfänger. Die Ausgestaltung der einzelnen Produkte variiert erheblich je nach technischem Entwicklungsstand der eingesetzten Software und kann nach den individuellen Wünschen sowohl des Versenders als auch des Empfängers gestaltet und in die internen Bearbeitungsabläufe eingepasst werden.

Neue Produkte wie die „De-Mail“ und der „Online Brief“ der DP AG (siehe Teil I, Kapitel 4.1) befinden sich derzeit in Pilotphasen und sollen ab 2010 angeboten werden.

Vor allem diese beiden Produkte stellen eine grundlegend neue Entwicklungsstufe der Kommunikation dar, die mittel- bis langfristig zu einer Anpassung der Festlegung der Universaldienstleistungen nach § 11 Absatz 2 Satz 2 PostG führen kann. Allerdings wäre es angesichts der Tatsache, dass die beiden genannten Produkte noch nicht angeboten werden, verfrüht, darüber zu entscheiden, ob und in welcher Form postalische Hybriddienstleistungen als Universaldienstleistungen im Sinne des § 11 PostG festgelegt werden sollten.

Die Bundesnetzagentur hat des Weiteren geprüft, ob es Anlass gibt, die bestehende Definition des Universaldienstes gemäß der Marktentwicklung zu aktualisieren bzw. zu ergänzen. Dabei hat sie auch die in den vorherigen Tätigkeitsberichten vorgeschlagenen Empfehlungen überprüft und schlägt die folgenden Änderungen vor:

– Streichung der Versendungsform Eilzustellung (§ 1 Absatz 2 Nummer 4 PUDLV)

Für die Übermittlung von Nachrichten mit einer besonderen Eilbedürftigkeit an den Empfänger stehen nunmehr ergänzend die elektronischen Kommunikationsmedien zur Verfügung, die für eine stetig wachsende Anzahl der Nutzer die zunehmend bevorzugte Option darstellt. Im Licht dieser Entwicklung kann die Eilzustellung nicht mehr als eine Dienstleistung betrachtet werden, die allgemein als unabdingbar im Sinne des § 11 Absatz 1 Satz 3 PostG zu gelten hat.

– Streichung der Versendungsform Nachnahme (§ 1 Absatz 2 Nummer 3 PUDLV)

Die Nutzung der Sendungsform Nachnahme ermöglicht dem Versender, dass die Briefsendung erst nach Einziehung eines bestimmten Geldbetrages an den Empfänger ausgehändigt wird.

Die Bundesnetzagentur betrachtet die Versendungsform Nachnahme aufgrund der neueren Entwicklun-

gen und der sehr geringen Nachfrage nicht mehr als eine Dienstleistung, die allgemein als unabdingbar im Sinne des § 11 Absatz 1 Satz 3 PostG zu gelten hat. Denn inzwischen sind andere, gleichwertige Bezahlformen – vor allem unter Einbeziehung des Internets – hinreichend etabliert und verfügbar. Solche Bezahlformen tragen den Interessen des Versenders an einem Leistungsaustausch Zug-um-Zug in der Praxis ausreichend Rechnung. Zudem ist die Nachnahmesendung nach der Dritten Postrichtlinie für den Universaldienst nicht vorgeschrieben.

– Präzisierung der Ersatzempfänger bei Paket- und Briefzustellungen

Aufgrund einer Vielzahl von Bürgereingaben verdichtet sich bei der Bundesnetzagentur der Eindruck, dass die Qualität der Zustellung einschließlich der Zustellung an Ersatzempfänger als nicht zufriedenstellend empfunden wird und möglicherweise nicht gesetzeskonform erfolgt. Die Beschwerdeführer geben an, dass ihnen die (gewöhnlichen) Sendungen trotz einwandfreier Adresse und Beschriftung des Briefkastens nicht in den Briefkasten eingelegt wurden bzw. nicht einmal der Versuch unternommen wurde, ihnen Sendungen mit Empfangsnachweis und/oder Pakete an der Wohnungstür zu übergeben.

Eine generelle Abhilfe ist aus Sicht der Bundesnetzagentur erst möglich, wenn sie eigene Qualitätskontrollen durchführen (lassen) kann. Eine Besserung dürfte auch von der Implementierung der Regelung nach Artikel 19 Absatz 2 der Dritten EU-Postrichtlinie zu erwarten sein, wenn die Universaldiensteanbieter über ihr Beschwerdemanagement und die Anzahl und die Art und Weise der Bearbeitung der Beschwerden ihrer Kunden öffentlich berichten müssen.

Hinsichtlich der Ersatzzustellung, die insbesondere bei der Zustellung von Paketen eine erhebliche praktische Bedeutung hat, wird bemängelt, dass die Empfänger nur unzulänglich über die erfolgte Ersatzzustellung und den Ersatzempfänger informiert werden. Außerdem wird vorgetragen, dass die Sendungen an anonyme Personen im räumlichen Umfeld abgegeben werden und es dann von Zufällen abhängt, ob die Sendung tatsächlich den Weg zum Adressaten findet.

Deshalb sollten die Auswahl der als Ersatzempfänger in Betracht kommenden Personen sowie die Modalitäten der Zustellung beim Ersatzempfänger in der PUDLV präzisiert werden. Ergänzend dazu wäre es notwendig, ein Verfahren festzulegen, dass den Empfänger zuverlässig über die Ersatzzustellung in Kenntnis setzt.

– Anpassung sonstiger Dienstleistungen

Nach § 5 Absatz 2 der Postdienstleistungsverordnung (PDLV) haben marktbeherrschende Anbieter von lizenzpflichtigen Postdienstleistungen Briefsendungen, die nicht zugestellt werden konnten, für einen Zeitraum von mindestens sieben Werktagen zur Abholung bereitzuhalten.

Bemängelt wird, dass diese Dienstleistung nicht in allen nach der PUDLV vorzuhaltenden stationären Einrichtungen angeboten wird. Es fehlt also eine infrastrukturelle Vorgabe für die Lagerung von benachrichtigten Sendungen.

Die Bundesnetzagentur spricht sich daher dafür aus, die Dienstleistung „Bereithaltung zur Abholung“ in den Katalog der Dienstleistungen, die als Universaldienste gelten sollen, zu integrieren.

Aufrechterhaltung einer Exklusivlizenz

§ 47 PostG sieht derzeit (noch) vor, dass die Regulierungsbehörde zu der Frage Stellung nimmt, ob und gegebenenfalls bis zu welchem Zeitpunkt und in welchem Umfang die Aufrechterhaltung einer Exklusivlizenz nach § 51 über den dort genannten Zeitpunkt hinaus erforderlich ist.

Die Exklusivlizenz nach § 51 PostG ist zum 31. Dezember 2007 entfallen. Damit entfällt auch eine Stellungnahme der Bundesnetzagentur zur Frage der Aufrechterhaltung der Exklusivlizenz.

Unabhängig davon besteht weiterhin ein rechtliches Monopol zugunsten der DP AG bei grenzüberschreitenden Sendungen im Regelungsbereich des Gesetzes zu den Verträgen des Weltpostvereins. Der Weltpostvertrag regelt den internationalen Postaustausch zwischen den Mitgliedstaaten. Er ist in Deutschland bislang allein auf die DP AG ausgerichtet. Daher haben die Verbraucher beim Versand von einfachen internationalen Briefsendungen faktisch keine Möglichkeit auf Wettbewerber der DP AG zugreifen zu können, da bislang nur die DP AG diesen Zugang zu den Netzen ausländischer Postbetreiber anbieten darf.

Teil V Entwicklungen in der nationalen und europäischen Rechtsprechung im Bereich Post

1 Abgeschlossene Gerichtsverfahren der Bundesnetzagentur

Auskunftsanordnung zu Teilleistungsverträgen der DP AG

Das Bundesverwaltungsgericht hat mit Urteil vom 20. Mai 2009 – 6 C 14.08 – eine Auskunftsanordnung der Bundesnetzagentur zur Vorlage verschiedener Teilleistungsverträge in vollem Umfang bestätigt und die Revision der DP AG zurückgewiesen.

Bei dem Auskunftsverlangen ging es um den Inhalt von verschiedenen Teilleistungsverträgen, die die DP AG freiwillig – auch schon vor dem Inkrafttreten des Postgesetzes (1998) – ihren Kunden angeboten hatte. Die DP AG hatte die Vorlage der streitgegenständlichen Verträge verweigert, weil sie der Auffassung war, es handele sich insoweit nicht um Teilleistungsverträge im Sinne des § 28 PostG. Daher wurde die DP AG im Wege einer Anordnung zur Auskunft über die Vertragsinhalte aufgefordert. Kernproblem des Verfahrens war die rechtsgrundsätzliche Definition des Teilleistungsbegriffes und des in

diesem Zusammenhang relevanten Beförderungsbegriffes, an den die Regulierung maßgeblich anknüpft. Die Ausführungen des Senates bestätigen hierbei die Interpretation dieser Begriffe durch die Bundesnetzagentur:

Unter Teilleistungen sind die um teilleistungsrelevante Eigenleistungen des Nachfragers reduzierten Teile der vom Marktbeherrscher ansonsten als Ganzes erbrachten Beförderungsleistung zu verstehen. Der Begriff der Beförderung beschränkt sich hierbei nicht auf die rein physische Transportleistung, sondern umfasst vielmehr die gesamte Wertschöpfungskette vom Absender bis zum Empfänger. Wie das Bundesverwaltungsgericht herausstellt, ist der Begriff der Wertschöpfungskette – im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers – im weiten, ökonomischen Sinne zu verstehen.

Die in § 28 Absatz 1 PostG niedergelegte Verpflichtung des Marktbeherrschers, Teile der Beförderungsleistungen gesondert anzubieten, verfolgt den Zweck, den Grad der Arbeitsteilung im Postsektor zu erhöhen und durch eine stärkere Ausrichtung des Angebots auf die Bedürfnisse der Nachfrage die Gesamtkosten zu senken. Macht der Nachfrager von der ihm insoweit eröffneten Möglichkeit der Arbeitsteilung Gebrauch, setzt sich die Gesamtbeförderungsleistung aus der Teilleistung des Marktbeherrschers und der Eigenleistung des Nachfragers zusammen. Letztere ist deshalb teilleistungsrelevant, weil sie dem Marktbeherrscher einen Teil der sonst von ihm zu erbringenden Gesamtbeförderungsleistung erspart. Diese Wertung gilt auch ausdrücklich für Eigenleistungen, die der Vereinnahmung des Beförderungsentgelts und den darauf gerichteten Kontroll- und Sicherungsmaßnahmen im alleinigen Interesse des Postdienstleisters dienen. Auch in diesen Bereichen ist es möglich, dass der Nachfrager mit seiner Tätigkeit einzelne, ansonsten vom Beförderer zu erbringende Arbeitsschritte ersetzt. Derartige Eigenleistungen sind ebenfalls teilleistungsrelevant im Sinne des § 28 Absatz 1 PostG.

Darüber hinaus hat das Bundesverwaltungsgericht die Geltung der Vorlagepflicht auch für Teilleistungsverträge bejaht, die die DP AG mit ihren Tochtergesellschaften oder Beteiligungsunternehmen abgeschlossen hat. Denn nur so kann die Bundesnetzagentur einen ausreichend umfänglichen Marktüberblick, wie er zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben (insbesondere die der Missbrauchsaufsicht) notwendig ist, erhalten.

Auf der Grundlage dieser höchstrichterlichen Entscheidung ist es nunmehr möglich, die Vorlagepflicht umfassend durchzusetzen und der Bundesnetzagentur den postgesetzlich vorgesehenen Überblick über das Marktgeschehen bei den Teilleistungsangeboten der DP AG zu verschaffen.

2 Anhängige Gerichtsverfahren der Bundesnetzagentur

2.1 Entgelte für den Zugang zu Informationen über Adressänderungen

Das Verwaltungsgericht Köln hat mit Urteilen vom 13. Mai 2008 (Az.: 22 K 5261/04 und 22 K 3464/06) den Klagen der DP AG gegen zwei Bescheide der Bundesnetzagentur betreffend Entgelte für den Zugang zu Infor-

mationen über Adressänderungen (BK 5b-04-056 und die Folgegenehmigung BK5b-06-056) zum Teil stattgegeben.

In diesen Bescheiden hatte die Bundesnetzagentur die Entgelte für die Bereitstellung der Informationen über Adressänderungen im Wege der Prozessvariante „Blackbox“ teilgenehmigt (Einmalentgelt für Lieferung und Installation des Lesegerätes und der Smartcard sowie Trefferentgelt für jede Adressabfrage). Die DP AG hatte jeweils höhere Entgelte gefordert und begehrte mit ihren Klagen nunmehr die Verpflichtung zur Genehmigung höherer, nämlich der von ihr beantragten Entgelte. Im Einzelnen:

Im Verfahren 22 K 5261/04 hat das VG Köln der Klage teilweise stattgegeben und die Bundesnetzagentur unter Abänderung ihres Bescheides vom 30. Juni 2004 verpflichtet, der DP AG die Erhebung eines Entgeltes in Höhe von 0,22 Euro pro Treffer für den Zugang zu Adressänderungsinformationen im Rahmen des Blackbox-Verfahrens in dem Zeitraum vom 1. Juli 2004 bis 30. Juni 2006 zu genehmigen. Genehmigt wurden seitens der Bundesnetzagentur 0,16 Euro. Die DP AG hatte 0,31 Euro beantragt.

Im Verfahren 22 K 3464/06 wurde die Bundesnetzagentur unter Abänderung des Bescheides der Bundesnetzagentur vom 30. Juni 2006 verpflichtet, der DP AG die Erhebung eines Entgeltes i. H. v. 49,92 Euro für die Lieferung des Lesegerätes und der Smart Card sowie der Versandkosten zur Gewährung des Zugangs zu Adressänderungsinformationen im Rahmen des Black-Box-Verfahrens im Zeitraum vom 1. Juli 2006 bis 31. Dezember 2008 zu genehmigen. Genehmigt wurden seitens der Bundesnetzagentur 48,77 Euro; beantragt waren von der DP AG 78,78 Euro. Sowohl die Bundesnetzagentur als auch die DP AG haben jeweils die Zulassung der Berufung gegen diese Entscheidungen beantragt.

Diese Verfahren sind bei dem Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen unter dem Az.: 13 A 1627/08 und 13 A 1628/08 anhängig.

2.2 Sondertarife für Geschäftskunden gegenüber Konsolidierern

Das Verwaltungsgericht Köln hat ferner vier Entscheidungen getroffen, die im Zusammenhang mit der Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs zu der Frage ergangen sind, ob es der europarechtliche Rechtsrahmen gebietet, dass die DP AG, wenn sie Sondertarife für Geschäftskunden anbietet, die Postsendungen an den Briefzentren vorsortiert in das Postnetz geben, verpflichtet ist, diese Sondertarife auch gegenüber Konsolidierern anzuwenden (Urteil vom 6. März 2008 – C 287/06 bis C 292/06).

Im Verfahren 22 K 6860/05 hatte sich die DP AG gegen einen Bescheid der Beschlusskammer gewandt, der die DP AG verpflichtete, Konsolidierern den Zugang zu den Briefzentren zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber gewerbsmäßigen Konsolidierern mit bestimmten Maßgaben zu gewähren. Das VG Köln hat diese Klage der DP AG abgewiesen. Die Entscheidung setzt das Urteil des EuGH um.

In den Verfahren 22 K 6807/05 und 22 K 6808/05 begehrten zwei Konsolidierer die Anordnung weitergehender Bedingungen eines Teilleistungsvertrages durch die Bundesnetzagentur. Auch diese beiden Klagen hatten keinen Erfolg. Das VG Köln bestätigte hier die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass nur derjenige berechtigt ist, Teilleistungen zu fordern, der den Vertrag über diese mit dem Marktbeherrscher im eigenen Namen abschließt.

In dem Verfahren 22 K 7464/01 ist die Bundesnetzagentur in Umsetzung der Entscheidung des EuGH verpflichtet worden, die Geltung eines Vertrages zwischen dem Kläger und der DP AG zu den Bedingungen eines Vertrages mit Großkunden mit der Maßgabe anzuordnen, dass eine Konsolidierererkennung, die den Kläger erkennen lässt, anzubringen ist und dass die Kennzeichnung der Vertragspartner des Klägers nicht erforderlich ist.

2.3 Auskunftsanordnung Arbeitsbedingungen

Das Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen hat in zwei Musterverfahren entschieden, dass die neuerliche Auskunftsanordnung zu den Arbeitsbedingungen im Postbereich von den angeschriebenen Unternehmen vollumfänglich zu beantworten ist (Beschluss v. 5. Oktober 2009 – 13 B 1056/09 und 13 B 1057/09).

Dabei handelte es sich um die Fortschreibung der Auskunftsanordnung aus dem Jahr 2006, die der (weiteren) Ermittlung der wesentlichen Arbeitsbedingungen nach § 6 Absatz 3 Satz 1 Nummer 3 PostG als einer der Grundlagen der Lizenzierung dient und die eine der Bundesnetzagentur nach dem Postgesetz übertragenen Aufgabe darstellt. Hierbei wurden auch Fragen zu den Subunternehmen der Lizenznehmer gestellt, um als Grundlage für die Lizenzierung Informationen über alle im lizenzierten Bereich tätigen Diensteanbieter zu erhalten.

Das Oberverwaltungsgericht bestätigte die Einschätzung der Bundesnetzagentur, dass Subunternehmen in zunehmendem und entscheidendem Maße das Bild des Postmarkts und speziell des Briefmarkts prägen, der üblicherweise durch lizenzierte Betriebe bestimmt ist. Subunternehmen machen einen großen Teil der in diesen Märkten Beteiligten aus. Erkenntnisse auch zu diesen Beteiligten sind deshalb für die der Regulierungsbehörde obliegende Kontrolle des lizenzierten Bereichs des Postmarkts unerlässlich.

3 Sonstige Gerichtsentscheidungen

3.1 Entscheidungen zur Marke Post

Die Wortmarke „Post“ wurde im Jahr 2000 zugunsten der DP AG u. a. für Brief-, Fracht-, Express-, Paket- und Kurierdienstleistungen beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) eingetragen. Nach der Eintragung unterlag die DP AG in mehreren Rechtsstreitigkeiten um die Rechte aus der Marke Post:

In den Verfahren der DP AG, u. a. gegen die „Regiopost“ (Az: I ZR 209/06) und die „Citypost“ (Az: I ZR 108/05), verneint der Bundesgerichtshof (BGH) Ansprüche der DP AG gegen andere Postdienstleister, die sie anhand deren

Verwendung des Zeichenbestandteils „Post“ begehrt. Die Wortmarke „Post“ ist vorliegend eine Angabe über ein Merkmal der erbrachten Dienstleistung, deren Benutzung durch die Wettbewerber der DP AG nicht gegen die guten Sitten verstößt. Somit unterliegt sie der Schutzschranke des § 23 Nummer 2 MarkenG.

Vor diesem Hintergrund hatte der BGH über das Vorliegen einer Verwechslungsgefahr im Sinne des § 14 MarkenG nicht mehr zu entscheiden. Nichtsdestotrotz führt er diesbezüglich aus, dass Wettbewerbern die Benutzung eines beschreibenden Begriffs wie „Post“ zu gestatten sei, auch wenn eine Verwechslungsgefahr mit der gleichlautenden, für die Rechtsnachfolgerin des Monopolunternehmens eingetragenen bekannten Wortmarke besteht. Diese Beschränkung des Schutzzumfangs sei allerdings auf ein angemessenes Maß zu verringern, beispielsweise durch Zusätze zu dem in Alleinstellung benutzten Markenwort und durch keine weitergehende Anlehnung an die Kennzeichen der Markeninhaberin (Posthorn, Farbe Gelb), die die Verwechslungsgefahr erhöhen.

Eine Klage gegen das Unternehmen „Die Neue Post“ und deren Verwendung der Kennzeichnung „Post“, der Farbe Gelb und des stilisierten Posthorns für Postdienstleistungen (Az: I ZR 169/05) hat der BGH ebenfalls abgewiesen. Die Verwendung der Kennzeichnung „Post“ sei mit Verweis auf die Beschreibung der angebotenen Dienstleistungen im Sinne des § 23 MarkenG zulässig. Die Annäherung an die Klagemarke durch die Farbe Gelb und das Posthorn entsprechen zwar nicht mehr den hinnehmbaren anständigen Gepflogenheiten in Gewerbe oder Handel, ihre Verwendung erfolge jedoch nicht ohne rechtfertigenden Grund in unlauterer Weise im Sinne von § 14 Absatz 2 Nummer 3 MarkenG.

Der BGH führt ergänzend aus, dass Unternehmen, die nach der Öffnung des Marktes Postdienstleistungen erbringen, ein besonderes Interesse daran haben, den Begriff „Post“ zur Beschreibung ihres Tätigkeitsbereichs zu benutzen. Einer Monopolisierung des Begriffes „Post“ und einer daraus resultierenden Behinderung der Wettbewerber wirkt der BGH durch diese Rechtsprechung entgegen.

Eine endgültige Entscheidung hinsichtlich der Löschung der Marke Post ist noch nicht ergangen. Bei dem Begriff „Post“ handelt es sich um eine beschreibende Sachangabe für eine Dienstleistung im Sinne des § 8 Absatz 2 Nummer 2 MarkenG. Dieses Schutzhindernis kann jedoch dadurch überwunden werden, dass sich die Bezeichnung „Post“ im Verkehr als Hinweis auf die betriebliche Herkunft und damit als Marke durchgesetzt hat. Der BGH (Az: I ZB 48/07) hat im Berichtszeitraum insoweit über diese Frage entschieden, als dass er ein Lösungsverfahren an das Bundespatentgericht (BPatG) mit dem Hinweis zurückverwiesen hat, es müsse ein eigenes Gutachten zur tatsächlichen Feststellung der Verkehrsdurchsetzung der Marke „Post“ einholen. Es genüge nicht, allein anhand einer von der DP AG vorgelegten Verkehrsbefragung darüber zu entscheiden. Das BPatG hatte die Löschung der Marke zuvor angeordnet.

3.2 Tarifbindung bei der Vergabe von Briefdienstleistungen

Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 29. April 2009

Die Bundesagentur für Arbeit (Antragsgegnerin) hatte die Vergabe „Beschaffungsverfahren Briefdienstleistungen ...“ ausgeschrieben und gefordert, dass der Auftragnehmer und eventuell eingeschaltete Subunternehmer die Bestimmungen der MindestlohnVO einzuhalten haben. Andernfalls werde der Bieter wegen fehlender Eignung (Zuverlässigkeit) vom weiteren Verfahren ausgeschlossen. Die geforderte Tarifbindung sollte sich auch auf Bieter erstrecken, die anderweitig tarifgebunden sind. Die Antragstellerin gab diese Erklärung nicht ab, woraufhin ihr Angebot ohne weitere Prüfung nicht berücksichtigt wurde. Daraufhin stellte sie einen Nachprüfungsantrag beim Bundeskartellamt (BKartA).

Die Vergabekammer des BKartA verpflichtete die Bundesagentur für Arbeit, die Angebotswertung zu wiederholen, da sie die Zahlung des Mindestlohns vorliegend vergaberechtswidrig als Eignungsanforderung festgelegt habe. Weitergehende Anforderungen an einen Bieter könnten nur im Rahmen des § 97 Absatz 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) gestellt werden, wenn dies „durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist“. Die BriefArbbV stelle aber lediglich einen Rechtsakt des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, und somit kein formelles Bundes- oder Landesgesetz, dar. Die Antragstellerin hätte somit nicht von der Angebotswertung ausgeschlossen werden dürfen.

Die Beschwerde der Bundesagentur für Arbeit gegen den Beschluss der Vergabekammer wurde vom OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 29. April 2009 zurückgewiesen. Das Gericht folgte der Auffassung der Vergabekammer, dass weitergehende Anforderungen an eine Vergabe gemäß § 97 Absatz 4 GWB nur durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen werden können und ein solches vorliegend nicht gegeben ist. Zudem reiche allein eine Bietererklärung zur Tariftreue nicht aus, um die Zuverlässigkeit eines Bieters zu überprüfen.

Darüber hinaus sei zu bedenken, dass die Antragstellerin in der Frage der Zulässigkeit der geforderten Tarifbindung eine Rechtsmeinung vertritt, die nicht nur vom Verwaltungsgericht Berlin, sondern inzwischen auch vom OVG Berlin-Brandenburg geteilt werde. Die Weigerung der Antragstellerin, die verlangte Verpflichtungserklärung abzugeben eigne sich daher nicht für Zweifel an ihrer Zuverlässigkeit.

Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 29. Juli 2009

Das Urteil des Oberlandesgerichts (OLG) Düsseldorf vom 29. Juli 2009 wurde noch auf Basis der alten Fassung des GWB entschieden. Bei der Vergabe ihrer Behördenpost forderte die Stadt Dortmund eine Erklärung über die Zahlung des Mindestlohns nach der Postmindestlohnverordnung (BriefArbbV). Ein Bewerber erklärte, dass er anderweitig tarifgebunden sei und somit – mit Verweis auf die Urteile des VG Berlin und des OVG Berlin-Brandenburg – nicht der BriefArbbV unterliege. Er versicherte

aber, die BriefArbbV von Anfang an einzuhalten, sofern die Wirksamkeit der Verordnung rechtskräftig festgestellt werde. Die Stadt Dortmund verlangte daraufhin Auskünfte zur Ermittlung der Liquidität des Unternehmens (für den Fall der Wirksamkeit der BriefArbbV und entsprechender Nachzahlungsverpflichtungen). Das Unternehmen verwies diesbezüglich auf die Verlustausgleichspflicht seines Mutterunternehmens. Daraufhin schloss die Stadt Dortmund den Bewerber wegen verweigerter Aufklärung und unzureichender finanzieller Leistungsfähigkeit vom Vergabeverfahren aus. Die Vergabekammer Arnsberg hat den Nachprüfungsantrag des ausgeschlossenen Bewerbers abgelehnt.

Der Beschluss des OLG gründete primär darauf, dass Tarifbindungen kein Vergaberechtskriterium darstellen können, da solche – nach der für die streitige Auftragsvergabe noch anzuwendenden Rechtslage – nur durch ein formelles Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen werden dürfen (§ 97 Absatz 4, Halbsatz 2 GWB a. F.). Dies sei bei der BriefArbbV indes nicht der Fall, da sie lediglich eine Verordnung des BMAS darstelle.

Der Ausschluss vom Vergabeverfahren stelle im Ergebnis eine Rechtsverletzung dar. Ein Anspruch auf die Erteilung des Zuschlags besteht jedoch nicht. Hinsichtlich der finanziellen Leistungsfähigkeit genüge der Hinweis auf die Verlustausgleichspflicht der Muttergesellschaft.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf stellt es dem öffentlichen Auftraggeber frei, die beanstandete Ausschreibung aufzuheben und eine Neuausschreibung nach Maßgabe des geänderten GWB durchzuführen, um den Mindestlohn als Vergabekriterium heranzuziehen.

Teil VI Rolle und Organisation der Bundesnetzagentur

1 Aufgaben und Struktur

Die Bundesnetzagentur, bei Gründung noch „Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP)“, wurde mit Wirkung vom 1. Januar 1998 als Bundesoberbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi) errichtet. Sie entstand aus der Überleitung von Aufgabenbereichen aus dem ehemaligen Bundesministerium für Post und Telekommunikation (BMPT) sowie dem ehemaligen Bundesamt für Post und Telekommunikation (BAPT). Im Zuge der Übernahme der Aufgaben aus dem Energiewirtschaftsgesetz und dem novellierten Allgemeinen Eisenbahngesetz wurde die RegTP im Jahr 2005 in Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Bundesnetzagentur) umbenannt.

Die Bundesnetzagentur hat in erster Linie den Auftrag, durch Regulierung im Bereich der Telekommunikation, des Postwesens, der Energiemärkte und des Eisenbahnsektors den Wettbewerb zu fördern und für flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu sorgen, einen diskriminierungsfreien Netzzugang zu gewährleisten sowie eine Frequenzordnung und Regelungen zur Nummerierung festzulegen. Diese Aufgaben sind im Telekommunikationsgesetz (TKG), im Postgesetz

(PostG), im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) und im Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG) festgelegt und werden zusätzlich durch Verordnungen und sonstige Ausführungsbestimmungen ergänzend geregelt.

Weitere Aufgaben der Bundesnetzagentur finden sich in verschiedenen Fachgesetzen, wie z. B. dem Gesetz zu den Verträgen des Weltpostvereins vom 15. September 1999, dem Gesetz über Funkanlagen und Telekommunikations-einrichtungen (FTEG), dem Amateurfunkgesetz (AFuG) und dem Gesetz über die elektromagnetische Verträglichkeit von Geräten (EMVG). Die Bundesnetzagentur ist die zuständige Behörde nach dem Signaturgesetz (SigG) und als solche mit dem Aufbau und der Überwachung einer sicheren und zuverlässigen Infrastruktur für elektronische Signaturen betraut.

Die Aufgaben der Bundesnetzagentur sind ebenso wie die Verfahrensabläufe vielschichtig und breit gefächert. Sie reichen von Verfahren mit gerichtsähnlichen Prozessabläufen im Bereich der ökonomischen Regulierung bis zur Präsenz in der Fläche, um technische Störungen zu bearbeiten.

Eine Bundesoberbehörde in der Größenordnung der Bundesnetzagentur bedarf einer steten Organisationsentwicklung. Dazu wurde eine Personalbedarfsanalyse durchgeführt, um durch eine aufgabenorientierte Organisationsstruktur eine effiziente Erledigung dieser Aufgaben zu garantieren. Die Organisationsstruktur stellt sich wie folgt dar:

Im Bereich der Telekommunikation entscheidet die Präsidentenkammer darüber, welche Märkte überhaupt einer sektorspezifischen Regulierung unterliegen und welche Unternehmen auf solchen Märkten über eine beträchtliche Marktmacht verfügen. Aufgrund dieser Festlegungen entscheiden dann die Beschlusskammern 2 und 3, welche regulatorischen Maßnahmen Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden, und über die konkrete Ausgestaltung dieser Verpflichtungen, etwa der Netzzugangsbedingungen und der Entgelte im Rahmen der Ex-ante- oder Ex-post-Entgeltkontrolle. Auch im Postwesen sind die Tätigkeiten der Beschlusskammer auf die Entgeltverfahren (ex-ante und ex-post) sowie auf die sektorspezifische Missbrauchsaufsicht einschließlich der Regulierung der Zugänge zum Postnetz gerichtet. Im Energiesektor sind die Beschlusskammern zuständig für alle Entscheidungen, die von der Bundesnetzagentur im Bereich der Elektrizitäts- und Gaswirtschaft nach dem EnWG und nach den Rechtsverordnungen zur Ausfüllung des EnWG zu treffen sind, einschließlich der Überprüfung der Netzentgelte. Die Präsidentenkammer entscheidet insbesondere im Vergabeverfahren bei knappen Frequenzen, sowie bei der Auferlegung von Universaldienstleistungen.

Von den Abteilungen werden Fachaufgaben und zentrale Verwaltungsaufgaben wahrgenommen, zu denen u. a. ökonomische und rechtliche Grundsatzfragen der Regulierung im Bereich der Telekommunikation, des Postwesens, der Energiemärkte und des Eisenbahnsektors sowie technische Fragen in den Sektoren Frequenzen, Normung und Nummerierung gehören. Bei der Entwicklung neuer Netzgenerationen und neuer Funkssysteme wirkt die Bun-

desnetzagentur in internationalen Gremien zur Aufstellung von Standards mit. Eine wichtige Funktion der Abteilungen liegt auch in der fachlichen Unterstützung der Beschlusskammern.

Eine große Herausforderung stellt weiterhin die Missbrauchsbekämpfung bei den Mehrwertdiensten dar. Unter den unmittelbaren Leistungen für die Bürgerinnen und Bürger sind zudem das Schlichtungsverfahren nach § 47a TKG bzw. § 10 Postdienstleistungsverordnung (PDLV) und der Verbraucherschutz von erheblicher Bedeutung. Ein weiterer Aufgabenbereich umfasst eine Standortdatenbank für Sendeanlagen ab einer bestimmten Leistung

Das EnWG sieht eine Regulierung allein der Elektrizitäts- und Gasnetze vor. Die vorgelagerten Erzeugungs- bzw. Importmärkte und die Endverbrauchermärkte werden von der Bundesnetzagentur allerdings ebenfalls aufmerksam beobachtet. Die gesetzliche Aufgabe der Bundesnetzagentur nach dem EnWG ist es, durch Entflechtung und Regulierung der Energienetze die Voraussetzungen für funktionierenden Wettbewerb auf den vor- und nachgelagerten Märkten bei Elektrizität und Gas zu schaffen. Die Bundesnetzagentur gewährleistet einen diskriminierungsfreien Netzzugang und reguliert die von den Unternehmen erhobenen Netzentgelte. Sie bringt dabei ihre aus ihrer Arbeit im Bereich der Telekommunikations- und Postmärkte gewonnenen Erfahrungen ein, um eine schlanke, effiziente und praktikable Regulierung durchzusetzen. Darüber hinaus waren die Jahre 2007 und 2008 insbesondere durch die Vorbereitungen für die Einführung der Anreizregulierung sowie ein verstärktes Engagement auf europäischer Ebene gekennzeichnet.

Seit Inkrafttreten des Ersten Änderungsgesetzes zum Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) am 1. Dezember 2006 nimmt die Bundesnetzagentur in diesem Bereich Vollzugsaufgaben wahr. Dazu zählt die Überwachung des bundesweiten Ausgleichs der EEG-Energiemengen und Vergütungszahlungen. Darüber hinaus werden der Ausweis von Differenzkosten und die Einhaltung der Veröffentlichungspflichten aus dem EEG überwacht.

Seit dem 1. Januar 2006 nimmt die Bundesnetzagentur auch die Aufgabe wahr, die Einhaltung der Rechtsvorschriften über den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur zu überwachen. Die regulatorische Tätigkeit der Bundesnetzagentur dehnt sich dabei im Grundsatz auf sämtliche Eisenbahninfrastrukturunternehmen aus (symmetrische Regulierung). Wesentliche Aufgabe der Bundesnetzagentur ist es, die diskriminierungsfreie Benutzung von Eisenbahninfrastruktur durch Eisenbahnverkehrsunternehmen und andere Zugangsberechtigte sicherzustellen. Eisenbahninfrastruktur umfasst dabei sowohl Infrastruktur und Dienstleistungen bei Schienenwegen als auch bei sog. Serviceeinrichtungen (z. B. Bahnhöfe oder Güterterminals). Neben der repressiven Regulierung gibt es auch eine präventive Regulierung unter sehr eng gefassten Fristen. Die Regulierung über den Zugang umfasst auch Höhe und Struktur der Wege- und sonstigen Entgelte, so dass auch der Entgeltregulierung eine wesentliche Bedeutung zukommt.

Um den einheitlichen Charakter der Bundesnetzagentur stärker zu unterstreichen, werden die Außenstellen, mit deren Hilfe der Kontakt zu den Verbrauchern und der Industrie in der Fläche gehalten wird, von einer eigenen Abteilung betreut und koordiniert. Die Aufgaben der Außenstellen liegen vor allem im technischen Bereich. Sie beraten z. B. über die Regelungen des TKG, über die Vorschriften zur elektromagnetischen Verträglichkeit (EMV) und über die elektromagnetische Verträglichkeit von Geräten (EMVG). Zu ihren Aufgaben gehört auch die Zuteilung von Frequenzen, so z. B. für Mobilfunkanlagen und Betriebsfunkanlagen. Eine weitere wichtige Aufgabe ist die Bearbeitung und Aufklärung von Funkstörungen mit hochentwickelten Messgeräten, die Überwachung der Einhaltung von Vorschriften sowie die Durchführung von Prüf- und Messaufträgen.

Im Rahmen des Regierungsprogramms „Zukunftsorientierte Verwaltung durch Innovationen“ nimmt die Bundesnetzagentur auch am Projekt „Aufbau und Ausbau von Kompetenz- und Dienstleistungszentren (Shared Services Center)“ teil. Dabei bietet sie anderen Behörden und Zuwendungsempfängern – vorrangig im Geschäftsbereich des BMWi – Dienstleistungen aus den Bereichen der Familienkassen, der Besoldung und Entgelte sowie in Dienstreise-, Trennungsgeld-, Umzugskosten- und Beihilfeangelegenheiten. Diese Aufgaben werden in den Außenstellen wahrgenommen.

Durch die Verlagerung von Tätigkeiten in die Außenstellen wird die Zentrale für grundsätzliche Aufgaben entlastet und gleichzeitig das vorhandene Personal am Standort der jeweiligen Außenstelle entsprechend ausgelastet. Um den eingeschlagenen Weg mit Blick auf eine homogene Aufgabenverteilung zukunftsorientiert weiterzuentwickeln, wurden in den Außenstellen der Bundesnetzagentur Organisationsuntersuchungen durchgeführt. Deren Ergebnisse fließen in ein einheitliches Außenstellenkonzept ein.

2 Personal, Haushalt

2.1 Personalmanagement

Ein modernes Personalmanagement nimmt bei der Bundesnetzagentur einen hohen Stellenwert ein. Der optimale Einsatz der personellen Ressourcen in Zeiten einer angespannten Planstellensituation hat dabei ebenso überragende Bedeutung wie die Gewinnung qualifizierten neuen Personals. Dies gelingt nur dadurch, dass die Personalplanung sowohl die dienstlichen Bedürfnisse als auch die Fähigkeiten der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gleichermaßen berücksichtigt. Denn nur mittels einer aktiven, bedarfsgerechten Einsatzplanung einerseits und der Motivation der Beschäftigten andererseits lassen sich auch in Zeiten knapper Haushaltsmittel die der Bundesnetzagentur übertragenen Aufgaben kostengünstig und effizient erledigen.

Bei der Auswahl neu eingestellter Beschäftigter wird der Fokus nicht nur auf außerordentlich gute Fachkenntnisse gelegt, sondern zusätzlich auf die Fähigkeit, komplexe neue Aufgaben, deren Strukturen noch nicht in allen Tei-

len definiert sind, in einem Team zügig zu strukturieren und mit einem guten Gespür für die praktischen Anforderungen der Märkte und ihrer Mechanismen kompetent in Angriff nehmen zu können. Für ihre in allen Bereichen stark interdisziplinär geprägte Tätigkeit beschäftigt die Bundesnetzagentur insgesamt rund 2 500 Spezialisten der verschiedensten Richtungen wie Juristen, Ökonomen, Ingenieure verschiedener Fachrichtungen, Physiker, Mathematiker, Informatiker, Verwaltungsfachleute und andere.

Bereits seit 1999 bildet die Bundesnetzagentur auch selbst aus. In 2008 konnten insgesamt zehn junge Leute eine Ausbildung zu Fachangestellten für Bürokommunikation an den Standorten der Zentrale in Bonn und Mainz beginnen. Im Rahmen der seit dem Jahr 2003 angebotenen Ausbildung zu Elektronikerinnen/Elektronikern für Geräte und Systeme wurden 2008 insgesamt 18 neue Ausbildungsplätze besetzt, die sich auf die Standorte Göttingen, Bremen und Magdeburg verteilen. Damit wurden 2008 in der Bundesnetzagentur mit den bereits vorhandenen Ausbildungsplätzen insgesamt 109 junge Menschen in diesen beiden Berufen ausgebildet. Im Herbst 2009 wurden zusätzlich insgesamt 32 Auszubildende für diese beiden Berufe neu eingestellt. Dabei wird die Ausbildung zu Elektronikerinnen/ Elektronikern für Geräte und Systeme ab 2009 auch an den Standorten Augsburg und Münster angeboten.

2.2 Haushalt

Die Einnahmen und Ausgaben der Bundesnetzagentur werden im Bundeshaushalt veranschlagt (Einzelplan 09 Kapitel 0910).

Der nachfolgenden Tabelle sind die Einnahmen der Haushaltsjahre 2008 (Soll und Ist) und 2009 (Haushaltsplan) zu entnehmen.

Die tatsächlichen Mehreinnahmen 2008 gegenüber dem geplanten Soll 2008 resultieren aus Frequenzgebühren für die Zuteilungsverlängerung von GSM-Frequenzen. Die Einnahme-Steigerung im Haushaltsplan 2009 wurde zur Zeit der Haushaltsaufstellung auf Grund einer geplanten Versteigerung von GSM- und UMTS-Frequenzen erwartet. Sie wird sich möglicherweise auf das Jahr 2010 verschieben.

Über die Ausgaben der Haushaltsjahre 2008 (Soll und Ist) und 2009 (Haushaltsplan) informiert die nachstehende Tabelle.

3 Beirat

Der Beirat bei der Bundesnetzagentur ist ein Beratungsgremium mit gesetzlich definierten Aufgaben und Rechten. Er setzt sich aus 16 Mitgliedern des Deutschen Bundestages und 16 Vertretern oder Vertreterinnen des Bundesrates zusammen. Die Ländervertreter müssen Mitglied einer Landesregierung sein oder diese politisch vertreten. Die Mitglieder des Beirates werden jeweils auf Vorschlag des Deutschen Bundestages bzw. des Bundesrates von der Bundesregierung berufen.

Abbildung 48

Einnahmen der Haushaltsjahre 2008 und 2009

Einnahmeart	Soll 2008 1.000 €	Ist 2008 1.000 €	Soll 2009 1.000 €
Gebühren, Beiträge und sonstige Entgelte im Bereich Telekommunikation	66.156	97.090	169.149
Gebühren und sonstige Entgelte im Bereich Post	109	64	50
Gebühren und sonstige Entgelte im Bereich Eisenbahnen ¹⁶	576	3	328
Gebühren und sonstige Entgelte im Bereich Energie (Elektrizität und Gas)	6.218	197	1.100
Weitere Verwaltungseinnahmen, z. B. Geldstrafen und -bußen, Vermietung, Verkauf	1.465	2.735	1.419
Verwaltungseinnahmen	74.524	100.089	172.046
Übrige Einnahmen	1	0	0
Gesamteinnahmen	74.525	100.089	172.046

¹⁶ In 2008 konnten aus Rechtsgründen nicht alle Einnahmen erhoben werden. Eventuelle Nacherhebungen sind im Soll 2009 nicht enthalten.

Abbildung 49

Ausgaben der Haushaltsjahre 2008 und 2009

Ausgabeart	Soll 2008 1.000 €	Ist 2008 1.000 €	Soll 2009 1.000 €
Personalausgaben	103.518	105.187	109.181
Sächliche Verwaltungsausgaben, Zuweisungen	34.578	36.317	35.994
Investitionen	10.879	13.302	11.832
Gesamtausgaben	148.975	154.806	157.007

Die Liste der Mitglieder und ihrer Stellvertreter (Stand: 22. September 2009) ist dem Anhang 1 zu entnehmen. Die Internetseite der Bundesnetzagentur bietet darüber hinaus jeweils das aktuelle Mitgliederverzeichnis.

Der Beirat wählt aus seiner Mitte ein vorsitzendes und ein stellvertretendes vorsitzendes Mitglied für die Dauer von zwei Jahren. Am 7. April 2008 wurde der damalige Wirtschaftsminister des Landes Brandenburg, Herr Ulrich Junghanns, zum Vorsitzenden gewählt. Er löste Herrn Abgeordneten Klaus Barthel ab, der den stellvertretenden Vorsitz übernahm.

Zur Umsetzung der Regulierungsziele und zur Sicherstellung des Universaldienstes ist der Beirat berechtigt, bei der Bundesnetzagentur Auskünfte und Stellungnahmen einzuholen sowie Maßnahmen zu beantragen. Außerdem

berät er die Bundesnetzagentur bei der Erstellung ihres Vorhabenplanes. Die Bundesnetzagentur informiert den Beirat regelmäßig über ihre aktuellen Aufgaben und Entscheidungen.

Der Beirat hat im Berichtszeitraum zwölf Mal getagt. Dabei hat er auch von seinem Recht Gebrauch gemacht, der Bundesregierung einen Vorschlag für die Benennung einer Vizepräsidentin/eines Vizepräsident in der Bundesnetzagentur zu unterbreiten. Die Bundesregierung hat diesem Personalvorschlag entsprochen und darauf hin das befristete öffentlich-rechtliche Vertragsverhältnis von Frau Vizepräsidentin Dr. Henseler-Unger verlängert (§ 3 Absatz 3 des Gesetzes über die Bundesnetzagentur).

Neben seinen Aufgaben im Telekommunikations- und im Energiebereich hat sich der Beirat auf dem Gebiet des

Postwesens vor allem mit dem Zustand und der Entwicklung des Post-Universaldienstes befasst. So hat er die Bundesnetzagentur gebeten, über die Situation in der Briefzustellung, die Qualität bei den Brieflaufzeiten sowie die Öffnungszeiten und Umstrukturierungen bei den Postfilialen zu berichten. In mehreren Beiratssitzungen wurden die diesbezüglichen Feststellungen der Bundesnetzagentur und die Beobachtungen der Beiratsmitglieder auf dem Gebiet des Post-Universaldienstes erörtert.

Ein besonderes Augenmerk hat der Beirat im Berichtszeitraum auch auf die Arbeitsbedingungen im Briefmarkt und auf die Auswirkungen des Postmindestlohns gerichtet.

Die Bundesnetzagentur hat auch auf Beschluss des Beirates die im Jahre 2007 durchgeführte Vollerhebung zum Stand 31. Dezember 2008 fortgeschrieben und dem Beirat eine detaillierte Bewertung zugeleitet (vgl. Teil I, Kapitel 1.3). Der Beirat unterstützt die Bundesnetzagentur weiterhin aktiv bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben auf dem Gebiet des Postwesens. Dabei misst er der Gewährleistung einer flächendeckenden, angemessenen und ausreichenden Grundversorgung (Universaldienst) auch in Zukunft eine wichtige Bedeutung zu.

4 Wissenschaftliche Beratung/WAR

4.1 Wissenschaftlicher Arbeitskreis Regulierungsfragen

Die Bundesnetzagentur wird regelmäßig durch den „Wissenschaftlichen Arbeitskreis für Regulierungsfragen“ (WAR) beraten (§ 44 PostG). Bei besonderen Fragestellungen stehen Mittel für die Vergabe von Gutachten bereit. Der Arbeitskreis tagt jährlich 6-mal unter Teilnahme des Präsidiums, der Abteilungsleiter, Beschlusskammervorsitzenden sowie Vertretern des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi).

Die Wissenschaftler sind interdisziplinär zusammengesetzt und werden vom Präsidenten der Behörde berufen. Ihre besonderen volkswirtschaftlichen, betriebswirtschaftlichen, sozialpolitischen, technologischen und rechtlichen Erfahrungen und Kompetenzen unterstützen die Bundesnetzagentur bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben und gewährleisten eine enge wissenschaftliche Flankierung ihrer Entscheidungen. Ein Verzeichnis der Mitglieder ist in Anhang 2 aufgeführt.

Der WAR befasst sich mit Fragen grundsätzlicher Bedeutung, die sich aus der laufenden Arbeit der Bundesnetzagentur ergeben. Zudem unterstützen die Mitglieder die Verwaltung in Einzelfragen.

Auf Grund gestiegener Anforderungen und einem durch Gesetz auferlegten erweiterten Themenkreis, treffen sich die Wissenschaftler der jeweiligen Sparten in teils unterschiedlicher Zusammensetzung außerhalb der festgelegten Sitzungstermine, um z. B. Studien bzw. Stellungnahmen zu erarbeiten.

In den Sitzungen des Wissenschaftlichen Arbeitskreises Regulierungsfragen wurden im Berichtszeitraum folgende Postthemen behandelt:

- U. a. wurde ein Gutachten, das Herr Prof. Säcker zum Thema Arbeitsbedingungen bei der Post nach § 6 Absatz 3 Postgesetz erstellte, mehrfach diskutiert,
- zudem erstellte der WAR einen Band zum 10 jährigen Bestehen der BNetzA (Beck-Verlag), der der Bundeskanzlerin bei einem Festakt überreicht wurde.

4.2 Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste

Das Wissenschaftliche Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste ist als gemeinnützige Gesellschaft organisiert, die seit Anfang 1998 ausschließlich von der Bundesnetzagentur getragen wird. Das Institut erhält Zuwendungen, mit denen es das jährliche Forschungsprogramm mit Projekten aus dem Bereich der Grundlagenforschung bestreitet. Hierzu macht das WIK Projektvorschläge, aus denen die Bundesnetzagentur für sie passende Projekte auswählt. Darüber hinaus werden von WIK Forschungsprojekte und Untersuchungen im Rahmen von Auftragsarbeiten durchgeführt. Im Mittelpunkt der wissenschaftlichen Arbeit stehen regulierungs- und ordnungspolitische Fragestellungen in den Bereichen Telekommunikation, Post, Energie und Bahn.

Im Berichtszeitraum führte das WIK für den Postbereich folgende Forschungsprojekte durch:

- Kundenschutz und Betreiber Auflagen im liberalisierten Briefmarkt
- Preisstrategien von Incumbents und Wettbewerbern im Briefmarkt
- Post-Filialnetze im Branchenvergleich
- Netzzugang und Zustellwettbewerb im Briefmarkt

Am 14. Dezember 2000 wurde die Tochtergesellschaft WIK-Consult GmbH gegründet. In der WIK-Consult GmbH werden zunehmend die Auftragsprojekte konzentriert und so von den gemeinnützigen Aktivitäten des Instituts separiert. Auftraggeber sind neben der Bundesnetzagentur weitere öffentliche Institutionen, wie z. B. das BMWi, die EU-Kommission, ausländische Regulierungsbehörden und andere ausländische Institutionen sowie private Unternehmen im In- und Ausland.

5 Aufgaben auf den Gebieten der anderen Netzsektoren

Die Arbeit der Bundesnetzagentur gliedert sich – entsprechend ihrer vollständigen Behördenbezeichnung – in die Sektoren Energie (Elektrizität und Gas), Telekommunikation, Post und Eisenbahnen.

Energie

Mit Inkrafttreten des Zweiten Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsgesetzes zum 13. Juli 2005 wurde auch das Energiewirtschaftsgesetz novelliert. Damit übernahm die Bundesnetzagentur Aufgaben auf dem Gebiet des Rechts der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität und Gas. Hierzu gehören die Sicherstellung des

Zugangs zu Elektrizitäts- und Gasnetzen einschließlich der Entgeltregulierung sowie die Überwachung der Einhaltung der Vorschriften zur Entflechtung. Der Gesetzgeber hat sich für einen symmetrischen Regulierungsansatz entschieden, so dass alle Netzbetreiber unabhängig von den Marktverhältnissen grundsätzlich in gleicher Weise der Regulierung unterliegen. Allerdings macht das Gesetz hiervon einige Ausnahmen für kleinere Netzbetreiber.

Die Zuständigkeiten sind zwischen Bund und Ländern geteilt. Auf Seiten des Bundes ist für die Regulierung des Strom- und Gasmarktes die Bundesnetzagentur, auf Seiten der Länder die zuständige Landesregulierungsbehörde verantwortlich. Letzteres gilt jedoch lediglich für die Regulierung der Energieversorgungsunternehmen, deren Leitungsnetz nicht über den räumlichen Bereich eines Bundeslandes hinausgeht und an das weniger als 100 000 Kunden angeschlossen sind. Die Länder haben zudem die Möglichkeit, ihre Aufgaben im Wege der Organleihe an die Bundesnetzagentur zu übertragen. Hiervon haben die Länder Berlin, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Schleswig-Holstein und Thüringen Gebrauch gemacht. Dadurch ist beispielsweise bei Entgeltgenehmigungen im Bereich Strom die Zahl der durch die Bundesnetzagentur regulierten Unternehmen von 101 auf über 250 gestiegen, im Gasbereich von 60 auf ca. 220.

Im Energiesektor hat der Gesetzgeber die Regulierung auf den Zugangsbereich beschränkt, weil dieser nicht im Wettbewerb steht. Anderer Teile der Wertschöpfungskette wie Beschaffung/Erzeugung, Großhandel, Transport bzw. Verteilung und Vertrieb sind nicht der sektorspezifischen Wettbewerbsaufsicht unterworfen. Ziel ist es, durch eine gezielte Regulierung den potenziellen Wettbewerbern zu fairen Bedingungen Zugang zu den Strom- und Gasnetzen zu verschaffen. Damit soll die missbräuchliche Ausnutzung der Monopolstellung der Netzbetreiber verhindert und ein aktiver Wettbewerb im Netz ermöglicht werden. Auch auf vor- und nachgelagerten Märkten bestehen durch die Ausübung von Marktmacht erhebliche Wettbewerbsprobleme. Auch in diesen Teilmärkten werden durch den regulierten Netzzugang positive Wettbewerbseffekte erwartet.

Der Regulierung stehen drei grundlegende Instrumente zur Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs zur Verfügung:

- Die Regelungen zum Netzzugang und die Möglichkeiten, diese durch Festlegung weiter zu detaillieren sowie entsprechende Sanktionsmaßnahmen bei Nichtbeachtung.
- Die Entflechtungsvorschriften, um eine Diskriminierung unabhängiger Vertriebsunternehmen durch integrierte Unternehmen zu verhindern.
- Die Entgeltregulierung, mit der faire Netzzugangsentgelte für alle Netznutzer sichergestellt werden.

Der diskriminierungsfreie Netzzugang gewährleistet für alle Marktteilnehmer die Nutzung der Energieversorgungsnetze zu möglichst einfachen, gleichen und massengeschäftstauglichen Konditionen. Dieser Aspekt beschäf-

tigt die Bundesnetzagentur beispielsweise bei Fragen der Kooperationsvereinbarung und der Einteilung von Marktgebieten vornehmlich im Gasbereich, darüber hinaus aber auch bei Bilanzkreisabrechnung und der Beschaffung von Regel- und Ausgleichsenergie im Strommarkt.

Angemessenen Netznutzungsentgelten kommt bei der Schaffung von Wettbewerb auf den Strom- und Gasmärkten eine maßgebliche Bedeutung zu. Nach § 21 Absatz 1 EnWG müssen sie angemessen, transparent und diskriminierungsfrei sein. Darüber hinaus dürfen sie nicht ungünstiger sein, als sie von den Netzbetreibern in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres Unternehmens angewendet werden. Damit die Netzbetreiber keine überhöhten Entgelte für die Nutzung ihrer Netze verlangen, unterliegen diese der Genehmigung durch die Bundesnetzagentur bzw. die Landesregulierungsbehörden. In die Kalkulation dürfen nur die Kosten und Kostenbestandteile einbezogen werden, die sich ihrem Umfang nach auch in einem wettbewerblichen Markt einstellen würden.

Energieversorger sind zum großen Teil vertikal integrierte Unternehmen, in denen sich Netzgeschäft und Vertrieb unter einem Dach befinden. Dies birgt das Risiko von Intransparenz und Quersubventionierung und kann dazu führen, dass Schwesterunternehmen gegenüber Dritten bevorzugt werden. Durch eine Vielzahl unterschiedlicher Entflechtungsvorschriften wird der diskriminierungsfreie Netzzugang sichergestellt. Danach muss der Netzbetreiber rechtlich, operationell, informativ und buchhalterisch von Vertrieb und Erzeugung des vertikal integrierten Unternehmens entflochten sein.

Telekommunikation

Mit der Liberalisierung der Telekommunikationsmärkte zum 1. Januar 1998 wurde das Monopol der Deutschen Telekom AG im Bereich der Festnetztelefonie vollständig aufgehoben und der gesamte Bereich in den Wettbewerb überführt. Zuvor gab es lediglich im Bereich des Mobilfunks und Satellitenfunks Wettbewerb.

Im Telekommunikationsbereich ist grundsätzlich die gesamte Wertschöpfungskette regulierungsfähig. Regulierungsmaßnahmen können sowohl sämtliche Vorleistungen wie den Netzzugang als auch Endkundenprodukte betreffen. Ausgenommen von Regulierung sind jedoch die mittels Telekommunikation übermittelten Inhalte, die in die Zuständigkeit der Länder fallen.

Seit der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes im Jahre 2004 ist die Mehrzahl der Regulierungsmaßnahmen von dem Erlass so genannter Regulierungsverfügungen abhängig, die auf einer detaillierten Marktdefinition und Marktanalyse fußen. Die Entwürfe der Marktanalyse und Marktdefinition sowie der Regulierungsverfügung sind zunächst einer nationalen Anhörung aller interessierten Parteien zu unterziehen. Danach sind sie der Europäischen Kommission und den Regulierungsbehörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union zur Gelegenheit zur Stellungnahme zuzuleiten. Stellungnahmen der Kommission oder einer nationalen Regulierungsbehörde sind

weitestgehend zu berücksichtigen. Bei der Marktdefinition und Marktanalyse verfügt die Kommission über ein Vetorecht, mit der sie die Festlegung der Marktdefinition und Marktanalyse verhindern kann. In der Regulierungsverfügung können entsprechend den festgestellten Marktverhältnissen einzelne Verpflichtungen wie Diskriminierungsverbot, Transparenzgebot, Zugangsverpflichtungen, Veröffentlichung eines Standardangebotes, getrennte Rechnungsführung und Regelungen zur Entgeltregulierung auferlegt werden. Im Anschluss an diese Verfügung werden dann die auferlegten Maßnahmen überprüft bzw. entsprechende Maßnahmen wie die Genehmigung von Entgelten durchgeführt.

Zu untersuchen sind mindestens die von der Europäischen Kommission auf Basis der Rahmenrichtlinie veröffentlichte Liste mit den zur Vorabregulierung empfohlenen Märkten. Die erste von der Kommission veröffentlichte Liste umfasste 18 Märkte, mittlerweile umfasst diese durch den Wegfall bzw. die Zusammenfassung von Märkten nur noch sieben Märkte. Zusätzlich können die nationalen Regulierer weitere Märkte im Rahmen des oben geschilderten Verfahrens untersuchen und eine Regulierungsverfügung festlegen. Insoweit unterscheidet sich das System von anderen regulierten Netzwirtschaften, in denen Einzelmaßnahmen wie die Genehmigung von Entgelten in der Regel direkt auf gesetzlichen Ermächtigungen beruhen und nicht erst auf der Basis einer Regulierungsverfügung möglich sind.

Im Bereich Telekommunikation überwacht die Bundesnetzagentur eine Vielzahl von Vorschriften zum Kundenschutz, die z. B. den Einzelverbindungsanruf oder ein Schlichtungsverfahren bei Streitigkeiten zwischen Endkunden und Anbietern vorsehen. Um dem Missbrauch von Mehrwertdienstleistungen wirksam begegnen zu können, wurde zusätzliche Vorschriften in das TKG aufgenommen, zuletzt auch zur Bekämpfung unerlaubter Werbeanrufe („cold calls“). Die Bundesnetzagentur ist auch mit der Sicherstellung der effizienten und störungsfreien Nutzung begrenzter Ressourcen wie Nummern und Frequenzen betraut, ohne die eine Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen vielfach nicht möglich wäre. Die Nutzung von Frequenzen erfordert auch zahlreiche internationale Aktivitäten im Bereich der Normung und Standardisierung, der internationalen Harmonisierung von Frequenzen und der Überwachung der konkreten Frequenznutzungen. Außerdem ist die Bundesnetzagentur zuständig für die Sicherstellung von Interoperabilität, die Marktaufsicht beim Inverkehrbringen von elektronischen Geräten, Fragen der Funkverträglichkeit, die Gewährleistung des Datenschutzes und des Fernmeldegeheimnisses und die Ermöglichung von Überwachungsmaßnahmen durch berechnete staatliche Institutionen.

Insgesamt umfasst das Aufgabenspektrum der Bundesnetzagentur sehr viele Betätigungsfelder, die nicht mehr dem Bereich einer Kernregulierung zuzuordnen sind, aber doch unmittelbar im Zusammenhang mit der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen stehen. Eine besondere Rolle nimmt hierbei der Bereich der elektronischen Signatur ein, bei der die Bundesnetzagentur Aufgaben nach dem Signaturgesetz wahrnimmt.

Eisenbahnen

Mit Inkrafttreten des Dritten Gesetzes zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften am 28. April 2005 wurde die Bundesnetzagentur mit der Sicherstellung des diskriminierungsfreien Zugangs zu Eisenbahninfrastruktur ab dem 1. Januar 2006 beauftragt. Diese Aufgabe wurde bis Ende 2005 vom Eisenbahn-Bundesamt wahrgenommen. Inhaltlich diente das novellierte Allgemeine Eisenbahngesetz (AEG) insbesondere der vollständigen Umsetzung der europäischen Vorgaben des Ersten Eisenbahnpakets. Erklärte Ziele des europäischen wie des deutschen Gesetzgebers sind die Gewährleistung eines sicheren Betriebs der Eisenbahn, eines attraktiven Verkehrsangebot auf der Schiene sowie die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei dem Erbringen von Eisenbahnverkehrsleistungen und dem Betrieb von Eisenbahninfrastrukturen.

Dies wird mit erweiterten Vorschriften für einen diskriminierungsfreien Zugang zu Schienennetzen und Serviceeinrichtungen sowie eine diskriminierungsfreie Erbringung von Dienstleistungen gewährleistet. Die Ausgestaltung rechts- und wettbewerbskonformer Zugangsbedingungen sowie die Regulierung der Entgelte für die Nutzung der Schienennetze und der Serviceeinrichtungen stehen dabei im Zentrum des gesetzlichen Auftrags.

Der Eisenbahninfrastrukturmarkt umfasst in Deutschland ein Streckennetz von ungefähr 34 000 km. Das längste Schienennetz betreibt die DB AG. Auch bei der Mehrzahl der Serviceeinrichtungen ist der Markt dadurch gekennzeichnet, dass ein Marktführer und zahlreiche kleinere Anbieter vorhanden sind. Das bedeutet, dass neben dem DB Konzern etwa 350 weitere Eisenbahnverkehrsunternehmen und insgesamt fast 900 Eisenbahninfrastrukturunternehmen grundsätzlich dem Regulierungssystem unterliegen. Gleichwohl hat sich der Gesetzgeber zu einer symmetrischen Regulierungssystematik entschlossen. Allerdings sieht das Gesetz die Möglichkeit des Dispenses vor, mit dem der Regulierer Infrastrukturbetreiber von bestimmten gesetzlichen Vorabregulierungsverpflichtungen befreien kann, wenn eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs nicht zu erwarten ist. Insoweit besteht hier die Möglichkeit zu einer gewissen regulatorischen Asymmetrie, mit der der symmetrische Grundansatz durchbrochen werden kann.

Gemäß § 14 AEG sind Eisenbahninfrastrukturunternehmen verpflichtet, die diskriminierungsfreie Benutzung der von ihnen betriebenen Eisenbahninfrastruktur und die diskriminierungsfreie Erbringung der von ihnen angebotenen Leistungen zu gewähren. Die Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) gestaltet diese Vorgaben im Einzelnen aus. Jeder Betreiber muss demnach seine Schienenwege und die dazugehörigen Anlagen, einschließlich eines gesetzlich vorgeschriebenen „Mindestpflichtleistungspaketes“, diskriminierungsfrei anbieten. Dafür müssen die Eisenbahninfrastrukturbetreiber nach der EIBV Nutzungsbedingungen (sog. Schienennetz-Benutzungsbedingungen bzw. Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen) aufstellen.

Die Prüfung von Nutzungsbedingungen ist eine der zentralen Aufgaben der Eisenbahnregulierung: Zum einen kann die tatsächliche Praxis der Gewährung des Zugangs zu Schienenwegen und der Erbringung von Leistungen gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen, zum anderen kann auch bereits die vorgelagerte Ausgestaltung von Nutzungsbedingungen diskriminierende Wirkungen entfalten. Die sich aus dem Eisenbahnrecht ergebenden Anforderungen an die Nutzungsbedingungen für Schienenwege und Serviceeinrichtungen haben die Eisenbahninfrastrukturunternehmen zwingend zu beachten. Die Bundesnetzagentur überwacht die Einhaltung dieser Vorschriften im Wege der Vorabprüfung und kann den Bedingungen widersprechen, sodass diese nicht in Kraft treten. Als weiteres Instrument besteht eine nachträgliche Eingriffsmöglichkeit. Daneben hat die Bundesnetzagentur schließlich noch die Möglichkeit, die Maßnahmen zu treffen, „die zur Beseitigung festgestellter Verstöße und zur Verhütung künftiger Verstöße gegen die Vorschriften des Eisenbahnrechts erforderlich sind“.

Die Bundesnetzagentur überwacht auch die Erstellung des Netzfahrplans und die Entscheidungen über die Zuweisung von Zugtrassen. Über die Absicht eines Eisen-

bahninfrastrukturunternehmens, die Zuweisung von Zugtrassen abzulehnen, ist sie vorab zu informieren. Die Bundesnetzagentur kann dem innerhalb gewisser Fristen ex ante widersprechen. Eine Ex-post-Kontrolle ermöglicht Untersagung und Gestaltung der Rechtsbeziehungen für die Infrastrukturnutzung.

Die Entgeltregulierung dient dazu, überhöhte oder prohibitiv wirkende Nutzungsentgelte zu verhindern und damit das Recht auf diskriminierungsfreien Zugang zu erschweren bzw. faktisch auszuhöhlen. Somit ist die Entgeltregulierung eines der wichtigsten Instrumente zur Stimulierung des Wettbewerbs. Die eisenbahnrechtlichen Vorschriften zu Fragen der Entgeltregulierung, geregelt in § 14 Absatz 4 und 5 AEG, sind im Vergleich zu den rechtlichen Vorgaben in den anderen regulierten Sektoren deutlich unterentwickelt. Im Rahmen der oben geschilderten Überprüfung von Nutzungsbedingungen für Schienenwege und Serviceeinrichtungen überprüft die Bundesnetzagentur auch die Einhaltung der Vorschriften des Eisenbahnrechts in Bezug auf Entgeltgrundsätze und Entgelthöhen. Sie hat bei der Vorabvorlage die Möglichkeit, diesen zu widersprechen und damit ein Inkrafttreten zu verhindern. Nachträglich können Entgeltregelungen für ungültig erklärt werden.

Teil VII Anhang

Anhang 1

Mitglieder und stellvertretende Mitglieder des Beirates bei der Bundesnetzagentur

Stand: 22. September 2009

Vorsitzender:

Ulrich Junghanns
 Vorsitzender des Beirates bei
 der Bundesnetzagentur für
 Elektrizität, Gas,
 Telekommunikation, Post und
 Eisenbahnen
 Postfach 80 01
 53105 Bonn

Ulrich Junghanns
 Minister für Wirtschaft
 des Landes Brandenburg
 Heinrich-Mann-Allee 107
 14460 Potsdam

Stellvertretender
 Vorsitzender:

Klaus Barthel, MdB
 Platz der Republik 1
 11011 Berlin

Geschäftsstelle:
 Beirat bei der Bundesnetzagentur
 für Elektrizität, Gas, Telekommunikation,
 Post und Eisenbahnen
 – Geschäftsstelle –
 Postfach 80 01
 53105 Bonn

Ansprechpartnerin:
 Elisabeth Kopp
 Tel.: 0228 144569
 Fax: 0228 146456

Hinweis: Dieses Verzeichnis wird bei Veränderungen sofort aktualisiert und auf der Internetseite der Bundesnetzagentur veröffentlicht.

Mitglieder und stellvertretende Mitglieder des Bundestages

Mitglied	Stellvertreter
Adam , Ulrich, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin	Schröder , Dr. Ole, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin
Bareiß , Thomas, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin	Deitert , Hubert Platz der Republik 1 11011 Berlin
Kaster , Bernhard, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin	Lämmel , Andreas G., MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin
Krogmann , Dr. Martina, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin	Wegner , Kai, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin
Pfeiffer , Dr. Joachim, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin	Meister , Dr. Michael, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin
Singhammer , Johannes, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin	Dobrindt , Alexander, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin

Mitglied	Stellvertreter
Barthel , Klaus, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin	Dressel , Dr. Carl-Christian, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin
Dörmann , Martin, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin	Lösekrug-Möller , Gabriele, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin
Hempelmann , Rolf, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin	Hovermann , Eike, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin
Kelber , Ulrich, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin	Zöllmer , Manfred, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin
Berg , Ute, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin	Krüger , Dr. Hans-Ulrich, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin
Wolff , Waltraud, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin	Bierwirth , Petra, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin
Kopp , Gudrun, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin	Otto , Hans-Joachim, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin
Brüderle , Rainer, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin	Friedrich , Horst, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin
Hill , Hans-Kurt, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin	Bulling-Schröter , Eva, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin
Andreae , Kerstin Platz der Republik 1 11011 Berlin	Höhn , Bärbel, MdB Platz der Republik 1 11011 Berlin

Mitglieder und stellvertretende Mitglieder des Bundesrates

Mitglied	Stellvertreter
Pfister , Ernst Minister für Wirtschaft des Landes Baden-Württemberg Theodor-Heuss-Str. 4 70174 Stuttgart	Drautz , Richard Staatssekretär im Ministerium für Wirtschaft des Landes Baden-Württemberg Theodor-Heuss-Str. 4 70174 Stuttgart
Zeil , Martin Bayerischer Staatsminister für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie 80525 München	Hessel , Katja Staatssekretärin im Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie 80525 München

Mitglied	Stellvertreter
Wolf, Harald Bürgermeister und Senator für Wirtschaft, Technologie und Frauen des Landes Berlin 10820 Berlin	Nehring-Venus, Almuth Staatssekretärin bei der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Technologie und Frauen des Landes Berlin 10820 Berlin
Junghanns, Ulrich Minister für Wirtschaft des Landes Brandenburg Heinrich-Mann-Allee 107 14460 Potsdam	Richter, Michael Ministerialdirigent und Amtschef im Ministerium für Wirtschaft des Landes Brandenburg Heinrich-Mann-Allee 107 14460 Potsdam
Nagel, Ralf Senator für Wirtschaft und Häfen der Freien Hansestadt Bremen Postfach 101529 28015 Bremen	Loske, Dr. Reinhard Senator für Umwelt, Bau, Verkehr und Europa der Freien Hansestadt Bremen Ansgaritorstr. 2 28195 Bremen
Gedaschko, Axel Präses der Behörde für Wirtschaft und Arbeit und Senator der Freien und Hansestadt Hamburg Postfach 112109 20421 Hamburg	von Welck, Prof. Dr. Karin Präses der Behörde für Kultur, Sport und Medien und Senatorin der Freien und Hansestadt Hamburg Hohe Bleichen 22 20354 Hamburg
Posch, Dieter Staatsminister im Hessisches Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung Postfach 3129 65021 Wiesbaden	Saebisch, Steffen Staatssekretär im Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung Postfach 3129 65021 Wiesbaden
Seidel, Jürgen Minister für Wirtschaft, Arbeit und Tourismus des Landes Mecklenburg-Vorpommern 19048 Schwerin	Rudolph, Dr. Stefan Staatssekretär im Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Tourismus des Landes Mecklenburg-Vorpommern 19048 Schwerin
Rösler, Dr. Philipp Minister für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr des Landes Niedersachsen Postfach 101 30001 Hannover	Sander, Hans-Heinrich Minister für Umwelt und Klimaschutz des Landes Niedersachsen Postfach 4107 30041 Hannover
Krautscheid, Andreas Minister für Bundesangelegenheiten, Europa und Medien des Landes Nordrhein-Westfalen 40190 Düsseldorf	Baganz, Dr. Jens Staatssekretär im Ministerium für Wirtschaft, Mittelstand und Energie des Landes Nordrhein-Westfalen Haroldstr. 4 40213 Düsseldorf
Stadelmaier, Martin Staatssekretär Chef der Staatskanzlei des Landes Rheinland-Pfalz Postfach 3880 55028 Mainz	N. N. Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau des Landes Rheinland-Pfalz Postfach 3269 55022 Mainz
Rippel, Joachim Minister für Wirtschaft und Wissenschaft des Saarlandes Postfach 100941 66009 Saarbrücken	Ege, Dr. Christian Staatssekretär im Ministerium für Wirtschaft und Wissenschaft des Saarlandes Postfach 100941 66009 Saarbrücken

Mitglied	Stellvertreter
Jurk, Thomas Staatsminister für Wirtschaft und Arbeit des Freistaates Sachsen Postfach 100329 01073 Dresden	Mangold, Dr. Hartmut Staatssekretär im Ministerium für Wirtschaft und Arbeit des Freistaates Sachsen Postfach 100329 01073 Dresden
Haseloff, Dr. Reiner Minister für Wirtschaft und Arbeit des Landes Sachsen-Anhalt Postfach 391144 39135 Magdeburg	Pleye, Thomas Staatssekretär im Ministerium für Wirtschaft und Arbeit des Landes Sachsen-Anhalt Postfach 391144 39135 Magdeburg
Biel, Dr. Jörn Minister für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein Postfach 7128 24171 Kiel	de Jager, Jost Staatssekretär im Ministerium für Wissenschaft, Wirtschaft und Verkehr des Landes Schleswig-Holstein Postfach 7128 24171 Kiel
Reinholz, Jürgen Minister für Wirtschaft, Technologie und Arbeit des Freistaates Thüringen Postfach 900225 99105 Erfurt	Juckenack, Prof. Dr. Christian C. Staatssekretär im Ministerium für Wirtschaft, Technologie und Arbeit des Freistaates Thüringen Postfach 900225 99105 Erfurt

Anhang 2**Wissenschaftlicher Arbeitskreis für Regulierungsfragen**

Prof. Dr. Dres. h. c. Arnold Picot Universität München Institut für Information, Organisation und Management Ludwigstraße 28 80539 München	Prof. Dr. Juergen B. Donges Institut für Wirtschaftspolitik an der Universität zu Köln Pohligstr. 1 50969 Köln
Prof. Dr. Torsten J. Gerpott Gerhard Mercator Universität Duisburg Fachbereich für Wirtschaftswissenschaft Lotharstr. 65 47057 Duisburg	Prof. Dr. Ludwig Gramlich Technische Universität Chemnitz Professur für öffentliches Recht und Öffentliches Wirtschaftsrecht Reichenhainer Str. 39 09126 Chemnitz
Prof. Dr. Herbert Kubicek Universität Bremen Fachbereich 3 Mathematik und Informatik Bibliothekstr. 1 28359 Bremen	Dr. Karl-Heinz Neumann Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste GmbH (WIK) Postfach 20 00 53588 Bad Honnef
Prof. Dr. Charles B. Blankart Humboldt-Universität zu Berlin Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät Institut für öffentliche Wirtschaft und Wirtschaftspolitik Spandauer Str. 1 10178 Berlin	Univ.-Prof. Dr. Bernd Holznagel, LL.M. Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) Öffentlich-rechtliche Abteilung Leonardo-Campus 9 48149 Münster
Prof. Dr.-Ing. Peter Vary Institut für Nachrichtengeräte und Datenverarbeitung RWTH Aachen 52056 Aachen	Univ.-Prof. Dr. Dr. Franz Jürgen Säcker Freie Universität Berlin Fachbereich Rechtswissenschaft Institut für deutsches und europäisches Wirtschafts-, Wettbewerbs-, und Energierecht Boltzmannstraße 3 14195 Berlin
Univ.-Prof. Dr.-Ing. Hans-Jürgen Haubrich Leiter des Instituts für Elektrische Anlagen und Energie- wirtschaft (IAEW) Schinkelstraße 6 52056 Aachen	Prof. Dr. Wolfgang Ballwieser Seminar für Rechnungswesen und Prüfung Ludwig-Maximilians-Universität Ludwigstr. 28 RG 80539 München
Prof. Dr. Wolfgang Ströbele Universität Münster Lehrstuhl für Volkswirtschaftstheorie Universitätsstr. 14- 16 48143 Münster	

Anhang 3
Verzeichnis der Abkürzungen und Kurzschreibweisen

a. F.	alte Fassung
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetz
AFuG	Amateurfunkgesetz
AGV	Arbeitgeberverband
BAPT	Bundesamt für Post und Telekommunikation
BdKEP	Bundesverband der Kurier-Express-Postdienste
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BfDI	Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BKartA	Bundeskartellamt
BMAS	Bundesministerium für Arbeit und Soziales
BMPT	Bundesministerium für Post und Telekommunikation
BMWi	Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie
BNetzA	Bundesnetzagentur
BPatG	Bundespatentgericht
BriefArbbV	Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen
BSI	Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik
BürgerportalG	Bürgerportalgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BZA	Briefzentrum Abgang
BZE	Briefzentrum Eingang
CEN	Europäisches Komitee für Normung
CEPT	Europäische Konferenz für Post und Telekommunikation
CERP	Europäisches Komitee für Regulierung im Postbereich
Com-ITU	Committee for ITU Policy
DP-DHL	Deutsche Post DHL
DP AG	Deutsche Post AG
DPD	DPD Dynamic Parcel Distribution
DPMA	Deutsches Patent- und Markenamt
e. V.	eingetragener Verein
ECC	Electronic Communications Committee

E-commerce	Elektronischer Handel
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EMVG	Gesetz über die elektromagnetische Verträglichkeit von Geräten
EN	Europäische Norm
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FTEG	Gesetz über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen
GG	Grundgesetz
GLS	General Logistics Systems
GWB	Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen
IKT	Informations- und Kommunikationstechnologien
KEP	Kurier-Express-Postdienstleistungen
MarkenG	Markengesetz
MRU	Manner-Romberg-Unternehmensberatung
MwStSystRL	Mehrwertsteuer-Systemrichtlinie
n. F.	neue Fassung
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PDLV	Postdienstleistungsverordnung
PDSV	Postdienste-Datenschutzverordnung
PostG	Postgesetz
PUDLV	Post-Universaldienstleistungsverordnung
PZA	Postzustellungsauftrag (förmliche Zustellung)
Reg TP	Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
RFID	Radio Frequency Identification
SchwarzArbG	Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes
SigG	Signaturgesetz
TKG	Telekommunikationsgesetz
UKlaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen
UPS	United Parcel Service
UStG	Umsatzsteuergesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
ver.di	Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft
WAR	Wissenschaftlichen Arbeitskreis für Regulierungsfragen
WIK	Wissenschaftliches Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste GmbH

Sondergutachten der Monopolkommission – Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	72
Kurzfassung	73
1 Regulatorische Rahmenbedingungen	79
1.1 Markteintrittsregulierung	79
1.1.1 Lizenzpflichtige Postdienstleistungen	79
1.1.2 Die Regulierung von Arbeitsmarktbedingungen durch das Postgesetz	80
1.2 Erbringung des Universaldienstes	81
1.2.1 Europäischer Rechtsrahmen	81
1.2.2 Nationaler Rechtsrahmen	82
1.3 Vertretung im Weltpostverein	84
2 Entwicklungen in den Postmärkten	85
2.1 Marktentwicklung in europäischen Ländern	85
2.1.1 Novellierung der Postrichtlinie	85
2.1.2 Marktentwicklung in ausgewählten Ländern	87
2.2 Marktentwicklung in Deutschland	88
2.3 Entwicklung der Deutschen Post AG	92
2.4 Beurteilung der Marktentwicklung	94
3 Wettbewerbspolitische Problemfelder	94
3.1 Der Bund als Wettbewerbshüter und Anteilseigner	94
3.2 Mindestlöhne im Briefbereich	95
3.2.1 Beschäftigungssituation im Briefbereich	97
3.2.2 Einschätzung der Monopolkommission	99
3.2.3 Zur Reform des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes	101
3.3 Umsatzsteuerbefreiung: Status quo und Reformvorschläge	102
3.3.1 Wirkung der Umsatzsteuerbefreiung	102
3.3.2 Europäischer Rechtsrahmen	105
3.3.2.1 EuGH-Urteil vom 11. Juli 1985, Rs. 107/84	105
3.3.2.2 EuGH-Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07	107
3.3.3 Konsequenzen für Reformentwürfe in Deutschland	107
3.3.3.1 Gesetzentwurf der FDP-Bundestagsfraktion	107
3.3.3.2 Gesetzentwurf der Bundesregierung	108

	Seite
3.3.3.3 Inoffizieller Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion	111
3.3.4 Reforminitiative für den europäischen Rechtsrahmen	111
3.4 Ex-ante- und Ex-post-Entgeltregulierung	112
3.4.1 Kritik am Einzelgenehmigungsverfahren	113
3.4.2 Kritik am Price-Cap-Verfahren	114
3.4.3 Sonderproblematik: Individuelle Rabatte und Ex-post-Entgeltkontrolle	115
3.4.3.1 Einführung in die Problematik	115
3.4.3.2 Allgemeines Wettbewerbsrecht	118
3.4.3.3 Urteils- und Anwendungspraxis	119
3.4.3.4 Anwendung der Kriterien auf den Briefmarkt	122
3.4.3.5 Informationsdefizite bei der Ex-post-Kontrolle	123
3.4.3.6 Lösungsansätze für die Ex-post-Kontrolle	124
3.5 Zugang zu Teilleistungen der DPAG	125
3.5.1 Zugang zu Postfachanlagen und Adressänderungsinformationen ..	125
3.5.2 Zugang zum Beförderungnetz	126
3.6 Vergabe von Postdienstleistungsaufträgen durch öffentliche Stellen	129
3.6.1 Aufteilung in Lose	130
3.6.2 Rahmenvereinbarungen	131
3.6.3 Auswahl der Zuschlagskriterien	131
3.6.4 Auswahl der Eignungsnachweise	132
3.6.5 Subunternehmereinsatz	134
3.6.6 Insolvenz im Zusammenhang mit einer Ausschreibung	135
3.6.7 Kooperation mehrerer Auftraggeber	135
3.6.8 Umsatzsteuerbefreiung der Deutschen Post AG	135
3.6.9 Sonderproblematik: Postzustellungsaufträge	136
3.6.9.1 Probleme des wirksamen Vertragsschlusses	136
3.6.9.2 Probleme der Entgeltgenehmigung	137
3.6.10 Fazit und Empfehlungen	139
4 Rechtliche und sonstige Fragen	140
4.1 Dynamische Verweisung auf Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes	140
4.2 Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission	141
5 Handlungsempfehlungen der Monopolkommission	142

	Seite
Verzeichnis der Abbildungen und Tabellen	
Tabelle 2.1	Marktanteile im Briefbereich nach Umsätzen 89
Tabelle 2.2	Entwicklung der Neuabschlüsse von Teilleistungs- verträgen seit 2000 90
Tabelle 2.3	Marktaustritte im Briefbereich 2008 90
Tabelle 2.4	Aufteilung der Umsätze der Wettbewerber auf Dienstleistungen 91
Tabelle 2.5	Anzahl der Wettbewerber nach Umsatzgröße (ohne DPAG) 91
Tabelle 2.6	Entwicklung der DPAG 93
Abbildung 3.1	Platzhaltermodell der KfW 95
Tabelle 3.1	Durchschnittsstundenlöhne im Briefbereich bei Wettbewerbern 98
Tabelle 3.2	Durchschnittsstundenlöhne bei der DPAG 98
Tabelle 3.3	Aufteilung nach Beschäftigungsverhältnissen im lizenzpflichtigen Bereich 98
Tabelle 3.4	Beispiel zur Umsatzsteuerpflicht nach § 4 Nummer 11b UStG 102
Tabelle 3.5	Lohnkostenanteile nach Produktionsstufen 103
Tabelle 3.6	Urteils- und Regulierungspraxis zu Rabatten im Postmarkt 120
Tabelle 3.7	Rabatte auf das Standard-Entgelt, AGB-Teilleistungs- verträge BZA 128
Tabelle 3.8	Rabatte auf das Standard-Entgelt, AGB-Teilleistungs- verträge BZE 128

Vorwort

Der Monopolkommission legt mit diesem Bericht ihr sechstes Sondergutachten zur Wettbewerbsentwicklung auf den deutschen Postmärkten vor und erfüllt damit den gesetzlichen Auftrag des § 44 Postgesetz (PostG) i. V. m. § 81 Absatz 3 Telekommunikationsgesetz (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 für die vorliegende Stellungnahme davon aus, dass der gesetzliche Auftrag für das Sondergutachten im Postsektor inhaltlich unverändert fortbesteht.

Zur Vorbereitung ihrer Stellungnahme im Postbereich hat die Monopolkommission am 12. Juni 2009 in einer Anhörung mit Wettbewerbern und Verbänden über die Wettbewerbsentwicklung im Postwesen diskutiert. Teilnehmer waren die Deutsche Post AG (DPAG), die DIREKTexpress Holding AG, die Hermes Logistik GmbH, die PIN Mail AG und die TNT Post Holding GmbH, der Bundesverband Deutscher Postdienstleister e. V. (BvDP) und der Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste e. V. (BIEK). Schriftliche Stellungnahmen abgegeben haben der United Parcel Service Inc. & Co. OHG (UPS), der Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e. V. (BdKEP), der Deutsche Verband für Post, Informationstechnologie und Telekommunikation e. V. (DVPT), die Input Consulting GmbH, die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di) und das Wissenschaftliche Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (WIK).

Die Monopolkommission bedankt sich bei den wissenschaftlichen Sachverständigen Herrn Prof. Dr. Helmut M. Dietl, Herrn Prof. Dr. Harald Schaumburg und Herrn Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski für ihre Beiträge zur Meinungsbildung.

Im Herbst 2009 hat die Monopolkommission eine Umfrage unter 1 000 Städten und Gemeinden in Deutschland zur Praxis der Vergabe von Postdienstleistungsaufträgen durch öffentliche Einrichtungen durchgeführt. Die Monopolkommission dankt allen Beteiligten für ihre Auskünfte.

Der Präsident der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Herr Matthias Kurth, und Mitarbeiter seiner Behörde standen der Monopolkommission am 11. September 2009 zur Diskussion zur Verfügung. Darüber hinaus gab es vielfältige Kontakte zwischen der Geschäftsstelle der Monopolkommission und Mitarbeitern der Bundesnetzagentur, des Bundeskartellamtes und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, der Unternehmen und Verbände. Die Monopolkommission dankt allen Beteiligten für ihre Mitwirkung.

Die Monopolkommission bedankt sich bei ihrem wissenschaftlichen Mitarbeiter Herrn Dr. Andreas Liebe, der die Stellungnahme der Monopolkommission zur Entwicklung des Wettbewerbs auf den Postmärkten federführend betreut hat.

Kurzfassung

1.* Die Monopolkommission sieht die Wettbewerbsentwicklung auf den Briefmärkten wiederholt kritisch. Die am 1. Januar 2008 durch den Wegfall der Exklusivlizenz für Briefe bis 50 g für die Deutsche Post AG (DPAG) formal stattgefundene Liberalisierung wurde – wie erwartet – durch die Einführung des Mindestlohns im Briefsektor und durch den Erhalt der Mehrwertsteuerbefreiung für die Deutsche Post AG konterkariert. Die Marktdominanz der DPAG im Briefbereich ist nicht nur erhalten geblieben, sondern hat sich sogar noch verstärkt. Ihre Umsatzrendite im Briefbereich lag im Jahr 2008 bei 15,7 Prozent. Damit setzten sich die seit Jahren zu beobachtenden stabilen und außerordentlich hohen Umsatzrenditen der DPAG im Briefbereich fort. Positiv wertet die Monopolkommission die wettbewerbliche Entwicklung im Bereich der Kurier-, Express- und Paketdienste (KEP), der sich in den letzten Jahren als Wachstumsträger und „Jobmotor“ im Postmarkt erwiesen hat. So sind die Sendungsmengen im KEP-Bereich zwischen 2003 und 2007 um 23,9 Prozent gestiegen; die Umsätze stiegen trotz sinkender Preise im gleichen Zeitraum um 32,4 Prozent. Die Zahl der Beschäftigten bei den KEP-Unternehmen stieg zwischen 2002 und 2007 um 14,5 Prozent.

Mindestlöhne im Briefbereich

2.* Die Monopolkommission spricht sich vehement gegen jede Form staatlicher Einflussnahme auf die Lohnbildung im Postsektor aus. Dies betrifft erstens die indirekte Regulierung von Arbeitsmarktbedingungen durch einzelne Vorschriften im Postgesetz (PostG) und zweitens die direkte Einflussnahme durch die Erweiterung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG). Nach § 1 PostG besteht der Zweck des Gesetzes unter anderem darin, durch Regulierung im Bereich des Postwesens den Wettbewerb zu fördern. § 2 Absatz 2 Nummer 5 PostG nennt dagegen „die Berücksichtigung sozialer Belange“ als ein Regulierungsziel und nach § 6 Absatz 3 Nummer 3 PostG ist die Erteilung einer Lizenz durch die Regulierungsbehörde zu versagen, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet“ (sog. Sozialklausel). Insbesondere um die Auslegung dieser Sozialklausel ist eine kontroverse Diskussion entbrannt. Eine Forderung lautete, als Vergleichsmaßstab die Arbeitsbedingungen bei der DPAG heranzuziehen. Deren Löhne liegen im Durchschnitt erheblich über den bei Wettbewerbern üblichen Löhnen. Nach Ansicht der Monopolkommission sollten als Maßstab nur die Löhne herangezogen werden, die für vergleichbare Tätigkeiten am gleichen Ort gezahlt werden. Dann spielt die Sozialklausel jedoch faktisch kaum eine Rolle, weil ein Antragsteller, der deutlich weniger als den marktüblichen Lohn zahlt, kaum in der Lage sein dürfte, offene Stellen dauerhaft zu besetzen. Die Monopolkommission erachtet die Regulierung von Arbeitsmarktbedingungen durch das Postgesetz für äußerst kritisch. Die Berücksichtigung sozialer Belange und die Einhaltung sozialer Standards sind bei entsprechender Auslegung der betreffenden Vorschriften geeignet, der

beabsichtigten Intensivierung des Wettbewerbs im Postsektor entgegenzuwirken. Sie sollten daher bei der nächsten Novellierung des Postgesetzes gestrichen werden.

3.* Eine direkte Einflussnahme der Politik auf die Löhne und Arbeitsbedingungen im Postsektor, wie durch die Aufnahme der Branche „Briefdienstleistungen“ in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz und die Rechtsverordnung zum Postmindestlohn erfolgt, ist erst recht abzulehnen. Hier wurde ein zwischen dem von der DPAG dominierten Arbeitgeberverband Postdienste e. V. und der Gewerkschaft ver.di abgeschlossener Mindestlohntarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt. Die Monopolkommission hatte in ihrem letzten Postgutachten bereits vor Erlass der Rechtsverordnung dezidiert vor der ökonomischen Wirkung eines Postmindestlohns gewarnt und auf die rechtliche Fragwürdigkeit einer branchenweiten Erstreckung via Rechtsverordnung hingewiesen. Ihre Einschätzungen haben sich inzwischen bestätigt. Die Einführung des Mindestlohns hat die Entfaltung von funktionsfähigem Wettbewerb auf den Märkten für Briefdienstleistungen verhindert. Der Mindestlohn hat sich als ein Wettbewerbshindernis in mindestens dem gleichen Umfang erwiesen wie die Exklusivlizenz der DPAG bis Ende des Jahres 2007. So hat bereits die Diskussion um den Mindestlohn für Briefzusteller die TNT Post und Hermes Logistik Gruppe im Dezember 2007 dazu veranlasst, den für Anfang 2008 geplanten Ausbau der rund 13 500 Hermes „PaketShops“ zu Briefannahmestellen zu stoppen. Es ist kaum zu ermesen, welcher Schaden dem Wirtschaftsstandort Deutschland durch die negativen Signale, die das Vorgehen der Politik hinsichtlich des Mindestlohns an alle in- und ausländischen Investoren im Postbereich aussendet, entstanden ist.

Ebenso bestätigt wurde die juristische Einschätzung: Das Verwaltungsgericht Berlin erklärte am 7. März 2008 die Rechtsverordnung für rechtswidrig, weil sie nicht gemäß Artikel 80 Absatz 1 Satz 1 GG durch die Ermächtigungsgrundlage des § 1 Absatz 3a Satz 1 AEntG (1996) gedeckt sei, die in verfassungskonformer Auslegung nur eine Regelung ermögliche, dass 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. Diese Entscheidung wurde in der Kernfrage vom Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg am 18. Dezember 2008 bestätigt. Die Rechtsverordnung sei mit dem Gesetzesvorbehalt nach Artikel 80 Absatz 1 Satz 1 GG nicht vereinbar. Die gesetzliche Ermächtigung in § 1 Absatz 3a AEntG (1996) lasse die Erstreckung eines Mindestlohntarifvertrags nur auf tariflich nicht gebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer (sog. Außenseiter) zu. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat die Revision des Urteils vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) beantragt. Die Entscheidung des Gerichts steht noch aus.

4.* Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich die ergangenen Urteile und befürwortet die Weisung des Bundesfinanzministeriums, die Ahndung von Verstößen

gegen die Rechtsverordnung bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage zurückzustellen. Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz wurde entgegen seinem eigentlichen Zweck, nämlich verbindliche Tariflöhne auf ausländische Arbeitnehmer zu erstrecken und so die Interessen inländischer Arbeitnehmer zu schützen, verwendet, um die Wettbewerber der DPAG beim Aufbau paralleler Zustellnetze gezielt zu behindern. Um Kunden zum Wechsel zu bewegen, müssen diese günstiger anbieten als die DPAG. Gleichzeitig haben sie in der Aufbauphase Skalennachteile, d. h. höhere Kosten in einigen Geschäftsbereichen. Sie sind darauf angewiesen, deutlich niedrigere Löhne als die DPAG zu zahlen. Dass es sich bei dem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag um einen Vertrag zulasten Dritter handelt, zeigt sich vor allem in drei Punkten. Erstens wurden zwei unterschiedliche Mindestlöhne ausgehandelt. So erhalten die Briefzusteller, die unter den Beschäftigten die größte und tendenziell am schlechtesten bezahlte Gruppe darstellen, nach dem Tarifvertrag einen deutlich höheren Lohn als die übrigen Berufsgruppen in den Unternehmen. Zweitens waren die wichtigsten Wettbewerber der DPAG nicht in die Tarifverhandlungen einbezogen. Selbst wenn sie dem Arbeitgeberverband Postdienste beigetreten wären, hätten sie keinen spürbaren Einfluss auf den Inhalt des Tarifvertrags nehmen können, weil die Stimmrechte nach dessen Satzung von den Beschäftigtenzahlen der Mitgliedsunternehmen abhängig sind. Drittens ist die DPAG selbst von dem Tarifvertrag praktisch nicht betroffen, weil ihre Beschäftigten und die ihrer Konzerntöchter fast durchgehend höhere Löhne nach dem Haustarifvertrag der DPAG erhalten. Die Mehrzahl der von dem Tarifvertrag erfassten Beschäftigten ist bei den Wettbewerbern angestellt. So hat die DPAG die Kosten ihrer Konkurrenten erhöht, ohne selbst betroffen zu sein.

5.* Die Monopolkommission bekräftigt ihren Vorschlag aus dem letzten Postgutachten, dem Bundeskartellamt künftig bei jeder Form der Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesarbeitsminister ein Anhörungsrecht einzuräumen. Das Bundeskartellamt soll dabei insbesondere Stellung zu der Frage nehmen, welche Auswirkungen von einer Allgemeinverbindlicherklärung auf die betroffenen Produktmärkte zu erwarten sind. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Wettbewerbswirkungen und die Interessen der Verbraucher nicht hinreichend berücksichtigt werden.

6.* Im April 2009 ist eine veränderte Fassung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes in Kraft getreten, wonach das bisherige Erfordernis für eine Allgemeinverbindlicherklärung durch eine Rechtsverordnung, dass die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 Prozent der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen, entfallen ist. Im Fall konkurrierender Tarifverträge muss der Ordnungsgeber berücksichtigen, ob der Tarifvertrag repräsentativ ist. Dabei ist auf die Zahl der jeweils tarifgebundenen Arbeitgeber und der bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmer sowie die Zahl der jeweils tarifgebundenen Mitglieder der tarifvertrags-schließenden Gewerkschaft abzustellen. Liegen mehrere Anträge auf Allgemeinverbindlicherklärung vor, so müs-

sen die widerstreitenden Grundrechtsinteressen der verschiedenen Tarifvertragsparteien zu einem „schonenden Ausgleich“ gebracht werden. Die Monopolkommission hat mehrfach auf die Bedeutung der 50 Prozent-Klausel nach § 5 Absatz 1 Satz 1 TVG beim Erlass einer Rechtsverordnung nach § 1 Absatz 3a AEntG (1996) hingewiesen. Sie gewährleistet, dass die Tarifbindung, der die Mehrheit der Arbeitgeber bzw. Arbeitnehmer unterliegt, auch einer Minderheit zugemutet werden kann. Die Neuregelung im Arbeitnehmer-Entsendegesetz (2009) erlaubt, Tarifverträge, die nur für eine kleine Minderheit von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gelten, auf eine Mehrheit zu erstrecken. Das Prinzip, dass die zu erstreckenden Tarifregeln repräsentativ für die Branche sein müssen, wird verletzt. Dies sieht die Monopolkommission äußerst kritisch. Insofern entsteht der Verdacht, dass es bei dieser Neuregelung darum geht, angesichts der zunehmenden Differenzierung der Tariflandschaft eine Tarifkonkurrenz zu unterbinden und eine „Entmonopolisierung“ des Gewerkschaftsmarktes zu verhindern. Die Monopolkommission begrüßt die Vereinbarung im Koalitionsvertrag der im Herbst 2009 gewählten neuen Bundesregierung, die bestehenden gesetzlichen Regelungen zum Mindestlohn bis Oktober 2011 dahingehend zu überprüfen, ob diese Arbeitsplätze gefährden oder die Wettbewerbsfähigkeit der betreffenden Branche beeinträchtigen, und auf dieser Grundlage zu entscheiden, ob die geltenden Mindestlohnregelungen Bestand haben oder aufgehoben werden sollten.

Umsatzbesteuerung von Postdienstleistungen

7.* Nach geltendem Recht sind die unmittelbar dem Postwesen dienenden Umsätze der DPAG von der Umsatzsteuer befreit. Die Mehrwertsteuerbefreiung verschafft dem Unternehmen einen Kostenvorteil in Höhe von fast 19 Prozent gegenüber ihren mehrwertsteuerpflichtigen Wettbewerbern. Diese steuerliche Ungleichbehandlung bewirkt eine Wettbewerbsverzerrung, die bei umsatzsteuerpflichtigen und damit vorsteuerabzugsberechtigten Kunden zugunsten der Wettbewerber und bei nicht umsatzsteuerpflichtigen und damit nicht vorsteuerabzugsberechtigten Kunden zugunsten der DPAG wirkt. Nicht umsatzsteuerpflichtig sind Privatkunden, Behörden und sonstige staatliche Einrichtungen, Kirchen und Unternehmen der Branchen, deren Lieferungen und Leistungen nach § 4 UStG steuerbefreit sind, unter anderem Banken und Versicherungen, Wohlfahrtsverbände, Krankenhäuser, Ärzte und Bildungseinrichtungen. Dies sind ausgerechnet die Kundengruppen, die in der Regel viel Post versenden. Aufgrund der hohen Bedeutung von Synergieeffekten bei der Einsammlung und Zustellung im Briefmarkt wirkt sich diese wettbewerbsliche Verzerrung jedoch auch massiv auf den Wettbewerb um umsatzsteuerpflichtige Geschäftskunden aus. Zudem wird die geltende Regelung nicht konsequent angewendet. So erhebt die DPAG die Umsatzsteuer für Geschäftspakete, obwohl diese bis zu einem Gewicht von 20 kg unter den Unversaldiensten fallen. Lediglich sog. „Schalterpakete“ unterliegen nicht der Umsatzsteuer. Umgekehrt erhebt die DPAG keine Umsatzsteuer auf die Preise für Postzustellungsauflagen.

träge (PZA), obwohl diese nicht zum Universaldienst gehören. Die Abweichungen von der Norm wirken stets zugunsten der DPAG. Im Bereich der postvorbereitenden Dienstleistungen hängt die Umsatzsteuerpflicht von den (zivilrechtlichen) Leistungsbeziehungen zwischen Absender, Konsolidierer und der DPAG ab, die darüber entscheiden, wie die postvorbereitenden Leistungen umsatzsteuerrechtlich behandelt werden – genauer: ob der Portoaufwand des Konsolidierers für die Teilleistungen der DPAG einen durchlaufenden Posten darstellt oder ob er zum umsatzsteuerlichen Entgelt gehört. Teilleistungen der DPAG sind umsatzsteuerfrei.

8.* Für diese steuerliche Ungleichbehandlung gibt es keine Rechtfertigung. Die Monopolkommission fordert die Bundesregierung seit Jahren dazu auf, die Ungleichbehandlung der DPAG und ihrer Wettbewerber aufzuheben. Dabei ist darauf zu achten, dass eine neue Regelung zur Umsatzsteuerbefreiung von Postdienstleistungen nicht dem EU-Rechtsrahmen widerspricht. Hinweise darauf, wie eine europarechtskonforme Umsatzsteuerregelung aussieht, gibt ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 23. April 2009 zur Auslegung des Begriffs „öffentliche Posteinrichtungen“ und den Kriterien, nach denen die von „öffentlichen Posteinrichtungen“ erbrachten Dienstleistungen steuerbefreit werden müssen. Als „öffentliche Posteinrichtungen“ seien öffentliche oder private Unternehmen zu betrachten, die sich verpflichten, den gesamten Universalpostdienst oder einen Teil davon in einem Mitgliedstaat zu gewährleisten. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) stellt klar, dass nicht alle Dienstleistungen der öffentlichen Posteinrichtungen befreit seien, sondern nur die, welche die öffentlichen Posteinrichtungen in ihrer Eigenschaft als Universaldienstleister anbieten. Leistungen, deren Bedingungen individuell ausgehandelt worden und damit nicht öffentlich zugänglich sind, seien von der Steuerbefreiung ausgeschlossen. Eine ersatzlose Streichung der Mehrwertsteuerbefreiung für Postdienstleistungen ist nach dem EuGH-Urteil ebenso unzulässig wie eine Differenzierung zwischen umsatzsteuerfreien und -pflichtigen Universaldienstleistungen. Eine europarechtskonforme Steuerbefreiungsvorschrift muss ausnahmslos alle Universaldienstleistungen (nach nationalem Universaldienstkatalog) öffentlicher Posteinrichtungen erfassen. Zu den öffentlichen Posteinrichtungen zählen die Unternehmen, die den gesamten Universalpostdienst oder einen Teil davon flächendeckend in der Bundesrepublik Deutschland anbieten. Es ist nicht erforderlich, dass ein Anbieter sämtliche Universaldienste aus einer Hand biete.

9.* Die Monopolkommission begrüßt die Absichtserklärung der neuen Bundesregierung im Koalitionsvertrag, die Umsatzbesteuerung von Postdienstleistungen mit Blick auf das EuGH-Urteil umgehend so anzupassen, dass keine steuerliche Ungleichbehandlung der Wettbewerber mehr besteht. Die Entfaltung von Wettbewerb im seit 1. Januar 2008 formal liberalisierten Markt wurde durch die bestehende Regelung ohnehin schon über Gebühr behindert. Es wäre nicht hinzunehmen, wenn die Umsetzung weiter verzögert würde. Ökonomisch wünschenswert wäre eine Lösung, die sicherstellt, dass alle

Anbieter von Postdienstleistungen für die gleiche Leistung steuerlich gleich behandelt werden, auch wenn sie nur lokal oder regional tätig sind. Denn auch eine Steuerbefreiungsregelung, die voraussetzt, dass mindestens eine Kategorie des Universaldienstes (z. B. Brief- oder Paketdienste) flächendeckend angeboten wird, wirkt wie eine Markteintrittsbarriere, weil neue Anbieter erst dann von der Befreiung profitieren, wenn sie die betreffenden Leistungen flächendeckend anbieten. Kurz nach dem Markteintritt gilt die Befreiung (noch) nicht. Gerade dann muss der Wettbewerber jedoch besonders günstige Angebote machen, um Kunden einen Anreiz zum Wechsel zu geben. Zugleich hat er durch niedrigere Beförderungsvolumina erhebliche Skalennachteile gegenüber den bereits etablierten Unternehmen. Insofern sollte sich die Bundesregierung auf europäischer Ebene für eine baldige Verabschiedung des Richtlinienvorschlags der EU-Kommission vom 5. Mai 2003 zur Änderung der Richtlinie 77/388/EWG einsetzen, welcher eine Mehrwertsteuerpflicht für sämtliche Postdienstleistungen vorsieht.

Ex-ante- und Ex-post-Entgeltregulierung

10.* Seit dem Wegfall der Exklusivlizenz der DPAG zum 1. Januar 2008 unterliegen deren Entgelte für Massensendungen, d. h. Entgelte für Beförderungsleistungen ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Briefsendungen nur noch einer nachträglichen Entgelt- und Missbrauchskontrolle durch die Bundesnetzagentur sowie im Rahmen der allgemeinen Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt. Entgelte für Einzelbriefsendungen, die hauptsächlich von Privatkunden und Kleingewerbetreibenden nachgefragt werden, sind weiterhin der Ex-ante-Regulierung durch die Bundesnetzagentur unterworfen.

11.* Die Monopolkommission hat wiederholt auf die großen preislichen Gestaltungsspielräume der DPAG hingewiesen. Diese folgen daraus, dass die DPAG die Möglichkeit, aber nicht die Verpflichtung hat, die in § 20 Absatz 2 Satz 2 PostG aufgeführten Zusatzkosten berücksichtigen zu lassen. Dazu zählen die Mehrkosten für die Erbringung des Universaldienstes, die Kosten für die Einhaltung der im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen und alle Sonderlasten aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost. Die Bundesnetzagentur berücksichtigt solche Zusatzkosten bei der Entgeltbemessung, macht aber keine Angaben darüber, in welcher Höhe diese Kosten angesetzt werden. Nach Ansicht der Monopolkommission gibt es keinen Grund mehr für eine Entschädigung der DPAG für die Übernahme des Universaldienstes und für Altlasten. Seit dem 1. Januar 2008 ist die Verpflichtung des Unternehmens zur Erbringung des Universaldienstes entfallen. Eine Entschädigung für den Universalpostdienst zu zahlen, käme nur dann infrage, wenn nachgewiesen wird, dass dem Unternehmen dadurch tatsächlich zusätzliche Kosten entstehen. In diesem Fall muss aber nicht zwingend die DPAG mit der Erbringung des Universaldienstes beauftragt, sondern diese Aufgabe ausgeschrieben werden. Eine Entschädigung der DPAG für die Altlasten aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost ist durch die Monopolgewinne, die die DPAG durch die Exklusivlizenz für Stan-

dardbriefe bis Ende 2007 erzielen konnte, inzwischen mehr als ausreichend erfolgt. Die Monopolkommission sieht keine Rechtfertigung dafür, das aus Monopolzeiten stammende Niveau von betrieblichen bzw. tarifvertraglichen Vereinbarungen über Löhne, Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen in den inzwischen liberalisierten Netzindustrien konservieren zu wollen. Die Monopolkommission plädiert für eine ersatzlose Streichung der Regelungen des § 20 Absatz 2 Satz 2 PostG und – gleichlautend – § 3 Absatz 4 Satz 3 PEntgV, damit zukünftig die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der einzige relevante Maßstab für die Entgeltregulierung sind. Nur so kann im Rahmen der Ex-ante-Regulierung eine Preisstruktur entstehen, die sich auf einem Markt mit funktionierendem Wettbewerb bilden würde. Entgelte, die zusätzliche Kostenkomponenten beinhalten, spiegeln weder in Höhe noch Struktur die Preise wider, die sich unter vollständig wettbewerblichen Bedingungen bilden würden.

12.* Die Monopolkommission hat die Price-Cap-Entscheidung der Bundesnetzagentur für die Entgeltregulierung im Bereich Einzelbriefsendungen bereits in ihrer letzten Stellungnahme kritisiert. Die Kritik bezieht sich auf zwei Punkte: Erstens hält es die Monopolkommission für ausgeschlossen, dass das Ausgangsentgeltniveau nicht überhöht war. Die Umsatzrendite der DPAG im Konzernbereich Brief betrug 15,7 Prozent im Jahr 2008. Eine solche Rendite ist nur möglich, wenn das Preisniveau deutlich über den Kosten liegt. Ferner hat die DPAG in der Vergangenheit die Preissetzungsspielräume des Price-Cap nicht einmal vollständig ausgenutzt. Die hohen Umsatzrenditen im Briefbereich wurden also mit Preisen erzielt, die sogar leicht unter denen liegen, die nach Ansicht der Bundesnetzagentur verlangt werden müssen, um die Kosten der Briefbeförderung einschließlich aller berücksichtigungsfähigen Zusatzkosten zu decken. Zweitens hält die Monopolkommission die von der Bundesnetzagentur erwarteten Produktivitätsfortschritte der DPAG für zu gering. Die Bundesnetzagentur ging bei der Ermittlung des X-Faktors davon aus, dass die Produktivitätsentwicklung der DPAG in etwa der gesamtwirtschaftlichen Steigerung der Arbeitsproduktivität entspricht und hat jährlich 1,8 Prozent angesetzt. Eine erwartete Produktivitätsfortschrittsrate in dieser Höhe ist für ein Unternehmen, das aus einem staatlichen Monopolbetrieb hervorgegangen ist, zu gering. Die Zahl der Zustellbezirke ist in den letzten Jahren deutlich gesunken. Die Löhne der neu eingestellten Zusteller liegen über 30 Prozent unter denen derjenigen, die noch einen Bestandsschutz haben. Die technischen Fortschritte bei der maschinellen Lesbarkeit von Handschriften und der damit verbundenen maschinellen Sortierung von Briefen sind enorm, weitere Fortschritte sind durch den Einsatz der RFID-Technologie zu erwarten. Im Paketbereich werden zunehmend sog. Packstationen errichtet, bei denen Pakete vom Versender selbst abgegeben und vom Empfänger selbst abgeholt werden. Die Bundesnetzagentur hat es versäumt, den Verbraucher durch eine Absenkung des Ausgangsentgeltlevels für die seit 1. Januar 2008 laufende Price-Cap-Periode an den Effizienzgewinnen der DPAG in den letzten

Jahren teilhaben zu lassen. Es ist zu erwarten, dass die DPAG auch zukünftig beträchtliche Kosteneinsparungen realisieren kann. Die Monopolkommission hält eine Absenkung des Ausgangsentgeltlevels sowie eine Erhöhung der erwarteten Produktivitätsfortschrittsrate innerhalb der laufenden Regulierungsperiode für dringend geboten. Es ist daher erforderlich, dass die Bundesnetzagentur ein nachvollziehbares Konzept zur Ermittlung des X-Faktors entwickelt, so wie sie es im Zuge der Vorbereitung der Anreizregulierung in der Energiewirtschaft verfolgt hat. Die bisher im Postsektor üblichen Vergleichsmarktuntersuchungen und Plausibilitätserwägungen sind unzureichend.

13.* Die DPAG kann seit dem 1. Januar 2008 im Bereich der Massensendungen individuelle Preisvereinbarungen treffen, ohne diese vorab der Bundesnetzagentur zur Genehmigung vorlegen zu müssen. Die DPAG nutzt ihre größere Flexibilität dazu – und wird diese künftig in noch größerem Maße nutzen –, ihre größten Kunden mit individuellen Rabatten auf die Listenpreise zu binden. So gaben in einer Umfrage des Wissenschaftlichen Instituts für Kommunikationsdienste (WIK) fast ein Drittel der Unternehmen an, gegenüber der DPAG Rabatte auszuhandeln, ohne dafür die regulären Voraussetzungen erfüllen zu müssen. Darüber hinaus berichteten einige der befragten Unternehmen von Werbekostenzuschüssen der DPAG für ihre Versandaktionen. Die Segmentierung der Kunden durch die selektive Rabattgewährung erlaubt der DPAG, die unterschiedlichen Preiselastizitäten der Nachfrage ihrer Kunden auszunutzen und einen größeren Teil der Konsumentenrente in Produzentenrente umzuwandeln, d. h. ihre Gewinne zu steigern. Dieses Ziel gehört zum normalen Leistungswettbewerb. Davon abgesehen besteht aber die Gefahr, dass die DPAG Rabatte zur Abwehr von Wettbewerbern einsetzt, wenn sie sehr hohe und nicht leistungsgerechte Preisnachlässe gewährt, um Wettbewerber gezielt aus dem Markt zu drängen. Es ist davon auszugehen, dass die Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbsbehindernden Wirkung einer Rabattgewährung mit steigender Marktmacht des jeweiligen Anbieters zunimmt.

14.* Durch die zunehmende Bedeutung solcher Rabattvereinbarungen steht die Bundesnetzagentur vor der Herausforderung, die für den Wettbewerb unproblematischen Preisnachlässe der DPAG von solchen zu unterscheiden, die eine wettbewerbsbehindernde Wirkung haben. Insofern bedarf es nach Ansicht der Monopolkommission der Entwicklung von Kriterien zur wettbewerbspolitischen Beurteilung individueller Rabattvereinbarungen durch die Bundesnetzagentur sowie der rechtlichen Voraussetzungen für eine effektive Ex-post-Entgeltkontrolle. Die Ermittlungsbefugnisse der Bundesnetzagentur sind bisher sehr begrenzt. Für die Aufnahme eines Verfahrens müssen ihr nach § 25 Absatz 1 PostG zunächst belegbare Hinweise auf ein gegebenenfalls wettbewerbswidriges Verhalten des marktbeherrschenden Anbieters vorgelegt werden. Weil sie – mit Ausnahme von Teilleistungsverträgen – keinerlei Möglichkeit hat, aus eigener Initiative Verträge einzusehen, liegt die Last der Beweisführung auf Seiten der Wettbewerber und ihrer eigenen Kunden. Nach

Ansicht der Monopolkommission sollte die Bundesnetzagentur keine überzogenen Anforderungen an die Beweiskraft der Hinweise auf Marktmachtmisbrauch stellen. Nur so ist sichergestellt, dass Verdachtsfällen angemessen und zeitnah nachgegangen werden kann. Darüber hinaus ist es dringend erforderlich, die Behörde mit aktiven Ermittlungsbefugnissen auszustatten. Die Monopolkommission schlägt die Implementierung einer dem § 38 TKG entsprechenden Regelung im Postgesetz vor, demzufolge Entgelte, die der Ex-post-Kontrolle unterliegen, der Bundesnetzagentur zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten vorzulegen sind. Individuelle Vereinbarungen über Entgelte, die nicht ohne Weiteres auf eine Vielzahl anderer Nachfrager übertragbar sind, wären unmittelbar nach Vertragsabschluss vorzulegen. Eine solche Vorschrift schränkt den Spielraum für wettbewerbswidriges Verhalten erheblich ein. Eine weniger scharfe Alternative zur beschriebenen Regelung wäre, den § 30 PostG, der das marktbeherrschende Unternehmen zur Vorlage von Verträgen im Teilleistungsbereich innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss verpflichtet, auf Verträge über End-to-End-Dienstleistungen auszudehnen. Darüber hinaus schlägt die Monopolkommission die Implementierung einer dem § 42 Absatz 4 Satz 1 TKG entsprechenden Regelung im Postgesetz vor, damit künftig auch Dritte einen Antrag auf Eröffnung eines Missbrauchsverfahrens stellen können. So wären die Marktteilnehmer hinsichtlich der Verfahrenseinleitung nicht länger von der Entscheidung der Bundesnetzagentur abhängig. Dies könnte die Effektivität der Missbrauchsaufsicht durch die Regulierungsbehörde erheblich stärken. Die Erfahrungen aus anderen Ländern und Netzindustrien zeigen außerdem, dass die Informationsasymmetrien bei der Kostenkontrolle nur durch regelmäßige Kostenanalysen begrenzt werden können. Die Begrenzung der Informationsnachteile der Regulierungsbehörde sind die Voraussetzung für eine effektive Ex-post-Kontrolle. Die Monopolkommission empfiehlt daher die Anwendung eines analytischen Kostenmodells für die Ex-post-Kontrolle von Entgelten bzw. Rabatten der DPAG.

Zugang zu Teilleistungen der DPAG

15.* Die DPAG muss als marktbeherrschender Anbieter von lizenzpflichtigen Postdienstleistungen Wettbewerbern gegen Entrichtung eines Entgelts den Zugang zu Postfachanlagen und ihren Adressänderungsinformationen einräumen. Wenn die Zugangsbedingungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) enthalten sind – so praktiziert es die DPAG – unterliegen sie einer Ex-ante-Regulierung durch die Bundesnetzagentur. Die Regulierungsbehörde hat die betreffenden Entgelte erstmalig im Jahr 2002 genehmigt. Die festgesetzten Entgelte lagen bisher in allen Fällen deutlich unter den von der DPAG beantragten Entgelten. Dies belegt nach Ansicht der Monopolkommission die Notwendigkeit einer Ex-ante-Regulierung in diesem Bereich. Die Wettbewerber berichten allerdings von Problemen beim praktischen Zugang. So würde der Zugang zu Postfachanlagen von der DPAG so restriktiv gehandhabt, dass es oftmals günstiger sei, Briefe mit Postfachadressen voll frankiert bei der

DPAG einzuliefern, die Sendungen an die Hausadressen zuzustellen (sofern bekannt) oder Aufträge auszuschlagen, in denen viele postfachadressierte Sendungen enthalten sind. So ist die Nachfrage nach dem Zugang zu Postfachanlagen sehr gering. Nach Ansicht der Monopolkommission stellt eine Beeinträchtigung des Zugangs für Wettbewerber eine beträchtliche Wettbewerbsbehinderung dar. Die Monopolkommission fordert die Bundesnetzagentur auf, den beschriebenen Problemen nachzugehen und solche, die der DPAG anzulasten sind, unverzüglich abzustellen.

16.* Ebenso ist die DPAG als marktbeherrschender Anbieter verpflichtet, Teile der von ihr erbrachten Beförderungsleistungen („Teilleistungen“) gesondert anzubieten. Für die Entgelte gelten im Prinzip dieselben Kriterien wie beim Zugang zu Postfachanlagen und Adressdatenbanken. Sie werden seit dem 1. Januar 2008 jedoch nicht mehr ex ante reguliert, sondern unterliegen nur noch einer Ex-post-Kontrolle. Nach § 30 Absatz 1 PostG ist der marktbeherrschende Anbieter verpflichtet, der Bundesnetzagentur Verträge über Teilleistungen innerhalb eines Monats nach Abschluss vorzulegen. Zum 1. Januar 2008 hat die DPAG die Konditionen für die Teilleistungsverträge nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbessert. So wurden die Rabatte auf die regulären Entgelte für erbrachte Vorleistungen über alle Stufen um fünf Prozentpunkte erhöht und die Mindesteinlieferungsmengen zur Geltendmachung der Rabatte gesenkt. Sie erreichen aber auch nach dieser Veränderung nicht die Rabatte, die z. B. in Frankreich, Großbritannien oder den USA für vergleichbare Vorleistungen angeboten werden. Die Höhe der Teilleistungsrabatte sind insofern ein kritischer Faktor für den Briefbereich, als sie es dem etablierten Anbieter prinzipiell ermöglichen, die Politik einer Preis-Kosten-Schere zu betreiben, d. h. Wettbewerber durch eine geringe Preisdifferenz zwischen den End-to-End-Dienstleistungen und den Teilleistungen vom Markt zu verdrängen. Verschärft wird die Situation für die Wettbewerber im Briefbereich dadurch, dass die Gewinnmargen der Wettbewerber durch die Umsatzsteuerbefreiung der DPAG zusätzlich verringert werden.

17.* Dass die DPAG von sich aus nicht gewillt ist, einen reibungslosen und diskriminierungsfreien Zugang für Wettbewerber zu ermöglichen, hat sich von Anfang an gezeigt. Auf den sog. Rückforderungsvorbehalt für die gewährten Rabatte hat die DPAG erst auf Drängen des Bundeskartellamtes verzichtet. In der Folgezeit häuften sich die Beschwerden der Wettbewerber über die restriktiven Bedingungen zur Einlieferung von Briefsendungen in den Briefzentren. So weigerte sich die DPAG zunächst, Sendungen anzunehmen, die nur auf Leitregionen durchnummeriert sind. Dies erlaubt, Sendungen in einem einzigen Maschinendurchlauf gleichzeitig zu sortieren und zu nummerieren, sodass in dem engen Zeitfenster zwischen der Abholung der Sendungen beim Kunden und der Einlieferung bei der DPAG größere Briefmengen konsolidiert werden können. Weitere Beschwerden bezogen sich auf die Vorgabe von Einlieferungszeiten („Slots“); sie stehe de facto vollkommen im Ermessen der DPAG, ohne dass auf den einzelnen Slot ein Rechtsanspruch oder gar

ein Bestandsschutz gelte. Die Bundesnetzagentur ist diesen Beschwerden nachgegangen und hat die DPAG Mitte 2008 dazu veranlasst, die Einlieferungsbedingungen wettbewerbsfreundlicher zu gestalten. Die Erfahrungen zeigen nach Ansicht der Monopolkommission, dass auf eine strenge und zeitnahe Kontrolle von Netzzugangsentgelten und -bedingungen nicht verzichtet werden kann.

Vergabe von Postdienstleistungsaufträgen durch öffentliche Stellen

18.* Öffentliche Einrichtungen sind bei der Vergabe ihrer Aufträge für Postdienstleistungen verpflichtet, nach Maßgabe des Vergaberechts auszuschreiben. Das Ziel des Vergaberechts besteht vor allem darin, öffentliche Auftraggeber zu einem wirtschaftlichen Umgang mit Steuermitteln zu verpflichten und den interessierten Unternehmen in einem marktgerechten Wettbewerb die Möglichkeit zu geben, öffentliche Aufträge zu erhalten. Seit einiger Zeit spielen bei öffentlichen Ausschreibungen nicht mehr nur die Entgelte, sondern auch die Qualität der Auftragsdurchführung eine Rolle. Die Vorbereitung und Durchführung solcher Vergabeverfahren ist ungleich komplizierter, weil qualitative Anforderungen in die Form geeigneter (und rechtlich zulässiger) Eignungs- und Zuschlagskriterien gekleidet werden müssen. In der Vergangenheit waren viele Vergabeverfahren Gegenstand von Beschwerden der Bieter und wurden vor allem durch die Newcomer auf dem Markt gerichtlich angegriffen. Besonders umstritten waren (und werden vermutlich auch zukünftig sein) die Aufteilung der Aufträge in Lose, z. B. nach Stückzahlen (Teillose), dem Leistungsgegenstand (Fachlose) und dem Leistungsort (Gebietslose, z. B. getrennt nach Regionen), der Abschluss von Rahmenvereinbarungen, die Auswahl der Zuschlagskriterien und Eignungsnachweise für die Postdienstleister, der Einsatz von Subunternehmern, die Konsequenzen einer Insolvenz für die Teilnahme an einer Ausschreibung, die Bildung von Einkaufskooperationen durch öffentliche Auftraggeber und schließlich die Berücksichtigung der Umsatzsteuer bei der Bewertung der Angebote. Für potenzielle Bieter steigt mit den komplexeren Auftragsbedingungen der Aufwand für die Erstellung geeigneter Angebotsunterlagen einschließlich aller erforderlichen Nachweise und die Unsicherheit, aufgrund eines Formfehlers oder anderer – oftmals unvorhergesehener – Begleitumstände vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden. Die Monopolkommission schlägt vor, die Kompetenzen der Bundesnetzagentur künftig auf die Beratung der öffentlichen Stellen bei Ausschreibungen von Verträgen über Postdienstleistungen zu erweitern, um die Erstellung wettbewerbsneutraler Ausschreibungsunterlagen mit entsprechenden Eignungs- und Zuschlagskriterien zu vereinfachen.

19.* Ein Sonderfall bei der Vergabe von Postdienstleistungsaufträgen und der postrechtlichen Entgeltgenehmigung sind die Aufträge zur förmlichen Zustellung einer Sendung, sog. Postzustellungsaufträge. Jeder Lizenznehmer ist zum Angebot von Postzustellungsaufträgen verpflichtet. Durch die Beförderung einer Sendung als Postzustellungsauftrag ist nachgewiesen, dass ein dort näher identifiziertes Schriftstück dem Adressaten tatsächlich

zugegangen ist. Es erfolgt eine Ex-ante-Regulierung ihrer Entgelte durch die Bundesnetzagentur unabhängig davon, ob der Anbieter marktbeherrschend ist oder nicht. Dass der Gesetzgeber sämtliche Entgelte für Postzustellungsaufträge, auch die von nicht marktbeherrschenden Unternehmen, einer Ex-ante-Regulierung unterwirft, wird von der Monopolkommission als grundsätzlich verfehlt angesehen. Die Ex-ante-Entgeltregulierung für Postzustellungsaufträge führt für die Unternehmen bei öffentlichen Vergabeverfahren zu einer Reihe von Problemen, so z. B. im Zusammenhang mit der Veröffentlichungspflicht von genehmigten Entgelten im Amtsblatt der Bundesnetzagentur. Davon abgesehen verfehlt die Ex-ante-Regulierung für die Entgelte der Wettbewerber ihren Zweck. Sie dient normalerweise dazu, auf vermachteten Märkten ein Ergebnis herbeizuführen, das sich (mutmaßlich) bei funktionierendem Wettbewerb von allein einstellen würde. Im Bereich der Postzustellungsaufträge wird durch die Ausschreibungen bereits ein intensiver Wettbewerb – manche Marktteilnehmer behaupten: ein ruinöser Preiswettbewerb – unter den Anbietern ausgelöst, sodass sich die Entgelte unter dem damit verbundenen Rationalisierungsdruck ohnehin an ein effizientes Niveau annähern werden. Ein Ausbeutungsmissbrauch durch zu hohe Preise dürfte diesem Bereich nicht festgestellt werden, auch weil überteuerte Angebote immer dann keinen Zuschlag erhalten, sobald mehrere Anbieter an der Ausschreibung teilnehmen. Die Monopolkommission hält die Ex-ante-Entgeltregulierung der Postzustellungsaufträge nach § 34 PostG für einen Systemfehler im Postgesetz und schlägt vor, die Regulierung in diesem Bereich auf eine Ex-post-Entgeltkontrolle marktbeherrschender Unternehmen zurückzuführen.

Der Bund als Anteilseigner und Wettbewerbshüter

20.* Zwar hat der Bund seine Anteile an der DPAG inzwischen vollständig an die KfW verkauft, der Interessenkonflikt des Bundes in seiner Rolle als Anteilseigner der DPAG und Wettbewerbshüter wurde damit aber noch immer nicht aufgelöst. Die Ursache dafür ist das sog. Platzhaltermodell zur Privatisierung der DPAG: Die KfW hat dem Bund für seine Anteile einen am Marktwert orientierten Kaufpreis gezahlt und die Aktien schrittweise auf dem Kapitalmarkt veräußert. Sie hält nunmehr noch 30,5 Prozent der Anteile an der DPAG. Geplant ist, auch die übrigen Anteile zu verkaufen. Wenn die KfW die DPAG-Anteile zu einem höheren Kurs auf dem Kapitalmarkt platzieren kann, erhält der Bund eine weitere Zahlung aus einem vereinbarten Besserungsschein. Der Wert errechnet sich aus der Differenz zwischen erzieltm Veräußerungserlös und dem Kaufpreis abzüglich einer Provision für die KfW. Der Wert des Besserungsscheins ist abhängig vom Aktienkurs der DPAG. Der Aktienkurs wiederum ist umso höher, je größer die Gewinne der DPAG sind und je weniger Wettbewerb im Postmarkt herrscht. Insofern schadet sich der Bund selbst, wenn er auf dem Postmarkt Rahmenbedingungen schafft, die den Wettbewerb fördern. Die Monopolkommission hält es für dringend geboten, dass der Bund sich schnellstmöglich von allen Finanzinstrumenten trennt, die dazu führen, dass der Fiskus ein spezielles finanzielles Interesse am

Wohlergehen der DPAG hat. Alternativ sollten etwaige Gewinne aus dem Verkauf der Anteile vollständig bei der KfW verbleiben.

Sonstige Empfehlungen

21.* Die DPAG nimmt (allein) für die Bundesrepublik Deutschland die Rechte und Pflichten wahr, die sich für eine Postverwaltung im Verhältnis zu den Benutzern und zu den anderen Postverwaltungen aus der Mitgliedschaft Deutschlands im Weltpostverein (WPV) ergeben. Zwar können hierzu auf Antrag auch andere Unternehmen zugelassen werden; das Bundeswirtschaftsministerium wird diesbezüglich ermächtigt, durch Rechtsverordnung die erforderlichen Einzelheiten der Zulassung, d. h. das Auswahlverfahren und den Inhalt der Zulassung, zu bestimmen und festzulegen, für welchen Zeitraum die Zulassung gilt. Jedoch wurde von dieser Ermächtigung, die Zulassung anderer Anbieter neben der DPAG zu regeln, bisher – soweit ersichtlich – kein Gebrauch gemacht. Damit besteht bei grenzüberschreitenden Sendungen im Regelungsbereich des Gesetzes zur nationalen Umsetzung des Weltpostvertrags faktisch weiterhin ein postrechtliches Vertretungsmonopol der DPAG. Die Verbraucher haben beim Versand von einfachen internationalen Briefsendungen keine Möglichkeit, über Wettbewerber der DPAG zu versenden, weil bislang ausschließlich die DPAG den im Rahmen des Weltpostvereins geregelten Zugang zu den Netzen ausländischer Postdienstleister hat und grenzüberschreitende Sendungen an die im Weltpostverein organisierten ausländischen Anbieter in diesem Rahmen weiterleiten darf. Die Monopolkommission sieht in der Sonderrolle der DPAG im Weltpostverein ein Relikt aus vergangenen Monopolzeiten. Alle Unternehmen, die sich zum Angebot grenzüberschreitender Postdienstleistungen bereit erklären, sollten über die gleichen Rechte und Pflichten und über die gleichen Mitwirkungsrechte im Weltpostverein verfügen wie die DPAG. Alternativ empfiehlt die Monopolkommission, die Interessenvertretung und Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland im Weltpostverein unter allen in Deutschland tätigen Postdienstleistern auszuschreiben.

22.* Weiterhin dringend notwendig ist eine Klarstellung des Gesetzgebers bezüglich der Verweisungen des § 44 Satz 2 PostG. Dort wird auf eine Reihe von Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes verwiesen, die in der Zwischenzeit teilweise bereits mehrfach geändert wurden. Dadurch sind in vielen Bereichen des Postgesetzes rechtliche Unklarheiten entstanden. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, die Vorschriften, auf die in § 44 Satz 2 PostG verwiesen wird, explizit ins Postgesetz aufzunehmen. Damit würde der Verselbstständigung der Regulierung des Postsektors Rechnung getragen. Schließlich sollte damit der Monopolkommission auch im Postsektor explizit das Recht eingeräumt werden, Einsicht in die Akten der Bundesnetzagentur zu nehmen.

1 Regulatorische Rahmenbedingungen

1. Die ordnungspolitischen Rahmenbedingungen für die Postmärkte in Deutschland werden durch das am 1. Januar 1998 in Kraft getretene Postgesetz (PostG) – zuletzt

geändert durch Artikel 272 der Neunten Zuständigkeitsanpassungsverordnung vom 31. Oktober 2006 – sowie durch die europäische Postrichtlinie¹ vorgegeben. Das regulatorische Umfeld für die auf den Postmärkten tätigen Unternehmen wird darüber hinaus durch die Entscheidungen der Bundesnetzagentur (BNetzA)², des Bundeskartellamtes und der Europäischen Kommission bestimmt.

2. Das Postgesetz unterstellt die Marktteilnehmer auf den Postmärkten einer sektorspezifischen Regulierung. Es dient dem Zweck, durch Regulierung den Wettbewerb zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten. Die Ziele dieser Regulierung sind nach § 2 PostG unter anderem die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten des Postwesens, die Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung mit Postdienstleistungen zu erschwinglichen Preisen (Universaldienst) und die Berücksichtigung sozialer Belange. Die Regulierungsvorschriften des Postgesetzes erstrecken sich auf die Bedingungen des Marktzutritts, den Inhalt und die Organisation des Universaldienstes sowie auf die Entgelt- und Teilleistungsregulierung bei marktbeherrschenden Unternehmen. Die allgemeinen Regelungen des Postgesetzes werden im Bereich des Universaldienstes und der Entgeltregulierung durch spezielle Rechtsverordnungen, die Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV) und die Post-Entgeltregulierungsverordnung (PEntgV), ergänzt.

1.1 Markteintrittsregulierung

1.1.1 Lizenzpflichtige Postdienstleistungen

3. Die Betätigungsmöglichkeiten für Anbieter von Postdienstleistungen werden durch das Grundgesetz (GG) und das Postgesetz bestimmt. Gemäß Artikel 87f GG werden die Dienstleistungen im Bereich des Postwesens als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die Deutsche Post AG (DPAG) und andere private Anbieter erbracht. Grundsätzlich ist damit jedermann berechtigt, Postdienstleistungen am Markt anzubieten. Uneingeschränkt Geltung findet das Wettbewerbsprinzip jedoch nur für die Beförderung von Briefsendungen über 1 000 g, die Beförderung von Paketen, Zeitungen und Zeitschriften sowie

¹ Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, ABl. EG Nr. L 15 vom 21. Januar 1998, S. 14; geändert durch Richtlinie 2002/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. Juni 2002 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft, ABl. EG Nr. L 176 vom 5. Juli 2002; zuletzt geändert durch 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 vom 20. Februar 2008, ABl. EU Nr. L 52 vom 27. Februar 2008, S. 3.

² In der folgenden Darstellung wird der Einheitlichkeit wegen durchgängig die jetzt gültige Bezeichnung Bundesnetzagentur für die Regulierungsbehörde verwendet, auch wenn sich die Ausführungen auf Vorgänge beziehen, die zeitlich vor der im Juli 2005 erfolgten Namensänderung einzuordnen sind.

für Kurierdienste im Sinne des § 5 Absatz 2 Nummer 3 PostG. Diese Postdienstleistungen erfordern keine besondere Erlaubnis (Lizenz) nach dem Postgesetz. Eine Lizenz ist jedoch erforderlich, wenn Briefsendungen mit einem Gewicht bis 1 000 g befördert werden sollen. Voraussetzung für die Erteilung einer Lizenz ist nach § 6 Absatz 3 PostG, dass der Antragsteller über die erforderliche Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde verfügt, dass durch die Ausübung der Lizenzrechte die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht gefährdet wird und dass der Antragsteller die im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen nicht erheblich unterschreitet (sog. „Sozialklausel“). Sind diese Voraussetzungen erfüllt, besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Lizenz. Die Anzahl der von der Bundesnetzagentur zu vergebenden Lizenzen ist nicht beschränkt.

4. Das Postgesetz gewährte der DPAG eine zeitlich befristete Exklusivlizenz, die den wesentlichen Teil des Briefmarktes umfasste. Begründet wurde die Einräumung exklusiver Monopolrechte für die DPAG vom Gesetzgeber damit, dass der Postsektor stufenweise in den Wettbewerb überführt und ein abrupter Systemwechsel vermieden werden sollte. Die Exklusivlizenz ist zum 1. Januar 2008 vollständig entfallen. Weil sie die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Anbieter jahrelang auf Nischenmärkte beschränkte, prägt sie die Anbieterstruktur noch immer.

5. Während der Geltungsdauer der Exklusivlizenz konnte die Bundesnetzagentur nur Lizenzen für Postdienstleistungen ausstellen, die nach § 51 Absatz 1 PostG von der Exklusivlizenz ausgenommen waren. Hierzu zählte die Beförderung von Briefsendungen über 50 g oder dem Zweieinhalbfachen des Preises der untersten Gewichtsklasse (sog. A-Lizenz), die Beförderung von inhaltsgleichen Briefsendungen mit einem Gewicht von mehr als 50 g und einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Stück (B-Lizenz)³, der Dokumentenaustauschdienst (C-Lizenz), qualitativ höherwertige Dienstleistungen (D-Lizenz), die Einlieferung bei den Annahmestellen der DPAG im Auftrag des Absenders (E-Lizenz) sowie die Abholung aus Postfachanlagen der DPAG im Auftrag des Empfängers (F-Lizenz). Zum 1. Januar 2003 wurden außerdem Lizenzen für die Beförderung von ins Ausland abgehenden Briefsendungen (G-Lizenz) sowie für die Beförderung von Briefsendungen aus dem Ausland bis zu den für internationale Briefsendungen zuständigen Annahmestellen der DPAG (H-Lizenz) erteilt.⁴

Der Gesetzestext enthält im Hinblick auf die Vorgaben für die Erteilung einer sog. D-Lizenz den unbestimmten Rechtsbegriff der höherwertigen Dienstleistung. Nach § 51 Absatz 1 Satz 2 Nummer 4 PostG waren „Dienstleistungen, die von Universaldienstleistungen trennbar sind, besondere Leistungsmerkmale aufweisen und qualitativ

höherwertig sind“, von der Exklusivlizenz ausgenommen. Nach anfänglichen Einzelfallentscheidungen hatte die Bundesnetzagentur im Verlauf der Zeit bestimmte Leistungsmerkmale zusammengefasst und als Standards definiert, für die sie den Tatbestand der Höherwertigkeit als erfüllt ansieht. Höherwertig waren demnach Dienstleistungen mit Zustellung am Tag der Abholung, Dienstleistungen mit Über-Nacht-Zustellung bei werktäglicher Abholung nicht vor 17 Uhr und Zustellung bis spätestens 12 Uhr des nächsten Tages sowie Dienstleistungen mit termingenaue Zustellung.⁵ Außerdem mussten die Lizenznehmer die nachträgliche Abrechnung, die Umlenkbarkeit der Sendungen zwischen Abholung und Zustellung sowie die Nichtberechnung des Sendungsentgelts bei Verfehlen des Zustellzeitziels garantieren.

6. Die erläuterten sachlichen Beschränkungen waren wegen der gesetzlichen Exklusivlizenz erforderlich. Mit Ablauf des 31. Dezembers 2007 endete die Exklusivlizenz. Somit ist der Rechtsgrund für die sachlichen Beschränkungen der Lizenzen aus § 51 PostG entfallen. Ab dem 1. Januar 2008 erteilt die Bundesnetzagentur neue Lizenzen ohne die bisherigen sachlichen Beschränkungen. Um den Inhabern einer Postlizenz, die bis zum 31. Dezember 2007 erteilt worden ist, den Antrag auf Erweiterung ihrer Postlizenz zu ersparen, hat die Regulierungsbehörde die sachlichen Beschränkungen bei allen bestehenden Lizenzen zum 1. Januar 2008 durch eine Allgemeinverfügung aufgehoben.⁶ Auf diese Weise wird eine Gleichbehandlung der bestehenden Lizenznehmer mit den hinzukommenden Lizenznehmern gewährleistet. Diese Allgemeinverfügung betrifft nur die sachlichen Beschränkungen der Postlizenzen, etwaig bestehende räumliche Beschränkungen bleiben davon unberührt.

Die Monopolkommission pflichtet der Bundesnetzagentur in ihrer unbürokratischen Vorgehensweise bei. Es entspricht dem in § 1 PostG niedergelegten Zweck des Gesetzes, den Wettbewerb im Bereich des Postwesens zu fördern, wenn die sachlichen Beschränkungen von Amts wegen aufgehoben werden. Es wäre weder für die Anbieter noch für die Bundesnetzagentur zweckdienlich, den Prozess der Neubeantragung der Lizenzen bzw. der Antragsprüfung zu wiederholen.

1.1.2 Die Regulierung von Arbeitsmarktbedingungen durch das Postgesetz

7. Schon im Zuge der Vorbereitung des neuen Postgesetzes im Jahr 1997 hat die Befürchtung, dass mehr Wettbewerb zu niedrigeren Löhnen für die Beschäftigten im Postwesen führen könnte, eine Rolle gespielt. Die Aufnahme von Vorschriften zur Sicherung sozialer Mindeststandards in das Postgesetz wurde kontrovers diskutiert; schließlich wurden § 2 Absatz 2 Nummer 5 und § 6 Absatz 3 Nummer 3 PostG im Rahmen des Vermittlungsverfahrens in das Postgesetz aufgenommen. § 2 Absatz 2

³ Vom 1. Januar 2006 an galt die Gewichtsgrenze des § 51 Absatz 1 Satz 1 PostG (50 g) unabhängig von Inhaltsgleichheit und Mindesteinlieferungsmenge; insofern war die B-Lizenz bereits in der A-Lizenz enthalten.

⁴ Vgl. Drittes Gesetz zur Änderung des Postgesetzes vom 16. August 2002, BGBl. I S. 3218.

⁵ Vgl. BNetzA, Tätigkeitsbericht 2006/2007, S. 19.

⁶ Vgl. BNetzA, Verfügung Nummer 74/2007, ABl. Nr. 24 vom 19. Dezember 2007, S. 4732; dies., Pressemitteilung vom 20. Dezember 2007.

Nummer 5 PostG nennt „die Berücksichtigung sozialer Belange“ als ein Ziel der Regulierung des Postwesens. Nach § 6 Absatz 3 Nummer 3 PostG ist die Erteilung einer Lizenz durch die Regulierungsbehörde zu versagen, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet“ (sog. Sozialklausel). Die Bundesnetzagentur prüft das Vorliegen der Voraussetzungen des Lizenzversagungsgrundes anhand eines Prüfrasters. Dabei wird auf die Art der Arbeitsverhältnisse, speziell die Sozialversicherungspflichtigkeit, abgehoben. Eine Berücksichtigung von Arbeitsbedingungen im Einzelnen (Arbeitszeit und -lohn, Urlaub, Kündigungsfrist) erfolgt nicht. Sofern der Antragsteller darlegt, dass Arbeiten zu mehr als 80 Prozent der betrieblichen Gesamtarbeitszeit in Arbeitsverhältnissen ausgeführt werden, die für den Bezugsbereich typisch sind, wird kein Versagungsgrund nach § 6 Absatz 3 Nummer 3 PostG festgestellt. Nur sofern Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die betreffende Regelung gezielt umgangen werden soll, wird ein Lizenzversagungsgrund festgestellt.⁷

8. Im Zuge der Diskussion um die Arbeitsbedingungen insbesondere der Briefzusteller ist die Bundesnetzagentur aufgefordert worden, die Vorschrift des § 6 Absatz 3 Nummer 3 PostG deutlich enger als bisher auszulegen. Eine Forderung lautete, als Vergleichsmaßstab die Arbeitsbedingungen bei der DPAG heranzuziehen und eine Lizenz nur dann zu erteilen, wenn die Löhne des Antragstellers um weniger als 10 Prozent unter denen der DPAG liegen. Die Monopolkommission spricht sich entschieden gegen diese Forderung aus. Die Löhne der DPAG liegen, wie in Abschnitt 3.2 erläutert, im Durchschnitt erheblich über den Löhnen, die gezahlt werden können, wenn auf dem betreffenden Produktmarkt funktionierender Wettbewerb herrscht. Wenn die Wettbewerber einen von den Löhnen der DPAG abhängigen „Mindestlohn“ zahlen müssen, um von der Bundesnetzagentur eine Lizenz zum Angebot von Postdienstleistungen zu erhalten, entfällt einer ihrer wichtigsten Wettbewerbsparameter: Die Wettbewerber werden sich im Bereich der – standardisierten – Massensendungen nur dann in nennenswertem Umfang etablieren können, wenn sie trotz ihres niedrigen Beförderungsvolumens in der Aufbauphase Kostenvorteile gegenüber der DPAG realisieren und diese in Form niedrigerer Preise an ihre Kunden weitergeben können. Der größte Kostenblock im Postsektor sind die Personalkosten. Wenn man diese regulatorisch mit den Löhnen der DPAG verknüpft, würde das Wettbewerbspotenzial massiv eingeschränkt und die Vorschrift des Postgesetzes, deren Zweck die Förderung des Wettbewerbs ist, dahingehend ausgelegt, dass der Wettbewerb behindert würde.

9. Nach Ansicht der Monopolkommission lässt der Zweck des Postgesetzes nur eine Interpretation des § 6 Absatz 3 Nummer 3 PostG zu, nämlich dass die Erteilung

einer Lizenz dann zu verweigern ist, wenn der Antragsteller die Arbeitsbedingungen, die in wettbewerblichen Bereichen ohne staatliche Lohnbeeinflussung für vergleichbare Tätigkeiten üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet. Üblich sind die Arbeitsbedingungen, die sich bei der Liberalisierung der Briefmärkte ohne die Rechtsverordnung zum Postmindestlohn für die Arbeitnehmer tatsächlich ergeben hätten. Das sind die Arbeitsbedingungen, die Unternehmen auf den örtlichen Arbeitsmärkten anbieten müssen, um Arbeitskräfte für die Ausübung der betreffenden Tätigkeit zu gewinnen. Maßstab sind also die Löhne, die für vergleichbare Tätigkeiten am gleichen Ort gezahlt werden. Bei dieser Auslegung würde die Vorschrift des § 6 Absatz 3 Nummer 3 PostG faktisch kaum eine Rolle spielen. Ein Antragsteller, der deutlich weniger als den marktüblichen Lohn zahlt, dürfte kaum in der Lage sein, offene Stellen dauerhaft zu besetzen, weil die Arbeitnehmer zu besser zahlenden Arbeitgebern wechseln können.

10. Die Monopolkommission erachtet die Regulierung von Arbeitsmarktbedingungen durch das Postgesetz für äußerst kritikwürdig.⁸ Zweck des Postgesetzes ist es, durch Regulierung im Bereich des Postwesens den Wettbewerb zu fördern. Die in § 2 Absatz 2 Nummer 5 und § 6 Absatz 3 Nummer 3 PostG geforderte Berücksichtigung sozialer Belange bzw. Einhaltung sozialer Standards haben nichts damit zu tun. Vor diesem Hintergrund bilden die betreffenden Vorschriften einen Fremdkörper im Postgesetz und sollten bei der nächsten Novellierung des Postgesetzes gestrichen werden. Vorschriften über Arbeitsbedingungen sollten auf politischem Wege entschieden und durchgesetzt werden und grundsätzlich branchen- und sektorübergreifend gelten. Davon abgesehen ist die Bundesnetzagentur dafür zuständig, den Wettbewerb in ehemals staatseigenen Netzindustrien zu stärken. Es entspricht weder ihrer Aufgabe noch ihrer Kompetenz, über die Arbeitsbedingungen in Unternehmen zu wachen.

1.2 Erbringung des Universaldienstes

1.2.1 Europäischer Rechtsrahmen

11. Für die Grundversorgung mit Postdienstleistungen sind die Vorgaben der Richtlinie 97/67/EG (Postrichtlinie) und der Änderungsrichtlinien 2002/39/EG und 2008/6/EG relevant. Sie definieren auf Gemeinschaftsebene die allgemeinen Grundsätze, innerhalb derer die Mitgliedstaaten den postalischen Universaldienst abhängig von ihren nationalen Gegebenheiten ausgestalten können. Demnach müssen die Mitgliedstaaten eine flächendeckende Bereitstellung postalischer Dienstleistungen „in einer bestimmten Qualität zu tragbaren Preisen für alle Nutzer“ gewährleisten. Der Universaldienst muss die Prozesse Einsammlung, Sortierung, Transport und Zustellung von Briefsendungen bis 2 kg und von Paketen bis 10 kg sowie Angebote für Einschreibe- und Wertsendungen beinhalten.

⁷ Vgl. BNetzA, Mitteilung Nummer 17/2006, Anlage 1, ABl. Nr. 1 vom 11. Januar 2006, S. 75, 77, Anlage 1.

⁸ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln, Sondergutachten 51, Baden-Baden, 2008, Tz. 135 – 139.

ten; die Gewichtsgrenze für Pakete kann nach Artikel 3 Absatz 5 Postrichtlinie im Rahmen der nationalen Umsetzung bis auf 20 kg angehoben werden.⁹ Die Dichte der Abhol- und Zugangspunkte ist an den Bedürfnissen der Nutzer auszurichten. Mindestens an wöchentlich fünf Tagen ist wenigstens eine Abholung und eine Hauszustellung zu gewährleisten, sofern keine besonderen Umstände oder außergewöhnlichen geografischen Gegebenheiten vorliegen. Die Universaldienstvorgaben gelten sowohl für inländische als auch für grenzüberschreitende Sendungen.

12. Keine Vorgaben macht die Postrichtlinie zur Art der Bereitstellung des Universaldienstes (Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie 2008/6/EG). Es ist zulässig, dass er ohne staatliche Maßnahmen durch die Marktteilnehmer bereitgestellt wird. Explizit vorgesehen sind zwei Möglichkeiten zur Bereitstellung des Universaldienstes, zum einen die Bereitstellung durch Benennung eines oder mehrerer Unternehmen (Artikel 4 Absatz 2), zum anderen die Bereitstellung nach den für das öffentliche Vergabewesen geltenden Vorschriften im Einklang mit den Grundsätzen der EU-Verträge, d. h. Transparenz, Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit (Artikel 4 Absatz 2 bzw. Artikel 7 Absatz 2). Durch den Wegfall der Exklusivlizenz zum 1. Januar 2008 in Deutschland entfällt die Einräumung eines Monopols für die Finanzierung des Universaldienstes. Zur Finanzierung möglicher Nettokosten des Universaldienstes sieht die Richtlinie 2008/6/EG den Ausgleich aus Steuermitteln (Artikel 7 Absatz 3a) oder den Ausgleich durch einen von den Anbietern und/oder Nutzern finanzierten Fonds (Artikel 7 Absatz 3b) vor; diese Möglichkeiten können auch kombiniert zur Anwendung kommen. Die Implementierung dieser Vorgaben im deutschen Postrecht wird im folgenden Abschnitt erläutert.

1.2.2 Nationaler Rechtsrahmen

13. Die verfassungsrechtliche Grundlage des Universaldienstes im deutschen Postrecht ergibt sich aus Artikel 87f GG. Danach hat der Bund im Bereich des Postwesens flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten. Der Umfang der geforderten Mindestversorgung wird in erster Linie durch das Postgesetz und die auf dessen Grundlage erlassene Post-Universaldienstleistungsverordnung festgelegt. Für den Universaldienst sind die Regelungen der §§ 11 bis 17 PostG und § 52 PostG relevant. Nach § 52 PostG war die DPAG für den Zeitraum der gesetzlichen Exklusivlizenz zur Erbringung des Universaldienstes verpflichtet. Für diesen Zeitraum galten die Regelungen zum Universaldienst der §§ 12 bis 17 PostG nicht. Sie sind erst mit der vollständigen Liberalisierung am 1. Januar 2008 wirksam geworden, d. h. die Sicherstellung des Uni-

versaldienstes ist seit diesem Zeitpunkt die Aufgabe der Bundesnetzagentur.

14. § 11 Absatz 1 PostG definiert Universaldienstleistungen als ein Mindestangebot an Postdienstleistungen, die flächendeckend in einer bestimmten Qualität und zu einem erschwinglichen Preis erbracht werden. Beschränkt ist der Universaldienst nach § 1 PUDLV auf folgende Postdienstleistungen: Beförderung von Briefen bis zu einem Gewicht von 2 000 g (einschließlich Einschreibesendungen, Wertsendungen, Nachnahmesendungen und Sendungen mit Eilzustellung), Beförderung von Paketen bis 20 kg sowie von Zeitungen und Zeitschriften. § 11 Absatz 2 PostG ermächtigt die Bundesregierung, Inhalt und Umfang des Universaldienstes durch eine Rechtsverordnung festzulegen. Dies wurde durch die Post-Universaldienstleistungsverordnung realisiert, die am 21. Dezember 1999 im Bundesgesetzblatt veröffentlicht wurde und rückwirkend zum 1. Januar 1998 in Kraft getreten ist. Die Post-Universaldienstleistungsverordnung setzt die europäischen Vorgaben in nationales Recht um und konkretisiert die Bestimmungen des Postgesetzes zu Inhalt und Umfang des Universaldienstes. Sie definiert, welche Postdienstleistungen zur Grundversorgung gehören (§ 1), welche Qualitätsstandards zu gewährleisten (§§ 2 bis 4) und welche preislichen Höchstgrenzen einzuhalten sind (§ 6). §§ 2 und 3 PUDLV regeln die Qualitätsmerkmale der Brief- und Paketbeförderung, darunter die Anzahl und Dichte von Briefkästen und Filialen („stationäre Einrichtungen“), die Frequenz der Leerung von Briefkästen, Laufzeitziele usw.

15. So müssen bundesweit mindestens 12 000 stationäre Einrichtungen vorhanden sein, davon mindestens eine in Gemeinden mit mehr als 2 000 Einwohnern bzw. eine je 80 km² in Landkreisen. In Gemeinden mit mehr als 4 000 Einwohnern und Gemeinden mit zentralörtlicher Funktion darf die Weglänge maximal 2 km innerhalb zusammenhängend besiedelter Flächen betragen. Das Angebot dieser Einrichtungen muss Brief- und Paketdienstleistungen umfassen. In zusammenhängend bebauten Wohngebieten darf die Weglänge zum nächsten Briefkasten maximal 1 km betragen. Vorgesehen ist eine werktägliche Einsammlung (d. h. Montag bis Samstag), soweit zur Einhaltung des Laufzeitziels erforderlich. Briefe mit einer Einlieferungsmenge unter 50 Stück sollen zu 80 Prozent einen Tag (E+1) und zu 95 Prozent zwei Tage nach Einlieferung (E+2) zugestellt werden; bei Paketen ist die Laufzeitvorgabe 80 Prozent E+1. Vorgesehen ist unter anderem eine werktägliche Zustellung an die Wohn- oder Geschäftsadresse, sofern mit dem Empfänger nichts anderes vereinbart ist (z. B. Postfach); von dieser sog. Hauszustellung kann nur bei erheblichen Zugangsproblemen und nach Information des Betroffenen abgewichen werden. Dieses Angebot ist landesweit zu erbringen.

16. Die Einhaltung der in der Post-Universaldienstleistungsverordnung definierten Vorgaben ist Aufgabe der Bundesnetzagentur. Wenn feststeht oder zu befürchten ist, dass eine Universaldienstleistung nicht ausreichend oder angemessen erbracht wird, ist jeder Lizenznehmer mit einem Jahresumsatz im lizenzierten Bereich von mehr als

⁹ Die Bundesrepublik Deutschland hat die Postrichtlinie durch das Postgesetz und die Post-Universaldienstleistungsverordnung umgesetzt und von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht (§ 1 Absatz 1 Nummer 2 PUDLV).

500 000 Euro verpflichtet, nach Maßgabe der §§ 13 bis 17 PostG zur Erbringung der Universaldienstleistung beizutragen (§ 12 Absatz 1 PostG). In diesem Fall macht die Bundesnetzagentur die Feststellung der Unterversorgung im Amtsblatt bekannt (§ 13 Absatz 1 PostG). Meldet sich innerhalb eines Monats nach Bekanntmachung kein Unternehmen, das die Leistung freiwillig und ohne Kompensation nach § 15 PostG erbringen möchte, kann die Bundesnetzagentur einen oder mehrere Lizenznehmer, die auf dem räumlich relevanten oder einem räumlich angrenzenden Markt marktbeherrschend sind, zur Erbringung des Universaldienstes verpflichten (§ 13 Absatz 2 und 3 PostG). Kann das verpflichtete Unternehmen jedoch glaubhaft darlegen, dass diese Universaldienstverpflichtung einen wirtschaftlichen Nachteil darstellt, muss die Bundesnetzagentur die Dienstleistung, die den wirtschaftlichen Nachteil verursachen würde, ausschreiben; sie kann allerdings von einer Ausschreibung absehen, „wenn eine Ausschreibung nicht zweckmäßig erscheint“ (§ 14 Absatz 1 PostG). Die betreffende Dienstleistung ist an „denjenigen leistungsfähigen, zuverlässigen und fachkundigen Bewerber zu vergeben, der den geringsten finanziellen Ausgleich dafür verlangt“ (§ 14 Absatz 2 PostG).

17. § 14 Absatz 4 PostG gibt der Bundesnetzagentur die Befugnis zur Regelung und Durchführung der Ausschreibung. Die Behörde hat vor der Ausschreibung die Verfahrensregeln für die Ausschreibung, den konkreten Ausschreibungsgegenstand, den Erbringungsort (das betreffende Gebiet) sowie die Eignungskriterien hinsichtlich der Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Fachkunde und die vorzulegenden Nachweise im Einzelnen festzulegen. Das Postgesetz macht hierzu allerdings keine konkreten Vorgaben, an die sich die Behörde zu halten hätte. Die einzige Vorgabe ist allgemeiner Natur, nämlich dass die Durchführungsregeln den Prinzipien der Objektivität, Nachvollziehbarkeit und Diskriminierungsfreiheit entsprechen müssen. Das Postgesetz gibt also (nur) den Rahmen vor, nach dem die Bundesnetzagentur eine Ausschreibung vornehmen soll, macht aber keine weiteren Vorgaben. Es gibt bislang in Europa keinen Präzedenzfall einer Ausschreibung von Postuniversaldienstleistungen.

18. Welche Dienstleistungen zum Universaldienst gehören, d.h. allgemein verfügbar sein sollten, ist nicht primär eine wettbewerbliche Frage. Die detaillierte Regelung des Universaldienstes hat allerdings durchaus Auswirkungen auf die wettbewerbliche Entwicklung der Postmärkte. Einer der Vorteile einer wettbewerblichen Marktorganisation liegt darin, dass sie Unternehmen Anreize bietet, neue Produkt- und Dienstleistungsvarianten auszuprobieren. Dies fördert den strukturellen Wandel. Dagegen wird derzeit in der Post-Universaldienstleistungsverordnung akribisch vorgeschrieben, welche Dienstleistungen in welcher Qualität zu erbringen sind. Die Möglichkeiten der Anbieter, sich an die sich stets verändernden Bedürfnisse der Nachfrager anzupassen, werden – zu deren Nachteil – eingeschränkt. Die detaillierten Vorschriften der Verordnung verfestigen aber auch die Marktstrukturen. Wettbewerbsmärkte zeichnen sich dadurch aus, dass neue Unternehmen mit Produktinnovationen in den Markt eintreten. Wenn sie damit erfolgreich sind, werden diese

Ideen von den etablierten Anbietern kopiert und eventuell weiterentwickelt. Dieser Prozess wird durch die detaillierten Vorgaben der Post-Universaldienstleistungsverordnung behindert, weil sich die Anbieter in ihrer Produktgestaltung – auch wenn sie nicht dazu verpflichtet sind – an diesen Vorgaben orientieren. Sie wirken damit wettbewerbspolitisch konservierend. Die Monopolkommission spricht sich seit Jahren dafür aus, dass die Vorgaben an die sog. Universaldienste zumindest weniger eng gefasst werden.¹⁰ Die Vorschläge der Bundesnetzagentur zur Aktualisierung der Universaldienstverpflichtungen¹¹ gehen hier in die richtige Richtung, aber nicht weit genug. Bezüglich des Umfangs der Universaldienstleistungen scheinen die Vorgaben, die durch die europäische Postrichtlinie zur Erbringung des Universaldienstes bestehen, mehr als ausreichend zu sein.

19. In der Diskussion um die Liberalisierung des Postsektors spielen die Universaldienstleistungen traditionell eine große Rolle. Dabei wird oft suggeriert, dass ohne eine Universaldienstverpflichtung die Basisleistungen nicht mehr angeboten würden. Diese Gefahr wird in der Regel grob überschätzt. Zumindest die Leistungen, für die ein Bedarf besteht, werden gewinnmaximierende Unternehmen anbieten, auch ohne dazu verpflichtet zu sein. So sichert ein flächendeckendes Netz von Briefkästen und Filialen die Allgegenwärtigkeit eines Unternehmens und es wird dort aus eigenem Interesse all jene Leistungen anbieten, für die Nachfrage besteht. Ebenso wenig droht, dass sich die Laufzeiten, die Zustellfrequenz oder Flächenversorgung massiv verschlechtern. Geschäftliche Versender fordern für Auftragsbestätigungen, Rechnungen, Mahnungen usw. zumindest kalkulierbare Laufzeiten. In vielen Fällen werden aber auch kurze Laufzeiten verlangt, wie z. B. für kurzfristige Werbeaktionen; deutliche Qualitätsverschlechterungen hätte zur Folge, dass ein erheblicher Teil der adressierten Werbesendungen durch andere Werbemedien substituiert würde, z. B. durch Wurfsendungen oder Verlagsbeilagen. Weil die Werbesendungen einen großen Teil des Sendungsvolumens ausmachen, hätte dies spürbare Nachfragerückgänge zur Folge. Hinsichtlich der Flächendeckung zeigt die Erfahrung, dass die Versender ihre Briefe und Pakete ungern nach der Gebietsabdeckung verschiedener Anbieter differenzieren, sondern vorzugsweise über den Anbieter verschicken, der flächendeckend zustellt. Insofern läuft ein Postdienstleister, der sich aus der Zustellung in einigen Regionen zurückzieht, Gefahr, Sendungsvolumen auch für die übrigen Regionen zu verlieren. Die Monopolkommission hält es daher für wahrscheinlich, dass die Vorgaben und Verpflichtungen einzelner Unternehmen zur Erbringung des Universaldienstes in der Praxis nicht notwendig sein werden, weil die Anbieter diese Leistungen mit großer Wahrscheinlichkeit freiwillig erbringen.

¹⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., Tz. 46; dies., Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Baden-Baden 2002, Tz. 274.

¹¹ Vgl. BNetzA, Tätigkeitsbericht 2004/2005, S. 288 ff.

20. Für diese Einschätzung spricht z. B. die Tatsache, dass im Paketbereich mehrere Wettbewerber der DPAG die entscheidenden Vorgaben des Universaldienstes erfüllen, ohne dazu verpflichtet zu sein. So gibt es neben der DPAG weitere Anbieter, die flächendeckend zustellen. Aus Sicht dieser Unternehmen gehört ein flächendeckendes Netz zur Voraussetzung, um in diesem Markt zu bestehen. Auch die Mindestmenge von 12 000 stationären Einrichtungen, zu denen die DPAG durch die Post-Universaldienstleistungsverordnung verpflichtet ist, scheint sich allein durch die Gesetze von Angebot und Nachfrage einzustellen. So unterhält die Firma Hermes inzwischen ganz ohne Universaldienstverpflichtung ca. 13 500 stationäre Paketannahmestellen. Nicht ohne Grund hat die DPAG gegenüber der Bundesnetzagentur erklärt, dass sie den Universaldienst auch ohne Verpflichtung flächendeckend und vollumfänglich anbieten wird. Nach Angaben der Behörde erfüllt schon allein das aktuelle Leistungsangebot der DPAG die Vorgaben der Verordnung.¹² Auch im Briefbereich wird die Wahrscheinlichkeit für ein Universaldienstdefizit immer geringer, je stärker sich Wettbewerber am Markt etablieren.

21. Eine in erster Linie wettbewerbliche Frage ist die Bereitstellung und Finanzierung des Universaldienstes, wenn einzelne Leistungen des Universaldienstes tatsächlich nicht von selbst ausreichend oder angemessen erbracht werden. Dann hat die Bundesnetzagentur die Möglichkeit, entweder einen der Anbieter direkt zur Erbringung des Universaldienstes zu verpflichten oder diese Aufgabe auszuschreiben. Die Monopolkommission spricht sich für die Ausschreibungslösung aus.¹³ Würde alternativ ein bestimmtes Unternehmen zum Angebot verpflichtet, ergäben sich gegenüber der Ausschreibungslösung zwei Nachteile. Zum einen würde das eventuelle Defizit aus der Universaldienstverpflichtung auf der Grundlage der langfristigen zusätzlichen Kosten der effizienten Bereitstellung der geforderten Dienstleistungen erfolgen. Deren Ermittlung ist schwierig und bietet dem Anbieter im Allgemeinen nicht die optimalen Anreize zur Kostensenkung. Bei einer Ausschreibung müssen diese Kosten nicht ermittelt werden; die Anbieter haben ohnehin alle Anreize, die betreffende Dienstleistung effizient bereitzustellen. Zum anderen wäre bei einer Verpflichtung ohne Ausschreibung nicht garantiert, dass die Bundesnetzagentur tatsächlich dem Unternehmen den Zuschlag erteilt, welches das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis abzugeben bereit ist.

1.3 Vertretung im Weltpostverein

22. Der Weltpostverein (WPV; Universal Postal Union – UBU) mit Sitz in Bern wurde 1874 gegründet und regelt die internationale Zusammenarbeit der Postbehörden und die Rahmenbedingungen des grenzüberschreitenden Postverkehrs. Er hat derzeit 191 Mitgliedstaaten. Seit 1948 ist der Weltpostverein eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen. Der institutionelle Rahmen des Weltpostver-

eins bildet die beim Weltpostkongress von Wien am 10. Juli 1964 angenommene Satzung; ergänzt wird die Satzung durch ein „Übereinkommen zwischen den Vereinten Nationen und dem Weltpostverein“ aus dem Jahr 1947 und durch ein Zusatzübereinkommen von 1949¹⁴ sowie die Allgemeine Verfahrensordnung. Die ständigen Organe des Weltpostvereins sind der Verwaltungsrat (Council of Administration), der sich mit rechtlichen, organisatorischen und finanziellen Fragen des Vereins befasst, der Rat für Postbetrieb (Postal Operations Council), in dessen Verantwortungsbereich Fragen wirtschaftlicher, betrieblicher und technischer Art fallen, die erst im September 2004 eingerichtete „Beratende Kommission“ (Consultative Committee) und schließlich das Internationale Büro als Sekretariat des Vereins. Daneben tritt alle fünf Jahre der Weltpostkongress zusammen, der sich aus Vertretern aller Mitgliedsländer des Weltpostvereins zusammensetzt. Die Funktion des Kongresses ist im Wesentlichen die regelmäßige Revision der allgemeinen Rechtsvorschriften, die auf die internationalen Postdienste anwendbar sind, wobei der Kongress in den letzten Jahren wichtige legislative Zuständigkeiten an die Räte delegiert hat und inzwischen nur noch die wesentlichen Leitlinien festlegt. Der materielle Regelungsrahmen für die Erbringung von grenzüberschreitenden Postdiensten ist im Weltpostvertrag und in den zusätzlichen Abkommen zwischen den nationalen Postdienstleistern enthalten.

23. Einige der wichtigsten Bestimmungen des Weltpostvertrags und der ergänzenden Abkommen betreffen den Anspruch auf einen festgelegten Universaldienst und die Dienste, die alle Länder hierfür bereitstellen (z. B. Beförderung von Briefen, Paketen, Postkarten, Zeitungen, Wert- und Einschreibesendungen usw.), die Einhaltung von Qualitätsvorgaben, den freien Durchgang von Postsendungen (Transitfreiheit, definiert als die Pflicht, Sendungen aus dem Ausland so zu behandeln wie eigene Sendungen), das Eigentum an den Postsendungen, Gebühren für Postdienste und Gebührenbefreiungen, Zollkontrollen, die Rücksendung unzustellbarer Sendungen und die Durchführung von Ermittlungen und Beschwerdeverfahren im Falle von nicht zugestellten Sendungen, die Haftung der Postdienstleister und die Zahlung von Schadensersatz, Durchgangs- und Endvergütungen (d. h. Vergütungen für die Kosten der internationalen Weiterbeförderung von Sendungen eines anderen Postdienstleisters an einen dritten Postdienstleister – Durchgang – oder die Zustellung der Sendung im eigenen Land – Endvergütung), die Verhinderung der Gebührenumgehung in Form der Nutzung der günstigsten Konditionen in einem Drittland (sog. Anti-Remail-Vorschriften).

24. Mit dem „Gesetz zu den Verträgen vom 15. September 1999 des Weltpostvereins“ (im Folgenden „Vertragsgesetz“)¹⁵ wurde im Juni 2002 der Weltpostvertrag

¹² Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2008, S. 125.

¹³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., Tz. 50.

¹⁴ Das Übereinkommen zwischen den Vereinten Nationen und dem Weltpostverein vom 4. Juli 1947 und das Zusatzübereinkommen vom 27. Juli 1949 sind abrufbar unter <http://www.upu.int/acts/en/index.shtml>.

¹⁵ BGBl. II, Nummer 23 vom 25. Juni 2002, S. 1446.

einschließlich Schlussprotokoll, die Allgemeine Verfahrensordnung, das sog. Postzahlungsdienste-Übereinkommen sowie das Sechste Zusatzprotokoll zur Satzung des Weltpostvereins in deutsches Recht umgesetzt. Nach Artikel 4 Absatz 1 Satz 1 des Vertragsgesetzes nimmt (allein) die DPAG für die Bundesrepublik Deutschland die Rechte und Pflichten wahr, die sich für eine Postverwaltung im Verhältnis zu den Benutzern und zu den anderen Postverwaltungen aus dem Weltpostvertrag ergeben. Zwar können hierzu nach Artikel 4 Absatz 2 des Vertragsgesetzes auf Antrag auch andere Unternehmen zugelassen werden; das Bundeswirtschaftsministerium wird diesbezüglich ermächtigt, durch Rechtsverordnung die erforderlichen Einzelheiten der Zulassung, d. h. das Auswahlverfahren und den Inhalt der Zulassung, zu bestimmen und festzulegen, für welchen Zeitraum die Zulassung gilt. Jedoch wurde von dieser Ermächtigung, die Zulassung anderer Anbieter neben der DPAG zu regeln, bisher – soweit ersichtlich – kein Gebrauch gemacht.^{16,17}

Bislang ist demnach die Umsetzung des Weltpostvertrags in deutsches Recht allein auf die DPAG ausgerichtet. Sie wird als einziger deutscher Anbieter von Postdienstleistungen im Weltpostverein genannt. Damit besteht bei grenzüberschreitenden Sendungen im Regelungsbereich des Vertragsgesetzes faktisch weiterhin ein postrechtliches Vertretungsmonopol der DPAG. Die Verbraucher haben beim Versand von einfachen internationalen Briefsendungen keine Möglichkeit, über Wettbewerber der DPAG zu versenden, weil bislang ausschließlich die DPAG den im Rahmen des Weltpostvertrags geregelten Zugang zu den Netzen ausländischer Postdienstleister hat und grenzüberschreitende Sendungen an die im Weltpostverein organisierten ausländischen Anbieter weiterleiten darf. Darüber hinaus überträgt die Bundesrepublik Deutschland ihre Vertretung im Postal Operations Council, in dem über wichtige wirtschaftliche, betriebliche und technische Fragen des internationalen Postaustausches entschieden wird, der DPAG, so wie sich auch die anderen Mitgliedsländer von ihren nationalen Universaldienstleistern in diesem Gremium vertreten lassen. Die Wettbewerbshindernisse, die von diesen Regelungen ausgehen können, werden von den Wettbewerbern als kaum zu unterschätzen beurteilt. Es lässt sich nicht ausschließen, dass die DPAG ihre Stellung im Postal Operations Council dahingehend nutzt, Regelungen, die den internationalen Postaustausch betreffen aber damit auch national Wirkung entfalten, derart zu beeinflussen, dass ihren Wettbewerbern auf dem deutschen Postmarkt daraus gegebenenfalls erhebliche Nachteile entstehen.

25. Die Monopolkommission sieht in der Sonderrolle der DPAG im Weltpostverein ein Relikt aus vergangenen Monopolzeiten. Die Liberalisierung, die zum 1. Januar 2008 für den nationalen Briefbereich stattgefunden hat, muss konsequenterweise auch auf die Stellung anderer

Anbieter im Bereich der grenzüberschreitenden Postbeförderung übertragen werden.¹⁸ Nach Ansicht der Monopolkommission sollten alle Unternehmen, die sich zum Angebot grenzüberschreitender Postdienstleistungen bereit erklären, über die gleichen Rechte und Pflichten und über die gleichen Mitwirkungsrechte im Weltpostverein verfügen wie die DPAG. Die Möglichkeit der Wettbewerber, sich seit September 2004 im Consultative Committee des Weltpostvereins, dem nur eine beratende Funktion zukommt, zu engagieren, ist in keiner Weise gleichrangig mit einem Sitz der DPAG im Postal Operations Council.

26. Seit einigen Jahren wird eine grundlegende Reform des Weltpostvereins diskutiert. Die Kommission „1“ des Verwaltungsrates hat nach dem Weltpostkongress von 2004 in Bukarest verschiedene Studien und Umfragen durchgeführt mit der Fragestellung, wie die Struktur, die Zusammensetzung und die Entscheidungsprozesse innerhalb der einzelnen Organe des Weltpostvereins zu verbessern sind. Insbesondere ging es darum, die bestehende Organisationsstruktur, vor allem hinsichtlich der Trennung und Verteilung der Regierungs-, Regulierungs- und operativen Funktionen, entsprechend der in einigen Mitgliedsländern bereits vollzogenen Liberalisierung anzupassen. Die Monopolkommission begrüßt diese Initiative ausdrücklich. Das Ziel muss eine gleichberechtigte Partizipation sämtlicher in den Mitgliedsländern tätigen Postdienstleister sein, die grenzüberschreitende Postdienstleistungen anbieten. Sollte sich am Ende der Diskussion herausstellen, dass eine gleichberechtigte Partizipation nicht möglich oder von der Mehrheit der Mitgliedsländer nicht gewünscht wird, empfiehlt die Monopolkommission, die Interessenvertretung und Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland im Weltpostverein unter allen in Deutschland tätigen Postdienstleistern auszuschreiben.

2 Entwicklungen in den Postmärkten

2.1 Marktentwicklung in europäischen Ländern

27. Die Liberalisierung der Postmärkte verläuft in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) in unterschiedlichem Tempo. Bislang haben vier Mitgliedstaaten den reservierten Bereich vor dem in der Postrichtlinie genannten Datum abgeschafft: Schweden und Finnland haben ihre Märkte bereits in den Jahren 1993 bzw. 1994 für den Wettbewerb geöffnet, Großbritannien folgte im Jahr 2007, Deutschland – mit Abstand der größte nationale Postmarkt der Europäischen Union – ein Jahr später. Bis spätestens 2013 müssen alle Mitgliedstaaten ihre Briefmärkte für den Wettbewerb geöffnet haben.

2.1.1 Novellierung der Postrichtlinie

28. Die Vorgaben der Europäischen Union an die Mitgliedstaaten zur Öffnung der Märkte für Postdienstleistungen finden sich in der Richtlinie 97/67/EG vom

¹⁶ Vgl. BNetzA, Tätigkeitsbericht 2006/2007, S. 95.

¹⁷ Die Einhaltung des Weltpostvertrags einschließlich aufgrund des Vertragsgesetzes erlassener Rechtsverordnungen wird nach Artikel 6 Absatz 1 Satz 1 des Vertragsgesetzes von der Bundesnetzagentur überwacht.

¹⁸ Vgl. dazu ebenso Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an den Rat, Der Kongress des Weltpostvereins 2004, KOM(2004) 398 endgültig, Brüssel, 25. Mai 2004, Tz. 46.

15. Dezember 1997 (Postrichtlinie). Ursprünglich war darin eine vollständige Öffnung der Märkte zum 1. Januar 2003 vorgesehen. Dieser Zeitpunkt wurde jedoch durch die Änderungsrichtlinie 2002/39/EG vom 10. Juni 2002 verschoben. Nach Artikel 7 der geänderten Fassung wurde die EU-Kommission beauftragt, eine Prospektivstudie zu erstellen, „in der für jeden Mitgliedstaat bewertet wird, welche Auswirkungen die Vollendung des Binnenmarkts für Postdienste im Jahr 2009 auf den Universaldienst haben wird“, und auf der Grundlage der Schlussfolgerungen der Studie dem Europäischen Parlament und dem Rat bis zum 31. Januar 2006 einen Vorschlag zur etwaigen Bestätigung des auf 2009 festgelegten Termins für die Vollendung des Binnenmarkts für Postdienste oder zur Festlegung anderweitiger Schritte zu unterbreiten. Die EU-Kommission legte am 18. Oktober 2006 die vorgesehene Prospektivstudie¹⁹ und einen darauf basierenden Richtlinienentwurf²⁰ vor. Sie schlug darin eine vollständige Liberalisierung der Briefmärkte zum 1. Januar 2009 vor. Die bisherige stufenweise Liberalisierung habe den Universaldienstleistern ausreichend Zeit für die notwendigen Modernisierungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen gelassen, um unter neuen Marktbedingungen ihre Lebensfähigkeit langfristig zu gewährleisten; zudem hätten die Mitgliedstaaten ihre Regulierungssysteme an ein offeneres Umfeld angepasst (bzw. anpassen können). Daher sei der 1. Januar 2009 als Zeitpunkt für die Beseitigung sämtlicher Exklusivrechte nach wie vor angemessen. Ursprünglich war geplant, die Richtlinie noch während der deutschen Ratspräsidentschaft, also im ersten Halbjahr 2007, zu verabschieden. Allerdings zeichnete sich schon direkt nach Veröffentlichung des Richtlinienentwurfs ab, dass dieser wohl nicht mehrheitsfähig sein würde. Zahlreiche Mitgliedstaaten sprachen sich gegen eine Öffnung der Märkte zum 1. Januar 2009 aus, darunter Frankreich, Italien, Spanien, Belgien, Griechenland und Polen.

29. Das Europäische Parlament und der Rat verständigten sich letztlich auf eine Verschiebung dieses Termins um zwei Jahre²¹ und verabschiedeten im Februar 2008 die Neufassung des Richtlinienentwurfs als Richtlinie 2008/6/EG („dritte Postrichtlinie“). In Artikel 2 Absatz 1 ist dort als Datum der Marköffnung der 1. Januar 2011 festgehalten. Nach Artikel 3. Absatz 1 der Richtlinie können elf der 27 Mitgliedstaaten der Europäischen Union dafür

optieren, die Liberalisierung bis zum 31. Dezember 2012 zurückzustellen, um bestimmte Dienstleistungen weiterhin für Anbieter von Universaldienstleistungen zu reservieren. Dies sind Zypern, die Tschechische Republik, Griechenland, Ungarn, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Polen, Rumänien und die Slowakei. Die Neufassung von Artikel 7 Absatz 1 bedeutet, dass eine bereits weggefallene Exklusivlizenz ab Anfang 2009 weder ihrem bisherigen Inhaber noch einem anderen Unternehmen (erneut) erteilt werden darf und dass zudem noch fortbestehende „besondere Rechte“ nicht über Ende 2008 hinaus aufrechterhalten werden dürfen. Nach Artikel 3 Absatz 3 des Rechtsaktes dürfen Länder, die ihre reservierten Bereiche vor dem 31. Dezember 2012 abschaffen, zwischen dem 1. Januar 2011 und dem 31. Dezember 2012 die Erteilung einer Lizenz für Dienstleistungen innerhalb der betreffenden abgeschafften Exklusivlizenz an Unternehmen verweigern, die Dienstleistungen im Bereich des Universaldienstes anbieten und denen eine Exklusivlizenz in einem anderen Mitgliedstaat eingeräumt wird (sog. Reziprozitätsklausel).

30. Die Monopolkommission hat schon früher ihr Bedauern darüber ausgedrückt, dass der Termin für die europaweite Marköffnung der Briefmärkte von Anfang 2009 auf Anfang 2011 verschoben wurde. Es sind keine Gründe ersichtlich, welche diese erneute Verschiebung rechtfertigen würden. Die Möglichkeit für die elf aufgeführten Länder, die Marköffnung bis 2013 zu verschieben, um die Erbringung des Universaldienstes zu gewährleisten, ist aus Sicht der Monopolkommission ebenfalls nicht notwendig. Sollte sich tatsächlich herausstellen, dass in bestimmten Ländern eine flächendeckende postalische Grundversorgung nicht vom Markt selbst zu den gewünschten Preisen erbracht wird, besteht die Möglichkeit, einem Anbieter eine Universaldienstverpflichtung aufzuerlegen und diesen dafür finanziell zu entschädigen. Alternativ kann die Universaldienstverpflichtung ausgeschrieben werden. Beide Lösungen sind einer Finanzierung des Universaldienstes durch die Gewährung von Monopolrechten vorzuziehen. Zum einen ist kaum zu erwarten, dass die Höhe der Monopolrente genau den Kosten der zu erbringenden Universaldienstleistungen entspricht; in der Regel dürfte die Monopolrente eher höher sein. Zum anderen ist eine direkte finanzielle Entlohnung des Universaldienstleisters auch deshalb günstiger, weil die durch ein Monopol zusätzlich entstehenden Wohlfahrtsverluste vermieden werden. Diese Wohlfahrtsverluste bestehen in erster Linie darin, dass die Kunden durch die höheren Preise des Monopolisten weniger Postdienstleistungen nachfragen, als sie es in einer Situation ohne Exklusivlizenz, d. h. ohne Monopolisten, tun würden.

31. Ebenso zu kritisieren ist die Reziprozitätsklausel. Es gibt keinen Grund dafür, Träger von Exklusivrechten im Ausland nicht auf dem inländischen Briefmarkt zuzulassen. Der Markteintritt von Unternehmen belebt den Wettbewerb. Dabei spielt es zunächst keine Rolle, ob dieses Unternehmen auf anderen Märkten Exklusivrechte hat oder nicht. Es wird Postdienstleister geben, die ihre Monopolgewinne aus der Exklusivlizenz im Heimatland

¹⁹ Europäische Kommission, Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Prospektivstudie der Kommission über die Auswirkungen der Vollendung des Postbinnenmarktes im Jahr 2009 auf den Universaldienst, KOM(2006) 596 endgültig, Brüssel, 18. Oktober 2006.

²⁰ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG über die Vollendung des Binnenmarktes für Postdienste, KOM(2006) 594 endgültig, Brüssel, 18. Oktober 2006.

²¹ Vgl. Stellungnahme des Europäischen Parlaments vom 11. Juli 2007, ABl. EU Nr. C 175 E vom 10. Juli 2008, S. 371. Vgl. Pressemitteilung 13066/07 des Rates vom 3. Oktober 2007. Ebenso für den 1. Januar 2011 sprach sich der Ausschuss der Regionen aus, vgl. die Stellungnahme in: ABl. EU Nr. C 197 vom 24. August 2007, S. 37. Für den 1. Januar 2012 hatte der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss plädiert, vgl. die Stellungnahme in: ABl. EU Nr. C 168 vom 20. Juli 2007, S. 74.

dazu nutzen, beim Eintritt in einen ausländischen Markt zu besonders niedrigen oder nicht kostendeckenden Preisen anzubieten, um schnell Marktanteile zu gewinnen. Eine derartige Quersubventionierung bedeutet eine Umverteilung von den Verbrauchern des Heimatlandes zu den Verbrauchern auf dem betreffenden ausländischen Markt. Letztere würden durch die niedrigeren Preise von einer einseitigen Liberalisierung sogar profitieren. Das Ausmaß der Quersubventionierung dürfte sich allerdings in Grenzen halten. Zum einen wird ein Unternehmen langfristig nur dann auf einem Markt bleiben, wenn es dort auch Gewinne erzielen kann. Zum anderen wird die allgemeine Wettbewerbsaufsicht verhindern, dass der ausländische Anbieter durch seine Quersubventionierung die inländischen Anbieter verdrängen kann.

2.1.2 Marktentwicklung in ausgewählten Ländern

32. Die Marktentwicklung in den Ländern der Europäischen Union, die ihre Märkte bereits ganz oder teilweise dem Wettbewerb geöffnet haben, ist bisher recht unterschiedlich verlaufen. Diese Unterschiede lassen sich teilweise auf unterschiedliche geografische Bedingungen, vor allem aber auf regulatorische Unterschiede zurückführen.²² Zusammengefasst ermöglichen es diese unterschiedlichen Entwicklungen, eine bessere Prognose darüber aufzustellen, wie sich der deutsche Markt nach Abschaffung der Exklusivlizenz entwickeln wird.

33. Finnland hat die Exklusivlizenz bereits im Jahr 1991 abgeschafft.²³ Dennoch hat sich noch immer kein Wettbewerber im Briefbereich etabliert. Der etablierte Anbieter Itella (früher: Posti) befindet sich zu 100 Prozent in Staatsbesitz. Postdienstleistungen sind voll umsatzsteuerpflichtig. Lizenzen für Wettbewerber werden mit Universaldienstverpflichtungen verknüpft. Als im Jahr 1995 ein alternativer Postdienstleister eine Lizenz zur Briefbeförderung beantragte, entbrannte eine Diskussion über die angebliche Gefährdung des Universaldienstes durch den Wettbewerb. Wesentliches Resultat der Debatte war der im Jahr 1997 verabschiedete „Postal Fee Act“.²⁴ Nach den Vorgaben dieses Gesetzes müssen Briefdienstleister entweder werktäglich flächendeckend in Finnland zustellen oder aber eine zusätzliche Umsatzsteuer entrichten, die abhängig von der Bevölkerungsdichte im Versorgungsgebiet des betreffenden Anbieters zwischen 5 und 20 Prozent beträgt. So müsste ein Postdienstleister, der z. B. nur im Großraum Helsinki zustellt, den maximalen Steuersatz von 20 Prozent auf erzielte Umsätze entrichten. Aufgrund der geringen Bevölkerungsdichte von

Finnland – das Land ist so groß wie die Bundesrepublik Deutschland, hat aber nur 5,3 Mio. Einwohner – ist es kaum vorstellbar, dass eine flächendeckende Zustellung für mehr als ein Unternehmen wirtschaftlich rentabel sein kann. Es überrascht daher nicht, dass Itella trotz der De-facto-Liberalisierung bis heute der einzige Anbieter von Briefdienstleistungen in Finnland ist. Das Land ist ein Beispiel dafür, wie trotz formaler Marköffnung funktionierender Wettbewerb verhindert werden kann.

34. Schweden hat die Exklusivlizenz im Jahr 1993 abgeschafft.²⁵ Posten Norden AB²⁶ hält im Briefbereich einen Marktanteil von 89 Prozent. Konsolidierung spielt im schwedischen Briefmarkt praktisch keine Rolle. Dafür konnte sich im Infrastrukturwettbewerb in den letzten Jahren neben der Posten AB ein weiteres Unternehmen am Markt behaupten, die Bring Citymail, gegründet 1991 und seit 2002 im Besitz der norwegischen Post. CityMail stellt nur zweimal wöchentlich und nur im Süden des Landes zu. Das Unternehmen erreicht damit ca. 54 Prozent der schwedischen Haushalte. CityMail ist in erster Linie im B2C-Bereich tätig sowie auf die Zustellung von computergenerierten, adressierten Brief- und Werbesendungen spezialisiert und hat einen Marktanteil von 10,7 Prozent. Schweden ist ein Beispiel dafür, dass Infrastrukturwettbewerb im Briefbereich selbst unter denkbar ungünstigen Rahmenbedingungen – einer großen Fläche und geringen Bevölkerungsdichte – möglich ist und Wettbewerber zumindest in einem Nischenmarkt erfolgreich anbieten können. Gleichzeitig erfolgt durch das marktbeherrschende Unternehmen, auch ohne dass es dafür finanziell entschädigt wird, eine flächendeckende Zustellung zu erschwinglichen Preisen.

35. Großbritannien hat die Exklusivlizenz im Jahr 2006 abgeschafft.²⁷ Die Liberalisierung des britischen Briefmarktes war in zweierlei Weise ungewöhnlich, zum einen, weil der Gesetzgeber die Regulierungsbehörde Postcomm ermächtigt hat, selbst über die Marköffnung zu entscheiden, zum anderen, weil Postcomm anschließend eine Marköffnungsstrategie umgesetzt hat, die sich erheblich von der EU-Strategie einer schrittweisen Reduktion der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz unterschied. Stattdessen wurden gezielt Massensendungen für den Wettbewerb geöffnet. Ab April 2002 durften Wettbewerber Sendungen befördern, die zu mindestens 4 000 Stück eingeliefert werden; dies entsprach 30 Prozent des Briefmarktes. Ab April 2005 sollten durch Absenkung der Mindesteinlieferungsmenge weitere 30 Prozent des Marktes liberalisiert und 2007 die Exklusivlizenz von Royal Mail vollends aufgehoben werden. Zu Jahresbeginn 2005 entschied Postcomm angesichts der bislang unbe-

²² Vgl. Oelmann, M., Regulatorische Marktzutrittsbedingungen und ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb: Erfahrungen aus ausgewählten Briefmärkten Europas, WIK-Diskussionsbeitrag Nummer 291, Bad Honnef 2007.

²³ Für einen Überblick über die Rahmenbedingungen und Marktentwicklung in Finnland vgl. ITA Consulting/WIK-Consult, The Evolution of the European Postal Markets since 1997, Study for the European Commission, DG Internal Market and Services, August 2009, Annex: Country Fiches, S. 39-43.

²⁴ Act on the Fee Collected for Securing the Provision of Postal Services on Sparsely Populated Areas („Postal Fee Act“), 1997.

²⁵ Für einen Überblick über die Rahmenbedingungen und Marktentwicklung in Schweden vgl. ITA Consulting/ WIK-Consult, The Evolution of the European Postal Markets since 1997, a. a. O., S. 145 – 149.

²⁶ Am 24. Juni 2009 fusionierte die schwedische Posten AB mit der Post Danmark A/S zur Posten Norden AB. Schweden hält 60 Prozent und Dänemark 40 Prozent der Anteile. Die Stimmrechtsverteilung ist 50:50.

²⁷ Für einen Überblick über die Rahmenbedingungen und Marktentwicklung in Großbritannien vgl. ITA Consulting/ WIK-Consult, The Evolution of the European Postal Markets since 1997, a. a. O., S. 150 – 155.

friedigenden Wettbewerbsentwicklung, die zweite Stufe der Liberalisierung zu überspringen und die Exklusivlizenz schon ab Januar 2006 vollständig zu beseitigen. Trotz der vollständigen Markttöffnung hat sich in Großbritannien bisher nahezu kein Infrastrukturwettbewerb etabliert. Der Marktanteil der Wettbewerber von Royal Mail, die selbst zustellen, ist von 0,2 Prozent nach der Markttöffnung auf 0,13 Prozent im Jahr 2008 gesunken. Starker Wettbewerb hat sich allerdings über den Netz- bzw. Teilleistungszugang entwickelt. Der erste Vertrag über den Zugang zu Teilleistungen zwischen Royal Mail und UK Mail kam im Februar 2004 auf Druck von Postcomm zustande. Seitdem bietet Royal Mail sowohl großen Endkunden als auch Wettbewerbern sehr attraktive Rabatte für Vorsortierung und Transportleistungen an. Rund 30 Prozent aller Briefsendungen werden inzwischen von Wettbewerbern und Endkunden mittels Zugangsverträgen versendet (davon wiederum zwei Drittel von Wettbewerbern und ein Drittel von Endkunden). Die größten Anbieter in diesem Bereich sind UK Mail, TNT Post und die DPAG-Tochter DHL Global Mail.

36. Die Niederlande, wo eine vollständige Markttöffnung zum 1. Januar 2008 geplant war, haben die Liberalisierung auf den 1. April 2009 verschoben.²⁸ Die niederländische Regierung brachte hierfür eine Reihe von Argumenten vor. Dazu zählten unter anderem die Arbeitsbedingungen bei den wichtigsten Wettbewerbern des etablierten niederländischen Postbetreibers TNT, das Fehlen gleicher Wettbewerbsbedingungen für Postdienstleister aufgrund der Mehrwertsteuerbefreiung der etablierten Anbieter in Deutschland und Großbritannien sowie die Einführung eines Mindestlohns für Briefzusteller in Deutschland, durch den sich die Kosten für neue Anbieter erhöhten. Schon vorher waren adressierte Werbesendungen aus dem reservierten Bereich ausgenommen. In den Niederlanden gibt es keine Lizenzierung des Briefbereichs und damit verbunden auch keine Zahlen über Anzahl und Art der Anbieter. Der ehemals staatliche Anbieter TNT wurde im Jahr 2006 vollständig privatisiert. Sein Marktanteil im Jahr 2008 betrug 88 Prozent im Briefbereich (2007: 86 Prozent). Die zwei größten Wettbewerber sind Sandd (Sort and Deliver) und Selektmail, eine Tochter der DPAG, welche sich auf den B2C-Bereich spezialisiert haben und zweimal wöchentlich flächendeckend an Endhaushalte zustellen. Dass der Infrastrukturwettbewerb in den Niederlanden schon vor der Liberalisierung deutlich stärker als in Schweden war, dürfte auf die höhere Bevölkerungsdichte zurückzuführen sein. Die Bevölkerungsdichte in Deutschland ist deutlich höher als in Schweden, aber geringer als die der Niederlande, in einigen Teilen Deutschlands entspricht sie derjenigen der Niederlande. Somit ist zu erwarten, dass unter vergleichbaren regulatorischen Rahmenbedingungen in einigen Teilen Deutschlands intensiver Infrastrukturwettbewerb möglich ist.

²⁸ Für einen Überblick über die Rahmenbedingungen und Marktentwicklung in den Niederlanden vgl. ITA Consulting/WIK-Consult, The Evolution of the European Postal Markets since 1997, a. a. O., S. 102-106.

37. In der Gesamtschau ist festzustellen, dass die Abschaffung der Exklusivlizenz für Standardbriefe eine notwendige, aber nicht hinreichende Voraussetzung für Wettbewerb auf den Briefmärkten ist. Bestimmungen, die den etablierten Anbieter einseitig schützen, sind geeignet, den Wettbewerb vollständig zu verhindern, selbst wenn keine reservierten Bereiche mehr existieren, d. h. der Markt für Wettbewerber formal vollständig geöffnet ist. Wettbewerb auf den Briefmärkten kann sowohl in Form von Wettbewerb durch eigene Netze (Infrastrukturwettbewerb) als auch über den Zugang zum Briefnetz des etablierten Anbieters (sog. Teilleistungszugang) stattfinden. Das Potenzial für Infrastrukturwettbewerb ist umso größer, je höher die Bevölkerungsdichte eines Landes und das Sendungsvolumen pro Adresse ist. Wettbewerb über den Teilleistungszugang ist dagegen auch bei geringer Bevölkerungsdichte und niedrigen Sendungsmengen profitabel. In Europa nimmt die Bedeutung des Wettbewerbs über den Teilleistungszugang im Vergleich zum Infrastrukturwettbewerb zu.²⁹ Ein Grund dafür dürfte sein, dass die Marktteilnehmer im Briefbereich infolge der Substitutionskonkurrenz durch elektronische Kommunikation (Internet, E-Mail, SMS) von bestenfalls stagnierenden, oft aber von sinkenden Briefsendungsmengen in der Zukunft ausgehen. Weil Einsparungen durch Größenvorteile eine wichtige Rolle beim Briefgeschäft spielen, haben es neue Anbieter bei einem stagnierenden oder sogar rückläufigen Sendungsvolumen schwer, ebenfalls Größenvorteile zu realisieren und ein flächendeckendes Zustellnetz konkurrenzfähig zu betreiben.

2.2 Marktentwicklung in Deutschland

38. Insgesamt umfasste der Markt für Postdienstleistungen in Deutschland im Jahr 2008 Umsätze in Höhe von 24,7 Mrd. Euro.³⁰ Hiervon entfielen 15 Mrd. Euro auf den Bereich Kurier-, Express- und Paketdienste (KEP)³¹ und 9,7 Mrd. Euro auf den Bereich für lizenzpflichtige Postdienstleistungen, d. h. für die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen bis 1 000 g für andere. Damit ist der deutsche Postmarkt trotz der Finanz- und Wirtschaftskrise in den letzten zwei Jahren um mehr als 1 Mrd. Euro gewachsen. Getragen wurde das Wachstum vom KEP-Bereich, der sich schon in den vergangenen Jahren dynamisch entwickelt hat. So stieg das Sendungsvolumen im Jahr 2006 um 8,6 Prozent und im Jahr 2007

²⁹ Vgl. Europäische Kommission, Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament über die Anwendung der Postrichtlinie (Richtlinie 97/67/EG, geändert durch die Richtlinie 2002/39/EG), KOM(2008) 884 endgültig, Brüssel, 22. Dezember 2008, S. 5.

³⁰ Diese und die folgenden Marktdaten stammen aus dem Jahresbericht 2008 der Bundesnetzagentur – es sei denn, sie sind abweichend gekennzeichnet. Zum Zeitpunkt der Erstellung des Jahresberichts waren noch keine endgültigen Zahlen für 2008 verfügbar. Folglich handelt es sich um Erwartungswerte der Bundesnetzagentur.

³¹ Der Kurierdienst beinhaltet eine persönliche und direkte Beförderung der Sendung vom Absender zum Empfänger; Kuriere verkehren nicht linienmäßig und sind auf Schnelligkeit ausgerichtet. Zum Expressdienst zählt die beschleunigte, termingenaue Beförderung von Sendungen in der Regel über Umschlagzentren (wie bei Paketen). Paketdienste sind Standardprodukte mit einer durchschnittlichen Laufzeit von ein bis zwei Tagen, ohne terminliche Fixierung der Zustellung.

um 5,3 Prozent. Für das Jahr 2008 rechnete die KEP-Branche mit einer Wachstumsrate von 2 bis 3 Prozent, für 2009 mit bis zu 2 Prozent Wachstum; endgültige Zahlen sind bislang nicht verfügbar. Ob sich diese Erwartung einstellt, bleibt angesichts der ungünstigen Rahmenbedingungen abzuwarten. Während im ersten Halbjahr 2008 noch ein leichter Anstieg des Sendungsvolumens verzeichnet wurde, zeigte sich im zweiten Halbjahr eine deutliche Abschwächung. Die positive Entwicklung der letzten Jahre im Bereich der Paketdienste ist vor allem auf die wachsende Nutzung des Versandhandels – speziell des Online-Handels – zurückzuführen. Darüber hinaus fragen heute nicht mehr nur Geschäftskunden für zeitkritische Lieferungen zunehmend höherwertige Postdienstleistungen nach; auch Privatkunden sind zunehmend an solchen Leistungen interessiert. Standardpakete werden überwiegend von den sog. Systemanbietern befördert, die über eine auf den Massenumschlag ausgelegte Infrastruktur und ein Zustellnetz mit hoher Flächenabdeckung verfügen; dazu zählen DHL, DPD, FedEx, GLS, Hermes Logistik, TNT Express und UPS. Daneben existieren eine Vielzahl kleinerer, meist spezialisierter und/oder regional tätiger Anbieter; diese sind schwerpunktmäßig im Bereich der Express- und Kurierdienste tätig.

39. Im Briefbereich war die Marktentwicklung in den letzten Jahren weniger dynamisch. So stieg das Sendungsvolumen im Jahr 2006 um 2,4 Prozent und im Jahr 2007 um nur 1,7 Prozent. Für 2008 hat die Bundesnetzagentur trotz der schlechten Wirtschaftsentwicklung überraschenderweise einen Anstieg um 1,8 Prozent festgestellt. Für 2009 erwarten die Marktteilnehmer nach Angaben der Behörde zum Teil deutliche Rückgänge bei den Sendungsmengen und Umsätzen. Der Markt für Briefdienstleistungen ist traditionell der am stärksten regulierte Markt im Postbereich. Dies galt früher hinsichtlich der Einschränkung der Betätigungsmöglichkeiten der Anbieter infolge der bis Ende 2007 befristeten Exklusivlizenz der DPAG und gilt weiterhin hinsichtlich der Lizenzpflicht für Anbieter von Dienstleistungen für Sendungen bis 1 000 g.³² Tabelle 2.1 zeigt, dass innerhalb des lizenzpflichtigen Bereichs der Marktanteil der DPAG gemessen

am Umsatz im Jahr 2007 88,7 Prozent betrug; für das Jahr 2008 schätzt die Bundesnetzagentur ihren Marktanteil auf 89,3 Prozent. Beim Sendungsaufkommen stieg ihr Anteil im gleichen Zeitraum von 91,3 Prozent auf 91,6 Prozent. Dementsprechend haben die Wettbewerber Marktanteile verloren. Sie beförderten im Jahr 2008 mit insg. 1,47 Mrd. Sendungen rund 65 Mio. weniger Sendungen als im Vorjahr. Damit ist die Marktdominanz der DPAG im Briefbereich trotz der zum 1. Januar 2008 formal erfolgten, vollständigen Liberalisierung des Postmarktes also nicht nur erhalten geblieben, sondern hat sich sogar noch verstärkt.

40. Im Jahr 2008 hat sich der sog. „End-to-End“-Wettbewerb zwischen der DPAG und den Wettbewerbern im Briefbereich, d. h. von der Einsammlung bis zur Zustellung, abgeschwächt, während der Teilleistungszugang stärker genutzt wurde. So hat sich das Volumen der konsolidierten und ins Briefnetz der DPAG eingespeisten Sendungen von 750 Mio. im Jahr 2007 auf rund 1,14 Mrd. in 2008 erhöht. Für das Jahr 2009 erwarten die Wettbewerber einen weiteren deutlichen Anstieg der konsolidierten Mengen auf ca. 1,5 Mrd. Stück. Insgesamt hat die DPAG 557 Neuverträge im Jahr 2008 zu den Teilleistungszugängen BZA (Briefzentrum Abgang) und BZE (Briefzentrum Eingang) geschlossen. Die entsprechenden Daten zeigt Tabelle 2.2. Diese Entwicklung dürfte nur zum Teil auf attraktivere Bedingungen beim Zugang zu Teilleistungen zurückzuführen sein; vielmehr ist davon auszugehen, dass die Wettbewerber infolge von Marktaustritten von Kooperationspartnern für bestimmte Regionen ihren Zustelldienstleister verloren haben und ihre Sendungen nun mangels Alternative von der DPAG zustellen lassen. Ferner wurden je 14 Verträge über den Zugang zu Postfachanlagen und über den Zugang zu Informationen über Adressänderungen abgeschlossen.

41. Die Bundesnetzagentur hat zwischen 1998 und 2008 insgesamt 2.500 Lizenzen für die Beförderung von Briefsendungen bis 1 000 g vergeben. Hiervon sind 1 047 Lizenznehmer wieder aus dem Markt ausgetreten. Von den verbliebenen Lizenznehmern sind rund 800 aktiv. Rund 650 Unternehmen nutzen ihre Lizenz derzeit nicht. In 2008 sind 84 Wettbewerber der DPAG aus dem Markt ausgetreten, die meisten davon im ersten Quartal. Tabelle 2.3 zeigt die Zahl der Marktaustritte. Während diese in den Vorjahren in erster Linie auf Aufkäufe im Rahmen einer

³² Ausgenommen von der Lizenzpflicht sind unter anderem Kurierdienstleistungen, die den in § 5 Absatz 2 Nummer 3 PostG festgelegten Kriterien entsprechen. Hier reicht eine einfache Anzeige bei der Bundesnetzagentur aus.

Tabelle 2.1

Marktanteile im Briefbereich nach Umsätzen

	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008 (geschätzt)
Marktvolumen (Mrd. Euro)	10,164	9,900	9,994	9,863	10,092	9,975	9,675
Marktanteil DPAG (%)	97,0	96,1	94,7	92,4	89,3	88,7	89,3
Marktanteil Wettbewerber (%)	3,0	3,9	5,3	7,6	10,7	11,3	10,7

Quelle: BNetzA, Jahresbericht 2008, S. 126

Tabelle 2.2

Entwicklung der Neuabschlüsse von Teilleistungsverträgen seit 2000

Vertragspartner der DPAG	Sendungsart	Zugangspunkt	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Endkunden	Individualsendungen	BZA	3	109	124	188	159	148	108	53	125
		BZE	4	150	309	333	263	225	195	125	255
	Infopost	BZE	0	25	109	85	85	69	75	45	56
Endkunden insgesamt			7	284	542	606	507	472	378	223	436
Wettbewerber, Konsolidierer	Individualsendungen	BZA	0	1	4	1	1	91	38	9	49
		BZE	0	2	6	1	1	96	41	9	58
	Infopost	BZE	0	1	6	0	1	14	16	9	14
Wettbewerber, Konsolidierer insgesamt			0	4	16	2	3	199	95	27	121
Insgesamt			7	288	558	608	510	673	473	250	557

Quellen: BNetzA, Tätigkeitsbericht 2006/2007, S. 76; dies., Jahresbericht 2008, S. 130

Tabelle 2.3

Marktaustritte im Briefbereich 2008

	1. Quartal	2. Quartal	3. Quartal	4. Quartal	Summe
2006	15	10	64	17	106
2007	29	13	65	81	188
2008	56	2	11	15	84

Quelle: BNetzA, Jahresbericht 2008, S. 129

Marktkonsolidierung zurückzuführen waren, handelte es sich nach Angaben der Bundesnetzagentur seit Mitte 2007 vornehmlich um Geschäftsaufgaben oder Insolvenzen. Während Anfang 2008 relativ wenige Neuanträge auf Erteilung einer Lizenz gestellt wurden, hat sich ihre Zahl im weiteren Verlauf des Jahres wieder normalisiert.

42. Einen Eindruck von den Anbietern im Briefbereich gibt die Anzahl der verschiedenen sachlich beschränkten Lizenzen, welche die Bundesnetzagentur bis Ende 2007 erteilt hat. Dabei handelt es sich um Lizenzen für Postdienstleistungen, die gemäß § 51 Absatz 1 PostG von der Exklusivlizenz ausgenommen waren.³³ Am 31. Dezember 2007 hielten 2 372 Unternehmen eine A-Lizenz, 1 678 Unternehmen eine B-Lizenz, 1 422 Unternehmen eine C-Lizenz, 1 894 Unternehmen eine D-Lizenz, 2 091 Unternehmen eine E-Lizenz und 1 941 Unternehmen eine F-Lizenz. Bei den Lizenzen G und H, die erst ab Anfang 2003 erteilt wurden, beläuft sich die Zahl der Lizenznehmer auf 621 bzw. 582 Unternehmen. Die Lizenzdichte (Lizen-

zen je Einwohner) ist in den neuen Bundesländern deutlich höher als in den alten Bundesländern. Hierin spiegelt sich ein enger Zusammenhang zur Höhe der Arbeitslosenquote wider. In den neuen Bundesländern werden die sich eröffnenden Geschäftsmöglichkeiten auf den Postmärkten vergleichsweise intensiv genutzt. Dies zeigt, dass die Liberalisierung der Märkte unter günstigen Rahmenbedingungen die Gründung neuer Unternehmen erlaubt und neue Erwerbsquellen erschlossen werden können.

43. Tabelle 2.4 zeigt die Aufteilung der Umsätze, die die Wettbewerber in den Jahren zwischen 2000 und 2007 in den verschiedenen Lizenzbereichen erzielt haben. Die mit Abstand größte Bedeutung kam den höherwertigen Dienstleistungen nach der D-Lizenz zu. Hiermit erzielten die Wettbewerber im Jahr 2007 ca. 59 Prozent ihres Gesamtumsatzes. Auch wies die Umsatzentwicklung bei den D-Lizenzen in den vergangenen Jahren im Vergleich mit den sonstigen lizenzierten Dienstleistungen hohe Wachstumsraten auf. Offensichtlich besteht am Markt eine Nachfrage nach höherwertigen Dienstleistungen, die von der DPAG nicht oder nur in unzureichender Weise be-

³³ Für eine Übersicht vgl. Abschnitt 1.1.

Tabelle 2.4

Aufteilung der Umsätze der Wettbewerber auf Dienstleistungen

Dienstleistung	An- teile 2000	2000 (Mio. Euro)	2001 (Mio. Euro)	2002 (Mio. Euro)	2003 (Mio. Euro)	2004 (Mio. Euro)	2005 (Mio. Euro)	2006 (Mio. Euro)	2007 (Mio. Euro)	An- teile 2007
PZA	0,0 %	0,0	1,0	5,0	18,5	73,6	56,4	70,2	60,0	4,9 %
A	19,0 %	32,9	37,3	35,6	26,1	37,6	51,8	91,7	110,0	9,1 %
B	34,8 %	60,2	86,4	92,5	88,0	107,4	124,4	147,2	162,0	13,4 %
D	26,8 %	46,5	83,0	125,8	183,4	264,4	380,7	555,4	718,0	59,2 %
E + F	4,0 %	6,9	8,6	12,8	19,9	16,4	28,6	43,4	51,0	4,2 %
G	0,0 %	0,0	0,0	0,0	16,2	6,4	68,5	89,9	106,0	8,7 %
Altli- zenz	15,4 %	26,7	33,0	32,6	34,4	25,4	25,5	8,3	6,0	0,5 %

Quelle: BNetzA, Elfte Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, 2008, S. 37

dient wird. Der von seiner wirtschaftlichen Bedeutung zweitwichtigste Lizenztyp war die B-Lizenz zur Beförderung inhaltsgleicher Briefsendungen über 50 g mit einem Anteil von über 13 Prozent der von den Wettbewerbern erzielten Umsätze im Jahr 2007 (gegenüber 34,8 Prozent im Jahr 2000).

44. Bei den Wettbewerbern handelt es sich zum allergrößten Teil um kleine Unternehmen, d. h. Einzelunternehmen, Kleinst- und Familienunternehmen. Das Angebot dieser Lizenznehmer beschränkt sich in der Regel auf die Versorgung kleiner Regionalmärkte. Durch Kooperationen versuchen die Lizenznehmer, die von ihnen ver-

sorgte Fläche und damit das Angebot an die Kunden auszuweiten. Nur wenige sind große und/oder international tätige Unternehmen. Tabelle 2.5 gibt einen Überblick über die Anzahl in verschiedenen Umsatzgruppen im Jahr 2007. Lediglich 24 Unternehmen fielen mit einem (prognostizierten) Umsatz von über 10 Mio. Euro nicht unter die kleinen Unternehmen; davon erzielten vier Anbieter mehr als 50 Mio. Euro Umsatz. 127 Unternehmen erzielten Umsätze zwischen 1 Mio. Euro und 10 Mio. Euro. Dass es sich bei den Wettbewerbern überwiegend um kleine Unternehmen handelt, ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass die für eine Betätigung im größeren

Tabelle 2.5

Anzahl der Wettbewerber nach Umsatzgröße (ohne DPAG)¹

Umsatz	bis 10.000 Euro	10.001 bis 100.000 Euro	100.001 bis 500.000 Euro	500.001 bis 1.000.000 Euro	> 1 Mio. Euro bis 10 Mio. Euro	> 10 Mio. Euro
1999	108	167	62	11	15	4
2000	91	178	129	23	15	4
2201	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	122	234	134	50	137	24

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

Quelle: BNetzA, Elfte Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, 2008, S. 54

Umfang erforderlichen Beförderungsmengen wegen der bis Ende 2007 geltenden Exklusivlizenz der DPAG nicht für Wettbewerber zur Verfügung stand. Sie waren daher weitgehend auf Nischenangebote beschränkt. Die geringe Konzentration bei den Wettbewerbern der DPAG zeigt sich eindrucklich beim Vergleich der Konzentrationsmaße CR_1 und CR_5 .³⁴ Während das größte Unternehmen am Markt, die DPAG, im Jahr 2007 einen Marktanteil von 87,8 Prozent hatte, entfielen auf die fünf umsatzstärksten Unternehmen nur rund 91 Prozent der Umsätze. Das bedeutet, dass die vier größten Unternehmen am Markt neben der DPAG im Jahr 2007 nur rund 3,2 Prozent des Umsatzes auf sich vereinten.³⁵ Insgesamt ist ein gewisses Größenwachstum bei den am Markt befindlichen Wettbewerbern festzustellen. Die Anzahl der Unternehmen mit einem Umsatz über 500 000 Euro ist von 150 im Jahr 2005, auf 184 im Jahr 2006 und schließlich auf 211 im Jahr 2007 gestiegen.

45. Im Vergleich zum Vorjahr haben sich die Betriebsergebnisse der Marktteilnehmer im Briefbereich im Jahr 2008 wesentlich verschlechtert. Lediglich 39 Prozent der Anbieter erzielten Gewinne, in 2007 waren es noch 48 Prozent; bei 23 Prozent war das Betriebsergebnis ausgeglichen (2007: 30 Prozent) und 38 Prozent der Unternehmen erlitten Verluste (2007: 22 Prozent).

46. Von der negativen Geschäftsentwicklung blieben die Beschäftigtenzahlen bei den Wettbewerbern der DPAG im (lizenzpflichtigen) Briefbereich nicht unberührt. Bei den Wettbewerbern waren infolge von Marktaustritten und des anhaltenden Trends zur Verlagerung von Beförderungsleistungen auf Subunternehmen nach Angaben der Bundesnetzagentur im Jahr 2008 mit 29 000 Arbeitnehmern rund 19 000 weniger beschäftigt als Anfang 2007. Das entspricht einem Minus von 39,6 Prozent.³⁶ Auch bei der DPAG wurden – wenn auch in geringerem Umfang – Stellen abgebaut. Hier waren einschließlich eines anteilig verrechneten Personalanteils des Verwaltungs-/Overheadbereichs rund 166 000 Arbeitnehmer beschäftigt. Im Jahr 2007 gab es noch 167 5000 Beschäftigte bei der DPAG. Die Zahl der Beschäftigten im gesamten Postmarkt (Brief- und KEP-Dienste) ist im Jahr 2008 auf über 400 000 gestiegen. Dieser Zuwachs wurde also ausschließlich vom KEP-Bereich getragen.

2.3 Entwicklung der Deutschen Post AG

47. Die DPAG, die mit ihren Tochtergesellschaften unter dem Markennamen Deutsche Post DHL geführt wird, hat sich in den vergangenen Jahren zu einem weltweit tätigen Anbieter von Brief-, Express- und Logistik- und Finanzdienstleistungen entwickelt. Langfristiges Ziel der DPAG

ist es, durch Übernahmen, Beteiligungen und Kooperationen zur Nummer Eins des weltweiten Logistikgeschäfts aufzusteigen. Der Konzern Deutsche Post DHL gliedert seine Aktivitäten in vier operative Unternehmensbereiche, die Bereiche „Brief“, „Express“, „Global Forwarding/Freight“ und „Supply Chain/Corporate Information Solutions (CIS)“. Der Bereich „Brief“ umfasst die Geschäftsfelder „Brief Kommunikation“ (Briefprodukte, Frankierung, Philatelie), „Dialog Marketing“ (Werbe-post), „Presse Services“ (Vertrieb von Presseprodukten), „Paket Deutschland“ (Paketprodukte, Packstation) und „Global Mail“ (grenzüberschreitender Briefverkehr, Briefdienstleistungen in Inlandsmärkten anderer Länder). Der Bereich „Express“ beinhaltet die Erbringung von Kurier- und Expressdienstleistungen für Privat- und Geschäftskunden. Im Bereich „Global Forwarding/Freight“ bündelt das Unternehmen die Gütertransport-Aktivitäten über Schiene, Straße, Luft und See, wobei im Geschäftsfeld „Global Forwarding“ Luft- und Seefrachttransporte und Industrieprojekte betreut werden, während das Geschäftsfeld „Freight“ Transportleistungen wie Komplettladung, Stückgut- und Teilladung und den intermodalen Verkehr beinhaltet. Im Bereich „Supply Chain/CIS“ bietet das Unternehmen Lager-, Distributions-, Transport- und Mehrwertleistungen entlang der Beförderungskette und Lösungen für das Informations- und Kommunikationsmanagement in Unternehmen an. Nach dem Verkauf einer Minderheitsbeteiligung an der Deutschen Postbank an die Deutsche Bank werden die Aktivitäten der Deutschen Postbank, welche früher den Unternehmensbereich „Finanzdienstleistungen“ darstellte, unter „Aufgegebene Geschäftsbereiche“ ausgewiesen. Die DPAG ist derzeit noch zu 39,5 Prozent an der Postbank AG beteiligt. Der Gesamtumsatz der DPAG hat sich von 14,7 Mrd. Euro im Jahr 1998 auf 54,5 Mrd. Euro im Jahr 2008 erhöht und damit mehr als verdreifacht. Die Umsatzzuwächse wurden nahezu ausschließlich in den Bereichen Express, Logistik und Finanzdienstleistungen erzielt; die Umsätze im eigentlichen Briefgeschäft sind dagegen in den letzten Jahren annähernd konstant geblieben. Im Jahr 2008 wurde im Unternehmensbereich „Brief“ ein Umsatz von ca. 14,4 Mrd. Euro erzielt. Dies entspricht einem Anteil von 26,4 Prozent. Im Jahr 1998 lag der Umsatzanteil des Unternehmensbereichs „Brief“ noch bei knapp 70 Prozent.

48. Seit 1998 hat die DPAG in großem Maße Unternehmenskäufe im In- und Ausland getätigt. Die größten Übernahmen waren der Kauf des Schweizer Logistik-anbieters Danzas, der Kauf des Expressdienstleisters DHL, des Luftfrachtunternehmens Air Express International sowie der US-Firma Airborne Express im Express- und Logistikbereich. Daneben engagiert sich die DPAG in zunehmendem Umfang auch auf den Briefmärkten im Ausland. Hierzu hat sie verschiedene Briefdienstleistungsunternehmen in Europa und Nordamerika erworben und auch im asiatischen Raum expandiert. Die größte Übernahme in der Firmengeschichte der DPAG war jedoch der Erwerb des britischen Logistikkonzerns Exel. Dadurch ist die DPAG gemessen an der Mitarbeiterzahl zum größten Unternehmen in Deutschland aufgestiegen.

³⁴ Die Kennzahl CR_x (concentration ratio) bezeichnet den Marktanteil der x größten Unternehmen am Markt.

³⁵ Bei diesen Angaben handelt es sich um Schätzwerte der Bundesnetzagentur; vgl. BNetzA, Elfte Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, 2008, S. 63. Im Jahresbericht 2008 (S. 126) beziffert die Bundesnetzagentur den Marktanteil der DPAG im Briefbereich auf 88,7 Prozent, macht aber für die vier umsatzstärksten Wettbewerber keine Angaben.

³⁶ Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2008, S. 127.

Die Finanzierung der milliardenschweren Expansionsstrategie der DPAG war nur durch die hohen Gewinne im Briefbereich möglich.

49. Tabelle 2.6 zeigt die Entwicklung von Eigenkapital, Umsatz und Umsatzrenditen der DPAG seit dem Jahr 2000. Deutlich wird, dass die Umsatzrenditen im Briefbereich stets höher waren als im Expressbereich. Zu erwarten war, dass sich die Umsatzrendite im Unternehmensbereich Brief ab 2007 verschlechtern würde, weil das unter starkem Wettbewerbsdruck stehende deutsche Paketgeschäft seit Januar 2007 dem Unternehmensbereich Brief zugeordnet wurde. Entsprechend hätte sich die Gewinnmarge im Bereich Express erhöhen sollen. Dass diese Erwartungen nicht eingetreten sind, liegt an Einmaleffekten. Im Briefbereich hat die Rückzahlung aus dem EU-Beihilfeverfahren das Ergebnis um 572 Mio. Euro verbessert. Im Expressbereich haben Sonderaufwendungen des Ergebnis beeinflusst. Die Unternehmensleitung hat im November 2008 beschlossen, das Expressgeschäft in den USA auf die internationalen Angebote zu beschränken, d. h. das Inlandsgeschäft aufzugeben. Die Aufwendungen für die Restrukturierung und Reorganisation im Bereich US Express werden mit 2,1 Mrd. Euro angegeben.³⁷

50. Die Umsatzrendite im Briefbereich lag – mit Ausnahme von 2007 – weit über 15 Prozent. Die schon seit Jahren zu beobachtende Entwicklung zu stabilen und außerordentlich hohen Umsatzrenditen der DPAG im Briefbereich setzt sich somit fort. Sie war damit in den Jahren 2000 bis 2008 mehr als doppelt so hoch wie die Umsatzrendite des Gesamtkonzerns (6,1 Prozent) und betrug ein

Vielfaches der Umsatzrendite im Expressbereich. Sie liegt deutlich über den in anderen, wettbewerblich organisierten Wirtschaftsbereichen üblicherweise erzielten Renditen. Dabei wird die Profitabilität des Briefbereichs durch die im Geschäftsbericht des Konzerns veröffentlichten Zahlen sogar noch unterschätzt, weil im Briefbereich neben den ertragreichen Briefdienstleistungen auch die weniger ertragreichen Produkte bzw. zum Teil sogar defizitäre Dienstleistungen wie Päckchen und Pakete, Büchersendungen, Waren- und Postwurfsendungen ausgewiesen werden.

51. Die Monopolkommission sieht in den über Jahre hinweg konstant hohen Gewinnen der DPAG im Briefbereich das Ergebnis einer ungerechtfertigten staatlichen Privilegierung des Unternehmens, welche auch mit dem Ende der gesetzlichen Exklusivlizenz kein Ende genommen hat. Privilegiert wurde die DPAG gegenüber anderen Marktteilnehmern, die nicht ebenso über einen vor dem Wettbewerb geschützten Geschäftsbereich verfügten, und gegenüber den Briefkunden in Deutschland, welche die internationale Expansion des Unternehmens mit ihrer „Monopolabgabe“ auf Briefdienstleistungen finanziert haben. Die Entwicklung der DPAG zu einem weltweit tätigen Großkonzern zeigt, dass das frühere Briefmonopol nicht dazu diente, durch den finanziellen Verhaltensspielraum die Umwandlung von einer Behörde in ein wettbewerbsfähiges Postunternehmen zu erleichtern, sondern dazu, den Aufbau eines „global players“ auf den weltweiten Logistik- und Expressmärkten zu ermöglichen. Es ist nicht einzusehen, warum der Aufbau eines „global players“ mittels staatlicher Privilegierung und auf Kosten der Kunden des Unternehmens erfolgen soll.

³⁷ Vgl. DPAG, Geschäftsbericht 2008, S. 58, 135.

Tabelle 2.6

Entwicklung der DPAG

Jahr	Konzern			Brief		Express	
	Eigenkapital (Mio. Euro)	Umsatz (Mio. Euro)	Umsatzrendite (%)	Umsatz (Mio. Euro)	Umsatzrendite (%)	Umsatz (Mio. Euro)	Umsatzrendite (%)
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

Quellen: DPAG, Geschäftsberichte der Jahre 2000 bis 2008

2.4 Beurteilung der Marktentwicklung

52. Die Analyse des Marktgeschehens auf den deutschen Postmärkten offenbart eine gegenüber dem letzten Gutachten der Monopolkommission nahezu unveränderte Wettbewerbssituation. Die DPAG konnte ihre praktisch unangefochtene Marktstellung auf den Briefmärkten nicht nur verteidigen, sondern ihren Marktanteil sogar noch ausweiten. Die Wettbewerber konnten trotz der formalen Liberalisierung der Briefmärkte keine Marktanteile hinzugewinnen. Ihre Aktivitäten beschränken sich weiterhin auf nicht flächendeckende bzw. regionale Angebote oder Nischenmärkte. Der Preissetzungsspielraum der DPAG für Briefdienstleistungen wird dadurch noch nicht hinreichend kontrolliert. Nur so lässt sich erklären, wie die DPAG im Jahr 2008 eine Umsatzrendite in Höhe von 15,7 Prozent im Briefbereich erzielen konnte. Im Bereich der Privatkundenprodukte, die der Ex-ante-Regulierung unterliegen, werden solche Renditen durch die Entscheidung der Bundesnetzagentur über die Maßgrößen der Price-Cap-Regulierung möglich gemacht.³⁸ Im Bereich der Geschäftskundenpost, die seit Januar 2008 nur noch der Ex-post-Entgeltkontrolle unterliegt, muss damit gerechnet werden, dass die DPAG dort, wo bereits Wettbewerber aktiv sind, mit ihren Großkunden individuelle Rabattvereinbarungen trifft, während solche Kunden, die keine Alternative haben, die regulären Preise zahlen. Auf Dauer kann nur ein funktionsfähiger Wettbewerb garantieren, dass überhöhte Preise im Briefbereich für alle Kundengruppen vermieden werden.

Für die weitgehend stagnierende Wettbewerbsentwicklung auf den deutschen Briefmärkten sind neben ökonomischen Wettbewerbshemmnissen wie Größen- und Verbundvorteilen der DPAG und Kostennachteilen der Wettbewerber aufgrund von Lernkurven- und Reputationseffekten insbesondere institutionelle und regulatorische Hindernisse und Wettbewerbsbeschränkungen verantwortlich. Zur letzteren Gruppe gehören der fortdauernde Interessenkonflikt des Bundes als Anteilseigner und Wettbewerbshüter, die Einführung der Mindestlöhne im Briefsektor, die Umsatzsteuerprivilegierung der DPAG, die unzureichende Ex-ante- und Ex-post-Entgeltregulierung durch die Bundesnetzagentur, der regelmäßig problematische Zugang der Wettbewerber zu Teilleistungen der DPAG und die Probleme in der Vergabepraxis öffentlicher Stellen für Postdienstleistungsaufträge. Diese Themenfelder werden im folgenden Kapitel behandelt.

3 Wettbewerbspolitische Problemfelder

3.1 Der Bund als Wettbewerbshüter und Anteilseigner

53. Die Bundesrepublik Deutschland hat sich in den letzten Jahren schrittweise von ihren Beteiligungen an der DPAG getrennt, indem sie einzelne Aktienpakete zunächst an die KfW Bankengruppe (KfW, früher: Kreditanstalt für Wiederaufbau) veräußert hat, die diese dann

wiederum in Etappen auf dem Kapitalmarkt veräußert hat. Inzwischen hält die KfW noch 30,5 Prozent der Anteile an der DPAG (Stand: August 2009). Geplant ist, auch diese Anteile schrittweise zu veräußern, um damit eine vollständige Privatisierung der DPAG zu erreichen. Die Privatisierung über die KfW verläuft über das sog. „Platzhaltermodell“,³⁹ das im Zusammenhang mit der Restprivatisierung der Lufthansa im Jahr 1997 entwickelt wurde. Das Modell sieht vor, dass der Bund seine Beteiligung zunächst an die KfW verkauft. Die KfW zahlt dem Bund hierfür zunächst einen Kaufpreis, der sich am Marktwert orientiert. Dieser Betrag fließt dem Bund sofort zu. 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 (vgl. Abbildung 3.1). Der Wert dieses Besserungsscheins errechnet sich aus der Differenz zwischen erzieltm Veräußerungserlös und Einkaufspreis, abzüglich der entstandenen Kosten sowie einer prozentualen Vergütung für die KfW. Seit 1997 hat die KfW auf der Basis des Platzhaltermodells in mehreren Schritten Aktien der Deutschen Telekom AG (DTAG) und der DPAG vom Bund gekauft und anschließend am Kapitalmarkt verkauft.

Während im Jahr 2000 im Rahmen des Verkaufs von DTAG-Aktien und dem Börsengang der DPAG vor allem Privatanleger angesprochen werden konnten, hat das Ende des Aktienbooms und die Kapitalmarktentwicklung in der Folgezeit die Einbeziehung dieser Anlegergruppe erschwert. Inzwischen erfolgte eine stärkere Ansprache von institutionellen Investoren sowie das Angebot entsprechender Kapitalmarktinstrumente, um den Privatisierungsprozess unabhängig von diesem Trend voranzutreiben. So hat die KfW im Juli 2009 durch ein von den Banken BNP Paribas und Morgan Stanley Bank AG angeführtes Bankenkonsortium eine Umtauschanleihe in Höhe von 750 Mio. Euro auf Stammaktien der DPAG am Kapitalmarkt platziert. Eine Umtauschanleihe ist eine Anleihe, die zusätzlich zur jährlichen fixen Zinszahlung dem Investor das Recht gibt, die Anleihe jederzeit in eine feste, gegebene Anzahl von Aktien zu tauschen. Die Umtauschanleihe ist mit ca. 4,48 Prozent des derzeit ausstehenden Grundkapitals der Deutschen Post AG unterlegt. Die Umtauschanleihe wurde nahezu ausschließlich in Europa platziert, insbesondere in Großbritannien (40 Prozent), Frankreich (32 Prozent) und der Schweiz (10 Prozent). Die KfW hat einer Stillhalteperiode (lock up) von 180 Tagen für ihre verbleibende Beteiligung an der Deutschen Post AG zugestimmt.⁴⁰

54. Die nach dem Platzhaltermodell vorgesehene Splitting des Verkaufsprozesses dient dem Ziel, dass staatseigene Unternehmen unabhängig von den (kurzfristigen) Bedürfnissen des Bundeshaushaltes bzw. der Haushaltsplanung privatisiert werden können. Gleichzeitig ermög-

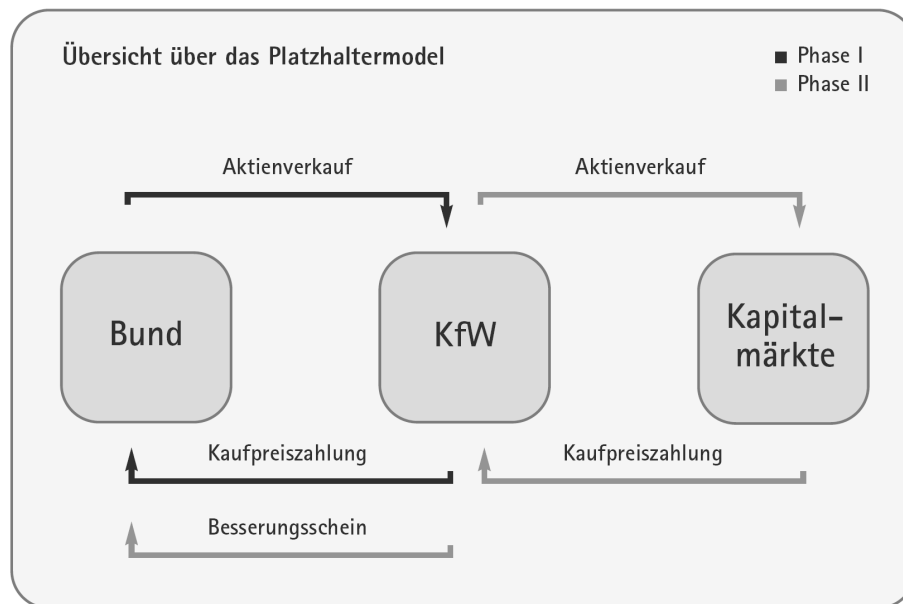
³⁸ Vgl. BNetzA, Beschluss vom 7. November 2007, Bk 5b-07/068.

³⁹ Vgl. KfW, „up.date: News für Investoren“, Oktober 2005, S. 4.

⁴⁰ 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/Beratungun54/Privatisierung/DeutschenP.jsp

Abbildung 3.1

Platzhaltermodell der KfW



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

licht es eine flexible Nutzung von Zeitfenstern bei entsprechend attraktiven Kapitalmarktbedingungen. Das Platzhaltermodell führt dazu, dass das finanzielle Interesse des Bundes am wirtschaftlichen Erfolg der DPAG auch nach dem Verkauf seiner Anteile an die KfW unvermindert fortbesteht. 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. Einen Anreiz dazu hat er nicht. Da der Aktienkurs der DPAG um so höher ist, je größer die Gewinne der DPAG sind und je weniger Wettbewerb im Postmarkt herrscht, schadet der Bund sich selbst, wenn er auf dem Postmarkt Rahmenbedingungen schafft, die den Wettbewerb fördern. Auf diesen Interessenkonflikt hat die Monopolkommission schon früher hingewiesen.⁴¹ Besonders auffällig wird das Dilemma beim Thema Mehrwertsteuerbefreiung der DPAG. Für deren rechtliche Umsetzung ist das Finanzministerium zuständig, das auch die Einnahmen des Bundes aus dem Verkauf der Besserungsscheine erhält. Die Monopolkommission hält es für dringend geboten, dass der Bund sich schnellstmöglich von allen Finanzinstrumenten trennt, die dazu führen, dass der Fiskus ein spezielles finanzielles Interesse am Wohlergehen 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 weniger problematisch, wenn die Gewinne aus dem Verkauf der Anteile vollständig bei der KfW verbleiben.

3.2 Mindestlöhne im Briefbereich

55. Der Koalitionsausschuss der Regierungsparteien einigte sich am 18. Juni 2007 unter anderem darauf, Mindestlöhne durch die Aufnahme weiterer Branchen in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)⁴² zu ermöglichen. Die DPAG hatte sich in den Monaten davor mit Blick auf das Auslaufen ihres Monopols für die Beförderung von Standardbriefsendungen bis 50 g vehement für die Einführung eines Mindestlohns im Briefbereich eingesetzt und dazu mit einigen Tochterunternehmen und mittelständischen Briefdienstleistern im August 2007 den Arbeitgeberverband Postdienste e. V. gegründet. Am 24. August 2007 wurde auf der Klausurtagung der Bundesregierung in Meseberg beschlossen, auch die Branche der Postdienstleistungen in das Gesetz einzubeziehen und damit den Weg für die Erstreckung eines repräsentativen, d. h. von Tarifpartnern, die mindestens die Hälfte der Beschäftigten in der Branche vertreten, abgeschlossenen Mindestlohtarifvertrags freizumachen. Am 11. September 2007 beantragten der Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Aufnahme der Branche Postdienstleistungen in das

⁴¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., Tz. 29.

⁴² Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG) vom 26. Februar 1996, BGBl. I S. 227, in der Fassung des Gesetzes zur Korrektur in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 19. Dezember 1998, BGBl. I S. 3843.

Gesetz und zugleich die Allgemeinverbindlicherklärung eines an diesem Tag geschlossenen Tarifvertrags zur Regelung der Mindestlöhne in der Branche Postdienste, der für alle Betriebe gelten sollte, die gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördern, unabhängig vom Anteil dieser Tätigkeit an der Gesamttätigkeit des Betriebs. Wegen Aussichtslosigkeit leitete das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kein Verfahren nach § 5 TVG, sondern ein Verfahren zum Erlass einer Rechtsverordnung nach § 1 Absatz 3a AEntG (1996) ein. Ein Entwurf der Rechtsverordnung wurde am 6. November 2008 unter anderem an die Tarifvertragsparteien, Ministerien und die Dachverbände der Arbeitnehmer und Arbeitgeber zur Stellungnahme bis zum 29. November 2007 übersandt. Im Bundesanzeiger vom 8. November 2007 erschien eine Bekanntmachung über einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags für die Branche Postdienste und den Entwurf der Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für Briefdienstleistungen verbunden mit einer Frist zur schriftlichen Stellungnahme von drei Wochen.

56. Im parallel durchgeführten Gesetzgebungsverfahren zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes wurde am 5. November 2007 eine Sachverständigenanhörung vor dem Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages durchgeführt. Danach war insbesondere die Reichweite des einzubeziehenden Bereichs umstritten. So kritisierte z. B. die CDU, dass das Quorum von mindestens 50 Prozent aller in der Branche beschäftigten Arbeitnehmer durch den Vertrag nicht abgedeckt sei und weigerte sich zunächst, den Mindestlohn in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz aufzunehmen. Nach einer Sitzung des Koalitionsausschusses am 12. November 2007 hoben die Tarifvertragsparteien den Tarifvertrag vom 11. September 2007 auf und schlossen am 29. November 2007 einen dahingehend veränderten Tarifvertrag, dass sich dieser nicht mehr auf „Postdienste“, sondern nur noch auf die Branche „Briefdienstleistungen“ bezieht. Erfasst werden nur noch Betriebe oder selbstständige Betriebsabteilungen, die überwiegend gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördern. Unter anderem sind Zeitungszusteller oder Mitarbeiter von Paketdiensten, die gelegentlich auch Briefe befördern, von den Mindestlöhnen nicht mehr betroffen. Aber auch Angestellte des Einzelhandels, die zusätzlich postalische Leistungen anbieten wie z. B. in den sog. Postpoints, fallen nun nicht mehr in den Geltungsbereich des Vertrags. Der Tarifvertrag schreibt einen Mindestlohn von 8,00 Euro/Stunde in den neuen Bundesländern und 8,40 Euro/Stunde in den alten Bundesländern vor. Für die Zustellung von Briefsendungen liegt der Mindestlohn bei 9,00 Euro/Stunde in den neuen und 9,80 Euro/Stunde in den alten Bundesländern. Ab dem 1. Januar 2010 gelten bundesweit die Tarife für die alten Bundesländer. Am gleichen Tag beantragten die Tarifvertragsparteien die Allgemeinverbindlicherklärung ihres Tarifvertrags. Denjenigen, die sich auf die Bekanntmachung vom 8. November 2007 geäußert hatten, leitete das Bundesministerium für Arbeit und Soziales den angepassten Verordnungsentwurf mit Gelegenheit zur Stellungnahme

bis zum 7. Dezember 2007 zu. Eine neue Bekanntmachung über einen Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung des veränderten Tarifvertrags für die Branche „Briefdienstleistungen“ hielt das Ministerium für nicht erforderlich.

57. In einer Pressemitteilung vom 12. Oktober 2007 teilte die Gewerkschaft der Neuen Brief- und Zustelldienste (GNBZ) ihre Gründung am 8. Oktober 2007 mit. In Presseberichten wurde die Gründung mit unterstützender Tätigkeit von Arbeitgeberseite in Zusammenhang gebracht. Das Amtsgericht Köln lehnte die Eintragung der GNBZ als Verein am 19. Oktober 2007 ab, weil sie mit ihren 19 Mitgliedern nicht tariffähig sei. Die GNBZ schloss am 11. Dezember 2007 mit dem am 11. September 2007 gegründeten Arbeitgeberverband Neue Brief- und Zustelldienste e. V. (AGV NBZ) einen Tarifvertrag. Er betrifft Unternehmen, die Mehrwertbriefdienstleistungen anbieten, die von der Universaldienstleistung trennbar sind, besondere Leistungsmerkmale aufweisen und qualitativ höherwertig sind. Ferner schloss die GNBZ am 12. Dezember 2007 mit dem Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e. V. (BdKEP) einen Tarifvertrag für alle tarifgebundenen Betriebe, die als wesentliche betriebliche Tätigkeit näher definierte Postdienstleistungen, insbesondere die gewerbsmäßige Beförderung von adressierten schriftlichen Mitteilungen bis 2 kg, erbringen. Der in beiden Tarifverträgen vereinbarte Bruttomindestlohn ab dem 1. Januar 2008 liegt jeweils unter den in der Rechtsverordnung vorgesehenen Beträgen: 6,50/7,50 Euro statt 8,00/8,40 Euro bzw. 9,00/9,80 Euro für Briefzusteller. Am 14. Dezember 2007 beantragten der AGV NBZ und die GNBZ beim Bundesministerium für Arbeit und Soziales, den von ihnen geschlossenen Tarifvertrag zur Regelung von Mindestarbeitsbedingungen für Mehrwertbriefdienstleistungen vom 11. Dezember 2007 für allgemein verbindlich zu erklären. In einem Schreiben an die anderen Bundesministerien erklärte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, dass die GNBZ nicht tariffähig sei.

58. Am 14. Dezember 2007 beschloss der Bundestag das Zweite Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, nach dessen Artikel 1 in § 1 Absatz 1 Satz 4 die Wörter „und für Tarifverträge für Briefdienstleistungen, wenn der Betrieb oder die selbstständige Betriebsabteilung überwiegend gewerbs- und geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördert“ in das Gesetz eingefügt wurden.⁴³ Am 18. Dezember 2007 wies die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten mit dem Titel „Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln“ dezidiert auf die ökonomische Wirkung des Postmindestlohns und die rechtliche Fragwürdigkeit einer branchenweiten Erstreckung via Rechtsverordnung hin. Dessen ungeachtet stimmte die Bundesregierung am 19. Dezember 2007 dem Erlass der Verordnung unter der Bedingung des Inkrafttretens des

⁴³ Vgl. Bundestagsdrucksache 16/6735 vom 18. Oktober 2007 und Bundestagsdrucksache 16/7512 vom 12. Dezember 2007 sowie Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 16/134 vom 14. Dezember 2007, S. 14124.

Änderungsgesetzes zu.⁴⁴ Das Gesetz trat am 28. Dezember 2007 in Kraft.⁴⁵ Am selben Tag unterzeichnete der Bundesminister für Arbeit und Soziales die Verordnung, die am Tag darauf im Bundesanzeiger bekanntgemacht wurde und bis zum 30. April 2010 befristet ist.⁴⁶

3.2.1 Beschäftigungssituation im Briefbereich

59. Bevor die Standpunkte der Monopolkommission zur Postmindestlohnverordnung vom 28. Dezember 2007 erläutert werden, ist es sinnvoll, zunächst einen Überblick über die Beschäftigungssituation im Briefbereich zu geben. Die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten im Postbereich sind Gegenstand kontroverser Diskussionen. Im Fokus der Öffentlichkeit stehen neben dem Personalabbau bei der DPAG in den letzten Jahren die angeblich hohe Zahl der Teilzeit- und geringfügig Beschäftigten und die niedrigen Löhne der Zusteller bei ihren Wettbewerbern. Zwei große Studien befassen sich mit den Arbeitsbedingungen auf den Briefmärkten.⁴⁷ Die erste Studie, „Liberalisierung und Prekarisierung – Beschäftigungsbedingungen bei den neuen Briefdienstleistern in Deutschland“, wurde von der input consulting im Auftrag von ver.di erstellt. Die zweite Studie, „Arbeitsbedingungen im Briefmarkt“, stammt vom Wissenschaftlichen Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (WIK) im Auftrag der Bundesnetzagentur. Beide Studien decken mit ihren Umfragen nur einen Teil des Marktes ab. Das WIK zog 38 Unternehmen heran, input consulting 53 Unternehmen. Im Fokus beider Studien stehen die Löhne der Briefzusteller, die in der Regel die größte und am schlechtesten bezahlte Gruppe unter den Beschäftigten von Briefdienstleistern sind. Beide Studien zeigen, dass die Löhne der DPAG höher als die der Wettbewerber sind, die Lohndifferenz ist allerdings nach der WIK-Studie kleiner als in der Studie von input consulting. WIK ermittelte einen durchschnittlichen Stundenlohn von

11,29 Euro/Stunde für Zusteller der DPAG. Zusteller, die von Besitzstandsregelungen profitieren, verdienen bis zu 16,40 Euro/Stunde. Bei den Wettbewerbern liegt der Stundenlohn für Zusteller nach dieser Studie bei 8,44 Euro. Input consulting ermittelte als Einstiegsgehalt für Briefzusteller bei der DPAG einen durchschnittlichen Stundenlohn von 11,84 Euro. Der Median der Stundenlöhne bei den Wettbewerbern beträgt nach dieser Studie 7,00 Euro in West- und 5,90 Euro in Ostdeutschland (alle Angaben sind Durchschnittswerte). Die WIK-Studie untersucht auch die Bezahlung bei den Subunternehmen der DPAG und kommt zu dem Schluss, dass diese deutlich schlechter ist als bei der DPAG und teilweise sogar schlechter als bei den Wettbewerbern. Während die Löhne der DPAG bundesweit einheitlich sind, gibt es bei den Subunternehmen der DPAG und den Wettbewerbern regionale Lohnunterschiede. Die Studie von input consulting weist auf den hohen Anteil befristeter Arbeitsverhältnisse und den geringen Organisationsgrad der bei den Wettbewerbern Beschäftigten hin. Die Aussagekraft dieser Studien ist jedoch beschränkt, weil den Verfassern nur die Aussagen von jeweils einem kleinen Teil der auf dem Markt tätigen Unternehmen zur Verfügung standen, d. h. die Ergebnisse dieser Studien sind nicht repräsentativ.

60. Anfang des Jahres 2008 sind die Ergebnisse einer Studie der Bundesnetzagentur zur Beschäftigungssituation im Briefbereich erschienen. Um aussagekräftigere Daten zu erheben, hatte die Bundesnetzagentur am 22. Juni 2007 eine Auskunftsanordnung an 1 509 Lizenznehmer verschickt und erhielt einen Rücklauf von 94 Prozent. Stichtag für die abgefragten Daten war der 31. März 2007. Die Auswertung ergab einen gewichteten durchschnittlichen Stundenlohn von 7,79 Euro für alle bei den Lizenznehmern beschäftigten Arbeitnehmer und von 7,28 Euro für Briefzusteller. Der durchschnittliche Stundenlohn bei der DPAG betrug 11,34 Euro über alle Beschäftigten und 12,13 Euro für die Zusteller (vgl. Tabellen 3.1 und 3.2).⁴⁸ Das bedeutet, die Löhne der Briefzusteller sind bei den Wettbewerbern niedriger als bei der DPAG. Abgefragt wurden auch die Anzahl der Beschäftigten und die Art der Beschäftigungsverhältnisse im lizenzpflichtigen Bereich (vgl. Tabelle 3.3). Demnach ist der Anteil der Teilzeit- und geringfügig Beschäftigten bei den Wettbewerbern deutlich höher als bei der DPAG. So waren 61 Prozent der Angestellten bei der DPAG Vollzeitbeschäftigte, bei den Wettbewerbern nur 18 Prozent. Umgekehrt waren nur 2 Prozent der Angestellten der DPAG geringfügig beschäftigt, bei den Wettbewerbern dagegen 56 Prozent. Neuere Zahlen der Bundesnetzagentur zeigen, dass im lizenzpflichtigen Briefbereich im Jahr 2008 infolge zahlreicher Marktaustritte sowie aufgrund des Trends zur Verlagerung von Beförderungsleistungen auf Subunternehmen bei den Wettbewerbern nur noch 29 000 Arbeitnehmer beschäftigt waren, d. h. ca. 19 000 weniger als Anfang 2007. Bei der DPAG sank die Zahl

⁴⁴ Zur Begründung der Verordnung heißt es in der Kabinettsvorlage: „Der Erlass der Rechtsverordnung ist zur Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs und angemessener Arbeitsbedingungen in einem sich öffnenden Briefmarkt geboten und liegt im öffentlichen Interesse. Das Ziel, für alle Arbeitnehmer in einem bestimmten Tätigkeitsbereich ein gleiches soziales Schutz- und Lohnniveau sicherzustellen, ist europarechtlich als zwingender Grund des Allgemeininteresses anerkannt. Mit diesem Ziel werden zugleich die Ziele verfolgt, finanzielle Stabilität des Systems der sozialen Sicherung zu schaffen, Arbeitslosigkeit infolge eines Verdrängungswettbewerbs durch ausländische Anbieter aus Niedriglohnländern oder Billiganbieter aus dem Inland zu bekämpfen und schließlich die Ordnungsfunktion des Tarifvertrags in der Branche Briefdienstleistung zu unterstützen. Die Rechtsverordnung erfüllt zugleich den Auftrag an den Gesetzgeber, eine flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistung im Bereich des Postwesens zu gewährleisten (Artikel 87f Absatz 2 GG) und das Postwesen zu regulieren (§ 2 Absatz 1 PostG). Die Wahrung des grundrechtsgeschützten Briefgeheimnisses innerhalb der Wertschöpfungskette der Briefbeförderung obliegt letztlich den in diesem Bereich tätigen Arbeitnehmern. Daher sind besondere Anforderungen an deren Vertrauenswürdigkeit, Loyalität und Integrität zu stellen. Arbeitnehmer mit einem solchen Persönlichkeitsprofil sind am Arbeitsmarkt nur mit einer entsprechenden Vergütung zu gewinnen.“

⁴⁵ Vgl. BGBl. I, Nummer 68 vom 27. Dezember 2007, S. 3140.

⁴⁶ Vgl. Bundesanzeiger Nr. 242 vom 29. Dezember 2007, S. 8410.

⁴⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., Tz. 54–57.

⁴⁸ Zur Fortschreibung der Ergebnisse aus dem Jahr 2007 hat die Bundesnetzagentur am 22. Januar 2009 eine erneute Auskunftsanordnung gemäß § 45 PostG erlassen. Die Ergebnisse liegen allerdings noch nicht öffentlich vor.

der Stellen um rund 1 500. Dank eines Zuwachses bei den (nicht lizenzpflichtigen) KEP-Diensten habe sich die Beschäftigtenzahl im gesamten Postmarkt jedoch auf 400 000 leicht vergrößert.⁴⁹

61. Die Ergebnisse der Auskunftsanordnung der Bundesnetzagentur zeigen deutlich, dass die DPAG Löhne zahlt, die weit über der bei den Wettbewerbern üblichen Entlohnung für vergleichbare Tätigkeiten liegen. Dieses Phänomen lässt sich mit der Zuteilung von Monopolrenten an die Beschäftigten der DPAG erklären.⁵⁰ Unternehmen, die auf monopolistisch geprägten Absatzmärkten tätig sind, realisieren nicht nur höhere Kapitalerträge, sondern zahlen in der Regel auch Löhne über dem

marktüblichen Niveau. Die Höhe der Monopolrenten und die relative Verhandlungsmacht der Tarifparteien entscheiden darüber, in welchem Ausmaß die Löhne über der marktüblichen Entlohnung liegen. Bei der DPAG haben die Deutsche Postgewerkschaft und später ver.di große Verhandlungsmacht bewiesen. Wettbewerber der DPAG realisieren keine Monopolrenten und zahlen Löhne in einer Höhe, wie sie für vergleichbare Tätigkeiten auf dem örtlichen Arbeitsmarkt üblich sind. Einen Lohnsatz deutlich über dem marktüblichen Niveau können die neuen Anbieter nicht dauerhaft zahlen. Sobald auf den Briefmärkten funktionsfähiger Wettbewerb entstanden ist, wird auch die DPAG nicht mehr in der Lage sein, Löhne deutlich über dem marktüblichen Niveau zu zahlen. Als Vorbereitung auf die Zeit nach dem Ende der Exklusivlizenz hat die DPAG ihre Einstiegsgehälter in den letzten Jahren deutlich gesenkt, viele Tätigkeiten an Sub-

⁴⁹ Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2008, S. 127.

⁵⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., Tz. 58 – 60.

Tabelle 3.1

Durchschnittsstundenlöhne im Briefbereich bei Wettbewerbern in Euro

	Insgesamt	Betrieb	Betrieb: Sortierer	Betrieb: Fahrer	Betrieb: Zusteller	Verwaltung
Bundesgebiet	7,79	7,41	7,68	7,63	7,28	10,97
Bundesgebiet West	8,23	7,84	8,1	8,08	7,71	11,24
Bundesgebiet Ost	6,38	6,17	6,11	6,23	6,18	9,23

Quelle: BNetzA, Arbeitsbedingungen im lizenzierten Bereich: Endergebnis der Auskunftsanordnung gemäß § 45 PostG vom 22. Juni 2007, S. 5

Tabelle 3.2

Durchschnittsstundenlöhne bei der DPAG in Euro (bundesweit einheitlich)

	Insgesamt	Betrieb	Betrieb: Sortierer	Betrieb: Fahrer	Betrieb: Zusteller	Verwaltung
Insgesamt	11,34	11,93	11,34	11,99	12,13	16,01
Nur Tarifkräfte	-	-	11,21	11,25	11,36	-
Nur Beamte	-	-	13,04	12,91	12,85	-

Quelle: BNetzA, Arbeitsbedingungen im lizenzierten Bereich: Endergebnis der Auskunftsanordnung gemäß § 45 PostG vom 22. Juni 2007, S. 5

Tabelle 3.3

Aufteilung nach Beschäftigungsverhältnissen im lizenzpflichtigen Bereich

Beschäftigte bei Wettbewerbern					
Gesamtzahl der Beschäftigten	Vollzeitkräfte	Teilzeitkräfte	Geringfügig Beschäftigte	Kurzfristige Minijobs	Azubis/ Praktikanten
48.411	8.620	11.625	26.996	960	240
Beschäftigte bei DPAG					
Gesamtzahl der Beschäftigten	Vollzeitkräfte	Teilzeitkräfte	Geringfügig Beschäftigte	Kurzfristige Minijobs	Azubis/ Praktikanten
166.545	101.579	55.562	3.899	2.100	3.405

Quelle: BNetzA, Arbeitsbedingungen im lizenzierten Bereich: Endergebnis der Auskunftsanordnung gemäß § 45 PostG vom 22. Juni 2007, S. 3

unternehmen mit noch niedrigeren Löhnen ausgelagert und im Zuge von Rationalisierungsmaßnahmen Arbeitsplätze gestrichen.

62. Trotz der erwarteten Lohnentwicklung dürften die Arbeitnehmer insgesamt von einer positiven wettbewerblichen Entwicklung auf den Briefmärkten profitieren. Sinkende Löhne führen nicht nur zu niedrigeren Porti, sondern auch zu mehr Beschäftigung. Erstens steigt bei niedrigeren Porti die Zahl der Briefsendungen, vor allem im Bereich der Werbesendungen, bei denen von einer relativ hohen Preiselastizität der Nachfrage auszugehen ist. Zweitens hätten die Unternehmen weniger Anreize, durch Rationalisierungsmaßnahmen Personal einzusparen. Von diesem Effekt profitieren insbesondere die gering Qualifizierten. Ferner dürfte bei intensivem Wettbewerb die Zahl der Anbieter steigen und die durchschnittliche Unternehmensgröße sinken. Kleine Unternehmen investieren weniger in die Automatisierung, d. h. sie behalten eher arbeitsintensive Produktionsabläufe bei. Zusätzliches Beschäftigungspotenzial birgt der Aufbau alternativer Transport- und Zustellnetze. So ist in der KEP-Branche die Zahl der Beschäftigten zwischen 2002 und 2007 allein bei den KEP-Unternehmen selbst um 14,5 Prozent gestiegen, bei Vorleistungsunternehmen um weitere 8,4 Prozent. Die Sendungsmengen sind zwischen 2003 und 2007 um schätzungsweise 23,9 Prozent gestiegen. Trotz sinkender Preise stiegen die Umsätze im gleichen Zeitraum noch mehr, nämlich um 32,4 Prozent.⁵¹ Bei der Entwicklung von funktionsfähigem Wettbewerb auf den Briefmärkten können positive Effekte in der gleichen Größenordnung erwartet werden. Die Möglichkeiten einer Steigerung der Beschäftigung durch eine Intensivierung des Wettbewerbs im Briefbereich ist kaum zu unterschätzen.

3.2.2 Einschätzung der Monopolkommission

63. Das Arbeitnehmer-Entsendegesetz wird abweichend von seiner eigentlichen Funktion, nämlich Entsendearbeitnehmer aus dem europäischen Ausland an bestehende inländische Mindestlöhne zu binden, als Gesetz zur Einführung inländischer Mindestlöhne verwendet. Es geht also nicht um die Erstreckung verbindlicher Tariflöhne auf ausländische Arbeitnehmer, sondern darum, die Wettbewerber der DPAG gezielt zu behindern. Diese sind darauf angewiesen, deutlich niedrigere Löhne als die DPAG zu zahlen. Um Kunden zum Wechsel zu bewegen, müssen sie zumindest etwas günstiger anbieten als die DPAG. Gleichzeitig haben sie Skalennachteile in einigen Bereichen, d. h. höhere Kosten. Dass es sich beim Tarifvertrag um einen Vertrag zugunsten Dritter handelt, zeigt sich in folgenden Punkten: Erstens wurden zwei unterschiedliche Mindestlöhne ausgehandelt. So erhalten die Briefzusteller, die unter den Beschäftigten die größte und tendenziell

am schlechtesten bezahlte Gruppe darstellen, nach dem Tarifvertrag einen deutlich höheren Lohn als die übrigen Berufsgruppen in den Unternehmen. Es ist nicht verständlich, warum für Briefzusteller aus sozialen Gründen ein höherer Mindestlohn notwendig ist als für die Beschäftigten in der Sortierung oder dem Transport. Dies macht deutlich, dass es bei dem Tarifabschluss nicht um die Absicherung sozialer Standards für alle Beschäftigten bei den Postdienstleistern ging, sondern darum, den Aufbau neuer Zustellnetze durch die Wettbewerber der DPAG, d. h. den Infrastrukturwettbewerb, zu unterbinden. Zweitens waren die wichtigsten Wettbewerber der DPAG nicht in die Tarifverhandlungen einbezogen. Aber selbst wenn sie dem Arbeitgeberverband Postdienste beigetreten wären, hätten sie keinen spürbaren Einfluss auf den Inhalt des Tarifvertrags nehmen können, weil die Stimmrechte nach dessen Satzung von den Beschäftigtenzahlen der Mitgliedsunternehmen abhängig sind. Die DPAG hätte die Tarifverhandlungen beliebig dominieren können. Drittens ist die DPAG selbst von dem Tarifvertrag praktisch nicht betroffen, weil ihre Beschäftigten und die ihrer Konzerntöchter fast durchgehend höhere Löhne nach dem Haustarifvertrag der DPAG erhalten. Die Mehrzahl der von dem Tarifvertrag erfassten Beschäftigten ist bei den Wettbewerbern angestellt. So hat die DPAG die Kosten ihrer Konkurrenten erhöht, ohne selbst betroffen zu sein. Damit ist der Postmindestlohn ein lupenreines Beispiel für die aus der Ökonomie bekannte Strategie des „raising rivals costs“.⁵²

64. Die Prognosen der Monopolkommission aus dem letzten Postgutachten hinsichtlich der ökonomischen Auswirkungen eines Mindestlohns im Briefbereich haben sich bestätigt: Die Einführung des Mindestlohns hat die Entfaltung von funktionsfähigem Wettbewerb auf den Märkten für Briefdienstleistungen verhindert. Der Mindestlohn hat sich als ein Wettbewerbshindernis in mindestens dem gleichen Umfang erwiesen wie die Exklusivlizenz der DPAG bis Ende des Jahres 2007. Zwar hat die Exklusivlizenz den Wettbewerb im reservierten Bereich völlig verhindert, im nicht reservierten Bereich war jedoch Wettbewerb möglich. Der Mindestlohn behindert die Wettbewerber nun auf allen Märkten für Briefdienstleistungen. Insofern verwundert es nicht, dass die Erwartungen an eine positive Beschäftigungswirkung, neue und innovative Produkte und günstigere Verbraucherpreise seit der formalen Marktöffnung Anfang 2008 enttäuscht worden sind. So hat bereits die Diskussion um den Mindestlohn für Briefzusteller die TNT Post und Hermes Logistik Gruppe im Dezember 2007 dazu veranlasst, den für Anfang 2008 geplanten Ausbau der rund 13 500 Hermes „PaketShops“ zu Briefannahmestellen zu stoppen. Ein Angebot von Wettbewerbern über Universaldienstleistungen für Privatkunden steht damit bis heute nicht zur Verfügung. In der Perspektive ist kaum zu ermessen, welcher Schaden dem Wirtschaftsstandort Deutschland durch die negativen Signale, die das Vorgehen der Politik hinsichtlich des Mindestlohns an alle in- und ausländischen Investoren im Postbereich aussendet, entstanden ist.

⁵¹ Vgl. Esser, K., Kurte, J. (KE-CONSULT Wirtschafts- und Verkehrsberatung, Köln), Wirtschaftliche Bedeutung der KEP-Branche – Entwicklung und Prognose, KEP-Studie 2008/2009, Untersuchung für den Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste e. V. (BIEK), Köln, Oktober 2008, S. 8, 18.

⁵² Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., Tz. 65 – 71.

65. Bereits vor dem Erlass der Rechtsverordnung hatte die Monopolkommission ernste Zweifel daran geäußert, dass eine branchenweite Anwendung des Mindestlohntarifvertrags im Postsektor rechtlich haltbar sein würde.⁵³ Diese Einschätzung wurde inzwischen gerichtlich bestätigt.

66. Am 7. März 2008 erklärte das Verwaltungsgericht Berlin die Rechtsverordnung über die Einführung des Postmindestlohns für nichtig.⁵⁴ Gegen die Verordnung hatten die Unternehmen PIN, TNT und Ridas sowie der Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e. V. geklagt.⁵⁵ Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hatte nach Abschluss des veränderten Tarifvertrags am 29. November 2007 und dem Antrag auf Allgemeinverbindlicherklärung nur den Marktteilnehmern Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt, die sich bereits zur Bekanntmachung vom 8. November 2007 geäußert hatten. Sie trugen vor, die Verordnung sei formell rechtswidrig, weil die nach § 1 Absatz 3a Satz 2 AEntG (1996) gebotene Anhörung fehlerhaft verlaufen sei. Ferner sei die Verordnung materiell rechtswidrig, weil sie nicht von ihrer Ermächtigungsgrundlage gedeckt sei, die nur eine Erstreckung eines Tarifvertrags auf nicht anderweitig Tarifgebundene ermögliche. Die Kläger sahen sich in ihrer negativen Koalitionsfreiheit verletzt, weil eine angeblich ordnungswidrig zustande gekommene Verordnung einen fremden Tarifvertrag auf sie erstrecke. Sie seien auch in ihrer positiven Koalitionsfreiheit verletzt. Die Verordnung sei zur Erreichung der angegebenen Ziele nicht geeignet, wegen des zur Verfügung stehenden mildernden Mittels des § 6 Absatz 3 Nummer 3 PostG nicht erforderlich und überdies unangemessen, da sich der Mindestlohn nicht aus dem Markt rechtfertigen lasse. Das Verwaltungsgericht Berlin kam zu folgendem Urteil: Die Verordnung sei rechtswidrig, weil sie nicht gemäß Artikel 80 Absatz 1 Satz 1 GG durch die Ermächtigungsgrundlage des § 1 Absatz 3a Satz 1 AEntG (1996) gedeckt sei, die in verfassungskonformer Auslegung nur eine Regelung ermögliche, dass 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. Die Verordnung verletze den Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e. V. in seinem Grundrecht aus Artikel 9 Absatz 3 GG und PIN sowie TNT in ihren Grundrechten aus Artikel 9 Absatz 3 und 12 Absatz 1 GG, unabhängig davon, ob die GNBZ eine tariffähige Gewerkschaft ist und ob die von ihr geschlossenen Tarifverträge wirksam sind. Die Kläger seien in jedem Fall Träger des Grundrechts der Koalitionsfreiheit. Von dessen Schutzbereich erfasst sind sowohl die Bildung einer Koalition als auch deren Wirken

zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Die Tarifverträge mit der GNBZ fielen damit in den Schutzbereich des Artikel 9 Absatz 3 GG. Ob die Verordnung auch wegen der Verletzung von Verfahrensrechten und wegen unverhältnismäßiger Eingriffe in die Grundrechte der Kläger aus Artikel 9 Absatz 3 GG (Koalitionsfreiheit) und Artikel 12 Absatz 1 GG (Berufsfreiheit) nichtig ist, ließ das Gericht offen. An der Vereinbarkeit der Verordnung mit Artikel 12 GG äußerten die Richter erhebliche Zweifel. So habe die Bundesregierung beim Erlass der Verordnung unstreitig die Folgen der Verordnung für die betroffene Branche außer Acht gelassen. Gegen das Urteil legte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales Berufung ein.

67. Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg bestätigte am 18. Dezember 2008 die Entscheidung der Vorinstanz in der Kernfrage.⁵⁶ Die Verordnung sei mit dem Gesetzesvorbehalt nach Artikel 80 Absatz 1 Satz 1 GG nicht vereinbar. Die gesetzliche Ermächtigung in § 1 Absatz 3a AEntG (1996) lasse die Erstreckung eines Mindestlohntarifvertrags nur auf tariflich nicht gebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer (sog. Außenseiter) zu. Der Wortlaut „nicht tarifgebunden“ in § 1 Absatz 3a Satz 1 AEntG (1996) sei mit Rücksicht auf die Entstehungsschichte und den Zweck der Ermächtigung dahin auszulegen, dass er bedeute „keiner, weder bezüglich des nämlichen noch eines anderen Tarifvertrags, Bindung unterliegend“. Die Verordnung sehe jedoch die Bindung für alle „nicht an ihn“ – also den nämlichen Tarifvertrag – gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor. Damit werde die gesetzliche Ermächtigung überschritten. Zugleich sei durch die Rechtsverordnung eine im Gesetz bislang nicht enthaltene Regelung für die Konkurrenz mehrerer (Mindestlohn-)Tarifverträge getroffen worden, ohne dass dies von der Verordnungsermächtigung im Arbeitnehmer-Entsendegesetz gedeckt sei. Eine solche Regelung sei jedoch erforderlich, wenn andere Arbeitgeber oder andere Koalitionen ebenfalls Mindestlohnvereinbarungen getroffen hätten und zu klären sei, ob die Bindung an solche Vereinbarungen vorrangig ist. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hatte eingewandt, dass die GNBZ nicht tariffähig sei.⁵⁷ Das Oberverwaltungsgericht maß diesem Einwand keine ausschlaggebende Bedeutung bei. Ob der konkurrierende Tarifvertrag wirksam und die daran beteiligte Gewerkschaft tariffähig sei, sei nicht entscheidungserheblich. Es komme darauf an, dass sich der Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e. V. für seine Betätigung als Arbeitgeberverband auf die Tarifautonomie berufen und gesetzlich nicht gedeckte Einschränkungen seiner verfassungsmäßigen Rechte aus Artikel 9 Absatz 3 GG abwehren könne. Bei Erlass der Verordnung sei außerdem gegen die Vorschrift über die Anhörung betroffener Arbeitgeber und Arbeitnehmer gemäß § 1 Absatz 3a Satz 2 AEntG (1996) verstoßen worden. Ob die Lohnansprüche der bei PIN und TNT be-

⁵³ Vgl. ebenda, Tz. 72-75.

⁵⁴ Vgl. VG Berlin, Beschluss vom 7. März 2008, VG 4 A 439.07.

⁵⁵ PIN erhob die Klage am 14. Dezember 2007 (VG 4 A 439.07), der Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e. V. am 7. Januar 2008 (VG 4 A 16.08), TNT/Ridas am 21. Januar 2008 (VG 4 A 26.08). Mit Beschluss vom 7. März 2008 verband das VG Berlin diese Verfahren unter dem Aktenzeichen VG 4 A 439.07 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung. PIN nahm die Klage in der mündlichen Verhandlung zurück.

⁵⁶ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18. Dezember 2008, OVG 1 B 13.08.

⁵⁷ Am 30. Oktober 2008 entschied das Arbeitsgericht Köln, dass die GNBZ den Status einer Gewerkschaft nicht für sich in Anspruch nehmen kann. Die notwendige Unabhängigkeit von den Arbeitgebern sei nicht gegeben (14 BV 324/08).

beschäftigten Arbeitnehmer nach dem Mindestlohniveau rechtmäßig begründet seien, müsse vor den Arbeitsgerichten geklärt werden. Das Oberverwaltungsgericht hat die Revision des Urteils wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache durch das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) zugelassen; sie wurde durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales beantragt. Diese Entscheidung steht noch aus.

68. Die Rechtslage ist daher nach wie vor ungeklärt. Der Zoll ist mit der Kontrolle der Einhaltung der Mindestlohnverordnung betraut; die Feststellung etwaiger Verstöße sowie die Einleitung entsprechender Ermittlungsverfahren ist Aufgabe der Zoll-Einheit „Finanzkontrolle Schwarzarbeit“ (FKS). Auf Weisung des Bundesfinanzministeriums ist eine Ahndung von Verstößen gegen die Mindestlohnverordnung bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage zurückzustellen. Die Monopolkommission begrüßt ausdrücklich die ergangenen Urteile, welche die Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales für unzulässig erklären, und befürwortet die Weisung des Bundesfinanzministeriums, die Ahndung von Verstößen vorübergehend auszusetzen.

69. Die im Herbst 2009 gewählte neue Bundesregierung hat sich im Koalitionsvertrag zur Tarifautonomie bekannt und gegen einen einheitlichen gesetzlichen Mindestlohn ausgesprochen. Die Regierungsparteien haben vereinbart, Allgemeinverbindlicherklärungen von Tarifverträgen auf dem Verordnungsweg einvernehmlich im Kabinett zu regeln. Voraussetzung dafür soll grundsätzlich eine Mehrheit im Tarifausschuss sein. Die bestehenden gesetzlichen Regelungen zum Mindestlohn sollen bis Oktober 2011 dahingehend überprüft werden, ob sie Arbeitsplätze gefährden oder die Wettbewerbsfähigkeit der betreffenden Branche beeinträchtigen. Auf dieser Grundlage soll entschieden werden, ob die geltenden Mindestlohnregelungen Bestand haben oder aufgehoben werden sollten. Die anhängigen Gerichtsverfahren im Zusammenhang mit dem Postmindestlohn werden abgewartet.⁵⁸ Die Monopolkommission begrüßt die Absichtserklärung der Bundesregierung ausdrücklich.

3.2.3 Zur Reform des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes

70. Am 24. April 2009 ist eine veränderte Fassung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes in Kraft getreten.⁵⁹ Neu in dem Gesetz ist unter anderem, dass sich nach § 7 Absatz 5 AEntG (2009) zukünftig zunächst der Tarifausschuss nach § 5 Absatz 1 Satz 1 Tarifvertragsgesetz (TVG) mit einem Antrag von Branchen zu befassen hat, die erstmals die Aufnahme in das Gesetz zur Etablierung verbindlicher Branchenmindestlöhne anstreben. Im Unterschied zum Arbeitnehmer-Entsendegesetz (1996) darf ein Tarifvertrag durch eine Rechtsverordnung aufgrund des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes für allgemeinver-

bindlich erklärt werden, wenn dies im öffentlichen Interesse geboten erscheint (§ 7 Absatz 1 Satz 2 AEntG (2009) i. V. m. § 5 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 TVG). Das bisherige Erfordernis, dass die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 Prozent der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen,⁶⁰ ist entfallen. Im Fall konkurrierender Tarifverträge muss der Verordnungsgeber berücksichtigen, ob der Tarifvertrag repräsentativ ist. Dabei ist nach § 7 Absatz 2 AEntG (2009) auf die Zahl der jeweils tarifgebundenen Arbeitgeber und der bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmer sowie die Zahl der jeweils tarifgebundenen Mitglieder der tarifvertragsschließenden Gewerkschaft abzustellen. Liegen mehrere Anträge auf Allgemeinverbindlicherklärung vor, so müssen nach § 7 Absatz 3 AEntG (2009) die widerstreitenden Grundrechtsinteressen der verschiedenen Tarifvertragsparteien zu einem „schonenden Ausgleich“ gebracht werden.

71. Die Monopolkommission hatte bereits in ihrem letzten Postgutachten auf die Bedeutung der sog. 50 Prozent-Klausel nach § 5 Absatz 1 Satz 1 TVG beim Erlass einer Rechtsverordnung nach § 1 Absatz 3a AEntG (1996) hingewiesen.⁶¹ § 1 Absatz 3a AEntG (1996) wurde in das Gesetz eingefügt, nachdem der Erlass einer Allgemeinverbindlicherklärung in einigen Fällen am Widerspruch des Tarifausschusses gescheitert war. Mit dem Mittel der Rechtsverordnung sollte die Exekutive ein Instrument erhalten, Tarifverträge auch ohne das Einvernehmen des Tarifausschusses auf alle Arbeitnehmer einer Branche auszuweiten. Der Norm ist indes nicht zu entnehmen, dass daneben auch die materiellen Voraussetzungen für die Erstreckung des Tarifvertrags entfallen sollten. Mit der Neuregelung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, mit dem die 50 Prozent-Klausel entfallen ist, wird das Prinzip, dass die zu erstreckenden Tarifregeln repräsentativ für die Branche sein müssen, verletzt. Der Tarifierstreckung liegt der Gedanke zugrunde, dass die Tarifbindung, der die Mehrheit der Arbeitgeber bzw. Arbeitnehmer unterliegt, auch einer Minderheit zugemutet werden kann. Diese Änderung, die es ermöglicht, Tarifverträge, die nur für eine kleine Minderheit von Arbeitgebern und Arbeitnehmern gelten, auf eine Mehrheit zu erstrecken, sieht die Monopolkommission äußerst kritisch.

72. Auf diesen Punkt wurde auch im Rahmen einer Sachverständigenanhörung vor dem Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zur Reform des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes am 3. November 2008 hingewiesen. Es wurde der Verdacht geäußert, dass es angesichts der zunehmenden Differenzierung der Tariflandschaft darum gehen könne, eine Tarifkonkurrenz zu unterbinden und eine „Entmonopolisierung“ des Gewerkschaftsmarktes zu verhindern.⁶² Dieser Effekt kann dadurch eintreten, dass in § 7 Absatz 2 AEntG (2009) die Größe bzw. Mitglieder-

⁵⁸ „Wachstum. Bildung. Zusammenhalt.“ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, S. 21.

⁵⁹ Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AEntG) vom 20. April 2009, BGBl. I S. 799.

⁶⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., Tz. 75.

⁶¹ Vgl. ebenda, Tz. 74 f.

⁶² Vgl. Haucap, J., Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung von Sachverständigen am 3. November 2008 in Berlin vor dem Ausschuss für Arbeit und Soziales des Deutschen Bundestages im Zuge des Gesetzgebungsverfahrens zur Reform des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, Ausschussdrucksache 16(11)131, S. 32 f.

zahl der Gewerkschaft eine Rolle bei der Beurteilung der Repräsentativität von Tarifverträgen spielt. Somit drohen kleinere Gewerkschaften systematisch von den größeren verdrängt zu werden. Durch diese Regelung wird die Neugründung und Etablierung von tariffähigen Gewerkschaften in Konkurrenz zu den DGB-Gewerkschaften erheblich erschwert.

73. Die Monopolkommission bekräftigt den Vorschlag aus ihrem letzten Postgutachten, dem Bundeskartellamt künftig bei jeder Form der Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesarbeitsminister ein Anhörungsrecht einzuräumen.⁶³ Das Bundeskartellamt soll dabei insbesondere Stellung zu der Frage nehmen, welche Auswirkungen von einer Allgemeinverbindlicherklärung auf die betroffenen Produktmärkte zu erwarten sind. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Auswirkungen auf den Produktmarktwettbewerb und die Interessen der Verbraucher bei der Entscheidung des Ministers nicht hinreichend berücksichtigt werden.

3.3 Umsatzsteuerbefreiung: Status quo und Reformvorschläge

3.3.1 Wirkung der Umsatzsteuerbefreiung

74. Nach § 4 Nummer 11b Umsatzsteuergesetz (UStG) sind die „unmittelbar dem Postwesen dienenden Umsätze der Deutsche Post AG“ von der Umsatzsteuer befreit.⁶⁴ Der Begriff „Postwesen“ knüpft an die hoheitliche Verpflichtung der Daseinsvorsorge in Artikel 87f GG an, welcher wie folgt lautet: „Nach Maßgabe eines Bundesgesetzes [...] gewährleistet der Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen“. Die Bundesregierung interpretiert die „unmittelbar dem Postwesen dienenden Umsätze der Deutsche Post AG“ im

Sinne des Umsatzsteuergesetzes als Umsätze mit den Dienstleistungen der DPAG, die Teil des Universaldienstes sind. Dazu gehört nach § 1 PUDLV die Beförderung von Briefen bis zu einem Gewicht von 2 kg, von Paketen bis 20 kg sowie von Zeitungen und Zeitschriften. Die Umsatzsteuerbefreiung der DPAG erstreckt sich damit auf sämtliche Universaldienstleistungen nach der Post-Universaldienstleistungsverordnung. Im Gegensatz zur DPAG müssen alternative Anbieter die Umsatzsteuer auf ihre Postdienstleistungen berechnen.^{65,66}

75. Tabelle 3.4 zeigt beispielhaft die Auswirkung der Ungleichbehandlung von DPAG und ihrer Wettbewerber hinsichtlich der Umsatzsteuer für umsatzsteuerpflichtige und nicht umsatzsteuerpflichtige Kunden. Hierbei wird angenommen, dass die DPAG und ihre Wettbewerber Vorleistungen im Wert von 1 Euro einkaufen, um eine Beförderungsleistung im Wert von insgesamt 3 Euro zu erstellen. Bei allen Unternehmen fallen Vorsteuern in Höhe von 0,19 Euro (19 Prozent auf 1 Euro) an. Wird die Vorsteuer vollständig auf die Kunden überwält, beträgt der Preis bei der DPAG 3,19 Euro sowohl für umsatzsteuerpflichtige wie auch für nicht umsatzsteuerpflichtige Kunden. Die im Nettopreis enthaltenen 0,19 Euro sind die „versteckte Mehrwertsteuer“, welche zwar nicht explizit als Steuer ausgewiesen wird, aber dennoch eine Steuerleistung ist. Bei den Wettbewerbern unterscheidet sich der Nettopreis für umsatzsteuerpflichtige und nicht umsatzsteuerpflichtige Kunden. Umsatzsteuerpflichtige Kunden haben die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs und können die gesamte Umsatzsteuer, die auf den Preis von 3 Euro für die Beförderungsleistung anfällt, im Rahmen des Vorsteuerabzugs geltend machen. Ihr Nettopreis beträgt 3 Euro bei den Wettbewerbern (anstatt 3,19 Euro bei der DPAG). Nicht umsatzsteuerpflichtige Kunden haben

⁶³ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., Tz. 79.

⁶⁴ Ebenfalls von der Umsatzsteuer befreit sind „die Umsätze der im Inland gültigen amtlichen Wertzeichen zum aufgedruckten Wert“ (§ 4 Nummer 8 lit. i UStG). Das heißt, nicht nur die Post darf Briefmarken umsatzsteuerfrei verkaufen, sondern auch der Kiosk an der Ecke, sofern der Verkaufspreis nicht über dem aufgedruckten Wert liegt.

⁶⁵ Vgl. Bundestagsdrucksache 14/8344 vom 25. Februar 2002, S. 6 f.

⁶⁶ Das Postwesen ist die einzige liberalisierte Netzindustrie im Bereich der Daseinsvorsorge, deren Leistungen umsatzsteuerbefreit sind. Die Leistungen der Deutschen Telekom AG unterliegen seit dem 1. Januar 1996 vollständig der Umsatzsteuer (§ 4 Nummer 11a UStG); Strom und Gas müssen ebenfalls mit dem Regelsatz von 19 Prozent versteuert werden.

Tabelle 3.4

Beispiel zur Umsatzsteuerpflicht nach § 4 Nummer 11b UStG

	DPAG	Wettbewerber
Nettopreis für die Vorleistung	1,00	1,00
Umsatzsteuer auf die Vorleistung	0,19	0,19
Wertschöpfung	2,00	2,00
Umsatzsteuer auf die Wertschöpfung	0,00	0,38
Nettopreis für umsatzsteuerpflichtige Kunden	3,19	3,00
Nettopreis für nicht umsatzsteuerpflichtige Kunden	3,19	3,57

Quelle: Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., S. 21, Tabelle 2

keine Möglichkeit des Vorsteuerabzugs. Ihr Nettopreis beträgt damit 3,57 Euro (19 Prozent auf 3 Euro) bei den Wettbewerbern (anstatt 3,19 Euro bei der DPAG).

76. Diese steuerliche Ungleichbehandlung bewirkt eine Wettbewerbsverzerrung. Sie wirkt bei umsatzsteuerpflichtigen Kunden zugunsten der Wettbewerber und bei nicht umsatzsteuerpflichtigen Kunden zugunsten der DPAG. Nicht umsatzsteuerpflichtig sind Privatkunden, Behörden und sonstige staatliche Einrichtungen, Kirchen und Unternehmen der Branchen, deren Lieferungen und Leistungen nach § 4 UStG steuerbefreit sind. Dazu zählen unter anderem Banken und Versicherungen, Wohlfahrtsverbände, Krankenhäuser, Ärzte und Bildungseinrichtungen. Die DPAG profitiert von der geltenden Regelung auf dreierlei Weise. Erstens zählen zu der Gruppe der nicht umsatzsteuerpflichtigen und damit nicht vorsteuerabzugsberechtigten Kunden ausgerechnet die Nachfrager nach Postdienstleistungen, die typischerweise viel Post versenden. Zweitens ist der von Postdienstleistern generierte Mehrwert in Form ihrer Beförderungsleistung deutlich größer als der Wert der von ihnen bezogenen Vorleistungen. Im Beispiel von Tabelle 3.4 ist das Verhältnis von Vorleistung zu Mehrwert 1:2, sodass die Wettbewerber gegenüber nicht umsatzsteuerpflichtigen Kunden doppelt so stark benachteiligt sind wie die DPAG gegenüber umsatzsteuerpflichtigen Kunden. In der Praxis ist das Verhältnis von Vorleistung zu Mehrwert regelmäßig größer als 1:2. So machen allein die Arbeitskosten im Postsektor ca. drei Viertel der Totalkosten aus (vgl. Tabelle 3.5). Mit anderen Worten: Die versteckte Mehrwertsteuer, die umsatzsteuerpflichtige Kunden bei der DPAG zahlen, ist in der Praxis deutlich niedriger als die Steuer, die nicht umsatzsteuerpflichtige Kunden bei den Wettbewerbern auf den erbrachten Mehrwert zahlen.

Drittens wird die geltende Regelung nicht konsequent angewendet. So erhebt die DPAG zumindest seit 1. Januar 1999 Umsatzsteuer für Geschäftspakete, obwohl diese nach der Post-Universaldienstleistungsverordnung bis zu einem Gewicht von 20 kg unter den Universaldienst fallen. Lediglich sog. „Schalterpakete“ unterliegen nicht der

Umsatzsteuer.⁶⁷ Umgekehrt erhebt die DPAG keine Umsatzsteuer auf die Preise für Postzustellungsaufträge (PZA), obwohl diese nicht zum Universaldienst gehören. Als Begründung wird angeführt, dass Geschäftskundenpakete zwar in ihrer Art unter die Post-Universaldienstleistungsverordnung fallen; es handele sich aber um einzelvertraglich ausgehandelte Produkte mit jeweils einzelvertraglich ausgehandelten Entgelten, die generell außerhalb des Bereichs des Universaldienstes lägen.⁶⁸ Umgekehrt erfolgt die Beförderung von Postzustellungsaufträgen durch die DPAG umsatzsteuerfrei, obwohl diese nicht Teil des Universaldienstes sind. In beiden Fällen wirkt die Abweichung von den Vorgaben zugunsten der DPAG. Bei Geschäftskundenpaketen gilt dies, weil ein Großteil von umsatzsteuerpflichtigen Kunden verschickt wird. Ferner ist zu vermuten, dass die DPAG die uneinheitliche Besteuerung von Schalter- und Geschäftskundenpaketen praktiziert, um den Vorsteuerabzug für Dienstleistungen, die sie nicht selbst erstellt, sondern durch Fremdunternehmen erbringen lässt, geltend machen zu können.⁶⁹ Privatkundenpakete sind dagegen umsatzsteuerfrei, d. h. die DPAG hat gegenüber Wettbewerbern einen Vorteil in Höhe von 19 Prozent abzüglich der auf die bezogenen Vorleistungen gezahlten Steuern. Bei Postzustellungsaufträgen wirkt die normwidrige Umsatzsteuerbefreiung zugunsten der DPAG, weil ein erheblicher Teil von Behörden verschickt wird, die nicht umsatzsteuerpflichtig sind. Im Bereich der Postzustellungsaufträge herrscht starker Preiswettbewerb, sodass sich der Wettbewerbsvorteil der DPAG stärker auswirkt als in Bereichen, in denen die Preissetzungsspielräume für die Wettbewerber größer sind.

⁶⁷ Vgl. Dieke, A., Elixmann, D. (WIK-Consult), Auswirkungen einer Aufhebung der Umsatzsteuerbefreiung für Postdienste der Deutsche Post AG: Eine qualitative und quantitative Analyse, Studie für den Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste e. V. (BIEK), Bad Honnef, November 2005, S. 3.

⁶⁸ Vgl. z. B. Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Umsatzsteuergesetzes in der Fassung vom 8. Januar 2008, S. 6 f.

⁶⁹ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien, Sondergutachten 44, Baden-Baden 2006, Tz. 65.

Tabelle 3.5

Lohnkostenanteile nach Produktionsstufen

	Anteil an den Gesamtkosten	Davon Lohnkostenanteil (Prozentpunkte)	Davon Anteil sonstiger Kosten (Prozentpunkte)
Einsammlung	10 %	7 %	3 %
Sortierung	35 %	25 %	10 %
Transport	5 %	1 %	4 %
Zustellung	50 %	40 %	10 %
Insgesamt	100 %	73 %	27 %

Quelle: Cazals, C. et al.: Cost Structure of Postal Services in France, Conference on „Competition and Universal Service in the Postal Sector“, Toulouse, March 26-27, 1999, Vortrag, Folie 4

77. Die unsystematische Abgrenzung von umsatzsteuerbefreiten zu umsatzsteuerpflichtigen Dienstleistungen verstärkt die mit der Steuerbefreiung verbundenen Wettbewerbsverzerrungen dadurch, dass die Abweichungen von der Norm in der Regel zugunsten der DPAG wirken. Schließlich entstehen dem Fiskus durch beide Formen der Abweichung Einnahmeverluste. Im Bereich der Geschäftskundenpakete fallen durch die Besteuerung Einnahmen in Form „versteckter Mehrwertsteuer“ weg, während die Steuereinnahmen selbst durch Vorsteuerabzüge der belieferten Unternehmen in gleicher Höhe wieder zurückgezahlt werden müssen. Bei den Postzustellungsaufträgen fallen Einnahmen dadurch weg, dass keine Steuern auf den von der DPAG entfallenden Mehrwert entrichtet werden.

78. Auf den Märkten für postvorbereitende Dienstleistungen hängt die Umsatzsteuerpflicht nach § 4 Nummer 11b UStG und ihre Wettbewerbswirkung von den (zivilrechtlichen) Leistungsbeziehungen zwischen Absender, Konsolidierer und der DPAG ab, die darüber entscheiden, wie die postvorbereitenden Leistungen umsatzsteuerrechtlich behandelt werden – genauer: ob der Portoaufwand des Konsolidierers für die Teilleistungen der DPAG einen „durchlaufenden Posten“ darstellt oder ob er zum umsatzsteuerlichen Entgelt gehört. Fall 1: Die Oberfinanzdirektion Frankfurt und das Bundesfinanzministerium sind der Auffassung, dass Konsolidierer, wenn sie mit der DPAG Standardverträge auf der Grundlage der AGB „Brief National“ abschließen, der DPAG gegenüber im Namen und auf Rechnung des Absenders auftreten.⁷⁰ Dann erbringt die DPAG eine Beförderungsleistung unmittelbar gegenüber dem Absender. Teilleistungen der DPAG sind umsatzsteuerfrei. Das Entgelt für diese Leistung ist der Portoaufwand des Absenders abzüglich des von der DPAG nachträglich gewährten Rabatts für die Vorleistungen des Konsolidierers. Der vom Absender über den Konsolidierer an die DPAG geleistete Portoaufwand und der wiederum über den Konsolidierer an den Absender erstattete Rabatt der DPAG sind für den Konsolidierer ein durchlaufender Posten. Umsatzsteuerpflichtig sind dann nur die Vorleistungen des Konsolidierers. Fall 2: Demgegenüber treten nach Ansicht der Oberfinanzdirektion Frankfurt und des Bundesfinanzministeriums Konsolidierer, wenn sie mit der DPAG auf der Grundlage der AGB „Teilleistungen BZA gewerbsmäßige Konsolidierung Brief“ oder der AGB „BZE gewerbsmäßige Konsolidierung Brief“ Verträge abschließen, der DPAG gegenüber im eigenen Namen und auf eigene Rechnung auf.^{71,72} Dann erbringt die DPAG eine Teilleistung unmittelbar gegenüber dem Konsolidierer. Teilleistungen der DPAG sind umsatzsteuerfrei. Das Entgelt für diese Leis-

tung ist die Portoaufwendung des Konsolidierers abzüglich des von der DPAG gewährten Rabatts für seine Vorleistungen. Der Konsolidierer erbringt gegenüber dem Absender der Sendungen wiederum eine Leistung, welche über den gesamten Betrag (Teilleistungen der DPAG zuzüglich Vorleistungen des Konsolidierers) dem Regelsteuersatz unterliegt.

Ein Beispiel: Das Standardporto für eine Briefsendung betrage 0,55 Euro. Der Absender übergibt 1 000 Briefe einem Konsolidierer, der für seine postvorbereitenden Leistungen von der DPAG 21 Prozent Rabatt auf das Standardporto erhält. 8 Prozent gibt der Konsolidierer an den Absender weiter. Fall 1: Der Absender zahlt der DPAG über den Konsolidierer für 1 000 Briefe zu 0,55 Euro/Stück = 550,00 Euro und erhält über den Konsolidierer nachträglich 21 Prozent Rabatt (115,50 Euro) zurück. Der Gesamtbetrag für die Teilleistung der DPAG ist also 434,50 Euro (umsatzsteuerfrei). Insgesamt wendet der Absender aber 506,00 Euro auf, nämlich 550,00 Euro abzüglich 8 Prozent Rabatt (44,00 Euro); der Konsolidierer erhält für seine postvorbereitenden Leistungen separat 71,50 Euro (506,00 abzüglich 434,50 Euro bzw. 115,50 Euro [21 Prozent Rabatt] abzüglich 44,00 Euro [8 Prozent Rabatt]). Diese Vorleistungen sind umsatzsteuerpflichtig: 71,50 Euro brutto enthalten 11,42 Euro Mehrwertsteuer; netto bleiben 60,08 Euro für den Konsolidierer übrig. Fall 2: Der Konsolidierer zahlt der DPAG für 1 000 Briefe zu 0,55 Euro/Stück = 550,00 Euro und erhält nachträglich 21 Prozent Rabatt (115,50 Euro) zurück. Der Gesamtbetrag für die Teilleistung der DPAG ist also 434,50 Euro, und zwar umsatzsteuerfrei. Der Konsolidierer berechnet dem Absender 550,00 Euro abzüglich 8 Prozent Rabatt (44,00 Euro), also 506,00 Euro. In diesem Fall unterliegt der gesamte Rechnungsbetrag (für die Teilleistungen der DPAG zuzüglich Vorleistungen des Konsolidierers) dem Regelsteuersatz. Von 506,00 Euro brutto sind 80,79 Euro Mehrwertsteuer abzuführen; netto bleiben 425,21 Euro übrig. Weil der Konsolidierer bereits 434,50 Euro an die DPAG gezahlt hat, handelt es sich für ihn um ein Minusgeschäft in Höhe von 9,29 Euro (425,21 Euro abzüglich 434,50 Euro) zuzüglich seiner eigenen Kosten. Dies führt zu einer Wettbewerbsverzerrung zugunsten der DPAG. Erstens zahlt der Konsolidierer die „versteckte Mehrwertsteuer“, die in den Teilleistungsentgelten der DPAG enthalten ist, aber nicht explizit als Steuer ausgewiesen wird.⁷³ Zweitens muss er seinen Kunden auf den gesamten Rechnungsbetrag Mehrwertsteuer berechnen, während die DPAG ihre End-to-End-Dienstleistungen umsatzsteuerfrei anbietet. Hier wirkt die Regelung des § 4 Nummer 11b UStG wie eine Preis-Kostenschere, weil sie die Preisdifferenz zwischen den Teilleistungen der DPAG und den Angeboten der Konsolidierer verringert. Besondere Bedeutung hat dieser Effekt, weil die für Vorleistungen gewährten Rabatte von den End-to-End-Tarifen der DPAG im internationalen Vergleich ohnehin relativ niedrig, d. h. die Teilleistungsentgelte relativ hoch sind.

⁷⁰ Vgl. Oberfinanzdirektion Frankfurt am Main, Verfügung vom 7. August 2008, S-7200 A - 180 - St 111; vgl. Bundesministerium der Finanzen, Umsatzsteuerrechtliche Behandlung der Entgelte für postvorbereitende Leistungen durch einen sog. Konsolidierer (§ 51 Absatz 1 Satz 2 Nummer 5 PostG), GZ IV A 5 - S 7100 - 177/06 vom 13. Dezember 2006.

⁷¹ Vgl. ebenda.

⁷² BZA: „Briefzentrum Abgang“, d.h. Teilleistungszugang am Briefzentrum der Quellregion; BZE: „Briefzentrum Eingang“, d.h. Teilleistungszugang am Briefzentrum der Zielregion.

⁷³ Vorausgesetzt, die Vorsteuer auf Vorleistungen wird von der DPAG vollständig auf die Kunden überwälzt.

3.3.2 Europäischer Rechtsrahmen

79. Aus Sicht der Monopolkommission sollte die umsatzsteuerliche Ungleichbehandlung der DPAG und ihrer Wettbewerber umgehend aufgehoben werden. Dabei ist darauf zu achten, dass eine neue Regelung zur Umsatzsteuerbefreiung von Postdienstleistungen nicht dem EU-Rechtsrahmen widerspricht. Die Bundesregierung vertrat über lange Zeit die Ansicht, sie könne die Mehrwertsteuerbefreiung nicht im Alleingang abschaffen, weil sie damit gegen den europäischen EU-Rechtsrahmen verstoße.⁷⁴ Wesentliche Vorgaben dazu machte die Sechste Richtlinie des Rates zum gemeinsamen Mehrwertsteuersystem vom 17. Mai 1977 (Richtlinie 77/388/EWG).⁷⁵ Sie enthält umfassende Regelungen zur Abgrenzung der Umsätze und über die Bemessungsgrundlagen für die Umsatzsteuer und legt den Umfang der Steuerbefreiungen für alle Mitgliedstaaten verbindlich fest. Richtlinie 77/388/EWG wurde durch die Richtlinie 2006/112/EG vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem ersetzt (Mehrwertsteuersystemrichtlinie, MwStSystRL)⁷⁶. Deren Artikel 132 Absatz 1 lit. a lautet: „Die Mitgliedstaaten befreien folgende Umsätze von der Steuer: a) von öffentlichen Posteinrichtungen erbrachte Dienstleistungen und dazugehörige Lieferungen von Gegenständen mit Ausnahme von Personenbeförderungs- und Telekommunikationsdienstleistungen“.⁷⁷

80. Aufgrund dieser Vorschrift ist es derzeit unmöglich, Postdienstleistungen pauschal der Umsatzsteuer zu unterwerfen. Die deutsche Regelung, nach der lediglich einige, von der DPAG erbrachte Leistungen umsatzsteuerbefreit sind, ist aber ebenso nicht mit dem EU-Recht vereinbar. Der Zweck der Harmonisierung der Rechtsvorschriften über die Umsatzsteuern und der Befreiungstatbestände im Rahmen der Mehrwertsteuersystemrichtlinie lautet nach dem Erwägungsgrund 4:

„Voraussetzung für die Verwirklichung des Ziels, einen Binnenmarkt zu schaffen ist, dass in den Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften über die Umsatzsteuern angewandt werden, durch die die Wettbewerbsbedingungen nicht verfälscht und der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr nicht behindert werden. Es ist daher erforderlich, eine Harmonisierung der Rechtsvorschriften über die Umsatzsteuern im Wege eines Mehrwertsteuersystems vorzunehmen, um soweit wie

möglich die Faktoren auszuschalten, die geeignet sind, die Wettbewerbsbedingungen sowohl auf nationaler Ebene als auch auf Gemeinschaftsebene zu verfälschen.“

Insofern sollte eine zukünftige Umsatzsteuerregelung für alle Marktteilnehmer gleiche Wettbewerbsbedingungen beinhalten. Wenn also bestimmte Leistungen begünstigt werden sollen, muss für alle Anbieter dieser Leistungen dieselbe Befreiung gelten. Nähere Hinweise darauf, wie eine europarechtskonforme Umsatzsteuerregelung aussehen könnte, geben zwei Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH).

3.3.2.1 EuGH-Urteil vom 11. Juli 1985, Rs. 107/84

81. Am 11. Juli 1985 fällte der Europäische Gerichtshof ein Urteil zur Mehrwertsteuerbefreiung von Leistungen, die unmittelbar für die Deutsche Bundespost erbracht wurden.⁷⁸ Die Europäische Kommission hatte der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens vorgeworfen, Leistungen von der Umsatzsteuer zu befreien, die die Deutsche Lufthansa für die Bundespost erbracht hatte. Die Bundesregierung vertrat die Auffassung, dass man dem Begriff der „öffentlichen Posteinrichtung“ eine materielle Bedeutung zuzuordnen habe und damit eine Gesamtheit von Tätigkeiten bezeichne, die postalischen Zwecken dienen. Dies lege insbesondere der in der französischen Fassung der Richtlinie 77/388/EWG enthaltene Begriff „les services publics postaux“ nahe. Weil die Leistungen der Lufthansa als Vorleistungen in die Postdienstleistungen der Bundespost eingingen, seien auch diese von der Umsatzsteuer zu befreien, so die Bundesregierung. Zweck der Regelung war, dass die Bundespost die auf den Vorleistungen der Lufthansa liegende Mehrwertsteuer sparen sollte, welche sie – wegen ihrer Steuerbefreiung – nicht im Rahmen des Vorsteuerabzugs geltend machen konnte. Der Europäische Gerichtshof widersprach der Auffassung der Regierung nur insoweit, als er eine Ausweitung der Steuerbefreiung auf Unternehmen, die nicht selbst, sondern mittelbar für andere Postdienstleistungen erbringen, als nicht rechtmäßig erachtete. Allerdings kam der Europäische Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass vom Postdienstleister selbst erbrachte Postdienstleistungen unabhängig von der Rechtsform des Unternehmens von der Steuer zu befreien seien. Daher müssen die Leistungen aller Unternehmen, die Teil des Universaldienstes sind, umsatzsteuerbefreit sein.

82. Für diese Sichtweise spricht auch der Wortlaut des Artikel 132 Absatz 1 lit. a MwStSystRL, wonach „von öffentlichen Posteinrichtungen erbrachte Dienstleistungen“ von der Umsatzsteuer zu befreien sind, ohne dass dabei nach einzelnen Leistungsangeboten von staatlichen bzw. privaten Anbietern unterschieden werden kann. Nach der Überschrift betreffen die dort geregelten Umsatzsteuerbefreiungen „bestimmte, dem Gemeinwohl dienende Tätigkeiten“. Der Zweck der Regelung liegt also nicht darin, bestimmte Unternehmen zu begünstigen, sondern bestimmte für die Allgemeinheit bedeutende Tätig-

⁷⁴ Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, 51. Sitzung, Berlin, Donnerstag, den 21. September 2006, Antwort der Bundesregierung auf zwei Anträge der Fraktion der FDP und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN.

⁷⁵ ABl. EG Nr. L 145 vom 13. Juni 1977, S. 1.

⁷⁶ ABl. EU Nr. L 347 vom 11. Dezember 2006, S. 1.

⁷⁷ Vgl. Richtlinie 77/388/EWG, Artikel 13 Teil A Absatz 1: „Unbeschadet sonstiger Gemeinschaftsvorschriften befreien die Mitgliedstaaten unter den Bedingungen, die sie zur Gewährleistung einer korrekten und einfachen Anwendung der nachstehenden Befreiungen sowie zur Verhütung von Steuerhinterziehungen, Steuerumgehungen und etwaigen Mißbräuchen festsetzen, von der Steuer: a) die von den öffentlichen Posteinrichtungen ausgeführten Dienstleistungen und die dazugehörigen Lieferungen von Gegenständen mit Ausnahme der Personenbeförderung und des Fernmeldewesens“. Inhaltliche Änderungen ergaben sich aus der Mehrwertsteuersystemrichtlinie bezüglich der Befreiung nicht.

⁷⁸ EuGH, Urteil vom 11. Juli 1985, Rs. 107/84, Slg. 1985, 2655.

keiten nicht durch Steuern zu verteuern. Dies zeigen auch die anderen Befreiungstatbestände deutlich, so etwa wenn in lit. c Leistungen niedergelassener Ärzte, in lit. e Leistungen von Zahntechnikern, in lit. h Leistungen der Kinder- und Jugendbetreuung oder in lit. j Leistungen von Privatlehrern von der Umsatzsteuer befreit werden; in allen diesen Fällen sind auch private Anbieter begünstigt. Damit kann die Mehrwertsteuersystemrichtlinie nicht dahingehend interpretiert werden, dass die Steuerbefreiung nur für Unternehmen in öffentlicher Hand gelten soll. Sie kann daher nicht ausschließlich für die DPAG gelten. Letztere ist zwar aus der Deutschen Bundespost hervorgegangen, nun aber ein privates Unternehmen, dass sich – abgesehen von der Beteiligung des Staates über die KfW – nicht von seinen Wettbewerbern unterscheidet. In diesem Zusammenhang bietet es sich an, vergleichbare Begrifflichkeiten aus anderen Netzindustrien zu betrachten. Im Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG) werden als „öffentliche Eisenbahnen“ Eisenbahnen verstanden, die von jedermann zur Personen- oder Güterbeförderung benutzt werden können, unabhängig davon, wer der Eigentümer des Unternehmens ist (§ 3 AEG). Im Telekommunikationsgesetz (TKG) werden Gegenstände oder Dienste ebenfalls dann als „öffentlich“ bezeichnet, wenn sie der Allgemeinheit oder der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen (§ 3 Nummer 15 bis 17 TKG).

83. Die EU-Kommission hält die derzeit unter anderem in Deutschland praktizierte Regelung zur Umsatzsteuerbefreiung von Postdienstleistungen ebenso für nicht europarechtskonform. Sie richtete am 10. April 2006 ein förmliches Auskunftsverlangen bezüglich der Anwendung der Mehrwertsteuer auf Postdienstleistungen an Schweden (Aktenzeichen 2006/2046), Großbritannien (Aktenzeichen 2006/2047) und Deutschland (Aktenzeichen 2006/2048) – die erste Stufe des Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Art. 258 AEUV⁷⁹ (ex-Art. 226 EGV⁸⁰).⁸¹ Die EU-Kommission kritisiert, dass Schweden keine Mehrwertsteuerbefreiungen auf Postdienstleistungen anwende, während Großbritannien alle und Deutschland die meisten der von den ehemaligen Monopolisten angebotenen Postdienstleistungen von der Mehrwertsteuer befreie. Begründet wurden diese Regelungen damit, dass Royal Mail bzw. DPAG besondere Verpflichtungen im Hinblick auf die Bereitstellung des Postuniversaldienstes übertragen wurden. Konkret bemängelt die EU-Kommission an den Regelungen in Großbritannien und Deutschland, dass nicht nur Leistungen nach den All-

gemeinen Geschäftsbedingungen von der Besteuerung ausgenommen sind, sondern auch die Leistungen, die zu individuell ausgehandelten Bedingungen erbracht werden. Dem Universaldienstleister sei nach Ansicht der EU-Kommission nach Artikel 12 Spiegelstrich 3 der Postrichtlinie explizit gestattet, mit Kunden individuelle Preisvereinbarungen zu treffen. Diese seien dann aber nicht mehr Teil des Universaldienstes und eine Mehrwertsteuerbefreiung dieser Leistung aus Sicht der EU-Kommission nicht zu rechtfertigen. Die Regelungen führten zu Wettbewerbsverzerrungen gegenüber alternativen Anbietern, die voll besteuert werden. Wenn ehemalige Monopolisten aus kommerziellen Gründen einigen Kunden Konditionen anböten, die nicht für die breite Öffentlichkeit gelten, so handelten sie als Marktteilnehmer, die versuchen, den Wettbewerb abzuwehren. Daher sollten für sie dieselben Mehrwertsteuervorschriften gelten, wie für die anderen Anbieter. Die Steuerbefreiung sollte auf die eigentlichen Universaldienstleistungen beschränkt sein.⁸²

84. Im Unterschied zu den beiden vorgenannten Ländern unterliegen in Schweden sämtliche Postdienstleistungen der Besteuerung. Alle Anbieter, auch die, denen die Bereitstellung des Universaldienstes übertragen wurden – derzeit nur Posten AB –, müssen die Mehrwertsteuer erheben. Mit dieser Regelung stelle Schweden zwar sicher, dass die Mehrwertsteuer nicht den Wettbewerb verzerrt, gleichwohl habe das Land eine Steuerbefreiung nicht angewandt, die immer noch Bestandteil der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften sei und auf harmonisierte Weise in der gesamten Gemeinschaft angewandt werden müsse. Allein die Tatsache, dass es die „öffentlichen Posteinrichtungen“ im organisatorischen Sinne nach der Liberalisierung der Postmärkte nicht mehr in der Form gibt wie noch in den 1970er Jahren, erlaube es nach Ansicht der EU-Kommission nicht, einfach überhaupt keine Umsatzsteuerbefreiung für Postdienstleistungen vorzunehmen. Die betroffenen Mitgliedstaaten wurden aufgefordert, binnen zwei Monaten zu antworten.⁸³ Weil die EU-Kommission die Antworten auf dieses Auskunftsverlangen als nicht zufriedenstellend beurteilte, forderte sie Schweden, Großbritannien und Deutschland am 24. Juli 2007 förmlich auf, ihre Rechtsvorschriften zur Mehrwertsteuerbefreiung von Postdienstleistungen, die nicht mit der Mehrwertsteuersystemrichtlinie vereinbar sind, zu ändern, und stellte mit Gründen versehene Stellungnahmen der EU-Kommission im Rahmen der zweiten Stufe des Vertragsverletzungsverfahrens gemäß Artikel 258 AEUV (ex-Artikel 226 EGV). Werden die nationalen Rechtsvorschriften nicht dementsprechend geändert, kann die EU-Kommission Klage beim Europäischen Gerichtshof erheben.⁸⁴ Dass dies bisher nicht geschehen ist, liegt vermutlich daran, dass sie die Vorabentscheidung des Gerichtshofs zur Frage der Ausle-

⁷⁹ Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. EU Nr. C 115 vom 9. Mai 2008, S. 47.

⁸⁰ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957, in der Fassung des Vertrages von Nizza, konsolidierte Fassung, ABl. EG Nr. C 325 vom 24. Dezember 2002, S. 33.

⁸¹ Während die EU-Kommission darauf wartet, dass der Ministerrat ihren Richtlinienvorschlag zur Änderung der Richtlinie 77/388/EWG, wonach alle Postdienstleistungen künftig der Mehrwertsteuer unterliegen sollen, verabschiedet, überwacht sie die ordnungsgemäße Anwendung bestehender Rechtsvorschriften zur Mehrwertsteuerbefreiung von Postdienstleistungen, um Wettbewerbsverzerrungen zwischen ehemaligen Monopolen und neuen Marktteilnehmern zu vermeiden. Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 6. Mai 2003, IP/03/633; vgl. auch Europäische Kommission, MEMO/03/98 vom 6. Mai 2003.

⁸² Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 10. April 2006, IP/06/484.

⁸³ Vgl. ebenda.

⁸⁴ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 24. Juli 2007, IP/07/1164.

gung des Begriffs „öffentliche Posteinrichtungen“ abgewartet hat.

3.3.2.2 EuGH-Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07

85. Am 23. April 2009 fällte der Europäische Gerichtshof ein Urteil zur Auslegung des Begriffs „öffentliche Posteinrichtungen“ und zu den Kriterien, anhand derer festzulegen sei, welche der von „öffentlichen Posteinrichtungen“ erbrachten Dienstleistungen von der Steuer befreit werden müssen.⁸⁵ TNT Post hatte beim britischen High Court of Justice Klage erhoben und die Rechtmäßigkeit der exklusiven Befreiung aller Postdienstleistungen von Royal Mail von der Mehrwertsteuer infrage gestellt. TNT Post bietet Konsolidierungsleistungen für Geschäftskunden an und nutzt den Teilleistungszugang der Royal Mail. TNT Post machte geltend, ihre Dienstleistungen seien die gleichen, wie sie von Royal Mail erbracht würden, unterlägen jedoch der Mehrwertsteuer. Das Gericht ersuchte den Europäischen Gerichtshof im Juli 2007 um eine Vorabentscheidung nach Artikel 267 AEUV (ex-Art. 234 EGV). Der Gerichtshof stellte zunächst fest, dass der Begriff „öffentliche Posteinrichtungen“ die Einrichtungen bezeichne, die die Dienstleistungen erbringen, und nicht die Dienstleistungen selbst, unabhängig von der Eigenschaft des Anbieters.⁸⁶ Ferner schließe die Liberalisierung des Marktes die Anwendung der Befreiung nicht aus. Diese fördere den dem Gemeinwohl dienenden Zweck, Postdienstleistungen, die den Grundbedürfnissen der Bevölkerung entsprechen, zu ermäßigten Kosten anzubieten.⁸⁷ Dieser Zweck stimme mit der in der Postrichtlinie enthaltenen Definition des postalischen Universaldienstes überein und dieser Begriff stelle einen zweckdienlichen Anhaltspunkt für die Auslegung des Begriffs „öffentliche Posteinrichtungen“ dar.⁸⁸ Daher stellte der Europäische Gerichtshof fest, dass als „öffentliche Posteinrichtungen“ die Unternehmen – unabhängig davon, ob sie öffentlich oder privat 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 einen Teil davon zu gewährleisten.⁸⁹ Der Gerichtshof hat klargestellt, dass nicht alle Dienstleistungen der öffentlichen Posteinrichtungen, unabhängig von ihrer Natur, befreit seien, sondern nur die, welche die öffentlichen Posteinrichtungen in ihrer Eigenschaft als Universaldienstleister anbieten. Leistungen, deren Bedingungen individuell ausgehandelt worden und damit nicht öffentlich zugänglich sind, seien von der Steuerbefreiung ausgeschlossen.⁹⁰

⁸⁵ EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd./Vereinigtes Königreich.

⁸⁶ Vgl. ebenda, Rn. 30.

⁸⁷ Vgl. ebenda, Rn. 33.

⁸⁸ Vgl. ebenda, Rn. 34 f.

⁸⁹ Vgl. ebenda, Rn. 34, 36 und 40.

⁹⁰ Vgl. ebenda, Rn. 49.

3.3.3 Konsequenzen für Reformentwürfe in Deutschland

86. Die im Herbst 2009 gewählte neue Bundesregierung hat im Koalitionsvertrag vereinbart, die Umsatzbesteuerung von Postdienstleistungen mit Blick auf das EuGH-Urteil umgehend so anzupassen, dass keine steuerliche Ungleichbehandlung der Wettbewerber mehr besteht, wobei die Grundversorgung der Bürger mit Postdienstleistungen umsatzsteuerfrei bleiben soll.⁹¹ Ein entsprechender Gesetzentwurf soll Presseberichten⁹² zufolge noch im Jahr 2009 beschlossen werden. Zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Sondergutachtens haben dem Deutschen Bundestag zwei Gesetzesinitiativen hinsichtlich der Umsatzsteuerbefreiung von Postdienstleistungen vorgelegen. Während nach dem Gesetzentwurf der FDP-Bundestagsfraktion vom 21. Januar 2009⁹³ die Umsatzsteuerbefreiungsvorschrift des § 4 Nummer 11b UStG ersatzlos gestrichen werden sollte, zielte der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 10. Dezember 2008⁹⁴ auf die Anpassung dieser Vorschrift ab. Zu den Entwürfen fand am 18. März 2009 eine Anhörung vor dem Finanzausschuss des Bundestages statt. Die Monopolkommission hat in dieser Anhörung Stellung genommen.⁹⁵ Nach dem am 23. April 2009 ergangenen Urteil des Europäischen Gerichtshofs werden im Folgenden die beiden Gesetzesentwürfe unter den neuen Vorgaben analysiert. Ein inoffizieller Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion⁹⁶ greift diese Vorgaben auf und wird ebenso betrachtet. Ende November 2009 wurde vom Bundesfinanzministerium offenbar ein neuer Referentenentwurf vorgelegt, der jedoch der Monopolkommission zu Redaktionsschluss dieses Sondergutachtens nicht vorgelegen hat. Eine Kommentierung war zu diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich. Die Monopolkommission begrüßt jedoch prinzipiell, dass dieses seit Jahren bestehende Problem, auf das sie wiederholt hingewiesen hat, nun anscheinend beseitigt werden soll.

3.3.3.1 Gesetzentwurf der FDP-Bundestagsfraktion

87. In Artikel 1 des Gesetzentwurfs der FDP-Bundestagsfraktion ist eine vollständige Streichung der Steuerbefreiung des § 4 Nummer 11b UStG vorgesehen. Als Begründung für den Wegfall dieser Steuerbefreiung wird darauf hingewiesen, dass hierdurch eine wettbewerblich

⁹¹ „Wachstum. Bildung. Zusammenhalt.“ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und FDP, 17. Legislaturperiode, S. 14.

⁹² Vgl. Riedel, D., Schäuble sucht Kompromiss bei Post, Handelsblatt vom 17. November 2009, S. 18.

⁹³ Gesetzentwurf der Abgeordneten Gudrun Kopp u. a. und der Fraktion der FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Umsatzsteuergesetzes, Bundestagsdrucksache 16/11674 vom 21. Januar 2009.

⁹⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung des Umsatzsteuergesetzes, Bundestagsdrucksache 16/11340 vom 10. Dezember 2008.

⁹⁵ Monopolkommission, Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Finanzausschusses zu den Gesetzentwürfen der Bundesregierung und der FDP-Fraktion zur Änderung des Umsatzsteuergesetzes am 18. März 2009.

⁹⁶ Formulierungshilfe der Fraktion der CDU/CSU, Entwurf für ein Drittes Gesetz zur Änderung des Umsatzsteuergesetzes, 2009/0301555.

neutrale Lösung geschaffen werde, wonach alle Anbieter im lizenzierten Bereich für die gleiche Leistung steuerlich gleich behandelt würden, und zwar auch dann, wenn sie nur lokal oder regional tätig sind. Bislang bestehende Wettbewerbsverzerrungen würden durch die Streichung der Steuerbefreiung zum Wohle der Verbraucher aufgehoben. Mit der Einführung einer umfassenden Steuerpflicht für die DPAG sei kein Verstoß gegen Europarecht verbunden. Dies gelte auch hinsichtlich Artikel 13 Teil A Absatz 1 lit. a der Richtlinie 77/388/EWG, weil die Steuerbefreiung der dort aufgeführten Postdienstleistungen nur für öffentliche Posteinrichtungen Geltung habe, worunter die DPAG als Folge der sukzessiven Privatisierung allerdings nicht mehr falle. Privatwirtschaftliche Unternehmen seien somit nicht zwingend durch die maßgeblichen Vorschriften des europäischen Gemeinschaftsrechts von der Umsatzsteuer zu befreien. Darüber hinaus entspreche die Streichung der Steuerbefreiung für die DPAG auch den Forderungen der EU-Kommission aus dem in 2006 gegen Deutschland eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren.⁹⁷

88. Die vorgesehene Streichung des § 4 Nummer 11b UStG beinhaltet einen wettbewerblich neutralen Ansatz zur Umsatzbesteuerung von Postdienstleistungen. Sie entspricht jedoch nicht den Forderungen der EU-Kommission aus dem Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland. Gerade weil Schweden keine Mehrwertsteuerbefreiungen auf Postdienstleistungen anwendet, hat die EU-Kommission das Vertragsverletzungsverfahren gegen Schweden eingeleitet. Ferner verstößt die ersatzlose Streichung des § 4 Nummer 11b UStG gegen Europarecht. Der Europäische Gerichtshof ist in seinem Urteil vom 23. April 2009 zu dem Ergebnis gekommen, dass zu den öffentlichen Posteinrichtungen alle Unternehmen gehören, die sich verpflichten, in einem Mitgliedstaat den gesamten Postuniversaldienst, wie er in Artikel 3 der Richtlinie 97/67/EG (Postrichtlinie) geregelt ist, oder einen Teil dessen zu gewährleisten. Es spiele hierbei keine Rolle, ob die Universaldienstleistungen von einem öffentlichen oder privaten Anbieter erbracht werden.⁹⁸ Der Gerichtshof ist damit der Ansicht von TNT Post sowie der schwedischen und finnischen Regierung entgegengetreten, welche die Steuerbefreiung von der Reservierung bestimmter Postdienstleistungen im Sinne von Artikel 7 der Postrichtlinie abhängig machen wollten. Unerheblich ist nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs auch die fortschreitende Liberalisierung des Postsektors. Dies ergebe sich schon daraus, dass Artikel 132 Absatz 1 lit. a MwStSystRL die Umsatzsteuerbefreiung unter den gleichen Voraussetzungen vorsehe wie Artikel 13 Teil A Absatz 1 lit. a der Richtlinie 77/388/EWG.⁹⁹ Die in den Richtlinien vorgesehene Umsatzsteuerbefreiung stellt für den nationalen Gesetzgeber zwingendes Recht dar. Eine Streichung des § 4 Nummer 11b UStG ist folglich europarechtswidrig. Ferner führt der Europäische Gerichtshof

aus, dass die Umsatzsteuerbefreiung dem Grundsatz der Neutralität der Umsatzsteuer nicht widerspreche.¹⁰⁰

Eine Streichung des § 4 Nummer 11b UStG hätte zur Folge, dass sich die DPAG unmittelbar auf die Mehrwertsteuersystemrichtlinie berufen würde, weil sie die hierfür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt. Die DPAG war nach § 52 PostG für den Zeitraum der gesetzlichen Exklusivlizenz zur Erbringung des Universaldienstes in Deutschland verpflichtet. Diese Verpflichtung ist mit Ende 2007 entfallen. In § 56 PostG ist explizit geregelt, dass es der DPAG seitdem freisteht, Universaldienstleistungen künftig nicht mehr, nicht mehr in vollem Umfang oder zu ungünstigeren Konditionen zu erbringen; sie hat lediglich eine Pflicht, die Regulierungsbehörde sechs Monate vorher zu informieren. Dies ist bisher aber nicht erfolgt, d. h. die DPAG erbringt den Universaldienst weiterhin.

3.3.3.2 Gesetzentwurf der Bundesregierung

89. In Artikel 1 des Gesetzentwurfs der Bundesregierung ist eine Änderung der Steuerbefreiung des § 4 Nummer 11b UStG vorgesehen. Teile des Universaldienstes sollen aus dem sachlichen Anwendungsbereich der Steuerbefreiungsvorschrift herausfallen. Die Änderung erweitert den persönlichen Anwendungsbereich der Steuerbefreiung auf alle öffentlichen Posteinrichtungen in der Bundesrepublik Deutschland, worunter nur solche Unternehmen fallen sollen, die die Gesamtheit der Universaldienstleistungen flächendeckend anbieten. Zuständig für die Überprüfung der Anspruchsberechtigung (flächendeckendes Angebot sämtlicher Universaldienstleistungen) soll das Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) sein. Als Begründung für die Änderung dieser Steuerbefreiung, die gemäß Artikel 3 des Gesetzentwurfs zum 1. Januar 2010 in Kraft treten soll, wird darauf hingewiesen, dass hierdurch der Liberalisierung auf dem Postmarkt Rechnung getragen werden soll.¹⁰¹ Das EuGH-Urteil vom 23. April 2009 hat bislang nicht zu einer Änderung des Gesetzentwurfs geführt. Inwieweit der Referentenentwurf des Bundesfinanzministeriums von Ende November 2009 die neuen Vorgaben des Urteils aufgreift, kann ohne Kenntnis von dessen Wortlaut nicht beurteilt werden.

90. Der Gesetzentwurf ist in mehreren Punkten kritikwürdig.¹⁰² Nach Artikel 1 des Entwurfs sollen nur die Universaldienstleistungen in den sachlichen Anwendungsbereich der Umsatzsteuerbefreiung fallen, die in Artikel 3 Absatz 4 der Richtlinie 97/67/EG aufgeführt sind. Universaldienstleistungen, die über diesen Katalog hinaus in der Post-Universaldienstleistungsverordnung, also nach nationalem Recht, vorgesehen sind, sollen künftig steuerpflichtig sein, obwohl die Erweiterung des in der Postrichtlinie definierten Mindestumfangs ausdrücklich legitimiert ist. Der Umfang des Universaldienstes

⁹⁷ Vgl. Bundestagsdrucksache 16/11674, S. 4.

⁹⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd./Vereinigtes Königreich, Rn. 36.

⁹⁹ Vgl. ebenda, Rn. 29 f.

¹⁰⁰ Vgl. ebenda, Rn. 45.

¹⁰¹ Vgl. Bundestagsdrucksache 11/11340, S. 6.

¹⁰² Vgl. dazu auch Schaumburg, H., Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung des Finanzausschusses zu den Gesetzentwürfen der Bundesregierung und der Fraktion der FDP zur Änderung des Umsatzsteuergesetzes am 18. März 2009.

tes lässt sich den Erwägungsgründen Nummer 11 und 12 der Postrichtlinie entnehmen, wonach der Universaldienst ein Mindestangebot an Diensten einer bestimmten Qualität umfasst, die in allen Mitgliedstaaten allen Nutzern zu tragbaren Preisen unabhängig von ihrem Standort in der Gemeinschaft zur Verfügung stehen. Konkretisierende Regelungen enthalten die Artikel 3 bis 6 der Postrichtlinie. Danach umfasst der Universaldienst auch solche Postdienstleistungen, die bei der Umsetzung der Postrichtlinie in nationales Recht über das in der Postrichtlinie beschriebene Mindestangebot hinausgehen. Die Bundesrepublik Deutschland hat die Postrichtlinie durch das Postgesetz und die Post-Universaldienstleistungsverordnung umgesetzt und dabei z. B. von der Möglichkeit nach Artikel 3 Absatz 5 Postrichtlinie Gebrauch gemacht, die Gewichtsobergrenze für die unter den Universaldienst fallenden Postpakete auf 20 kg anzuheben (§ 1 Absatz 1 Nummer 2 PUDLV). Die in Artikel 132 Absatz 1 lit. a MwStSystRL unter der Kapitelüberschrift „Steuerbefreiung für bestimmte, dem Gemeinwohl dienende Tätigkeiten“ genannten Postdienstleistungen betreffen in dem hier relevanten Zusammenhang Universaldienstleistungen, die definitionsgemäß dem Gemeinwohl dienen. Hierdurch wird die sachliche Reichweite der Steuerbefreiung des § 4 Nummer 11b UStG bestimmt.¹⁰³ Insofern besteht eine Bindung des sachlichen Anwendungsbereichs der Steuerbefreiung an den durch die Postrichtlinie und das Postgesetz plus Post-Universaldienstleistungsverordnung definierten Umfang des Universaldienstes. Generalanwältin Kokott hatte in ihren Schlussanträgen vom 15. Januar 2009 auf diese Verknüpfung hingewiesen.¹⁰⁴ Folgerichtig hat der Europäische Gerichtshof klargestellt, dass Universaldienstleistungen in ihrer Gesamtheit befreit sein müssen.¹⁰⁵ Eine Differenzierung zwischen umsatzsteuerfreien und umsatzsteuerpflichtigen Universaldienstleistungen ist europarechtswidrig.

91. Der Gesetzentwurf sieht zwar vor, die bisherige Umsatzsteuerbefreiung der DPAG prinzipiell für alle Anbieter zu öffnen. Damit wird der fortschreitenden Liberalisierung auf dem Postmarkt Rechnung getragen. Die Bundesregierung könne laut Gesetzesbegründung nicht absehen, „wie viele der übrigen Anbieter von Postdienstleistungen die Voraussetzungen zur Erlangung der Umsatzsteuerbefreiung erfüllen werden.“¹⁰⁶ Da der Wettbewerb auf dem Postmarkt auch durch andere staatliche Maßnahmen, wie insbesondere die Allgemeinverbindlicherklärung des zwischen dem von der DPAG dominierten Arbeitgeberverband Postdienste e. V. und der Gewerkschaft ver.di ausgehandelten Mindestlohns, ausgehebelt wird, ist jedoch entgegen der Einschätzung der Bundesregierung heute schon klar, dass – sofern die Wettbewerbshemmnisse nicht beseitigt werden – nur ein Konzern die beiden Bedingun-

gen für die Umsatzsteuerbefreiung erfüllen wird, nämlich die Deutsche Post mit DHL als Paketdienstleister und der DPAG als Briefdienstleister. Der Gesetzentwurf hätte also zur Folge, dass ausschließlich die Universaldienstleistungen der Deutschen Post umsatzsteuerbefreit wären. Dies würde weiterhin zu einer erheblichen Benachteiligung der Wettbewerber im Brief- und Paketbereich führen. Aus ökonomischer Sicht ist der Entwurf auch deshalb problematisch, weil die vorgesehene Regelung eine Markteintrittsbarriere darstellt. Ein neuer Wettbewerber profitiert erst dann von der Umsatzsteuerbefreiung, wenn er sämtliche Universaldienstleistungen flächendeckend anbietet. In der Zeit direkt nach dem Markteintritt hingegen gilt die Umsatzsteuerbefreiung (noch) nicht. Gerade dann muss ein neuer Anbieter jedoch besonders günstige Angebote machen, um Kunden einen Anreiz zum Wechsel des Anbieters zu geben. Zugleich hat ein neuer Anbieter durch niedrigere Beförderungsvolumina zunächst erhebliche Skalennachteile gegenüber dem weiterhin geschützten Marktbeherrscher. Die Bedingung für die Umsatzsteuerbefreiung, nämlich das Angebot der Gesamtheit der Universaldienstleistungen läuft auch dem EuGH-Urteil zuwider. Während Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen vom 15. Januar 2009 noch ausführte, der steuerlich zu begünstigende Universaldienst bestehe gerade in der Bereitstellung eines öffentlichen Postnetzes als einer Gesamtheit von Infrastruktureinrichtungen und Dienstleistungen¹⁰⁷, kam der Europäische Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass als öffentliche Posteinrichtungen die Unternehmen zu betrachten seien, die sich verpflichten, den gesamten Universaldienst oder einen Teil davon zu gewährleisten. Das heißt, eine Segmentierung ist laut EuGH-Urteil europarechtlich zulässig.^{108,109} Die Anforderung an die Universaldienstleistung in Teilen umfasst die flächendeckende Erbringung einer bestimmten Kategorie (z. B. Briefdienste oder Paketdienste). Der Gesetzentwurf ist dahingehend zu verändern.

92. Anlass für Kritik gibt auch § 4 Nummer 11b Satz 3 lit. b UStG in der Fassung von Artikel 1 des Gesetzentwurfs. Danach sollen Postdienstleistungen, die auf der Grundlage von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu reduzierten Entgelten oder zu abweichenden Qualitätsbedingungen als nach den allgemein für jedermann zugänglichen Tarifen oder als den nach § 19 PostG genehmigten Entgelten erbracht werden, nicht steuerfrei sein. Der Europäische Gerichtshof hat von der Steuerbefreiung, die in Artikel 13 Teil A. Absatz 1 lit. a Richtlinie 77/388/EWG vorgesehen ist, nur die Fälle ausgenommen, in denen die Universaldienstleistungen zu individuell ausgehandelten Bedingungen erbracht werden.¹¹⁰ Zu den individuell aus-

¹⁰³ Dem entgegenstehend z. B. der Regierungsentwurf, vgl. Bundestagsdrucksache 11/11340, S. 8.

¹⁰⁴ Vgl. GA Kokott, Schlussanträge vom 15. Januar 2009, Rs. C-357/07, Tz. 75.

¹⁰⁵ Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd./Vereinigtes Königreich, Rn. 34, 36 und 40. Dem bislang entgegenstehend der Regierungsentwurf, Bundestagsdrucksache 11/11340, S. 6.

¹⁰⁶ Vgl. Bundestagsdrucksache 11/11340, S. 6.

¹⁰⁷ Vgl. GA Kokott, Schlussanträge vom 15. Januar 2009, Rs. C-357/07, Tz. 63.

¹⁰⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd./Vereinigtes Königreich, Rn. 36.

¹⁰⁹ Das Kriterium der Flächendeckung ist in Artikel 3 Absatz 1 Postrichtlinie aufgeführt. Ob die flächendeckende Erbringung einzelner Postdienstleistungen, die Teil des Universaldienstes sind, ausreicht, ist fraglich.

¹¹⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd./Vereinigtes Königreich, Rn. 49; vgl. auch GA Kokott, Schlussanträge vom 15. Januar 2009, Rs. C-357/07, Tz. 89 f.

gehandelten Bedingungen zählen nach § 305 Absatz 1 Satz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) aber gerade nicht die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Entscheidendes Kriterium ist also, ob die Leistungen auf der Grundlage von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder individuell ausgehandelten Bedingungen erbracht werden. Universaldienstleistungen, die auf der Grundlage von Allgemeinen Geschäftsbedingungen erbracht werden, sind von der Umsatzsteuer zu befreien. Dazu zählen auch Massensendungen zu reduzierten Entgelten oder zu abweichenden Qualitätsbedingungen, wenn ihnen allgemein gültige Preise und Einlieferungsbedingungen zugrunde liegen. Das ist auch die Sichtweise der Generalanwältin Kokott.¹¹¹ Mit diesen Vorgaben ist § 4 Nummer 11b Satz 3 lit. b UStG in der Fassung von Artikel 1 des Gesetzentwurfs nicht zu vereinbaren. Er sollte daher vollständig gestrichen werden.

93. Eine Fehlformulierung beinhaltet vermutlich der Wortlaut des § 4 Nummer 11b Satz 3 lit. a UStG in der Fassung von Artikel 1 des Gesetzentwurfs. Danach wird die Steuerbefreiung nicht für Leistungen gewährt, die auf der Grundlage „einzelvertraglicher Vereinbarungen“ erbracht werden. Zivilrechtlich sind Einzel- und Rahmenverträge zu unterscheiden. Einzelverträge können standardisiert werden, wenn man ihnen Allgemeine Geschäftsbedingungen zugrunde legt. Sie sind jedoch nur eine Vorformulierung von Vertragsbedingungen. Bedeutung erlangen sie erst durch das Vorliegen eines wirksamen Einzelvertrags, in den sie einbezogen wurden.¹¹² Dann handelt es sich um einen Einzelvertrag zu standardisierten Bedingungen. Jedem Kauf einer Briefmarke liegt damit ein Einzelvertrag bzw. eine einzelvertragliche Vereinbarung zugrunde. Ebenso werden sämtliche Universaldienstleistungen auf der Grundlage einzelvertraglicher Vereinbarungen erbracht. Nach dem genauen Wortlaut würde die Regelung eine vollständige Streichung der Umsatzsteuerbefreiung bedeuten. Dies kann nicht bezweckt sein. Die Regelung soll wahrscheinlich die Erbringung von Postdienstleistungen zu individuell ausgehandelten Bedingungen von der Umsatzsteuerbefreiung ausschließen. Dies ist inzwischen wohl auch die Meinung der Bundesregierung.¹¹³ Für den Europäischen Gerichtshof ist entscheidungsrelevant, ob Verträge mit Kunden individuell ausgehandelt werden oder nicht. Für Leistungen, deren Bedingungen individuell ausgehandelt werden, gilt die in Artikel 13 Teil A. Absatz 1 lit. a Richtlinie 77/388/EWG vorgesehene Steuerbefreiung nicht. Für diese Sicht spricht neben der Formulierung der englischen Originalfassung des Urteils („... for which the terms have been individually negotiated“) auch der Erwä-

gungsgrund 15 der Postrichtlinie, wonach die Möglichkeit, Verträge mit Kunden individuell auszuhandeln, von vornherein nicht dem Begriff des Universaldienstangebots entspricht.¹¹⁴ Daher sollte in dem Gesetzentwurf die Formulierung „individuell ausgehandelt“ lauten.

94. Nach Artikel 2 des Gesetzentwurfs soll das Bundeszentralamt für Steuern für die Erteilung einer Bescheinigung darüber zuständig sein, „dass der Unternehmer die Gesamtheit der Universaldienstleistungen im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland flächendeckend anbietet“. Das Bundeszentralamt für Steuern wurde als Nachfolgebehörde des Bundesamtes für Finanzen zum 1. Januar 2006 eingerichtet. Es ist eine von drei Bundesoberbehörden im Geschäftsbereich des Bundesfinanzministeriums und hat derzeit fast 1 000 Beschäftigte in fünf Abteilungen. Die Abteilung Q befasst sich mit Querschnittsaufgaben. Der Bereich Steuern ist untergliedert in zwei Abteilungen: Die Abteilung Steuern I nimmt Aufgaben mit überwiegend internationalem Bezug wahr, wie z. B. die Amtshilfe für in- und ausländische Steuerbehörden, die Vermittlung von Zustellung und Vollstreckung ausländischer Steuerbescheide, die Durchführung von Verständigungsverfahren und Absprachen über Verrechnungspreise. Die Abteilung Steuern II hat Aufgaben mit überwiegend nationalem Bezug, wie z. B. die Fachaufsicht über die Durchführung des Familienleistungsausgleichs und der Altersvorsorgezulage, die Durchführung der Verfahren zur Erstattung, Vergütung und Freistellung von Kapitalertragsteuer und die Durchführung des Kontenabrufverfahrens. Ebenso in zwei Abteilungen untergliedert ist die Bundesbetriebsprüfung: Bei der Abteilung Bp I liegt der Schwerpunkt der auf den Produktionsbranchen, bei der Abteilung Bp II auf den Dienstleistungsbranchen. Insgesamt umfasst die Bundesbetriebsprüfung 15 fachlich abgegrenzte Prüfungsreferate, die nach Branchen geordnet sind, sowie das Innendienstreferat. Es sei dahingestellt, welche Tätigkeiten das Bundeszentralamt für Steuern qualifizieren festzustellen, ob ein Postdienstleister die Voraussetzungen des § 4 Nummer 11b UStG in der Fassung des Entwurfs erfüllt. Fest steht, dass das Ausstellen dieser Bescheinigungen eine Funktion mit wettbewerbspolitischer Bedeutung ist. Insofern sollte eine Behörde im Geschäftsbereich des Bundeswirtschaftsministeriums dafür verantwortlich sein. Hier existiert mit der Bundesnetzagentur bereits eine umfänglich ausgestattete und in Postregulierungsfragen kompetente Behörde; der Auf- bzw. Ausbau bestehender Kapazitäten im Bundeszentralamt für Steuern ist nicht sinnvoll. Zugunsten einer klaren Kompetenzverteilung sollte die Bundesnetzagentur alleine die Verantwortung für diese Aufgabe übernehmen. Ferner sollten die Verfahrensgrundsätze, nach denen die Erbringung von Postuniversaldienstleistungen als öffentliche Posteinrichtung bescheinigt und überwacht werden, in das Gesetz aufgenommen werden.

95. Zusammenfassend lässt sich Folgendes festhalten: In Orientierung an der Postrichtlinie und dem Postgesetz

¹¹¹ Vgl. GA Kokott, Schlussanträge vom 15. Januar 2009, Rs. C-357/07, Tz. 85-87.

¹¹² Vgl. dazu § 305 BGB: Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Vertrag.

¹¹³ Im EuGH-Urteil wird ausgeführt, dass die Bundesregierung und die EU-Kommission zu Recht geltend gemacht hätten, dass Dienstleistungen öffentlicher Posteinrichtungen, deren Bedingungen „einzelvertraglich ausgehandelt“ (nicht: „vereinbart“) worden sind, nicht als nach Artikel 13 Teil A. Absatz 1 lit. a Richtlinie 77/388/EWG befreit gelten könnten. Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd./Vereinigtes Königreich, Rn. 47.

¹¹⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd./Vereinigtes Königreich, Rn. 48.

muss eine europarechtskonforme Steuerbefreiungsvorschrift ausnahmslos alle Universaldienstleistungen öffentlicher Posteinrichtungen erfassen. Zu den öffentlichen Posteinrichtungen zählen die Unternehmen, die den gesamten Universaldienst oder einen Teil davon flächendeckend in der Bundesrepublik Deutschland anbieten. § 4 Nummer 11b Satz 3 lit. b UStG in der Fassung von Artikel 1 des Gesetzentwurfs sollte gestrichen werden, weil der Europäische Gerichtshof von der Steuerbefreiung, die in Artikel 13 Teil A. Absatz 1 lit. a Richtlinie 77/388/EWG vorgesehen ist, nur die Fälle ausgenommen hat, in denen die Universaldienstleistungen zu individuell ausgehandelten Bedingungen erbracht werden.¹¹⁵ Zu den individuell ausgehandelten Bedingungen zählen nach § 305 Absatz 1 Satz 3 BGB aber gerade nicht die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. § 4 Nummer 11b Satz 3 lit. a UStG enthält eine Fehlformulierung, weil sämtliche Universaldienstleistungen auf der Grundlage einzelvertraglicher Vereinbarungen getroffen werden. Richtig wäre der Ausschluss der Steuerbefreiung bei individuell ausgehandelten Bedingungen. Die Zuständigkeit des Bundeszentralamtes für Steuern ist zwar rechtlich nicht zu beanstanden, aber ökonomisch nicht sinnvoll. Zugunsten einer klaren Aufgabenverteilung sollte die in Postregulierungsfragen ohnehin kompetentere Bundesnetzagentur allein dafür verantwortlich sein.

3.3.3.3 Inoffizieller Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion

96. In Reaktion auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 23. April 2009 liegt ein inoffizieller Gesetzentwurf der CDU/CSU-Fraktion vor. Dieser Entwurf verändert den Entwurf der Bundesregierung an zwei Stellen: Erstens soll nach § 4 Nummer 11b Satz 2 UStG in der Fassung von Artikel 1 des inoffiziellen Entwurfs die Steuerbefreiung nun an die Voraussetzung geknüpft sein, „dass der Unternehmer die Gesamtheit der Universaldienstleistungen oder einen Teilbereich dieser Leistungen“ entsprechend einer Bescheinigung des Bundeszentralamtes für Steuern flächendeckend im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland anbietet. Hierzu muss sich der Unternehmer gegenüber dem Bundeszentralamt für Steuern verpflichten. Zweitens soll die Steuerbefreiung nicht für Leistungen gelten, die der Unternehmer „auf Grund individuell ausgehandelter Bedingungen“ erbringt (§ 4 Nummer 11b Satz 3 lit. a UStG in der Fassung von Artikel 1 des Entwurfs).

97. Die Monopolkommission begrüßt die Veränderung des Gesetzentwurfs dahingehend, dass die Bedingung für die Umsatzsteuerbefreiung nicht länger das Angebot der Gesamtheit der Universaldienstleistungen sein soll. Der Europäische Gerichtshof kam zu dem Ergebnis, dass als öffentliche Posteinrichtung – Kriterium für die Umsatzsteuerbefreiung – die Unternehmen zu betrachten seien, die sich verpflichten, den gesamten Universaldienst oder einen Teil davon zu gewährleisten. Eine Segmentierung

ist nach dem EuGH-Urteil europarechtlich zulässig.¹¹⁶ Die Anforderung an die Universaldienstleistung in Teilen umfasst die flächendeckende Erbringung einer bestimmten Kategorie (z. B. Briefdienste oder Paketdienste). Zu begrüßen ist auch die Veränderung der Formulierung des § 4 Nummer 11b Satz 3 lit. a UStG von „auf Grund einzelvertraglicher Vereinbarungen“ im Gesetzentwurf der Bundesregierung zu „auf Grund individuell ausgehandelter Bedingungen“ im Entwurf der CDU/CSU-Fraktion. In den anderen Kritikpunkten bleibt der Wortlaut jedoch unverändert. Nach Artikel 1 des Entwurfs sollen weiterhin nur die Universaldienstleistungen in den sachlichen Anwendungsbereich der Umsatzsteuerbefreiung fallen, die in Artikel 3 Absatz 4 der Richtlinie 97/67/EG aufgeführt sind. Eine Differenzierung zwischen umsatzsteuerfreien und umsatzsteuerpflichtigen Universaldienstleistungen ist jedoch europarechtswidrig. Der Europäische Gerichtshof hat klargestellt, dass Universaldienstleistungen in ihrer Gesamtheit befreit sein müssen.¹¹⁷ § 4 Nummer 11b Satz 3 lit. b UStG in der Fassung von Artikel 1 des Entwurfs sollte gestrichen werden, weil der Gerichtshof von der Steuerbefreiung, die in Artikel 13 Teil A. Absatz 1 lit. a Richtlinie 77/388/EWG vorgesehen ist, nur die Fälle ausgenommen hat, in denen die Universaldienstleistungen zu individuell ausgehandelten Bedingungen erbracht werden.¹¹⁸ Zu den individuell ausgehandelten Bedingungen zählen nach § 305 Absatz 1 Satz 3 BGB aber gerade nicht die Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Zuständigkeit des Bundeszentralamtes für Steuern ist rechtlich nicht zu beanstanden, aber ökonomisch nicht sinnvoll. Zugunsten einer klaren Aufgabenverteilung sollte die in Postregulierungsfragen ohnehin kompetentere Bundesnetzagentur allein dafür verantwortlich sein.

3.3.4 Reforminitiative für den europäischen Rechtsrahmen

98. Aufgrund der komplexen Konsequenzen des europäischen Rechtsrahmens für die nationale Gesetzgebung in Bezug auf die mehrwertsteuerliche Behandlung von Postdienstleistungen hat die EU-Kommission bereits am 5. Mai 2003 dem Rat einen Richtlinienentwurf zur Änderung der Richtlinie 77/388/EWG vorgelegt¹¹⁹, wonach alle Postdienstleistungen künftig der Mehrwertsteuer unterliegen sollen. Das heißt, auf den Mehrwert, den eine öffentliche Posteinrichtung bei der Erbringung einer Leistung generiert, würde die Mehrwertsteuer berechnet; dafür könnte der Anbieter aber erstmals die Steuer, die auf den bezogenen Vorleistungen liegt, im Rahmen des Vorsteuerabzuges geltend machen. Obwohl der Kunde künf-

¹¹⁵ Vgl. ebenda, Rn. 49 sowie auch GA Kokott, Schlussanträge vom 15. Januar 2009, Tz. 89 f.

¹¹⁶ Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd./Vereinigtes Königreich, Rn. 36, 40.

¹¹⁷ Vgl. ebenda, Rn. 34, 36 und 40. Dem bislang entgegenstehend der Regierungsentwurf, vgl. Bundestagsdrucksache 11/11340, S. 6.

¹¹⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd./Vereinigtes Königreich, Rn. 49 und 50; vgl. auch GA Kokott, Schlussanträge vom 15. Januar 2009, Tz. 89 und 90.

¹¹⁹ Vgl. Europäische Kommission, Pressemitteilung vom 6. Mai 2003, IP/03/633 sowie auch Europäische Kommission, MEMO/03/98 vom 6. Mai 2003.

tig die Mehrwertsteuer auf den vom Postdienstleister hinzugefügten Mehrwert zahlen müsste, entfielen die „versteckte Mehrwertsteuer“ auf dessen Kosten. Um Preiserhöhungen für die Verbraucher zu vermeiden, räumt der Vorschlag den Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, auf Standardpostdienstleistungen einen ermäßigten Satz anzuwenden. Darunter sollen adressierte Briefe und Pakete bis 2 kg einschließlich normaler und prioritärer Zustellung sowie Einschreibsendungen fallen. Hierzu würden auch Direktwerbung, Bücher, Kataloge, Zeitungen usw. gehören, sofern sie an einen namentlich genannten Empfänger gerichtet sind. Für Pakete schwerer als 2 kg und Express- und Kurierdienste soll der Regelsteuersatz gelten. Im Zuge des Konsultationsverfahrens hat das Europäische Parlament eine Stellungnahme zu dem Richtlinienentwurf abgegeben, in der die EU-Kommission um einige Änderungen ersucht wurde. So sollte der Umfang der Dienstleistung, auf die ein ermäßigter Steuersatz angewendet werden kann, ausgeweitet und die Frist für die Umsetzung der Richtlinie verlängert werden. Ein entsprechend geänderter Entwurf für eine Änderungsrichtlinie ist dem Rat am 8. Juli 2004 zugegangen. Damit liegt dem Ministerrat seit nun fünf Jahren eine Richtlinie zur Verabschiedung vor, die die Probleme der Mitgliedstaaten mit einer europarechtskonformen Umsatzbesteuerung von Postdienstleistungen beheben würde. Die Bundesregierung sollte sich für eine baldige Verabschiedung dieser Richtlinie einsetzen.

99. Unabhängig vom Ausgang dieser Initiative sollte baldmöglichst eine wettbewerblich neutrale Lösung der Besteuerung von Postdienstleistungen umgesetzt werden. Die Entfaltung von Wettbewerb im seit 1. Januar 2008 formal liberalisierten Markt wurde durch die bestehende Regelung des § 4 Nummer 11b UStG ohnehin schon über Gebühr behindert. Es wäre nicht hinzunehmen, wenn die Bundesregierung die Umsetzung weiterhin verzögert. Ökonomisch wünschenswert wäre eine Lösung, die sicherstellt, dass alle Anbieter von Postdienstleistungen für die gleiche Leistung steuerlich gleich behandelt werden, auch wenn sie nur lokal oder regional tätig sind. Denn auch eine Steuerbefreiungsregelung, die voraussetzt, dass mindestens eine Kategorie des Universaldienstes (z. B. Brief- oder Paketdienste) flächendeckend angeboten wird, wirkt wie eine Markteintrittsbarriere. Ein neuer Anbieter profitiert erst dann von der Befreiung, wenn er die betreffenden Leistungen flächendeckend anbietet. In der Zeit direkt nach dem Markteintritt gilt die Befreiung (noch) nicht. Gerade dann muss der Wettbewerber jedoch besonders günstige Angebote machen, um Kunden einen Anreiz zum Wechsel des Postdienstleisters zu geben. Zugleich hat er durch niedrigere Beförderungsvolumina zunächst erhebliche Skalennachteile gegenüber den bereits etablierten Unternehmen.

3.4 Ex-ante- und Ex-post-Entgeltregulierung

100. Nach § 19 Satz 1 PostG sind die Entgelte, die ein Anbieter auf einem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen erhebt, von der Regulierungsbehörde zu genehmigen, sofern der Lizenznehmer auf dem betreffenden Markt marktbeherrschend ist. Davon ausgenommen sind

seit dem 1. Januar 2008 die Entgelte ab einer Mindesteinfuhrmenge von 50 Stück (§ 53 PostG i. V. m. § 19 Satz 2 PostG). Die Entgelte für Leistungen eines marktbeherrschenden Anbieters unter der Einfuhrmenge von 50 Stück sind weiterhin einer Ex-ante-Regulierung durch die Bundesnetzagentur unterworfen. Betroffen sind von dieser Vorschrift nur die Entgelte der DPAG. Keinem Genehmigungsvorbehalt unterliegen die Entgelte für nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen, wie z. B. von Kurier-, Express- oder Paketdiensten. Nimmt ein Anbieter auf einem Markt für Postdienstleistungen eine marktbeherrschende Stellung ein, besteht nach § 25 PostG allerdings die Möglichkeit einer Ex-post-Entgeltkontrolle durch die Bundesnetzagentur. Eine derartige Überprüfung ist einzuleiten, wenn der Regulierungsbehörde Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass diese Entgelte nicht den Maßstäben des § 20 Absatz 2 PostG entsprechen. Entsprechend Satz 1 dieser Vorschrift dürfen die Entgelte nach Nummer 1 keine Aufschläge enthalten, die der Anbieter nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen kann, sie dürfen nach Nummer 2 keine Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen, und sie dürfen nach Nummer 3 einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einräumen, wenn hierfür keine rechtliche Verpflichtung oder ein sonstiger sachlich gerechtfertigter Grund nachgewiesen wird. Dabei sind nach § 20 Absatz 2 Satz 2 PostG insbesondere die Kosten für die Einhaltung der wesentlichen im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen, die Kosten für die Erbringung des Universaldienstes und für die Altlasten, die der DPAG aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost entstehen, angemessen zu berücksichtigen.

101. Für die Genehmigung der Entgelte der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen eines marktbeherrschenden Anbieters durch die Bundesnetzagentur sieht § 21 Absatz 1 PostG grundsätzlich zwei Verfahren vor. Die Entgelte können entweder für einzelne Dienstleistungen im Rahmen eines Einzelgenehmigungsverfahrens oder für einen Korb zusammengefasster Dienstleistungen nach den von der Regulierungsbehörde vorgegebenen Maßgrößen (Price-Cap-Verfahren) genehmigt werden. Beim Einzelgenehmigungsverfahren sind die Maßstäbe des § 20 PostG anzuwenden, d. h. die Entgelte müssen sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KEL) orientieren und müssen den Vorgaben des § 20 Absatz 2 PostG entsprechen. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sind die Kosten, die für die Leistungsbereitstellung nach Effizienzkriterien zuzüglich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals unabdingbar sind. Sie sind als Beurteilungsmaßstab in § 20 Absatz 1 PostG ausdrücklich nur für die Ex-ante-Genehmigung vorgeschrieben. Für die Ex-post-Kontrolle gelten nur die Maßstäbe des § 20 Absatz 2 PostG mit allen Einschränkungen. Sofern das Price-Cap-Verfahren Anwendung findet, gelten bei Einhaltung der festgelegten Maßgrößen die Anforderungen des § 20 Absatz 1 PostG als erfüllt. Somit ist bei Verwendung des Price-Cap-Verfahrens ein Preishöhenmissbrauch auszuschließen.

102. Nähere Vorgaben für die Durchführung des Einzelgenehmigungs- und Price-Cap-Verfahrens enthält die Post-Entgeltregulierungsverordnung vom 22. November 1999 auf der Grundlage des § 21 Absatz 4 PostG. Für das Einzelgenehmigungsverfahren folgen die Vorschriften der Post-Entgeltregulierungsverordnung dem „Top-down“-Ansatz, d. h. sie stellen auf tatsächliche Kostennachweise des Unternehmens ab und sehen im zweiten Schritt eine Effizienzprüfung vor.¹²⁰ § 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 und Absatz 2 PEntgV verlangen von den Unternehmen Kostennachweise mit einer getrennten Aufstellung der veranschlagten Einzel- und Gemeinkosten. Im Rahmen der Kostennachweise sind nach § 2 Absatz 2 Satz 3 PEntgV weitere Nachweise zu leisten, insbesondere zur Ermittlungsmethode der Kosten, zur Höhe der Personalkosten, Abschreibungen, Zinskosten des eingesetzten Kapitals und Sachkosten, sowie Angaben zur Kapazitätsauslastung. Die nähere Ausgestaltung des Price-Cap-Verfahrens regelt § 4 PEntgV. Danach hat die Bundesnetzagentur zunächst das Ausgangsentgeltniveau der in einem Korb zusammengefassten Dienstleistungen festzustellen und dann die Maßgrößen anhand der gesamtwirtschaftlichen Preissteigerungsrate und des zu erwartenden Produktivitätsfortschritts zu bestimmen. Bei der Festlegung der Maßgrößen hat sie das Verhältnis des Ausgangsentgeltlevels zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zu berücksichtigen.

3.4.1 Kritik am Einzelgenehmigungsverfahren

103. Die Monopolkommission hat bereits in ihrer letzten Stellungnahme zur Wettbewerbsentwicklung auf den Postmärkten die großen preislichen Gestaltungsspielräume der DPAG kritisiert, welche daraus folgen, dass das Unternehmen die Möglichkeit, aber nicht die Verpflichtung hat, die in § 20 Absatz 2 Satz 2 PostG aufgeführten Zusatzkosten bei der Entgeltregulierung berücksichtigen zu lassen.¹²¹ Diese Aufzählung ist nach Sedemund nach dem Wortlaut und Zweck der Vorschrift nur beispielhaft und weit auszulegen.¹²² So seien im Rahmen der Kostenkontrolle grundsätzlich alle Sonderlasten zu berücksichtigen, die für die DPAG direkt oder indirekt aus der ihr vom Staat auferlegten Übernahme des Vermögens, des Personals der Deutschen Bundespost und sonstiger Verpflichtungen resultieren und die ein im Wettbewerb entstandenes Unternehmen nicht zu tragen hätte. Dazu zählten die Mehrkosten des Universaldienstes auch dann, wenn es keine förmliche Verpflichtung der DPAG zur Erbringung des Universaldienstes gebe, sowie die Kosten der von der Bundespost getroffenen Investitionsentscheidungen, auch wenn sich diese im Nachhinein als nicht oder nur teilweise effizient erwiesen hätten, die Mehrkosten für die Ruhestandsbezüge der Beschäftigten der Bundespost und für ein generell erhöhtes Niveau der Personalkosten aus den von der Bundespost übernommenen Beamtenverhältnissen und Arbeitsverträgen. Dies ist vor allem deshalb problematisch, weil die Bundesnetz-

agentur die Kosten für die im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen, den Universaldienst und die Altlasten zwar bei der Entgeltbemessung berücksichtigt, aber weiterhin keine Angaben darüber macht, in welcher Höhe diese Kosten angesetzt werden.

104. Eine Regelung wie die Berücksichtigung der Kosten für die Einhaltung der wesentlichen im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen gibt es z. B. auch im Bereich der Telekommunikation. Dort werden bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung die tatsächlichen Löhne angesetzt. Im Bereich Gas war vorgesehen, das derzeit bestehende Gehaltsniveau als vom Unternehmen nicht beeinflussbar anzusehen und damit von der Anreizregulierung auszunehmen.¹²³ Die Monopolkommission sieht keine Rechtfertigung dafür, das aus Monopolzeiten stammende Niveau von betrieblichen bzw. tarifvertraglichen Vereinbarungen über Löhne, Lohnzusatz- und Versorgungsleistungen in den inzwischen liberalisierten Netzindustrien konservieren zu wollen. Weil davon auszugehen ist, dass bei der Leistungserbringung nicht Löhne in der derzeitigen Höhe gezahlt werden müssen, ist es unangebracht, dieses Niveau bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zugrunde zu legen. Höchstens sollte der tariflich vereinbarte, für allgemeinverbindlich erklärte Postmindestlohn angesetzt werden.

105. Die Möglichkeit, aufgrund einer inzwischen freiwilligen Erbringung des Universaldienstes durch die DPAG und der Altlasten Entgelte zu genehmigen, die über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen, ist in keinem anderen sektorspezifischen Gesetz zur Entgeltregulierung vorgesehen. Davon abgesehen ist inzwischen auch kein Grund mehr für eine Entschädigung der DPAG für die Übernahme des Universaldienstes und der Altlasten ersichtlich. Seit dem 1. Januar 2008 ist die Verpflichtung des Unternehmens zur Erbringung des Universaldienstes entfallen. Eine Entschädigung für den Universaldienst zu zahlen, wäre nur dann denkbar, wenn sich herausstellt, dass dem Unternehmen dadurch tatsächlich zusätzliche Kosten entstehen. In diesem Fall muss aber nicht zwingend die DPAG mit der Erbringung des Universaldienstes beauftragt, sondern diese Aufgabe sollte ausgeschrieben werden. Eine Entschädigung der DPAG für die Altlasten aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost ist durch die Monopolgewinne, die die DPAG durch die Exklusivlizenz für Standardbriefe bis Ende 2007 erzielen konnte, inzwischen mehr als ausreichend erfolgt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber die Vorteile, die der DPAG aus der Nachfolge der Deutschen Bundespost entstehen, in keinerlei Weise berücksichtigt, wie z. B. die Übernahme eingearbeiteter Mitarbeiter, die flächendeckende Netzinfrastruktur und nicht zuletzt viele Millionen Kunden.

106. Auch die EU-Kommission kritisiert, dass der Spielraum bei der Entgeltbemessung für die DPAG ein großer Vorteil ist, der von der Bundesnetzagentur jedoch

¹²⁰ Vgl. Sedemund, in: Beck'scher PostG-Kommentar, 2. Aufl., 2004, § 20 Rn. 41.

¹²¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., Tz. 92-102.

¹²² Vgl. Sedemund, in: Beck'scher PostG-Kommentar, 2. Aufl., 2004, § 20 Rn. 129 f.

¹²³ Vgl. Monopolkommission, Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, Sondergutachten 49, Baden-Baden 2008, Tz. 588.

an keiner Stelle quantifiziert wird. Sie hat die Bundesrepublik Deutschland im Juni 2002 verpflichtet, unerlaubte Beihilfen in Höhe von 572 Mio. Euro von der DPAG zurückzufordern. Die Entscheidung 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. Dagegen klagte die DPAG. Das Gericht erster Instanz (EuG) gab am 1. Juli 2008 dieser Klage statt. Nach dieser Entscheidung muss die Bundesrepublik den 2003 in Erfüllung der Kommissionsentscheidung von der DPAG an die Bundesrepublik gezahlten vorgenannten Betrag plus Zinsen für die vergangenen Jahre (insgesamt 1,067 Mrd. Euro) an die DPAG zurückzahlen.¹²⁴ Nach Auffassung des Gerichts erster Instanz habe die EU-Kommission den Fall nicht sorgfältig genug geprüft und sei den Beweis für die Quersubventionierung schuldig geblieben. Im September 2007 hat die EU-Kommission außerdem ein förmliches Prüfverfahren nach Artikel 108 Absatz 2 AEUV (ex-Artikel 88 Absatz 2 EGV) eingeleitet,¹²⁵ das sie als Ergänzung und Erweiterung des vorherigen Verfahrens betrachtet. Hierbei will sie prüfen, ob der Ausgleich, den die DPAG für die Erbringung des Universaldienstes von 1989 bis 2007 erhalten hat, erforderlich und angemessen war. Um die Höhe des Ausgleichs ermitteln zu können, beabsichtigt die EU-Kommission, sämtliche staatlichen Zuwendungen an die DPAG zu erfassen und monetär zu bewerten. Dazu 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 Universaldienst gegenübergestellt werden. Aufgrund der hohen Renditen im Briefbereich vermutet die EU-Kommission eine Überkompensation der DPAG für die Erbringung des Universaldienstes. Derzeit ist eine Klage der DPAG betreffend der Anordnung zur Auskunftserteilung durch die EU-Kommission vor dem Gericht erster Instanz anhängig.¹²⁶

107. Die Monopolkommission sieht die preislichen Gestaltungsspielräume der DPAG äußerst kritisch und plädiert für eine ersatzlose Streichung der Regelungen des § 20 Absatz 2 Satz 2 PostG und – gleichlautend – § 3 Absatz 4 Satz 3 PEntgV, damit zukünftig die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung – so wie in allen anderen liberalisierten Netzindustrien auch – der einzige relevante Maßstab für die Entgeltregulierung sind. Nur so kann im Rahmen der Ex-ante-Regulierung eine Preisstruktur entstehen, die sich auch auf einem Markt mit funktionierendem Wettbewerb bilden würde. Entgelte, die zusätzliche Kostenkomponenten beinhalten, spiegeln weder in Höhe noch Struktur die Preise wider, die sich unter vollständig

wettbewerblichen Bedingungen bilden würden. Eine Verzerrung der Preisstruktur der DPAG, wie es die beschriebenen Regelungen erlauben, führt z. B. dazu, dass in den Bereichen, in denen die genehmigten Entgelte deutlich über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen, der Markteintritt sich auch für solche Anbieter lohnt, die weniger effizient als der ehemalige Monopolist sind. Dies gilt es dringend zu vermeiden.

3.4.2 Kritik am Price-Cap-Verfahren

108. Die Bundesnetzagentur hat erstmals im Jahr 2002 ein Price-Cap-Verfahren durchgeführt und die Maßgrößen für Briefsendungen bis 1 000 g beschlossen. Die Maßgrößen, die die Entwicklung der maximal zulässigen Preisobergrenzen für die in einem Korb zusammengefassten Dienstleistungen festlegen, galten vom 1. Januar 2003 bis zum 31. Dezember 2007. Der Price-Cap bestand aus drei Körben, dem Korb M für Postdienstleistungen im Monopol, dem Korb W für Postdienstleistungen im Wettbewerbsumfeld und dem Korb T für postalische Teilleistungen. Innerhalb dieser Regulierungsperiode wurden die Preise jährlich zum 1. Januar an die Maßgrößenvorgaben (Produktivitätsfortschrittsrate und Preissteigerungsrate) angepasst. Nach dem Auslaufen dieser Fünfjahresperiode gilt seit 1. Januar 2008 eine den veränderten Rahmenbedingungen angepasste neue Regulierungsperiode mit einer Dauer von vier Jahren.¹²⁷ Dabei wurden alle Dienstleistungen, die weiterhin der Ex-ante-Entgeltregulierung unterliegen, in einem Korb zusammengefasst. Die Leistungen des Korbes T und die Geschäftskundenprodukte des Korbes W unterliegen seit dem 1. Januar 2008 nicht mehr der Ex-ante-Entgeltregulierung. Die Übertragung ungenutzter Entgeltspielräume auf folgende Price-Cap-Perioden, der sog. Carry-Over, bleibt erhalten. Die erwartete Produktivitätsfortschrittsrate – der sog. X-Faktor – wurde für die Jahre 2008 bis 2011 auf jeweils 1,8 Prozent angesetzt. Das bedeutet, dass die DPAG die im Price-Cap enthaltenen Dienstleistungen im Durchschnitt jährlich maximal um einen Betrag in Höhe der Inflationsrate abzüglich des X-Faktors von 1,8 Prozent erhöhen darf, sofern es keinen Carry-Over gibt. In der vorherigen Regulierungsperiode war für die Jahre 2004 bis 2007 der X-Faktor in gleicher Höhe festgesetzt worden. Insofern unterscheidet sich der aktuelle Price-Cap von dem vorherigen nur darin, dass ein großer Teil der früher enthaltenen Dienstleistungen herausgefallen ist. Bei der Ermittlung des X-Faktors sind das Verhältnis des Ausgangsentgeltniveaus zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (§ 4 Absatz 3 PEntgV) und die Produktivitätsfortschrittsraten von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten zu berücksichtigen (§ 4 Absatz 4 PEntgV). Dabei werden nicht allein die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als Entgeltmaßstab berücksichtigt, sondern ebenso die Regelungen des § 20 Absatz 2 Satz 2 PostG. Preislich verändert sich durch den neuen Price-Cap wenig. Für das Jahr 2009 hätte die DPAG das Preisniveau um maximal 0,5 Prozent anheben können. Diesen Erhöhungsspielraum hat das Unternehmen allerdings nur für Auslandspost genutzt. Für deutschlandweite Briefsen-

¹²⁴ Vgl. EuG, Urteil vom 1. Juli 2008, Rs. T-266/02, DPAG/Kommission.

¹²⁵ Vgl. Europäische Kommission, Staatliche Beihilfe C 36/07 (ex NN 25/07) – Staatliche Beihilfe an die Deutsche Post AG, Aufforderung zur Stellungnahme gemäß Artikel 88 Absatz 2 des EG-Vertrags, ABl. EU Nr. C 245 vom 19. Oktober 2007, S. 21.

¹²⁶ Vgl. EuG, Rs. T-570/08, DPAG/Kommission, Klage eingereicht am 22. Dezember 2008

¹²⁷ Vgl. BNetzA, Beschluss vom 7. November 2007, Bk 5b-07/068.

dungen wurden keine Preiserhöhungen beantragt. Folglich blieben die Porti für Inlandspost stabil. Die Bundesnetzagentur hat als Ausgangsentgeltniveau für die laufende Regulierungsperiode die am 31. Dezember 2007 von der DPAG erhobenen Entgelte genommen und für die folgenden vier Jahre einen jährlich gleich bleibenden X-Faktor festgesetzt. Daraus lässt sich schließen, dass sie das Ausgangsentgeltniveau nicht für missbräuchlich überhöht hält bzw. es in ihren Augen den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zuzüglich der Kosten für Universaldienst und Altlasten entspricht. Andernfalls hätte entweder das Ausgangsentgeltniveau deutlich niedriger sein müssen, als die Preise der DPAG tatsächlich sind, oder der X-Faktor im ersten Jahr des neuen Price-Caps deutlich höher ausfallen müssen. Die Bundesnetzagentur hat der Monopolkommission leider keinen Zugang zu den Unterlagen bezüglich der Ausgestaltung des neuen Price-Cap gewährt. Die Behörde gab der Monopolkommission inzwischen die Auskunft, dass bei der erwarteten Produktivitätsfortschrittsrate von 1,8 Prozent auf die Entwicklung der Arbeitsproduktivität abgestellt wurde.

109. Die Monopolkommission hat die Price-Cap-Entscheidung der Bundesnetzagentur bereits in ihrer letzten Stellungnahme zur Wettbewerbsentwicklung auf den Postmärkten kritisiert.¹²⁸ Die Kritik bezog sich im Wesentlichen auf zwei Punkte. Erstens hält es die Monopolkommission für ausgeschlossen, dass das Ausgangsentgeltniveau nicht überhöht war. Zweitens hält sie die von der Bundesnetzagentur erwarteten Produktivitätsfortschritte der DPAG für zu gering. Zu Punkt 1: Die Umsatzrendite der DPAG im Konzernbereich Brief betrug im Jahr 2008 15,7 Prozent (vgl. Tabelle 2.6 in Abschnitt 2.3). Eine solche Rendite ist nur möglich, wenn das Preisniveau deutlich über den Kosten liegt, unabhängig davon, wie sich diese Kosten zusammensetzen, also inwiefern neben den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auch noch Kosten für Altlasten oder Universaldienste berücksichtigt werden. Ferner hat die DPAG in der Vergangenheit die Preissetzungsspielräume des Price-Cap nicht einmal vollständig ausgenutzt. Die hohen Umsatzrenditen im Briefbereich wurden also mit Preisen erzielt, die sogar leicht unter denen liegen, die nach Ansicht der Bundesnetzagentur verlangt werden müssen, um die Kosten der Briefbeförderung einschließlich aller „Sonderbelastungen“ zu decken. Ferner hat die Bundesnetzagentur bei der Ermittlung des Ausgangsentgeltlevels für den Price-Cap Ist- und Soll-Preise von 2007 verwendet, welche beide Kosten für den Universaldienst enthalten. Die DPAG ist seit dem 1. Januar 2008 nicht mehr dazu verpflichtet, den Universaldienst zu erbringen, sondern tut dies seitdem freiwillig. Die Tatsache, dass ein gewinnmaximierendes Unternehmen diese Leistung ohne Verpflichtung erbringt, zeigt, dass das Unternehmen dadurch zusätzliche Erlöse erzielt, die über den zusätzlichen Kosten liegen. Dementsprechend ist es nicht zulässig, Kosten des Universaldienstes bei der Ermittlung des Ausgangsentgeltlevels zu berücksichtigen. Zu Punkt 2: Die Bundesnetzagentur ging bei der Ermittlung des X-Faktors davon aus, dass Produktivitätssteigerungen bei der DPAG in

etwa den gesamtwirtschaftlich vergleichbaren Steigerungen der Arbeitsproduktivität entsprechen. Die Monopolkommission hält eine Produktivitätsfortschrittsrate von jährlich 1,8 Prozent für ein Unternehmen, das aus einem staatlichen Monopolbetrieb hervorgegangen ist, für zu gering. Die Zahl der Zustellbezirke ist in den letzten Jahren deutlich gesunken. Die Löhne der neu eingestellten Zusteller liegen über 30 Prozent unter denen derer, die noch einen Bestandsschutz haben. Die technischen Fortschritte bei der maschinellen Lesbarkeit von Handschriften und der damit verbundenen maschinellen Sortierung von Briefen sind enorm, weitere Fortschritte sind durch den Einsatz der RFID-Technologie¹²⁹ zu erwarten. Im Paketbereich werden zunehmend sog. Packstationen errichtet, bei denen Pakete vom Versender selbst abgegeben und vom Empfänger selbst abgeholt werden. Allein im Geschäftsjahr 2008 stieg die Zahl der Packstationen um 500 auf 1 400 Stück.¹³⁰ Derartige Investitionen ermöglichen Kosteneinsparungen bei der DPAG. Solche Beispiele lassen erwarten, dass die DPAG auch zukünftig beträchtliche Kosteneinsparungen realisieren kann. Inwieweit der durch die Bundesnetzagentur festgelegte X-Faktor angemessen ist, kann allerdings schon deshalb nicht endgültig beurteilt werden, weil die Behörde zwar eine Vergleichsmarktuntersuchung und weitere Plausibilitätsabwägungen vornimmt, ansonsten aber die Auffassung vertritt, dass dieser Faktor nicht genau berechnet werden könne. Dieselbe Behörde hat für die Einführung der Anreizregulierung in der Energiewirtschaft entsprechende Vorarbeiten bereits geleistet. Es ist dringend erforderlich, dass auch für den Postsektor ein derartiges Verfahren durchgeführt wird.¹³¹

3.4.3 Sonderproblematik: Individuelle Rabatte und Ex-post-Entgeltkontrolle

3.4.3.1 Einführung in die Problematik

110. Seit dem 1. Januar 2008 unterliegen die Entgelte für Beförderungsleistungen ab einer Mindesteinfuhrmenge von 50 Stück nicht mehr der Ex-ante-Regulierung (§ 53 PostG i. V. m. § 19 Absatz 2 PostG). Eine

¹²⁹ RFID (Radio Frequency Identification) ist ein auf Transpondertechnik basierendes Verfahren zur Auszeichnung, Identifikation und Lokalisierung von Gegenständen (und somit auch für Brief- und Paket-sendungen).

¹³⁰ Vgl. Deutsche Post World Net, Geschäftsbericht 2008, S. 47.

¹³¹ Zur Vorbereitung der Einführung der Anreizregulierung in der Energiewirtschaft hat die Bundesnetzagentur im Juni 2006 einen umfangreichen Bericht gemäß § 21a EnWG vorgelegt. Sie ist dazu nach § 112a EnWG gesetzlich verpflichtet. Der Bericht wurde „unter Beteiligung der Länder, der Wissenschaft und der betroffenen Wirtschaftskreise“ erstellt und berücksichtigt internationale Erfahrungen mit Anreizregulierungssystemen. Im Zuge dessen hat die Bundesnetzagentur mehrere Konferenzen mit namhaften Wissenschaftlern und Vertretern anderer europäischer Regulierungsbehörden veranstaltet sowie eine Reihe von Gutachten vergeben, deren Ergebnisse in die Ausgestaltung der Regulierungsempfehlung der Bundesnetzagentur eingeflossen sind. Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., Tz. 110. Zum 1. Januar 2009 wurde die Anreizregulierung im Energiesektor endlich eingeführt, sodass insoweit auch bereits praktische Erfahrungen der Bundesnetzagentur bestehen; vgl. Monopolkommission, Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, Sondergutachten 54, Baden-Baden 2009, Tz. 284 ff.

¹²⁸ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., Tz. 104 – 111.

Ex-post-Entgeltkontrolle erfolgt weiterhin durch die Bundesnetzagentur (§ 25 PostG) sowie im Rahmen der allgemeinen Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt (§ 2 Absatz 3 PostG i. V. m. § 19 ff. GWB). Diese zunächst unscheinbare Regelung betrifft mit den Massensendungen ca. 85 Prozent des Marktes und gerade den Teil, der von den Postdienstleistern am stärksten umkämpft ist. Die DPAG kann nun mit den Großversendern individuelle Preisvereinbarungen treffen, ohne diese vorab der Bundesnetzagentur zur Genehmigung vorlegen zu müssen. Es ist davon auszugehen, dass der marktbeherrschende Anbieter seine größere Flexibilität dazu nutzt – und in noch größerem Maße nutzen wird –, um seine größten Kunden mit individuellen Rabatten auf die Listenpreise zu binden. So gaben im Rahmen einer Umfrage des WIK zur Nachfrage nach Postdienstleistungen von Geschäftskunden, die zwischen Oktober 2008 bis März 2009 durchgeführt wurde, 30,2 Prozent der Unternehmen an, gegenüber der DPAG Rabatte auszuhandeln, ohne dafür die regulären Voraussetzungen hinsichtlich Freimachung, Vorsortierung, Einlieferung im Briefzentrum oder Mindesteinlieferungsmengen erfüllen zu müssen. 6,2 Prozent der Unternehmen, die Preisnachlässe erhalten, gaben an, von der DPAG Werbekostenzuschüsse für ihre Versandaktionen zu erhalten.¹³² Durch die zunehmende Bedeutung solcher Rabattvereinbarungen steht die Bundesnetzagentur vor der Herausforderung, die für den Wettbewerb unproblematischen Preisnachlässe der DPAG von solchen zu unterscheiden, die eine wettbewerbsbehindernde Wirkung haben. Insofern bedarf es nach Ansicht der Monopolkommission der Entwicklung von Kriterien zur wettbewerbspolitischen Beurteilung individueller Rabattvereinbarungen, der Analyse der Informationsanforderungen und -möglichkeiten der Bundesnetzagentur sowie der rechtlichen Voraussetzungen für eine effektive Ex-post-Entgeltkontrolle.

111. Bevor die Wirkung von Rabatten diskutiert wird, ist zunächst zu klären, welche Grundformen von Rabatten existieren und welche auf Postmärkten relevant sind.¹³³ Eine präzise Unterscheidung ist jedoch immer dann nicht möglich, wenn die Unternehmen die Rabatttypen miteinander kombinieren oder differenzieren. Daher ist auch die folgende Darstellung nicht erschöpfend.¹³⁴ Die wesentlichen Bezugsgrößen für die Gewähr eines Rabatts sind die Einlieferungs menge, der Umsatz und der Anteil am Gesamtbedarf des Kunden, den dieser über den jeweiligen Anbieter deckt. Grob kann man Mengentarabatte, Umsatz-

und Gesamtumsatzrabatte, Treuerabatte, angestoßene und durchgerechnete Rabatte sowie ungebundene und gebundene Rabatte unterscheiden. Mengentarabatte sind Preisnachlässe ab Erreichen einer bestimmten Abnahmemenge. Umsatzrabatte sind Preisnachlässe ab Erreichen einer Umsatzschwelle innerhalb einer vorab definierten Zeitspanne. Eine Variante davon sind Gesamtumsatzrabatte: Hier erhält der Kunde einen Preisnachlass auf der Grundlage seiner Umsätze mit sämtlichen Produkten des jeweiligen Anbieters. Treuerabatte sind Preisnachlässe dafür, dass ein Kunde seinen gesamten Bedarf oder einen hohen Anteil davon über den jeweiligen Anbieter deckt. Ein durchgerechneter Rabatt gilt für das gesamte Volumen, ein angestoßener Rabatt dagegen nur für die Menge jenseits der Rabattschwelle. Werden bestimmten Kunden Preisnachlässe unabhängig von ihren tatsächlichen Käufen gewährt, z. B. in einer bestimmten Region, wo der Wettbewerb besonders intensiv ist, spricht man von ungebundenen Rabatten – im Gegensatz zu gebundenen Rabatten, die an ein bestimmtes Kaufverhalten geknüpft sind. Letztere stellen den Regelfall dar.

112. Rabatte fallen unter das Prinzip der Preisdifferenzierung, engl. „price discrimination“.¹³⁵ Bei der wettbewerbspolitischen Beurteilung darf der ökonomische Begriff der Preisdifferenzierung nicht mit dem juristischen Begriff der Preisdiskriminierung gleichgesetzt werden. Preisdifferenzierung umfasst die unterschiedliche Behandlung gleicher Tatbestände (Preisdiskriminierung im juristischen Sinn) sowie die Gleichbehandlung unterschiedlicher Tatbestände. Letztere wird im deutschen Kartellrecht im Allgemeinen nicht als Diskriminierung angesehen.¹³⁶ Der ökonomische Begriff wird wettbewerbspolitisch neutral verwendet, d. h. Preisdifferenzierungen können positive, neutrale und negative Effekte für den Wettbewerb haben, also den Wettbewerb beleben und die Wohlfahrt steigern oder eine Verdrängung von Wettbewerbern und Wohlfahrtsverluste bewirken. Für ihre Beurteilung ist entscheidend, zwischen jenen Maßnahmen zu unterscheiden, die Ausdruck wirksamen Wettbewerbs sind, und jenen, die den Wettbewerb beeinträchtigen.

¹³² Ein Großversender berichtete gegenüber dem WIK von dem Angebot eines Werbekostenzuschusses durch die DPAG; im Gegenzug sollten die Briefumschläge mit dem Logo der DPAG versehen werden. Vgl. WIK-Consult, Nachfrage nach Postdienstleistungen von Geschäftskunden, Studie im Auftrag der Bundesagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Bad Honnef, März 2009, S. 57.

¹³³ Dazu ausführlicher Zauner, M., Wettbewerbspolitische Beurteilung von Rabattsystemen im Postmarkt, WIK-Diskussionsbeitrag Nummer 306, Bad Honnef 2008, S. 7-24.

¹³⁴ Zudem sind rabattierte Produkte von solchen abzugrenzen, die wegen eines reduzierten Leistungsspektrums mit Preisnachlass angeboten werden, wie z. B. beim Teilleistungszugang. Hier müssen einige Prozesse der postalischen Wertschöpfungskette durch den Versender als Vorleistung erbracht werden.

¹³⁵ Man unterscheidet drei Arten der Preisdifferenzierung: Bei der Preisdifferenzierung ersten Grades setzt der Anbieter für jeden Nachfrager einen individuellen Preis in Höhe seiner maximalen Zahlungsbereitschaft. Er bedient alle Kunden, deren Zahlungsbereitschaft mindestens den Grenzkosten der Herstellung entspricht. Preisdifferenzierung zweiten Grades liegt vor, wenn der Anbieter die individuellen Zahlungsbereitschaften seiner Kunden nicht kennt und deshalb Gruppen bildet, in die sich die Nachfrager nach endogenen Kriterien selbst einordnen, z. B. die Höhe der nachgefragten Menge. Innerhalb der Gruppe zahlt jeder den gleichen Preis. Preisdifferenzierung dritten Grades liegt vor, wenn der Anbieter die Nachfrager nach exogenen Kriterien einzelnen Gruppen zuordnet (Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe oder Standort = räumliches Entscheidungskriterium). Alle Arten der Preisdifferenzierung setzen voraus, dass erstens die Nachfrage unterschiedliche Reservationspreise bzw. Preiselastizitäten der Nachfrage aufweisen, zweitens der Anbieter die Nachfrager in mindestens zwei Gruppen unterteilen kann, drittens es keine Arbitragemöglichkeiten zwischen den Gruppen gibt und viertens die Konkurrenzsituation differenzierte Preise zulässt.

¹³⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 27. September 1962, KZR 6/61, „Treuhändbüro“, WuW/E BGH 508, 508 = BGHZ 38, 90, 100 ff.; Bechtold, R., Kartellgesetz – Kommentar, 5. Aufl., München 2008, § 20 Rz. 51; Emmerich, V., Kartellrecht, 10. Aufl., München 2006, S. 375; Schmidt, I., Wettbewerbspolitik und Kartellrecht, 8. Aufl., Stuttgart 2005, S. 133.

113. Zunächst gilt es die ambivalenten Effekte von Preisdifferenzierungen/Rabatten auf den Wettbewerb und die Wohlfahrt zu verstehen. Hilfreich für die wettbewerbspolitische Beurteilung von Rabatten ist die Klärung der Ziele der Anbieter. Die Segmentierung der Kunden durch die selektive Rabattgewährung erlaubt ihnen, die unterschiedlichen Preiselastizitäten der Nachfrage ihrer Kunden auszunutzen und einen größeren Teil der Konsumentenrente in Produzentenrente umzuwandeln, d. h. ihre Gewinne zu steigern. Weitere Ziele bestehen in der Neukundenakquisition, Kundenbindung, Generierung von Marketing-Informationen. Neben den bisher aufgeführten Zielen, die zum normalen Leistungswettbewerb gehören, kann ein Unternehmen Rabatte direkt zur Abwehr von Wettbewerbern einsetzen. Dies ist dann der Fall, wenn ein Anbieter sehr große und nicht leistungsgerechte Preisnachlässe gewährt, um Wettbewerber gezielt aus dem Markt zu drängen. Es ist davon auszugehen, dass die Wahrscheinlichkeit einer wettbewerbsbehindernden Wirkung einer Preisdifferenzierung mit steigender Marktmacht des jeweiligen Anbieters zunimmt. Ferner kann ein marktmächtiger Anbieter Rabatte deutlich großzügiger und langfristiger gewähren als ein neuer Anbieter. Die Gewährung von Rabatten wird dadurch begünstigt, dass im Briefbereich hohe sendungsvolumenunabhängige Kosten anfallen, d. h. starke Skalenvorteile bestehen. Preise in Höhe der Grenzkosten wären nicht kostendeckend. Mit Preisen typischerweise über den Grenzkosten besteht für den Anbieter ein großer Spielraum, individuelle Preisnachlässe in Richtung der Grenzkosten anzubieten.

114. Mengen- und Umsatzrabatte fallen unter die Preisdifferenzierung zweiten Grades. Zu den positiven Wirkungen von selektiven Rabatten zählen, dass Nachfrager bedient werden, die das Gut zu einem (höheren) Einheitspreis nicht gekauft hätten. Weil der Mengenrabatt den Durchschnittspreis verringert, entsteht zusätzliche Nachfrage. So steigt die Versorgung des Marktes mit dem Produkt und damit die Konsumentenrente. Ebenfalls profitiert auch das Rabatt gewährende Unternehmen, weil es neben den Kunden, die den regulären Preis zahlen, zusätzliche Kunden gewinnt, die nur einen niedrigeren Preis oberhalb der Grenz- bzw. Inkrementalkosten zu zahlen bereit sind. Nach dem Ramsey-Prinzip zahlen Kunden mit einer geringen Preiselastizität den regulären Preis, während Kunden mit einer hohen Preiselastizität einen Rabatt erhalten. Damit tragen Rabatte zur Fixkostendeckung bei. Zudem kann das Unternehmen seine Kapazitäten optimieren, wenn mit den Kunden die abzunehmende Menge vorab vertraglich festgesetzt wird. Insgesamt bewirkt die Einführung von Rabatten ausgehend von einem Preis über den Grenz- bzw. Inkrementalkosten, der in Netzindustrien zur Deckung der Totalkosten notwendig ist, eine Steigerung der Produzenten- und Konsumentenrente und führt durch die Minimierung des „Deadweight loss“ zu einem höheren Wohlfahrtsniveau im Vergleich zur Situation ohne eine Preisdifferenzierung.

115. Daneben müssen aber auch negative Effekte berücksichtigt werden, die sich bei einer wettbewerbspolitischen Betrachtung zeigen. Rabatte können den Wettbewerb auf drei Ebenen beeinträchtigen, nämlich auf dem Markt des Rabatt gewährenden Unternehmens, auf dem

nachgelagerten Markt des bevorzugten bzw. benachteiligten Unternehmens sowie auf Drittmärkten. Bei der Beurteilung der Auswirkungen von Rabatten sind zwei Kriterien von Bedeutung: der Effekt, den der Rabatt auf die Konkurrenten des differenzierenden Unternehmens und des bevorzugten Unternehmens hat (Individualschutz), und der Effekt auf den Wettbewerb an sich (Institutionenschutz).¹³⁷ Gewährt ein marktbeherrschender Anbieter einen nicht kostenorientierten Mengenrabatt, wird dadurch der Wettbewerb auf dem Markt beeinträchtigt, auf dem dieser Anbieter tätig ist. Die Wettbewerber müssen ihre Produkte – gleiche Qualität vorausgesetzt – zum gleichen Preis oder billiger anbieten. Dies bereitet den kleineren Anbietern in Netzindustrien in der Regel Probleme, weil sie weniger Skalen- und Verbundvorteile realisieren können. Die Rabattpolitik des marktbeherrschenden Anbieters kann also dazu führen, dass Wettbewerber aus dem Markt ausscheiden. Wettbewerbsverzerrungen können auch auf nachgelagerten Märkten entstehen. Ein großer Nachfrager, der diesen Rabatt erhalten hat, erhält einen nicht leistungsbedingten Vorteil gegenüber seinen kleineren Konkurrenten. Mittel- bis langfristig drohen auch hier Konzentrationstendenzen.

116. Rabatte können diskriminierend wirken, wenn sie selektiv, d. h. nur bestimmten Unternehmen gewährt werden. Dies ist auch dann der Fall, wenn die Bedingungen nur von ausgewählten Unternehmen erfüllt werden können, z. B. die Schwelle für einen Mengenrabatt so gesetzt wird, dass nur bestimmte Großkunden profitieren und die Schwellensetzung überwiegend nach strategischen Gesichtspunkten, unabhängig von Kostenkriterien, erfolgt ist. Solche selektiven Rabatte werden vor allem dann gewährt, wenn der Anbieter mit dem Großkunden z. B. über ein Tochterunternehmen verbunden ist und ihn in dessen Absatzmarkt zu stärken beabsichtigt.¹³⁸

117. Ein anderer wettbewerbspolitisch kritischer Effekt ist die Sogwirkung, die Mengen- und Umsatzrabatte auslösen können. Gewährt ein marktbeherrschender Anbieter ab einer bestimmten Schwelle (Menge/Umsatz) einen Rabatt, der rückwirkend für die gesamte Menge gilt (durchgerechneter Rabatt), haben Nachfrager den Anreiz, gegen Ende der Abrechnungsperiode ihre verbleibende Nachfrage ausschließlich über diesen Anbieter zu decken oder sogar mehr als benötigt abzunehmen, um die Rabattschwelle zu erreichen, selbst wenn Wettbewerber günstigere Preise zu regulären Konditionen anbieten. Der Grund ist der negative Grenzpreis beim Überschreiten der Rabattschwelle. Ein Wettbewerber müsste seine Kunden für den Erhalt des Beförderungsauftrags bezahlen, um ein vergleichbares Angebot zu machen. Je höher der prozentuale Preisnachlass auf den Gesamtpreis und je höher die Rabattschwelle, desto stärker ist die Sogwirkung unterhalb der Schwelle und infolgedessen auch die wahrscheinliche Marktverschließung für tatsächliche oder potenzielle Wettbewerber. Ein ähnlicher Effekt wirkt bei Gesamtumsatzrabatten. Solche Rabatte basieren nicht auf mengenbezogenen Kosteneinsparungen. Mehrproduktunternehmen bezwecken damit, dass ihre Kunden ihre Nachfrage bei ih-

¹³⁷ Vgl. Schmidt, I., a. a. O., S. 133 f.

¹³⁸ Vgl. ebenda, S. 134.

nen bündeln, um die Rabattschwelle zu erreichen, und dafür gegebenenfalls sogar solche Produkte abnehmen, die von anderen Anbietern zu niedrigeren Preisen erhältlich sind. Diese Sogwirkung basiert auf dem Treueeffekt, den diese Rabattform induziert. Ist der Anbieter marktbeherrschend, wird der Marktzutritt für die Wettbewerber durch den Rabatt noch weiter erschwert.

118. Daneben gibt es spezielle Treuerabatte, die am spezifischen Bedarf der Kunden ausgerichtet sind und gewährt werden, wenn diese einen hohen Teil oder den gesamten Bedarf über den Anbieter decken.¹³⁹ Treuerabatte sind in der Regel als durchgerechnete Rabatte gestaltet. Darin verbirgt sich großes wettbewerbsbeschränkendes Potenzial. Wenn der Rabatt am spezifischen Bedarf der Kunden ausgerichtet ist, erhält ein Abnehmer, der mit einer bestimmten Menge seinen gesamten Bedarf deckt, einen Preisnachlass, während ein anderer Abnehmer, der mit der absolut gleichen Menge seinen Bedarf nicht deckt, den regulären Preis zahlt. Die Diskriminierung zwischen den Abnehmern lässt sich auf der Angebotsseite nicht durch Kosteneinsparungen begründen. Transaktionsbezogene Kostenvorteile dürften in der Regel eher durch allgemeine als durch unternehmensspezifische Zielmengen zu erreichen sein. Ein Treueeffekt geht auch von gebundenen Rabatten aus. Diese liegen z. B. dann vor, wenn der Nachfrager einen Preisnachlass erhält, weil er mehrere Produkte bei dem Anbieter bezieht, und er diesen Vorteil für alle übrigen Produkte verliert, sobald er ein einziges Produkt woanders bezieht. Um den Nachfrager für den Anbieterwechsel hinreichend zu kompensieren, müssten Wettbewerber für das gleiche Güterbündel mindestens den gleichen Rabatt gewähren.¹⁴⁰

119. Besonders problematisch sind die beschriebenen Rabatte, wenn sie aus einem Bereich gegenfinanziert werden, in dem der Anbieter ein Monopol oder eine monopolähnliche Stellung hat. Wettbewerber, deren Preise zwischen dem kostenbasierten und dem quersubventionierten Preis dieses Anbieters liegen, müssen aus dem Markt ausscheiden, auch wenn sie das betreffende Produkt effizienter herstellen. So kann der Anbieter seine Marktmacht über die Rabatte in einen stärker wettbewerbsmäßig geprägten Bereich übertragen. Mögliche Skalen- und Verbundvorteile des marktbeherrschenden Anbieters können dann dadurch überkompensiert werden, dass er keinem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist und somit keinen Anreiz zu effizienter Produktion hat.

120. Insgesamt ist festzuhalten, dass Rabatte aus wettbewerbspolitischer Sicht negative Effekte haben können, insbesondere dann, wenn der Rabatt gewährende Anbieter marktbeherrschend ist. Für die wettbewerbsökonomische Betrachtung ist entscheidend, ob ein Rabatt in erster Linie dazu dient, den Wettbewerb einzuschränken, vor al-

lem bei dynamischer Betrachtung, da durch eine Verdrängung von Wettbewerbern zukünftige Wohlfahrtsgewinne durch Innovationen und niedrigere Preise verhindert werden. Demgegenüber stehen die statischen Vorteile von Rabatten im Sinne einer wohlfahrtsökonomisch vorteilhaften Preisdifferenzierung. Die Abwägung der Vor- und Nachteile ist für Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden ein schwieriges Unterfangen.

3.4.3.2 Allgemeines Wettbewerbsrecht

121. Zur rechtlichen Beurteilung von Rabatten sind die Vorgaben des allgemeinen europäischen und nationalen Wettbewerbsrechts sowie die spezifischen postrechtlichen Vorschriften zu beachten. Das europäische Recht beinhaltet zwar kein grundsätzliches Diskriminierungsverbot, allerdings unterliegen marktbeherrschende Unternehmen besonderen Regeln. Artikel 102 AEUV (ex-Artikel 82 EGV) verbietet das missbräuchliche Ausnutzen einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen kann. Nach Artikel 102 AEUV (ex-Artikel 82 EGV) besteht ein Missbrauch insbesondere in der Erzwingung unangemessener Einkaufs- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen sowie in der Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden (Diskriminierungsverbot). Damit sind wettbewerbsbehindernde Rabatte verboten. Rabatte, die auf einem Rationalisierungsvorteil großer Absatzmengen basieren, werden in der EU-Kartellrechtspraxis im Fall marktbeherrschender Anbieter nicht per se als missbräuchlich eingestuft. Dagegen bewertet die EU-Kommission Bedingungen wie die Zusammenfassung der Menge über mehrere Transaktionen oder Produktkategorien als missbräuchlich. Entscheidend für die Beurteilung ist der Treueeffekt des Rabatts. Dieser verzerrt die Entscheidung der Nachfrager zwischen den Anbietern und behindert andere Anbieter beim Markteintritt.¹⁴¹ Nach EU-Kartellrechtspraxis beruht die missbräuchliche Wirkung von Treuerabatten darauf, dass der Preisnachlass keine ökonomische Grundlage habe, abgesehen von der Absicherung bzw. Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung, siehe dazu die Urteile des Europäischen Gerichtshofs in den Fällen Michelin¹⁴² und British Airways.¹⁴³ Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs im Fall Hoffmann-La Roche weist ferner auf die Diskriminierung der Abnehmer hin.¹⁴⁴

¹³⁹ Dabei handelt es sich genau genommen um einen gebundenen Rabatt, weil der Nachfrager für die Rabattgewährung eine Bedingung erfüllen muss, nämlich seinem Anbieter „treu“ zu sein.

¹⁴⁰ Zusätzliche Loyalität wird sicherlich auch dadurch geschaffen, dass Unternehmen es – bei sonst gleichen Bedingungen – vorziehen, alle relevanten Einkäufe bei einem Unternehmen zu tätigen, alleine wegen des gemeinsamen Ansprechpartners und einer größeren Verhandlungsmacht auch bei den nicht preislichen Konditionen.

¹⁴¹ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 20. Juni 2001, COMP/E-2/36.041/PO – Michelin, ABl. EG Nr. L 143 vom 31. Mai 2002, S. 1, hier: Rn. 226 ff. In diesem Fall knüpfte Michelin einen Mengenrabatt für Händler rückwirkend an die Abnahmemenge eines Jahres. Dies galt für alle Reifenkategorien zusammen.

¹⁴² Vgl. EuGH, Urteil vom 9. November 1983, Rs. 322/81, Slg. 1983, 3461, hier: 3508, Rn. 48.

¹⁴³ Vgl. EuGH, Urteil vom 15. März 2007, Rs. C-95/04 P, Rn. 44.

¹⁴⁴ Vgl. EuGH, Rs. 85/76, Slg. 1979, 461, Rn. 105. Siehe dazu auch die Ausführungen im vorherigen Abschnitt: Bei gleicher absoluter Abnahmemenge, aber ungleichem Bedarf, müssten die Angebotspreise identisch sein, da für ein und dieselbe absolute Menge auch identische Kosten der Leistungsbereitstellung gelten müssen.

122. Auch das deutsche Wettbewerbsrecht beinhaltet kein allgemeines Diskriminierungsverbot. § 1 GWB verbietet wie Artikel 101 AEUV (ex-Artikel 81 EGV) die kollektive Diskriminierung, also Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen von zwei oder mehreren Unternehmen zur Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichen Leistungen gegenüber Handelspartnern. Die autonome Diskriminierung durch ein Unternehmen ist grundsätzlich nur verboten, wenn es marktbeherrschend ist. § 19 Absatz 4 Nummer 1 GWB verbietet die Behinderung von Wettbewerbern ohne sachlich gerechtfertigten Grund und § 19 Absatz 4 Nummer 3 GWB, für vergleichbare Leistungen differenzierte Entgelte zu verlangen. § 20 GWB beinhaltet das Diskriminierungs- und Behinderungsverbot: „Marktbeherrschende Unternehmen [...] dürfen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln.“ Gleiche Preise bei unterschiedlichen Kosten wertet das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen dagegen nicht als Diskriminierung. Auch aus der deutschen Rechtsprechung folgt kein grundsätzliches Verbot von Rabatten für marktbeherrschende Anbieter. So befand das Oberlandesgericht Düsseldorf, dass eine marktbeherrschende Fluggesellschaft „mit dem Großkundenabonnement einen zulässigen Mengenrabatt gewähren und damit ein unbedenkliches Mittel des Leistungswettbewerbs einsetzen“ könne.¹⁴⁵ Dagegen werden vor allem solche Rabatte als missbräuchlich eingestuft, von denen eine Bindungswirkung ausgeht und denen keine wirtschaftliche Leistung des Nachfragers gegenübersteht, wie z. B. Treuerabatte, die am Bedarf des Kunden orientiert sind und einen Marktverschließungseffekt haben. Ebenso werden Gesamtumsatzrabatte beanstandet, die Umsätze auf Märkten mit unterschiedlicher Wettbewerbsintensität verbinden und so die Übertragung der Marktbeherrschung erlauben.¹⁴⁶

3.4.3.3 Urteils- und Anwendungspraxis

123. Die Möglichkeiten eines Postdienstleisters zur Gestaltung seiner Entgelte werden durch die Vorgaben des europäischen Postrechts eingeschränkt. Maßgeblich hierfür ist die Richtlinie 97/67/EG, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2008/6/EG. Nach Artikel 12 der Richtlinie müssen die Entgelte für Universaldienstleistungen kostenorientiert, transparent und nicht diskriminierend sein. Bei Sondervereinbarungen über Sendungen im Rah-

men des Universaldienstkatalogs (z. B. für Großversender) müssen sowohl die Tarife als auch die Bedingungen transparent und nicht diskriminierend sein. Eine Abschwächung der Transparenz- und Diskriminierungsregeln besteht gleichwohl darin, dass überhaupt individuelle Preisabsprachen getroffen werden dürfen.

124. Die Monopolkommission geht davon aus, dass die meisten Rabattvereinbarungen zwischen den marktbeherrschenden Anbietern und ihren Kunden auf individuellen Verträgen basieren, die nicht öffentlich gemacht und somit gar nicht Gegenstand eines Gerichtsverfahrens werden. Tabelle 3.6 führt die aus der Literatur bekannten Fälle auf.¹⁴⁷ Aus den aufgeführten Wettbewerbs- und Regulierungsfällen lassen sich zum Teil einheitliche Kriterien ableiten, diese sind allerdings häufig sehr abstrakt und können unterschiedlich interpretiert werden, wie z. B. in der Frage der Kostenorientierung eines Rabatts. Die Wettbewerbs- bzw. Regulierungsbehörden definierten in den aufgeführten Fällen die Grenzkosten als Untergrenze, die nicht unterschritten werden darf. Der Oberste Gerichtshof Wien setzte im Fall ÖPAG gegen Redmail die Grenzkosten als Untergrenze an.¹⁴⁸ Die EU-Kommission stufte im Fall der Paketrabatte der DPAG Preise unterhalb der leistungsspezifischen Zusatzkosten (Inkrementalkosten) als wettbewerbsbehindernd ein.¹⁴⁹ Dagegen wurde im Fall Posten AB¹⁵⁰ mit geografisch differenzierten Preisen für Massensendungen der Maßstab der Alleinerstellungskosten (Stand-alone-costs) verwendet.¹⁵¹ Alle drei Ansätze sind letztlich konform mit der Literatur. Hier gilt die Bandbreite zwischen den Grenz- bzw. Inkrementalkosten und den Stand-alone-costs als der Spielraum, der keine wettbewerbsbehindernden Effekte erwarten lässt, solange der Rabatt nicht strategisch zur Verdrängung eingesetzt wird.¹⁵²

125. Bezüglich der wettbewerbspolitischen Beurteilung von Treuerabatten herrscht in den aufgeführten Fällen weitgehende Einigkeit unter den damit befassten Behörden. Sie bewerten Treuerabatte marktbeherrschender Unternehmen als per se wettbewerbsbehindernd und untersagen diese, ohne noch die Kostenstrukturen im Detail zu untersuchen. Dies gilt vor allem dann, wenn der Rabatt daran geknüpft ist, dass der Nachfrager seinen gesamten Bedarf oder einen hohen Prozentsatz über den marktbe-

¹⁴⁵ Vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Februar 1990, U (Kart.) 10/89, WuW/E OLG 4601 „Interlining“, hier: 4609. Die später festgestellte Unzulässigkeit basiert auf der wettbewerbswidrigen Bindungswirkung des Bonussystems.

¹⁴⁶ Vgl. z. B. KG, Urteil vom 12. November 1980, Kart 32/79, WuW/E OLG 2403 „Fertigfutter“, Markert, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Aufl., 2007, § 20 Rn. 181; Monopolkommission, Mißbräuche der Nachfragemacht und Möglichkeiten zu ihrer Kontrolle im Rahmen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Sondergutachten 7, Baden-Baden, 1977, Tz. 228; Lange, K. W., Die kartellrechtliche Kontrolle der Gewährung von Rabatten, in: Wirtschaft und Wettbewerb 52, 2002, S. 220-229.

¹⁴⁷ Eine ausführlichere Darstellung dieser Fälle einschließlich einer Analyse nach Rabattform, Inhalt und Verlauf der Klage und den zugrunde gelegten Beurteilungskriterien der Wettbewerbs- bzw. Regulierungsbehörden gibt Zauner, M., a. a. O., S. 25-43.

¹⁴⁸ Vgl. OGH Wien, Beschluss vom 27. Februar 2006, 16Ok46/05, S. 8.

¹⁴⁹ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 20. März 2001, COMP/35.141 – Deutsche Post AG, ABl. EG Nummer L 125 vom 5. Mai 2001, S. 27.

¹⁵⁰ Am 24. Juni 2009 fusionierte die schwedische Posten AB mit der Post Danmark A/S zur Posten Norden AB.

¹⁵¹ Andersson, P., A Former Monopolist's Right to Compete with Price, shaping the institutional framework for the Swedish postal market, Paper for the conference „Competition and Universal Service in the Postal Sector“, Toulouse, 26. bis 27. März 1999 sowie Andersson, P., The Liberalisation of Postal Services in Sweden. Goals, results and lessons for other countries, Linköping 2006.

¹⁵² Preise zwischen den inkrementellen Durchschnittskosten und den Stand-alone-costs deuten auf eine subventionsfreie Preisstruktur in Mehrproduktunternehmen hin; vgl. Niederprüm, A., Quersubventionierung und Wettbewerb im Postmarkt, WIK-Diskussionsbeitrag Nummer 225, Bad Honnef 2002, S. 16.

herrschenden Anbieter decken muss. Dann können die Wettbewerber nur schwer Nachfrage an sich ziehen, weil jede Nachfragesteigerung durch die Bindung des Rabatts am Bedarf des Kunden über den marktbeherrschenden Anbieter gedeckt wird. Diese Auffassung vertrat auch die Bundesnetzagentur im Verfahren gegen die DPAG hinsichtlich der Rabatte beim Infopost-Versand sowie die EU-Kommission im Verfahren gegen die DPAG hinsichtlich der Preisnachlässe im Bereich Paketversand. Ebenso werden Rabatte marktbeherrschender Anbieter als missbräuchlich eingestuft, wenn sie an eine Zielvorgabe gebunden sind, z. B. der Anbieter den Rabatt daran knüpft, dass der Nachfrager in einem bestimmten Zeitraum mindestens ebenso viele Sendungen über den Anbieter verschickt wie in der Vorperiode. Diese Bedingung wurde vom Obersten Gerichtshof Wien im Verfahren Redmail gegen die ÖPAG als Treuerabatt im Zusammenhang mit dem Postzeitungsversand gewertet. Zu einem ähnlichen Ergebnis kam die französische Wettbewerbsbehörde bei der Untersuchung der Versandhandelsrabatte von La Poste. Das Unternehmen hatte die Rabatthöhe an die Um-

satzentwicklung gebunden. So hatten Versender den Anreiz, ihr gesamtes Sendungsaufkommen über La Poste abzuwickeln, um möglichst hohe Wachstumsraten geltend machen zu können.

126. Bei ihren Entscheidungen standen den Behörden drei Urteile aus der europäischen Rechtsprechung als Leitlinien zur Verfügung. Der Europäische Gerichtshof stellte im Fall Hoffmann-La Roche grundsätzlich fest, dass Treuerabatte, die am Gesamtbedarf des Kunden orientiert sind und eine Ausschließlichkeitsbindung beinhalten, einen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstellen.¹⁵³ Zudem beurteilte der Europäische Gerichtshof in einem Verfahren gegen Michelin die Händlern gewährten Jahresumsatzrabatte als missbräuchlich.¹⁵⁴ Die Rabatte bezogen sich rückwirkend auf den

¹⁵³ Vgl. EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, Rs. 85/76, Hoffmann-La Roche, Rn. 89.

¹⁵⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 9. November 1983, Rs. 322/81, Michelin, Rn. 84 f.

Tabelle 3.6

Urteils- und Regulierungspraxis zu Rabatten im Postmarkt

Bundesnetzagentur vs. DPAG – Infopost Schwer: Treuerabatt gegenüber Quelle und Neckermann, Bindung der Rabattgewährung an eine prozentuale Mindestsendungsmenge ¹
EU-Kommission vs. DPAG: Treuerabatt gegenüber Paketversendern, Bindung der Rabattgewährung an eine prozentuale Mindestsendungsmenge ²
EU-Kommission vs. De Post (Belgien): Bedingter Mengenrabatt gegenüber dem Versicherungsverband UPEA, Bindung der Rabattgewährung an eine absolute Mindestsendungsmenge ³
Redmail vs. Österreichische Post: Treuerabatt im Bereich Postzeitungsversand, Bindung der Rabattgewährung an eine prozentuale Mindestsendungsmenge ⁴
Conseil de la concurrence vs. La Poste (Frankreich): Treuerabatt in Form eines Gesamtumsatzrabatts für reservierte und nicht reservierte Sendungsarten im Versandhandel ⁵
Postcomm vs. Royal Mail (Großbritannien): Geografisch differenzierte Rabatte für Massensendungen ⁶
Schwedische Wettbewerbsbehörde vs. Posten AB: Geografisch differenzierte Rabatte für Massensendungen ⁷
EU-Kommission/Conseil de la concurrence vs. La Poste (Frankreich): Selektiver Mengenrabatt gegenüber Konsolidierern ⁸

¹ Vgl. BNetzA, Beschluss vom 16. August 2000, BK 5d-99/014/1; <http://www.bundesnetzagentur.de/export/549.html>

² Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 20. März 2001, COMP/35.141 – Deutsche Post AG, ABl. EG Nr. L 125 vom 5. Mai 2001, S. 27.

³ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 5. Dezember 2001, COMP/37.859 – De Post – La Poste, ABl. EG Nr. L 61 vom 2. März 2002, S. 32.

⁴ Vgl. OGH Wien, Beschluss in der Sache 16Ok46/05, 27. Februar 2006.

⁵ Vgl. Conseil de la concurrence, Décision n° 04-D-65 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en oeuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial, Paris.

⁶ Vgl. Postcomm, Royal Mail's Retail Zonal Pricing Application. Postcomm's Proposals, August 2007, London.

⁷ Vgl. Andersson, P., A Former Monopolist's Right to Compete with Price, shaping the institutional framework for the Swedish postal market, Paper for the conference „Competition and Universal Service in the Postal Sector“, Toulouse, 26. bis 27. März 1999 sowie Andersson, P., The Liberalisation of Postal Services in Sweden. Goals, results and lessons for other countries, Linköping 2006.

⁸ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 23. Oktober 2001 über das Fehlen einer umfassenden und unabhängigen Kontrolle der tariflichen und technischen Bedingungen, unter denen La Poste Postvorbereitern, mit denen sie im Vorfeld des reservierten Bereichs im Wettbewerb steht, Zugang zu den reservierten Diensten gewährt, ABl. EG Nr. L 120 vom 7. Mai 2002, S. 19 und Conseil de la concurrence, The Conseil de la concurrence fines the La Poste group for having practiced discriminatory prices in favour of certain mail senders and its subsidiary Datapost, Pressemitteilung vom 17. November 2005.

Quelle: Eigene Darstellung basierend auf Zauner, M., Wettbewerbspolitische Beurteilung von Rabattsystemen im Postmarkt, WIK-Diskussionsbeitrag Nummer 306, Bad Honnef 2008, S. 25 – 43.

Wert der Bestellungen, die ein Händler bei Michelin getätigt hatte. Die Umsätze wurden erst ein Jahr nach den ersten Bestellungen wirksam, sodass die Händler erst bei den letzten Bestellungen erkennen konnten, wie hoch der Rabatt und damit der Nettopreis der Reifen tatsächlich war. Sie hatten insofern den Anreiz, ihre Reifen ausschließlich von Michelin zu beziehen.¹⁵⁵ Zu einer ähnlichen Beurteilung kam der Europäische Gerichtshof im Fall British Airways (BA). Die Fluggesellschaft hatte mit bestimmten, in Großbritannien niedergelassenen Reisevermittlern Prämienregelungen und andere Vorteile vereinbart, deren Höhe von der individuellen Umsatzentwicklung mit BA-Flugscheinen abhängig war und die rückwirkend für den gesamten in einem bestimmten Zeitraum erzielten Umsatz gewährt wurden. Die EU-Kommission hatte wegen Missbrauchs einer beherrschenden Stellung eine Geldbuße in Höhe von 6,8 Mio. Euro gegen British Airways verhängt.¹⁵⁶ Gegen diese Entscheidung klagte das Unternehmen vor dem Gericht erster Instanz. Das Gericht bestätigte die Entscheidung der EU-Kommission, weil die Rabatte den Zugang von Wettbewerbern auf Verbindungen von und nach Großbritannien begrenzt hätten und in wirtschaftlicher Hinsicht nicht gerechtfertigt gewesen seien.¹⁵⁷ Dagegen legte British Airways Rechtsmittel ein. Der Europäische Gerichtshof bestätigte die Entscheidung der Vorinstanz mit den zugrunde liegenden rechtlichen Erwägungen.¹⁵⁸ Insgesamt gesehen ist also bei der Beurteilung von Treuerabatten in der europäischen Rechtsprechung neben der Kostenorientierung der Nettoentgelte insbesondere die Behinderungswirkung von Rabatten entscheidend.

127. Eine weitere Gemeinsamkeit in der Entscheidungspraxis ist das Verbot der Marktmachtübertragung in wettbewerbliche Bereiche. Diese erfolgt in der Regel durch gebundene Rabatte, d. h. es wird ein Preisnachlass auf die Gesamtumsätze von zwei oder mehreren Produkten angeboten und für eines dieser Produkte weist der Anbieter eine marktbeherrschende Stellung auf. So kann ein marktbeherrschender Anbieter durch einen Rabatt den „nicht bestreitbaren“ Teil der Nachfrage jedes Abnehmers (die Menge, die der Abnehmer ohnehin über den marktbeherrschenden Anbieter beziehen muss) als Hebel einsetzen, um den Preis für den „bestreitbaren“ Teil der Nachfrage (die Menge, die der Abnehmer eventuell bei Wettbewerbern kaufen würde) zu senken. Die Abnehmer können sich in diesem Fall besser stellen, wenn sie die Produkte gebündelt beim Marktbeherrscher beschaffen und nicht einen Teil der Produkte über Wettbewerber beziehen – selbst wenn diese ihre Produkte unter Umständen

den günstiger anbieten. Einen solchen Fall bewertete der französische Conseil de la concurrence im Verfahren gegen La Poste als Verstoß gegen Artikel 102 AEUV (ex-Artikel 82 EGV). Der Rabatt auf der Grundlage sämtlicher Umsätze aus dem reservierten und nicht reservierten Bereich führte dazu, dass La Poste ihre Monopolstellung im Bereich der gesetzlichen Exklusivlizenz auf die wettbewerblichen Bereiche ausdehnen konnte. Eine ganz ähnliche Haltung nahm die EU-Kommission im Verfahren gegen De Post ein. Das Unternehmen hatte einen Mengenrabatt im reservierten Bereich (B2C) an die Bedingung geknüpft, dass auch Sendungen im nicht reservierten Bereich (B2B) zukünftig von De Post durchgeführt werden. Diese Bedingung zielte darauf ab, den bisherigen Anbieter für den Versicherungsverband UPEA im nicht reservierten B2B-Bereich aus dem Markt zu drängen, so die EU-Kommission.¹⁵⁹

128. Weitere Hinweise auf die Maßstäbe der EU-Kommission bei der Beurteilung von individuellen Rabattvereinbarungen unter Beteiligung marktbeherrschender Unternehmen enthält die Mitteilung vom 9. Februar 2009 zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 102 AEUV (ex-Artikel 82 EGV) auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen.¹⁶⁰ Demnach greift die EU-Kommission ein, wenn das marktbeherrschende Unternehmen andere, genauso effiziente Anbieter durch seine Preispolitik daran hindert, am Wettbewerb teilzunehmen, um eine wettbewerbswidrige Marktverschließung zu verhindern. Um zu klären, ob ein (hypothetischer) ebenso effizienter Wettbewerber durch das betreffende Verhalten vom Markt ausgeschlossen werden könnte, prüft die EU-Kommission, ob das marktbeherrschende Unternehmen nicht kostendeckende Preise setzt. Als Bezugspunkte legt die Kommission in der Regel die durchschnittlichen vermeidbaren Kosten (average avoidable costs – AAC) und die langfristigen durchschnittlichen Inkrementalkosten (long-run average incremental costs – LRAIC) zugrunde. Die AAC sind das Mittel der Kosten, die vermieden werden können, wenn eine bestimmte Menge an zusätzlichem Output nicht produziert wird. Weil häufig nur die variablen Kosten vermieden werden können, stimmen die durchschnittlichen variablen Kosten (average variable costs – AVC) oft mit den AAC überein. Bei den LRAIC handelt es sich um das Mittel sämtlicher variablen und fixen Kosten, die bei der Herstellung eines bestimmten Produkts entstehen. Die LRAIC liegen in der Regel über den AAC: Während die LRAIC auch produktspezifische fixe Kosten beinhalten, die vor der Zeit, in der das mutmaßlich missbräuchliche Verhalten stattfand, angefallen sind, beinhalten die AAC fixe Kosten nur dann, wenn sie im jeweils untersuchten Zeitraum angefallen sind. Im Fall von Einproduktunternehmen sind die LRAIC und die durchschnittlichen

¹⁵⁵ Intensiviert wurde der Treueeffekt dadurch, dass die Händler in Erwartung eines Rabatts die Reifen teilweise unter ihrem Einstandspreis verkauften. Das Defizit konnten sie nur ausgleichen, indem sie sich durch ihre Umsätze für den Rabatt qualifizierten – was den Druck, exklusiv bei Michelin zu beschaffen, noch erhöhte.

¹⁵⁶ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 14. Juli 1999 (IV/D-2/34.780 – Virgin/British Airways), ABl. EG Nr. L 30 vom 4. Februar 2000, S. 1.

¹⁵⁷ Vgl. EuG, Urteil vom 17. Dezember 2003, Rs. T-219/99, Slg. 2003, II-5917, British Airways/Kommission.

¹⁵⁸ Vgl. EuGH, Urteil vom 15. März 2007, Rs. C-95/04 P, British Airways/Kommission.

¹⁵⁹ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 5. Dezember 2001, COMP/37.859 – De Post – La Poste, ABl. EG Nr. L 61 vom 2. März 2002, S. 32.

¹⁶⁰ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, K(2009) 864 endgültig vom 9. Februar 2009.

chen Gesamtkosten (average total costs – ATC) identisch. Im Fall von Mehrproduktunternehmen, die Verbundvorteile nutzen können, liegen für jedes einzelne Produkt die LRAIC unter den ATC, weil Gemeinkosten nicht in den LRAIC berücksichtigt werden.

129. Wenn ein marktbeherrschender Anbieter seine AAC nicht deckt, wertet dies die EU-Kommission als Hinweis darauf, dass er zumindest kurzfristig Verluste bewusst hinnimmt und dass ein ebenso effizienter Wettbewerber die betreffenden Kunden auch nur unter Inkaufnahme von Verlusten bedienen kann. Wenn der effektive Preis zwischen den AAC und den LRAIC liegt, d. h. der marktbeherrschende Anbieter nicht alle (zurechenbaren) fixen Kosten für die Leistungsbereitstellung deckt, prüft die EU-Kommission, ob andere Faktoren dafür sprechen, dass Wettbewerber am Markteintritt bzw. an der Expansion gehindert werden könnten. Zeigt die Analyse, dass ein ebenso effizienter Wettbewerber mit dem marktbeherrschenden Anbieter konkurrieren kann, schließt die EU-Kommission daraus in der Regel, dass der marktbeherrschende Anbieter den Wettbewerb nicht behindert, und wird nicht tätig werden. Deuten die Daten dagegen darauf hin, dass der vom marktbeherrschenden Anbieter verlangte Preis eine marktverschließende Wirkung haben könnte, führt die EU-Kommission eine tiefer gehende Prüfung durch und berücksichtigt dabei andere relevante, quantitative und/oder qualitative Faktoren.¹⁶¹ Die EU-Kommission geht davon aus, dass die Wahrscheinlichkeit, dass Rabatte eine wettbewerbswidrige Marktverschließung bewirken, zunimmt, wenn die Wettbewerber nicht zu gleichen Bedingungen um die gesamte Nachfrage der einzelnen Abnehmer konkurrieren können. Hinsichtlich der Beurteilung der Treuewirkung rückwirkend gewährter Rabatte kommt es nach Ansicht der EU-Kommission nicht nur auf die Auswirkungen auf den Wettbewerb um die Lieferung der sog. „letzten Einheit“ an, sondern grundsätzlich auch auf die marktverschließende Wirkung des Rabattsystems für bereits vorhandene oder potenzielle Wettbewerber. Hierbei prüft die EU-Kommission, ob und inwieweit die Wettbewerber über realistische und wirksame Gegenstrategien verfügen. Stehen den Wettbewerbern keine derartigen Gegenstrategien zur Verfügung, vertritt die EU-Kommission die Auffassung, dass das Rabattsystem ebenso effiziente Wettbewerber¹⁶² ausschließen kann. Sie hält es außerdem für wichtig zu prüfen, ob das Rabattsystem allgemeine oder unternehmensspezifische Schwellen vorsieht. Eine allgemeine Mengenschwelle hingegen, die für alle Abnehmer bzw. für eine Gruppe von Abnehmern gleich ist, kann für einige kleinere Abnehmer zu hoch bzw. für größere Abnehmer zu niedrig sein, um eine Treuewirkung zu entfalten. Ist aber nachweisbar, dass eine allgemeine Mengenschwelle dem Bedarf eines nennenswerten Anteils der Abnehmer entspricht, dürfte die EU-Kommission zu dem

Ergebnis gelangen, dass ein solches Rabattsystem eine wettbewerbswidrige Marktverschließung bewirken kann.¹⁶³

Nachdem die in der Praxis üblichen und die von der EU-Kommission für entscheidend gehaltenen Kriterien zur Beurteilung von Rabatten identifiziert wurden, werden diese im folgenden Abschnitt auf tatsächliche bzw. zukünftig mögliche Rabattregelungen angewendet.

3.4.3.4 Anwendung der Kriterien auf den Briefmarkt

130. Aktuell bietet die DPAG Versendern über den „Vertrag zur Kooperation bei Infopostversand“ für die Sendungsart Infopostsendungen Entgeltermäßigungen zwischen 0,5 und 10,5 Prozent an, wenn der Versender mindestens 100 000 Sendungen je Einlieferung und mindestens 1 Mio. Sendungen je Quartal übergibt. Der Rabatt steigt, je größer die Sendungsmenge je Einlieferung und das Sendungsvolumen innerhalb eines Quartals sind. Der Rabatt gilt rückwirkend, wobei der Kunde vorab sein geplantes Volumen und die Termine seiner Versandaktionen bekanntgeben muss. Bei der Beurteilung dieses Rabatts sind die wettbewerbspolitisch unbedenklichen von den behindernden Komponenten zu differenzieren. Die Mengenkomponekte ist zweifach vorhanden, nämlich in der „Menge pro Aktion“ und der „Menge pro Quartal“. Hierbei muss die Bundesnetzagentur ex post überprüfen, ob die hohe Sendungsmenge – jeweils pro Einlieferung und Quartal – zur einer dem Rabatt entsprechenden Einsparung in der Produktion geführt hat. Höhere Volumina führen zu Durchschnittskosteneinsparungen vor allem in der Einsammlung und Zustellung. Wenn der Rabatt die Kosteneinsparungen nicht übersteigt, ist er wettbewerbspolitisch unbedenklich. Dagegen induziert die Preiskomponekte einen Treueeffekt und kann wettbewerbsbeschränkend wirken. Weil der Rabatt rückwirkend auf die gesamte Einlieferungsmenge angeboten wird, hat der Kunde zum Ende des Quartals den Anreiz, seine übrigen Sendungen ausschließlich mit der DPAG einzuliefern, um die Rabattschwelle zu erreichen. Durch die vorhandene Staffe lung der Rabathöhe über verschiedene Mengen pro Quartal entsteht außerdem eine Sogwirkung, weitere Sendungen einzuliefern.

131. Seit dem Wegfall der Ex-ante-Regulierung für Sendungen mit einer Einlieferungsmenge von mehr als 50 Stück ist die DPAG flexibel in der Gestaltung ihrer Preis- und Rabattsysteme. Ein Mittel, die Kundenbindung zu stärken, würde darin bestehen, die quartalsbezogene Mindestmenge für den Rabatt zu erhöhen oder die Zeitspanne auszudehnen, in der eine entsprechend höhere Sendungsmenge eingeliefert werden muss, z. B. auf ein ganzes Jahr. Mit einer solchen Ausdehnung könnte die DPAG verhindern, dass Großversender in Spitzenzeiten

¹⁶¹ Vgl. ebenda, Rn. 23-27.

¹⁶² Unklar bleibt nach Rn. 24 dieser Mitteilung der EU-Kommission, inwieweit auch (noch) nicht ebenso effiziente Wettbewerber der DPAG geschützt sein sollen. Dies ist im Postsektor von besonderer Bedeutung, weil der marktbeherrschende Anbieter durch sein größeres Beförderungsvolumen starke Skalen- und Verbundvorteile gegenüber seinen kleineren Wettbewerbern realisieren kann.

¹⁶³ Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, K(2009) 864 endgültig vom 9. Februar 2009, Rn. 37-46.

ihre Zusatznachfrage über die Wettbewerber decken, weil unter der neuen Rabattregelung nun auch das Zusatzvolumen notwendig ist, um die gewohnte Rabattstufe zu erreichen. Die Schwierigkeit für die Bundesnetzagentur besteht nun darin, zwischen der wettbewerbspolitisch unkritischen Weitergabe von Skalenvorteilen und wettbewerbsbehindernden, strategisch eingesetzten Treue- und Sogeffekten abzugrenzen, d. h. darin, ab welcher Mindesteinlieferungsmenge und ab welchem Bezugszeitraum ein Rabatt wettbewerbsbehindernd wirkt.¹⁶⁴

132. Neben Rabatten auf Mengen- bzw. Mengen/Zeit-Basis besteht für die etablierten Anbieter die Möglichkeit, geografisch differenzierte Preise zu setzen, um gezielt auf Markteintritte von Wettbewerbern zu reagieren. Diese konzentrieren sich in der Regel zunächst auf die dicht besiedelten Regionen. So hat die Schwedische Post für Sendungen in den Ballungsgebieten, in denen der Anbieter CityMail aktiv wurde, die Entgelte reduziert und zum Ausgleich die Entgelte für Sendungen in ländliche Gebiete erhöht. Die gleiche Preisstrategie verfolgte die Poste Italiane nach dem Markteintritt von TNT in dicht besiedelte Regionen. Die britische Royal Mail hatte die Einführung geografisch differenzierter Preise für Massensendungen geplant, allerdings lehnte die Regulierungsbehörde Postcomm die Einführung vor allem wegen mangelhafter Kostenorientierung ab. Die DPAG wendet mit einem Ballungsraumrabatt geografisch differenzierte Preise für Pressesendungen an.¹⁶⁵

133. Die Monopolkommission vertritt die Auffassung, dass ein geografisch differenziertes Preissystem, das potenziell näher an den tatsächlichen Kosten der Briefbeförderung orientiert ist als ein Preissystem mit Einheitstarif, aus Effizienzgesichtspunkten Vorteile beinhaltet. In dieser Hinsicht ist ein solches System im Interesse der Kunden, die überwiegend Sendungen aus Ballungsregionen in Ballungsregionen verschicken. Wettbewerbspolitisch bedenklich ist ein geografisch differenziertes Preissystem aber, wenn der Anbieter Unter-Kosten-Preise in den wettbewerbsintensiven Regionen anbietet oder die übrigen Bedingungen, z. B. die Einteilung der Tarifzonen oder die Spreizung der Entgelte über die verschiedenen Gewichtsklassen, so gestaltet sind, dass das System insbesondere auf die Verdrängung von Wettbewerbern abzielt. Hier stellt sich die Frage, wie die Eingriffsmöglichkeiten der Bundesnetzagentur hinsichtlich der Ex-post-Kontrolle von geografisch differenzierten Rabatten zu bewerten sind. Nach § 25 PostG kann die Behörde erst nach Bekanntwerden von belegbaren Wettbewerbsverstößen ein Verfahren einleiten. Diese Position ist im Vergleich zur britischen Postcomm schwächer und im Vergleich zur

schwedischen Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation (PTS) günstiger. Royal Mail musste das „Zonal Pricing“-Modell im Vorfeld von der Postcomm genehmigen lassen. Dagegen besitzt die PTS keine sektorspezifische Kontrollbefugnis für Preise im Bereich der Massensendungen. Die Ex-post-Kontrolle für Massensendungen obliegt der allgemeinen Aufsicht durch die schwedische Wettbewerbsbehörde.

3.4.3.5 Informationsdefizite bei der Ex-post-Kontrolle

134. Das entscheidende Problem bei der Beurteilung von Rabatten ist der mangelhafte Zugang der Regulierungsbehörde zu den dafür erforderlichen Informationen, d. h. die Informationsasymmetrie zwischen Regulierer und marktbeherrschendem Anbieter. Rabatte sind in der Regel das Ergebnis individueller Vereinbarungen zwischen Anbieter und Nachfrager und werden nicht veröffentlicht.¹⁶⁶ Ein Grund dafür liegt in der speziellen Nachfragerstruktur auf dem Postmarkt. So entfallen etwa 84 Prozent des gesamten Sendungsvolumens im Bereich „Brief Kommunikation“ der DPAG auf Geschäftskunden.¹⁶⁷ Es ist davon auszugehen, dass die Großversender über eine gewisse Verhandlungsmacht gegenüber der DPAG verfügen und die Höhe der individuell ausgehandelten Rabatte mit der Verhandlungsmacht (bzw. dem Sendungsvolumen) steigt. Mit anderen Worten: Die größten Versender dürften von den höchsten Rabatten profitieren. Höhere Rabatte beim Bezug von Vorleistungen bedeuten niedrigere Kosten und erlauben niedrigere Preise für ihr eigenes Angebot, während die kleineren Konkurrenten, die aufgrund ihrer Größe keine individuellen Preisnachlässe mit der DPAG aushandeln können, den regulären Preis für ihre Sendungen zahlen und damit einen Kostennachteil haben. Ein Unternehmen, das von hohen individuellen Rabatten profitiert, wird versuchen, die Ursache für seinen Kosten- und Preisvorteil geheim zu halten. Nur die Konkurrenten dieser begünstigten Unternehmen und die Wettbewerber der DPAG haben ein Interesse daran, die individuellen Rabattabsprachen publik zu machen, entweder um eine möglicherweise missbräuchliche Rabattpraxis abzustellen – hierfür müssen sie diese aber gegenüber der Regulierungsbehörde belegen können – oder aber um diese Rabatte für sich selbst einzufordern (Versender) bzw. um diesen Großversendern vergleichbare Angebote machen zu können (Wettbewerber). Die alternativen Postdienstleister sind aber häufig an anderer Stelle abhängig von der DPAG, wie z. B. beim Teilleistungszugang, oder sie erhoffen sich zu einer anderen Gelegenheit einen Vertrag mit einem der begünstigten Großversender. Dies kann sie von einer Anzeige des Rabatts beim Regulierer abhalten oder zumindest dazu führen, dass die Beschwerden anonym oder über Vertreter und somit nicht in letzter Konsequenz vorgetragen werden. Ebenso wenig hat die DPAG ein Interesse daran, dass die individuellen Rabattvereinbarungen öffentlich werden,

¹⁶⁴ Ein kürzerer Bezugszeitraum beinhaltet eine hohe Wettbewerbsneutralität, gleichzeitig ist der mögliche Preisnachlass für den Kunden geringer. Ein längerer Bezugszeitraum impliziert eine geringere Wettbewerbsneutralität, allerdings ist dann der mögliche Preisnachlass für die Kunden umso größer; vgl. Zauner, M., a. a. O., S. 57.

¹⁶⁵ Vgl. Deutsche Post AG, Preise Presse Distribution, gültig ab 1. Januar 2009, S. 3: „Die Entgelte für Sendungen des Regelversands von Postvertriebsstücken und Pressesendungen werden in Ballungsräumen um 25 Prozent herabgesetzt und in Landräumen um 8 Prozent heraufgesetzt. In den Zwischenzonen bleiben die Sendungsentgelte unverändert.“

¹⁶⁶ Dies gilt nicht für Rabatte, die im Rahmen der Genehmigungspflicht durch die Bundesnetzagentur veröffentlicht werden, wie die Rabatte für Teilleistungen.

¹⁶⁷ Vgl. Deutsche Post AG, Geschäftsbericht 2006, S. 44.

weil diese mit großer Wahrscheinlichkeit einer Ex-post-Kontrolle unterzogen werden. Vielmehr ist das Interesse an einer Geheimhaltung umso größer, je eher die jeweilige Vereinbarung als missbräuchlich eingestuft wird.

3.4.3.6 Lösungsansätze für die Ex-post-Kontrolle

135. Die Ermittlungsbefugnisse der Bundesnetzagentur sind nach der aktuellen Fassung des Postgesetzes sehr begrenzt. Zwar ist der marktbeherrschende Anbieter nach § 30 PostG verpflichtet, Verträge über Teilleistungen sowie über den Zugang zu Postfachanlagen und Adressänderungen innerhalb eines Monats nach Abschluss der Regulierungsbehörde vorzulegen. Abgesehen von Teilleistungsverträgen hat sie aber keinerlei Möglichkeit, aus eigener Initiative Verträge einzusehen. Für die Aufnahme eines Verfahrens müssen der Regulierungsbehörde nach § 25 Absatz 1 PostG zunächst belegbare Hinweise auf ein gegebenenfalls wettbewerbswidriges Verhalten des marktbeherrschenden Anbieters vorgelegt werden.¹⁶⁸ Sie ist also auf detaillierte Hinweise von Dritten angewiesen, d. h. die Last der Beweisführung liegt auf Seiten der Wettbewerber und Versender. Weil die DPAG und ihre bevorzugten Kunden keinerlei Interesse am Bekanntwerden ihrer Rabattvereinbarungen haben, bleiben die Hinweise von Dritten zwangsläufig ungenau, sodass sich die Bundesnetzagentur in der Regel nicht zur Eröffnung eines Verfahrens befugt sieht. Sie kann erst nach Kenntnissnahme von Tatsachen ein Verfahren einleiten. Welche Art von Informationen dazu zählen, obliegt der Interpretation der Behörde selbst. Zumindest die Wettbewerber der DPAG äußerten wiederholt, dass sich diese Hürde regelmäßig als unüberwindbar erweist. Die Informationsbeschaffung führt zwangsläufig über den Anbieter von Rabatten und seine Kunden und diese Parteien haben als gegenseitige Profiteure Anreize zur Desinformation. Nach Ansicht der Monopolkommission sollte die Bundesnetzagentur keine überzogenen Anforderungen an die Beweiskraft der Hinweise auf Marktmachtmisbrauch stellen. Nur so ist sichergestellt, dass Verdachtsfällen angemessen und zeitnah nachgegangen werden kann. Darüber hinaus ist es dringend erforderlich, die Behörde durch eine Änderung des Postgesetzes mit aktiven Ermittlungsbefugnissen auszustatten. Dies ist die einzige Möglichkeit, die Informationsdefizite wirkungsvoll zu begrenzen.

136. Weitere Ansätze, mit deren Hilfe eine Regulierungsbehörde an die notwendigen Informationen zur Überprüfung der Rabatte im Bereich der Massensendungen gelangen kann, enthält das Telekommunikationsgesetz. Nach § 38 Absatz 1 TKG sind Entgelte, die einer nachträglichen Entgeltregulierung unterliegen, der Regulierungsbehörde zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten vorzulegen. Die Bundesnetzagentur untersucht in-

nerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Nachricht die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Überprüfung, wenn die geplante Entgeltmaßnahme offenkundig nicht mit § 28 TKG zu vereinbaren ist. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn das Entgelt der betreffenden Leistung deren langfristige zusätzliche Kosten einschließlich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals nicht deckt. Ferner schreibt § 38 Absatz 1 Satz 3 TKG für den Bereich der Telekommunikation vor, dass individuelle Vereinbarungen über Entgelte, die nicht ohne Weiteres auf eine Vielzahl anderer Nachfrager übertragbar sind, der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsabschluss vorzulegen sind. Dies träfe auf individuelle Rabattvereinbarungen im Postmarkt zu, die nach Wegfall der Ex-ante-Entgeltregulierung für Sendungsmengen über 50 Stück zu einem wichtigen Instrument des marktbeherrschenden Anbieters zählen. Das Postgesetz gibt der Regulierungsbehörde jedoch kein adäquates Instrument zur Kontrolle solcher Vereinbarungen an die Hand.

137. Nach einer möglichen Implementierung einer dem § 38 TKG entsprechenden Regelung im Postgesetz steigen die Transaktionskosten beim marktbeherrschenden Unternehmen, das jede einzelne individuelle Rabattvereinbarung anzeigen müsste, ebenso wie bei der Regulierungsbehörde, welche die personellen Kapazitäten für die Sichtung der Unterlagen und gegebenenfalls tiefere Prüfung vorhalten müsste. Dennoch erscheint eine Verpflichtung des marktbeherrschenden Anbieters zur unmittelbaren Anzeige individueller Vereinbarungen sinnvoll, weil sie den Spielraum für wettbewerbswidriges Verhalten erheblich einschränken würde. Die Möglichkeiten, individuelle Vereinbarungen geheim zu halten und darüber Wettbewerber vom Markt zu verdrängen oder Markteintritte durch neue Anbieter zu verhindern, wären – bei adäquater Prüfung durch die Bundesnetzagentur – deutlich begrenzt.¹⁶⁹ In Anbetracht dessen spricht sich die Monopolkommission für eine Implementierung einer dem § 38 TKG entsprechenden Vorschrift im Postgesetz aus. Wegen der fortdauernden marktbeherrschenden Stellung der DPAG im Briefmarkt ist diese Anzeigepflicht angemessen. So hätte die Regulierungsbehörde zumindest die Möglichkeit zur Überprüfung – unabhängig von der tatsächlichen Ausübung. Eine Alternative zur beschriebenen Regelung wäre, den § 30 PostG, der das marktbeherrschende Unternehmen zur Vorlage von Verträgen im Teilleistungsbereich innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss verpflichtet, auf Verträge über End-to-End-Dienstleistungen auszudehnen. Jedoch ist die Übernahme des § 38 TKG schärfer, weil dieser vorsieht, dass individuelle Vereinbarungen der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsabschluss vorzulegen sind und nicht erst innerhalb eines Monats.

138. Nach § 25 Absatz 1 PostG leitet die Regulierungsbehörde eine Ex-post-Kontrolle von Entgelten, die nicht genehmigungsbedürftig sind, ein, wenn ihr Tatsachen be-

¹⁶⁸ § 25 Absatz 1 Satz 1 PostG lautet: „Werden der Regulierungsbehörde Tatsachen bekannt, die die Annahme rechtfertigen, daß nicht genehmigungsbedürftige Entgelte, die ein Anbieter auf einem Markt für Postdienstleistungen verlangt, nicht den Maßstäben des § 20 Absatz 2 entsprechen, leitet die Regulierungsbehörde eine Überprüfung der Entgelte ein, sofern der Anbieter auf dem betreffenden Markt marktbeherrschend ist.“

¹⁶⁹ Auf die disziplinierende Wirkung einer dem § 38 Absatz 1 TKG ähnlichen Vorschrift im Postrecht wies die Monopolkommission bereits früher hin; vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., Tz. 115.

kannt werden, die darauf hindeuten, dass diese nicht den Maßstäben des § 20 Absatz 2 PostG entsprechen. Das heißt, die Behörde kann ein Verfahren lediglich von Amts wegen einleiten. Dritte haben kein Antragsrecht. Sie können der Bundesnetzagentur zwar Hinweise auf ein mögliches missbräuchliches Verhalten des Marktbeherrschers geben, über die Einleitung eines Verfahrens entscheidet aber die Behörde. Im Telekommunikationsgesetz ist dies anders geregelt. Nach § 42 Absatz 4 Satz 1 TKG können auch Dritte einen Antrag auf Eröffnung eines Missbrauchsverfahrens stellen: „Auf Antrag oder von Amts wegen trifft die Regulierungsbehörde eine Entscheidung, um die missbräuchliche Ausnutzung einer marktmächtigen Stellung zu beenden.“ So sind die Marktteilnehmer hinsichtlich der Verfahrenseinleitung nicht weiter von der Entscheidung der Bundesnetzagentur abhängig. Die Monopolkommission hält die Implementierung einer vergleichbaren Regelung im Postgesetz angesichts der fortwährenden marktbeherrschenden Stellung der DPAG im Briefmarkt für ausgesprochen sinnvoll. Sie könnte die Effektivität der Missbrauchsaufsicht durch die Regulierungsbehörde erheblich stärken.

139. Nach den Vorschriften der Post-Entgeltregulierungsverordnung folgt die Entgeltkontrolle durch die Bundesnetzagentur dem „Top-down“-Ansatz, d. h. sie stellt auf tatsächliche Kostennachweise des Unternehmens ab, und nimmt im zweiten Schritt eine Effizienzprüfung vor. Eine Alternative zu dieser Vorgehensweise ist der „Bottom-up“-Ansatz. Dabei werden die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung in der Regel mit Hilfe eines analytischen Kostenmodells ermittelt. Im Telekommunikationsbereich werden analytische Kostenmodelle bereits seit längerer Zeit erfolgreich angewendet, um die Kosten von Netzinfrastrukturen orientiert nach ihren Elementen zu bestimmen. Dafür wird das Netz in seine Elemente zerlegt, die nach den einzelnen Netzprozessen definiert werden. Das Vorgehen erlaubt, die Kosten einzelner Leistungen separat oder die Kosten einer Netzgesamtleistung zu ermitteln. Diese elementbezogene Sichtweise ermöglicht, die durch Unteilbarkeiten verursachten Fixkosten als zurechenbare Kosten des Netzelements verursachungsgerecht auf die verschiedenen Dienste zu verteilen.¹⁷⁰

140. Die Anwendung eines analytischen Kostenmodells für die Ex-post-Kontrolle von Entgelten bzw. Rabatten des marktbeherrschenden Anbieters ist auch für den Postsektor zu empfehlen. Dieses Modell muss im Briefmarkt vor allem Prozesskosten abbilden; Investitionswerte sind wegen der hohen Personalintensität von geringer Bedeutung. Die Prozesskosten (vor allem Löhne) enthalten in großem Umfang nicht direkt zurechenbare Gemeinkosten. Zur Bestimmung der relevanten Grenz- bzw. Inkrementalkosten bei der Missbrauchsaufsicht ist es erforderlich, diese Gemeinkosten soweit wie möglich verursachungsgerecht allozieren zu können. Weil die In-

formationsasymmetrien im Postmarkt ebenso vorhanden sind wie im Telekommunikationsbereich, steht der Anwendung eines analytischen Kostenmodells nichts entgegen. Die Monopolkommission empfiehlt dieses dringend.

3.5 Zugang zu Teilleistungen der DPAG

3.5.1 Zugang zu Postfachanlagen und Adressänderungsinformationen

141. Die Möglichkeit des Zugangs von Wettbewerbern zu Postfachanlagen und Adressdatenbanken ist nach § 29 Absatz 1 bzw. Absatz 2 PostG explizit vorgeschrieben. Danach hat ein Lizenznehmer, der auf einem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen marktbeherrschend ist, anderen Anbietern von Postdienstleistungen auf diesem Markt gegen Entrichtung eines Entgelts Zugang zu seinen Postfachanlagen und Adresseninformationen zu gewähren. Wenn die Zugangsbedingungen in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des betreffenden Unternehmens enthalten sind – so praktiziert es die DPAG bisher –, unterliegen sie einer Ex-ante-Regulierung durch die Bundesnetzagentur. Die Entgelte müssen sich gemäß § 20 PostG an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren, dürfen keine Aufschläge enthalten, die ein Anbieter nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen kann, und keine Abschläge, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen. Darüber hinaus ist es untersagt, einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einzuräumen. Wenn der Zugang nicht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des marktbeherrschenden Unternehmens geregelt ist, unterliegen die Entgelte einer Ex-post-Kontrolle nach § 25 PostG.

142. Die Bundesnetzagentur hat die Entgelte für den Zugang zu Postfachanlagen und zu Adressdatenbanken erstmalig im Jahr 2002 genehmigt. Für den Zugang zu den Postfachanlagen der DPAG genehmigte sie für den Zeitraum vom 1. April 2002 bis 30. Juni 2004 ein Entgelt von 0,58 Euro je Einlieferungsvorgang und 0,04 Euro je Stück. Die DPAG hatte 1,62 Euro je Einlieferung und 0,08 Euro je Stück beantragt. Für den Zeitraum vom 1. Juli 2004 bis 30. Juni 2006 genehmigte die Behörde ein Entgelt von 0,57 Euro je Einlieferungsvorgang und 0,04 Euro je Stück. Die DPAG hatte 2,00 Euro je Einlieferung und 0,09 Euro je Stück beantragt. Für den Zeitraum vom 1. Juli 2006 bis 31. Dezember 2009 genehmigte die Bundesnetzagentur ein Entgelt von 0,53 Euro je Einlieferungsvorgang und 0,04 Euro je Stück. Die DPAG hatte 1,99 Euro je Einlieferung und 0,07 Euro je Stück beantragt.¹⁷¹ Die von der Regulierungsbehörde festge-

¹⁷⁰ Von diesen „gemeinsamen“ Kosten verschiedener Dienste zu unterscheiden sind leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, die keinem Dienst zugerechnet werden können, vgl. dazu http://www.bundesnetzagentur.de/enid/95b3bd00a195f09222936f943031e0f7/0/Regulierung_Telekommunikation/Analytische_Kostenmodelle_9c.html

¹⁷¹ Vgl. BNetzA, Mitteilung Nummer 737/2001, Antrag der DPAG, ABl. Nummer 24 vom 19. Dezember 2001, S. 3982, Beschluss vom 2. Februar 2002, Bk5b-01/110 ABl. Nummer 3 vom 20. Februar 2002, S. 328; Mitteilung Nummer 117/2004, Antrag der DPAG, ABl. Nummer 8 vom 21. April 2004, S. 446, Beschluss vom 17. Juni 2004, Bk5b-04/051, ABl. Nummer 13 vom 30. Juni 2004, S. 740; Mitteilung Nummer 168/2006, Antrag der DPAG, ABl. Nummer 9 vom 10. Mai 2006, S. 1238, Beschluss vom 30. Juni 2006, Bk5b-06/055, ABl. Nummer 15 vom 2. August 2006, S. 1977.

setzten Entgelte lagen also stets deutlich unter den von der DPAG beantragten Entgelten.

143. 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 Euro für die Lieferung und Installation des Lesegeräts und 0,16 Euro je Treffer bei der Adressabfrage. Die DPAG hatte 80,94 Euro und 0,14 Euro je Treffer beantragt. Für den Zeitraum vom 1. Juli 2004 bis 30. Juni 2006 genehmigte die Behörde ein Installationsentgelt von 54,70 Euro und 0,16 Euro je Treffer. Die DPAG hatte 74,23 Euro und 0,31 Euro 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 Euro je Treffer für den betreffenden Zeitraum zu genehmigen.¹⁷² Für den Zeitraum vom 1. Juli 2006 bis 31. Dezember 2008 genehmigte die Regulierungsbehörde ein Installationsentgelt von 48,77 Euro und 0,14 Euro je Treffer. Die DPAG hatte 78,73 Euro und 0,18 Euro 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 Euro für den betreffenden Zeitraum zu genehmigen.¹⁷³ Gegen die vorgenannten Urteile haben sowohl die Regulierungsbehörde und als auch die DPAG Zulassung zur Berufung beantragt. Die Verfahren sind beim Oberverwaltungsgericht Münster unter den Aktenzeichen 13 A 1627/08 und 13 A 1628/08 anhängig. Für den Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2011 genehmigte die Bundesnetzagentur ein Installationsentgelt von 58,47 Euro und 0,10 Euro je Treffer. Die DPAG hatte 64,48 Euro und 0,11 Euro je Treffer beantragt.¹⁷⁴

144. Die von der Regulierungsbehörde festgesetzten Entgelte für den Zugang zu Postfachanlagen und Adressänderungsinformationen lagen bisher in allen Fällen deutlich unter den von der DPAG beantragten Entgelten. Dies belegt nach Ansicht der Monopolkommission die Notwendigkeit eines ex ante regulierten Zugangs zu Postfachanlagen und Adressänderungsinformationen der DPAG. Ohne die Festlegung der Zugangspreise durch die Bundesnetzagentur wären die Entgelte wesentlich höher ausgefallen. Von einigen Wettbewerbern werden allerdings die nach ihrer Auffassung dennoch missbräuchlich hohen Entgelte beim Zugang zu den Adressänderungsinformationen und ein großer administrativer Aufwand beim Zugang zu den Postfachanlagen als wettbewerbsbe-

hindernd empfunden. Der Zugang zu Postfachanlagen werde von der DPAG so restriktiv gehandhabt, dass es oftmals günstiger sei, Briefe mit Postfachadressen nicht selbst zuzustellen, sondern voll frankiert bei der DPAG einzuliefern. Ähnliche Probleme werden mit den sog. Großempfänger-Postleitzahlen beschrieben. Weil diese nichts über den Standort des Empfängers und damit die Filiale aussagten, in der sich das Postfach befindet, könnten betreffende Sendungen nicht in eigener Regie zugestellt werden. Um solche Zugangsprobleme zu umgehen, stellen die Wettbewerber nach Auskunft der Bundesnetzagentur postfachadressierte Sendungen teilweise durchaus auch an die Hausadressen zu (sofern bekannt) oder nehmen nur solche Aufträge an, in denen keine postfachadressierten Sendungen enthalten sind. So ist die Nachfrage nach Zugang zu Postfachanlagen allgemein sehr gering. Ähnlich gering ist die Nachfrage nach Adressänderungsinformationen. Dies dürfte aber eher auf eine fehlende Notwendigkeit als auf zu hohe Entgelte zurückzuführen sein. Die Unzustellbarkeit von Sendungen wegen fehlerhafter Adressen tritt überwiegend im Privatkundenbereich (C-to-C-Segment) auf. Die Wettbewerber bieten ihre Beförderungsleistungen aber vorrangig Unternehmen an (B-to-B und B-to-C-Segment). Weil Geschäftskunden in der Regel über aktuelle Adressinformationen ihrer Kunden verfügen, dürften die Wettbewerber seltener einen Bedarf für den Adresszugang haben.

145. Dass Wettbewerber Aufträge ausschlagen müssen, weil sie Probleme bei der Postfachzustellung befürchten, ist inakzeptabel. Ohne die Mitbenutzung der Postfachanlagen können die Wettbewerber keine Sendungen an die Inhaber der Postfächer zustellen. Zum einen können aus den Postfachadressen nicht ohne Weiteres die Hausadressen abgeleitet werden, zum anderen wollen die Postfachinhaber ihre Sendungen ausschließlich auf diesem und nicht auf dem direkten Weg erhalten; anderenfalls würden sie sich kein Postfach zulegen. Weil die Empfänger in der Regel nicht bereit sein werden, täglich zwei oder mehrere Postfachanlagen verschiedener Anbieter aufzusuchen (zumal wenn diese räumlich auseinander liegen), können die Wettbewerber die Anlagen auch nicht problemlos duplizieren, selbst wenn die Investitionen in solche Anlagen nicht irreversibel sind. Das heißt, bei der gegenwärtigen vertikalen Struktur des Postsektors mit dem Sending-Party-Pays-Prinzip (der Versender zahlt auch die Zustellung) weisen die Postfachanlagen die Eigenschaften eines monopolistischen Bottlenecks auf. Eine Beeinträchtigung des Zugangs für andere Anbieter neben der DPAG stellt eine beträchtliche Wettbewerbsbehinderung dar. Die Monopolkommission fordert die Bundesnetzagentur auf, etwaigen Problemen von Wettbewerbern beim Zugang zu Postfachanlagen nachzugehen und solche Probleme, die der DPAG anzulasten sind, unverzüglich abzustellen.

3.5.2 Zugang zum Beförderungsnetz

146. Nach § 28 Absatz 1 Satz 1 PostG sind marktherrschende Anbieter von lizenzpflichtigen Postdienstleistungen verpflichtet, Teile der von ihnen erbrachten Beförderungsleistungen („Teilleistungen“) gesondert anzubieten. Für die Entgelte gelten im Prinzip dieselben

¹⁷² VG Köln, Urteil vom 13. Mai 2008, 22 K 5261/04.

¹⁷³ VG Köln, Urteil vom 13. Mai 2008, 22 K 3464/06.

¹⁷⁴ Vgl. BNetzA, Mitteilung Nummer 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 Nummer 585/2008, Antrag der DPAG, ABl. Nr. 19 vom 8. Oktober 2008, S. 3085, Beschluss vom 2. Dezember 2008, BK5, ABl. Nummer 24 vom 17. Dezember 2008, S. 4305.

Kriterien wie beim Zugang zu Postfachanlagen und Adressdatenbanken. Sie werden seit dem 1. Januar 2008 jedoch nicht mehr ex ante reguliert, sondern unterliegen gemäß § 19 Satz 2 i. V. m. § 28 Absatz 2 PostG nur noch einer Ex-post-Kontrolle nach § 25 PostG für Mindesteinlieferungsmengen von 50 Stück; eine Überprüfung führt die Bundesnetzagentur nur noch dann durch, wenn Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass die Entgelte nicht den Maßstäben des § 20 Absatz 2 Satz 1 PostG entsprechen.¹⁷⁵ Bei einer Überprüfung der Teilleistungsentgelte müssen die anteiligen Kosten der gesamten Wertschöpfungskette berücksichtigt werden (§ 28 Absatz 2 Satz 3 PostG). Nach § 30 Absatz 1 PostG ist der marktbeherrschende Anbieter verpflichtet, der Bundesnetzagentur Verträge über Teilleistungen innerhalb eines Monats nach Abschluss vorzulegen.¹⁷⁶

147. Durch Entscheidungen der Regulierungsbehörde aus dem Jahr 2000¹⁷⁷ erhielten Kunden und Wettbewerber – Letztere allerdings nur für Briefsendungen außerhalb der gesetzlichen Exklusivlizenz – die Möglichkeit des Zugangs zu den Briefzentren der DPAG. Für Briefsendungen, die unter die Exklusivlizenz fielen, hatten die Wettbewerber nach der Entscheidung der Bundesnetzagentur keinen Anspruch auf Teilleistungszugang zu den Briefzentren der DPAG. Durch eine Entscheidung der EU-Kommission in einem Verfahren nach Artikel 106 (ex-Artikel 86) i. V. m. Artikel 102 AEUV (ex-Artikel 82 EGV)¹⁷⁸ und eine auf § 20 Absatz 1 GWB (a.F.) sowie Artikel 102 AEUV (ex-Artikel 82 EGV) gestützte Verfügung des Bundeskartellamtes¹⁷⁹ veränderte sich dieser Regulierungsrahmen.¹⁸⁰ Die EU-Kommission stellte fest, dass § 51 Absatz 1 Satz 2 Nummer 5 PostG, wie von der Bundesnetzagentur in ihren Beschlüssen zum Teilleistungszugang ausgelegt, insoweit gegen Artikel 106 (ex-Artikel 86) i. V. m. Artikel 102 AEUV (ex-Artikel 82 EGV) verstieß, als gewerbliche Postvorbereiter daran gehindert wurden, mengenabhängige Entgeltermäßigungen für die Einlieferung von Postsendungen in die Briefzentren der Deutschen Post AG zu erhalten. In Zusammenarbeit mit der EU-Kommission führte das Bundeskartellamt ein Missbrauchsverfahren gegen die DPAG durch und untersagte dem Unternehmen mit Beschluss vom 11. Februar 2005, Konsolidierern den Teilleistungszugang und die entsprechenden Teilleistungsrabatte zu verweigern.

Nach Auffassung des Bundeskartellamtes stellte die Verweigerung des Teilleistungszugangs sowohl einen Verstoß gegen Artikel 102 Satz 2 lit. c AEUV (ex-Artikel 82 Satz 2 lit. c EGV) als auch einen Verstoß gegen § 20 Absatz 1 GWB (a.F.) und damit einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot dar. Das Bundeskartellamt erklärte seine Untersagungsverfügung für sofort vollziehbar, da dem Teilleistungszugang für Konsolidierer eine ausschlaggebende Bedeutung für die Entstehung wettbewerblicher Strukturen und die Schaffung funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Briefbeförderungsmärkten zukomme. Die Anordnung des Sofortvollzugs wurde vom Oberlandesgericht Düsseldorf, das dem Antrag der DPAG auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde gegen den Kartellamtsbeschluss nicht stattgab, bestätigt.¹⁸¹

148. Im Zuge der Entscheidungen aus dem Jahr 2000 hat die Bundesnetzagentur erstmalig auch die Entgelte für verschiedene Teilleistungen festgelegt. Bei der Ermittlung dieser Entgelte war der Regulierungsbehörde ein kostenbasiertes, prozessorientiertes Vorgehen nicht möglich. Dazu heißt es in der Begründung des Beschlusses Bk5b-00/076: „Prüffähige Kostenunterlagen [...] hat die Antragsgegnerin trotz mehrfacher Aufforderung durch die Beschlusskammer für das vorliegende Verfahren nicht vorgelegt.“ Daher mussten die Kosten der Prozesse der Teilleistungen auf der Grundlage öffentlich zugänglicher Daten über die Kostenstrukturen in Postunternehmen geschätzt werden. Kunden und Wettbewerber erhalten in Abhängigkeit von der erbrachten Dienstleistung, der eingelieferten Stückzahl und dem Grad der Vorsortierung Rabatte auf die Endpreise der DPAG für die jeweilige Sendungsart. Die Entgelte waren zunächst bis zum 31. Dezember 2002 gültig. Zwischen 2003 und 2007 unterlagen die Teilleistungen – wie die meisten genehmigungsbedürftigen Entgelte – der Price-Cap-Regulierung nach § 21 Absatz 1 PostG. Hierbei waren die Teilleistungen in einem separaten „Korb T“ zusammengefasst. Als Ausgangsentgeltniveau für die Festlegung der Preisobergrenzen im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens wurden die von der Bundesnetzagentur im Jahr 2000 festgelegten Entgelte verwendet. Bis Ende 2007 durfte das mittlere Entgelt aller im Korb T enthaltenen Produkte pro Jahr maximal um den Faktor „Preissteigerungsrate minus 1,8 Prozent“ steigen. Im Wesentlichen sind die im Jahr 2000 angeordneten Teilleistungsentgelte in der Preishöhe und -struktur bis Ende 2007 erhalten geblieben. Zum 1. Januar 2008 hat die DPAG die Konditionen für die Teilleistungsverträge nach den Allgemeinen Geschäftsbedingungen verbessert. So wurden die Rabatte auf die regulären Entgelte für erbrachte Vorleistungen über alle Stufen um fünf Prozentpunkte erhöht und die Mindesteinlieferungsmengen zur Geltendmachung der Rabatte gesenkt. Die Tabellen 3.7 und 3.8 zeigen die aktuellen Rabatte bei Einlieferung im Briefzentrum in der Ursprungsregion (Briefzentrum Abgang, BZA) und im Briefzentrum der Zielregion (Briefzentrum Eingang, BZE).

¹⁷⁵ Gemäß § 20 Absatz 2 Satz 1 PostG dürfen die Entgelte nach Nummer 1 keine Aufschläge enthalten, die der Anbieter nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen kann, nach Nummer 2 dürfen sie keine Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen, und nach Nummer 3 dürfen sie einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einräumen, wenn hierfür keine rechtliche Verpflichtung oder ein sonstiger sachlich gerechtfertigter Grund nachgewiesen wird.

¹⁷⁶ Vgl. Abschnitt 3.4.

¹⁷⁷ BNetzA, Beschluss vom 15. September 2000, Bk5b-00/076; dies., Beschlüsse vom 16. Oktober 2000, Bk5a-00/110 und Bk5a-00/114; dies., Beschluss vom 12. März 2001, Bk5a-01/004.

¹⁷⁸ Vgl. Europäische Kommission, Entscheidung vom 20. Oktober 2004, COMP/38.745.

¹⁷⁹ Vgl. BKartA, Beschluss vom 11. Februar 2005, B9-55/03.

¹⁸⁰ Für eine detaillierte Darstellung der verschiedenen Positionen vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 44, a. a. O., Tz. 11-25.

¹⁸¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2005, VI-Kart 3/05 (V).

Tabelle 3.7

Rabatte auf das Standard-Entgelt, AGB-Teilleistungsverträge BZA

Rabatt	Standard-, Kompaktbrief, Postkarte	Groß-, Maxibrief
8 %	ab 5.000 bis 10.000	ab 500 bis 1.000
11 %	ab 10.001 bis 15.000	ab 1.001 bis 2.000
15 %	ab 15.001 bis 20.000	ab 2.001 bis 3.000
19 %	ab 20.001 bis 25.000	ab 3.001 bis 4.000
23 %	ab 25.001	ab 4.001

Quelle: DPAG, AGB Teilleistungen BZA gewerbsmäßige Konsolidierung Brief (Stand: 1. Januar 2008)

Tabelle 3.8

Rabatte auf das Standard-Entgelt, AGB-Teilleistungsverträge BZE

Rabatt	Standard-, Kompaktbrief, Postkarte	Groß-, Maxibrief
26 %	ab 250	ab 100

Quelle: DPAG, AGB Teilleistungen BZE gewerbsmäßige Konsolidierung Brief (Stand: 1. Januar 2008)

149. Die Höhe der Teilleistungsrabatte sind insofern ein kritischer Faktor für den Briefbereich, als sie es dem etablierten Anbieter ermöglichen, die Politik einer Preis-Kosten-Schere zu betreiben, d. h. Wettbewerber durch eine geringe Preisdifferenz zwischen den End-to-End-Dienstleistungen und den Teilleistungen vom Markt zu verdrängen. Diese Problematik ist aus anderen Netzsektoren wie der Telekommunikation oder der Energieversorgung hinlänglich bekannt. Die Teilleistungsrabatte der DPAG erreichen auch nach den Anfang 2008 verbesserten Konditionen nicht die Rabatte, die z. B. in Frankreich, Großbritannien oder den USA für vergleichbare Vorleistungen angeboten werden. Verschärft wird dies dadurch, dass die Gewinnmargen der Wettbewerber durch die Umsatzsteuerbefreiung der DPAG zusätzlich verringert werden.¹⁸²

150. Ebenso bedeutsam wie die Entgelte sind die nicht preislichen Konditionen des Teilleistungszugangs der DPAG. Dass das Unternehmen nicht gewillt ist, einen reibungslosen und diskriminierungsfreien Netzzugang für Wettbewerber zu ermöglichen, hat sich von Anfang an gezeigt. Nachdem der Versuch, Konsolidierern den Netzzugang zu verweigern, auf gesetzlicher Ebene gescheitert war, ist die DPAG dazu übergegangen, dessen schnelle und umfassende Nutzung durch verschiedene Behinderungspraktiken zu konterkarieren. So verlangte die DPAG von den Konsolidierern für den Fall, dass die Kartellamtsverfügung zu einem späteren Zeitpunkt gerichtlich aufgehoben würde, die vertragliche Anerkennung der Rückzahlung der gewährten Rabatte. Das mit der Rückzahlungsklausel verbundene finanzielle Risiko hat viele Anbieter vom Abschluss eines Teilleistungsvertrags mit der DPAG abgehalten. Im Juli 2005 stimmte die DPAG auf Drängen des Bundeskartellamtes schließlich zu, auf

den Rückforderungsvorbehalt zu verzichten. Die reibungslose Nutzung des Teilleistungszugangs wurde nach Ansicht der Wettbewerber aber weiterhin durch restriktive Einlieferungsbedingungen behindert. So weigerte sich die DPAG zunächst, von Konsolidierern – im Gegensatz zu ihren eigenen Kunden – Sendungen anzunehmen, die nur auf Leitregionen durchnummeriert sind. Dies erlaubt, Sendungen in einem einzigen Maschinendurchlauf gleichzeitig zu sortieren und zu nummerieren, sodass in dem engen Zeitfenster zwischen der Abholung der Sendungen beim Kunden und der Einlieferung bei der DPAG größere Briefmengen konsolidiert werden. Die Bundesnetzagentur hat der DPAG im Rahmen ihrer Missbrauchsaufsicht diese Praxis schließlich untersagt.

151. Die Marktteilnehmer beklagten außerdem die Praxis der DPAG bei der Vergabe von Einlieferungszeiten („Slots“). Die DPAG gebe konkrete Slots vor und begründe diese Zeiten pauschal mit betrieblichen Erfordernissen. Es gebe keine Möglichkeit, einmal vergebene Slots in Absprache mit der DPAG zu verändern; das Unternehmen selbst aber behalte sich vor, die Slots jederzeit zu verändern, wenn betriebliche Erfordernisse dies verlangten. De facto stehe die Slot-Vergabe vollkommen im Ermessen der DPAG, ohne dass auf den einzelnen Slot ein Rechtsanspruch oder gar ein Bestandsschutz bestehe. Weitere Beschwerden bezogen sich auf die Aktualität der Tagesstempel. Die DPAG verlangte die Einlieferung von Sendungen an dem Tag, an dem diese Sendungen frankiert wurden, anderenfalls wurden die Sendungen abgewiesen. Begründet wurde dies damit, dass die DPAG gegenüber den Absendern verpflichtet ist, die Laufzeitvorgaben gemäß Post-Universaldienstleistungsverordnung einzuhalten. Im Gegenzug war die DPAG aber nicht bereit, gegenüber den Wettbewerbern eine Gewährleistung hinsichtlich der Laufzeit ab Einlieferung im Briefzentrum zu übernehmen.

¹⁸² Vgl. dazu Abschnitt 3.3.

men.¹⁸³ Die Bundesnetzagentur ist diesen Beschwerden nachgegangen und hat die DPAG Mitte 2008 dazu veranlasst, die Einlieferungsbedingungen wettbewerbsfreundlicher zu gestalten. So sind die Großannahmestellen der Briefzentren nun bundesweit einheitlich länger geöffnet. Briefsendungen können werktäglich bis 20 Uhr (samstags bis 12 Uhr) eingeliefert werden. Außerhalb der Öffnungszeiten der Großannahmestellen sind Einlieferungen zukünftig während der Produktionszeit des jeweiligen Briefzentrums möglich. Die Einlieferungsslots wurden ebenfalls zeit- und mengenmäßig erweitert. Auch hinsichtlich der Aktualität der Tagesstempel kam die DPAG den Forderungen der Wettbewerber entgegen. Sendungen mit zum Teil veralteten Tagesstempeln werden künftig nicht mehr zurückgewiesen.

152. Die große Kreativität der alteingesessenen Netzmonopolisten, Wettbewerbern den Zugang zum Netz zu erschweren, ist aus anderen Netzsektoren wie der Telekommunikation oder der Energiewirtschaft bekannt. Die in diesen Sektoren gemachten Erfahrungen haben gezeigt, dass auf eine strenge und zeitnahe Kontrolle von Netzzugangsentgelten und -bedingungen nicht verzichtet werden kann. Dies gilt ebenso für den Postsektor, in dem die Bundesnetzagentur weiterhin mit einer Vielzahl von Missbrauchspraktiken der DPAG beim Netzzugang rechnen muss. Für die Wettbewerbsentwicklung auf den deutschen Briefmärkten ist es von großer Bedeutung, ob die Regulierungsbehörde durch eine schnelle und wirksame Missbrauchsaufsicht einen diskriminierungsfreien Teilleistungszugang bei der DPAG gewährleisten kann. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass die Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs für alternative Postdienstleister ökonomisch vorteilhaft ist und zu einer Belebung des Wettbewerbs auf den Postmärkten führt. Wie internationale Erfahrungen belegen, sind mit der durch die Freigabe der Konsolidierung möglich werdenden Arbeitsteilung zwischen dem Betreiber des Postnetzes und den Konsolidierern erhebliche Effizienzsteigerungspotenziale verbunden. Wettbewerbspolitisch ist aufgrund der hohen Markteintrittsbarrieren, die mit dem Aufbau eines flächendeckenden Zustellnetzes verbunden sind, der Teilleistungszugang eine notwendige Voraussetzung dafür, dass die neu in den Markt eintretenden Anbieter auf der Ebene der End-to-End-Dienstleistungen mit der DPAG in Konkurrenz treten können.

153. In diesem Zusammenhang ist zu begrüßen, dass das Bundesverwaltungsgericht im Mai 2009 nunmehr letztinstanzlich die Rechtmäßigkeit einer Auskunftsanordnung der Bundesnetzagentur an die DPAG bestätigt hat.¹⁸⁴ Das Unternehmen hatte sich bei einer Vielzahl von Teilleistungsverträgen geweigert, der Regulierungsbehörde die Verträge vorzulegen, weil diese Verträge keinen Bezug zu einer Beförderungsleistung aufwiesen. Darauf-

hin wurde die DPAG im Rahmen einer Anordnung zur Auskunft über die Vertragsinhalte aufgefordert. Dieses Vorgehen ist nun vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt worden. Das Urteil stellt klar, dass eine Postdienstleistung in ihrer Gesamtheit als „Beförderungsleistung“ zu werten ist, d. h. die „Beförderungsleistung“ nicht auf den Transport reduziert werden könne. Die DPAG ist nun zweifelsfrei verpflichtet, der Bundesnetzagentur alle streitigen Typen von Teilleistungsverträgen vorzulegen; dadurch können diskriminierende Vertragsinhalte zeitnah untersagt werden. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts dürfte wesentlich zur Transparenz auf den Postmärkten beitragen.

3.6 Vergabe von Postdienstleistungsaufträgen durch öffentliche Stellen

154. Öffentliche Einrichtungen sind bei der Vergabe ihrer Aufträge für Postdienstleistungen verpflichtet, nach Maßgabe des Vergaberechts auszuschreiben. Das Ziel des Vergaberechts besteht vor allem darin, öffentliche Auftraggeber zu einem wirtschaftlichen Umgang mit Steuermitteln zu verpflichten und den interessierten Unternehmen in einem marktgerechten Wettbewerb die Möglichkeit zu geben, öffentliche Aufträge zu erhalten. Der Staat fragt oftmals Leistungen nach, für die kein Wettbewerbsmarkt existiert, ein Marktpreis schwer ermittelt werden kann oder es an einer hinreichenden Marktübersicht fehlt. Das Vergabeverfahren soll einen Wettbewerb auslösen (§ 97 Absatz 1 GWB) und die Vergabestelle in die Lage versetzen, aus einer Vielzahl konkurrierender Angebote das wirtschaftlichste Angebot auswählen zu können (§ 97 Absatz 5 GWB). Die Unternehmen sollen durch das Vergabeverfahren vor Bestechlichkeit der Entscheidungsträger, der Verletzung von Geheimhaltungspflichten und anderen gesetzeswidrigen Praktiken geschützt werden.

155. Die relevanten öffentlichen Auftraggeber des Bundes, der Länder und Kommunen nach § 98 Nummer 1 GWB müssen bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen die vergaberechtlichen Bestimmungen des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, der Vergabeverordnung (VgV) sowie die Bestimmungen des Zweiten Abschnitts des Teils A der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) anwenden, wenn der geschätzte Auftragswert die gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerte (EG-Schwellenwerte) des § 100 Absatz 1 GWB i. V. m. § 2 VgV erreicht.¹⁸⁵ Die Schwellenwerte für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten und oberen Bundesbehörden sowie vergleichbarer Bundeseinrichtungen (zu denen z. B. auch die Bundesgerichte gehören) betragen 137 000 Euro (§ 2 Nummer 2 VgV) und für alle anderen Einrichtungen (wie etwa die der Länder und Kommunen) 211 000 Euro (§ 2 Nummer 3 VgV) – brutto¹⁸⁶. Diese Schwellenwerte werden bei der Vergabe

¹⁸³ Tatsächlich gewährt die DPAG bei Standardprodukten keine Laufzeitgarantien, sondern nur Laufzeitwahrscheinlichkeiten für die Zustellung, z. B. einen Tag nach Einlieferung (E+1). Die DPAG hat aber ein großes Interesse an aktuellen Tagesstempeln, da der Empfänger die Brieflaufzeit mit dem Datum des Tagesstempels verbindet.

¹⁸⁴ BVerwG, Urteil vom 20. Mai 2009, 6 C 14.08; vgl. dazu auch OVG Münster, Urteil vom 22. Januar 2008, 13 A 4362/00 und VG Köln, Urteil vom 20. Juni 2000, 22 K 7663/99.

¹⁸⁵ Vgl. § 97 Absatz 1 GWB, § 100 Absatz 1 GWB, § 4 Absatz 2 VgV.

¹⁸⁶ Diese Schwellenwerte sind durch Gemeinschaftsrecht vorgegeben und werden regelmäßig angepasst; zuletzt gemäß Verordnung (EG) Nummer 1422/2007, ABl. EU Nr. L 317 vom 5. Dezember 2007, S. 34, in Kraft seit 1. Januar 2008, deren Vorrang vor der bislang noch nicht angepassten Vergabeverordnung ganz überwiegend angenommen wird.

von Postdienstleistungsaufträgen, die oftmals für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren vergeben werden, durch die öffentlichen Stellen regelmäßig überschritten. Unterhalb der EG-Schwellenwerte sehen die Vorschriften des § 30 Haushaltsgrundsätzegesetz (HgrG) und – daraus abgeleitet – die Bundeshaushaltsordnung (§ 55 Absatz 1 BHO) und die jeweiligen Landeshaushaltsordnungen die Anwendung der VOL/A vor. Hierfür gelten allerdings nur die sog. Basisparagrafen des Abschnitts 1 der VOL/A, während sich die Paragraphen des Abschnitts 2 der VOL/A ausschließlich auf Aufträge über den EG-Schwellenwerten beziehen.¹⁸⁷ In den Bundesländern, in denen den Städten und Gemeinden durch entsprechende Erlasse der Landesregierungen die Möglichkeit eingeräumt wurde, freihändige Vergaben bis zu einem bestimmten Auftragswert durchzuführen (z. B. 30 000 Euro in Bayern, Nordrhein-Westfalen, Mecklenburg-Vorpommern, 20 000 Euro in Brandenburg) gilt, dass auch bei freihändiger Vergabe vorher eine Marktuntersuchung durchgeführt und die Grundsätze des Vergaberechts bei der Angebotsbewertung befolgt werden sollen.¹⁸⁸

156. Um den Wettbewerb um öffentliche Aufträge besser beurteilen zu können, hat die Monopolkommission im Herbst 2009 eine Umfrage zur Praxis der Vergabe von Postdienstleistungsaufträgen durch öffentliche Einrichtungen durchgeführt. Angeschrieben wurden die 1 000 größten Städte und Gemeinden Deutschlands, gewichtet nach der Einwohnerzahl der Bundesländer; die Fragen bezogen sich – um Informationen über vergleichbare Fälle zu erhalten – auf die Vergabe der Aufträge für die Beförderung der Wahlbenachrichtigungen zur Wahl des Europäischen Parlamentes am 7. Juni 2009. Von den 1 000 befragten Städten und Gemeinden haben 29 Prozent einen wenigstens teilweise beantworteten Fragebogen zurückgesandt. Auf die ostdeutschen Bundesländer entfielen 177 Städte und Gemeinden, von denen 38 den Fragebogen zurückgesandt haben; dies entspricht einer Quote von 22 Prozent. Von den 823 westdeutschen Städten und Gemeinden haben 252 Angaben zum betreffenden Vergabeverfahren gemacht, d. h. die Rücklaufquote fällt mit 31 Prozent für Westdeutschland etwas besser aus. Alle folgenden Angaben beziehen sich auf die insgesamt 290 Städte und Gemeinden, die einen Fragebogen zurückgesandt haben. Die mittlere Einwohnerzahl beträgt 49 000. 50 Prozent der Städte und Gemeinden haben maximal 25 000 Einwohner, was darauf hindeutet, dass die Stichprobe einen sehr großen Anteil relativ kleiner Gemeinden enthält. Die mittlere Einwohnerzahl variiert zwischen den ost- und westdeutschen Bundesländern kaum.

157. Die wichtigste abgefragte Information betrifft die Art der Auftragsvergabe. Zunächst ist festzustellen, dass mit einem Anteil von 37 Prozent die meisten Aufträge über zentrale Stellen vergeben wurden. Hierbei handelt es sich um Kooperationen verschiedener Städte und Gemeinden, z. B. durch die Bildung gemeinsamer Stellen zur Auftragsvergabe, die Vergabe über ein öffentliches

oder privates Rechenzentrum, das für verschiedene Städte und Gemeinden tätig ist, sowie die (freiwillige) Abwicklung der Auftragsvergabe über den jeweiligen Landeshauptstadtleiter. Der zweitgrößte Anteil der beobachteten Auftragsvergaben entfällt mit 28 Prozent auf freihändige Vergaben. Hierbei wurde in mindestens 47 Prozent der Fälle die DPAG als Anbieter tätig. Der tatsächliche Anteil der DPAG dürfte jedoch höher liegen; die genaue Zahl ist aufgrund unvollständiger Angaben nicht festzustellen. Überraschend häufig nutzen knapp 16 Prozent der Städte und Gemeinden eigene Zusteller, in erster Linie städtische Bedienstete, sog. „Amtsboten“. 13 Prozent der Städte und Gemeinden haben den Auftrag wegen eines bestehenden Rahmenvertrags mit einem Postdienstleister nicht ausgeschrieben. Hierbei wurde in mindestens 58 Prozent der Fälle die DPAG als Anbieter tätig, wobei davon auszugehen ist, dass der tatsächliche Anteil der DPAG etwas höher liegt, als die Umfrageergebnisse suggerieren. In nur sieben Fällen wurde die Beförderung der Wahlbenachrichtigungskarten durch die Stadt bzw. Gemeinde selbst ausgeschrieben. In vier Fällen wurde ein Verhandlungsverfahren gewählt. Offene bzw. nicht offene Vergabeverfahren wurden nicht beobachtet. Die im Briefgeschäft vorliegende Dominanz der DPAG mit einem Marktanteil von rund 90 Prozent konnte in dem Spezialfall der Beförderung von Wahlbenachrichtigungskarten zur Europawahl im Juni 2009 nicht festgestellt werden. Die DPAG ist zwar in mindestens 32 Prozent aller Fälle nachweislich als Anbieter aufgetreten, dies entspricht aber selbst, wenn man eine massive Unterschätzung annimmt, immer noch einem – gemessen am Gesamtbriefmarkt – relativ geringen Marktanteil der DPAG. Dieses Ergebnis deutet darauf hin, dass die Auftragsvergabe durch öffentliche Stellen für Wettbewerber eine wichtige Chance bietet, sich im Briefgeschäft zu etablieren.

158. Seit einiger Zeit spielen bei öffentlichen Ausschreibungen nicht mehr nur die Entgelte, sondern auch die Qualität der Auftragsdurchführung eine Rolle. Die Vorbereitung und Durchführung solcher Vergabeverfahren ist ungleich komplizierter, weil qualitative Anforderungen in die Form geeigneter (und rechtlich zulässiger) Eignungs- und Zuschlagskriterien gekleidet werden müssen. In der Vergangenheit waren viele Vergabeverfahren Gegenstand von Beschwerden der Bieter und wurden vor allem durch die Newcomer auf dem Markt gerichtlich angegriffen. Besonders umstritten waren (und werden vermutlich auch zukünftig sein) die Aufteilung der Aufträge in Lose, die Rahmenvereinbarungen, die Auswahl der Zuschlagskriterien und Eignungsnachweise, der Subunternehmenssinsatz, die Insolvenz im Zusammenhang mit einer Ausschreibung, die Kooperation mehrerer Auftraggeber und die Umsatzsteuerbefreiung der DPAG.¹⁸⁹

3.6.1 Aufteilung in Lose

159. Öffentliche Auftraggeber sind nach § 97 Absatz 3 GWB verpflichtet, die Interessen mittelständischer Unternehmen bei der Ausschreibung vorrangig zu berücksichtigen.

¹⁸⁷ Vgl. DStGB, Leitlinien für die Vergabe von Postdienstleistungen durch Kommunen, 2007, S. 1.

¹⁸⁸ Vgl. ebenda, S. 1 f.

¹⁸⁹ Vgl. dazu auch Goodarzi, R., Kapischke, C., Die Ausschreibung von Postdienstleistungen – das erste Jahr der Marktliberalisierung, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 28, 2009, S. 80 – 84.

gen. Dies soll durch die Aufteilung der Aufträge in Lose erreicht werden. Auch nach § 5 Nummer 1 Satz 1 VOL/A (Abschnitt 1) hat der Auftraggeber in jedem Fall, in dem dies nach Art und Umfang der Leistung zweckmäßig ist, den Auftrag in Lose aufzuteilen, wobei eine unwirtschaftliche Zersplitterung des Auftrags zu vermeiden ist. Man unterscheidet eine Aufteilung nach Stückzahlen (Teillöse), dem Leistungsgegenstand (Fachlose, z. B. getrennt nach Briefen, Paketen und Postzustellungsaufträgen oder getrennt nach Prozessen) und dem Leistungsort (Gebietslose, z. B. getrennt nach Regionen). Auch eine Kombination dieser Kriterien ist möglich. Eine an den einzelnen Prozessen orientierte Losbildung bedeutet, dass die Vorleistungen wie das Drucken, Kuvertieren und Sortieren der Sendungen getrennt von der eigentlichen Beförderung ausgeschrieben werden. Eine derart entbundene Ausschreibung ist für den Postmarkt von besonderer Bedeutung, weil sich viele Unternehmen auf einzelne Prozesse der postalischen Wertschöpfungskette spezialisieren, wie z. B. Konsolidierer, welche diese Leistungen für verschiedene Auftraggeber erbringen und damit Größenvorteile realisieren, die anderen, weniger spezialisierten Wettbewerbern verwehrt sind. Schreibt der Auftraggeber entgegen § 97 Absatz 3 GWB eine Gesamtleistung aus, werden solche Nischenanbieter von vornherein ausgeschlossen. Eine Aufteilung des Auftrags in mehrere Gebietslose bedeutet, dass auch solche Postdienstleister eine Chance auf den Auftrag haben, die nur regional oder lokal tätig sind. Werden die Lose dagegen nicht räumlich differenziert, können ausschließlich Anbieter mit einem flächendeckenden Zustellnetz den Auftrag annehmen.

160. Eine Gesamtvergabe ist vergaberechtlich nur dann zulässig, wenn die Losbildung zu einer unwirtschaftlichen Zersplitterung führen würde oder technische Probleme dem entgegenstehen. Es müssen überwiegende Gründe für eine einheitliche Auftragsvergabe sprechen.¹⁹⁰ In Einzelfällen ist tatsächlich davon auszugehen, dass eine exzessive Losbildung zu einem Verlust von Skalen- und Verbundvorteilen führen kann, insbesondere bei einer Aufteilung in Teil- oder Fachlose. Ein Beispiel dafür ist die Durchführung von Postzustellungsaufträgen im Bereich des automatisierten Mahnwesens. Hierbei erfolgt die Produktion der Zustellaufträge im elektronischen Massenverfahren. Bei einer Vergabe der Aufträge für die einzelnen Prozesse Druck, Falten und Sortieren der Sendungen an unterschiedliche Unternehmen dürften die durch die Massenproduktion möglichen ökonomischen und zeitlichen Vorteile schnell verloren gehen. Ein solches Beispiel stellt jedoch den Sinn der Vorschriften zur Losbildung (an sich) nicht in Frage. In der Praxis wird ohnehin über erheblich einfacher gelagerte Fälle gestritten. So hatte die Vergabekammer Sachsen über einen Fall zu entscheiden, in dem die Beförderung von mehreren Millionen Briefen, Paketen und Postzustellungsaufträgen in einem einzigen Los ausgeschrieben worden war, was sie als unzulässig beurteilte.¹⁹¹ Die Ausschreibung eines Auftrags zur Beförderung verschiedener Kategorien in einem einzigen Los verstöße gegen § 97 Absatz 3 GWB.

Ein öffentlicher Auftraggeber von Postdienstleistungen habe die Pflicht zur grundsätzlichen Auftragsteilung in Lose und kann davon nur im Ausnahmefall absehen, wenn die Auftragsteilung in Lose unzweckmäßig ist. Wann vertretbare Gründe vorliegen, die gegen eine Losbildung und für eine Gesamtvergabe sprechen, müsse anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls sorgfältig abgewogen werden. Die Gründe für eine Gesamtvergabe sind außerdem zu dokumentieren.¹⁹²

Nach § 97 Absatz 7 GWB haben die Unternehmen einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Durch die Änderungen im Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts¹⁹³ wurde der Mittelstandsschutz in seiner Bedeutung jüngst noch weiter verstärkt. Wegen der auch im zweiten Jahr nach der Liberalisierung weiterhin großen Asymmetrie der Anbieter auf dem Postmarkt spricht sich die Monopolkommission dafür aus, dem Mittelstandsschutz des § 97 Absatz 3 GWB und des § 5 Nummer 1 Satz 1 VOL/A (Abschnitt 1) eine besondere Bedeutung beizumessen. Dabei geht es nicht um den Schutz des Mittelstandes per se, sondern darum, die Markteintrittsbarrieren für kleine und mittlere Wettbewerber abzusenken.

3.6.2 Rahmenvereinbarungen

161. Der Umfang eines Auftrags über Postdienstleistungen ist wegen des schwankenden Sendungsaufkommens im Regelfall nicht genau zu prognostizieren. In der Praxis hat sich deshalb der Abschluss von Rahmenvereinbarungen etabliert. Sie ermöglichen den Auftraggebern, Leistungen aus dem Vertrag abzurufen, ohne dass der Umfang genau feststeht. Früher leitete sich die rechtliche Möglichkeit, Rahmenvereinbarungen abzuschließen, aus der Richtlinie 2004/18/EG¹⁹⁴ ab. Inzwischen ist eine Umsetzung in nationales Recht erfolgt. In § 3a Nummer 4 VOL/A (Abschnitt 2) werden die Voraussetzungen und die Verfahrensmöglichkeiten beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen detailliert geregelt. Sie können in mehreren Varianten abgeschlossen werden. Zum Beispiel kann eine Rahmenvereinbarung mit einem oder mehreren Unternehmen abgeschlossen werden. In der Praxis ist anhand des Leistungsgegenstandes für jede Ausschreibung gesondert zu überprüfen, welche Variante in Betracht kommt. Für alle Rahmenvereinbarungen gilt, dass nach § 3a Nummer 4 (8) VOL/A (Abschnitt 2) die Laufzeit vier Jahre nicht überschreiten darf, „es sei denn der Auftragsgegenstand oder andere besondere Umstände rechtfertigen eine Ausnahme“.

3.6.5 Auswahl der Zuschlagskriterien

162. Der Zuschlag ist nach § 25 Nummer 3 VOL/A auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Bei der Auswahl der Zu-

¹⁹⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. September 2004, Verg 38/04.

¹⁹¹ Vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 30. April 2008, 1/SVK/020-08.

¹⁹² Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. September 2004, Verg 38/04.

¹⁹³ Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20. April 2009, BGBl. I S. 790.

¹⁹⁴ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. EU Nr. L 134, S. 114.

schlagungskriterien steht dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu, wobei auch der Preis als einziges Kriterium rechtlich zulässig ist. In der ersten Phase nach der Liberalisierung des Postmarktes lieferten sich die Anbieter in erster Linie einen Preiswettbewerb, sodass der Preis für die Auftraggeber als einziges Zuschlagskriterium zweckmäßig erschien. Die Erfahrungen haben jedoch gezeigt, dass die Auftragsausführung durch verschiedene Anbieter in erheblich unterschiedlicher Qualität erfolgte. Presseberichten zufolge soll die Qualität teilweise derart mangelhaft gewesen sein, dass einigen Anbietern kurz nach Erhalt des Auftrags wegen Vertragsverletzungen außerordentlich gekündigt werden musste. Nicht zuletzt wegen solcher Erfahrungen wird in aktuellen Ausschreibungen verstärkt nicht nur auf den Preis, sondern auch auf einige andere Kriterien abgestellt, d. h. die Ausschreibungspraxis geht dazu über, die Wirtschaftlichkeit nicht mehr nur anhand des niedrigsten Preises zu bestimmen, sondern zusätzliche Qualitätskriterien (z. B. Leistungskonzept, Kundennähe, Qualitätsmanagement usw.) zu berücksichtigen. In der Vergabebekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen werden diese Zuschlagskriterien in der Regel detailliert beschrieben, sodass die Unternehmen erkennen, welche Nachweise sie ihrem Angebot beifügen müssen.

163. In der Praxis ist es nicht selten, dass als Zuschlagskriterien auch Aspekte vorgesehen sind, die sich auf die Bieter beziehen, wie z. B. die technische Ausstattung oder die Qualifikation der Mitarbeiter. Die Vergabekammer Sachsen sieht jedoch die Verwendung derartiger Zuschlagskriterien als vergaberechtswidrig an. Sie seien immer dann unzulässig, wenn in den Verdingungsunterlagen kein konkreter Bezug zum ausgeschriebenen Auftrag hergestellt wird, weil sie dann nicht die Wirtschaftlichkeit des Angebots betreffen, sondern ihr Zweck darin bestehe, nach der Eignung des Bieters zu selektieren. Die Eignungsprüfung des Bieters und die Bewertung seines Angebots seien zwei unterschiedliche Vorgänge, welche unterschiedlichen Regeln unterlägen und somit nicht vermischt werden dürften.¹⁹⁵ Mit anderen Worten: Solche Kriterien dürfen nur im Rahmen der Eignungsprüfung der Bieter berücksichtigt werden, nicht aber bei der Bewertung ihrer Angebote.

3.6.4 Auswahl der Eignungsnachweise

164. Öffentliche Aufträge sind nach § 97 Absatz 4 GWB ausschließlich an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreu und zuverlässige Unternehmen zu vergeben. Öffentliche Auftraggeber setzen die Anforderungen an die Eignung der Bieter angesichts der teilweise ersten rechtlichen Folgen unzuverlässiger Ausführung von Postdienstleistungen (insbesondere im Bereich der Postzustellungsaufträge) nicht zu niedrig an. Einen rechtlich verbindlichen Maßstab dafür gibt es jedoch nicht. Einerseits hat das Oberlandesgericht Düsseldorf entschieden, dass durchaus ein sehr hoher Maßstab bei der Beurteilung der Eignung bei besonderen Umständen, z. B. bei sensiblen Vertragsgegenständen, angelegt werden kann.¹⁹⁶ Andererseits hat die 2. Vergabekammer des

Bundes darauf hingewiesen, dass eine Abschottung des Marktes für neue Anbieter durch zu hohe Anforderungen an die Eignung der Bieter nicht erfolgen darf.¹⁹⁷ In diesem Zusammenhang urteilte das Oberlandesgericht Frankfurt, dass der Ausschluss eines Bieters aus einem Vergabeverfahren wegen bekannter früherer schlechter Zustellqualität pauschal nicht gerechtfertigt sei. Vielmehr sei immer eine Einzelfallprüfung vorzunehmen, weil der Bieter Anspruch auf eine ordnungsgemäße Prüfung seiner Eignung hat.¹⁹⁸

Die Monopolkommission pflichtet der 2. Vergabekammer des Bundes in ihrer Haltung bei. Es muss bei der Auswahl der Eignungskriterien eine sorgfältige Abwägung zwischen dem Interesse des öffentlichen Auftraggebers an einer zuverlässigen Auftragsdurchführung und den Interessen der potenziellen Anbieter an der Möglichkeit zur Teilnahme am Vergabeverfahren geben. Die Errichtung künstlich hoher Barrieren für neue Anbieter läuft dem Zweck des Vergaberechts, nämlich Wettbewerb zwischen den Unternehmen auszulösen, damit die Vergabestelle aus vielen verschiedenen Angeboten das für den Auftraggeber und damit die Steuerzahler wirtschaftlichste Angebot auswählen kann, zuwider.

165. Zur Überprüfung der Eignung sind von den Bietern entsprechende Nachweise vorzulegen. Bei der Auswahl der Nachweise steht der Vergabestelle ein Beurteilungsspielraum zu¹⁹⁹, wobei die Verdingungsordnung für Leistungen einige Vorgaben macht. Nach § 7 Nummer 4 und § 7a Nummer 2 VOL/A (Abschnitt 2) können geeignete Nachweise der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit gefordert werden. Dazu zählen nach den Leitlinien des Deutschen Städte- und Gemeindebundes (DStGB) in der Kategorie „Fachkunde“ Kenntnisse und Erfahrungen im Umgang mit den Spezifika des öffentlichen Sektors (unter anderem Bekanntgabe-, Zustellungs- und Datenschutzbestimmungen) für das einzusetzende Personal, gegebenenfalls der Einsatz von Fachkräften mit einschlägigen Berufsabschlüssen (Fachkraft für Kurier-, Express- und Postdienstleistungen). Zur Kategorie „Leistungsfähigkeit“ gehört die Angabe finanzieller Größen wie der Umsatz allgemein und mit dem Auftragsgegenstand vergleichbarer Leistungen, die Existenz der erforderlichen Infrastruktur, Produktionssysteme, Transportlogistik, Schulungs- und Qualifizierungsprogramme, Unterlagen zur Betriebsorganisation und Struktur des Unternehmens, zertifizierte Qualitätsmanagementsysteme und andere Referenzen. In der Kategorie „Zuverlässigkeit“ geht es um etwaige Verstöße gegen Strafgesetze und andere Vorschriften, die Prüfung der Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Sozialbeiträgen, die Existenz der erforderlichen Lizenzen usw. Als Nachweise empfiehlt der Deutsche Städte- und Gemeindebund die Anforderung von entsprechenden Urkunden, wie z. B. einer Postlizenz der Bundesnetzagentur nach § 5 PostG, den Gewerbezentral- und Handelsregisterauszug des Unternehmens, Unbedenklichkeitsbescheinigungen des Finanzamtes und der Sozialversicherungsträger, eine Bescheinigung über das

¹⁹⁵ Vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 30. April 2008, 1/SVK/020-08.

¹⁹⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. September 2005, Verg 48/05.

¹⁹⁷ Vgl. 2. VK Bund, Beschluss vom 6. August 2004, VK 2-94/04.

¹⁹⁸ Vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 24. Februar 2009, 11 Verg 19/08.

¹⁹⁹ Vgl. 1. VK Bund, Beschluss vom 28. April 2005, VK 1-35/05.

Bestehen einer Betriebshaftpflichtversicherung oder z. B. Eigenerklärungen über Nichtvorliegen von rechtskräftigen Verurteilungen wegen relevanter Straftaten, Insolvenzverfahren oder Liquidation.²⁰⁰ Anhand dieser Nachweise soll die Vergabestelle besser beurteilen können, ob ein Bieter bereits für den Auftrag nützliche Erfahrungen besitzt, den Auftrag durchzuführen imstande ist und ob er als gesetzestreu und zuverlässig gilt.

166. Im Rahmen der Eignungsprüfung kommt seit 1. Januar 2008 dem Postmindestlohn eine besondere Bedeutung zu. Die DPAG hatte im August 2007 mit einigen Tochterunternehmen und mittelständischen Briefdienstleistern den Arbeitgeberverband Postdienste e. V. gegründet und gemeinsam mit der Gewerkschaft ver.di einen Mindestlohntarifvertrag für Postdienste ausgehandelt. Daraufhin wurde im Dezember 2007 die Branche der Briefdienstleistungen in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz aufgenommen²⁰¹ und der Tarifvertrag am 28. Dezember 2007 auf der Grundlage des § 1 Absatz 3a AEntG (1996) durch die Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales über zwingende Arbeitsbedingungen für die Branche Briefdienstleistungen für allgemeinverbindlich erklärt und dessen Geltungsbereich auf die gesamte Branche der Briefdienstleistungen ausgedehnt.²⁰² Gegen diese Rechtsverordnung klagten die Unternehmen TNT, PIN und Ridas und der Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e. V. vor dem Verwaltungsgericht Berlin. Sie trugen vor, dass sie durch andere Tarifverträge bereits tarifvertraglich gebunden seien und der Postmindestlohntarifvertrag daher keine Geltung für sie entfalten könne. Die Kläger erhielten Recht.²⁰³ Gegen diese Entscheidung legte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales unmittelbar Berufung vor dem Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg ein. Im Dezember 2008 wies das Gericht die Berufung gegen das Urteil der Vorinstanz als unzulässig ab.²⁰⁴ Auch dagegen legte das Bundesministerium Berufung ein. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts steht noch aus.

167. Bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage besteht bei der Angebotserstellung für den Bieter stets das Risiko einer unzutreffenden Einschätzung darüber, ob der für allgemeinverbindlich erklärte Postmindestlohntarifvertrag auf ihn Anwendung findet. Bei den Vergabestellen bestand einige Monate Unsicherheit über die Fragen, welcher Nachweis über die Einhaltung des Mindestlohns gefordert werden kann, und ob ein Bieter, der den Postmindestlohn nicht zahlt, vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden darf. In einigen Ausschreibungen wurde eine Eigenerklärung des Bieters über die Zahlung des Mindestlohns verlangt. Allerdings kann die Vergabestelle den Wahrheitsgehalt solcher Erklärungen nur begrenzt verifizieren. Im Zweifelsfall kann die Zollverwaltung befragt werden, die nach § 17 AEntG (2009) für die Überprüfung des Postmindestlohns zuständig ist. Wegen

der noch ausstehenden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts und der damit verbundenen unklaren Rechtslage führt die Zollverwaltung derzeit kaum Kontrollen durch und ahndet Verstöße gegen die Postmindestlohnverordnung nicht. Daher scheidet auch das Gewerbezentralregister als Informationsquelle aus.

168. Die Frage, ob ein Verstoß gegen die Postmindestlohnverordnung von einer Vergabestelle als Anzeichen für Unzuverlässigkeit des Bieters interpretiert werden und ein Ausschluss erfolgen darf, wurde inzwischen geklärt. Am 16. Dezember 2008 gab die 1. Vergabekammer des Bundes einem Nachprüfungsantrag eines Bieters zu einem Vergabeverfahren der Bundesagentur für Arbeit statt, der sich gegen die geforderte Eigenerklärung zur Zahlung des Mindestlohns zur Wehr gesetzt hatte. Die Vergabestelle hatte in den Verdingungsunterlagen angegeben, dass Bieter, die die verlangte Tariftreueerklärung zum Postmindestlohn nicht abgeben, allein deswegen als ungeeignet (wegen Unzuverlässigkeit) vom Vergabeverfahren ausgeschlossen würden. Die Bundesagentur für Arbeit wollte trotz des zum damaligen Zeitpunkt bereits vorliegenden Urteils des Verwaltungsgerichts Berlin, welches die Postmindestlohnverordnung für unbeachtlich erklärt hatte²⁰⁵, an der Forderung einer Tariftreueerklärung zum Postmindestlohn festhalten. Die 1. Vergabekammer des Bundes argumentierte, die Vorgaben der Mindestlohnverordnung seien kein Gesetz, weswegen eine Tariftreueerklärung in der Ausschreibung nicht gefordert werden dürfe. Ungeachtet dieser Frage könne aber die Zuverlässigkeit eines Bieters im weiteren Verfahren infrage gestellt werden, wenn er Tarifvorgaben missachte.²⁰⁶ Dies habe die Vergabestelle im Einzelfall bei der späteren Wertung des Angebots zu prüfen. Gegen die Entscheidung legte die Bundesagentur für Arbeit Beschwerde vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf ein.

169. Das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigte am 29. April 2009 die Entscheidung der 1. Vergabekammer des Bundes, dass die Forderung von Tariftreueerklärungen in Ausschreibungen nicht ohne Weiteres zulässig sei. Durch den Ausschluss von Bieter vom Vergabeverfahren, wenn diese eine verlangte Tariftreueerklärung zum Postmindestlohn nicht abgeben, habe die Bundesagentur für Arbeit die von ihr anzustellende Eignungsprüfung der Bieter auf diesen einen Punkt fokussiert. Eine derartige Beschränkung der Eignungsprüfung sei öffentlichen Auftraggebern verwehrt, d. h. ein Ausschluss vom Verfahren alleine wegen der fehlenden Tariftreueerklärung unzulässig.²⁰⁷ Hierbei sei zu berücksichtigen, dass – auch wenn die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts in der Sache noch aussteht – der Bieter in der Frage der Zulässigkeit der geforderten Tarifbindung eine Rechtsmeinung vertritt, die nicht nur vom Verwaltungsgericht Berlin, sondern inzwischen auch vom Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg geteilt wird.²⁰⁸ Von daher sei die Tatsache, dass der Bieter die verlangte Tariftreueerklärung

²⁰⁰ Vgl. DStGB, Leitlinien für die Vergabe von Postdienstleistungen durch Kommunen, 2007, S. 4 f.

²⁰¹ Vgl. BGBl. I, Nr. 68 vom 27. Dezember 2007, S. 3140.

²⁰² Vgl. Bundesanzeiger Nr. 242 vom 29. Dezember 2007, S. 8410.

²⁰³ Vgl. VG Berlin, Beschluss vom 7. März 2008, VG 4 A 439/07.

²⁰⁴ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18. Dezember 2008, OVG 1 B 13.08.

²⁰⁵ Vgl. VG Berlin, Beschluss vom 7. März 2008, VG 4 A 439/07.

²⁰⁶ Vgl. 1. VK Bund, Beschluss vom 16. Dezember 2008, VK 1-162/08.

²⁰⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2009, VII Verg 76/08.

²⁰⁸ Vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 18. Dezember 2008, OVG 1 B 13.08.

verweigert hat, nicht dazu geeignet, seine Zuverlässigkeit (oder Rechtstreue, die als eine Mindestvoraussetzung in den betreffenden Verdingungsunterlagen im Übrigen nicht vorgesehen war) anzuzweifeln, zumal davon auszugehen sei, dass der Bieter seine ablehnende Haltung aufgeben werde, wenn das Urteil des Oberverwaltungsgerichts Berlin-Brandenburg vor dem Bundesverwaltungsgericht abgeändert oder aufgehoben werden sollte. Da die verlangte Tariftreueerklärung als Eignungskriterium mit dem von der Bundesagentur für Arbeit gewählten Inhalt rechtlich unzulässig war und die Tarifbindung in den Verdingungsunterlagen nicht als Zuschlagskriterium genannt worden war, könne es sich nach Ansicht des Oberlandesgerichts Düsseldorf nur noch um eine Vertragsklausel, d. h. um eine weitergehende Anforderung an die Auftragsvergabe im Sinne des § 97 Absatz 4 Halbsatz 2 GWB (a. F.) handeln. Weitergehende Anforderungen dürften nach geltender Rechtslage nur durch Bundes- oder Landesgesetze vorgesehen werden. Die Tarifregelung müsse demzufolge unmittelbar in einem formellen Bundes- oder Landesgesetz getroffen worden sein. Die Motive des Gesetzgebers widersprächen dem nicht. Nach dem gebotenen Normverständnis handele es sich bei § 97 Absatz 4 Halbsatz 2 GWB (a. F.) um eine Ausnahmenvorschrift, die eng ausulegen sei und eine Tarifregelung in einem formellen Bundes- oder Landesgesetz fordere. Dieses Verständnis habe der Gesetzgeber auch durch die Wortwahl in § 97 Absatz 2 und Absatz 4 GWB vorgegeben. So solle nach § 97 Absatz 2 GWB eine Benachteiligung von Teilnehmern am Vergabeverfahren „auf Grund“ des Gesetzes zugelassen werden können. Wenn § 97 Absatz 4 Halbsatz 2 GWB (a. F.) hingegen lautet, weitergehende Anforderungen dürften nur gestellt werden, wenn diese „durch“ Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen seien, sei daraus zu schließen, dass das Gesetz selbst die Tarifregelung (und wenn auch nur durch eine Bezugnahme) aufweisen müsse. Daran fehle es in diesem Fall. Der Tarifvertrag vom 29. November 2007 über Mindestlöhne für die Branche Briefdienstleistungen sei nicht durch Gesetz im formellen Sinn, sondern durch die Postmindestlohnverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 28. Dezember 2007 für verbindlich erklärt worden.^{209,210}

Die Monopolkommission begrüßt die Entscheidung der 1. Vergabekammer des Bundes und ihre Bestätigung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf. Sie hat sich bereits in ihrem letzten Postgutachten gegen die Einführung des überhöhten Mindestlohns im Postsektor, der die Entfaltung von Wettbewerb wie erwartet massiv behindert hat, ausgesprochen.²¹¹ Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, dass die Postmindestlohnverordnung, die bereits vom Verwaltungsgericht Berlin und vom Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg für unbeachtlich erklärt wurde, bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage

keine zwingende Voraussetzung mehr für den Zuschlag öffentlicher Aufträge ist.

3.6.5 Subunternehmereinsatz

170. Bei Postdienstleistern ist gängige Praxis, für Teile der postalischen Prozesskette und/oder für bestimmte Regionen konzerneigene oder konzernfremde Subunternehmen einzusetzen. Dies gilt für die DPAG ebenso wie für ihre Wettbewerber. So ist z. B. die DPAG wegen ihres flächendeckenden Netzes von Briefzentren auch für ihre Wettbewerber tätig. Die Übertragung von Leistungen auf Subunternehmen ist daher regelmäßig Bestandteil der Angebote in öffentlichen Ausschreibungen. Werden Subunternehmer eingesetzt, hat die ausschreibende Stelle auch deren Eignung zu prüfen. Dazu wird von der Vergabestelle in der Regel die Vorlage der Postlizenz nach § 5 PostG nicht nur von dem Bieter, sondern auch von den eingeplanten Subunternehmern verlangt. Beruft sich ein Bieter auf die Leistungsfähigkeit eines Subunternehmers, so muss er einen sog. Verfügbarkeitsnachweis erbringen, also nachweisen, dass er auf die Ressourcen des Subunternehmens (oder der Bietergemeinschaft) bei der Auftragsausführung auch tatsächlich zugreifen kann. Nach einer Entscheidung der Vergabekammer Thüringen²¹² ist allerdings die alleinige Abgabe entsprechender „Verpflichtungserklärungen“ dieser Unternehmen unzureichend; der Nachweis ist umfassender zu führen. Er müsse aber nicht zeitgleich mit dem Angebot vorgelegt werden. Weder die nationale Verdingungsordnung für Leistungen noch die europäische Richtlinie 2004/18/EG legen dafür einen bestimmten Zeitpunkt fest. Eine Vorlage nach erfolgter Abgabe des Angebots ist also zulässig. In diesem Zusammenhang urteilte das Oberlandesgericht München, dass es für Bieter in einem Vergabeverfahren unzumutbar sein könne, bereits bei Angebotsabgabe die Benennung der von ihnen einzusetzenden Subunternehmer vorzunehmen und entsprechende Verpflichtungserklärungen vorzulegen. Die Namen der Subunternehmer und die Verpflichtungserklärungen müssten aber bis spätestens zu dem Zeitpunkt vorliegen, in welchem die Vergabestelle ihre Zuschlagserteilung zu treffen beabsichtigt.²¹³

171. Erhebliche Folgen für den Postmarkt dürfte ein aktuelles Urteil des Oberlandesgerichts Naumburg zur Inanspruchnahme von Leistungen der DPAG durch Wettbewerber haben. Ein öffentlicher Auftraggeber hatte Postdienstleistungen für die Justiz im geschätzten Wert von 6 Mio. Euro ausgeschrieben und in der Leistungsbeschreibung unter anderem gefordert, dass der Anbieter sich verpflichten soll, die aufgeführten Leistungen zu einheitlichen Bedingungen zu erbringen und auch beim Einsatz von Subunternehmen alleiniger Vertrags- und Ansprechpartner zu sein. Ein Bieter, der kein flächendeckendes Zustellnetz besitzt und für einen Teil der Sendungen den Teilleistungszugang der DPAG nutzen wollte, wurde von der Vergabestelle ausgeschlossen. Dies war zulässig, urteilte das Gericht. Bei der Nutzung von Teilleistungen der

²⁰⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2009, VII Verg 76/08.

²¹⁰ Ob und wieweit die Einhaltung von nicht verbindlichen Tarifabschlüssen nach § 97 Absatz 4 Satz 2 GWB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts Gegenstand von Ausschreibungsbedingungen sein kann, bleibt ausweislich der Gesetzesbegründung offen; vgl. Bundestagsdrucksache 16/10117 vom 13. August 2008, S. 16.

²¹¹ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., Tz. 51-79.

²¹² Vgl. VK Thüringen, Beschluss vom 11. Februar 2008, 360-4003.20-149/2008-004-EF.

²¹³ Vgl. OLG München, Beschluss vom 22. Januar 2009, Verg 26/08.

DPAG komme es für die betreffenden Sendungen zum Abschluss von Beförderungsverträgen nicht mehr nach den Bedingungen der Ausschreibung, sondern nach den AGB „Brief National“ der DPAG – und zwar direkt zwischen der DPAG und dem Absender, also nicht dem Bieter als Einlieferer, sondern dem Auftraggeber. Hierbei handele die DPAG nicht als Subunternehmer des Bieters. Deswegen komme es zu einer Leistungsbereitstellung unter geänderten Vertragsbedingungen, was den getroffenen Vorgaben in den Verdingungsunterlagen zuwiderlaufe.²¹⁴

Die Monopolkommission sieht solche Klauseln in den Vergabebedingungen sehr kritisch. Sie stehen den Zielen des Vergabeverfahrens entgegen, einerseits einen Wettbewerb auszulösen und die Vergabestelle in die Lage zu versetzen, aus einer Vielzahl konkurrierender Angebote das wirtschaftlichste Angebot auswählen zu können, und andererseits den interessierten Unternehmen in einem marktgerechten Wettbewerb die Möglichkeit zu geben, öffentliche Aufträge zu erhalten. In diesem Fall hatte wahrscheinlich kein anderes Unternehmen eine realistischere Chance auf den Zuschlag als die DPAG. Dass Presseinformationen zufolge neben dem Beschwerdeführer insgesamt fünf weitere Unternehmen in dieser Ausschreibung ebenfalls Angebote abgegeben haben, die sich auf den Teilleistungszugang der DPAG stützten und damit aussichtslos waren, zeigt, wie schwer es mitunter ist, die Vertragsbedingungen in Verdingungsunterlagen in aller Konsequenz zu bewerten.

3.6.6 Insolvenz im Zusammenhang mit einer Ausschreibung

172. Ein Bieter kann vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn über dessen Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet oder die Eröffnung beantragt ist (§ 7 Nummer 5 lit. a VOL/A). In solchen Fällen ist die Leistungsfähigkeit des Bieters zur korrekten Durchführung des Auftrags unsicher. Nach einem Beschluss der Vergabekammer Nordbayern verfügt die Vergabestelle über einen Beurteilungsspielraum bei der Einschätzung, ob der Bieter noch die erforderliche Eignung aufweist oder ob er auszuschließen ist. Im Einzelfall könne sich dieses Ermessen auf Null reduzieren mit der Folge, dass eine Pflicht zum Ausschluss besteht. Maßgeblich sei unter dem Gesichtspunkt des Eignungsprinzips, ob und in welchem Umfang die Umstände die Leistungsfähigkeit des Bieters und die vertragsgemäße Durchführung des Auftrags infrage stellen. Allein die Einleitung eines Insolvenzverfahrens rechtfertige nicht einen automatischen Ausschluss des Bieters. Ähnliches gilt für Bietergemeinschaften. Haben sich mehrere Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft zusammengeschlossen und meldet ein Mitglied Insolvenz an, so kann der Ausschluss der gesamten Bietergemeinschaft gerechtfertigt sein, ein automatischer Ausschluss ist jedoch unzulässig. Der Auftraggeber hat stets im konkreten Fall zu prüfen, ob die dem Insolvenzverfahren zugrunde liegenden Umstände Aus-

wirkungen auf die Auftragsdurchführung haben, sowie die Ergebnisse zu dokumentieren.²¹⁵

3.6.7 Kooperation mehrerer Auftraggeber

173. Öffentliche Auftraggeber schließen sich verstärkt in Einkaufskooperationen zusammen, um Einsparmöglichkeiten zu nutzen.²¹⁶ Solche Kooperationen bieten sich auch für Ausschreibungen von Postdienstleistungsaufträgen an. Hierbei werden gemeinsame Vergabeunterlagen erstellt und gemeinsame Ausschreibungen durchgeführt oder gemeinsame Vergabestellen eingerichtet, welche die Organisation der Vergabeverfahren übernehmen. Bei solchen Kooperationen können die Aufträge der Kooperationspartner in jeweils einzelnen Losen vergeben werden. In diesem Fall lassen sich durch die gemeinsame Gestaltung der Vergabeunterlagen bzw. die gemeinsame Organisation der Ausschreibung Synergien realisieren. Bei einer gemeinsamen Vergabe sind Rabatte durch die höheren Sendungsmengen möglich. Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass die Entscheidung über die Bildung von Einkaufskooperationen öffentlicher Stellen einer sorgfältigen Abwägung hinsichtlich der Einhaltung der Vorschriften des Vergaberechts (z. B. die Mittelstandsförderung nach § 97 Absatz 3 GWB) sowie des Kartellrechts bedarf.²¹⁷

3.6.8 Umsatzsteuerbefreiung der Deutschen Post AG

174. Nach § 4 Nummer 11b UStG sind die „unmittelbar dem Postwesen dienenden Umsätze der Deutsche Post AG“ von der Umsatzsteuer befreit. Im Gegensatz zur DPAG müssen alternative Anbieter die Umsatzsteuer auf ihre Postdienstleistungen berechnen. Die öffentlichen Auftraggeber wie Bund, Länder, Kommunen und deren nachgeordnete Behörden sind nicht umsatzsteuerpflichtig und somit nicht vorsteuerabzugsberechtigt, sodass die auf die Leistungen von Wettbewerbern der DPAG anfallenden Steuern für sie kein durchlaufender Posten sind, sondern ihre Kosten tatsächlich erhöhen. Die Umsatzsteuerprivilegierung der DPAG war schon oft Gegenstand von Nachprüfungsverfahren. Ein Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht eine Anpassung der Steuerbefreiung des § 4 Nummer 11b UStG vor.²¹⁸ Der Entwurf wird jedoch kontrovers diskutiert. Eine endgültige Regelung bleibt vorerst abzuwarten. Bis dahin hat ein öffentlicher Auftraggeber die Angebote auf der Grundlage der Preise einschließlich aller Steuern, d. h. nach ihren Bruttopreisen, zu bewerten. Wie die 2. Vergabekammer des Bundes entschieden, sind die vom parlamentarischen Gesetzgeber bewusst geschaffenen Privilegien wie in allen anderen Rechtsbeziehungen, in denen sie sich auswirken können,

²¹⁴ Vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 2. Juli 2009, 1 Verg 2/09.

²¹⁵ Vgl. VK Nordbayern, Beschluss vom 18. September 2003, 320.VK - 3194 - 31/03.

²¹⁶ Siehe z. B. die interkommunale Einkaufskooperation Stadt Reutlingen, Landratsamt Reutlingen, Stadt Metzingen, Stadt Tübingen, Stadt Rottenburg, Diözese Rottenburg-Stuttgart, vgl. z. B. <http://ausschreibungen.dgmarket.com/tenders/adminShowBuyer.do-buyerId=1390373>.

²¹⁷ Vgl. BGH, Urteil vom 12. November 2002, KZR 11/01, BGHZ 152, 347-460, Leitsätze des Gerichts. Vgl. außerdem Schindler, S., Die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit kommunaler Einkaufsgemeinschaften, Kommunaljurist 1, 2004, S. 121-125.

²¹⁸ Vgl. Bundestagsdrucksache 16/11340, S. 6.

auch im vergaberechtlichen Wettbewerbsverhältnis zwischen den Bietern hinzunehmen.²¹⁹ Das heißt, weder die ausschreibende Stelle noch die Vergabekammern in Nachprüfungsverfahren dürfen eine erwartete Änderung in der Gesetzgebung und Rechtsprechung vorwegnehmen. Anzuwenden ist geltendes Recht. Bei einem Umsatzsteuersatz von 19 Prozent bedeutet dies für die alternativen Anbieter einen erheblichen Wettbewerbsnachteil gegenüber der DPAG. Dass die geltende Regelung zur Umsatzbesteuerung von Postdienstleistungen zu Wettbewerbsverzerrungen führt, sei – so auch ein Beschluss der Vergabekammer Nordbayern – vergaberechtlich nicht relevant.²²⁰

3.6.9 Sonderproblematik: Postzustellungsaufträge

175. Ein Sonderfall bei der Vergabe von Postdienstleistungsaufträgen und der postrechtlichen Entgeltgenehmigung sind die Aufträge zur förmlichen Zustellung einer Sendung, sog. Postzustellungsaufträge. Durch die Beförderung einer Sendung als Postzustellungsauftrag ist nachgewiesen, dass ein dort näher identifiziertes Schriftstück dem Adressaten tatsächlich zugegangen ist. Dieser Nachweis der Zustellung und des Zeitpunktes der Zustellung ist nach den Vorschriften der Prozessordnungen und Verwaltungsverfahrensgesetze z. B. für Klageschriften, Gerichtsurteile oder Beschlüsse mit Terminbestimmungen oder Fristsetzungen erforderlich. Bei der Zustellung von Amts wegen tragen die Gerichte bzw. Behörden die Verantwortung für die Durchführung. Es gibt die Möglichkeit der Zustellung durch eigenes Personal oder einen Postdienstleister, wobei die Zustellung durch Postdienstleister am weitesten verbreitet ist (vor allem wegen Personalmangels bei den Justizbehörden).

176. Vor der Liberalisierung der Postmärkte wurde ausschließlich die Deutsche Bundespost als öffentliche Stelle der bundeseigenen Verwaltung mit der förmlichen Zustellung beauftragt. Heute stehen dafür neben der DPAG einige alternative Anbieter zur Verfügung, die sich zum Teil sogar auf diesen Bereich spezialisiert haben. Jeder Inhaber einer Postlizenz, der Briefzustelldienstleistungen erbringt, ist nach § 33 Absatz 1 Satz 1 PostG verpflichtet, Schriftstücke unabhängig von ihrem Gewicht nach den Vorschriften der Prozessordnung und der Gesetze, die die Verwaltungszustellung regeln, förmlich zuzustellen.²²¹ Bieten die Lizenznehmer nach ihrer gesetzlichen Verpflichtung die förmliche Zustellung an, erfolgt nach § 34 PostG eine Ex-ante-Regulierung ihrer Entgelte durch die Bundesnetzagentur. Eigentlich gelten die Vorschriften zur Entgeltgenehmigung (§§ 19 bis 27 PostG) nur für die Leistungen lizenzpflichtiger Postdienstleistungen, sofern der Anbieter auf dem betreffenden Markt marktbeherrschend ist. § 34 Satz 4 PostG macht hiervon jedoch eine

Ausnahme und unterwirft die Entgelte für Postzustellungsaufträge sämtlicher Anbieter einer Ex-ante-Entgeltregulierung, unabhängig vom Kriterium der Marktbeherrschung.

3.6.9.1 Probleme des wirksamen Vertragsschlusses

177. Die Ex-ante-Entgeltregulierung für Postzustellungsaufträge führt für die Unternehmen bei öffentlichen Vergabeverfahren zu einer Reihe von Problemen, welche die Frage nach dem Sinn der Regelung aufwerfen.²²² Bereits beim Vertragsschluss zwischen Auftraggeber und Bieter lassen sich die widersprüchlichen Vorgaben des Vergaberechts und des Postrechts nur schwer in Einklang bringen. Nach § 19 Nummer 3 VOL/A ist ein Bieter an ein eingereichtes Angebot bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist vertraglich gebunden. Erteilt die Vergabestelle auf dieses Angebot rechtzeitig und ohne Abänderung den Zuschlag, ist damit nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Vertrag abgeschlossen (§ 28 Nummer 2 Absatz 1 VOL/A)²²³ – zu den Konditionen, wie in dem (ursprünglichen) Angebot beschrieben. Kalkulationsfehler, steigende Beschaffungskosten oder sonstige Kostensteigerungen bei der Leistungsbereitstellung gehen zulasten des Bieters, der den Vertrag gegebenenfalls unter Inkaufnahme von Verlusten erfüllen muss.

178. Nach § 23 Absatz 1 PostG darf ein Lizenznehmer, der mit seinen Entgelten der Genehmigungspflicht unterliegt, ausschließlich die von der Regulierungsbehörde genehmigten Entgelte verlangen. Die Entgelte für Postzustellungsaufträge sind nach § 34 Satz 4 PostG genehmigungspflichtig und haben nach § 34 Satz 3 PostG den Maßstäben des § 20 Absatz 1 und 2 PostG zu genügen. Zwar gelten die §§ 19 und 22 PostG nur für die Entgeltregulierung marktbeherrschender Unternehmen. Weil jedoch § 34 Satz 4 PostG eine Entgeltgenehmigung für Postzustellungsaufträge vorsieht und Satz 3 auf die Maßstäbe des § 20 Absatz 1 und 2 PostG verweist, sind aus Gründen der Systematik auch die nicht explizit in Bezug genommenen Vorschriften der Entgeltkontrolle für marktbeherrschende Unternehmen ebenfalls für die Anbieter von Postzustellungsaufträgen anzuwenden, soweit sie für die Entgeltkontrolle durch die Regulierungsbehörde erforderlich sind.²²⁴ § 22 Absatz 4 PostG fordert die Veröffentlichung der genehmigten Entgelte im Amtsblatt der Bundesnetzagentur. Wenn die Vergabestelle festlegt, dass ausschließlich Angebote mit genehmigten Entgelten berücksichtigt werden, und genehmigte Entgelte stets im Amtsblatt der Bundesnetzagentur veröffentlicht werden müssten, wären allen Teilnehmern der Ausschreibung die Preise ihrer Wettbewerber bekannt. Diese in anderen Vergabeverfahren nicht übliche Transparenz würde eine

²¹⁹ Vgl. 2. VK Bund, Beschluss vom 7. März 2008, VK 2-13/08, S. 18.

²²⁰ Vgl. VK Nordbayern, Beschluss vom 24. November 2006, 21.VK - 3194 - 38/06.

²²¹ Nach § 33 Absatz 2 PostG können aus der Verpflichtung nur solche Lizenznehmer entlassen werden, die nicht marktbeherrschend sind, sodass durch die Befreiung von der Verpflichtung eine flächendeckende Verfügbarkeit der Postzustellungsaufträge nicht gefährdet ist.

²²² Vgl. Grün, A., Ostendorf, P., Ausschreibung von Zustellungsaufträgen und postrechtliche Entgeltregulierung, *Netzwirtschaften & Recht* 2, 2005, S. 144 – 151.

²²³ Streng genommen erst mit dem Zugang der entsprechenden Willenserklärung beim Bieter.

²²⁴ Vgl. Grün, A., Ostendorf, P., a. a. O., S. 144-151, 146. In der Tendenz ebenso: Badura, in: Beck'scher PostG-Kommentar, 2. Aufl., 2004, § 34 Rn. 6.

starke Wettbewerbsverzerrung zugunsten der Anbieter beinhalten, die ihre Entgeltgenehmigungsanträge erst dann stellen, wenn die Entgelte ihrer Konkurrenten bereits genehmigt und im Amtsblatt veröffentlicht wurden. Sie würden deren Preise geringfügig unterbieten und wären deutlich im Vorteil. Die Folge wäre eine empfindliche Störung des Preiswettbewerbs im Bereich der Postzustellungsaufträge. Nachdem die Bundesnetzagentur früher PZA-Entgeltgenehmigungen stets veröffentlichte, hat sie inzwischen auf die genannten Probleme reagiert und unterlässt nunmehr die Veröffentlichung. Die Genehmigung ist immer dann erforderlich, wenn der Bieter nicht auf ein bereits genehmigtes Entgelt zurückgreifen kann, z. B. wenn der Auftraggeber eine von der Dienstleistung, die einem genehmigten Entgelt zugrunde liegt, abweichende Leistung nachfragt und der Bieter einen eigens kalkulierten Auf- oder Abschlag erheben muss. In einem Verfahren vor dem Oberlandesgericht Celle wurde in diesem Zusammenhang entschieden, dass, wenn das angebotene Entgelt nicht wie gefordert mit dem genehmigten Entgelt identisch ist, ein Ausschluss vom Verfahren zulässig ist.²²⁵ Wegen der großen Zahl der Entgeltgenehmigungsanträge für Angebote, die später gar keinen Zuschlag erhalten, hat die Bundesnetzagentur an die ausschreibenden Behörden und Gerichte appelliert, auf das Erfordernis bereits genehmigter Entgelte zu verzichten.

179. Wenn ein Bieter sein Angebot auf der Grundlage eines ungenehmigten Entgeltes einreicht und darauf den Zuschlag erhält, ist damit auch ohne Genehmigung nach Vergaberecht ein Vertrag zustanden gekommen. Ein solcher Vertrag ist bis zur Genehmigungserteilung, um die sich der Bieter als nebenvertragliche Verpflichtung bemühen muss, schwebend und im Fall einer rechtskräftigen Verweigerung der Genehmigung nach § 134 BGB i. V. m. § 34 Satz 4 PostG endgültig unwirksam.²²⁶ Eine derartige fehlende Bindung des Bieters an sein Angebot nach erteiltem Zuschlag ist für die streng formalisierten Vergabeverfahren untypisch; § 19 Nummer 3 VOL/A schreibt vor, den Bieter bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist vertraglich an sein Angebot zu binden, und § 24 VOL/A sieht ein Verhandlungsverbot vor. Zweck dieser Vorschriften ist zu verhindern, dass die Unternehmen an ihrem Angebot und die Auftraggeber bei ihren Ausschreibungsunterlagen nachträglich Änderungen vornehmen. Eine Lösung des Konflikts zwischen Post- und Vergaberecht könnte darin bestehen, die Bieter in den Verdingungsunterlagen zu verpflichten, bereits vor Abgabe des Angebots einen Antrag auf Entgeltgenehmigung zu stellen und ihn im Falle des Zuschlags nicht zurückzunehmen, da in diesem Fall selbst angesichts des § 23 Absatz 2 Satz 2 PostG eine rückwirkende Heilung anzunehmen ist.

180. Dagegen beinhaltet eine Ablehnung des Genehmigungsantrags durch die Regulierungsbehörde für den Bieter das Risiko einer Schadensersatzpflicht aus einer Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht nach § 311 Absatz 2 BGB und einer daraus resultierenden Verpflichtung aus § 280 Absatz 1 BGB, wenn das Entgelt nicht den Maßstäben des § 34 Satz 3 PostG i. V. m. § 20 Absatz 1 und 2

PostG genügt und von der Bundesnetzagentur daher nicht genehmigt wird und der Bieter die Genehmigungsfähigkeit seines beantragten Entgeltes schuldhaft verkannt hat. Ob in der Praxis tatsächlich jemals eine Schadensersatzzahlung durch einen Postdienstleister zu leisten sein wird, ist allerdings zweifelhaft. Der sehr überschaubare Fragenkatalog der Bundesnetzagentur, den die Anbieter von Postzustellungsaufträgen im Rahmen ihres Entgeltgenehmigungsantrags beantworten müssen, und die große Bandbreite der in der Vergangenheit genehmigten Entgelte lassen den Schluss zu, dass sich die Prüfungstiefe der Behörde in engen Grenzen hält.

181. Entgeltgenehmigungen der Bundesnetzagentur können inzwischen nicht mehr nur für einen einheitlichen Preis pro Postzustellungsauftrag erteilt werden, sondern auch für eine Entgeltformel. Legt ein Bieter bei der ausschreibenden Stelle letztere Art von Entgeltgenehmigung vor, obwohl der Auftraggeber eine Entgeltgenehmigung nach dem bisherigen Muster für den angebotenen Preis verlangt, erfüllt der Bieter die Anforderungen streng genommen nicht, weil der genaue Preis in der Entgeltgenehmigung nicht explizit enthalten ist. In der Konsequenz wäre der Bieter von dem Vergabeverfahren auszuschließen. Ob dies tatsächlich erfolgt, hängt von der Vergabestelle ab und ist für den Bieter mit erheblicher Unsicherheit verbunden. Dieser Unsicherheit kann nur durch eine flexible Formulierung der Verdingungsunterlagen durch den Auftraggeber bzw. den rechtzeitigen Antrag bei der Bundesnetzagentur auf Erteilung einer Genehmigung für ein explizites Entgelt entgegengewirkt werden.

182. Entgeltgenehmigungen müssen vollständig vorgelegt werden, wenn die ausschreibende Stelle den Nachweis der Entgeltgenehmigung vorsieht. Bei einer unvollständigen Vorlage der Genehmigung ist das Angebot von der Wertung auszuschließen, so urteilte das Oberlandesgericht München.²²⁷ In dem betreffenden Fall hatte der Bieter mit Hinweis auf ein Geheimhaltungsbedürfnis gegenüber der Vergabestelle nur die Seiten 1 und 2 der Entgeltgenehmigung vorgelegt und war daraufhin ausgeschlossen worden. Ein Geheimhaltungsbedürfnis gegenüber der Vergabestelle bestehe nicht, so das Gericht, da die Angebote vertraulich zu behandeln seien, sodass keine Gefahr bestehe, dass die Unterlagen in die Hände der Wettbewerber gelangen. Der Auftraggeber könne nur nach Vorlage des gesamten Beschlusses zur Entgeltgenehmigung erkennen, welches Entgelt dem Bieter für welche Leistung (einschließlich aller Konditionen) genehmigt wurde und ob diese Leistung mit dem Auftrag der Ausschreibung im Einklang steht. Dies erschließe sich nur aus der vollständigen Entgeltgenehmigung.

3.6.9.2 Probleme der Entgeltgenehmigung

183. Zu ebenso großen Problemen dürften in der Praxis die Maßstäbe der Entgeltgenehmigung nach dem Postgesetz auf der einen Seite und die Preisfindung in dem Vergabeverfahren auf der anderen Seite führen. Nach § 34 Satz 2 PostG ist das Entgelt für Postzustellungsaufträge so zu bemessen, dass alle von dem Anbieter erbrachten

²²⁵ Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 13. Dezember 2007, 13 Verg 10/07.

²²⁶ Vgl. Heinrichs, in: Palandt, BGB, 64. Aufl., 2005, § 134 Rn. 11a.

²²⁷ Vgl. OLG München, Beschluss vom 29. November 2007, Verg 13/07.

Leistungen einschließlich der hoheitlichen Beurkundung und Rücksendung der Beurkundungsunterlagen an den Auftraggeber abgegolten sind. Es darf nur ein einheitliches Entgelt festgesetzt werden, d. h. die Entgelte dürfen nicht nach einzelnen Teilleistungen aufgespalten werden. Nach § 34 Satz 3 PostG haben die Entgelte den Maßstäben des § 20 Absatz 1 und 2 PostG zu genügen, d. h. sie müssen sich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren und dürfen keine unzulässigen Zu- oder Abschläge enthalten. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sind die Kosten, die für eine Leistungsbereitstellung nach Effizienzkriterien zuzüglich einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals unabdingbar sind. Hierbei werden also nicht wie beim Vollkostenansatz die realen, historischen Kosten der erbrachten Leistung zugrunde gelegt. Der Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ist damit wesentlich strenger als der Vollkostenansatz, sodass die darüber ermittelten Entgelte in der Regel deutlich günstiger sein sollten.²²⁸ Nähere Vorgaben für die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung enthält die Post-Entgeltregulierungsverordnung auf der Grundlage des § 21 Absatz 4 PostG. Die Vorschriften der Post-Entgeltregulierungsverordnung folgen dem „Top-down“-Ansatz, d. h. sie stellen auf tatsächliche Kostennachweise des Unternehmens ab, und sehen im zweiten Schritt eine Effizienzprüfung vor.²²⁹ § 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 und Absatz 2 PEntgV verlangen von den Unternehmen Kostennachweise mit einer getrennten Aufstellung der veranschlagten Einzel- und Gemeinkosten. Im Rahmen der Kostennachweise sind nach § 2 Absatz 2 Satz 3 PEntgV weitere Nachweise zu leisten, insbesondere zur Ermittlungsmethode der Kosten, zur Höhe der Personalkosten, der Abschreibungen, der Zinskosten des eingesetzten Kapitals und der Sachkosten sowie zur Kapazitätsauslastung.

184. Die Bundesnetzagentur kann einen Entgeltantrag ablehnen, wenn das Unternehmen die erforderlichen Unterlagen nicht vollständig vorlegt (§ 2 Absatz 3 PEntgV), sie muss es aber nicht. Liegen alle Angaben des Unternehmens für den Entgeltantrag vor, ermittelt die Behörde, ob und inwieweit sich die beantragten Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren (§ 3 Absatz 1 Satz 1 PEntgV), wobei nach § 3 Absatz 2 PEntgV ein „angemessener Gewinnzuschlag“ zu berücksichtigen ist. Hierbei prüft die Behörde insbesondere, ob bei der Ermittlung, Berechnung und Zuordnung der Kosten allgemein anerkannte betriebswirtschaftliche Grundsätze zugrunde gelegt werden. Hat die Bundesnetzagentur das adäquate Entgelt ermittelt, sind im zweiten Schritt die Einschränkungen des § 20 Absatz 2 PostG zu berücksichtigen: Genehmigungsfähige Entgelte dürfen nach Nummer 1 keine Aufschläge enthalten, die der Anbieter nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen kann, sie dürfen nach Nummer 2 keine Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Un-

ternehmen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen, und sie dürfen nach Nummer 3 einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einräumen, wenn hierfür keine rechtliche Verpflichtung oder ein sonstiger sachlich gerechtfertigter Grund nachgewiesen wird. Zu diesen Ausnahmetatbeständen zählen die Kosten für die Einhaltung der wesentlichen im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen, die Kosten für die Erbringung des Universaldienstes und für die Altlasten, die der DPAG aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost entstehen.

185. § 20 Absatz 2 Nummer 1 PostG ist materiell-rechtlich betrachtet das sektorspezifische Pendant zum kartellrechtlichen Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nach § 19 Absatz 4 Nummer 2 GWB und Artikel 102 Satz 2 lit. a AEUV (ex-Artikel 82 Satz 2 lit. a EGV). Dass der Gesetzgeber über den § 34 PostG sämtliche Entgelte für Postzustellungsaufträge, auch die von nicht marktbeherrschenden Unternehmen, einer Ex-ante-Regulierung unterwirft, wird von der Monopolkommission als grundsätzlich verfehlt angesehen. Für die Wettbewerber der DPAG trifft die Voraussetzung für die Anwendung der Vorschrift, nämlich die marktbeherrschende Stellung zur Realisierung missbräuchlicher Aufschläge, nicht zu. Die Bemessung des Entgeltes an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung hat das Ziel, auf vermachteten Märkten ein Ergebnis herbeizuführen, das sich (mutmaßlich) bei funktionierendem Wettbewerb von allein einstellen würde. Unter Wettbewerbsbedingungen ist die Durchsetzung von Preisen, die auf Ineffizienzen basieren, unmöglich. Im Bereich der Postzustellungsaufträge wird durch die Ausschreibungen, die Gerichte und Behörden aufgrund des Vergaberechts durchführen, bereits ein intensiver Wettbewerb – manche Marktteilnehmer behaupten: ein ruinöser Preiswettbewerb – unter den Anbietern ausgelöst, sodass sich die Entgelte unter dem damit verbundenen Rationalisierungsdruck ohnehin an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientieren werden. Ein Ausbeutungsmissbrauch durch zu hohe Preise dürfte im Bereich der Postzustellungsaufträge nicht festgestellt werden, auch weil überbeuerte Angebote immer dann keinen Zuschlag erhalten, sobald mehrere Anbieter an der Ausschreibung teilnehmen. Eine wirksame Ex-post-Kontrolle für die Entgelte marktbeherrschender Unternehmen – in erster Linie zur Verhinderung von Kampfpreisstrategien – ist hinreichend.

186. § 20 Absatz 2 Nummer 2 PostG richtet sich gegen Kampfpreisstrategien („predatory pricing“), die von marktbeherrschenden Unternehmen verfolgt werden, um Wettbewerber aus dem Markt zu drängen, wobei die zunächst hohen Kosten durch spätere Monopolgewinne überkompensiert werden sollen. Unverständlich ist, warum diese Regelung im Bereich der Postzustellungsaufträge auch für nicht marktbeherrschende Anbieter Anwendung finden soll. Dass sich diese Unternehmen im Wettbewerb gegenseitig zu unterbieten versuchen, ist eine gewollte Erscheinung funktionierenden Wettbewerbs. Wann ihre Preise zu niedrig sind, bestimmt das Postgesetz im Übrigen nicht. Maßstäbe dafür liefert die Recht-

²²⁸ Vgl. Kühling, J., Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, München 2004, S. 290 ff.

²²⁹ Vgl. Sedemund, in: Beck'scher PostG-Kommentar, 2. Aufl., 2004, § 20 Rn. 41.

sprechung des Europäischen Gerichtshofs. Nach der sog. Akzo-Formel des Gerichtshofs^{230,231} sind Preise unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten²³² in der Regel missbräuchlich. Preise oberhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten sind betriebswirtschaftlich vernünftig und geben kein Anlass zur Annahme von Marktmachtmisbrauch. Preise zwischen den durchschnittlichen variablen Kosten und den durchschnittlichen Gesamtkosten sind ebenfalls unkritisch, solange ihnen keine Verdrängungsabsicht zugrunde liegt. Ein Anzeichen für eine Verdrängungsabsicht ist nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs erst dann gegeben, wenn diese Preise selektiv zur Abwerbung von Kunden des Konkurrenten angeboten werden. Die Wettbewerber der DPAG dürfen ihre Entgelte für Postzustellungsaufträge also so gestalten, dass sie ohne Marge arbeiten, was für die Kundenakquise eine rationale Strategie sein kann. Sie dürfen auch Entgelte anbieten, die zunächst Verluste bedeuten, sofern der Preis nicht unter ihre durchschnittlichen variablen Kosten fällt und sie nicht nachweislich das Ziel verfolgen, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen. Es ist zweifelhaft, ob die Bundesnetzagentur je einen Anlass geben wird, die Angebote nicht marktbeherrschender Unternehmen in einer Ausschreibung auf eine Kampfpreisstrategie hin zu prüfen. Allein die DPAG bringt momentan die finanziellen Ressourcen auf, über einen längeren Zeitraum einen Auftrag mit Verlusten durchzuführen. Zudem haben öffentliche Auftraggeber darauf zu achten, dass keiner der Bieter mit Dumpingpreisen arbeitet. Ist ein Angebot für die zu erbringende Leistung ungewöhnlich niedrig, muss die Vergabestelle nach § 25 Nummer 2 Absatz 2 VOL/A vor dem Zuschlag an den betreffenden Bieter die Einzelkosten seines Angebots überprüfen und alle erforderlichen Nachweise verlangen.

187. § 20 Absatz 2 Nummer 3 PostG überträgt das aus dem Kartellrecht bekannte Preisdiskriminierungsverbot durch marktbeherrschende Unternehmen nach § 20 Absatz 1 GWB und Artikel 102 Satz 2 lit. c AEUV (ex-Artikel 82 Satz 2 lit. c EGV) auf die nach dem Postgesetz genehmigungspflichtigen Entgelte. Dieser Vorschrift zufolge sind differenzierte Entgelte für verschiedene Nachfrager gleichartiger Postdienstleistungen nur bei einem sachlich gerechtfertigten Grund zulässig, wie z. B. bei mengenmäßigen oder regionalen Kostenunterschieden. Diese Regelung ist aus zwei Gründen problematisch. Erstens soll das Preisdifferenzierungsverbot verhindern, dass durch die Diskriminierung gewerblicher Kunden unterschiedliche Ausgangsbedingungen und damit Wettbewerbsverzerrungen auf nachgelagerten Märkten ausgelöst werden. Im Bereich der Postzustellungsaufträge fehlt jedoch die Notwendigkeit für diese Regelung. Gerichte und Behörden konkurrieren nicht miteinander, vor allem nicht

über ihre Gebührensätze. Wenn das Vergaberecht den Preiswettbewerb intensivieren soll, ist es geradezu widersinnig, dass ein Anbieter nur ein und denselben Preis erheben darf, bezogen auf eine Region und für vergleichbare Sendungsmengen. Es ist doch gerade das Ziel des Vergabeverfahrens, dass nicht alle öffentlichen Einrichtungen den gleichen – mutmaßlich zu hohen – Preis zahlen müssen. Zweitens reduziert die Vorschrift die Bereitschaft der Anbieter für Preissenkungen. Nach § 23 Absatz 1 PostG ist ein Postdienstleister, der mit seinen Entgelten der Genehmigungspflicht unterliegt, wie im Bereich der Postzustellungsaufträge, verpflichtet, ausschließlich genehmigte Entgelte zu verlangen. Verträge, die andere als die genehmigten Entgelte enthalten, sind nach § 23 Absatz 2 Satz 1 PostG mit der Maßgabe wirksam, dass das genehmigte Entgelt an die Stelle des früherer vertraglich vereinbarten Entgelts tritt. Mit anderen Worten: Ein Anbieter, der in einer bestimmten Region bereits über ein genehmigtes Entgelt verfügt, muss bei einer Ausschreibung entweder auf sein bereits genehmigtes Entgelt zurückgreifen – das seine Wettbewerber unter Umständen schon kennen – oder ein neues Entgelt beantragen, wobei das neu genehmigte Entgelt dann auch für die Altverträge des Anbieters mit anderen Kunden Anwendung finden muss, wenn es sich um dieselbe Region und vergleichbare Sendungsmengen handelt. § 23 Absatz 2 Satz 1 i. V. m. § 20 Absatz 2 Nummer 3 PostG wirkt damit ähnlich wie eine vertragliche Meistbegünstigungsklausel, mittels derer sich ein Anbieter gegenüber einem Kunden verpflichten kann, anderen Kunden keine besseren Konditionen zu gewähren oder diese vorteilhafteren Konditionen an ihn weiterzureichen. Der Anbieter wird antizipieren, dass ein niedrigeres Entgelt im Falle des Zuschlags Auswirkungen auf die Umsätze mit seinen Altkunden hat und möglicherweise schon deshalb von einer Entgeltsenkung absehen. Insgesamt behindern das Preisdiskriminierungsverbot und die Vorschrift des § 23 Absatz 2 Satz 1 PostG den Preiswettbewerb im Bereich der Postzustellungsaufträge eher, anstatt ihn zu fördern.

3.6.10 Fazit und Empfehlungen

188. Da viele öffentliche Auftraggeber in den letzten Monaten von der reinen Fokussierung auf die Preise Abstand genommen haben und bei öffentlichen Ausschreibungen neben dem Entgelt die Qualität der Auftragsdurchführung eine stärkere Rolle spielt, ist die Vorbereitung und Durchführung solcher Vergabeverfahren ungleich komplizierter geworden, weil qualitative Anforderungen in Form geeigneter und rechtlich zulässiger Eignungs- und Zuschlagskriterien gefasst werden müssen. Für die potentiellen Bieter steigt mit den komplexeren Auftragsbedingungen der Aufwand für die Erstellung geeigneter Angebotsunterlagen einschließlich aller erforderlichen Nachweise und die Unsicherheit, aufgrund eines Formfehlers oder anderer – oftmals unvorhergesehener – Begleitumstände vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden. Die Monopolkommission schlägt vor, die Kompetenzen der Bundesnetzagentur künftig auf die Beratung der öffentlichen Stellen bei Ausschreibungen von Verträgen über Postdienstleistungen zu erweitern, um die Erstellung wettbewerbsneutraler Ausschrei-

²³⁰ Vgl. EuGH, Urteil vom 3. Juli 1991, Rs. 62/86, Akzo, Slg. 1991, 3359, 3360 f.

²³¹ Es ist zu beachten, dass die darin entwickelten Beurteilungsmaßstäbe für marktbeherrschende Unternehmen entwickelt worden sind und sich die Logik nur begrenzt auf nicht marktbeherrschende Anbieter übertragen lässt.

²³² Die durchschnittlichen variablen Kosten dienen hier als Proxy für die schwerer festzustellenden Grenzkosten.

bungsunterlagen mit entsprechenden Eignungs- und Zuschlagskriterien zu vereinfachen.

189. In der Gesamtschau ist festzustellen, dass mit dem Vergaberecht und der postrechtlichen Entgeltgenehmigung für Postzustellungsaufträge zwei Bereiche nebeneinander stehen, die nicht aufeinander abgestimmt sind, wodurch in der Praxis erhebliche Probleme entstehen. Die Monopolkommission hält die Ex-ante-Entgeltregulierung der Postzustellungsaufträge nach § 34 PostG für einen Systemfehler im Postgesetz und schlägt vor, die Regulierung in diesem Bereich auf eine Ex-post-Entgeltkontrolle marktbeherrschender Unternehmen zurückzuführen. Durch die Ausschreibungen, die Gerichte und Behörden unter Maßgabe des Vergaberechts durchführen, wird bereits ein intensiver Wettbewerb unter den Bietern ausgelöst. Ein Ausbeutungsmissbrauch durch zu hohe Preise ist in diesem Bereich nicht zu erwarten, weil überbeuerte Angebote keinen Zuschlag erhalten. Die Preissetzung und der unternehmerische Gestaltungsspielraum nicht marktbeherrschender Unternehmen sollte durch Eingriffe der Bundesnetzagentur, deren Ziel fraglich ist, nicht beeinflusst werden. Gering ist auch das Risiko, dass nicht marktbeherrschende Unternehmen Kampfpreisstrategien verfolgen, um Wettbewerber aus dem Markt zu verdrängen. Alleine die DPAG bringt die finanziellen Mittel auf, einen bedeutenden Auftrag mit Verlusten durchzuführen. Das Preisdiskriminierungsverbot verfehlt im Bereich der Postzustellungsaufträge seinen Zweck, weil Gerichte und Behörden nicht miteinander konkurrieren und Wettbewerbsverzerrungen auf nachgelagerten Märkten ausbleiben. Die Vorschrift des § 23 Absatz 2 Satz 1 PostG mindert die Anreize der Anbieter, ihre Entgelte zu senken, deutlich und ist damit kontraproduktiv. Eine wirksame Ex-post-Kontrolle für die Entgelte marktbeherrschender Unternehmen ist hinreichend.

4 Rechtliche und sonstige Fragen

4.1 Dynamische Verweisung auf Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes

190. § 44 Satz 2 PostG verweist auf die §§ 66 bis 71, 74 bis 81, 83 und 84 TKG (1996).²³³ Darin werden unter anderem die Errichtung, der Sitz, die Rechtsstellung und Organisation der Regulierungsbehörde, die Aufsicht durch die Regulierungsbehörde, das Verfahren vor der Regulierungsbehörde sowie der Tätigkeitsbericht und die Zusammenarbeit der Regulierungsbehörde mit anderen Stellen geregelt. Im Rahmen der TKG-Novelle vom Juni 2004²³⁴ wurden die Vorschriften, auf die das Postgesetz verweist, umfangreich überarbeitet und die Nummerierung der Paragraphen im Telekommunikationsgesetz geändert. Zusätzliche Veränderungen erfuhren die betroffenen Vorschriften durch das „Gesetz zur Veränderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften“ (Artikel 2) im Februar 2007.²³⁵

²³³ Vgl. BGBl. I, Nr. 39 vom 31. Juli 1996, S. 1120.

²³⁴ Vgl. BGBl. I, Nr. 29 vom 25. Juni 2004, S. 1190.

²³⁵ Vgl. BGBl. I, Nr. 5 vom 23. Februar 2007, S. 106.

Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Postgutachten darauf hingewiesen, dass infolge dieser Veränderungen Rechtsunsicherheit darüber entstanden ist, wie weit die Verweisungsnorm des Postgesetzes nun reicht.²³⁶ Das Telekommunikationsgesetz von 1996 ist gemäß § 152 Absatz 2 TKG 2004 am 26. Juni 2004 außer Kraft getreten, insofern geht die Bezugnahme nach dem Wortlaut des § 44 Satz 2 PostG bereits seit der TKG-Novelle von 2004 ins Leere. Dass der Verweis weiterhin für die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes in der aktuellen Fassung gilt, die sich inhaltlich nicht verändert haben, ist unstreitig. Weniger eindeutig ist die Frage, ob auch neu in das Telekommunikationsgesetz aufgenommene Vorschriften im Sinne einer dynamischen Verweisung auf den Postbereich zu übertragen sind oder nicht.

Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hat dies insofern verneint, als es in zwei Fällen eine Revision im Postbereich für unstatthaft erklärt hat, die sich auf § 137 Absatz 3 TKG 2004 stützten.²³⁷ In § 137 Absatz 3 TKG 2004 wird die Berufung gegen ein Urteil des Verwaltungsgerichts ausgeschlossen. Gegen das Urteil kann damit nur noch Revision beim BVerwG eingelegt werden. Das oberste Gericht hält eine entsprechende Anwendung des § 137 Absatz 3 TKG 2004 auf den Postsektor auch dann für ausgeschlossen, wenn die Verweisungsnorm des § 44 Satz 2 PostG dahin verstanden wird, dass die Verweisung nicht auf die dort genannten Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes 1996 beschränkt ist, sondern sich seit dem Inkrafttreten des Telekommunikationsgesetzes 2004 auf die inhaltlich entsprechenden Bestimmungen dieses Gesetzes erstreckt, weil § 137 Absatz 3 TKG 2004 im Telekommunikationsgesetz 1996 und damit auch im Verweisungskatalog des § 44 Satz 2 PostG keine inhaltliche Entsprechung finde. Mit anderen Worten: Vorschriften, die vollständig neu in das Telekommunikationsgesetz eingefügt wurden, können nicht im Sinne einer dynamischen Verweisung im Postgesetz interpretiert und im Postbereich angewendet werden.²³⁸

²³⁶ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., Tz. 117-120.

²³⁷ BVerwG, Beschluss vom 31. Januar 2006, BVerwG 6 B 78.05; dass., Beschluss vom 28. März 2006, BVerwG 6 C 13.05.

²³⁸ Es erscheint zunächst widersprüchlich, dass das Bundesverwaltungsgericht die Anwendbarkeit des § 137 TKG 2004 im Postbereich verneint, während die Bundesnetzagentur und die Gerichte mit dem § 138 TKG 2004 eine Regelung des Telekommunikationsgesetzes 2004 im Postbereich anwenden, die in dessen Fassung von 1996 nicht existierte. § 138 Absatz 1 TKG 2004 legt fest, dass die Bundesnetzagentur anstelle des Bundeswirtschaftsministeriums über die Vorlage von Unterlagen bei Gericht entscheidet. § 138 Absatz 2 TKG 2004 sieht vor, dass das Gericht in der Hauptsache auf Antrag eines Beteiligten darüber entscheidet, ob Unterlagen vorzulegen sind oder nicht vorgelegt werden dürfen. Für den § 138 Absatz 1 TKG 2004 mag dies jedoch gerechtfertigt sein, weil diese Vorschrift bereits durch Artikel 18 Nummer 3 des Post- und telekommunikationsrechtlichen Bereinigungsgesetzes von Mai 2002 als § 75a in das Telekommunikationsgesetz eingefügt wurde (BGBl. I, Nummer 29 vom 10. Mai 2002, S. 1529). Durch die Verweisung im Postgesetz auf die §§ 74 bis 81 TKG bestand dann, ausgehend von einer dynamischen Verweisung, 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.)

4.2 Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission

191. Mit der Frage der Verweisung in § 44 Satz 2 PostG auf das Telekommunikationsgesetz verbunden ist das Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission bei der Bundesnetzagentur (§ 81 TKG 1996 bzw. § 121 TKG 2004). Nach § 121 TKG 2004 umfasst die Berichtspflicht der Monopolkommission insbesondere die Würdigung der Anwendung der Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes über die Regulierung und die Wettbewerbsaufsicht. Im Rahmen der TKG-Novelle vom Februar 2007 hat der Gesetzgeber den Satz 3 in die Vorschrift des § 121 Absatz 2 TKG eingefügt, der die Tätigkeit der Monopolkommission regelt. Nach Satz 3 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.“²³⁹ Bei der Ergänzung des § 121 Absatz 2 TKG 2007 handelte es um eine Präzisierung der bestehenden Regelung, um in diesem Punkt Rechtssicherheit zu schaffen. Solche Präzisierungen von Gesetzesvorschriften sollten im Zuge einer dynamischen Verweisung in jedem Fall auch auf das Postgesetz übertragen werden. Dem steht auch das bereits erwähnte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht entgegen. Für eine tiefer gehende Umsetzung ihres Gutachtenauftrags ist die Monopolkommission auf die Einsicht in die Verfahrensakte der Bundesnetzagentur angewiesen; die Durchführung ihres gesetzlichen Auftrags zu erleichtern, ist Aufgabe aller staatlichen Einrichtungen, auch die der Bundesnetzagentur. Diese hatte der Monopolkommission das Akteneinsichtsrecht im Berichtszeitraum 2006/2007 allerdings verweigert, d. h. der Monopolkommission stehen bislang nur die öffentlich zugänglichen Versionen der Entscheidungen der Regulierungsbehörde zur Verfügung. Es kann nicht im Sinne des Gesetzgebers sein, eine Befugnis, die im Telekommunikationsbereich vom Gesetzgeber für so wichtig erachtet wird, dass sie explizit ins Gesetz aufgenommen wird, im Postbereich zu verweigern. Auch im Kartellrecht hat die Monopolkommission ein Akteneinsichtsrecht (§ 46 Absatz 2a GWB). Für eine bessere Beurteilung der Marktverhältnisse und die daran anknüpfende Ableitung von Handlungsempfehlungen ist die Monopolkommission auf die Möglichkeit zur Einsichtnahme in Akten mit geheimhaltungsbedürftigen Unternehmensinformationen angewiesen. Die darin enthaltenen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse machen eine gesetzliche Regelung des Akteneinsichtsrechts der Monopolkommission bei der Bundesnetzagentur erforderlich.

192. Diese gesetzliche Regelung sollte entweder eine dynamischen Verweisung des § 44 Satz 2 PostG auf das Telekommunikationsgesetz oder aber – was die Monopolkommission im Hinblick auf eine Vervollständigung des Postregulierungsrechts ausdrücklich befürwortet –

eine explizite Befugnisnorm für die Akteneinsicht bei der Bundesnetzagentur beinhalten. Diese Regelung kann inhaltlich der im Telekommunikationsgesetz enthaltenen Norm entsprechen. Die Monopolkommission hat bereits in ihrem letzten Postgutachten folgenden Formulierungsvorschlag gemacht:²⁴⁰

- 1) 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 Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend.
- 2) Die Monopolkommission leitet ihre Gutachten der Bundesregierung zu. Die Bundesregierung legt Gutachten nach Absatz 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 Absatz 1 Satz 1 erfolgt dies zu dem Zeitpunkt, zu dem sie von der Bundesregierung den gesetzgebenden Körperschaften vorgelegt werden.

Falls sich der Gesetzgeber entschließt, lediglich die Verweisungen im Postgesetz zu aktualisieren, sollte zumindest aus der Gesetzesbegründung klar hervorgehen, ob die Verweisung künftig statisch oder dynamisch zu verstehen ist, damit bei einer weiteren Novellierung des Telekommunikationsgesetzes die derzeitigen Probleme nicht wieder neu entstehen.

193. In ihrer Stellungnahme zum Siebzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission äußerte sich die Bundesregierung dahingehend positiv, dass sie das Ziel, im Regulierungsrecht einheitliche Standards für alle regulierten Bereiche festzulegen, unterstütze. Die Bundesregierung sicherte zu, sich dafür einzusetzen, dass im Allgemeinen Eisenbahngesetz, im Energiewirtschaftsgesetz und im Postgesetz ein dem § 46 Absatz 2a GWB und § 121 Absatz 3 Satz 3 TKG entsprechendes Akteneinsichtsrecht vorgesehen wird.²⁴¹ In ihrer Stellungnahme zum letzten Postgutachten der Monopolkommission stellte die Bundesregierung in Aussicht, im Rahmen der Anpassung des Postgesetzes an die Postrichtlinie 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

²³⁹ Artikel 2 Nummer 23 des Gesetzes zur Veränderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften, BGBl. I, Nr. 5 vom 23. Februar 2007, S. 114.

²⁴⁰ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a. a. O., Tz. 123.

²⁴¹ Vgl. Stellungnahme der Bundesregierung zum Siebzehnten Hauptgutachten der Monopolkommission 2006/2007, Bundestagsdrucksache 16/10140 vom 19. Dezember 2008, Tz. 14.

Postgesetz aufzunehmen, Rechnung getragen werden kann.²⁴²

5 Handlungsempfehlungen der Monopolkommission

194. Die Monopolkommission hat eine weitgehend stagnierende Wettbewerbsentwicklung bei Briefdienstleistungen festgestellt und sieht als deren Ursachen insbesondere zahlreiche institutionelle und regulatorische Hindernisse und Wettbewerbsbeschränkungen. Die Monopolkommission gibt folgende Handlungsempfehlungen zu den im Gutachten behandelten Themenkomplexen:

Mindestlöhne im Briefbereich

- Streichung des § 2 Absatz 2 Nummer 5 PostG hinsichtlich der Berücksichtigung sozialer Belange als Regulierungsziel; Streichung des § 6 Absatz 3 Nummer 3 PostG hinsichtlich des Erfordernisses der Einhaltung der im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen (sog. Sozialklausel). Alternativ: Veränderung des § 6 Absatz 3 Nummer 3 PostG dahingehend, dass die Löhne, die für vergleichbare Tätigkeiten am gleichen Ort gezahlt werden, als Maßstab genommen werden
- Zurückstellung der Ahndung von Verstößen gegen die Postmindestlohnverordnung bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage; Verzicht auf den Erlass einer neuen Postmindestlohnverordnung auf der Grundlage des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes in der Fassung von 2009 nach Ablauf der bestehenden Rechtsverordnung (befristet bis zum 30. April 2010)
- Anhörungsrecht für das Bundeskartellamt bei jeder Form der Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesarbeitsminister zu der Frage, welche Auswirkungen auf den Wettbewerb auf den betreffenden Produktmärkten zu erwarten sind

Umsatzbesteuerung von Postdienstleistungen

- Kurzfristig: Anpassung der Steuerbefreiungsvorschrift dahingehend, dass alle Universaldienstleistungen nach nationalem Universaldienstkatalog erfasst sind, die von öffentlichen oder privaten Unternehmen angeboten werden, welche sich verpflichten, den gesamten Universaldienst oder einen Teil dessen flächendeckend zu erbringen
- Mittelfristig: Initiative auf europäischer Ebene für eine baldige Verabschiedung des Richtlinienvorschlages der EU-Kommission vom 5. Mai 2003, welcher eine Mehrwertsteuerpflicht für sämtliche Postdienstleistungen

gen vorsieht (Änderung der Richtlinie 77/388/EWG). Dies beinhaltet eine wettbewerbsneutraler Lösung der Besteuerung von Postdienstleistungen, die sicherstellt, dass alle Anbieter für die gleichen Dienstleistungen steuerlich gleich behandelt werden, auch wenn sie nur lokal oder regional tätig sind.

Ex-ante- und Ex-post-Entgeltregulierung

- Streichung des § 20 Absatz 2 Satz 2 PostG und des § 3 Absatz 4 Satz 3 PEntgV, damit künftig die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung der einzige relevante Maßstab für die Entgeltregulierung sind. Damit entfällt die Möglichkeit, Mehrkosten für die Erbringung des Universaldienstes, die Einhaltung der im lizenzierten Bereich üblichen Arbeitsbedingungen und Sonderlasten aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost anzuerkennen. Bisher berücksichtigt die Bundesnetzagentur solche Zusatzkosten bei der Entgeltbemessung, macht aber keine Angaben darüber, in welcher Höhe diese Kosten angesetzt werden.
- Veränderung der Maßgrößen der Price-Cap-Regulierung: Absenkung des Ausgangsentgeltniveaus und Erhöhung des X-Faktors für die laufende Regulierungsperiode; Entwicklung eines nachvollziehbaren Konzepts zur Ermittlung des X-Faktors analog zur Vorgehensweise bei der Vorbereitung der Anreizregulierung in der Energiewirtschaft
- Implementierung einer dem § 38 Absatz 1 TKG entsprechenden Regelung im Postgesetz hinsichtlich der Anzeigepflicht für Entgelte zwei Monate vor Inkrafttreten bzw. sofort nach Vertragsschluss (bei Individualvereinbarungen) zur Stärkung der Ermittlungsbefugnisse der Bundesnetzagentur. Alternativ: Ausdehnung des § 30 PostG auf Verträge über End-to-End-Dienstleistungen, d. h. Vorlagepflicht für Verträge innerhalb eines Monats nach Vertragsschluss
- Implementierung einer dem § 42 Absatz 4 Satz 1 TKG entsprechenden Regelung im Postgesetz, damit Dritte ein Antragsrecht zur Eröffnung von Verfahren zur Untersuchung von etwaigem Marktmachtmissbrauch durch die Bundesnetzagentur erhalten
- Implementierung eines analytischen Kostenmodells zur Begrenzung der Informationsasymmetrien bei der Kontrolle von Entgelten bzw. Rabatten marktbeherrschender Anbieter; Entwicklung von Kriterien zur Beurteilung individueller Rabattvereinbarungen

Vergabe von Postdienstleistungsaufträgen durch öffentliche Stellen

- Erweiterung der Kompetenzen der Bundesnetzagentur auf die Beratung öffentlicher Auftraggeber hinsichtlich der Formulierung wettbewerbsneutraler Ausschreibungsbedingungen
- Beschränkung der Regulierung im Bereich der Postzustellungsaufträge auf eine Ex-post-Entgeltkontrolle für die Angebote marktbeherrschender Unternehmen

²⁴² 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“, Bundesratsdrucksache. 581/08 vom 14. August 2008, Tz. 62.

Der Bund als Anteilseigner und Wettbewerbshüter

- Schnellstmögliche Trennung von allen Finanzinstrumenten, die dazu führen, dass der Bund ein finanzielles Interesse an der Gewinnsituation der DPAG hat. Alternativ: Verbleib etwaiger Gewinne aus dem Verkauf der Anteile bei der KfW Bankengruppe

Sonstige Empfehlungen

- Explizite Aufnahme der Vorschriften, auf die in § 44 Satz 2 PostG verwiesen wird, ins Postgesetz sowie – damit verbunden – ausdrückliche Einräumung des Rechts der Monopolkommission zur Einsichtnahme in die Akten der Bundesnetzagentur

- Abschaffung der Sonderrolle der DPAG im Weltpostverein zugunsten gleicher Rechte und Pflichten für sämtliche Anbieter grenzüberschreitender Postdienstleistungen. Alternativ: Ausschreibung dieser Rolle unter allen in Deutschland tätigen Postdienstleistern

Bonn, im Dezember 2009

Justus Haucap

Peter-Michael Preusker

Angelika Westerwelle

Christiane zu Salm

Daniel Zimmer

