

Wambach, Achim; Kollmann, Dagmar; Kühling, Jürgen; Nöcker, Thomas;
Westerwelle, Angelika

Research Report

Die Novelle des Postgesetzes: Neue Chancen für den Wettbewerb.
Sektorgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 PostG in
Verbindung mit § 81 Abs. 3 TKG 1996

Sektorgutachten Post, No. 11

Provided in Cooperation with:

ZEW - Leibniz Centre for European Economic Research

Suggested Citation: Wambach, Achim; Kollmann, Dagmar; Kühling, Jürgen; Nöcker, Thomas;
Westerwelle, Angelika (2019) : Die Novelle des Postgesetzes: Neue Chancen für den Wettbewerb.
Sektorgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 PostG in Verbindung mit § 81 Abs. 3 TKG
1996, Sektorgutachten Post, No. 11, Monopolkommission, Bonn

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/222364>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen
Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle
Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich
machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen
(insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten,
gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort
genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

*Documents in EconStor may be saved and copied for your personal
and scholarly purposes.*

*You are not to copy documents for public or commercial purposes, to
exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the
internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.*

*If the documents have been made available under an Open Content
Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise
further usage rights as specified in the indicated licence.*

11. Sektorgutachten Post (2019)

Die Novelle des Postgesetzes: Neue Chancen für den Wettbewerb

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

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	1
Kurzfassung.....	2
Kapitel 1.....	14
Die Postmärkte befinden sich weiterhin im Umbruch	14
1.1 Die Deutsche Post AG bleibt das dominierende Unternehmen auf dem Briefmarkt.....	16
1.1.1 Die Briefsendungsmengen nehmen sukzessive ab	16
1.1.2 Die Umsätze im Briefmarkt gehen zurück	18
1.1.3 Warensendungen und Werbepost können den Rückgang der Briefmengen nicht kompensieren	19
1.1.4 Wettbewerber der Deutschen Post AG gewinnen nur langsam Marktanteile.....	20
1.1.5 Hybride Briefdienstleistungen bereiten die weitere Digitalisierung des Briefmarktes vor.....	23
1.1.6 Ausblick: Auch weiterhin kaum Wettbewerb auf dem Briefmarkt	26
1.2 Kurier-, Express- und Paketmarkt: Ein Oligopol	27
1.2.1 Sendungsmengen und Umsätze auf den KEP-Märkten steigen.....	28
1.2.2 Die Teilsegmente der KEP-Märkte zeigen überwiegend Zuwachsraten, entwickeln sich aber unterschiedlich	30
1.2.3 Die Ausweitung des Geschäfts vertikal integrierter Unternehmen könnte zu einer Verschiebung der Marktanteile auf den KEP-Märkten führen.....	32
1.2.4 Steigende Paketmengen generieren Zustellprobleme auf der „letzten Meile“	32
Kapitel 2.....	36
Grenzüberschreitende Postmärkte sind nicht wettbewerbsorientiert	36
2.1 Die traditionellen Strukturen der grenzüberschreitenden Postmärkte behindern den Wettbewerb	36
2.2 Ein gemeinsamer Europäischer Postmarkt existiert nicht	39
2.2.1 Fehlende Markttransparenz hemmt den grenzüberschreitenden Online-Handel.....	40
2.2.2 Die Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste ist nur ein erster Schritt	41
Kapitel 3.....	44
Behördliche und gerichtliche Verfahren zeigen die Reformbedürftigkeit der Postmarktregulierung.....	44
3.1 Problematische Änderung der Post-Entgeltregulierungsverordnung	44
3.1.1 Der Ordnungsgeber ändert die rechtlichen Grundlagen des Gewinnzuschlags während des Maßgrößenverfahrens.....	44
3.1.2 Zeitpunkt und Inhalt der Änderungsverordnung sind zu kritisieren	46
3.1.3 Die Ergebnisse der Maßgrößenentscheidung 2019 erweitern den finanziellen Spielraum der Deutschen Post AG.....	48
3.2 Marktmissbrauchsvorwürfe gegen die Deutsche Post AG sind teilweise berechtigt	50
3.2.1 First Mail werden Verdrängungspreise vorgeworfen.....	51
3.2.2 Werbekooperationen der Deutschen Post AG mit ihren Kunden sind diskussionswürdig.....	52
3.2.3 Die Bedingungen der Teilleistungsverträge verstärken die Dominanz der Deutschen Post AG	52
3.3 Hybride Briefprodukte bieten Möglichkeiten, die Preisregulierung zu unterlaufen.....	54
3.4 Verbände und Wettbewerber wenden sich gegen Kostenverschiebungen zwischen Brief- und Paketprodukten der Deutschen Post AG	56

Kapitel 4.....	59
Reform des Postgesetzes zügig voranbringen.....	59
4.1 Das Ministerium bereitet die Novelle des Postgesetzes vor	59
4.2 Getrennte Märkte für Briefe und E-Mail-Kommunikation	59
4.3 Die Unterscheidung zwischen Lizenzierung und Anzeigepflicht ist entbehrlich.....	61
4.4 Die Einführung des Drei-Kriterien-Tests ist grundsätzlich zu begrüßen	62
4.5 Die sektorspezifische Regulierung des KEP-Marktes könnte entfallen.....	63
4.6 Die Abschaffung der Ex-ante-Entgeltregulierung im Briefmarkt ist nicht empfehlenswert	64
4.7 Die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungserbringung bedarf der Anpassung	67
4.8 Die Teilleistungsregulierung ist für die Weiterentwicklung des Wettbewerbs wichtig	72
4.8.1 Der Teilleistungszugang hat sich grundsätzlich bewährt.....	72
4.8.2 Die Eigenkonsolidierung durch den Deutsche Post Konzern bedarf der Kontrolle	74
4.8.3 Mehr Transparenz durch weitergehende Offenlegung von Teilleistungsverträgen	75
4.8.4 Die frühzeitige Vorlage von geplanten Änderungen des Teilleistungszugangs verbessert die Aufsicht	77
4.9 Die mehrwertsteuerrechtliche Gleichbehandlung der Wettbewerber im Briefmarkt muss sichergestellt werden	78
4.10 Die Missbrauchsaufsicht im Briefmarkt ist zu verschärfen	79
4.10.1 Der Auskunftsanspruch der Bundesnetzagentur sollte erweitert werden.....	79
4.10.2 Verweise des Postgesetzes auf das Telekommunikationsgesetz sind zu aktualisieren.....	80
4.10.3 Missbrauchsverfahren im Briefmarkt sollten formell und materiell verbessert werden	81
4.11 Der Umfang des Universaldienstes und der Verbraucherschutz bedürfen der Anpassung.....	84
4.11.1 Der aktuelle Umfang des Universaldienstes entspricht nicht immer den Kundenwünschen	84
4.11.2 Der Bedarf der Postkunden und Kosten-Nutzen Erwägungen sollten den Umfang des Universaldienstes bestimmen	86
4.11.3 Eingriffsbefugnisse der Bundesnetzagentur im Universaldienst sollten verbessert werden	89
4.11.4 Verpflichtende Schlichtungsverfahren können die Kundenzufriedenheit steigern	90
Kapitel 5.....	92
Handlungsempfehlungen.....	92

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1.1: Entwicklung der Briefsendungsmengen auf dem lizenzpflichtigen Briefmarkt von 1998 bis 2019 ..	18
Abbildung 1.2: Entwicklung der Umsätze auf dem lizenzpflichtigen Briefmarkt von 1998 bis 2019	19
Abbildung 1.3: Entwicklung der Umsatzanteile auf dem lizenzpflichtigen Briefmarkt von 2009 bis 2019	21
Abbildung 1.4: Entwicklung der Sendungsmengen für Express- und Paketdienstleistungen von 2013 bis 2019	29
Abbildung 1.5: Entwicklung der Umsätze auf den KEP-Märkten von 2015 bis 2019	29

Vorwort

Mit diesem Gutachten legt die Monopolkommission das 11. Sektorgutachten zur Wettbewerbsentwicklung auf den deutschen Postmärkten nach § 44 Postgesetz (PostG) in Verbindung mit § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz (TKG) 1996 vor. Die Monopolkommission nimmt darin Stellung zu der Frage, ob auf den Märkten des Postwesens funktionsfähiger Wettbewerb herrscht, und weist auf notwendige Änderungen im Postgesetz, in der Post-Entgeltregulierungsverordnung sowie in der Post-Universaldienstleistungsverordnung hin.

Parallel zu der Erstellung des Gutachtens hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie am 1. August 2019 Eckpunkte für eine Novelle des Postgesetzes veröffentlicht und damit konkrete Schritte für eine Reform der Postregulierung eingeleitet. Diese Eckpunkte werden in dem Gutachten berücksichtigt.

Die Monopolkommission hat zur Vorbereitung des Gutachtens Behörden, Verbände und Unternehmen um schriftliche Stellungnahmen gebeten. Die Bundesnetzagentur, das Bundeskartellamt, der Bundesverband Briefdienste e. V., der Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e. V., der Bundesverband Paket & Express Logistik e. V., der Deutsche Verband für Post, Informationstechnologie und Telekommunikation e. V., der Postagenturverband Deutschland e. V. sowie die Unternehmen ARAG SE, AXA AG, Deutsche Post AG, Francotyp-Postalia AG, DPD Deutschland GmbH, Hermes Germany GmbH, P2 Die Zweite Post GmbH & Co. KG, United Parcel Service Deutschland S.à.r.l. & Co. OHG, und die Zalando SE haben schriftliche Stellungnahmen eingereicht.

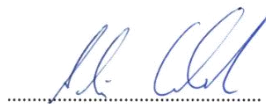
Zusätzlich hat die Monopolkommission in einer nicht öffentlichen mündlichen Anhörung am 9. Oktober 2019 mit den Marktteilnehmern und Verbänden die vorläufigen Ergebnisse des Gutachtens diskutiert. In der Anhörung waren vertreten der Bundesverband Briefdienste e. V., der Bundesverband der Kurier-Express-Post Dienste e. V., der Bundesverband Paket & Express Logistik e. V., die Deutsche Post AG, der Deutsche Verband für Post, Informationstechnologie und Telekommunikation e. V., Francotyp-Postalia AG, Postcon Deutschland B.V. & Co. KG und P2 Die Zweite Post GmbH & Co. KG.

Am gleichen Tag erörterten der Vizepräsident der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Herr Peter Franke, und Mitarbeiter der Behörde mit der Monopolkommission Themen der Wettbewerbsentwicklung und der Regulierung der Postmärkte.*

Mitarbeiter der Monopolkommission führten zahlreiche Gespräche mit Vertretern des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, der Bundesnetzagentur, des Bundeskartellamtes und Vertretern von Unternehmen und Verbänden. Die Monopolkommission dankt allen Beteiligten für ihre Beiträge und Auskünfte.

Die Monopolkommission dankt auch ihren wissenschaftlichen Mitarbeitern, Herrn Dr. Jörn Klöckener, der das Gutachten federführend betreut hat, und Herrn Nils-Peter Schepp.

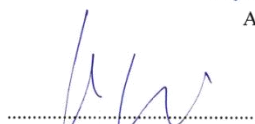
Bonn, den 14. November 2019



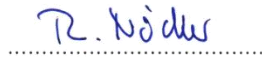
Achim Wambach



Dagmar Kollmann



Jürgen Kühling



Thomas Nöcker



Angelika Westervelle

* Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im vorliegenden Sektorgutachten auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung verzichtet. Sämtliche personenbezogenen Bezeichnungen sind als geschlechtsneutral zu verstehen.

Kurzfassung

Die Postmärkte befinden sich weiterhin im Umbruch

Die Deutsche Post AG verteidigt ihre dominante Stellung auf dem Briefmarkt

K1. Das Ziel des Postgesetzes von 1997, einen funktionsfähigen Wettbewerb auf dem Briefmarkt sicherzustellen, ist bislang nicht erreicht worden: Nach wie vor dominiert die Deutsche Post AG den Briefmarkt. Sie verfügt auch über eine beherrschende Stellung auf dem Markt der Standard-Geschäftskundenpakete. Die Bedürfnisse der Kunden unterliegen allerdings einem Wandel. Die Nutzung digitaler Kommunikationsmittel führt zu einem Rückgang der Briefsendungsmengen, während der Online-Handel deutlich steigende Paketmengen verursacht. Die Änderung des Nutzungsverhaltens der Kunden und der nicht funktionsfähige Wettbewerb auf dem Briefmarkt machen eine Änderung der Postregulierung erforderlich. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat am 1. August 2019 durch die Veröffentlichung der Eckpunkte für eine Novelle des Postgesetzes konkrete Schritte für eine Reform eingeleitet.

K2. Die lizenzpflichtigen Briefsendungsmengen (Briefe bis 1.000 Gramm) in Deutschland nahmen – nach einem Maximalwert von 17,7 Mrd. Sendungen im Jahr 2007 – bis 2017 sukzessive um ein bis zwei Prozent pro Jahr ab. Im Vergleich zu der Entwicklung in Deutschland gingen in 31 europäischen Ländern die Briefsendungsmengen von 2013 bis 2016 deutlicher, um durchschnittlich 4,2 Prozent pro Jahr zurück. Dies liegt unter anderem an der stärkeren Digitalisierung der Kommunikationsmärkte in anderen Ländern. 2018 beschleunigte sich der Rückgang auch in Deutschland auf 4,7 Prozent der Mengen. Es wurden 14,2 Mrd. Sendungen verschickt. Hiervon beförderte die Deutsche Post AG 12,2 Mrd. Sendungen. Davon entfielen 9,3 Mrd. auf Teilleistungen nach § 28 PostG, für die Versender oder Konsolidierer Vorleistungen für den Beförderungsvorgang erbrachten. Die Wettbewerber beförderten 2018 2,0 Mrd. lizenzpflichtige Sendungen. Damit verfügte die Deutsche Post AG über einen Anteil von 85,9 Prozent am lizenzpflichtigen Briefmarkt; der Anteil der Wettbewerber lag bei 14,1 Prozent. Ende 2018 waren etwa 1.000 gültige Lizenzen für die Briefbeförderung ausgegeben, von denen etwa die Hälfte tatsächlich genutzt wird.

K3. Ein weiterer Rückgang der Sendungsmengen und der Umsätze im lizenzpflichtigen Briefmarkt um ca. zwei bis drei Prozent pro Jahr ist angesichts der weiteren Digitalisierung der Kommunikation in Zukunft zu erwarten. Waren- und personalisierte Werbesendungen werden den Rückgang nach den Erfahrungen auf den Postmärkten in anderen Ländern nicht kompensieren können.

K4. Die deutschen Postdienstleister erzielten 2018 im lizenzpflichtigen Briefbereich einen Umsatz von ca. EUR 8,4 Mrd. Auf die Deutsche Post AG entfielen EUR 7,2 Mrd., davon im Teilleistungsmarkt rund EUR 4,3 Mrd. Die Wettbewerber verzeichneten 2018 Umsätze in Höhe von EUR 1,1 Mrd., hiervon EUR 140 Mio. mit Teilleistungssendungen.

K5. Seit 2011 ist eine Verschiebung der Marktanteile von der Deutschen Post AG auf die Wettbewerber in Größenordnungen von bis zu zwei Prozent pro Jahr zu verzeichnen. Der Rückgang der Marktanteile der Deutschen Post AG erklärt sich, neben den Effekten des Wettbewerbs, durch einen stärkeren Rückgang der Korrespondenz der Privat- und Kleinkunden, bei denen die Deutsche Post AG nahezu über ein Monopol verfügt.

K6. Der Wettbewerb im deutschen Briefmarkt findet nahezu ausschließlich auf dem Geschäftskundenmarkt statt, der ca. 92 Prozent der lizenzpflichtigen Briefmengen umfasst. Diese Sendungen werden zu einem durch Teilleistungs- und Mengenrabatte reduzierten Porto befördert. Lediglich für 8 Prozent der lizenzpflichtigen Briefsendungen entrichten Privat- und Kleinversender das durch die Bundesnetzagentur im Maßgrößenverfahren genehmigte Entgelt.

K7. Es ist davon auszugehen, dass sich die Wettbewerbssituation auf dem Briefmarkt in absehbarer Zeit nicht spürbar ändern wird. Der Briefmarkt schrumpft weiter, sodass einzelne Postunternehmen ihre Sendungsmengen nur zulasten der Marktanteile anderer Wettbewerber steigern können. Größere, mit der Deutschen Post AG vergleichbare Wettbewerber, die die Wettbewerbssituation substanziell beeinflussen könnten, existieren nicht. Von den insgesamt 485 aktiven Lizenzinhabern wiesen 2017 etwa 49 Prozent (237 Unternehmen) ein Umsatzvolumen

von unter EUR 100.000 auf. Die zehn umsatzstärksten Postunternehmen erzielten rund 42 Prozent aller Umsätze der Wettbewerber der Deutschen Post AG im lizenzpflichtigen Briefbereich und nur acht Prozent der Wettbewerber generieren Umsätze über EUR 10 Mio.

Die Regulierung erfasst hybride Briefprodukte nur unzureichend

K8. Auf dem Briefmarkt haben sich einige innovative Produkte, wie die digitale Kopie und der E-Post-Brief mit klassischer Zustellung (Versand besonderer E-Mails parallel zur Beförderung des physischen Briefes an den Empfänger), entwickelt, die von der aktuellen Regulierung nur unvollkommen erfasst werden. Zusatzleistungen nicht postalischer Art, wie Druck und Kuvertierung eines Briefes, oder telekommunikationstechnische Dienste, wie die Übersendung des Briefes per E-Mail, unterliegen nicht dem Postgesetz und können daher bei der Entgeltgenehmigung nicht berücksichtigt werden. Das führt dazu, dass der aus entgeltregulierten und nicht regulierten Teilen zusammengesetzte Endpreis für den Kunden durch die Bundesnetzagentur nur unvollständig kontrolliert werden kann.

K9. Die Kombination von Postdienstleistungen und Zusatzdiensten könnte durch das marktbeherrschende Unternehmen genutzt werden, die regulierten Entgelte zu unterlaufen. In diesem Fall würde die Funktion der Ex-ante-Genehmigung beeinträchtigt. Die Bundesnetzagentur hat für eine solche Beeinträchtigung bislang allerdings keine Anhaltspunkte festgestellt. Die hybriden Produkte sollten dennoch in Zukunft genau beobachtet werden, um zu prüfen, ob der Regulierungsrahmen weiterer Ergänzungen bedarf.

K10. Bedenklich ist ferner, dass den Großversendern für die Nutzung der digitalen Kopie von der Deutschen Post AG eine Werbevergütung gezahlt wird, die dazu dienen soll, die digitale Kopie am Markt zu etablieren. Diese Werbevergütung könnte dazu führen, dass das Briefentgelt der Großversender gegebenenfalls unter das Niveau der Kosten der effizienten Leistungserbringung fällt. Da die digitale Kopie nicht der Postregulierung unterliegt, weil es sich bei der elektronischen Zusatzleistung nicht um eine im Postgesetz geregelte Briefbeförderung handelt, fehlt der Bundesnetzagentur nach aktueller Rechtslage die Möglichkeit einzuschreiten.

Der Kurier-, Express- und Paketmarkt (KEP-Markt) entwickelt sich dynamisch

K11. Die großen Paketdienstleister bilden ein Oligopol, in dem die Deutsche Post AG auf dem Standard-Geschäftskundenpaketmarkt marktbeherrschend ist. Die anderen größeren Paketdienstleister verfügen jeweils über Anteile von sieben bis vierzehn Prozent im Paketmarkt. Der Versandhändler Amazon baut derzeit ein eigenes Zustellnetz auf, was zu einer Verschiebung der Marktanteile führen könnte. In dem Zeitraum von 2013 bis 2018 stiegen die Sendungsmengen im deutschen Paket- und Expressmarkt um durchschnittlich 7 Prozent pro Jahr. 2018 wurden im deutschen KEP-Markt 2,88 Mrd. Pakete (plus 8,2 Prozent im Vergleich zum Vorjahr) und 120 Mio. Expresssendungen befördert.

K12. 2018 setzten Postdienstleister im Kurier-, Express- und Paketmarkt ca. EUR 17,7 Mrd. um. Auf den Paketsektor entfiel davon ein Umsatz von EUR 11,4 Mrd. (64 Prozent des KEP-Marktes), auf den Kurierdienst EUR 3,6 Mrd. (21 Prozent) und auf den Expressdienst EUR 2,6 Mrd. (15 Prozent). Marktteilnehmer gehen davon aus, dass Online-Angebote von den Konsumenten auch in Zukunft in stärkerem Maße nachgefragt werden und damit auch die Umsätze mit Paketsendungen insgesamt in den nächsten Jahren um ca. vier bis fünf Prozent pro Jahr und im B2C-Segment sogar um sechs bis zu zehn Prozent pro Jahr zunehmen. Für Expressdienste wird ein Umsatzwachstum von zwei bis drei Prozent, für Kurierdienstleistungen ein leichter Rückgang von ca. einem Prozent erwartet.

K13. Auf der sogenannten „letzten Meile“, dem Beförderungsweg vom letzten Paketdepot bis zum Empfänger, verursachen die zunehmende Steigerung des Online-Handels und die damit verbundenen Zustellaktivitäten zusätzlichen Verkehr und Kurzzeitparkbedarf. Die Kommunen müssen Nutzungskonkurrenzen im öffentlichen Raum mit den Belangen der Lebens- und Aufenthaltsqualität, des Umweltschutzes und des flüssigen Verkehrs in Einklang bringen und wollen die Belastungen des KEP-Verteilverkehrs auf das unvermeidliche Maß reduzieren. Insbesondere in den Innenstädten gibt es zahlreiche Testprojekte, teilweise mit Unterstützung von Gemeinden, der Länder oder des Bundes, die Zustellung in Ballungsräumen zu optimieren: Dabei werden in den Innenstadtlagen für ein-

zelne oder mehrere Paketdienstleister Mikrodepots angelegt, deren Beschickung nachts oder frühmorgens erfolgt. Die Zustellung auf der letzten Meile erfolgt dann durch den Paketdienstleister oder einen Dritten in dessen Auftrag mit Lastenfahrrädern. Eine weite Verbreitung anderer getesteter Zustellungsmodelle, wie zum Beispiel die Zustellung in den Kofferraum des Autos, in eine persönliche Paketbox vor der Haustür oder über besondere Schließanlagen direkt in die Wohnung, ist derzeit nicht zu erwarten.

K14. Eine Zusammenarbeit der Paketdienstleister bei dem Betrieb der Paketstationen könnte die Zustellsituation verbessern und auch für die Verbraucher Vorteile bringen, die die Pakete unterschiedlicher Paketdienstleister an einer Stelle zentral abholen könnten. Aktuell scheint allerdings die Bereitschaft der Paketdienstleister, sich auf gemeinsame Lösungen zu einigen, gering; auch der Betrieb von gemeinsamen Paketshops wird derzeit nicht verfolgt.

K15. Die Probleme auf der letzten Meile, wie überlastete Parkflächen in den Innenstädten, aus Umweltgründen veranlasste Fahrverbote oder die City-Maut, weiter steigende Paketmengen, Mangel an qualifiziertem Personal und die Zahl der erfolglosen Zustellversuche werden die Paketdienstleister in Zukunft aber möglicherweise zu einem Umdenken veranlassen. Eine klar definierte Zusammenarbeit der Paketdienstleister auf der letzten Meile und die Einrichtung von – im Rahmen einer „open network provision“ auf diskriminierungsfreier Basis – allen Wettbewerbern gleichermaßen zugänglichen Paketstationen scheinen sinnvoll sein.

Die Strukturen des internationalen Postmarktes behindern den Wettbewerb

K16. Es herrscht wenig Wettbewerb auf den internationalen Briefmärkten. Der internationale Briefverkehr ist im Wesentlichen gekennzeichnet durch die Strukturen aus der Zeit, als die Staaten Postdienstleistungen als Daseinsvorsorge über Behörden anboten. Vereinbarungen innerhalb des Weltpostvereins und der Vereinigung der großen Postdienstleister, der „International Post Corporation“, bilden die technischen und organisatorischen Grundlagen des internationalen Postmarktes. Diese Organisationen sind von den ehemaligen oder noch existierenden Postmonopolisten und Universaldienstleistern besetzt. Wettbewerber hatten bislang keinen Zugang zu diesen Institutionen. Zukünftig will sich jedoch der Weltpostverein öffnen und auch alternative Postdienstleister an den Sitzungen der Gremien beteiligen.

K17. Der Bundestag hat am 21. Juni 2019 ein Gesetz zur Ratifizierung der Änderungen der konstitutiven Dokumente des Weltpostvereins verabschiedet, nach denen grundsätzlich auch andere Postunternehmen als die Deutsche Post AG als sogenannter „benannter Betreiber“ zu den Verhandlungen des Weltpostvereins zugelassen werden können. Damit haben nun auch die Wettbewerber der Deutschen Post AG grundsätzlich die Möglichkeit, im Weltpostverein ihre Interessen zu vertreten. Die Verordnung, die die Details der Zulassung als benannter Betreiber durch die Bundesnetzagentur regelt, sieht allerdings vor, dass nur solche Postunternehmen von der Bundesnetzagentur zugelassen werden können, die die Voraussetzungen der Post-Universaldienstleistungsverordnung für den von ihnen bedienten Teilmarkt (Brief oder Paket) hinsichtlich der vorzuhaltenden stationären Einrichtungen und Laufzeiten erfüllen. Da die Deutsche Post AG mit ihrem Filialnetz das einzige Postunternehmen ist, das diese Voraussetzungen für den Briefdienst erfüllt, würde nach dem jetzigen Stand keiner ihrer Wettbewerber allein eine Zulassung als benannter Betreiber für den Briefbereich erhalten können. Auch im Paketmarkt dürfte die Zulassung als benannter Betreiber für Wettbewerber der Deutschen Post AG nur dann möglich sein, wenn sich mehrere Paketdienstleister vertraglich verpflichten, ihre Infrastruktur gegenseitig zur Verfügung zu stellen. Damit wird die Zulassungsverordnung voraussichtlich kurzfristig nicht zu der angedachten Präsenz der Wettbewerber in den Gremien des Weltpostvereins führen.

K18. Um der fehlenden Kostenorientierung der Endvergütungen im internationalen Briefverkehr (Vergütung des ausländischen Postunternehmens für die Zustellung an den Empfänger im Ausland) und den Verlusten der Postdienstleister in den Industriestaaten bei der Zustellung der aus dem Ausland stammenden Sendungen, insbesondere aus Asien, entgegenzuwirken, hat der Weltpostverein am 25. September 2019 eine Liberalisierung des Systems der Endvergütungen beschlossen: Die Mitgliedsstaaten sind ab 2020 berechtigt, die Endvergütungen selbst festzulegen, wenn eingehende Postmengen eine definierte Größe überschreiten. Die Endvergütungen müssen

damit nicht mehr durch den Weltpostverein beschlossen werden, sondern können zunächst auf 70 Prozent, später 80 Prozent der vergleichbaren Inlandstarife angehoben werden. Ob mit dieser Regelung die Verluste bei der Zustellung ausländischer Sendungen in Deutschland ausgeglichen werden können, bleibt fraglich.

K19. Der Weltpostverein und auch die Vereinigung „International Post Corporation“, die unter anderem Vergütungen und technische Standards für den internationalen Postverkehr festlegen, sind weitgehend durch die großen Postunternehmen dominiert. Die Monopolkommission hält an ihrem Vorschlag fest, dass die Europäische Kommission die im Rahmen dieser internationalen Vereinigungen geschlossenen Verträge auf ihre Vereinbarkeit mit den europäischen Wettbewerbsvorschriften überprüfen sollte.

K20. Um den Online-Handel in Europa zu stärken und eine umfassende Markttransparenz auf dem europäischen Paketmarkt zu schaffen, legte die EU-Kommission die EU-Paketverordnung vom 18. April 2018 vor. Die intendierte Wirkung einer verbesserten Transparenz wird allerdings nicht erreicht, da die verabschiedete Fassung im Vergleich zu dem Vorentwurf in wesentlichen Punkten abgeschwächt wurde. Die Verpflichtung zur Übermittlung der Endvergütungen entfällt und die Regulierungsbehörde soll nicht mehr die Erschwinglichkeit der grenzüberschreitenden Tarife prüfen, sondern nur noch klären, ob sie „unverhältnismäßig hoch“ sind. Für kleinere Paketdienstleister ist der Eintritt in den grenzüberschreitenden Markt nach wie vor schwierig, da ein Teilleistungszugang aus dem Verordnungsentwurf gestrichen wurde. Die Verordnung führt lediglich dazu, dass die Listenpreise für Kleinkunden transparenter werden und die Regulierungsbehörde eine Datenbasis für die Missbrauchsaufsicht schafft. Allerdings geben die Listenpreise bei Paketzustelldiensten keine Auskunft über die Marktpreise für Geschäftskunden, die rabattierte Entgelte zahlen. Dieses Informationsdefizit könnte der deutsche Gesetzgeber dadurch verhindern, dass er zusätzliche Daten, z. B. zu den Endvergütungen und den tatsächlichen Marktpreisen, erheben lässt.

Die behördlichen und gerichtlichen Verfahren zeigen die Reformbedürftigkeit der Postmarktregulierung

Die Anpassung der Post-Entgeltregulierungsverordnung führt zu ungerechtfertigten Vorteilen der Deutschen Post AG

K21. Das Maßgrößenverfahren 2018/19, in dem die Bundesnetzagentur die Entgelte der Deutschen Post AG für lizenzpflichtige Postdienstleistungen bis Ende 2021 genehmigte, dauerte länger als üblich, da der Behörde die notwendigen aktuellen Daten des Unternehmens zunächst nicht vorlagen. Nach einer Gewinnwarnung hatte die Deutsche Post AG Effizienzmaßnahmen geplant, deren Kostenfolgen zum Zeitpunkt des Antrags noch nicht abschätzbar waren. Während des Verfahrens modifizierte der Ordnungsgeber die Post-Entgeltregulierungsverordnung (PEntgV). Die Änderung des § 3 Abs. 2 Satz 2 PEntgV hatte zur Folge, dass zur Ermittlung des Gewinnzuschlags im Maßgrößenverfahren nur noch solche Unternehmen als Referenzunternehmen herangezogen werden sollen, die „mit den beantragenden Unternehmen in struktureller Hinsicht vergleichbar sind“. Die Änderung der PEntgV sollte nach dem Willen des Ordnungsgebers noch für das laufende Verfahren anwendbar sein und erhöhte die zugrunde zu legende Umsatzrendite im Ergebnis auf 7,61 Prozent. Bereits bei der Änderung der PEntgV 2015 hatte die Monopolkommission die Auffassung vertreten, dass eine Abkoppelung des Gewinnzuschlags vom unternehmerischen Risiko und die Orientierung des Gewinnzuschlags anhand der Umsatzrenditen der großen ausländischen Postunternehmen die Gewinnerzielung für die Deutsche Post AG erheblich zulasten des Wettbewerbs und der Verbraucher im Briefbereich erleichtert. Da sich auch in den anderen europäischen Märkten kein funktionsfähiger Wettbewerb herausgebildet hat, werden die Entgelte und damit auch die Gewinnzuschläge im Ausland, ebenso wie in Deutschland, im Wesentlichen regulatorisch ermittelt und haben sich nicht im Wettbewerb ergeben.

K22. Die vorgeschlagene Modifizierung der Berechnungsmethode für den Gewinnzuschlag mit dem in der Begründung zu der Änderungsverordnung ausgeführten Ziel, die Briefmengenrückgänge bei der Deutschen Post AG auszugleichen, ist auch deshalb kritikwürdig, weil die zu erwartende rückläufige Entwicklung der Briefmengen bereits durch andere Parameter in die Berechnung der Produktivitätsfortschrittsrate eingeht. Die weitere Begründung für die Änderung, die höhere Umsatzrendite solle sicherstellen, dass der Universaldienst flächendeckend zu

erschwinglichen Preisen gewährleistet ist, trägt ebenfalls nicht. Nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG sind die Kosten der flächendeckenden Versorgung mit Postdienstleistungen bei der Berechnung genehmigungsbedürftiger Entgelte als neutrale Aufwendungen angemessen zu berücksichtigen. Zur Finanzierung des Universaldienstes gewährt die Änderungsverordnung der Deutschen Post AG einen Vorteil, der nicht konkret an den Kosten des Universaldienstes bemessen ist.

K23. Die Änderung der PEntgV während des laufenden Maßgrößenverfahrens kann das Vertrauen der Marktteilnehmer und Verbraucher in die Unabhängigkeit und die an Sachargumenten orientierte Arbeitsweise der Bundesnetzagentur und in die gesetzlichen Regelungen beeinträchtigen. Die Monopolkommission hält an dem Vorschlag fest, den Gewinnzuschlag wie vor 2015 an dem unternehmerischen Risiko zu orientieren. Das eingesetzte Kapital sollte mit einem auf Basis von Kapitalmarktmodellen ermittelten marktüblichen Kapitalkostensatz risikoadäquat verzinst werden.

K24. Die Bundesnetzagentur hat am 3. Juni 2019 unter Berücksichtigung der Änderung der PEntgV die endgültige Maßgrößenentscheidung veröffentlicht und darin den Produktivitätsfaktor auf minus 5,41 Prozent und die gesamtwirtschaftliche Preissteigerungsrate auf 3,45 Prozent festgesetzt. Für den Zeitraum vom 1. Januar 2019 bis zum 31. Dezember 2021 ergibt sich damit insgesamt ein Preisanpassungsrahmen von 8,86 Prozent. Es erfolgt darüber hinaus eine Kompensation für den Zeitraum von Januar bis Juni 2019, in dem eine Entgelterhöhung wegen der Verzögerung des Verfahrens nicht möglich war, sodass der Preisanpassungsrahmen vom 1. Juli 2019 bis zum 31. Dezember 2021 für den Produktkorb 10,63 Prozent beträgt. Im Vergleich zu dem Erhöhungssatz von 4,8 Prozent im ursprünglichen Beschlussentwurf vor der Änderung der PEntgV hat die neue Verordnung den finanziellen Spielraum der Deutschen Post AG erheblich erweitert.

Marktmissbrauchsvorwürfe gegen die Deutsche Post AG sind teilweise berechtigt

K25. Die Bundesnetzagentur hat in den letzten Jahren mehrfach die Entgelte der Deutschen Post AG beanstandet. In den Verfahren First Mail, Infopost und Impulspost bestätigte das Verwaltungsgericht Köln die Feststellung der Bundesnetzagentur, dass die Deutsche Post AG zu niedrige Entgelte erhoben hatte, die auf eine Verdrängung der Wettbewerber gerichtet waren und das Diskriminierungsverbot nicht beachteten. Eine intensivere Kontrolle der Preisuntergrenzen des marktbeherrschenden Unternehmens ist daher notwendig.

K26. Über parallel zu den Postdienstleistungen geschlossene Verträge gibt die Deutsche Post AG einigen Kunden die Gelegenheit, durch Werbeaufdrucke auf den Briefen oder durch Zuschüsse zur Verbreitung neuer Produkte, Einkünfte zu erzielen, die aufgrund der engen Verbindung mit dem Briefversand als ein unzulässiger Abschlag von den nach dem Prinzip der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung ermittelten Entgelten betrachtet werden könnten und daher von der Bundesnetzagentur in Missbrauchsverfahren überprüft werden sollten.

K27. Ohne Erfolg haben Wettbewerber der Deutschen Post AG die Entgeltgenehmigungen der lizenzpflichtigen Briefprodukte gerichtlich angegriffen. Die Einwände, die Genehmigung orientiere sich nicht, wie durch das EU-Recht vorgegeben, an den tatsächlichen Kosten und ermögliche aufgrund der neutralen Aufwendungen eine Quersubventionierung des Paketdienstes der Deutschen Post, wies das Verwaltungsgericht zurück. Nach dessen Ansicht habe der Gesetzgeber den durch europäische Vorgaben eröffneten Spielraum nicht überschritten. Die Anwendung des Postgesetzes durch die Bundesnetzagentur, die Berücksichtigung der neutralen Aufwendungen und die Verteilung der Kosten anhand des Tragfähigkeitsprinzips seien nicht zu beanstanden. Die Berechnungen der Bundesnetzagentur in den Entgeltgenehmigungsverfahren sind komplex und aufgrund von Schwärzungen der Geschäftsgeheimnisse der Deutschen Post AG nicht vollständig nachzuvollziehen. Aus Wettbewerbsicht ist zu empfehlen, sich an den Kosten der Leistungserbringung zu orientieren und auf die Berücksichtigung der neutralen Aufwendungen zu verzichten.

Reform des Postgesetzes zügig voranbringen

K28. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie legte am 1. August 2019 ein Eckpunktepapier für die Novelle des Postgesetzes vor. Damit werden die Ziele verfolgt, sowohl Postdienstleistungen von guter Qualität als

auch eine positive Wettbewerbsentwicklung mit Chancengleichheit zwischen den Wettbewerbern sicherzustellen und unnötige Regulierungen abzubauen. Unter anderem wird die Lizenzpflicht für die Briefbeförderung zur Disposition gestellt und der Umfang des Universaldienstes soll überprüft werden. Die Bundesnetzagentur soll in die Lage versetzt werden, die Postmärkte in Zukunft regelmäßig und nicht nur anlassbezogen zu untersuchen, um die kontinuierliche Bewertung der Postmärkte und kurzfristige Regulierungsmaßnahmen zu ermöglichen. Hierzu soll die Bundesnetzagentur mit ausgeweiteten Informations- und Auskunftsrechten ausgestattet werden. Es ist auch geplant, die Ex-ante-Entgeltregulierung auf ihre Erforderlichkeit und den Maßstab der Kosten der effizienten Leistungserbringung auf seine Zweckmäßigkeit zu überprüfen. Weiter soll geprüft werden, ob die Regulierungsbedürftigkeit mithilfe des aus dem Telekommunikationsrecht bekannten Drei-Kriterien-Tests festgestellt werden kann. Die Ex-post-Kontrolle soll effizienter gestaltet werden. Vor dem Hintergrund der Bedeutung der Teilleistungen wird beabsichtigt, neben Ausweitungen oder Modifizierungen des Teilleistungszuganges, auch Bedingungen für eine Kooperation auf der "letzten Meile", zu erörtern.

Getrennte Märkte für Briefe und E-Mail-Kommunikation

K29. Es wird von den Marktteilnehmern diskutiert, ob E-Mail-Korrespondenz nach dem Bedarfsmarktkonzept in den Briefmarkt einzubeziehen sei. Derzeit ist nach Auffassung der Monopolkommission aufgrund der differierenden Kosten, unterschiedlichen Laufzeiten und insbesondere der fehlenden Authentifizierbarkeit der Absender die Substituierbarkeit von Brief und E-Mail nicht gegeben und damit eine Einbeziehung der E-Mail-Kommunikation in den Briefmarkt nicht geboten. Allerdings könnte die Substituierbarkeit zwischen physischer Post und digitaler Kommunikation in Zukunft zu bejahen sein, wenn die Authentifizierung von Absender und Empfänger in verbreiteten digitalen Kommunikationsanwendungen sichergestellt ist und damit die elektronische Form nach § 126a BGB eingehalten wird.

Die Unterscheidung zwischen Lizenzierung und Anzeigepflicht ist entbehrlich

K30. Während Briefdienstleister vor Aufnahme ihrer Tätigkeit eine Lizenz bei der Bundesnetzagentur beantragen müssen, sind Paketdienstleister lediglich verpflichtet, ihre Geschäftsaufnahme bei der Bundesnetzagentur anzuzeigen. Die unterschiedlichen Zugangsvoraussetzungen für Postdienstleister zum Brief- und Paketmarkt sollten zu einer Anzeigepflicht vor Aufnahme der Tätigkeit vereinheitlicht werden. Die Überprüfung der Lizenzvoraussetzungen vor Beginn der Geschäftstätigkeit im lizenzpflichtigen Briefmarkt ist nicht geeignet, einen Qualitäts- und Zuverlässigkeitsstandard der Postdienstleister während der Ausübung des Betriebs sicherzustellen. Die Lizenzbedingung, dass der Postdienstleister „die im Lizenzbereich üblichen Arbeitsbedingungen“ einzuhalten hat, ist vor dem Hintergrund der Mindestlohn- und der Arbeitszeitgesetze entbehrlich. Die Bundesnetzagentur sollte durch die Verhängung von Ausübungsverboten und Bußgeldern in die Lage versetzt werden, die Postdienstleister zur Einhaltung der postgesetzlichen Vorschriften zu veranlassen.

Die Einführung des Drei-Kriterien-Tests ist grundsätzlich zu begrüßen

K31. Aus Sicht der Monopolkommission bestehen keine Einwände gegen eine Flexibilisierung der Regulierung durch den Drei-Kriterien-Test. Eine sektorspezifische Regulierung sollte danach auf Märkten erfolgen, auf denen (1) beträchtliche, anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Zugangshindernisse bestehen, die (2) nicht innerhalb eines bestimmten Zeithorizonts zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen (3) dem Marktversagen mithilfe des Wettbewerbsrechts allein nicht entgegengewirkt werden kann. Der Drei-Kriterien-Test ermöglicht eine relativ unkomplizierte Differenzierung bei der Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit von einzelnen Märkten. Allerdings ist derzeit nicht damit zu rechnen, dass die sektorspezifische Regulierung für den Briefmarkt insgesamt oder für einzelne Briefteilmärkte tatsächlich entbehrlich sein könnte, da nicht zu erwarten ist, dass die Dominanz der Deutschen Post AG auf dem Briefmarkt in absehbarer Zeit endet. Die Überprüfung der Regulierungsbedürftigkeit des Paketmarktes könnte zu einem anderen Ergebnis führen. Hier ist der Wettbewerb weiterentwickelt. Zwar hat die Deutsche Post AG eine marktbeherrschende Stellung inne. Mehrere Großunternehmen verfügen aber bereits jetzt über relevante Marktanteile. Weitere Marktzutritte sind nicht auszuschließen. Unabhängig von der sektorspezifischen Regulierung wäre aber sicherzustellen, dass die Erfüllung des Universaldienstes auch für Paketdienstleistungen durchgesetzt werden kann, wenn die Gefahr besteht, dass dieser nicht mehr erbracht wird.

Die Abschaffung der Ex-ante-Entgeltregulierung im Briefmarkt ist nicht empfehlenswert

K32. Die Monopolkommission spricht sich für die Beibehaltung der Ex-ante-Regulierung nach § 19 PostG aus, denn sie ist ein taugliches Mittel, überhöhte Preise des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Briefmarkt zu verhindern. Privat- und Kleinunternehmerkunden haben nur sehr geringe, regional begrenzte Möglichkeiten, einen anderen Anbieter als die Deutsche Post AG zu nutzen, da die meisten Wettbewerber der Deutschen Post AG lediglich Geschäftskunden mit Mindestvolumina bedienen. Weder eine Beschränkung der Ex-ante-Regulierung auf die Teilleistungen, noch eine verbesserte Missbrauchsaufsicht unter Verzicht auf eine Ex-ante-Entgeltregulierung sind geeignet, die Verbraucher ausreichend vor überhöhten Briefporti zu schützen.

K33. Die regelmäßige und nicht nur anlassbezogene Vorlage von Daten durch das marktbeherrschende Unternehmen kann das Maßgrößenverfahren zeitlich straffen. Die Monopolkommission ist allerdings skeptisch, ob eine Vorverlagerung einer Missbrauchsprüfung, ähnlich wie im Telekommunikationsrecht nach § 38 TKG, mit einer Prüfung der offensichtlichen Rechtmäßigkeit der Entgeltanpassung in der Lage ist, das komplexe Maßgrößenverfahren zu ersetzen oder zu vereinfachen. Sie empfiehlt, die aktuelle Struktur des Maßgrößenverfahrens beizubehalten. Die Bundesnetzagentur sollte aber die Datengrundlage bereits vor Verfahrensbeginn aufbereiten und aktualisiert vorhalten.

Die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungserbringung bedarf der Anpassung

K34. Im Maßgrößenverfahren bestimmt die Bundesnetzagentur die Entgeltanpassungsmöglichkeiten des marktbeherrschenden Postunternehmens unter anderem anhand der Produktivitätsfortschrittsrate. Grundlage für die Berechnungen dieses Parameters sind die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, an denen sich die regulierten Entgelte nach § 20 Abs. 1 PostG zu orientieren haben. Nach § 3 Abs. 2 PEntgV ergeben sich die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, jeweils einschließlich eines angemessenen Gewinnzuschlags, soweit diese Kosten für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Grundlage der Kostenprüfung durch die Bundesnetzagentur sind die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens selbst. Die Bundesnetzagentur hinterfragt die vorgelegten Daten und kann Kosten unberücksichtigt lassen, wenn sie für die effiziente Leistungsbereitstellung nicht notwendig sind. Um den Wettbewerbsdruck besser zu simulieren, wäre es aus Sicht der Monopolkommission empfehlenswert, die von der Deutschen Post AG dargelegten Kosten an den auf Grundlage eines analytischen Kostenmodells ermittelten Kosten eines hypothetischen, effizienten Unternehmens im Wettbewerb zu messen. Dies könnte gegebenenfalls bestehende Ineffizienzen der Deutschen Post AG durch einen Vergleich mit einem objektivierten Kostenmaßstab besser erkennbar machen.

K35. „Neutrale Aufwendungen“ stellen im Grundsatz keine für die effiziente Leistungserbringung notwendigen Kosten dar. Allerdings sind nach derzeitiger Gesetzeslage auch nicht notwendige Kosten ausnahmsweise in die Bemessung der genehmigungsbedürftigen Entgelte einzubeziehen, wenn hierfür nach § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG eine rechtliche Verpflichtung oder ein sonstiger sachlich gerechtfertigter Grund nachgewiesen wird. Lasten für die Versorgung ehemaliger Beamter, ein höheres Lohnniveau aus der Zeit vor der Liberalisierung (soweit das Lohnniveau die Vergütungen des aktuellen Tarifvertrags mit der Deutschen Post AG überschreitet) und Kosten für den Universaldienst werden daher im Entgeltgenehmigungsverfahren nach aktueller Gesetzeslage angemessen berücksichtigt und Teil der anerkannten Kosten für preisregulierte Briefprodukte. Der Gesetzgeber beabsichtigte damit, die wettbewerblichen Nachteile der Deutschen Post AG zu kompensieren, die aus ihrer Zeit als Bundesbehörde stammen.

K36. Die Monopolkommission empfiehlt dem Gesetzgeber, die Vorschriften über die Berücksichtigung neutraler Aufwendungen nach § 20 Abs. 2 Satz 2 und die entsprechende Regelung in § 3 Abs. 4 PEntgV ersatzlos zu streichen, denn neutrale Aufwendungen sind kein Teil der Kosten, die bei der Leistungserbringung im Wettbewerb anfallen.

K37. Es sprechen daher gute Gründe dafür, die Versorgungslasten der Postbeamten nicht bei der Entgeltgenehmigung zu berücksichtigen. Der Staat leistet bereits heute erhebliche Zuschüsse zu den Versorgungsbeiträgen der

ehemaligen Postbeamten. Insoweit sind die Pensionen der Postbeamten ohnehin im Wesentlichen durch Bundeszuschüsse gesichert. Es ist fraglich, ob eine Kompensation für die Versorgungsbeiträge erforderlich ist, die üblicherweise von Unternehmen zu zahlende Rentenbeiträge übersteigen.

K38. Das höhere Lohnniveau hätte die Deutsche Post AG in den fast zwei Jahrzehnten nach dem Börsengang im November 2000 abschmelzen können. Es wurden 2001 und 2003 neue Tarifverträge mit geringeren Löhnen geschlossen, die aber beinhalten, dass die zukünftigen Lohnerhöhungen allen Mitarbeitern, auch den Mitarbeitern mit Verträgen aus der Zeit der Bundesbehörde, in relativ gleicher Höhe zukommen. Die autonome Zustimmung der Deutschen Post AG zu diesen Tarifverträgen bedeutet, dass auf Dauer ein höheres Lohnniveau besteht, das nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG zulasten der Kunden beibehalten wird. Die freiwillige Vereinbarung der Tarifverträge, die die höheren Löhne festschreiben und die fehlende Berücksichtigung der Vorteile hinsichtlich Motivation und Qualität der Mitarbeiter sprechen gegen eine Berücksichtigung des höheren Lohnniveaus bei den neutralen Aufwendungen.

K39. Die Berücksichtigung der Kosten des Universaldienstes vernachlässigt andere Vorteile, die die Deutsche Post AG aufgrund des Universaldienstes erhält: Aufgrund von § 4 Ziffer 11 b UStG werden Leistungen der Deutschen Post AG im Universaldienst zu den regulären Tarifen von der Mehrwertsteuer befreit. Die 2007 ausgelaufene Exklusivlizenz hatte ebenfalls das Ziel, den Universaldienst durch eine wirtschaftliche Absicherung der Deutschen Post AG in dem Strukturwandel zu einem liberalisierten Markt sicherzustellen.

Tragfähigkeitsprinzip

K40. Derzeit sieht das Postgesetz in § 20 Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich vor, Universaldienstkosten und Altlasten der Personal- und Pensionskosten aus der Zeit vor der Privatisierung, bei der Entgeltregulierung „angemessen zu berücksichtigen“. Die Bundesnetzagentur wird damit einerseits gesetzlich verpflichtet, in der Entgeltregulierung die neutralen Aufwendungen zu berücksichtigen; andererseits wird ihr ein Ermessensspielraum eingeräumt, neutrale Aufwendungen der Deutschen Post AG von den im Wettbewerb stehenden Produkten (z. B. Pakete) auf die Ex ante entgeltregulierten Produkte (lizenzpflichtige Briefe) zu verschieben und damit eine Quersubventionierung vorzunehmen. Diese Vorgehensweise der Bundesnetzagentur im Rahmen des Tragfähigkeitsprinzips ist vom Verwaltungsgericht Köln gebilligt worden.

K41. Bei der Anwendung des Tragfähigkeitsprinzips könnte die Bundesnetzagentur jedoch in Ausübung ihres Ermessens die neutralen Aufwendungen unter dem Kriterium der Angemessenheit in geringerer Höhe als tatsächlich angefallen berücksichtigen und damit das Ausmaß der Kostenverschiebung von Wettbewerbsprodukten auf Ex ante regulierte Produkte nach dem Tragfähigkeitsprinzip verringern, bis sich der Gesetzgeber entschließt, die Berücksichtigung der neutralen Aufwendungen vollständig zu streichen. Aus Wettbewerbsicht wäre eine klare Kostenzuordnung nach dem Verursachungsprinzip mit einer exakten Rechnungslegung pro Produkt die vorzugswürdige Lösung.

Die Teilleistungsregulierung ist für die Weiterentwicklung des Wettbewerbs wichtig

K42. Der Teilleistungszugang hat sich im Wettbewerb bewährt. Ein obligatorischer Wettbewerberrabatt (günstigere Teilleistungspreise für Wettbewerber als für Endkunden) ist aus Sicht der Monopolkommission nicht gerechtfertigt, da der Konsolidierer, anders als der Großhändler im Telekommunikationsmarkt, das Produkt nicht verändert oder verbessert. Die Geschäftsaktivitäten des konzerneigenen Konsolidierungsunternehmens der Deutschen Post AG sollten jedoch besonders beobachtet werden, da die Erbringung von Teilleistungen durch ein konzerneigenes Unternehmen Möglichkeiten des Marktmachtmissbrauchs über die Serviceentgelte bietet. Die Konsolidierung durch eine Konzerngesellschaft des marktbeherrschenden Unternehmens ist nur dann wettbewerbskonform, wenn die Diskriminierungsfreiheit strikt gewährleistet ist.

K43. Die bereits jetzt gesetzlich vorgesehene und durch die Rechtsprechung konkretisierte Vorlagepflicht für Teilleistungsverträge marktbeherrschender Unternehmen sollte auch die Verträge solcher Unternehmen erfassen, die aus wirtschaftlichen, persönlichen oder sonstigen vertraglichen Gründen unter dem Einfluss des marktbeherrschenden Unternehmens stehen. Die Abgrenzung der Vorlagepflicht sollte nicht anhand von formalen Kriterien,

sondern unter Berücksichtigung der tatsächlichen Möglichkeiten der Einflussnahme erfolgen. Es ist auch empfehlenswert, dass Verträge von der Vorlagepflicht umfasst werden, die mit Teilleistungsverträgen gekoppelt oder zeitlich parallel geschlossen wurden und Bedeutung für die Entgelte und Bedingungen der Teilleistungen haben können.

K44. Die Möglichkeit, Entgelte, Bedingungen und bestehende Zugangsregelungen für Teilleistungen zu ändern, sollte davon abhängig gemacht werden, dass das antragstellende Unternehmen die Bundesnetzagentur zunächst umfassend durch vorherige Übersendung der neuen Teilleistungsverträge über die geplanten Änderungen informiert. Damit würde die erforderliche Transparenz geschaffen und der Bundesnetzagentur die Möglichkeit gegeben, gegen rechtswidrige Änderungen rechtzeitig einschreiten zu können.

Die mehrwertsteuerrechtliche Gleichbehandlung der Wettbewerber im Briefmarkt muss sichergestellt werden

K45. Die Deutsche Post AG genießt vor dem Hintergrund der von ihr erbrachten Leistungen im Universaldienst den Vorteil, dass auf ihre Universaldienstleistungen keine Mehrwertsteuer anfällt. Dies schafft eine Ungleichheit gegenüber den Postdienstleistern, die ebenfalls Teile des Universaldienstes erbringen. Soweit die Abschaffung der Umsatzsteuerbefreiung nicht möglich ist, weil sich für die Änderung der Mehrwertsteuerrichtlinie auf europäischer Ebene keine Mehrheit findet, sollte die Mehrwertsteuerbefreiung nach § 4 Ziffer 11 b UStG auf alle Wettbewerber, die Universaldienstprodukte zu einem allgemeinen Standardtarif anbieten, ausgeweitet werden, um Chancengleichheit im Wettbewerb um die Kunden herzustellen, die sich die Mehrwertsteuer nicht im Wege des Vorsteuerabzugsabzugs erstatten lassen können.

Verbesserte Informationsbeschaffung für die Bundesnetzagentur

K46. Die Monopolkommission hat wiederholt darauf hingewiesen, dass es notwendig ist, die Regeln der Missbrauchsaufsicht im Briefmarkt zu verschärfen, da das marktbeherrschende Unternehmen über zahlreiche Möglichkeiten des Marktmachtmissbrauchs verfügt und die Bundesnetzagentur zum Teil die Grenzen ihrer rechtlichen Möglichkeiten erreicht. Um die notwendige Stärkung der Missbrauchsaufsicht zu gewährleisten, sollte die Bundesnetzagentur über eine erweiterte Informationsbasis und ein effizienteres Regulierungsinstrumentarium für den Briefmarkt verfügen.

K47. Nach aktueller Gesetzeslage kann die Bundesnetzagentur – abgesehen von den Sonderregelungen zur förmlichen Zustellung in § 33 PostG sowie zum Postgeheimnis und Datenschutz nach §§ 39 ff PostG – nach § 45 PostG Informationen von „im Postwesen tätigen Unternehmen“ verlangen. Anspruch auf Auskünfte von Kunden oder Dritten hat die Bundesnetzagentur derzeit nicht. Die Bundesnetzagentur benötigt Auskunftsrechte, die über den Postmarkt hinausgehen und auch andere Märkte, z. B. im Bereich der digitalen Kommunikation umfassen, um Entwicklungen im Postmarkt richtig einschätzen zu können. Es ist daher zu empfehlen, für Zwecke der Marktanalyse der Bundesnetzagentur einen Auskunftsanspruch auch gegenüber Unternehmen einzuräumen, die auf vor- oder nachgelagerten und mit den Postmärkten in Wechselwirkung stehenden Märkten tätig sind.

K48. Seit der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) 2004 besteht Rechtsunsicherheit wegen der starren Verweisung des geltenden Postgesetzes auf die Vorschriften des 1996 in Kraft getretenen Telekommunikationsgesetzes. Dies betrifft insbesondere die Verweisungen des § 44 Satz 2 PostG auf §§ 66 bis 71, 74 bis 81, 83 und 84 TKG 1996, die aufgrund der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes veraltet sind. Die Monopolkommission empfiehlt zum Abbau von Rechtsunsicherheit eine Aktualisierung der Verweise des Postgesetzes auf das Telekommunikationsgesetz und die Einfügung einer Vorschrift analog zu § 121 Abs. 2 TKG in § 47 PostG, die den Gesetzesauftrag der Monopolkommission und das Akteneinsichtsrecht klarstellt.

Verbesserte Regulierungsinstrumente für die Missbrauchsaufsicht im Briefmarkt

K49. Nach derzeitiger Rechtslage kann sich jeder Marktteilnehmer mit Beschwerden an die Regulierungsbehörde wenden, um eine Prüfung nach §§ 24, 25 PostG oder ein Missbrauchsverfahren nach § 32 PostG zu initiieren. Allerdings haben die Marktteilnehmer keine Möglichkeit, ein behördliches Verfahren zu erzwingen. Die Eröffnung

des Verfahrens steht im Ermessen der Behörde. Ein Antragsrecht würde den Beschwerdeführern die Möglichkeit geben, einen Bescheid, der ein Missbrauchsverfahren einstellt, vor den Gerichten anzufechten. Das Antragsrecht könnte zu einer Belebung der Aufsichtsaktivitäten führen, da die Wettbewerber der Bundesnetzagentur Beschwerden mit größerem Nachdruck unterbreiten können, ein Recht auf eine Untersuchung haben und nicht von dem Ermessen der Bundesnetzagentur abhängig sind.

K50. Das sektorspezifische Missbrauchsverbot nach § 32 PostG ist im Vergleich zu den Ausführungen im Telekommunikationsrecht, §§ 27, 28, 42 TKG, weniger detailliert. Konkretere Beispiele, verbunden mit Vermutungsregeln, könnten den Nachweis missbräuchlicher Handlungen erleichtern und die Warnfunktion des Gesetzes verbessern. So bietet es sich an, Preishöhenmissbrauch, Diskriminierung von Wettbewerbern oder Kunden hinsichtlich der Entgelte und Geschäftsbedingungen, die Behinderung von Wettbewerbsmöglichkeiten durch die Versagung des Zugangs zu Zustelleinrichtungen oder die diskriminierende Gestaltung von Produkten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen als Beispiele für einen Marktmissbrauch im Gesetz zu definieren.

K51. Daneben könnte aus dem Telekommunikationsrecht die Regelung der Vermutungswirkungen einer Preis-Kosten-Schere übernommen werden. Danach wird der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vermutet, wenn die Spanne zwischen dem Entgelt, das der marktmächtige Betreiber eines Netzes Wettbewerbern für eine Zugangsleistung in Rechnung stellt, und dem entsprechenden Endnutzerentgelt nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen.

K52. Der Bußgeldkatalog des Postgesetzes ist derzeit lückenhaft. Qualitäts- und Versorgungsmängel kann die Bundesnetzagentur nicht sanktionieren. Es ist daher zu empfehlen, den Bußgeldkatalog um Verstöße gegen Qualitäts- und Versorgungsvorgaben des Postgesetzes zu erweitern und die Anwendbarkeit auf alle Postdienstleister sicherzustellen.

K53. Der in § 49 PostG aktuell festgelegte Bußgeldrahmen bis zu EUR 500.000 ist zu gering, um Großunternehmen entsprechende Verhaltensanreize zu setzen. Das Risiko einer Sanktion sowie die Sanktionshöhe sind – gemessen an den möglichen betriebswirtschaftlichen Vorteilen eines missbräuchlichen Verhaltens – nicht erheblich. Eine Erhöhung des Bußgeldrahmens ist daher empfehlenswert. Es erscheint angemessen, sich hierfür an den Vorschriften des Kartellrechts zu orientieren. Die Vorschrift des § 81 Abs. 4 GWB sieht mit Bußgeldern in Höhe von bis zu 10 Prozent vom Gesamtumsatz einschneidende Sanktionen vor, die auch gegenüber Großunternehmen eine deutlichere Disziplinierungswirkung entfalten würden.

K54. Die Monopolkommission hält an ihrem Vorschlag fest, die Schadenersatzpflicht nach § 38 PostG zu reformieren: § 38 PostG gewährt nur dann einen Anspruch auf Schadenersatz, wenn der Verpflichtete eine Vorschrift, Auflage oder Anordnung verletzt, die den Schutz eines anderen bezweckt. Der überwiegende Teil der Vorschriften im Postgesetz hat allerdings keinen drittschützenden Charakter. Eine drittschützende Funktion der verletzten Vorschrift stellt weder im TKG noch im GWB eine Anspruchsvoraussetzung dar. Ein Grund für die abweichende Regelung im Postgesetz ist nicht erkennbar. Aufgrund der Notwendigkeit einer Kausalbeziehung zwischen pflichtwidriger Handlung und dem bei einem Dritten eingetretenen Schaden sowie des Erfordernisses eines Verschuldens ist schon eine ausreichende Filterwirkung für die Eingrenzung möglicher Ansprüche gegeben. Die Monopolkommission empfiehlt daher, das Erfordernis der drittschützenden Wirkung in § 38 PostG ersatzlos zu streichen.

K55. Ergänzend ist zu empfehlen, eine Gewinnabschöpfungsregelung entsprechend § 43 TKG in das Postgesetz einzufügen. Nach dieser „Soll“-Vorschrift ist die Regulierungsbehörde gehalten, wirtschaftliche Vorteile, die sich aus einem Verstoß gegen eine Missbrauchsverfügung der Bundesnetzagentur oder aus anderen Gesetzesverstößen ergeben, abzuschöpfen. Eine solche Regelung würde es für ein marktbeherrschendes Unternehmen unattraktiver machen, gegen Regulierungsbestimmungen zu verstoßen, da es sich dem Risiko aussetzt, die wirtschaftlichen Vorteile wieder abgeben zu müssen.

Der Universaldienst bedarf der Anpassung

K56. Der aktuelle Umfang des Universaldienstes entspricht im Wesentlichen dem Bedarf der späten 1990er Jahre und spiegelt die Leistungen der ehemaligen Deutschen Bundespost im Jahr der Verabschiedung des Postgesetzes sowie die Vorgaben der Postdienstrichtlinie der Europäischen Union wider. Mit dem Universaldienst sollte eine Unterversorgung für den Fall verhindert werden, dass Privatisierung und Liberalisierung zu einem geringeren Leistungsangebot führen, weil der Wettbewerb nicht funktionsfähig ist oder sich auf lukrative Bereiche beschränkt. Der Gesetzgeber hat einen Spielraum bei der Definition der Universaldienstleistungen. Der Universaldienst darf allerdings ein – im Grundgesetz nicht klar erläutertes – Mindestversorgungsniveau nicht unterschreiten und soll alle Leistungen umfassen, die bei objektiver Betrachtung zur Realisierung der grundrechtlichen Freiheiten der Bürger erforderlich sind. Indikatoren für die Erforderlichkeit sind die Nachfrage sowie der Verbreitungsgrad der Dienstleistungen.

K57. Eine Befragung von Privatpersonen und Kleinunternehmen durch die Bundesnetzagentur im Jahr 2017 bestätigte die Einschätzung aus Verbrauchersicht, dass wesentliche Änderungen derzeit nicht gewünscht sind: Die Zufriedenheit der befragten Verbraucher und Unternehmen mit den Postdienstleistungen ist – trotz steigender Beschwerdezahlen – grundsätzlich hoch. Damit die Preise im Universaldienst im Sinne der Regulierungsziele nach § 3 PostG „erschwinglich“ bleiben, sollte der Universaldienst nach Ansicht der Monopolkommission angepasst, gegebenenfalls reduziert und so gestaltet werden, dass ein flächendeckendes Angebot weiterhin vorgehalten wird, ohne Kosten für überflüssige, nur selten nachgefragte Leistungen zu generieren. Auch in Regionen, in denen ein Postbetrieb nicht kostendeckend erbracht werden kann, sollten sich die Kunden nach den Grundsätzen des Art. 87f Abs. 1 Grundgesetz (GG) darauf verlassen können, dauerhaft auf erschwingliche Postdienstleistungen zurückgreifen zu können.

K58. Mit sechs Zustelltagen pro Woche geht die Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV) über die Mindestforderungen der EU-Postdienstrichtlinie hinaus, die nur fünf Zustelltage vorsieht. Eine über die Postdienstrichtlinie hinausgehende Anzahl von Zustelltagen bedarf einer besonderen Rechtfertigung, zumal in einigen europäischen Ländern auch die Zustellung an fünf Tagen faktisch nicht mehr gewährleistet wird.

K59. Die Messungen zu den Laufzeitvorgaben im Universaldienst werden von der Deutschen Post AG bei einem externen Dienstleister in Auftrag gegeben und der Bundesnetzagentur vorgelegt. Um die Objektivität der Messungen zu unterstreichen, wäre es empfehlenswert, wenn nicht das zu kontrollierende Unternehmen selbst die Messungen veranlasst, sondern die Überprüfung unmittelbar durch die Bundesnetzagentur durchgeführt oder in Auftrag gegeben wird.

K60. Bislang wendet die Deutsche Post AG für Privatkunden bei Briefen und Paketen Einheitstarife an, die unabhängig vom Versand- oder Zustellort gleich hoch sind. Weder aus Unionsrecht noch aus deutschem Verfassungsrecht ergibt sich eine Verpflichtung, einen Einheitstarif gesetzlich einzuführen oder anzuwenden. Die Differenzierung der Tarife wäre damit rechtlich nicht zu beanstanden, wenn sie diskriminierungsfrei erfolgt. Zuschläge sollten sich, wenn wirtschaftlich erforderlich, aus Gründen der Praktikabilität auf einige wenige, geografisch außergewöhnliche Zustellorte beschränken.

Der Verbraucherschutz sollte verbessert werden

K61. Die Beschwerden der Postkunden haben sich 2018 im Vergleich zum Vorjahr auf über 12.600 schriftliche Eingaben verdoppelt, im Vergleich zum Jahr 2015 fast vervierfacht. Angesichts der Brief- und Paketmengen, die in Deutschland befördert werden, sind diese Beschwerdezahlen immer noch gering.

K62. Die Möglichkeiten der Bundesnetzagentur, auf Qualitätsmängel lokaler oder regionaler Art in der Universaldienstversorgung effizient zu reagieren sind begrenzt. §§ 13 ff. PostG stellen ein sehr komplexes und zeitaufwendiges Verfahren zur Bestellung eines Universaldienstleisters dar, das nur als Ultima Ratio gedacht ist. Das Verfahren ist zu schwerfällig und aufgrund der Fristen nicht geeignet, den Weiterbetrieb des Universaldienstes bei einem kurzfristigen Ausfall des Universaldienstleisters sicherzustellen. Diese Regelungen sollten – unter anderem durch eine Verkürzung der Fristen – effizienter ausgestaltet und durch eine Bestimmung ergänzt werden, nach der im

Eilfall jedem leistungsfähigen Postunternehmen der Universaldienst gegen eine angemessene Vergütung von der Bundesnetzagentur kurzfristig auferlegt werden kann, wenn der Universaldienst nicht ausreichend erbracht wird.

K63. Bei Verlust oder Beschädigung der Sendungen bietet das Haftungsregime der Postunternehmen dem Verbraucher nur sehr begrenzte Ansprüche. Für den Verlust oder die Beschädigung einfacher Briefe haftet der Postdienstleister nach den üblichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht. Der Kunde kann bei wichtigen Sendungen Sondervereinbarungen abschließen und Einschreiben oder Wertbriefe aufgeben. Bei Verlust oder Beschädigung dieser Sendungen sind die potenziellen Schadenersatzforderungen gering und ein Rechtsstreit mit dem Postdienstleister ist für den Kunden wirtschaftlich in der Regel nicht sinnvoll.

K64. Da die Beschwerden nicht immer zu einvernehmlichen Lösungen zwischen Kunden und Postdienstleister führen, hat der Verordnungsgeber in § 10 der Postdienstleistungsverordnung ein Schlichtungsverfahren vorgesehen, das von der Bundesnetzagentur durchgeführt wird. Das Verfahren hat nach § 23 Verbraucherstreitbeilegungsgesetz für den Verbraucher den Vorteil, dass für ihn keine Kosten entstehen, wenn die gegnerische Partei ein Unternehmen ist. In 448 von 966 beendeten Schlichtungsverfahren verweigerten die Postdienstleister 2018 die Mitwirkung.

K65. Schlichtungsverfahren können einen Beitrag zum Rechtsfrieden leisten, wenn ein Dritter unparteilich zu dem Streitfall eine Einschätzung abgibt. Es erscheint bedenklich, wenn geringfügige Schäden von Verbrauchern nicht unabhängig überprüft und geltend gemacht werden können, weil es unwirtschaftlich ist, den Anspruch gerichtlich zu verfolgen. In zahlreichen Branchen können Verbraucher heute weitgehend kostenlos auch kleinere Ansprüche gegen Unternehmen geltend machen und erhalten einen Schlichtungsvorschlag, der von beiden Parteien angenommen werden muss, um den Konflikt endgültig zu beenden. Die Einigungsquoten in anderen Branchen sind hoch. Das in § 10 der Postdienstleistungsverordnung vorgesehene Schlichtungsverfahren sollte daher so ausgestaltet werden, dass die Postdienstleister zur Mitwirkung in dem Verfahren verpflichtet sind.

Kapitel 1

Die Postmärkte befinden sich weiterhin im Umbruch

1. Die Hauptziele des im Dezember 1997 verabschiedeten und seitdem in den wesentlichen Grundzügen nicht veränderten Postgesetzes (PostG) bestanden zum einen in der Sicherung der postalischen Infrastruktur und der Grundversorgung mit Postdienstleistungen in Deutschland und zum anderen in der Entwicklung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Postmärkten. Eine auf Dauer angelegte, den Grundsätzen der Sozialen Marktwirtschaft widersprechende ordnungspolitische Sonderstellung der Deutschen Post AG (DPAG) erschien, so die Begründung des Gesetzentwurfs im Jahr 1997, vor dem Hintergrund dieser Zielsetzungen weder rechtlich noch ökonomisch vertretbar.¹ Allerdings hat sich auch lange nach der Beendigung der gesetzlichen Briefexklusivlizenz für die Deutsche Post AG am 31. Dezember 2007 der geplante funktionsfähige Wettbewerb auf dem Briefmarkt in Deutschland nicht eingestellt. Nach wie vor dominiert die Deutsche Post AG den Briefmarkt und erzielte 2018 einen Umsatzanteil von über 86 Prozent auf dem Markt der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen (Briefe bis 1.000 Gramm).² Obwohl der Paketmarkt wettbewerbsintensiv ist, verfügt die Deutsche Post nach Feststellungen der Bundesnetzagentur auch auf dem Markt für Standard-Geschäftskundenpakete über eine marktherrschende Stellung.³ Die Dominanz der Deutschen Post AG und ihrer Konzerngesellschaften auf den deutschen Postmärkten hat sich trotz der Liberalisierungsbemühungen seit 1997 nur wenig verringert. Die wettbewerbspolitischen Ziele des Postgesetzes von 1997 sind bislang nicht erreicht worden. Der Gesetzgeber hat – anders als auf dem Telekommunikationsmarkt – in den vergangenen beiden Jahrzehnten keine wesentlichen Initiativen zur Belebung des Wettbewerbs auf den Postmärkten ergriffen.

2. Der Bedarf der Kunden verändert sich: Die Bedeutung des Briefes als Kommunikationsmittel geht durch die Digitalisierung zurück; Paketdienstleistungen werden aufgrund des Internethandels stärker nachgefragt. Während die jährlichen Briefsendungsmengen im lizenzpflichtigen Bereich seit 2011 von 16,7 Mrd.⁴ auf 14,2 Mrd. Stück im Jahr 2018⁵ (insgesamt um ca. 15 Prozent) sanken, stiegen demgegenüber die Paketmengen im gleichen Zeitraum erheblich von 1,85 Mrd.⁶ auf 2,88 Mrd. Stück⁷ (insgesamt um ca. 56 Prozent). Im Vergleich zum Vorjahr rechnet die Bundesnetzagentur 2019 mit einem leichten Rückgang der Briefmengen im lizenzpflichtigen Bereich von 0,2 Prozent und mit einem Anstieg der KEP (Kurier-Express-Paket)-Sendungsmengen von 8,1 Prozent.⁸

3. Der Briefmarkt wird mit der weiter zunehmenden Nutzung der digitalen Kommunikation sukzessive schrumpfen. Im Gegensatz zu anderen Ländern vollzieht sich in Deutschland der Rückgang der Briefmengen bisher allerdings in eher kleinen Schritten. Ein größerer, plötzlicher Rückgang ist aber nicht ausgeschlossen, sobald Unternehmen und Behörden auf sichere, authentifizierbare digitale Korrespondenzsysteme zurückgreifen können, wie dies in den verschiedenen E-Government Programmen des Bundes⁹ und der Länder¹⁰ und den Planungen der

¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Postgesetzes, Begründung Absatz A, BT-Drs. 13/7774 vom 30. Mai 1997, S. 1.

² Bundesnetzagentur (BNetzA), Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, Bonn, November 2019, S. 17.

³ BNetzA, Feststellung der 5. Beschlusskammer vom 23. März 2015, 5BK-11/069, S. 31, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK5-GZ/2011/BK5-11-0069/BK5-11-0069_Beschluss_Download_BF.pdf?__blob=publicationFile&v=1, abgerufen am 15. Oktober 2019.

⁴ BNetzA, Jahresbericht 2018 – 20 Jahre Verantwortung für Netze, Bonn, Dezember 2018, S. 91, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2019/JB2018.pdf?__blob=publicationFile&v%20=6, abgerufen am 16. Oktober 2019.

⁵ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 16.

⁶ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2016/2017, Bonn, Dezember 2017, S. 22; BNetzA, Mitteilung in der Methodenkonferenz „Markterhebung im Postwesen“ in Bonn am 25. Februar 2019; BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 90.

⁷ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 29.

⁸ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 16 und S. 29.

⁹ Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung (E-Government-Gesetz des Bundes) vom 25. Juli 2013, <https://www.gesetze-im-internet.de/egovg/EGovG.pdf>, abgerufen am 15. Oktober 2019.

Geschäftskunden vorgesehen ist. Es würde dann zunehmend schwieriger, den Universaldienst zu „erschwinglichen Preisen“ im Sinne des § 2 Abs. 2 Ziff. 3 PostG oder zumindest eine „flächendeckend angemessene und ausreichende“ Versorgung mit Postdienstleistungen nach Art. 87f Grundgesetz (GG) sicherzustellen, wenn die Auslastung der vorgehaltenen Infrastruktur sinkt und damit die Stückpreise steigen.

4. Mit den steigenden Paketmengen konnten sich einerseits im Paketmarkt neue Produkte, wie taggleiche Zustellungen oder die Umleitung von Paketen, die sich bereits im Versand befinden, entwickeln. Andererseits sind in der Vorweihnachtszeit Verzögerungen bei der Zustellung und vermehrte Kundenbeschwerden zu beobachten. Einige wenige Großversender verfügen über eine erhebliche Nachfragemacht auf dem Paketmarkt. Für die kommenden Jahre ist weiterhin von deutlichen Umsatzsteigerungen im Paketmarkt auszugehen, die im Wesentlichen auf der andauernden Expansion des Internethandels beruhen. Die Nachfragemacht der Großversender und die Qualität der Paketdienstleistungen stellen im Paketmarkt die kritischen Wettbewerbsthemen dar.

5. Die im Postgesetz verankerte Abgrenzung der einzelnen Postmärkte voneinander wird zunehmend unschärfer: Briefe werden auch für den Versand von kleineren Waren genutzt, sodass die Unterscheidung zwischen Brief- und Paketmarkt nicht immer eindeutig ist. Die Zustellmodalitäten zwischen dem Express- und Paketsegment nähern sich an. Während früher eine fest vereinbarte Lauf- und Zustellzeit das Merkmal der Expressendung war, wird heute auch ein Paket gegen Aufpreis mit festen Laufzeiten zugestellt. Darüber hinaus wird wegen hybrider Dienstleistungen, etwa der Kombination von elektronischer Kommunikation und physischer Briefzustellung, wie zum Beispiel bei den Produkten E-Post mit klassischer Zustellung oder der digitalen Kopie der Deutschen Post AG,¹¹ eine Abgrenzung des Briefmarktes von der digitalen Kommunikation komplexer. Die hybriden Produkte unterliegen de lege lata insoweit dem Postgesetz als sie eine physische Briefbeförderung beinhalten. Die weiteren Leistungen, wie die digitale Zustellung oder der Druck und die Kuvertierung von Briefen durch den Postdienstleister sind nicht in die Regulierung einbezogen, haben aber einen Einfluss auf den von dem Kunden zu zahlenden Endpreis. Der klassische Brief hat sich insofern weiterentwickelt und tritt in Formen auf, die von der aktuellen Regulierung nicht immer vollständig erfasst werden.

6. Weitergehend stellt sich zunehmend auch die Frage, wie der Markt für die Beförderung physischer Briefe, der den Regelungen des Postgesetzes unterliegt, und digitale Kommunikation, die jedenfalls derzeit nicht vom Postgesetz erfasst wird, voneinander abzugrenzen sind und ob sie nicht einen einheitlichen Kommunikationsmarkt darstellen.¹² Eine Marktabgrenzung, die die digitale Kommunikation in den Briefmarkt integrieren würde, wird derzeit von der Bundesnetzagentur abgelehnt:¹³ Brief und E-Mail, so die Bundesnetzagentur, substituieren einander nicht. Dies zeige sich auch darin, dass das E-Mail-Aufkommen stark steige, die Briefmengen jedoch nur einen geringen Rückgang aufwiesen. Die Bundesnetzagentur ist allerdings auch der Auffassung, dass die Austauschbarkeit zwischen physischer Post und digitaler Kommunikation eher gegeben sein könnte, wenn die Authentifizierung von Absender und Empfänger sichergestellt sei und damit die elektronische Form nach § 126a des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) eingehalten werde. Dies könnte erhebliche Folgen für den „traditionellen Postdienst“, dessen Regulierung und den wettbewerbsrechtlichen Rahmen haben.

¹⁰ Z. B. E-Government-Gesetz Nordrhein-Westfalen - EGovG NRW vom 08. Juli 2016, https://recht.nrw.de/lmi/owa/br_text_anzeigen?v_id=73520171220150354215#FN1, abgerufen am 15. Oktober 2019.

¹¹ Siehe hierzu unten Tz. 115 ff.

¹² So hob beispielsweise das College van Beroep voor het Bedrijfsleven (Verwaltungsgericht für Handel und Gewerbe) in den Niederlanden am 3. September 2018 (NJB 2018/1665, case numbers 17/1385 et al.), eine Entscheidung der niederländischen Regulierungsbehörde ACM auf, in der diese festgestellt hatte, dass digitale Kommunikationsdienstleistungen vom physischen Postmarkt für Massensendungen klar abzugrenzen seien und keinen einheitlichen Markt darstellten, <https://www.uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:CBB:2018:440>, abgerufen am 15. Oktober 2019.

¹³ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 27. November 2018, BK5-18/018, S. 10 f., https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK5-GZ/2018/BK5-18-0018/BK5-18-0018_Beschluss_BF.pdf?__blob=publicationFile&v=1, abgerufen am 15. Oktober 2019, und BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 3. Juni 2019, BK5-18/003, S. 17 ff., https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK5-GZ/2018/BK5-18-0003/BK5-18-0003_Entscheidung_DL_BA.pdf?__blob=publicationFile&v=2, abgerufen am 15. Oktober 2019; s. a. Tz. 130 ff.

7. Während das Postgesetz in den letzten zwei Jahrzehnten weitgehend unverändert blieb, sieht der aktuelle Koalitionsvertrag vom 12. März 2018 eine Anpassung an die im Zusammenhang mit der zunehmenden Digitalisierung erwarteten Veränderungen vor:¹⁴

„Die Digitalisierung hat zu gravierenden Veränderungen auf den klassischen Postdienstleistungsmärkten geführt. Daher werden wir die bestehenden Regulierungen überprüfen und vor dem Hintergrund der aktuellen Marktentwicklungen anpassen. Unser Ziel ist es, weiterhin eine qualitativ hochwertige, flächendeckende und erschwingliche Grundversorgung mit Postdienstleistungen sicherzustellen. Es gilt, die Qualität und die Effizienz auf den Postdienstleistungsmärkten zum Wohle der Verbraucherinnen und Verbraucher zu gewährleisten und zu erhöhen.“

Es hat sich bereits in der Vergangenheit gezeigt, dass der aktuelle Regulierungsrahmen den Wettbewerb nicht ausreichend fördern konnte. Die Nachfrageänderungen in den Brief- und Paketmärkten und die Digitalisierung der Kommunikation erhöhen die Notwendigkeit, den Regulierungsrahmen an die zu erwartenden Veränderungen anzupassen. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat am 1. August 2019 Eckpunkte für die Novelle des Postgesetzes¹⁵ vorgestellt und damit konkrete Schritte für eine Reform des Postgesetzes eingeleitet.

1.1 Die Deutsche Post AG bleibt das dominierende Unternehmen auf dem Briefmarkt

8. Unternehmen, die Briefsendungen mit einem Einzelgewicht von nicht mehr als 1.000 Gramm gewerbsmäßig für andere befördern wollen, benötigen nach § 5 PostG eine Lizenz. Ende 2018 waren von den seit 1998 erteilten 3.150 Lizenzen noch rund 1.000 gültig;¹⁶ allerdings werden nur rund 50 Prozent tatsächlich genutzt.¹⁷ Aktuell ist zu beobachten, dass sich die Zahl neu erteilter Lizenzen und die Zahl derjenigen Lizenznehmer, die aus dem Markt ausscheiden, in etwa aufwiegen.¹⁸ Etwa 60 Prozent der gültigen Lizenzen hat die Bundesnetzagentur für das gesamte Bundesgebiet erteilt; ca. 40 Prozent sind regional begrenzt.¹⁹ Zum Vergleich: die Erbringung nicht lizenzpflichtiger Postdienstleistungen (Beförderung von Briefen über 1.000 Gramm, Büchern, Katalogen, Zeitschriften und Paketen bis 20 Kilogramm, Kurierdienste etc.) haben Ende 2019 über 62.000 Unternehmen bei der Bundesnetzagentur angezeigt.²⁰

1.1.1 Die Briefsendungsmengen nehmen sukzessive ab

9. Nach einem Maximalwert von 17,7 Mrd. Sendungen im Jahr 2007 gingen die lizenzpflichtigen Briefsendungsmengen bis heute sukzessive, in Größenordnungen von in der Regel ein bis zwei Prozent pro Jahr zurück und entsprachen 2017 in etwa dem Stand von 1998.²¹ 2018 beschleunigte sich der Rückgang. Es wurden insgesamt 14,2 Mrd. Briefe im lizenzpflichtigen Bereich befördert, was einen Rückgang von 4,7 Prozent im Vergleich zu 2017 be-

¹⁴ CDU, CSU und SPD, Koalitionsvertrag, Ein neuer Aufbruch für Europa – Eine neue Dynamik für Deutschland – Ein neuer Zusammenhalt für unser Land, Berlin, 12. März 2018, Rz. 2779 ff., <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁵ Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi), Eckpunkte für eine Novelle des Postgesetzes vom 1. August 2019, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunkte-fuer-eine-novelle-des-postgesetzes.pdf?__blob=publicationFile&v=3, abgerufen am 16. Oktober 2019; siehe auch Tz. 128 f.

¹⁶ BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 96.

¹⁷ BNetzA, 20 Jahre Postgesetz: Bestandsaufnahme der Markt-, Wettbewerbs- und Universaldienstentwicklung, Bonn, April 2018, S. 13, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Post/Unternehmen_Institutionen/Marktbeobachtung/20JahrePostG.Pdf?__blob=publicationFile&v=2, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁸ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 64: für 2018 wurden 32 neue Lizenzen und 31 Marktaustritte verzeichnet; 2019 wurden deutlich mehr Marktaustritte berichtet (47 Marktaustritte und 16 neue Lizenzen).

¹⁹ BNetzA, 20 Jahre Postgesetz: Bestandsaufnahme der Markt-, Wettbewerbs- und Universaldienstentwicklung, a. a. O., S. 13.

²⁰ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 68.

²¹ BNetzA, 20 Jahre Postgesetz: Bestandsaufnahme der Markt-, Wettbewerbs- und Universaldienstentwicklung, a. a. O., S. 8.

deutet. Im nicht lizenzpflichtigen Bereich werden seit 2017 auch Briefe über 1.000 Gramm sowie un- oder teil-adressierte Sendungen statistisch von der Bundesnetzagentur erfasst: In diesem Segment, das ebenfalls von der Deutschen Post AG dominiert wird, wurden 2017 rund 3,8 Mrd. Sendungen versandt.²²

10. Anfang 2018 stiegen nach Berichten von Marktteilnehmern die Briefmengen aus Anlass des Inkrafttretens der Datenschutzgrundverordnung an, weil zahlreiche Unternehmen Datenschutzerklärungen und -regularien per Post an ihre Kunden versandten. Danach nahm das Volumen ab, was mit Unsicherheiten der Unternehmen über die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Kontaktpflege über Werbebriefe und die Zurückhaltung bei dem Verkauf von Adressen erklärt wurde.

11. Die Deutsche Post AG beförderte 2018 12,2 Mrd. lizenzpflichtige Sendungen.²³ Dies entspricht einem Rückgang von ca. 5,5 Prozent. In den Sendungsmengen der Deutschen Post AG sind 9,3 Mrd. Teilleistungssendungen enthalten, die die Bundesnetzagentur statistisch der Deutschen Post AG zurechnet, da diese den größten Teil der Wertschöpfung erbringt.²⁴ Teilleistungen erbringt die Deutsche Post AG nach § 28 PostG, indem sie von Kunden oder anderen Postdienstleistern vorsortierte und frankierte Briefsendungen in ihren Sortierzentren entgegennimmt und dem Empfänger über das Logistiknetz der Deutschen Post AG zustellt. Sie erbringt damit nur einen Teil und nicht die gesamte Beförderungsleistung vom Absender bis zum Empfänger zu einem im Vergleich zum Standardporto reduzierten Preis. Die Anzahl der Teilleistungssendungen ist rückläufig (2017: 9,9 Mrd. Sendungen). Die meisten Teilleistungssendungen werden von großen Endkunden, wie Versicherern, Banken und Versorgungsunternehmen bei der Deutschen Post AG eingeliefert. Der Anteil der von Wettbewerbern und Konsolidierern²⁵ eingelieferten Teilleistungssendungen sank von 1,4 Mrd. Sendungen in 2017 auf 1,1 Mrd. Sendungen in 2018.²⁶

12. Die Wettbewerber der Deutschen Post AG beförderten 2018 – ohne die bei der Deutschen Post AG als Teilleistung eingelieferten Briefe – insgesamt 2,0 Mrd. Sendungen. Das entspricht in etwa dem Vorjahreswert. 2017 wurde der stete Anstieg der Briefsendungsmengen, den die Wettbewerber seit 2008 ausweisen, erstmals durch einen Rückgang der Sendungsmengen unterbrochen. Für 2019 wird wieder ein leichter Anstieg der Sendungsmengen der Wettbewerber erwartet.

13. Nach den Erhebungen der Bundesnetzagentur stellt sich die Entwicklung der Briefsendungsmengen seit 1998 wie folgt dar:

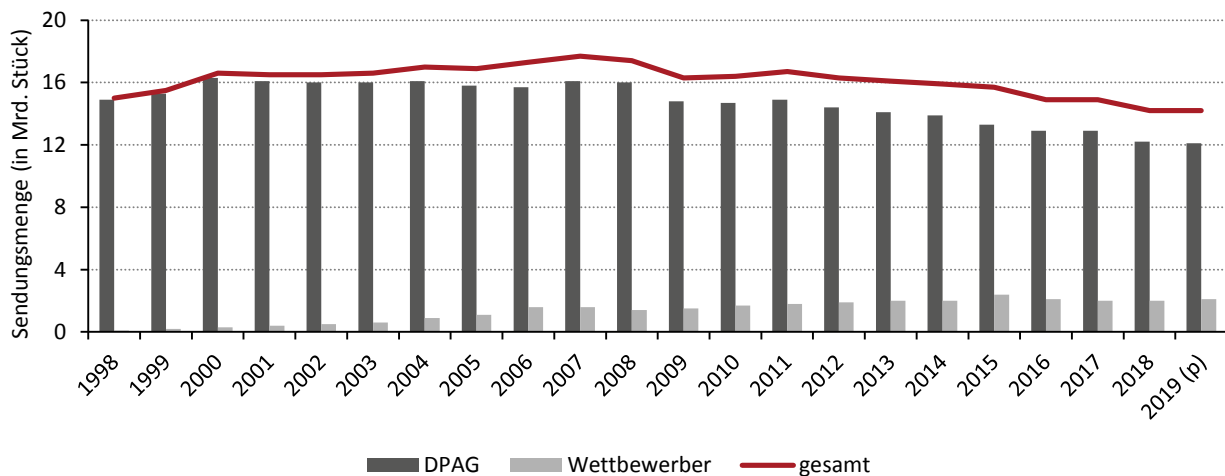
²² BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 94.

²³ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 16; Abweichende Zahlen im Geschäftsbericht 2018 der Deutschen Post AG, S. 50 f., beinhalten Pressepost und Werbesendungen, die von der BNetzA in der zitierten Zahl nicht erfasst werden.

²⁴ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 17.

²⁵ Konsolidierer sind Unternehmen, die bei Versendern Briefe abholen, sortieren und bei Briefzentren der Deutschen Post AG einliefern und den Kunden über die konsolidierte Einlieferung günstigere Versandkosten über die Mengen- und Teilleistungsrabatte der Deutschen Post AG ermöglichen.

²⁶ BNetzA, Auskunft gegenüber der Monopolkommission vom 29. April 2019; BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 21 f.

Abbildung 1.1: Entwicklung der Briefsendungsmengen auf dem lizenzpflichtigen Briefmarkt von 1998 bis 2019

Anmerkung: Validierungen durch die Bundesnetzagentur haben zu einer Korrektur der Daten für die Jahre 2016 und 2017 geführt. Daher sind die Zahlen ab 2016 nur bedingt mit den Vorjahreswerten vergleichbar.

Quelle: Bundesnetzagentur, 20 Jahre Postgesetz: Bestandsaufnahme der Markt-, Wettbewerbs- und Universaldienstentwicklung, a. a. O., S. 8 f.; Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 16.

14. Die von der Deutschen Post AG beförderten Briefsendungen werden nur zu 8 Prozent von Privatkunden und Kleinunternehmen eingeliefert, die den vollen regulierten Tarif zahlen.²⁷ Sie generierten damit einen Anteil von 17 Prozent an den inländischen Briefumsätzen der Deutschen Post AG.²⁸ Die übrigen 92 Prozent der Briefsendungen liefern Großkunden und Konsolidierer ein, die rabattierte Entgelte zahlen. Die Wettbewerber der Deutschen Post AG konzentrieren sich im Wesentlichen auf Geschäftskunden und spielen im Markt der Privatkunden, von einzelnen Ausnahmen, wie zum Beispiel der PIN AG in Berlin abgesehen, keine wesentliche Rolle.²⁹ Der Briefversand durch (vollzahlende) Privat- und Kleinstkunden stellt nur ein kleines und voraussichtlich weiter zurückgehendes Segment des Briefmarktes dar. Den wesentlichen Umsatzanteil erzielen sowohl die Deutsche Post AG als auch ihre Wettbewerber mit den Geschäftskunden. Differenziertere Statistiken nach Versender-/Empfängergruppen und Produktkategorien stehen nicht zur Verfügung.

1.1.2 Die Umsätze im Briefmarkt gehen zurück

15. Insgesamt erzielten die deutschen Postdienstleister 2018 im lizenzpflichtigen Briefbereich einen Umsatz von ca. EUR 8,4 Mrd. Dies bedeutet einen Rückgang um 4,5 Prozent im Vergleich zum Vorjahr mit EUR 8,8 Mrd.³⁰ Auf die Deutsche Post AG entfielen EUR 7,2 Mrd. (Vorjahr EUR 7,6 Mrd.),³¹ davon im Teilleistungsmarkt rund EUR 4,3 Mrd. (Vorjahr EUR 4,6 Mrd.).³² Die Wettbewerber, die ihre Umsätze bis 2016 auf EUR 1,3 Mrd. steigern konnten, verzeichneten 2017 einen Umsatz von EUR 1,2 Mrd. und 2018 von EUR 1,1 Mrd.³³ Hiervon entfielen EUR 140 Mio.

²⁷ Näheres zum Universaldienst siehe Tz. 209 ff.

²⁸ Zahlen zu den Geschäftsjahren 2016 und 2018, in: BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2016/17, a. a. O., S. 26; BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 24.

²⁹ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 24: 2018 beförderten Wettbewerber der Deutschen Post AG zu ca. 97 Prozent Briefe von Geschäftskunden.

³⁰ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 14.

³¹ Abweichende Zahlen im Geschäftsbericht 2018 der Deutschen Post AG, S. 50 f., beinhalten Pressepost und Werbesendungen, die in dieser Zahl der BNetzA nicht erhalten sind.

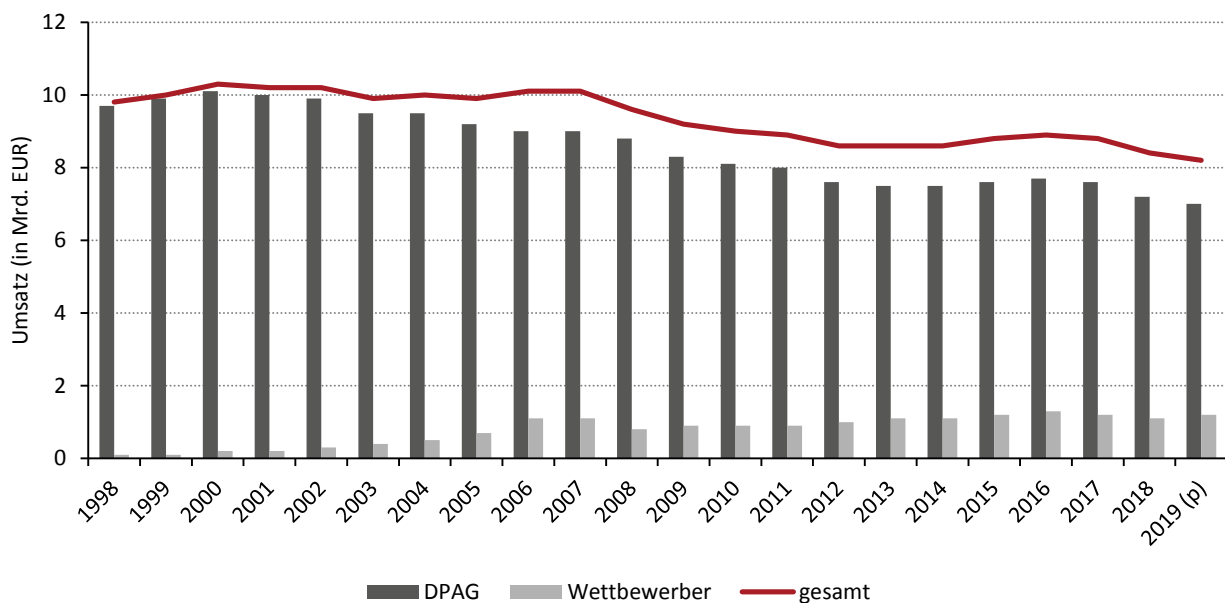
³² BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 14 und S. 21.

³³ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 14.

auf Teilleistungssendungen, die die Wettbewerber zur Zustellung an den Endkunden bei der Deutschen Post AG einlieferten.³⁴ Der nicht lizenzpflichtige Briefbereich generierte 2017 einen Umsatz von ca. EUR 625 Mio., überwiegend bei der Deutschen Post AG.³⁵ Für 2019 erwartet die Bundesnetzagentur einen weiteren Rückgang der Umsätze im lizenzpflichtigen Bereich bei der Deutschen Post AG und eine leichte Steigerung bei den Wettbewerbern. Abgesehen von Jahren, in denen Entgelterhöhungen der Deutschen Post AG genehmigt wurden, folgt die Entwicklung der Umsätze den Veränderungen der Sendungsmengen.

16. Nach den Erhebungen der Bundesnetzagentur stellt sich die Entwicklung der Umsätze im lizenzpflichtigen Briefmarkt seit 1998 wie folgt dar:

Abbildung 1.2: Entwicklung der Umsätze auf dem lizenzpflichtigen Briefmarkt von 1998 bis 2019



Anmerkung: Validierungen durch die Bundesnetzagentur haben zu einer Korrektur der Daten für die Jahre 2016 und 2017 geführt. Daher sind die Zahlen ab 2016 nur bedingt mit den Vorjahreswerten vergleichbar.

Quelle: Bundesnetzagentur, 20 Jahre Postgesetz: Bestandsaufnahme der Markt-, Wettbewerbs- und Universaldienstentwicklung, a. a. O., S. 10; Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 91; Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 14.

1.1.3 Warensendungen und Werbepost können den Rückgang der Briefmengen nicht kompensieren

17. Unternehmen nutzen bereits jetzt die Möglichkeit, Rechnungen und andere Kommunikation per E-Mail zu versenden oder über Portallösungen mit Zugangspasswörtern bereitzustellen und beabsichtigen, die Briefkommunikation weiter durch digitale Kommunikation zu ersetzen. Es ist allerdings davon auszugehen, dass bei wichtigen Dokumenten, zum Beispiel Versicherungspolicen, Verträgen, Mahnungen, aus rechtlichen Gründen oder um größere Beachtung bei dem Empfänger zu erzielen, auch in Zukunft der physische Brief noch genutzt wird. Versicherungen oder Gesundheitsdienstleister verzichten häufig aus datenschutzrechtlichen Gründen auf die Umstellung auf digitale Dienste. Erst wenn die E-Government-Pläne der deutschen Behörden umgesetzt und die Authentifizierungssysteme von den Nutzern stärker akzeptiert werden, ist mit einem deutlicheren Rückgang der Briefmengen zu rechnen.

³⁴ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 21.

³⁵ BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 94; BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 10.

18. Teilkompensiert wird der Rückgang der Sendungsmengen durch die vermehrte Nutzung von Briefdiensten für den Versand von kleineren Waren im Rahmen des Internethandels.³⁶ Etwa 80 Prozent aller adressierten Lieferungen, die heute im Online-Handel versandt werden, wiegen weniger als zwei Kilogramm und werden häufig als Briefsendungen befördert.³⁷ Allerdings hat die Deutsche Post AG Anfang 2019 in ihren AGB den Warenversand per Brief in das Ausland nach den Vorgaben des Weltpostvereins untersagt. Geschäftskunden werden auf die „Warenpost International“, Privatkunden auf das – wesentlich teurere – Paket verwiesen. Innerhalb Deutschlands besteht diese Einschränkung hingegen nicht, sodass Warensendungen per Brief weiterhin möglich sind. Eine weitere Entwicklung zeigt sich in der Zunahme der personalisierten Werbe-post. Versandunternehmen gehen davon aus, dass eine traditionelle Briefsendung bei dem Empfänger eine nachhaltigere Werbewirkung ausübt als die Zustellung einer E-Mail. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Briefsendung den interessierten Kunden – ggf. nach vorbereitenden Informationen im Internet – zum vermuteten Zeitpunkt seiner Kaufentscheidung erreicht. Insoweit ist für den Händler eine termingenaue Zustellung des Briefes und damit die Qualität der Postleistung von Bedeutung für den Erfolg seiner Werbebemühungen.

19. Erfahrungen aus dem Ausland zeigen, dass Werbe- und Warensendungen auf Dauer die Schrumpfung des Briefmarktes nicht vollständig kompensieren und damit aufhalten können. Durch Sendungsverfolgung und definierte Laufzeiten sind Paketzustellungen der Briefbeförderung für einen zeitnahen, sicheren Versand überlegen. Schätzungen gehen für die nächsten Jahre von einer Schrumpfung des Briefmarktes in Höhe von 1,4 bis 3,4 Prozent pro Jahr aus.³⁸ Dieser Abwärtstrend könnte sich beschleunigen, wenn eine Eintrübung der Konjunktur die Unternehmen zu einer Reduzierung der Werbesendungen veranlasst. Sicher wird der Rückgang der Sendungsmengen gefördert, wenn die technisch abgesicherte und authentifizierbare digitale Kommunikation die bislang physische Kommunikation ersetzt und breitere Anwendung findet. Der Wandel wird aber voraussichtlich nicht so schnell erfolgen, wie es technisch möglich wäre: Die Bereitschaft der Kunden und die tatsächlichen Angebote von Behörden und Unternehmen, elektronische Kommunikation zu nutzen, sind derzeit noch begrenzt. Die Vertraulichkeit sieht der Kunde eher bei Briefen als bei E-Mails gewährleistet. Der aktuelle Zivilrechtsrahmen fördert zumindest nicht die Erledigung von Geschäften auf elektronischem Wege oder führt zu Beweismängeln, wenn die Geschäftspartner nicht über eine gesicherte Plattform mit Authentifizierungsnachweis kontrahieren. Der Rechtsrahmen zwingt auch nur in geringem Umfang, digital zu kommunizieren und lässt in der Regel noch eine schriftliche Erledigung von Anträgen, Steuererklärungen und sonstigen Eingaben an Behörden zu und bietet auch keine größeren Vorteile, wenn der elektronische Weg genutzt wird. Allerdings sieht das Onlinezugangsgesetz vom 14. August 2017³⁹ vor, dass bis zum Jahr 2022 Bund und Länder ihre Verwaltungsleistungen auch online über Verwaltungsportale anbieten müssen. Die Umsetzung erfolgt aber bislang nur in kleinen Schritten. Die Briefmengen werden daher voraussichtlich vorerst nur langsam zurückgehen.

1.1.4 Wettbewerber der Deutschen Post AG gewinnen nur langsam Marktanteile

20. Im lizenzpflichtigen Briefmarkt (bis 1.000 Gramm) verfügte die Deutsche Post Gruppe 2018 über einen Umsatzanteil von 86,5 Prozent; Wettbewerber konnten ihren Umsatzanteil in diesem Marktsegment seit 2010 von 10,4 Prozent⁴⁰ auf 13,5 Prozent in 2018⁴¹ erhöhen. Nach den Erhebungen der Bundesnetzagentur stellt sich die Entwicklung der Marktanteile nach Umsätzen seit 2009 wie folgt dar:

³⁶ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2016/2017, a. a. O., S. 39.

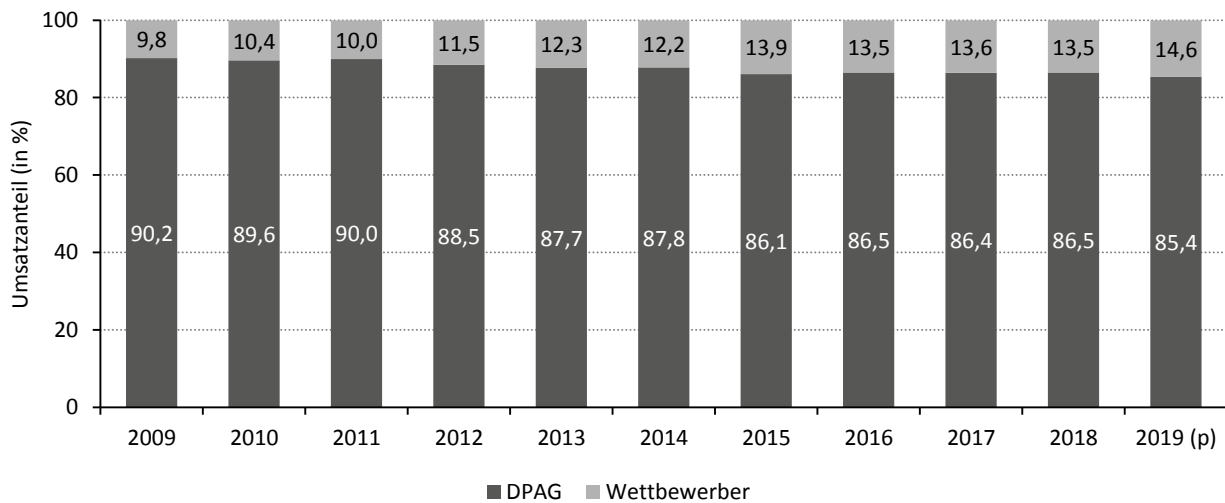
³⁷ Erwägungen in Ziffer 15 der VO (EU) 2018/644 über grenzüberschreitende Paketzustelldienste ABl. L112/21 vom 2. Mai 2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32018R0644>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

³⁸ Riehm/Böhlke, Post ohne Briefträger, Berlin 2014, S. 137; Angaben von Postunternehmen im deutschen Markt; die Deutsche Post AG schätzt in ihrer Hauptversammlung vom 15. Mai 2019 den Rückgang der Briefmengen auf ca. 2 bis 3 Prozent pro Jahr.

³⁹ Gesetz zur Verbesserung des Onlinezugangs zu Verwaltungsleistungen (Onlinezugangsgesetz - OZG) vom 14. August 2017, <https://www.gesetze-im-internet.de/ozg/OZG.pdf>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

⁴⁰ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2016/2017, a. a. O., S. 13.

⁴¹ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 15.

Abbildung 1.3: Entwicklung der Umsatzanteile auf dem lizenzpflichtigen Briefmarkt von 2009 bis 2019

Anmerkung: Validierungen durch die Bundesnetzagentur haben zu einer Korrektur der Daten für die Jahre 2016 und 2017 geführt. Daher sind die Zahlen ab 2016 nur bedingt mit den Vorjahreswerten vergleichbar.

Quelle: Bundesnetzagentur, 20 Jahre Postgesetz: Bestandsaufnahme der Markt-, Wettbewerbs- und Universaldienstentwicklung, a. a. O., S. 10; Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 15.

21. Nach Sendungsmengen verfügte die Deutsche Post AG im Jahr 2018 über einen Marktanteil von rund 85,9 Prozent im lizenzpflichtigen Briefmarkt; der Anteil der Wettbewerber lag bei 14,1 Prozent.⁴² Das Wachstum der Wettbewerber der Deutschen Post AG seit der Liberalisierung der Postmärkte erfolgte in einem seit 2011 schwach rückläufigen Briefmarkt.⁴³ Seit 2011 ist eine Verschiebung der Marktanteile von der Deutschen Post AG auf die Wettbewerber in Größenordnungen von bis zu zwei Prozent pro Jahr zu verzeichnen. Der Rückgang der Marktanteile der Deutschen Post erklärt sich, neben den Effekten des Wettbewerbs, durch einen stärkeren Rückgang der Korrespondenz der Privat- und Kleinkunden, bei denen die Deutsche Post nahezu über ein Monopol verfügt. Der Wettbewerb im Briefmarkt findet fast ausschließlich auf dem Geschäftskundenmarkt statt.

22. Größere, mit der Deutschen Post AG vergleichbare Wettbewerber auf dem lizenzpflichtigen Briefmarkt existieren nicht. Der mit Abstand größte Wettbewerber im Briefbereich ist die Firma „Postcon“, die nach unbestätigten Branchenangaben einen Anteil von zehn Prozent am Briefmarkt halten soll.⁴⁴ Ohne Namensnennung wird in der Maßgrößenentscheidung vom 3. Juni 2019 ausgeführt, dass das unter den Wettbewerbern größte Postunternehmen einen umsatzbezogenen Marktanteil von unter fünf Prozent am lizenzpflichtigen Briefmarkt aufweist.⁴⁵ Der Mutterkonzern Post NL hat Postcon im August 2019 an die private Beteiligungsgesellschaft Quantum Capital Partners veräußert.⁴⁶ Bereits im Vorfeld hatte Postcon einige ihrer Beteiligungen an regionalen Zustellunternehmen, wie der Northwest-Mail, Arriva und Main-Postlogistik, abgegeben.⁴⁷ Ein Ausscheiden der Postcon aus dem Markt würde den Wettbewerb auf dem Briefmarkt erheblich schwächen. Die übrigen Wettbewerber der Deutschen Post

⁴² BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 17.

⁴³ Vgl. BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2016/2017, a. a. O., S. 13.

⁴⁴ Gölz/Mews, Wir wollen preiswerter sein als andere, <https://beschaffung-aktuell.industrie.de/allgemein/wir-wollen-preiswerter-sein-als-andere/> vom 04. Mai 2017, abgerufen am 06. März 2019.

⁴⁵ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 3. Juni 2019, BK5-18/003, a. a. O., S. 22.

⁴⁶ Pressemitteilung der Postcon BV & Co KG vom 5. August 2019, <https://www.postcon.de/2019/briefdienstleister-postcon-geht-an-quantum-capital-partners/>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

⁴⁷ Verkauf von Postcon-Beteiligungen: Kartellamt gibt Zustimmung, <https://www.dnv-online.net/services/detail.php?nr=136264&rubric=Logistik%20&%20Technik>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

AG im lizenzpflichtigen Bereich sind überwiegend kleinere Unternehmen. Von den insgesamt 485 aktiven Lizenzinhabern wiesen 2017 etwa 49 Prozent (237 Unternehmen) ein Umsatzvolumen von unter 100.000 EUR auf.⁴⁸ Die zehn umsatzstärksten Wettbewerber erzielten rund 42 Prozent aller Umsätze der Wettbewerber im lizenzpflichtigen Briefbereich.⁴⁹ Nur etwa 8 Prozent der aktiven Lizenzinhaber (39 Unternehmen) erreichten 2017 einen Umsatz von über EUR 10 Millionen,⁵⁰ der im Vergleich zu dem Umsatzvolumen der Deutschen Post AG immer noch sehr gering ist. Allein die Deutsche Post AG beabsichtigt, in der nächsten Zeit jährlich EUR 150 Millionen in neue Sortiertechnik, IT, Maschinen und Fahrzeuge zu investieren.⁵¹ Diese finanziellen Möglichkeiten stehen den Wettbewerbern nicht zur Verfügung. 2018 hat sich die Umsatzkonzentration nicht wesentlich verschoben. Die zehn größten Wettbewerber der Deutschen Post AG erzielten 44 Prozent, die zwanzig größten 61 Prozent der Wettbewerberumsätze.⁵²

23. Die Wettbewerber der Deutschen Post AG konzentrieren sich überwiegend auf Geschäftskunden;⁵³ nur einige wenige, wie zum Beispiel die PIN AG in Berlin und andere regionale Anbieter, nehmen auch Post von Privatkunden an. Geschäftskunden nutzen Wettbewerber der Deutschen Post AG, um die Briefentgelte zu optimieren und um die Abhängigkeit von einem Unternehmen zu reduzieren. Die Deutsche Post AG verfügt nach eigenen Angaben über einen Marktanteil von 67,7 Prozent im Geschäftskundenmarkt.⁵⁴ Geschäftskunden akzeptieren auch längere Laufzeiten der Briefe, wenn es sich um planbare Standardkommunikation handelt, während sie bei eilbedürftigen Sendungen oder bei einer am Tag nach der Einlieferung (E+1) gewünschten Zustellung in der Regel die Deutsche Post AG bevorzugen. Dort, wo Wettbewerber „end to end“ Beförderungsleistungen anbieten, konzentrieren sie sich auf einen regional begrenzten Bereich, in der Regel auf Ballungsräume. Beispiele sind die PIN-Gruppe in Berlin oder die Madsack Unternehmen in den Großräumen Leipzig, Kiel oder Hannover. Sendungen, die nicht durch eigene Mitarbeiter zugestellt werden können, geben die Postdienstleister an andere regional tätige Zustellunternehmen, z. B. innerhalb der Kooperationen regionaler Postunternehmen „P2 die zweite Post“ bzw. „mail alliance“, weiter. Nach eigenen Angaben erreichen die Wettbewerber der Deutschen Post AG damit etwa 72 Prozent der deutschen Haushalte⁵⁵ und beförderten 2018 etwa 65 Prozent der ihnen übergebenen Sendungsmengen vom Absender bis zum Empfänger, ohne Teilleistungen der Deutschen Post AG in Anspruch zu nehmen. Von diesem ohne die Deutsche Post AG beförderten Sendevolumen wurden 38 Prozent der Sendungen selbst und 62 Prozent über Kooperationspartner zugestellt.⁵⁶

24. Allerdings fehlen den Wettbewerbern der Deutschen Post AG für die Zusammenarbeit mit den Kooperationspartnern bislang einheitliche Standards für die Verteilungs- und Sortierungstechnik. Die nicht aufeinander abgestimmten Systeme und Techniken der Wettbewerber verursachen höhere Kosten als bei der Deutschen Post AG, bei der die Sendungen innerhalb desselben Unternehmens mit durchgängig aufeinander abgestimmter Technik verbleiben.

⁴⁸ BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 91.

⁴⁹ BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 92.

⁵⁰ BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 91.

⁵¹ Angaben des Vorstands der Deutschen Post AG in der Hauptversammlung am 15. Mai 2019.

⁵² BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 24.

⁵³ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 24: über 97 Prozent der Umsätze und Sendungsmengen der Wettbewerber entfallen auf das Geschäftskundensegment.

⁵⁴ Deutsche Post AG, Delivering excellence in a digital world, Präsentation auf dem Capital Marktes Day in Frankfurt am 1. Oktober 2019, S. 59, <https://www.dpdhl.com/content/dam/dpdhl/de/media-center/investors/documents/capital-markets-days/DPDHL-Capital-Markets-Day-2019.pdf>, abgerufen am 28. Oktober 2019.

⁵⁵ Auskunft des Bundesverbandes Briefdienste gegenüber der Monopolkommission vom 1. Februar 2019.

⁵⁶ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 19.

25. Soweit keine andere alternative Zustellmöglichkeit besteht oder die Sendung in das Ausland befördert werden soll, bringen die Wettbewerber die Sendungen – als Teilleistungsauftrag nach § 28 PostG⁵⁷ – in das Netz der Deutschen Post AG ein. Durch die Teilleistungsverpflichtung der Deutschen Post AG ist die Weiterleitung der bei ihren Wettbewerbern eingelieferten Sendungen nicht nur bundesweit, sondern auch in das Ausland gewährleistet. Damit ist die Teilleistungsverpflichtung der Deutschen Post AG für die Wettbewerber unverzichtbar und ein wesentliches Element des Wettbewerbs.

1.1.5 Hybride Briefdienstleistungen bereiten die weitere Digitalisierung des Briefmarktes vor

26. Der Postmarkt umfasst nicht nur die traditionelle physische Briefbeförderung, sondern auch technische Neuerungen wie die Hybridpost. Unter Hybridpost versteht man vom Absender digital erstellte Briefsendungen, die elektronisch an einen Dienstleister übermittelt werden, der die Sendungen druckt, kuvertiert und frankiert sowie den Versand an den Empfänger sicherstellt.⁵⁸ Diese Leistungen werden als Zusatzservice von Inhabern der Postlizenzen, aber auch – ohne die Briefbeförderungsleistung – von Druckdienstleistern und IT Firmen angeboten. Nicht nur individuelle Briefe, sondern auch Serienbriefe oder Massensendungen können als Hybridpost versandt werden. Der Hybridpostmarkt wird von einer Vielzahl von Anbietern unterschiedlicher Größe und von variierenden Angeboten geprägt. Die Deutsche Post AG ist auch in diesem Segment ein wesentlicher Marktteilnehmer, der das Produkt als E-Post-Brief insgesamt vermarktet oder für Drittanbieter über Teilleistungen die Zustellung an den Empfänger vornimmt. Die Deutsche Post bietet den E-Post-Brief als reine Digitalleistung mit einer Authentifizierung von Absendern und Empfängern in einem geschlossenen E-Mail-System oder als E-Post-Brief mit zusätzlich klassischer (physischer) Zustellung an. Im Vergleich zu herkömmlichen E-Mail-Diensten müssen sich Absender und Empfänger vorher einmalig registrieren und sind daher authentifizierbar. Damit ist der E-Post-Brief auch in der ausschließlich digitalen Version für den beweisbaren Abschluss von Rechtsgeschäften und die Abgabe von rechtlich verbindlichen Erklärungen geeignet, sofern nicht eine besondere Form⁵⁹ des Rechtsgeschäfts vorgeschrieben ist. Der E-Post-Brief bietet nach Angaben der Deutschen Post AG besondere Datensicherheit und ist – aufgrund der von dem Absender erhobenen Entgelte – weniger interessant für die Versender von SPAM-Mails.

27. Die Produktion der Briefe und der Druck selbst sind keine dem Postgesetz unterfallenden Leistungen,⁶⁰ da sie keine Beförderungsleistung beinhalten. Die Sortierung für den Postversand und der gegebenenfalls notwendige Teilleistungszugang zum Netz der Deutschen Post AG sind aber im Postgesetz geregelt. Durch Großkundenrabatte, Konsolidierung der Sendungen vor der Einspeisung in das Netz der Deutschen Post AG oder durch eigene Zustellung der Wettbewerber liegt das Porto für hybride Briefleistungen (auch inklusive Druck und Kuvertierung) in der Regel unter dem regulierten Standardporto.⁶¹

28. Der Umsatz der Inhaber von Postlizenzen im Bereich Hybridprodukte belief sich 2016 auf ca. EUR 60 Mio.; sie beförderten etwa 104 Mio. Hybridbriefe.⁶² Mit 0,65 Prozent des Sendungsvolumens und des Umsatzes im Briefbe-

⁵⁷ Siehe hierzu unten Tz. 169 ff.

⁵⁸ Niederprüm, Hybridpost in Deutschland, WIK Diskussionsbeitrag Nr. 434, 2018, S. 3 f.

⁵⁹ Zum Beispiel wie in § 126a BGB; der E-Post Brief enthält keine qualifizierte elektronische Signatur und kann daher für den Abschluss von Verträgen, für die die Schriftform gilt, nicht genutzt werden.

⁶⁰ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 27. November 2018, BK5-18/018, a. a. O., S. 7.

⁶¹ Niederprüm, Hybridpost in Deutschland, a. a. O., S. 21 f.

⁶² BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2016/2017 a. a. O., S. 38; Die Beratungsgesellschaft MRU spricht allerdings – basierend auf desk-research und Befragungen der Marktteilnehmer – in ihrem Gutachten „Digitalisierung im Postmarkt: Neue Entwicklungen in den Bereichen KEP und Brief sowie deren Auswirkungen auf die Regulierung“ (2017), S. 145 ff. für das Geschäftsjahr 2015 von 1,5 Mrd. Sendungen mit einem Umsatzvolumen von über EUR 750 Mio. Davon soll etwa die Hälfte auf Direktwerbung und etwas weniger als die Hälfte auf Transaktionspost entfallen. Nach dieser Berechnung entfielen damit fast 10 Prozent des Sendungsvolumens in Deutschland auf hybride Briefpostsendungen. In dieser Untersuchung sind auch solche Sendungen erfasst, die von Druckereien oder anderen Dienstleistern erstellt wurden, die nicht über eine Postlizenz verfügen. Diese Sendungen werden außerhalb des Anwendungsbereichs des Postgesetzes erstellt und – genau wie andere physische Briefe auch – bei den Postdienstleis-

reich befinden sich die Hybridprodukte in einem Nischensegment, die aber für einen Teil der insbesondere mittelständischen Geschäftskunden eine attraktive Dienstleistung darstellen und von denen kurzfristig erhebliche Zuwachsraten erwartet werden.⁶³ Dennoch bleibt das Potenzial dieser Technologie begrenzt. Sobald sich sichere, vollständig digitale Kommunikationsformen mit Authentifizierung von Absender und Empfänger durchgesetzt haben, wird der Anwendungsbereich der Hybridprodukte deutlich schrumpfen und sich auf geschützte E-Mail-Kommunikation verlagern.⁶⁴ Der Ausdruck des Briefes ist dann nicht erforderlich und könnte optional durch den Empfänger erfolgen, wenn dieser ein gedrucktes Exemplar wünscht.

29. Seit Anfang 2019 bietet die Deutsche Post AG mit der sogenannten „digitalen Kopie“ ein neues Produkt an, das dem Absender ermöglicht, der Deutschen Post AG eine Datei zur Verfügung zu stellen, die ausgedruckt und dem Empfänger sowohl physisch als Brief zugestellt, als auch parallel als E-Post-Brief digital in sein elektronisches Postfach übermittelt wird. Damit soll dem Empfänger, unabhängig von der Zustelladresse der physischen Sendung, die Möglichkeit gegeben werden, auf digitale Weise (zum Beispiel über das Smartphone) Kenntnis von dem Inhalt des Briefes zu nehmen. Die digitale Kopie ist damit eine besondere Form des E-Post-Briefes. Soweit der Empfänger keine E-Post-Adresse der Deutschen Post unterhält, erfolgt die Zustellung lediglich als physischer Brief. Dieses Produkt ist ebenfalls eine Brückentechnologie,⁶⁵ die auch das Ziel verfolgt, die Empfänger zu bewegen, eine E-Post-Adresse bei der Deutschen Post AG anzulegen und die Digitalisierung der Briefkommunikation auszuweiten. Die Deutsche Post AG kann bei Nutzung des Produktes leichter die Kunden identifizieren, die möglicherweise ein Interesse an digitalen Leistungen haben. Ein zusätzliches Entgelt verlangt die Deutsche Post AG für die digitale Übermittlung nicht; vielmehr sollen im *B2C-Bereich (Business to Customer – Sendungen von Unternehmen an Privatkunden)* tätige Geschäftskunden mit großer Reichweite bei Erfüllung bestimmter Bedingungen für die Bereitstellung des digitalen Inhalts ihrerseits eine Vergütung von drei Cent pro digitaler Kopie erhalten.⁶⁶ Diese Vergütung erhalten sogenannte Reichweitenpartner, d. h. Versender, die pro Quartal selbst oder unter Einbeziehung verbundener Unternehmen mindestens 200.000 Briefe überwiegend als B2C Kommunikation an Empfänger in Deutschland bei der Deutschen Post AG digital einliefern oder einliefern lassen und berechtigt sind, über den Inhalt der in den Sendungen enthaltenen Daten zu verfügen.⁶⁷ Ziel des Rabattes ist es, das Produkt digitale Kopie am Markt zu etablieren und für eine breite Anwendung zu sorgen, denn die Empfänger werden sich nur dann für die Nutzung des digitalen Dienstes der Deutschen Post AG registrieren und die elektronischen Postfächer aktiv nutzen, wenn sie dort regelmäßig eine relevante Anzahl von Sendungen erhalten. Die von Großversendern mit hoher Reichweite versandten Briefe sollen den Empfängern die Vorteile des Systems verdeutlichen; der Rabatt hat das Ziel, die Großversender zur Kooperation zu bewegen.

30. Wettbewerber machen in einer Stellungnahme gegenüber der Monopolkommission geltend, dass die Vergütung der drei Cent, die die Deutsche Post AG für jede bestellte digitale Kopie an den Versender entrichtet, als ein verschleierte Rabatt für einen physischen Brief bewertet werden müsse, da für den Versender nicht ersichtlich sei, ob der Brief auch tatsächlich als E-Mail im E-Post-System zugestellt wird. Die Zustellung als E-Post ist nur möglich, wenn der Empfänger für E-Post registriert ist. Dies ist aber bei Einlieferung der Sendung nicht in jedem Fall gewährleistet. Die Deutsche Post AG bietet damit eine Zusatzleistung an, deren Erfüllung nicht sichergestellt ist. Mit der Begründung, sie erbringe möglicherweise die Zusatzleistung, reduziert sie gleichzeitig das Entgelt für die Briefbeförderung, um für die digitale Kopie werben zu können. Es ist weiter zu hinterfragen, ob die Mindestversandmenge von 200.000 Briefen ein sachgerechtes Differenzierungskriterium für die Gewährung des Rabattes darstellt, da die Werbewirkung bei dem Empfänger unabhängig von der Menge der darüber hinaus versandten

tern eingeliefert, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Post/Unternehmen_Institutionen/Marktbeobachtung/Briefdienstleistungen/KEPStudie2016.pdf?__blob=publicationFile&v=5, abgerufen am 16. Oktober 2015.

⁶³ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2016/17 a. a. O.; S. 38; Niederprüm, Hybridpost in Deutschland, a. a. O., S. 30.

⁶⁴ Vgl. Niederprüm, Hybridpost in Deutschland, a. a. O., S. 30.

⁶⁵ So Vertreter der Deutschen Post AG in einer Informationsveranstaltung der BNetzA am 10. Januar 2019 in Bonn.

⁶⁶ Vertreter der Deutschen Post AG in einer Informationsveranstaltung der BNetzA am 10. Januar 2019 in Bonn, Präsentation S. 11.

⁶⁷ Auskunft der Deutschen Post AG gegenüber der Monopolkommission vom 28. Juni 2019

digitalen Kopien eintritt. Weitere Bedenken gegen die digitale Kopie werden auch im Hinblick auf Datenschutzaspekte vorgetragen: Die Frage, ob es gegen Datenschutzgrundsätze verstößt, wenn die Deutsche Post AG die Empfänger anschreibt, die eine digitale Kopie erhalten sollen, aber noch kein E-Post-Konto eröffnet haben, wird derzeit durch den Bundesdatenschutzbeauftragten geprüft.⁶⁸ Auch die Datensicherheit der auf Servern der Deutschen Post AG gespeicherten Briefe wird durch die Behörde untersucht.

31. Das Produkt digitale Kopie beinhaltet nicht die physische Beförderung von Briefsendungen. Aus Sicht der Deutschen Post AG unterliegt daher die digitale Kopie selbst und die damit verbundenen Vergünstigungen für die Kunden nicht dem Postgesetz, sodass die Regelungen des § 20 PostG nach aktueller Rechtslage grundsätzlich nicht einschlägig wären.⁶⁹ Die Bundesnetzagentur geht dennoch der Frage nach, ob die digitale Dienstleistung – wegen der inhaltlichen Nähe zum Briefversand – der Postregulierung unterliegen könnte.⁷⁰

32. Das Beispiel der digitalen Kopie zeigt, dass das Instrumentarium des Postgesetzes das aktuelle Marktgeschehen nicht mehr vollständig erfasst. Die Briefbeförderung wird durch Zusatzleistungen nicht postalischer Art, wie den Druck und die Kuvertierung oder telekommunikationstechnische Leistungen ergänzt, die nicht ausdrücklich dem Postgesetz unterliegen. Während die Entgelte der lizenzpflichtigen postalischen Leistungen mithilfe der von dem marktbeherrschenden Postdienstleister vorgelegten Daten zu Kosten und Mengen genau analysiert und im Entgeltregulierungsverfahren festgelegt werden, kann die Bundesnetzagentur die Zusatzleistungen nicht einer Entgeltkontrolle unterziehen, da diese nicht von dem Postgesetz erfasst werden. Informell unterzieht die Bundesnetzagentur das Entgelt für die Zusatzleistungen einer Plausibilitätsprüfung anhand von bekannten Marktpreisen. Der Kunde hingegen zahlt und kennt in der Regel nur das aus dem regulierten und dem nicht regulierten Anteil zusammengesetzte Entgelt. Die Kombination von Postdienstleistungen und weiteren Zusatzdiensten könnte genutzt werden, um die regulierten Preise zu unterlaufen. Solange allerdings, wie bei der digitalen Kopie, der Preis für das Kombinationsprodukt nicht über dem regulierten Briefporto liegt, bestehen aus Sicht des Kundenschutzes keine Bedenken, da die regulierte Preishöhe eingehalten wird. Der Kunde erhält lediglich eine kostenfreie Zusatzleistung. Soweit man in der kostenfreien Zusatzleistung eine nach § 20 Abs. 2 Ziffer 2 PostG unzulässige Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen sieht, wäre diese Frage im Rahmen der Missbrauchsaufsicht zu überprüfen.

33. Da die Deutsche Post AG einen hohen Marktanteil im Geschäftskundenbriefmarkt aufweist, besteht weiter die Möglichkeit, dass sie dieses Kundenpotenzial und die marktbeherrschende Stellung im Briefmarkt über das Geschäftsmodell der digitalen Kopie oder der E-Post in den Markt der digitalen Beförderungen von Briefen übertragen kann. Wenn die Deutsche Post AG für Großkunden Briefe mit digitaler Kopie zustellt und die Empfänger, die bisher über keine E-Post-Adresse verfügen, gezielt umwirbt, wäre sie möglicherweise in der Lage einen Kundstamm aufzubauen, aus dem sich eine marktbeherrschende Stellung in einem digitalen Kommunikationssystem entwickeln könnte. Allerdings war schon der Versuch, das DE-Mail Kommunikationssystem aufzubauen, nicht erfolgreich: Nach dem Bericht der Bundesregierung⁷¹ verfügten 2015 etwa 1 Mio. Privatkunden und „eine hohe fünfstellige Zahl von Organisationen (Unternehmen, Verwaltungen, etc.)“ über DE-Mail-Konten. Neuere Zahlen liegen nicht vor. Es ist daher zweifelhaft, ob eine für den wirtschaftlichen Betrieb und die breite Akzeptanz der Nutzer ausreichende Teilnehmerzahl für ein der Allgemeinheit zugängliches, sicheres digitales Kommunikationssystem auch in Zukunft ohne weitere koordinierte Maßnahmen des Staates oder von Unternehmen erreicht wird. Abgesehen von einer Beobachtung des Substitutionseffektes zwischen Brief und digitaler Kommunikation besteht daher zurzeit insoweit kein regulatorischer Handlungsbedarf.

⁶⁸ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 29. April 2019, S. 17.

⁶⁹ Siehe hierzu im Einzelnen Tz. 115 ff.

⁷⁰ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 16. April 2019, S. 26.

⁷¹ BT-Drs. 18/4042 vom 16. Februar 2015, S. 2, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/040/1804042.pdf>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

1.1.6 Ausblick: Auch weiterhin kaum Wettbewerb auf dem Briefmarkt

34. Trotz neuer Produkte, wie der Hybridpost, und der Aktivitäten der alternativen Postdienstleister hat sich die Wettbewerbssituation im Briefmarkt seit dem Ende der Exklusivlizenz der Deutschen Post AG 2007 nicht wesentlich geändert: Die Wettbewerber haben zwar einen Umsatzanteil am Briefmarkt von 13,5 Prozent und einen etwa gleich hohen Sendungsmengenanteil erzielen können; die Deutsche Post AG ist jedoch, nicht zuletzt aufgrund der Teilleistungen für Kunden und Wettbewerber, weiterhin das zentrale Unternehmen des deutschen Briefmarktes. Die Wettbewerbssituation in Deutschland unterscheidet sich nicht wesentlich von den anderen europäischen Briefmärkten: Nach Angaben der *European Regulators Group for Postal Services* vom November 2017 können Wettbewerber der ehemaligen Monopolisten auch in den meisten anderen europäischen Ländern keine signifikanten Marktanteile erreichen oder ziehen sich wieder aus dem Markt zurück. In mehr als der Hälfte der Länder liegt der Marktanteil der Wettbewerber des ehemaligen staatlichen Monopolisten bei unter 5 Prozent.⁷² Kein Wettbewerber der ehemaligen Monopolisten in der Europäischen Union verfügt über ein flächendeckendes Abhol- und Zustellnetz in seinem Geschäftsgebiet.⁷³ Die Briefsendungsmengen- und die Umsatzanteile der Wettbewerber sind in Deutschland allerdings höher als bei den Wettbewerbern der Ex-Monopolisten in anderen nationalen europäischen Märkten.

35. Lediglich in den Niederlanden verfügt der Wettbewerber „Sandd“ im Briefmarkt derzeit noch über einen Anteil von 20 bis 25 Prozent, während der ehemalige Monopolist, die „Post NL“, einen Anteil von 70 bis 75 Prozent aufweist.⁷⁴ Im Gegensatz zu den Universaldienstleistern bietet Sandd eine Regelzustellung an nur zwei Tagen pro Woche an, die im Wesentlichen von Großversendern genutzt wird, für die die Laufzeit der Sendungen keine entscheidende Rolle spielt, die aber den Versandpreis optimieren wollen. Post NL, der marktbeherrschende ehemalige Monopolist, hatte ein Übernahmeangebot für Sandd unterbreitet und eine Konsolidierung und Re-Monopolisierung auf das marktbeherrschende Unternehmen geplant. Die niederländische Regulierungsbehörde *Autoriteit Consument & Markt* (ACM) äußerte am 1. April 2019 wettbewerbsrechtliche Bedenken⁷⁵ und untersagte am 5. September 2019 die Übernahme.⁷⁶ In dem Verfahren vor der niederländischen Wettbewerbsbehörde wurde insbesondere erörtert, ob die sinkenden Briefmengen es wirtschaftlich vorteilhaft erscheinen lassen, die Verteilnetze von Sandd und der Post NL zusammenzulegen. Die Wettbewerbsbehörde vertritt die Auffassung, dass eine Re-Monopolisierung zu Preissteigerungen führen würde. Post NL beantragte daraufhin eine Ministererlaubnis, um die ablehnende Entscheidung der Behörde mit der Begründung aufheben zu lassen, der Zusammenschluss sei aus übergeordneten Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt.⁷⁷ Diese Ministererlaubnis ist am 27. September 2019 durch die niederländische Wirtschaftsministerin unter Bedingungen erteilt worden.⁷⁸ Als Bedingungen für die Genehmigung werden eine Umsatzrendite, auch im Universaldienst, von maximal 9 Prozent, Zugangsrechte zum Netz der Post NL für Wettbewerber sowie die Übernahme von Mitarbeitern durch Post NL festgelegt. Diese Re-

⁷² ERGP, Report on recommendations and best practices in regulation for access to the postal network of the incumbent operator, November 2017, S. 27 f., <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/27011>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

⁷³ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 3. Juni 2019, BK5-18/003, a. a. O., S. 74.

⁷⁴ Joos Francke, WIK/ACM, Competition and pricing in the Dutch mail market, https://www.wik.org/fileadmin/Konferenzbeitraege/2018/17th_Koenigswinter_Seminar/S1_1_Francke.pdf, abgerufen am 16. Oktober 2019.

⁷⁵ Beschluss der Autoriteit Consument & Markt (ACM) vom 1. April 2019, <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2019-04/concentratiebesluit-nader-onderzoek-nodig-naar-overname-sandd-door-postnl.pdf>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

⁷⁶ Beschluss der ACM vom 5. September 2019, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-verleent-geen-vergunning-voor-overname-sandd-door-postnl>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

⁷⁷ Pressemitteilung der Post NL vom 5. September 2019, <https://www.postnl.nl/en/about-postnl/press-news/press-releases/2019/postnl-and-sandd-to-ask-ministry-of-economic-affairs-and-climate-policy-to-approve-merger-of-postal-networks.html?searchResult=position3>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

⁷⁸ Pressemitteilung der Post NL vom 27. September 2019, <https://www.postnl.nl/en/about-postnl/press-news/press-releases/2019/economic-affairs-deputy-minister-approves-combination-of-postnl-and-sandd-postal-networks.html>, abgerufen am 6. November 2019.

Monopolisierung erfolgt aus übergeordneten Interessen, um, so die Pressemitteilung, die Zuverlässigkeit der Postdienste in den Niederlanden zu stärken und die sozialen Interessen der Postbediensteten und Zusteller zu wahren.

36. Der Briefmarkt in Deutschland wird mittelfristig aller Voraussicht nach weiter schrumpfende Mengen aufweisen. In welchem Ausmaß dies geschieht, ist allerdings offen. Eine größere Substituierung durch elektronische Kommunikationsmittel scheint kurzfristig nicht zu erfolgen. Die E-Mail-Kommunikation ist aus Verbrauchersicht offenbar für wichtige Mitteilungen noch keine Alternative zum Brief; der „elektronische Durchbruch“ ist noch nicht erfolgt. Im Gegensatz zu der Entwicklung in Deutschland gingen in 31 untersuchten europäischen Ländern die Briefsendungsmengen von 2013 bis 2016 allerdings deutlicher, um durchschnittlich 4,2 Prozent pro Jahr zurück.⁷⁹ Dies entspricht dem Bericht des Weltpostvereins, der einen Rückgang der über Universaldiensteanbieter in der Europäischen Union versandten Briefmengen von 107,6 Mrd. im Jahr 2008 auf 85,5 Mrd. Stück im Jahr 2013 dokumentiert.⁸⁰ Gründe für diese im Vergleich zu Deutschland stärker rückläufige Entwicklung in den anderen Ländern Europas könnten in der unterschiedlichen kulturellen und gesellschaftlichen Ausprägung der Nutzung von Briefen, mehr aber in der stärkeren Digitalisierung der Kommunikation als in Deutschland zu sehen sein. So gingen beispielsweise die Briefsendungsmengen in Dänemark, das einen hohen Digitalisierungsgrad – auch im Bereich der öffentlichen Verwaltung und durch staatlich geförderte digitale Kommunikationsdienste – aufweist, von 2015 bis 2017 um ca. 34 Prozent zurück.⁸¹ Vor diesem Hintergrund ist zu erwarten, dass die Briefsendungsvolumina auch in Deutschland zukünftig stärker zurückgehen, wenn die Digitalisierung weiter voranschreitet.

37. Der unzureichende Wettbewerb auf den nationalen Briefmärkten sollte Anlass sein, den Regulierungsrahmen anzupassen. Ein Postunternehmen, das mit der Deutschen Post AG im Briefmarkt insgesamt bundesweit im Wettbewerb steht, konnte sich bislang nicht entwickeln. Der Wettbewerb beschränkt sich auf Geschäftskunden; Verbraucher haben nur eine sehr eingeschränkte, regional begrenzte Auswahl zwischen den Anbietern. Der Wettbewerb und die verbesserten Auswahlmöglichkeiten auf dem Geschäftskundenmarkt, die dort zu geringeren Preisen geführt haben, wären gefährdet, wenn der Wettbewerb – ähnlich wie in den Niederlanden – eingeschränkt würde. Es ist daher notwendig, die Regulierung – wie später im Detail auszuführen ist⁸² – deutlicher auf eine Förderung des Wettbewerbs auszurichten und die Missbrauchsaufsicht zu schärfen.

1.2 Kurier-, Express- und Paketmarkt: Ein Oligopol

38. Die Beförderung von Kurier-, Express- und Paketsendungen (KEP) fällt – neben der Beförderung von Briefsendungen über 1.000 Gramm und von adressierten Zeitungen und Zeitschriften – unter die nicht lizenzpflichtigen Postdienstleistungen. Für die Erbringung dieser Dienstleistungen ist lediglich eine Anzeige gegenüber der Bundesnetzagentur nach § 36 PostG erforderlich. Im Gegensatz zu den Briefmärkten besteht auf den KEP-Märkten Wettbewerb, der allerdings unterschiedlich ausgeprägt ist. Während die Kurierdienstleister eher regional tätig sind, arbeiten die großen Paket- und Expressdienstleister, wie Deutsche Post/DHL, UPS, FedEx, DPD, GLS und Hermes bundes- bzw. weltweit. Die Paket- und Expressdienstleister verfügen über eigene Verteilnetze, sodass die Unternehmen nicht auf den Zugang zu dem Netz eines dominierenden Unternehmens angewiesen sind. Die führenden

⁷⁹ Copenhagen Economics, Main Developments in the Postal Sector (2013-2016), Study for the European Commission, S. 38, <https://www.copenhageneconomics.com/dyn/resources/Publication/publicationPDF/8/458/1537532765/main-developments-in-the-postal-sector.pdf>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

⁸⁰ Weltpostverein, zitiert nach: Europäische Kommission, Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat vom 17. November 2015 über die Anwendung der Richtlinie über Postdienste COM (2015) 568 final, S. 6 f. m. w. N., https://psl.verdi.de/++file++59e485e6e58deb0502a6d688/download/1_DE_ACT_part1_v3.pdf, abgerufen am 16. Oktober 2019.

⁸¹ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 43 f: Der Sendungsmengenrückgang 2015 – 2017 betrug in Italien ca. 21 Prozent, in der Slowakei 13 Prozent und in Frankreich 12 Prozent.

⁸² Siehe unten Tz. 128 ff.

Paket- und Expressdienstleister bilden ein Oligopol, in dem allerdings die Deutsche Post AG auf dem Standard-Geschäftskundenpaketmarkt marktbeherrschend ist.⁸³

1.2.1 Sendungsmengen und Umsätze auf den KEP-Märkten steigen

39. In dem Zeitraum von 2013 bis 2018 stiegen die Sendungsmengen im deutschen Paket- und Expressmarkt um durchschnittlich ca. 7 Prozent pro Jahr.⁸⁴ Insbesondere die Sendungsmengen im Paketbereich wuchsen stark, wobei eine Differenzierung zwischen Paket- und Expressdienstleistungen nicht immer eindeutig ist, da sich die Zustellmodalitäten angleichen. Auch im Paketmarkt sind mittlerweile Laufzeiten und Zustellungszeiten vorab vereinbar. Dies war ursprünglich nur ein Leistungsmerkmal der Expresssendung. Die Abgrenzung zu Logistik- und Güterverkehr wird ebenfalls schwieriger, da viele Transportanbieter sowohl Post- als auch Logistikdienstleistungen anbieten, in ihrer eigenen Buchhaltung aber keine Differenzierung der Daten vornehmen.⁸⁵

40. 2018 wurden im deutschen KEP-Markt 2,88 Mrd. Pakete (plus 8,2 Prozent im Vergleich zum Vorjahr) und 120 Mio. Expresssendungen befördert.⁸⁶ Zu den Mengen der Kurierdienste gibt es keine durchgängig verlässlichen aktuellen Angaben, da die Abrechnung hier nach Fahrten und nicht nach transportierten Sendungsstücken erfolgt. Der Branchenverband BIEK erwartet für 2019 ein Wachstum in Höhe von ca. 4,5 Prozent,⁸⁷ die Bundesnetzagentur von 8,1 Prozent.⁸⁸

⁸³ Der Bundesverband Paket- und Expresslogistik (BIEK) schreibt der Deutschen Post AG einen Marktanteil im deutschen KEP-Markt von deutlich über 40 Prozent zu, <https://www.biek.de/themen-und-positionen/wettbewerb.html>, abgerufen am 16. Oktober 2019; die Deutsche Post AG beziffert Im Geschäftsbericht 2018 (S. 15) ihren Anteil am Paketmarkt im Jahr 2018 allein auf 45,5 Prozent; Vgl. 5. Beschlusskammer der BNetzA, Feststellung vom 23. März 2015, 5BK-11/069, a. a. O., S. 27 („deutlich über 40 Prozent bei Standardpaketen“).

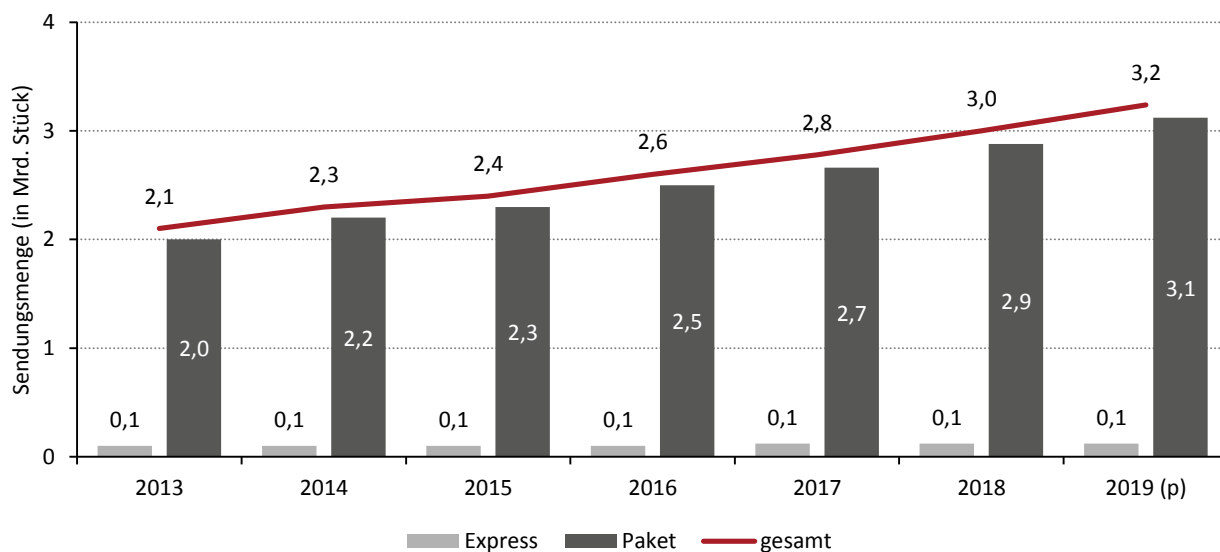
⁸⁴ BNetzA, Mitteilung in der Methodenkonferenz „Markterhebung im Postwesen“ in Bonn am 25. Februar 2019; BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 29.

⁸⁵ BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 94.

⁸⁶ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 29; Daten des Jahres 2018 sind mit anderen Veröffentlichungen der BNetzA aufgrund einer Änderung der Methodik nur eingeschränkt vergleichbar. Abweichende Zahlen des Bundesverband Paket- und Expresslogistik – BIEK und KE-Consult Kurte & Esser in der KEP Studie 2019 (FN 87) beruhen auf abweichenden Methoden und Erfassungsparametern.

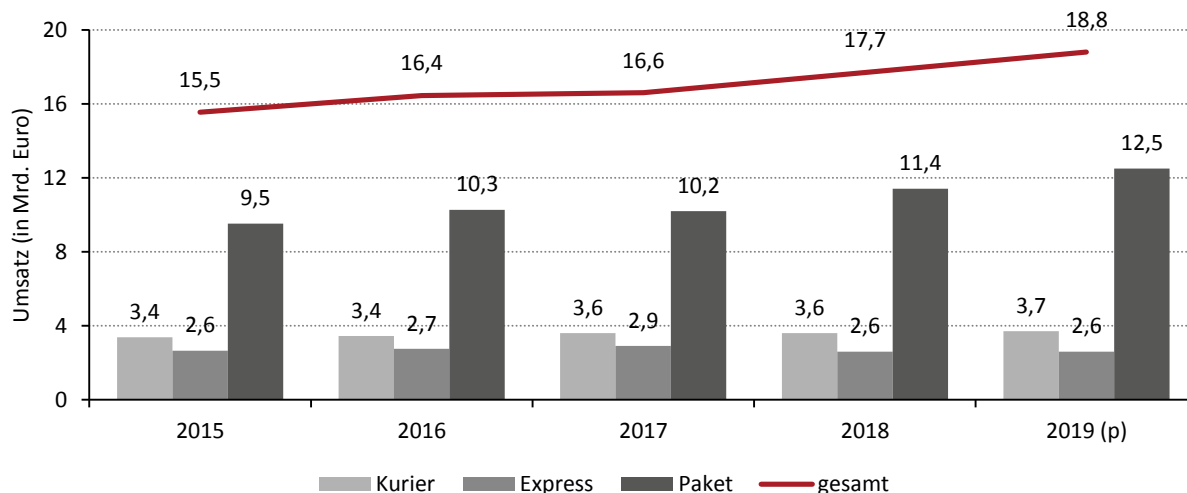
⁸⁷ Bundesverband Paket- und Expresslogistik – BIEK und KE-Consult Kurte & Esser, KEP Studie 2019, S. 21, https://www.biek.de/files/biek/downloads/papiere/BIEK_KEP-Studie_2019.pdf, abgerufen am 16. Oktober 2019.

⁸⁸ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 29.

Abbildung 1.4: Entwicklung der Sendungsmengen für Express- und Paketdienstleistungen von 2013 bis 2019

Anmerkung: Die Zahlen sind gerundet. Die Daten der Bundesnetzagentur ab 2017 berücksichtigen nur noch Sendungen bis 31,5 Kilogramm, um eine klare Abgrenzung zum Güterverkehr und Logistikmarkt zu erreichen. Bis 2016 waren teilweise auch Sendungen mit höherem Gewicht enthalten. Die Daten für 2015 und 2016 wurden mit dieser Definition für den Kurier- und Expressbereich neu ermittelt. Die Werte vor 2015 sind nur eingeschränkt mit den hier dargestellten Zahlen für 2015 – 2017 vergleichbar. Quelle: Bundesnetzagentur, Angaben gegenüber der Monopolkommission vom 29. April und vom 7. November 2019.

41. 2018 wurden im Kurier-, Express- und Paketmarkt ca. EUR 17,7 Mrd. umgesetzt. Dies bedeutet eine Steigerung von 6,6 Prozent im Vergleich zum Vorjahr. Auf den Paketsektor entfiel davon ein Umsatz von EUR 11,4 Mrd. (64 Prozent des KEP-Marktes), auf den Kurierdienst EUR 3,6 Mrd. (21 Prozent) und auf den Expressdienst EUR 2,6 Mrd. (15 Prozent). Für 2019 rechnet die Bundesnetzagentur mit weiteren Umsatzsteigerungen im Kuriermarkt auf rund EUR 3,7 Mrd. und im Paketmarkt auf über EUR 12,5 Mrd. Die Umsätze des Expressmarkts werden nach der Prognose keine wesentliche Veränderung aufweisen, so dass im gesamten KEP-Markt 2019 Umsätze von ca. EUR 18,8 Mrd. (plus 6,4 Prozent im Vergleich zu 2018) zu erwarten sind. Die Steigerung beruht im Wesentlichen auf größeren grenzüberschreitenden Paketmengen, die bereits heute etwa ein Viertel der Paketumsätze ausmachen.⁸⁹

Abbildung 1.5: Entwicklung der Umsätze auf den KEP-Märkten von 2015 bis 2019

⁸⁹ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 31 f.

Anmerkungen: Die Zahlen sind gerundet. Die Daten der Bundesnetzagentur ab 2017 berücksichtigen nur noch Sendungen bis 31,5 Kilogramm, um eine klare Abgrenzung zum Güterverkehr und Logistikmarkt zu erreichen. Bis 2016 waren teilweise auch Sendungen mit höherem Gewicht enthalten. Die Daten für 2015 und 2016 wurden mit dieser Definition für den Kurier- und Expressbereich neu ermittelt. Die Werte vor 2015 sind nur eingeschränkt mit den hier dargestellten Zahlen für 2015 – 2017 vergleichbar. Der im Jahr 2017 gezeigte Umsatzrückgang im Paketmarkt ist nur eine Folge der Umsatzverschiebung in den Expressbereich.

Quelle: Bundesnetzagentur, Angaben gegenüber der Monopolkommission vom 29. April und vom 7. November 2019.

42. Erstmalig hat die Bundesnetzagentur für 2018 die Paketmarktdaten differenziert nach Preiskonditionen bei den Marktteilnehmern erhoben. Danach sind im Jahr 2018 lediglich 7 Prozent der inländischen Paketsendungen zu den regulären Tarifen mit einem durchschnittlichen Entgelt von EUR 5,76 befördert worden. 93 Prozent werden zu verhandelten Tarifen zu einem Entgelt von EUR 3,27 im Durchschnitt ausgeliefert.⁹⁰ Diese Sonderkonditionen erhielten große Versender, die erhebliche Mengenrabatte erzielen können.

1.2.2 Die Teilsegmente der KEP-Märkte zeigen überwiegend Zuwachsraten, entwickeln sich aber unterschiedlich

Kurierdienste

43. Kurierdienstleister sind zumeist Einzelunternehmer oder Vermittlungszentralen, die die Aufträge an Einzelunternehmer verteilen. Die Abholung, Beförderung und Zustellung der Kuriersendung erfolgt in der Regel unter persönlicher Begleitung im Wege einer Direktfahrt innerhalb eines vereinbarten Zeitrahmens; zumeist wird am gleichen Tag zugestellt. Ein unmittelbarer Zugriff des Versenders auf den Transport ist jederzeit möglich. Die Beförderungsleistung wird in der Regel für jede Einzelfahrt individuell beauftragt; das Gewichtsband ist flexibel. Kurierdienste sind überwiegend auf regionalen Märkten tätig. Nach den letzten Erhebungen der Bundesnetzagentur wurden im Kuriermarkt 2016 mit 219 Mio. Sendungen etwa 7 Prozent des KEP Segmentes befördert.⁹¹ Langfristig schrumpft dieses Marktsegment aufgrund der Substitution von Dokumenten- und Briefsendungen durch digitale Kommunikationsformen.⁹²

Expressdienste

44. Expressdienste zeichnen sich dadurch aus, dass sie für Sendungen Beförderungslaufzeiten und nach Kundenwunsch auch feste Liefertermine oder Zustellfenster zusagen, und stellen damit für den Versender eine Versandoption dar, die überwiegend für eilige Dokumente genutzt wird. Die Zustellung erfolgt – im Gegensatz zu Kurierfahrten – nicht im Wege eines Direkttransports, sondern netzwerkgebunden über Umschlagzentren des Expressdienstes. Die großen Wettbewerber in diesem Markt (z. B. *DHL*, *FedEx*, *UPS*) verfügen über eine eigene Logistikinfrastruktur. Ausschließlich national tätige Unternehmen kooperieren mit ausländischen Dienstleistern, um einen flächendeckenden Service auch weltweit anzubieten. 2018 entfielen auf den Expressdienst ca. 120 Mio. Sendungen, die überwiegend von Geschäftskunden in Auftrag gegeben wurden. 47 Prozent der Sendungsmengen bzw. 71 Prozent der Umsätze der Expressdienste entfallen auf grenzüberschreitende Zustellungen.⁹³ Für 2019 rechnet die Bundesnetzagentur mit einer leicht steigenden Sendungsmenge.⁹⁴ Für die Folgejahre werden Steigerungsraten der Sendungsmengen von zwei bis drei Prozent erwartet.⁹⁵

⁹⁰ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 34.

⁹¹ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2016/2017, a. a. O., S. 20.

⁹² MRU Manner-Romberg/Müller-Steinfahrt, Marktuntersuchung und Entwicklungstrends von Kurier- Express- und Paketdienstleistungen 2017, S. 20, 24 und 27, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Post/Unternehmen_Institutionen/Marktbeobachtung/Briefdienstleistungen/MarktuntersuchungKEP2017.pdf?__blob=publicationFile&v=2, abgerufen am 16. Oktober 2019.

⁹³ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 37.

⁹⁴ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 37.

⁹⁵ Bundesverband Paket- und Expresslogistik – BIEK und KE-Consult Kurte & Esser, KEP Studie 2019, a. a. O., S. 8.

Paketsdienste

45. Paketsdienste befördern Sendungen, in der Regel mit bis zu 31,5 Kilogramm Gewicht⁹⁶ binnen weniger Tage, wobei die Beförderungslaufzeiten nicht garantiert werden. Zusatzvereinbarungen, zum Beispiel zu Laufzeiten, sind möglich. Das Paketgeschäft ist mengenorientiert und standardisiert, was Beschränkungen des Gewichts und der Größe der Pakete zur Folge hat. Die Mengenorientierung führt jedoch im Vergleich zu Express- und Kuriersendungen zu günstigeren Stückpreisen. In Deutschland sind derzeit im Wesentlichen fünf Unternehmen bundesweit tätig (DHL, DPD, Hermes, GLS und UPS). Der wachsende Paketmarkt wies 2018 ein Umsatzvolumen von EUR 11,4 Mrd. auf. Es wurden insgesamt 2,88 Mrd. Pakete befördert (plus 8,2 Prozent im Vergleich zu 2017).⁹⁷ Internationale Paketsendungen bilden einen Anteil von ca. 10 Prozent mit einem Wachstum von rund 9 Prozent im Jahr 2018, das im Wesentlichen auf dem Online-Handel beruht.⁹⁸ Die Deutsche Post AG verfügte nach eigenen Angaben unter der Marke DHL über einen Marktanteil von 45,5 Prozent⁹⁹ und ist im Standard-Geschäftskundenpaketmarkt nach Feststellung der Bundesnetzagentur marktbeherrschend.¹⁰⁰ Auf die anderen größeren Paketsdienstleister entfallen Marktanteile von jeweils sieben bis vierzehn Prozent.¹⁰¹

46. Geringere Steigerungsraten als in Deutschland (durchschnittlich 7,3 Prozent pro Jahr seit 2013) zeigen sich auf dem Paketmarkt in Gesamteuropa: Von 2013 bis 2017 wuchsen die Paketumsätze um 4,3 Prozent pro Jahr. Für 2018 bis 2020 ist ein Wachstum von ca. 4 Prozent pro Jahr zu erwarten. Stärker wuchsen die Paketumsätze im B2C Segment mit ca. 12,5 Prozent pro Jahr seit 2013.¹⁰²

47. Der Paketmarkt bedient insbesondere die großen Versender und E-Commerce Anbieter, die durch eine steigende Anzahl Online-Bestellungen die Versandmengen der Paketsdienste in Deutschland deutlich erhöhen. Aufgrund der Mengensteigerungen müssen besonders in der Vorweihnachtszeit neben den regelmäßig beauftragten Subunternehmern Saisonarbeiter für die Zustellung angeworben werden. Dennoch sind Beschwerden über lange Laufzeiten und Zustellungsmängel zu beobachten. Razzien des Zolls bei den Paketsdienstleistern und deren Subunternehmern im Februar 2019 haben gezeigt, dass Sozialabgaben im Paketsektor nicht immer flächendeckend abgeführt werden und die Zustellfahrer nicht in jedem Fall den gesetzlichen Mindestlohn erhalten. Nach der Befragung von über 12.000 Fahrern bei 648 Unternehmen wurden 60 Strafverfahren und 108 Ordnungswidrigkeitsverfahren eingeleitet.¹⁰³ Nach ersten Auswertungen von 356 überprüften Betrieben durch das Hauptzollamt Duisburg scheint jeder dritte Arbeitgeber nicht den vorgeschriebenen Mindestlohn zu zahlen.¹⁰⁴ Zahlreiche Kurierfahrer dürften häufig auch als Scheinselbstständige arbeiten; deren Arbeitgeber führen unter Berufung auf die angebliche Selbstständigkeit nicht die vorgeschriebenen Sozialabgaben ab.

48. Ein fairer Wettbewerb setzt auch die Einhaltung der Sozialgesetze und die Zahlung des vorgeschriebenen Mindestlohnes durch alle Marktteilnehmer voraus. Es ist daher auch aus Wettbewerbsicht erforderlich sicherzustellen, dass das Mindestlohngesetz und Sozialversicherungsvorschriften respektiert werden, damit keine ungerecht-

⁹⁶ Einzelne Paketsdienste lassen auch höhere Gewichte (bis 70 kg) als das im Weltpostvertrag grundsätzlich vereinbarte Maximalgewicht zu, so MRU Manner-Romberg/Müller-Steinfahrt, Marktuntersuchung und Entwicklungstrends von Kurier- Express- und Paketsdienstleistungen 2017, a. a. O., S. 15.

⁹⁷ BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 95; BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 28 f.

⁹⁸ Bundesverband Paket- und Expresslogistik – BIEK und KE-Consult Kurte & Esser, KEP Studie 2019, a. a. O., S. 20.

⁹⁹ Deutsche Post AG, Geschäftsbericht 2018, S. 15.

¹⁰⁰ Feststellung der 5. Beschlusskammer der BNetzA vom 23. März 2015, 5BK-11-069, a. a. O., S. 31.

¹⁰¹ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 51; Statista, Marktanteile der Paketsdienste in Deutschland 2015 nach Sendemengen, berichtet noch Marktanteile von 8 bis 16 Prozent für die größeren Paketsdienstleister, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/421643/umfrage/paketsdienste-marktanteile-in-deutschland/>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁰² WIK Consult, Development of Cross-border E-commerce through Parcel Delivery, Study for the European Commission, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Februar 2019, S. 45, https://www.wik.org/fileadmin/Studien/2019/ET0219218ENN_ParcelStudy_Final.pdf, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁰³ Wirtschaftswoche vom 10. Mai 2019, S. 51.

¹⁰⁴ Handelsblatt vom 18. Februar 2019, S. 19.

fertigten Kostenvorteile den Wettbewerb verzerren. Die Bundesregierung hat die Beschwerden der Zustellmitarbeiter und die Ergebnisse der behördlichen Untersuchungen zum Anlass genommen, am 18. September 2019 einen Gesetzentwurf¹⁰⁵ zu verabschieden,¹⁰⁶ um Paketdienstleister für die Sozialversicherungsabgaben ihrer Subunternehmer haften zu lassen. Nach der Neuregelung sind die Auftraggeber im Wege der Nachunternehmerhaftung verpflichtet, für Mitarbeiter ihrer Subunternehmer nicht abgeführte Sozialabgaben selbst zu zahlen, obgleich keine unmittelbare vertragliche Verbindung zwischen dem Auftrag gebenden Paketdienstleister und den Mitarbeitern des Subunternehmers besteht. Das Gesetz sieht eine Enthftungsmöglichkeit des Unternehmers vor, wenn er unverschuldet davon ausgehen konnte, dass der Subunternehmer die Sozialabgaben zahlt. Das Gesetz wurde am 24. Oktober 2019 vom Bundestag verabschiedet und soll für die Paketbranche im Hinblick auf die vorgesehene Evaluierung zunächst zeitlich begrenzt bis zum 31. Dezember 2025 gelten.

1.2.3 Die Ausweitung des Geschäfts vertikal integrierter Unternehmen könnte zu einer Verschiebung der Marktanteile auf den KEP-Märkten führen

49. Nach einer Studie des Bundesverbandes Paket- und Expresslogistik betrug im Jahr 2016 der Anteil der B2C-Sendungen an den Paketsendungen in Deutschland 59 Prozent, 2018 lag der Anteil bei 62 Prozent mit weiterhin steigender Tendenz.¹⁰⁷ Internethändler und ihre Lieferungen an die Endkunden tragen einen erheblichen Anteil zu den Paketsendungen bei. Amazon, das nach Berichten über 17 bis 20 Prozent der Paketmengen von DHL generieren soll,¹⁰⁸ verfügt derzeit nicht über ein eigenes bundesweites Zustellnetz, sondern beauftragt für Teilmengen der Pakete, insbesondere in Ballungsgebieten, die in der Nähe von Amazon Logistikzentren liegen, unabhängige lokale Zustellunternehmen und liefert über diese Unternehmen auch in Paketstationen aus. Nach wie vor beauftragt Amazon auch die großen Paketdienstleister, steuert aber die Mengen unter anderem durch die Organisation eigener Paketzustellungen. Eine Ausweitung dieses Geschäfts durch Amazon hätte angesichts der Mengen, die das Unternehmen versendet, erhebliche Auswirkungen auf den Paketmarkt und könnte zu deutlichen Marktanteilsverschiebungen und Umsatzrückgängen bei den etablierten Paketdienstleistern führen. Nach Medienberichten liefert Amazon mit eigenem Zustelldienst in den USA bereits rund 47 Prozent des dortigen Sendevolumens aus.¹⁰⁹ Amazon ist in der Lage, erhebliches Drohpotenzial mit der Schaffung einer eigenen Logistikorganisation aufzubauen und Preisdruck auf die Paketdienstleister auszuüben. Wettbewerbslich ist die Expansion der E-Commerce Händler in den Bereich der Paketdienste nicht bedenklich; der zunehmende Wettbewerb durch die Internethändler dürfte einen wettbewerbsstimulierenden Effekt haben. Kritisch zu beobachten ist allerdings, ob einzelne Internethändler eine nachfragemächtige Marktposition aufbauen.

1.2.4 Steigende Paketmengen generieren Zustellprobleme auf der „letzten Meile“

50. Auf der sogenannten „letzten Meile“, dem Beförderungsweg vom letzten Paketdepot bis zum Empfänger, verursachen die zunehmende Steigerung des Online-Handels und die damit verbundenen Zustellaktivitäten zusätzli-

¹⁰⁵ Entwurf des Paketboten-Schutz-Gesetzes, https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Gesetze/Referentenentwuerfe/ref-paketboten-schutz-gesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=1, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁰⁶ Pressemitteilung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vom 18. September 2019, <https://www.bmas.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2019/paketboten-schutz-gesetz.html>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁰⁷ BIEK Kompendium Teil 6 vom Juni 2018, <https://www.biek.de/publikationen/faktenpapiere.html>, abgerufen am 16. Oktober 2019; Bundesverband Paket- und Expresslogistik – BIEK und KE-Consult Kurte & Esser, KEP Studie 2019, a. a. O., S. 19, 21.

¹⁰⁸ Schlautmann, Handelsblatt vom 24. Juni 2018, <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/dienstleister/paketgeschaef-so-abhaengig-ist-die-post-von-amazon/22724300.html?ticket=ST-929271-EF6A6ouGOa3WXRoyhNSd-ap2>, abgerufen am 16. Oktober 2019; Goebel, Wirtschaftswoche 9/2019, S. 56; nach Angaben des Vorstands der Deutschen Post AG auf der Hauptversammlung des Unternehmens am 15. Mai 2019 hat kein Kunde einen Anteil von mehr als 2 Prozent am Konzernumsatz der Deutschen Post AG in Höhe von EUR 61,5 Mrd. im Jahr 2018. Auf den Paketumsatz von ca. EUR 9 Milliarden heruntergebrochen, bedeuten 2 Prozent des Konzernumsatzes einen Anteil von 13,7 Prozent am Paketumsatz weltweit, sodass die in der Presse berichteten Sendungsmengen unter Berücksichtigung der anzunehmenden Mengenrabatte für Großkunden plausibel erscheinen.

¹⁰⁹ Pandey, Amazon, the new king of shipping, 27. Juni 2019, <https://www.axios.com/amazon-shipping-chart-fedex-ups-usps-0dc6bab1-2169-42a8-9e56-0e85c590eb89.html>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

chen Verkehr und Kurzzeitparkbedarf. Die Kommunen müssen Nutzungskonkurrenzen im öffentlichen Raum mit den Belangen der Lebens- und Aufenthaltsqualität, des Umweltschutzes und des flüssigen Verkehrs in Einklang bringen und wollen die Belastungen des KEP-Verteilverkehrs auf das unvermeidliche Maß reduzieren.¹¹⁰ Die Städte zielen nicht nur auf die Reduzierung der Feinstaub- und Abgasemissionen ab, sondern wollen auch den Parkraum bestmöglich nutzen und den fließenden Verkehr optimieren. Während einerseits die City-Maut diskutiert wird, die Zugangsbeschränkungen zu Innenstädten zur Folge hat, fordern Paketdienstleister andererseits speziell den Zustellern vorbehaltene Parkflächen und damit weitergehende Bewegungsfreiheit in den Innenstädten.

51. Einige Paketdienstleister verbessern die Zustellung mittlerweile mit digitaler Technik, kündigen Zeitfenster der Lieferung an und ermöglichen dem Empfänger, die Pakete im laufenden Beförderungsvorgang an eine andere Zustelladresse umzuleiten. Dies ist nicht nur ein Service für den Empfänger, sondern ermöglicht den Paketdienstleistern, eine höhere Erfolgsquote im ersten Zustellversuch zu erzielen, die Auslastung der Fahrzeuge zu steigern und unnötigen Verkehr zu vermeiden.

52. Insbesondere in den Innenstädten gibt es zahlreiche Projekte, teilweise mit Unterstützung von Gemeinden, der Länder oder des Bundes, um die Zustellung in Ballungsräumen zu optimieren.¹¹¹ Algorithmen können helfen, die Anwesenheit des Kunden in seiner Wohnung festzustellen und die Zustellfenster einzugrenzen. Dynamische Routenführungen optimieren die Fahrstrecken. In Innenstadtlagen werden für einzelne oder mehrere Paketdienstleister Mikrodepots angelegt, deren Beschickung nachts oder frühmorgens erfolgt. Die Zustellung auf der letzten Meile erfolgt dann durch den Paketdienstleister oder einen Dritten in dessen Auftrag mit Lastenfahrrädern. Andere Zustellmöglichkeiten, wie zum Beispiel die Zustellung in den Kofferraum, in eine persönliche Paketbox vor der Haustür oder über besondere Schließanlagen direkt in die Wohnung werden getestet; eine weite Verbreitung dieser Zustellungsmodelle ist derzeit aber nicht zu erkennen und auch nicht zu erwarten. Die Post hat die weitere Vermarktung der privaten Paketbox vor der Haustür mangels Interesses der Kunden wieder eingestellt und sieht auch Akzeptanzprobleme für die Zustellung in der eigenen Wohnung, bei der der mit einem Wohnungsschlüssel ausgestattete Zusteller Pakete in der Wohnung ablegt.¹¹² Gängig und erprobt sind die Ersatzzustellung in einem Paketshop, einem Einzelhandelsgeschäft oder in der Paketstation. Neutrale Drittanbieter versuchen, ihre Paketstationen für die Lieferungen mehrerer verschiedener Paketdienstleister zugänglich zu machen. Dem Empfänger wird durch Paketstationen die Möglichkeit gegeben, die Sendungen zu jeder Zeit abzuholen. Bei der Einrichtung von Paketshops oder -stationen ist eine fußläufige Nähe zum Kunden notwendig, um die Akzeptanz zu erhöhen und zusätzliche Fahrten und Parkprobleme zu vermeiden. Allerdings wird es immer schwieriger, zentrale Standorte für die Errichtung von Paketstationen zu finden. Eine Zusammenarbeit der Paketdienstleister wäre platzsparend und hätte auch für die Verbraucher Vorteile, die die Pakete unterschiedlicher Paketdienstleister an einer Stelle zentral abholen könnten. Bislang gibt es aber nur wenige Initiativen der Zusammenarbeit zwischen den Wettbewerbern.

53. Ferner wird diskutiert, einzelne Zustellzonen nur von einem Paketdienst beliefern zu lassen, der – ähnlich bei der Teilleistungsverpflichtung bei der Briefpost – auch für die anderen Paketdienste die Auslieferung auf der „letzten Meile“ vornimmt. Alternativ wäre denkbar, die lokale Beförderung auf ein Drittunternehmen zu übertragen, das die Zustellung für alle Paketdienstleister in einem Zustellbezirk vornimmt. Angesichts der Entwicklung des Marktes haben einige Unternehmen und Verbände¹¹³ Bedenken, ob eine solche Kooperation auf der letzten Meile tatsächlich Verbesserungspotenzial beinhaltet: Nach einer Studie¹¹⁴ anhand von Zustellbezirken in Nürnberg und

¹¹⁰ Gute Logistik für lebenswerte Innenstädte, Gemeinsame Positionierung des Deutschen Städtetages, Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Handelsverbands Deutschland und des Bundesverbands Paket und Expresslogistik e. V. vom 9. Juli 2018.

¹¹¹ Vgl. die Übersichten bei Junk, Wielgosch, City-Logistik für den Paketmarkt, WIK Diskussionsbeitrag Nr. 446, August 2019, S. 8 ff.

¹¹² Hayon, Post-Projekt ist gescheitert: Vertrieb des Paketkastens wird eingestellt, 4. Februar 2019, https://www.chip.de/news/Post-Projekt-ist-gescheitert-Vertrieb-des-Paketkastens-wird-eingestellt_161255962.html, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹¹³ Z. B. BIEK, Konsolidierte Paketzustellung lohnt sich nicht, Pressemeldung vom 5. August 2019, <https://www.biek.de/presse/meldung/konsolidierte-zustellung.html>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹¹⁴ Bogdanski, Quantitative Untersuchungen der konsolidierten Zustellung auf der letzten Meile, Studie im Auftrag des BIEK 2019, <https://www.biek.de/publikationen/studien.html>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

München reduziert eine Gebietskonsolidierung die Zahl der Zustellfahrzeuge in den Szenarien entweder nicht oder um maximal ca. 10 Prozent. Positive verkehrsentlastende Effekte sind damit in den Zustellgebieten kaum zu erzielen. Die geringen Verkehrsentlastungen bei der Zustellung an den Empfänger gehen durch die dann erforderlichen Inter-Depot-Verkehre zwischen den abgebenden und den zustellenden Paketdienstleistern selbst bei günstigen Depotlagen in den in der Studie untersuchten Gebieten ganz oder teilweise verloren. Durch die Übergabe der Sendungen verlängert sich die Laufzeit der Pakete des abgebenden Unternehmens. Der wesentliche einschränkende Faktor im Rahmen des Zustellvorgangs auf der letzten Meile ist nach den Ergebnissen der Studie die Arbeitszeit des Zustellers und nicht die Auslastung der Fahrzeuge hinsichtlich des Gewichts oder des Volumens. Die Studie empfiehlt die Nutzung von Mikrodepots und die Weiterverteilung von den Mikrodepots über Lastenfahrräder.¹¹⁵

54. Zu berücksichtigen ist auch, dass bei einer Zusammenarbeit der Paketdienstleister auf der letzten Meile der Wettbewerb eingeschränkt wird. Eine solche Zusammenarbeit könnte jedoch – abhängig von der Ausgestaltung – nach § 2 Abs. 1 GWB kartellrechtlich vertretbar sein, wenn damit Effizienzvorteile verbunden sind, die an die Verbraucher weitergegeben werden.¹¹⁶ Eine Zusammenarbeit der Paketdienstleister, sowohl bei Paketstationen und Mikrodepots als auch bei der Zustellung in die Wohnung, ist eine Option, die letzte Meile für die Unternehmen und für den Kunden effizienter zu gestalten und gleichzeitig Verkehrs- und Umweltbedürfnisse der Städte zu berücksichtigen. Diese Option sollte daher auf Unternehmensebene weiterverfolgt und auf ihren Nutzen überprüft werden.

55. Aktuell scheint allerdings die Bereitschaft der Paketdienstleister, sich auf gemeinsame Lösungen zu einigen, gering; auch der Betrieb von gemeinsamen Paketshops stößt nicht auf Interesse.¹¹⁷ Verbandsvertreter fordern, von einer Regulierung und steuernden Maßnahmen für die Zustellung auf der letzten Meile Abstand zu nehmen.¹¹⁸ Die Probleme auf der letzten Meile, wie überlastete Parkflächen in den Innenstädten, aus Umweltgründen veranlasste Fahrverbote oder City-Maut, weiter steigende Paketmengen, Mangel an qualifiziertem Personal und die Zahl der erfolglosen Zustellversuche werden die Paketdienstleister in Zukunft aber möglicherweise zu einem Umdenken veranlassen. Eine klar definierte Zusammenarbeit der Paketdienstleister auf der letzten Meile und die Einrichtung von allen Wettbewerbern gleichermaßen zugänglichen Paketstationen könnten – im Rahmen einer „open network provision“ auf diskriminierungsfreier Basis – sinnvoll sein. Wenn es dazu kommt, sollte das Bundeskartellamt den Marktteilnehmern Leitlinien zur Verfügung stellen, die den Rahmen der zulässigen Zusammenarbeit skizzieren.

56. Die weitere Entwicklung des KEP-Marktes hängt sowohl vom Einkaufsverhalten der Konsumenten als auch von den konjunkturellen Rahmenbedingungen ab. Marktteilnehmer gehen davon aus, dass das Online-Shopping von den Konsumenten auch in Zukunft in stärkerem Maße nachgefragt wird und damit auch die Umsätze mit Paket-sendungen insgesamt in den nächsten Jahren um ca. vier bis fünf Prozent pro Jahr¹¹⁹ und im B2C Segment sogar um sechs bis zu zehn Prozent pro Jahr zunehmen.¹²⁰ Die Deutsche Post AG erwartet Steigerungen der Paketsendungsmengen in Höhe von ca. fünf bis sieben Prozent pro Jahr.¹²¹ In Abhängigkeit von der konjunkturellen Entwicklung könnte es allerdings auch zu einem Abflachen der Steigerungsraten im KEP-Markt kommen. Wirtschaftliche Krisen würden auch zu einem Rückgang der im Wesentlichen von Unternehmen nachgefragten Expressdienst-

¹¹⁵ Bogdanski, Quantitative Untersuchungen der konsolidierten Zustellung auf der letzten Meile, Studie im Auftrag des BIEK 2019, a. a. O., S. 22.

¹¹⁶ Vgl. Langen/Bunte-Schneider, Kartellrecht Bd. 1 Deutsches Kartellrecht, 13. Auflage 2018, § 2 Rz. 40 ff.

¹¹⁷ Vgl. Junk, Wielgosch, City-Logistik für den Paketmarkt, WIK Diskussionsbeitrag Nr. 446, a. a. O., S. 21.

¹¹⁸ Z. B. BIEK-Verbandsvertreter auf der Anhörung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zu den Eckpunkten der Novelle zum Postgesetz am 10. September 2019 in Bonn.

¹¹⁹ Bundesverband Paket- und Expresslogistik – BIEK und KE-Consult Kurte & Esser, KEP Studie 2019, a. a. O., S. 14.

¹²⁰ Wik Consult auf der Tagung „Development of Cross-border E-Commerce through Parcel Delivery“ in Brüssel am 29. Januar 2019 geht von 10 Prozent aus; Der Bundesverband Paket- und Expresslogistik – BIEK erwartet eine Steigerung von 6 bis 7 Prozent, BIEK und KE-Consult Kurte & Esser, KEP Studie 2019, a. a. O., S. 8.

¹²¹ Schätzung der Deutschen Post AG in der Präsentation auf der Hauptversammlung der Gesellschaft am 15. Mai 2019.

leistungen führen. Es wird angenommen, dass das Geschäft im B2B-Bereich (*Business to Business*) des Kuriersegments eher rückläufig sein wird. Derzeit sind Erhöhungen der Sendungsmengen im Kuriersegment lediglich in einem sich entwickelnden B2C-Bereich für taggleiche Warenlieferungen möglich.¹²²

¹²² MRU Manner-Romberg/Müller-Steinfahrt, Marktuntersuchung und Entwicklungstrends von Kurier- Express- und Paketdienstleistungen 2017, a. a. O., S. 32.

Kapitel 2

Grenzüberschreitende Postmärkte sind nicht wettbewerbsorientiert

2.1 Die traditionellen Strukturen der grenzüberschreitenden Postmärkte behindern den Wettbewerb

57. Für die grenzüberschreitende Postbeförderung benötigen die inländischen Postdienstleister Partner im jeweiligen Zustellungsland, soweit sie nicht, wie zum Beispiel die internationalen Express- und Paketdienstleister, selbst über Niederlassungen weltweit verfügen. Der von den Staaten gegründete Weltpostverein,¹²³ eine Organisation der Vereinten Nationen, legt in verschiedenen Regelwerken fest, unter welchen technischen und organisatorischen Standards Postsendungen grenzüberschreitend befördert werden und nach welchen Berechnungsmodellen die Vergütungen für grenzüberschreitende Dienstleistungen ermittelt werden. Da in zahlreichen Mitgliedsländern nicht mehr die Staaten selbst, sondern private, regulierte Dienstleister oder unabhängige, aber staatlich kontrollierte Organisationen mit eigener Rechtspersönlichkeit das operative Postgeschäft betreiben, sind neben den Mitgliedsstaaten sogenannte „*designated operators*“ (*benannte Betreiber*) in den Gremien des Weltpostvereins beteiligt, die die technische Fachexpertise beisteuern und die Vorgaben des Weltpostvereins umsetzen. Für Deutschland ist derzeit ausschließlich die Deutsche Post AG als designated operator benannt. Wettbewerber der Deutschen Post AG nehmen nicht an den Beratungen des Weltpostvereins teil, obwohl auch sie grenzüberschreitende Postdienstleistungen anbieten und Partner im Ausland benötigen. Die Wettbewerber der Deutschen Post AG fordern daher den Zugang zu den Gremien des Weltpostvereins.¹²⁴ Mittlerweile hat der Bundestag am 21. Juni 2019 ein Gesetz zur Ratifizierung der Änderungen der konstitutiven Dokumente des Weltpostvereins verabschiedet, nach dem grundsätzlich auch andere Postunternehmen als die Deutsche Post AG als benannter Betreiber zugelassen werden können.¹²⁵ Diese – von der Monopolkommission bereits im letzten Sektorgutachten¹²⁶ vorgeschlagene – Maßnahme ist zu begrüßen, denn sie fördert die Mitwirkungsrechte auch der Wettbewerber im Weltpostverein und ermöglicht den zugelassenen Wettbewerbern der Deutschen Post AG die Teilnahme an erleichterten Zollformalitäten.

58. Die Verordnung der Bundesregierung, die die Details der Zulassung als benannter Betreiber durch die Bundesnetzagentur regelt,¹²⁷ sieht vor, dass nur solche Unternehmen von der Bundesnetzagentur als benannter Betreiber zugelassen werden können, die eine Lizenz nach § 6 PostG erhalten haben; auch Paketdienstleister müssten daher eine Lizenz beantragen. Weiter muss der benannte Betreiber die erforderliche Leistungsfähigkeit besitzen. Hierzu würde – zumindest im Regelfall – auch gehören, dass der benannte Betreiber die Voraussetzungen der Post-Universaldienstleistungsverordnung für den von ihm bedienten Teilmarkt (Brief oder Paket) hinsichtlich der vorzuhaltenden stationären Einrichtungen und Laufzeiten erfüllt. Der Verordnungsgeber sieht diese Einschränkungen vor, um sicherzustellen, dass sich die Unternehmen nicht auf lukrative Regionen beschränken und über die erforderlichen operativen Voraussetzungen für die Zustellung von Sendungen aus dem Ausland verfügen. Da die Deutsche Post AG mit ihrem Filialnetz das einzige Postunternehmen ist, das diese Voraussetzungen für den Briefdienst erfüllt, würde nach dem jetzigen Stand keiner ihrer Wettbewerber allein eine Zulassung als benannter Betreiber

¹²³ www.upu.org.

¹²⁴ Bundesverband Paket- und Expresslogistik BIEK einer Stellungnahme gegenüber der Monopolkommission vom 25. März 2019.

¹²⁵ Gesetz zu den Verträgen vom 5. Oktober 2004, 12. August 2008, 11. Oktober 2012 und 6. Oktober 2016 des Weltpostvereins (WPostVtr2016G) vom 21.06.2019, <https://www.gesetze-im-internet.de/wpostvtr2016g/WPostVtr2016G.pdf>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹²⁶ Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Post (2017): Privilegien abbauen, Regulierung effektiv gestalten! (Sondergutachten 79), Baden Baden 2018, Tz. 236.

¹²⁷ Verordnung über die Zulassung Benannter Betreiber nach Artikel 3 des Gesetzes zu den Verträgen vom 5. Oktober 2004, 12. August 2008, 11. Oktober 2012 und 6. Oktober 2016 des Weltpostvereins (Benannte Betreiber-Zulassungsverordnung) vom 1. Juli 2019, BGBl. 2019 II Nr. 24 vom 4. Juli 2019, https://media.offenegesetze.de/bgbl1/2019/bgbl1_2019_24.pdf, abgerufen am 16. Oktober 2019.

für den Briefbereich erhalten können. Auch im Paketmarkt dürfte die Zulassung als benannter Betreiber für Wettbewerber der Deutschen Post AG unter diesen Bedingungen nicht einfach sein, wenn sich die Paketdienstleister nicht gegenseitig auf vertraglicher Basis die ggf. fehlende Infrastruktur zur Verfügung stellen. Damit wird die Zulassungsverordnung voraussichtlich kurzfristig nicht zu der angedachten Präsenz der Wettbewerber in den Gremien des Weltpostvereins führen.

59. Ursprünglich zahlten die öffentlich-rechtlichen Postorganisationen einander keinen Ausgleich für grenzüberschreitende Postsendungen, da man davon ausging, dass die Ströme der Postsendungen zwischen den Ländern ausgeglichen seien. In den 1960er Jahren traten jedoch große Ungleichgewichte auf, was dazu führte, dass bei einigen Postbetreibern Kosten für die Zustellung eingehender Auslandspost entstanden, die sie nicht durch die Einnahmen aus der abgehenden Auslandspost decken konnten. Als Ausgleich für die zustellenden Postbetreiber wurde 1969 ein Zahlungssystem für die sogenannte „Endvergütung“ eingeführt. Danach erhielten die inländischen Postbetreiber für die Zustellung aus dem Ausland stammender Postsendungen einen nach dem Gewicht der Sendungen berechneten Vergütungssatz, der durch die Gremien des Weltpostvereins festgelegt wird. Dieser Vergütungssatz orientiert sich nicht ausschließlich an den Kosten, sondern berücksichtigt auch den Entwicklungsstand bzw. die Finanzkraft des jeweiligen Absendelandes und kann dazu führen, dass Sendungen aus asiatischen Ländern nach Deutschland für den Absender preisgünstiger zu versenden sind als innerhalb Deutschlands selbst. Ähnliche Entgeltstrukturen wie für Briefsendungen gelten auch für grenzüberschreitende Paketsendungen.¹²⁸

60. Dieses System führt damit zu einer Divergenz von Kosten und Vergütungen;¹²⁹ die Endvergütungen, die die Postdienstleister in den Industriestaaten erhalten, liegen substanziell unter dem üblichen Entgelt für eine nationale Briefbeförderung und decken, auch nach Einschätzung des Weltpostvereins, üblicherweise nicht die tatsächlichen Kosten der Zustellung im Empfängerland.¹³⁰ Eine Untersuchung des Wissenschaftlichen Instituts für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (WIK) berechnet die Kostenunterdeckung für die Zustellung aus dem Ausland stammender Briefsendungen bei der Deutschen Post AG auf EUR 122 Mio. für 2016 und EUR 154 Mio. für 2017.¹³¹ Ursprünglich sollten Entwicklungs- und Schwellenländer begünstigt werden. Es ist allerdings fraglich, ob dieser Grund für einige asiatische Staaten, wie beispielsweise China (inklusive Hongkong) aufgrund ihrer wirtschaftlichen Entwicklung noch gerechtfertigt ist. Das aktuelle Vergütungssystem des Weltpostvereins subventioniert damit den Versand aus dem Ausland nach Deutschland und benachteiligt damit auch deutsche Internethändler, die sich höheren Versandkosten ausgesetzt sehen als ihre Wettbewerber in Asien.¹³² Am 25. September 2019 hat der Weltpostverein eine Liberalisierung des Systems der Endvergütungen beschlossen:¹³³ Die Mitgliedsstaaten sind ab 2020 berechtigt, die Endvergütungen selbst festzulegen, wenn eingehende Postmengen eine definierte Größe von 75.000 Tonnen überschreiten. Die Endvergütungen müssen damit nicht mehr durch den Weltpostverein beschlossen werden, sondern können durch die Postunternehmen eigenständig zunächst auf 70 Prozent, später schrittweise bis auf 80 Prozent der vergleichbaren Inlandstarife angehoben werden. Mit diesem Kompromiss konnte der Weltpostverein die Kündigung der USA abwenden, die auf eine Änderung des Endvergütungssystems gedrängt hatten.

61. Die Regelungen des Weltpostvereins gelten nicht zwingend, sondern können durch bi- oder multilaterale Abkommen ersetzt werden. Innerhalb der EU gelten in der Regel die Vereinbarungen der International Post Corporation (IPC), einer Vereinigung der ehemaligen staatlichen europäischen Postunternehmen und der Postunternehmen der USA, Australiens, Neuseelands, Norwegens und der Schweiz. Diese Unternehmen befördern nach eige-

¹²⁸ Siehe weiterführend, Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Post (2017), a. a. O., Tz. 201 ff.

¹²⁹ Vgl. Entscheidung der EU-Kommission vom 23. Oktober 2003, COMP/C/38.170 – REIMS II, ABl. L56/76, Rz. 8 ff.

¹³⁰ Vgl. weitere Nachweise in Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Post (2017), a. a. O., Tz. 199; Dieke u. a., UPU-Endvergütungen und internationaler E-Commerce, WIK Diskussionsbeitrag Nr. 412, Bad Honnef 2016, S. 1 und S. 7.

¹³¹ Dieke u. a., UPU-Endvergütungen und internationaler E-Commerce, a. a. O., S. 9.

¹³² Vgl. Dieke u. a., UPU-Endvergütungen und internationaler E-Commerce, a. a. O., S. 5.

¹³³ Pressemitteilung des Weltpostvereins vom 25. September 2019, http://news.upu.int/no_cache/nd/upu-member-countries-reach-unanimous-agreement-on-postal-remuneration-rates/, abgerufen am 16. Oktober 2019.

nen Angaben etwa 80 Prozent des globalen Briefverkehrs.¹³⁴ Die IPC legt – ähnlich wie der Weltpostverein, aber mit einem Fokus auf den wirtschaftlich stärkeren Ländern – technische Standards und Vergütungsmodalitäten für gegenseitige Dienstleistungen im internationalen Postverkehr zwischen den Mitgliedsunternehmen fest. Hierzu haben die Mitglieder, die ausnahmslos in ihren Heimatländern eine marktbeherrschende Stellung einnehmen, zunächst die sogenannte „REIMS-Vereinbarung“ (*Remuneration of Mandatory Deliveries of Cross-Border Mails*) und als Folgevertrag das „Interconnect Remuneration Agreement – Europe“ (*IRA-E für Briefe und Pakete*) geschlossen, das allerdings – im Gegensatz zu den Beschlüssen des Weltpostvereins – nicht öffentlich zugänglich ist. In der letzten Entscheidung der EU Kommission zu der REIMS Vereinbarung wird von Endvergütungen bis zu 78,5 Prozent der Inlandstarife im Zustellland berichtet.¹³⁵

62. Auch in der IPC sind die Wettbewerber der Deutschen Post AG nicht vertreten, denn die REIMS-Vereinbarung steht nur Postdienstleistern offen, die Universaldienst leisten.¹³⁶ Wenn die Wettbewerber Dienstleistungen von ausländischen Postunternehmen der IPC in Anspruch nehmen wollen, können sie nicht überprüfen, ob die in Rechnung gestellten Entgelte diskriminierungsfrei und nicht missbräuchlich sind. Die EU-Kommission hatte die REIMS-Vereinbarung und ihre Überarbeitungen mehrfach untersucht und zuletzt 2003 nach Art. 81 Abs. 3 EWGV (jetzt Art. 101 Abs. 3 AEUV) freigestellt.¹³⁷ Mit der Freistellung verbunden war die Auflage, Wettbewerbern einen diskriminierungsfreien Zugang zu den in der REIMS-Vereinbarung geregelten Endvergütungen zu gewähren.¹³⁸ Seit 2003 ist die REIMS-Vereinbarung offenbar nicht mehr Gegenstand einer kartellrechtlichen Prüfung gewesen, da mit Einführung des Systems der Legalausnahmen die Notwendigkeit einer durch die EU-Kommission festgestellten Freistellung entfallen ist.¹³⁹ Eine wettbewerbsrechtliche Prüfung der Vereinbarungen im Rahmen des Weltpostvereins und der International Post Corporation durch die zuständigen deutschen Behörden ist bislang nicht erfolgt.¹⁴⁰ Nach Art. 12, 13 der Postdiensterrichtlinie¹⁴¹ sollen die Mitgliedsstaaten den Anbietern von Universaldienstleistungen nahelegen, die Endvergütungen entsprechend den Kosten festzulegen sowie transparent und nicht diskriminierend auszugestalten. Da die REIMS-Vereinbarungen nicht veröffentlicht werden,¹⁴² bleibt offen, ob diese Vorgaben der Postdiensterrichtlinie beachtet werden, ob die 2003 freigestellten Vereinbarungen geändert wurden und ob die mit den Vereinbarungen verbundenen Verbrauchervorteile, Briefkommunikation und Paketversand weltweit zu ermöglichen, die möglichen Wettbewerbseinschränkungen noch immer rechtfertigen. Es bestehen insbesondere deshalb Bedenken, weil sich die IPC als eine offenbar geschlossene Vereinigung der großen einflussreichen Postdienstleister darstellt, deren Mitglieder die Entgelte für grenzüberschreitende Postleistungen unter Ausschluss der Wettbewerber festlegen.

63. Nach Auffassung der Monopolkommission stellen der Weltpostverein und die IPC Vereinigungen dar, die im Wesentlichen durch die ehemaligen oder noch existierenden Postmonopolisten und Universaldienstleister besetzt und beeinflusst sind. Die Organisationen legen aber nicht nur Vergütungen für grenzüberschreitende Leistungen fest, sondern beschließen auch technische Standards, die für die Interoperabilität der Postdienstleistungen und damit auch für die Nicht-Mitglieder dieser Organisationen von Bedeutung sind. Die Wettbewerber der Deutschen Post AG sind zwar bislang im grenzüberschreitenden Postmarkt nicht signifikant beteiligt. Dies könnte aber an dem mangelnden Zugang zu den Postunternehmen im Ausland, die die Endzustellung vornehmen, den fehlenden Mit-

¹³⁴ Information der IPC auf ihrer Internetseite, <https://www.ipc.be/about-ipc/corporate-structure/member-organisations>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹³⁵ Vgl. Entscheidung der EU-Kommission vom 23. Oktober 2003, COMP/C/38.170 – REIMS II, ABl. L56/76, Rz. 37 ff.

¹³⁶ Vgl. Entscheidung der EU-Kommission vom 23. Oktober 2003, COMP/C/38.170 – REIMS II, ABl. L56/76, Rz. 34.

¹³⁷ Siehe im Einzelnen: Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Post (2017), a. a. O., Tz. 194 ff.

¹³⁸ Entscheidung der EU-Kommission vom 23. Oktober 2003, COMP/C/38.170 – REIMS II, ABl. L56/76, Rz. 127 und 169 ff. sowie Anhang V.

¹³⁹ VO (EG) 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002, ABl. L1 vom 4. Januar 2003.

¹⁴⁰ Auskunft des Bundeskartellamtes gegenüber der Monopolkommission vom 27. März 2019.

¹⁴¹ Richtlinie 97/67/EG vom 15. Dezember 1997, ABl. L 15/14 vom 21. Januar 1998.

¹⁴² Auskunft der Deutschen Post AG gegenüber der Monopolkommission vom 28. März 2019.

wirkungsmöglichkeiten in den internationalen Organisationen und auch den Bedingungen der Endvergütungen liegen. Da die Deutsche Post AG im abgehenden Postverkehr für die Zustellung im Ausland über die IPC oder den Weltpostverein günstigere Endvergütungen verhandeln kann als ihre Wettbewerber, ist sie in der Lage, den inländischen Kunden attraktivere Preise für die Auslandszustellung anzubieten. Die aus dem Ausland, zum Beispiel aus Asien, eingehenden Brief- und Warensendungen werden aufgrund der von dem Weltpostverein festgelegten Endvergütung für die ausländischen Postunternehmen von der Deutschen Post AG zu günstigen, nicht kostendeckenden Preisen zugestellt. Unter diesen Umständen ist es für die Wettbewerber der Deutschen Post AG schwierig, Leistungen auf dem wachsenden grenzüberschreitenden Postmarkt anzubieten.¹⁴³ Da die multilateralen Vereinbarungen im Rahmen des Weltpostvereins und der IPC geeignet sind, den Wettbewerb zwischen den Postunternehmen in Europa zu beschränken und aufgrund der Größe der Teilnehmer eine erhebliche Marktwirkung erzielt wird, die die Wettbewerber der großen Postdienstleister weder beeinflussen noch kontrollieren können, ist eine wettbewerbsrechtliche Untersuchung der grenzüberschreitenden Postdienstleistungen durch die EU-Kommission erforderlich. Ob eine ausreichende Repräsentation der Wettbewerber im Weltpostverein aufgrund des vorgeschlagenen Verordnungsentwurfs zur Zulassung der benannten Betreiber gewährleistet ist, muss sich angesichts der Anforderungen an die Leistungsfähigkeit in der Praxis erweisen.

2.2 Ein gemeinsamer Europäischer Postmarkt existiert nicht

64. Die Postmärkte in der Europäischen Union sind – im Hinblick auf alle Postprodukte – nach wie vor national geprägt. Inländische Endkunden können die Angebote von ausländischen Postdienstleistern nur dann in Anspruch nehmen, wenn diese im Inland vertreten sind. Die nationale Begrenzung der Postmärkte ist einerseits auf die historisch gewachsenen nationalen Poststrukturen und die Bedeutung der ehemaligen Staatsmonopolisten zurückzuführen, die die Wettbewerbssituation auch nach der Liberalisierung nachhaltig prägen. Die nationalen Märkte unterscheiden sich auch strukturell erheblich im Hinblick auf den Digitalisierungsgrad, die Anzahl der versandten und empfangenen Sendungen, die Besiedlungsdichte, die Bedeutung des Internethandels, die nationalen Regulierungsvorschriften und den jeweiligen Universaldienst. Andererseits behindern aber auch internationale Vereinbarungen einen gemeinsamen europäischen Markt und zementieren die Abschottung nationaler Märkte: So kann zum Beispiel ein „Remailing“, die gezielte Verbringung von Briefen in ein anderes Land als das Sitzland des Absenders, um die Versendung von dort preisgünstiger als im Heimatland des Absenders vorzunehmen, nach Art. 12 des Weltpostvertrages¹⁴⁴ mit zusätzlichen Entgelten in Höhe der Inlandsporti¹⁴⁵ sanktioniert werden. So führt diese Regelung des Weltpostvertrages dazu, dass es auch in grenznahen Gebieten nicht wirtschaftlich sinnvoll ist, Briefe durch einen ausländischen Postdienstleister zu einem inländischen Adressaten befördern zu lassen. Der Weltpostvertrag behindert damit den Wettbewerb zwischen den Postdienstleistern verschiedener Länder und die Schaffung eines gemeinsamen europäischen Briefmarktes.

65. Die meisten Wettbewerber der Deutschen Post AG unterhalten keinen eigenen Zugang zu ausländischen Postgesellschaften, um die Briefe ihrer Kunden auch im Ausland zustellen zu können. Im Regelfall bedienen sich die Briefdienstleister für Auslandszustellungen der Deutschen Post AG, die die Sendungen zur Zustellung im Ausland an ihren Kooperationspartner im Zustellungsland weitergibt. Somit ist der Wettbewerb auf dem Markt der in das Ausland abgehenden Briefe noch weniger ausgeprägt als auf dem nationalen Briefmarkt.

66. Ausländischen Postdienstleistern bietet die Deutsche Post AG die Einlieferung der grenzüberschreitenden Briefsendungen in einem Briefzentrum in Deutschland zu identischen Konditionen wie inländischen Teilleistungs-

¹⁴³ Dieke u. a., UPU-Endvergütungen und internationaler E-Commerce, a. a. O., S. 10.

¹⁴⁴ Weltpostvertrag vom 06. Oktober 2016, BGBl. 2019 II Nr. 11 vom 28. Juni 2019, https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav#__bgbl__%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl219s0530.pdf%27%5D__1581503429256, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁴⁵ Hierbei sind allerdings nach einer Entscheidung des EuGH die von dem einsendenden Postdienstleister gezahlten Endvergütungen abzuziehen, EuGH, Urteil vom 10. Februar 2000, C-147/97 und C-148/97, <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?Text=&docid=44986&pageIndex=0&doclang=de&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4808646>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

kunden an.¹⁴⁶ Sie übernimmt dann die Zustellung an den Empfänger in Deutschland. Aus dem Ausland eingehende Briefe werden nahezu ausschließlich über die Deutsche Post AG zugestellt.¹⁴⁷

2.2.1 Fehlende Markttransparenz hemmt den grenzüberschreitenden Online-Handel

67. Im Paketmarkt kann der Versender zwischen verschiedenen Paketdienstleistern wählen, die auch die grenzüberschreitende Beförderung in ihrem eigenständigen Logistiknetz anbieten. Kleinversender beklagen sich dennoch über die hohen Kosten und den mangelnden Wettbewerb im grenzüberschreitenden Paketdienst: Bereits 2012 hatte die Europäische Kommission die physische Lieferung online bestellter Waren als einen der Schlüsselfaktoren für das Wachstum des elektronischen Handels bezeichnet.¹⁴⁸ In einem Fahrplan für die Vollendung des Binnenmarktes für die Paketzustellung¹⁴⁹ beschrieb die Europäische Kommission die Probleme bei der grenzüberschreitenden Zustellung und schlug Maßnahmen für die bessere Verfügbarkeit, Qualität und Erschwinglichkeit von Zustelllösungen im europäischen Binnenmarkt vor: Die Verbraucher seien im grenzüberschreitenden Online-Handel nicht ausreichend darüber informiert, wann die Zustellung der Ware erfolgt und wie sie gegebenenfalls eine etwaige Rücksendung vornehmen können. Sie klagten über lange Lieferfristen und einen Mangel an Informationen über das Zustellverfahren. Die Preise für die grenzüberschreitende Zustellung und die Zustellung in ländliche oder abgelegene Gebiete würden häufig als übertrieben empfunden.¹⁵⁰ Es bestehe der Verdacht, dass die Paketdienstleister bei grenzüberschreitenden Sendungen unangemessene, höhere Preise erheben als bei vergleichbaren inländischen Leistungen, die nicht auf Unterschiede in den Kosten im Bestimmungsland zurückzuführen sind.¹⁵¹ Online-Händler beklagen nach den Feststellungen der EU-Kommission die mangelnde Tariftransparenz und Verfügbarkeit von kostengünstigen Versanddienstleistern.¹⁵² Etwa 20 Prozent der in einer Studie befragten Webshops kritisierten höhere Kosten bei dem Versand in das Ausland.¹⁵³ Die höheren grenzüberschreitenden Versandkosten stellen nach Ansicht der EU-Kommission – neben Unsicherheiten über Verbraucherrechte und Rechtsschutz im Ausland – nach wie vor ein Hindernis für einen gesamteuropäischen Internethandel dar. Größere Unternehmen beauftragen daher unmittelbar Paketdienstleister im Zustellland, um die Beförderung kostengünstiger zu gestalten und umgehen damit nationale Paketdienstleister im Absendeland. Den Schwierigkeiten der grenzüberschreitenden Paketzustellung im Online-Handel stehen allerdings hohe Wachstumsraten gegenüber. Die

¹⁴⁶ Auskunft der Deutschen Post AG gegenüber der Monopolkommission vom 28. März 2019.

¹⁴⁷ Auskunft der BNetzA gegenüber der Monopolkommission vom 29. April 2019.

¹⁴⁸ EU-Kommission, Mitteilung vom 11. Januar 2012 KOM(2011) 942 endgültig, Ein kohärenter Rahmen zur Stärkung des Vertrauens in den digitalen Binnenmarkt für elektronischen Handel und Online-Dienste, S. 13, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2011/DE/1-2011-942-DE-F1-1.Pdf>, abgerufen am 16. Oktober 2019; Vgl. Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über grenzüberschreitende Paketzustelldienste vom 25. Mai 2016 (COM (2016) 285 final, Begründung, S. 2, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/DE/1-2016-285-DE-F1-1.PDF>, abgerufen am 16. Oktober 2019).

¹⁴⁹ Mitteilung der EU-Kommission vom 16. Dezember 2013, Fahrplan für die Vollendung des Binnenmarkts für die Paketzustellung, Stärkung des Vertrauens in die Zustelldienste und Förderung des Online-Handels COM (2013) 886 final, https://www.cep.eu/fileadmin/user_upload/cep.eu/Analysen/COM_2013_886_Paketzustellung/COM_2013__886_DE.pdf, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁵⁰ Mitteilung der EU-Kommission vom 16. Dezember 2013, Fahrplan für die Vollendung des Binnenmarkts für die Paketzustellung, Stärkung des Vertrauens in die Zustelldienste und Förderung des Online-Handels COM (2013) 886 final, a. a. O., S. 4.

¹⁵¹ EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über grenzüberschreitende Paketzustelldienste vom 25. Mai 2016 (COM (2016) 285 final, Begründung, S. 3, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/DE/1-2016-285-DE-F1-1.PDF>, abgerufen am 16. Oktober 2019).

¹⁵² Mitteilung der EU-Kommission vom 16. Dezember 2013, Fahrplan für die Vollendung des Binnenmarkts für die Paketzustellung, Stärkung des Vertrauens in die Zustelldienste und Förderung des Online-Handels COM (2013) 886 final, a. a. O., S. 4.

¹⁵³ WIK Consult, Development of Cross-border E-commerce through Parcel Delivery, Study for the European Commission, Directorate-General for Internal Market, Industry, Entrepreneurship and SMEs, Februar 2019, a. a. O., S. 171.

Paketdienstleister berichten Wachstumsraten von 20 bis 25 Prozent pro Jahr im grenzüberschreitenden Paketverkehr.¹⁵⁴

68. Die Möglichkeiten des Binnenmarktes werden im Onlinehandel derzeit nicht ausgeschöpft. Die EU-Kommission beabsichtigte daher, Verbrauchern und Online-Händlern transparente Marktinformationen zu grenzüberschreitenden Paketdiensten zur Verfügung zu stellen. Das Ziel der Kommission war es, diese Transparenz durch die Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste herzustellen.

2.2.2 Die Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste ist nur ein erster Schritt

69. In der Richtlinie über Postdienste¹⁵⁵ wurde 1997 auch der Regulierungsrahmen für Paketdienste festgelegt; der Schwerpunkt der Richtlinie lag jedoch auf der Briefpost und der Erhaltung des Universaldienstes in den Mitgliedstaaten. Grenzüberschreitender Postverkehr war in der Vergangenheit überwiegend mit der Zustellung von Briefpost verbunden. Die zeitnahe grenzüberschreitende Paketzustellung – insbesondere von Unternehmen zum Verbraucher (B2C) – hat 1997 dagegen eine weniger große Rolle gespielt. Die wachsende Nachfrage nach grenzüberschreitenden B2C Paketdiensten ist somit eine vergleichsweise neue Herausforderung für die traditionellen Postdienstleister. 2018 wurde bereits ein Viertel der Umsätze im Paketbereich mit der Beförderung grenzüberschreitender Sendungen erzielt, dies entspricht einem Sendungsmengenanteil von 17 Prozent.¹⁵⁶ Gleichzeitig ist dieses Segment in Zeiten rückläufiger Briefvolumina aber auch einer der interessantesten Wachstumsmärkte im Postsektor. Auch die bislang an B2B Bedürfnissen ausgerichteten Paket- und Kurierdienste müssen sich an das nun durch B2C-Zustellungen getriebene Wachstum des elektronischen Handels anpassen und in Sortierkapazitäten und Paketrücknahmesysteme investieren.¹⁵⁷

70. Um den europäischen Paketmarkt zu fördern, unterbreitete die EU-Kommission 2016 einen Vorschlag für eine Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste¹⁵⁸. Die EU-Kommission sieht nicht nur die Preisgestaltung, sondern auch die mangelnden und inkohärenten Aufsichtsmöglichkeiten bei grenzüberschreitenden Paketdienstleistungen und die unzureichende Markttransparenz als problematisch an.¹⁵⁹ Die nationalen Behörden verfügten über unterschiedliche Kompetenzen, den Paketmarkt und die Paketdienstleister zu beaufsichtigen. Der Vorschlag der Kommission zielte daher darauf ab, die Regulierungsaufsicht über die Paketmärkte wirksamer zu gestalten, den Wettbewerb im Paketmarkt zu stärken und sicherzustellen, dass die Tarife transparenter werden, damit ungerechtfertigte Preisunterschiede abgebaut werden. Der grenzüberschreitende Online-Handel soll angeregt werden, um einen Beitrag zur Vollendung des Europäischen Binnenmarktes zu leisten.

71. Die Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über grenzüberschreitende Paketzustelldienste vom April 2018¹⁶⁰ modifiziert den Vorschlag der EU-Kommission¹⁶¹ deutlich: Die Verordnung soll nunmehr aus-

¹⁵⁴ Wik Consult auf der Tagung "Development of Cross-border E-commerce through Parcel Delivery" in Brüssel am 29. Januar 2019, https://www.wik.org/uploads/media/20190128_wik_GROW_ParcelsStudy_3rdPSW_v5.pdf, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁵⁵ Richtlinie 97/67/EG DES Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997, ABl. L 15/14 vom 21. Januar 1998 in der Fassung der Richtlinie 2008/6/EG vom 20. Februar 2008, ABl. L 52/3 vom 27. Februar 2008.

¹⁵⁶ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 32 f.

¹⁵⁷ Mitteilung der EU-Kommission vom 16. Dezember 2013, Fahrplan für die Vollendung des Binnenmarkts für die Paketzustellung, Stärkung des Vertrauens in die Zustelldienste und Förderung des Online-Handels COM (2013) 886 final, a. a. O., S. 6.

¹⁵⁸ EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über grenzüberschreitende Paketzustelldienste vom 25. Mai 2016 COM (2016) 285 final, a. a. O.

¹⁵⁹ EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über grenzüberschreitende Paketzustelldienste vom 25. Mai 2016 COM (2016) 285 final, a. a. O., Begründung S. 3 f.

¹⁶⁰ VO (EU) 2018/644 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. April 2018 über grenzüberschreitende Paketzustelldienste, ABl. 2. Mai 2018 L 112/19 ff.

¹⁶¹ EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über grenzüberschreitende Paketzustelldienste vom 25. Mai 2016 COM (2016) 285 final, a. a. O.

schließlich Markttransparenzzwecken dienen. Paketzustelldienste müssen der Regulierungsbehörde des Heimatlandes zahlreiche Informationen über ihr Unternehmen, ihren Geschäftsbetrieb (Anzahl der Mitarbeiter, Umsatz und Anzahl der Pakete gegliedert nach einzelnen Produkten und nach In- und Ausland) und insbesondere einmal jährlich die Tariflisten für grenzüberschreitende Universaldienstleistungen im Paketbereich übermitteln. Ausgenommen sind solche Unternehmen, die Paketdienstleistungen ausschließlich im Inland im Rahmen eines Kaufvertrags erbringen und die Waren zustellen. Diese Beschränkung ist sinnvoll, um zu verhindern, dass jede Erfüllung eines Kaufvertrages mit Lieferverpflichtung dazu führt, dass der Verkäufer die Auskunftspflichten gegenüber dem Regulierer erfüllen muss. Ebenfalls ausgenommen sind unter anderem kleinere Unternehmen mit weniger als 50 Mitarbeitern, die nur in einem EU-Staat eine Niederlassung unterhalten.

72. Auf Grundlage der von den Marktteilnehmern übermittelten Informationen identifiziert und bewertet die Bundesnetzagentur die Auslandstarife anhand der Vorgaben in Art. 12 der Postdiensterrichtlinie,¹⁶² um zu klären, ob einzelne Tarife „unverhältnismäßig hoch“ sind. Sie nimmt die Bewertung unter anderem anhand der im Ausgangs- und Empfängerland von Wettbewerbern angewendeten Tarife, der beförderten Mengen und Transportkosten etc. vor. Diese Einschätzung übersendet die Regulierungsbehörde der Europäischen Kommission, die die übermittelten Tarife auf einer besonderen Internetseite¹⁶³ veröffentlicht.

73. Die intendierte Wirkung der Verordnung, eine umfassende Markttransparenz zu schaffen, wird nicht erreicht. Ein Grund besteht darin, dass die Verordnung im Vergleich zu dem ursprünglichen Vorschlag der EU-Kommission keine Verpflichtung zur Übermittlung der sogenannten Endvergütung enthält. Damit entfällt eine Transparenz der Kosten für die Teilleistungen, die dem Paketdienstleister im Empfängerland für die Zustellung des Auslandspaketes gezahlt werden. Kritisch ist außerdem zu betrachten, dass die Regulierungsbehörde nicht mehr, wie in der Ursprungsfassung, bewerten soll, ob die grenzüberschreitenden Tarife „erschwinglich“ sind, sondern nur noch zu prüfen ist, ob sie „unverhältnismäßig hoch“ sind. Die Wortwahl der Neufassung deutet an, dass die Datenerhebung nur im Hinblick auf eine Missbrauchsaufsicht erfolgt, nicht aber, um die grenzüberschreitenden Tarife am Maßstab der Kosten des Universaldienstes zu messen, wie in Art. 12, 13 der Postdiensterrichtlinie¹⁶⁴ vorgesehen. Die verabschiedete Fassung enthält außerdem nicht mehr den in der Entwurfsfassung ursprünglich vorgesehenen diskriminierungsfreien Zugang zu grenzüberschreitenden Paketzustelldiensten und/oder der einschlägigen Infrastruktur.¹⁶⁵ Da die meisten Paketdienstleister über Kooperationspartner im Ausland oder eigene Niederlassungen verfügen, war ein Teilleistungszugang nicht erforderlich. Für kleinere Paketdienstleister dürfte der Eintritt in den grenzüberschreitenden Markt allerdings schwieriger sein.

74. Ob mit der Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste ein positiver Effekt für den Wettbewerb und eine Verbesserung für den Kunden erreicht wird, ist aber auch aus einem anderen Grund zweifelhaft: Die Verordnung führt lediglich dazu, dass die Listenpreise für Individualkunden transparenter werden und die Regulierungsbehörde eine Datenbasis für die Missbrauchsaufsicht schafft. Allerdings geben die Listenpreise bei Paketzustelldiensten keine Auskunft über die Marktpreise für Geschäftskunden: Diese zahlen ausnahmslos keine Listenpreise, sondern – teilweise erheblich – rabattierte Entgelte.¹⁶⁶ Eine Markttransparenz wird daher lediglich für die Privatkundenendpreise geschaffen.

75. Die EU-Kommission will zunächst die Wirkungen der Verordnung testen, um später, soweit erforderlich, nachzusteuern. So ist in der Verordnung vorgesehen, dass die Kommission im Mai 2020 und danach alle drei Jahre

¹⁶² Richtlinie 97/67/EG vom 15. Dezember 1997, ABl. L 15/14 vom 21. Januar 1998 in der Fassung der Richtlinie 2008/6/EG vom 20. Februar 2008, ABl. L 52/3 vom 27. Februar 2008.

¹⁶³ EU-Kommission, Public tariffs on cross-border parcel delivery services, https://ec.europa.eu/growth/sectors/postal-services/parcel-delivery/public-tariffs-cross-border_en, abgerufen am 13. November 2019.

¹⁶⁴ Richtlinie 97/67/EG vom 15. Dezember 1997, ABl. L 15/14 vom 21. Januar 1998 in der Fassung der Richtlinie 2008/6/EG vom 20. Februar 2008, ABl. L 52/3 vom 27. Februar 2008.

¹⁶⁵ Rat der Europäischen Union, Interinstitutionelles Dossier 2016/0149 (COD) vom 31. Mai 2017, S. 13 ff., <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9674-2017-INIT/de/pdf>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁶⁶ Auskunft des Bundesverbandes Paket- und Expresslogistik BIEK vom 25. März 2019.

dem Europäischen Parlament, dem Rat und dem Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss einen Bericht über die Wirkungen der Verordnung vorlegt, an Hand dessen dann weitere Maßnahmen vorbereitet werden können. Es ist fraglich, ob die Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste in der jetzigen Fassung dem Ziel gerecht wird, den Kleinversendern einen besseren Zugang zu grenzüberschreitenden Paketdienstleistungen zu ermöglichen. Allerdings ist nach Art. 3 der Verordnung klargestellt, dass diese nur Mindestanforderungen festlegt und der nationale Gesetzgeber nicht gehindert ist, weitere Maßnahmen einzuleiten, wenn dies zweckmäßig erscheint. Der deutsche Gesetzgeber könnte daher bereits jetzt weitere Daten zu den tatsächlichen Marktpreisen und Endvergütungen erheben lassen, um den grenzüberschreitenden Paketmarkt besser beaufsichtigen zu können, und um Klein- und Privatversendern eine bessere Markttransparenz auch über die Rabattstaffeln zu verschaffen.

Kapitel 3

Behördliche und gerichtliche Verfahren zeigen die Reformbedürftigkeit der Postmarktregulierung

76. Die Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur und die beim Bundeskartellamt und den Verwaltungsgerichten anhängigen Verfahren weisen auf Änderungsbedarf bei der Postregulierung hin: Die Maßgrößenentscheidungen zur Genehmigung der Entgelte im lizenzpflichtigen Bereich legen den Kostenberechnungen in einem sehr aufwendigen Verfahren auch die neutralen Aufwendungen, d. h. Belastungen aus der Zeit der Rechtsvorgängerin der Deutschen Post AG als Bundesbehörde und Universaldienstkosten zugrunde. Dies führt dazu, dass die Entgelte nicht ausschließlich an den reinen Kosten der effizienten Leistungserbringung orientiert sind und der Wettbewerb durch den Transfer von Kosten zwischen dem Brief- und Paketdienst beeinträchtigt wird.¹⁶⁷ Aus Sicht der Monopolkommission sind auch die im März 2019 vorgenommenen Änderungen der Post-Entgeltregulierungsverordnung nicht wettbewerbsfördernd, da sie die Bundesnetzagentur veranlassen, den Gewinnzuschlag für die Entgeltregulierung anhand der Daten der regulierten Ex-Monopolisten im europäischen Ausland und damit auf der Basis von zumindest teilregulierten Gewinnen zu berechnen. Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Köln zeigen, dass die Geschäftstätigkeit der Deutschen Post AG nicht immer im Einklang mit dem Postgesetz stand und zumindest in Einzelfällen auf eine Verdrängung der Wettbewerber abzielte. Die Einhaltung des Diskriminierungsverbots ist durch Verträge, die nicht der Postregulierung unterliegen, aber parallel zu den Postdienstleistungsverträgen geschlossen werden, sowie durch mit den Postdienstleistungen verbundene zusätzliche digitale Leistungen gefährdet. Die nachfolgend dargestellten Verfahren zeigen exemplarisch, welche Themen die anstehende Novelle des Postgesetzes adressieren sollte.

3.1 Problematische Änderung der Post-Entgeltregulierungsverordnung

3.1.1 Der Verordnungsgeber ändert die rechtlichen Grundlagen des Gewinnzuschlags während des Maßgrößenverfahrens

77. Lizenzpflichtige Postdienstleistungen marktbeherrschender Unternehmen unterliegen nach § 19 PostG einer Ex-ante-Entgeltregulierung. Danach bedürfen die Entgelte für Sendungen bis 1.000 Gramm, die von einem marktbeherrschenden Unternehmen auf dem deutschen Postmarkt befördert werden, einer Genehmigung der Bundesnetzagentur. Die Bundesnetzagentur genehmigt die Anpassung der Entgelte von lizenzpflichtigen Produkten durch das marktbeherrschende Unternehmen auf Basis eines sogenannten „Price-Cap-Verfahrens“ nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 PostG. Die Price-Cap-Regulierung verfolgt das Ziel, die Marktteilnehmer zu Effizienzsteigerungen anzuhalten und die Verbraucher vor überhöhten Preisen zu schützen. In diesem Verfahren bestimmt die Regulierungsbehörde zunächst in einer sogenannten Maßgrößenentscheidung einen Korb von Postdienstleistungen und die zulässigen durchschnittlichen Entgeltänderungen für den gesamten Produktkorb innerhalb des Genehmigungszeitraumes.

78. Nach § 4 Abs. 2 Post-Entgeltregulierungsverordnung (PEntgV) bestehen die den Preisanpassungsspielraum festlegenden Parameter aus der gesamtwirtschaftlichen Preissteigerungsrate, der zu erwartenden Produktivitätsfortschrittsrate des regulierten Unternehmens (sogenannter X-Faktor) und ggf. Nebenbedingungen. Die Produktivitätsfortschrittsrate stellt dabei auf das Verhältnis des Ausgangsentgeltlevels am Ende der ablaufenden Genehmigungsperiode zu den „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ (KeL) zuzüglich berücksichtigungsfähiger neutraler Aufwendungen im Genehmigungszeitraum ab. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, an denen sich die regulierten Entgelte nach § 20 Abs. 1 PostG zu orientieren haben, ergeben sich nach § 3 Abs. 2 PEntgV aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, jeweils einschließlich eines angemessenen Gewinnzuschlags, soweit diese Kosten für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Die neutralen Aufwendungen umfassen die berücksichtigungsfähigen Universaldienst-, Sozial- und Versorgungslasten der Deutschen Post AG. Zur Ermittlung des X-

¹⁶⁷ Siehe Tz. 164 ff.

Faktors werden die von der Bundesnetzagentur anerkannten deflationierten KeL und die berücksichtigungsfähigen neutralen Aufwendungen für die nächste Regulierungsperiode zunächst zusammengefasst und sodann auf die prognostizierten Sendungsmengen bezogen.¹⁶⁸ Das so ermittelte durchschnittliche Kostenniveau je Sendung wird dem durchschnittlichen Ausgangsentgeltniveau gegenübergestellt. Schließlich wird noch der gesamtwirtschaftliche Produktivitätsfortschritt, welcher in der allgemeinen Preissteigerungsrate enthalten ist, in Abzug gebracht, da der X-Faktor nur den über die gesamtwirtschaftliche Produktivitätssteigerung hinausgehenden Produktivitätsfortschritt des Unternehmens erfassen soll. Als Maß für die gesamtwirtschaftliche Produktivität wird die totale Faktorproduktivität herangezogen.

79. Die eigentliche Entgeltgenehmigung erfolgt auf der Basis der Maßgrößenentscheidung, indem die Bundesnetzagentur überprüft, ob der konkrete Preiserhöhungsantrag des marktbeherrschenden Unternehmens für einzelne Produkte die Preisobergrenze aller Produkte im gesamten Produktkorb nicht überschreitet. Soweit die Vorgaben der Maßgrößenentscheidung für alle Produkte eingehalten werden, kann das marktbeherrschende Unternehmen die beantragte Preisanpassung umsetzen.

80. Die Bundesnetzagentur verlängerte die Gültigkeit der für die Jahre 2016 bis 2018 anwendbaren Maßgrößenentscheidung am 31. Oktober 2018 mit einer einstweiligen Anordnung und kündigte eine neue Maßgrößenentscheidung für 2019 an.¹⁶⁹ Anlass für diesen Beschluss war die Ankündigung von Maßnahmen der Deutschen Post AG zur Effizienzsteigerung nach einer Gewinnwarnung des Unternehmens am 8. Juni 2018. Der Bundesnetzagentur standen nach eigenen Angaben keine ausreichenden, geeigneten Unterlagen zu den Kosten des Unternehmens zur Verfügung, die diese geplanten Effizienzsteigerungen berücksichtigten.

81. Nachdem die Bundesnetzagentur im Januar 2019 auf Grundlage neuerer Unterlagen der Deutschen Post AG den Entwurf der Entscheidung mit einer Entgeltsteigerungshöhe von 4,8 Prozent für die Jahre 2019 bis 2021 fertiggestellt und dem Unternehmen zur Stellungnahme übermittelt hatte, beschloss die Bundesregierung im März 2019 eine Änderung der PEntgV. Demnach sollen nach § 3 Abs. 2 Satz 2 PEntgV als Referenzunternehmen für die Berechnung des Gewinnzuschlags nur noch solche Unternehmen herangezogen werden, die *„mit den beantragenden Unternehmen in struktureller Hinsicht vergleichbar sind“*.¹⁷⁰

82. Die Änderung der PEntgV sollte nach dem Willen des Ordnungsgebers noch für das laufende Verfahren anwendbar sein und hat weitreichende Folgen für die Höhe der genehmigten Entgelte: Die Ursprungsfassung der PEntgV aus dem Jahr 1999 gab vor, dass ein *„dem unternehmerischen Risiko angemessener Gewinnzuschlag“* Bestandteil der Kosten der effizienten Leistungserbringung sein sollte. 2015 änderte der Ordnungsgeber die Regelung in § 3 Abs. 2 der PEntgV mit dem in der Begründung ausgeführten Ziel, der Deutschen Post AG eine höhere Umsatzrendite zur Umgestaltung der Beförderungsnetze zuzugestehen, um auf die wirtschaftlichen Herausforderungen wachsender digitaler Konkurrenz angemessen reagieren zu können.¹⁷¹ Danach wurde ab 2015 der Gewinnzuschlag im Vergleich mit den Gewinnmargen solcher Unternehmen bestimmt, die *„in anderen europäischen Ländern auf den mit dem lizenzierten Bereich vergleichbaren Märkten tätig sind“*. Die Bundesnetzagentur hatte auf Basis dieser Regelung die EBIT-Margen der etablierten Postunternehmen in der Europäischen Union (ohne Deutschland) sowie in der Schweiz und Norwegen für das Briefsegment, und, soweit diese Daten nicht vorlagen, hilfsweise die Gesamtumsatzrendite zugrunde gelegt. Aus den nach Sendungsmengen gewichteten Zahlen bildete

¹⁶⁸ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 03. Juni 2019, BK5-18/003, a. a. O., S. 127 f.

¹⁶⁹ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 31. Oktober 2018, BK5-18/003, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK5-GZ/2018/BK5-18-0003/BK5-18-0003_Beschluss_bf.pdf?__blob=publicationFile&v=3, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁷⁰ Zweite Verordnung zur Änderung der Post-Entgeltregulierungsverordnung vom 14. März 2019, BGBl. I 2019 Nr. 8 vom 21. März 2019.

¹⁷¹ Begründung des Verordnungsentwurfs der Bundesregierung zur Ersten Verordnung zur Änderung der Post-Entgeltregulierungsverordnung vom 29. April 2015, S. 1 Teil A, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK5-GZ/2015/BK5-15-0012/Verordnungsbegrueundung.pdf?__blob=publicationFile&v=2, abgerufen am 16. Oktober 2019; Vgl. Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Post (2015): Postwendende Reform – Jetzt! (Sondergutachten 74), Baden-Baden 2015, Tz. 134.

die Bundesnetzagentur das arithmetische Mittel und berechnete ab 2015 einen Gewinnzuschlag von 5,09 Prozent,¹⁷² ab 2018 mit Hinweis auf verschiedene Studien und eigene aktualisierte Berechnungen von 6,0 Prozent¹⁷³. Die Änderung von 2019 führt dazu, dass aus dem Kreis der europäischen Postdienstleister nur eine kleinere Gruppe von Unternehmen als Referenz dient, die höhere Umsatzrenditen aufweisen. Die Berechnungen der Bundesnetzagentur auf Grundlage der neuen PEntgV führen zu einem Gewinnzuschlag von 7,61 Prozent.

3.1.2 Zeitpunkt und Inhalt der Änderungsverordnung sind zu kritisieren

83. Die Monopolkommission hatte sich bereits 2015 gegen die damalige Änderung der Post-Entgeltregulierungsverordnung und die Anwendungsmethodik der Bundesnetzagentur ausgesprochen.¹⁷⁴ Nach Ansicht der Monopolkommission erleichtert eine Abkoppelung des Gewinnzuschlages vom unternehmerischen Risiko die Gewinnerzielung für die Deutsche Post AG erheblich zulasten des Wettbewerbs und der Verbraucher im Briefbereich. Da sich auch in den anderen europäischen Märkten kein funktionsfähiger Wettbewerb herausgebildet hat, werden die Entgelte und damit auch die Gewinnzuschläge im Ausland, ebenso wie in Deutschland, im Wesentlichen durch die Regulierungsbehörden mitbestimmt und sind daher in gleicher Weise Ergebnis einer behördlichen Berechnung und keine im Wettbewerb ermittelte Größe. Es existieren im europäischen Ausland auch keine geeigneten Vergleichsmärkte zum lizenzpflichtigen Briefmarkt in Deutschland, da erhebliche Unterschiede in der Wettbewerbs- und Marktentwicklung sowie – trotz einheitlicher europäischer Vorgaben – bei den rechtlichen Rahmenbedingungen bestehen.

84. Die im März 2019 beschlossene Präzisierung des § 3 Abs. 2 PEntgV, die zur Ermittlung des Gewinnzuschlags den Vergleich mit der Gewinnmarge solcher Postunternehmen verlangt, *„die mit dem beantragenden Unternehmen in struktureller Hinsicht vergleichbar sind“*, ist ungeeignet, die 2015 geäußerten Bedenken der Monopolkommission zu entkräften. Letztlich konkretisiert die Ergänzung lediglich das Ermessen des Regulierers bei der Auswahl der Referenzunternehmen. Nach der Begründung soll die Änderung dazu führen, dass Unternehmen mit deutlich kleineren Unternehmens- und Netzgebieten und damit geringeren Skalenvorteilen und Renditen nicht mehr in die Vergleichsbetrachtung aufgenommen werden. Auch Staatsunternehmen sind in dem Vergleich nicht mehr zu berücksichtigen, wobei die genaue Auswahl der Vergleichsunternehmen anhand der präzisierten Kriterien der Bundesnetzagentur obliegt. Nach der Absicht des Ordnungsgebers sollen solche Unternehmen als Referenz gewählt werden, die einem ähnlichen Effizienzdruck unterliegen wie die kapitalmarktorientierte Deutsche Post AG und im Hinblick auf Unternehmensverfassung, Organisationsgrad und Rechnungslegungsstandard vergleichbar sind. Aber auch diese Unternehmen erzielen ihre Gewinnmargen nicht auf vergleichbaren Märkten und nicht in einem freien Wettbewerb, sondern zumindest teilweise auch durch regulierte, behördlich festgelegte oder beeinflusste Preise.

85. Die vorgeschlagene Modifizierung der Berechnungsmethode für den Gewinnzuschlag mit dem in der Begründung der Änderungsverordnung ausgeführten Ziel, die Briefmengenrückgänge bei der Deutschen Post auszugleichen,¹⁷⁵ ist aber auch deshalb fragwürdig, weil die zu erwartende rückläufige Entwicklung der Briefmengen bereits in die Berechnung der Produktivitätsfortschrittsrate eingeht. Die Produktivitätsfortschrittsrate kann bei abnehmenden Sendungsmengen, wie im letzten Maßgrößenverfahren, auch negativ sein und damit zu einer Kosten-erhöhung führen. Eine Anpassung der Berechnung des Gewinnzuschlags aufgrund der rückläufigen Briefsendungsmengen ist insofern nicht angezeigt.

¹⁷² Z. B. BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 30. November 2017, BK5-17/048, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK5-GZ/2017/BK5-17-0048/BK5-17-0048_Beschluss_Download_BF.pdf?__blob=publicationFile&v=3, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁷³ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 1. Oktober 2018, BK5-18/014, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK5-GZ/2018/BK5-18-0014/BK5-18-0014_Beschluss_bf.pdf?__blob=publicationFile&v=2, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁷⁴ Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Post (2015), a. a. O., Tz. 133 ff; und 10. Sektorgutachten Post (2017), a. a. O., Tz. 121.

¹⁷⁵ Verordnungsentwurf der BMWi, Zweite Verordnung zur Änderung der Post-Entgeltregulierungsverordnung, Begründung, Stand 13. Februar 2019, S. 4, https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/XYZ/zweite-verordnung-zur-aenderung-der-post-entgeltregulierungsverordnung.pdf?__blob=publicationFile&v=6, abgerufen am 16. Oktober 2019.

86. Aufgrund der Erfahrungen anderer europäischer Länder ist zu erwarten, dass die Briefmengen auch in Deutschland durch die Digitalisierung zurückgehen und damit die Kosten für den einzelnen Brief steigen. Allerdings verschieben sich auch die Marktanteile in den letzten Jahren in einem Volumen von ca. ein bis zwei Prozent pro Jahr von der Deutschen Post auf deren Wettbewerber. In Deutschland ist in den Jahren 2009 bis 2018 eine Briefmengenreduzierung von insgesamt 12,9 Prozent (von 16,3 Mrd. Sendungen auf 14,2 Mrd.) festzustellen; bei der Deutschen Post AG gingen die Sendungsmengen im gleichen Zeitraum jedoch um über 17,6 Prozent (von 14,8 Mrd. Sendungen auf 12,2 Mrd.) zurück.¹⁷⁶ Der Mengenrückgang erfolgt daher im Wesentlichen bei der Deutschen Post AG. Der als Grund für die Änderungsverordnung angegebene Sendungsmengenrückgang bei der Deutschen Post AG ist daher zumindest teilweise durch den Wettbewerb veranlasst.

87. Die Anpassung des Gewinnzuschlags ist auch im Hinblick auf die Ergebnissituation des Unternehmens zu hinterfragen: Die Umsatzrendite befand sich auch vor der Anpassung der Post-Entgeltregulierungsverordnung in einem üblichen Rahmen der Postunternehmen. 2017 hat die Deutsche Post AG im Unternehmensbereich Post/E-Commerce/Parcel in Deutschland ein EBIT von EUR 1,5 Mrd. mit einer Umsatzrendite von 8,3 Prozent erzielt; im Jahr 2018 belief sich das EBIT nach der Gewinnwarnung im Juni 2018 auf EUR 658 Mio. mit einer Umsatzrendite von 3,6 Prozent.¹⁷⁷ Auch dieser Wert liegt über der Durchschnittsrendite der großen Postunternehmen, die in der IPC organisiert sind. Deren Umsatzrendite bewegte sich in den Jahren 2015 bis 2017 im Mittel zwischen 3,0 und 3,3 Prozent.¹⁷⁸ Die Deutsche Post AG hat während des Maßgrößenverfahrens 2019 angekündigt, Großkunden – zumindest für eine Übergangszeit nach der Regulierungsentscheidung – höhere Rabatte zu gewähren und damit die Preise für die Großkunden weitgehend stabil zu halten.¹⁷⁹ In dem Bereich, in dem die Deutsche Post AG dem Wettbewerb ausgesetzt ist, blieben die Preise nahezu unverändert; im regulierten de facto Monopolbereich erhöhte das marktbeherrschende Unternehmen aber die Entgelte. Die Deutsche Post AG hat damit die Entgelte nur in einem geringen Teilbereich ihrer Geschäftstätigkeit angepasst, der zuletzt ca. 17 Prozent des Umsatzes im Briefsegment ausmachte, was darauf schließen lässt, dass der Ergebnisdruck begrenzt ist.

88. Als weitere Begründung für die Änderung gibt der Ordnungsgeber an, die höhere Umsatzrendite solle sicherstellen, dass der Universaldienst flächendeckend zu erschwinglichen Preisen gewährleistet ist. Die Deutsche Post erbringt de facto heute den bundesweiten Universaldienst. Entsprechend § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG sind die Kosten der flächendeckenden Versorgung mit Postdienstleistungen bei der Berechnung genehmigungsbedürftiger Entgelte angemessen zu berücksichtigen. Derzeit werden die Kosten des sechsten Zustellungstages bereits als neutrale Aufwendungen berücksichtigt. Damit kann der Universaldienst keine Begründung für die Erhöhung des Gewinnzuschlags sein. Es ist gesetzlich nicht vorgesehen, die Vergütung des Universaldienstes durch eine pauschale Veränderung des Gewinnzuschlags vorzunehmen. Die Zielsetzung der Änderung der Post-Entgeltregulierungsverordnung steht nicht im Einklang mit der gesetzlichen Regelung: Zur Finanzierung des Universaldienstes gewährt die Änderungsverordnung der Deutschen Post AG einen derzeit nicht näher bezifferbaren Vorteil, der nicht konkret an den Kosten des Universaldienstes bemessen ist.

89. Der Verordnungsentwurf wurde zu einem Zeitpunkt erarbeitet und vorgestellt, zu dem die Bundesnetzagentur das Maßgrößenverfahren so weit abgeschlossen hatte, dass die Presse bereits den voraussichtlichen Preiserhöhungsspielraum von 4,8 Prozent bis Ende 2021 kommentierte. Die Verabschiedung der Änderungsverordnung zu diesem Zeitpunkt kann das Vertrauen der Marktteilnehmer und Verbraucher in die Unabhängigkeit und die an Sachargumenten orientierte Arbeitsweise der Bundesnetzagentur und die gesetzlichen Regelungen beeinträchtigen. Die Bundesnetzagentur wurde in einem nahezu abgeschlossenen Entgeltregulierungsverfahren mit Änderun-

¹⁷⁶ BNetzA, 20 Jahre Postgesetz, a. a. O., S. 9; Informationen der BNetzA in der Methodenkonferenz „Markterhebung im Postwesen“ in Bonn am 25. Februar 2019; BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 16.

¹⁷⁷ Geschäftsbericht Deutsche Post Group 2018, a. a. O., S. 50.

¹⁷⁸ IPC, 2018 Key findings, Global postal industry report, S. 6, <https://www.ipc.be/sector-data/postal-sector/key-findings>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁷⁹ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12. März 2019, S. 22; Auskunft der Deutschen Post AG gegenüber der Monopolkommission vom 3. September 2019.

gen einer Verordnung konfrontiert, die gezielt das gefundene Ergebnis in eine vorgegebene Richtung ändern sollten. Hierdurch wird auch bei den Wettbewerbern der Deutschen Post AG, die von den Teilleistungen des Unternehmens abhängig sind, Planungsunsicherheit erzeugt.

90. Die Monopolkommission hält an dem Vorschlag fest, den Gewinnzuschlag wie vor 2015 an dem unternehmerischen Risiko zu orientieren. Das eingesetzte Kapital sollte mit einem auf Basis von Kapitalmarktmodellen ermittelten marktüblichen Kapitalkostensatz risikoadäquat verzinst und § 3 Abs. 2 PEntgV auf die Fassung vor 2015 zurückgeführt werden.

3.1.3 Die Ergebnisse der Maßgrößenentscheidung 2019 erweitern den finanziellen Spielraum der Deutschen Post AG

91. Nach den Verzögerungen aufgrund fehlender Daten der Antragstellerin und der Änderung der PEntgV durch den Ordnungsgeber konnte die Bundesnetzagentur am 3. Juni 2019 die endgültige Maßgrößenentscheidung¹⁸⁰ veröffentlichen. Darin setzte sie den Produktivitätsfaktor auf minus 5,41 Prozent und die gesamtwirtschaftliche Preissteigerungsrate auf 3,45 Prozent fest, sodass sich insgesamt ein Preiserhöhungsspielraum von 8,86 Prozent von Januar 2019 bis Dezember 2021 ergab. Es erfolgt darüber hinaus eine Kompensation für den Zeitraum von Januar bis Juni 2019, in dem eine Entgelterhöhung wegen der Verzögerung des Verfahrens nicht möglich war, sodass der Preisanpassungsrahmen vom 1. Juli 2019 bis zum 31. Dezember 2021 für den Produktkorb 10,63 Prozent beträgt. Angesichts der moderaten Rückgänge der Briefmengen erscheint der negative Produktivitätsfaktor hoch,¹⁸¹ kann aber nicht weiter kommentiert werden, da die Zahlen als Geschäftsgeheimnisse der Monopolkommission nicht zugänglich sind. Im Vergleich zu dem Erhöhungssatz von 4,8 Prozent im ursprünglichen Beschlussentwurf vor der Änderung der PEntgV hat die neue Verordnung den Spielraum der Deutschen Post AG erheblich erweitert.

92. Die Beschlusskammer erläutert in ihrer Entscheidung, dass die Deutsche Post AG eine marktbeherrschende Stellung für die Einsammlung, Beförderung und Zustellung inländischer und in das Ausland abgehender Standard Briefsendungen in Deutschland hat. Digitale Kommunikation sieht die Beschlusskammer nicht als Bestandteil des relevanten Marktes, da sie kein Substitut zu der Beförderung von physischen Briefen darstellt.¹⁸² Das Ausgangsentgeltniveau beruht auf den Preisen am 31. Dezember 2018.

93. Die Bundesnetzagentur weist die Kosten und neutralen Aufwendungen¹⁸³ zunächst verursachungsgerecht bzw. Gemeinkosten entsprechend der tatsächlichen Inanspruchnahme den einzelnen Produkten zu. Dies führt aufgrund der neutralen Aufwendungen dazu, dass im Wettbewerb stehende Produkte der Deutschen Post AG Kosten aufweisen, die nicht dem Marktpreisniveau entsprechen. Daher verteilt die Bundesnetzagentur die neutralen Aufwendungen entsprechend dem Tragfähigkeitsprinzip zunächst auf die nicht der Maßgrößenentscheidung unterfallenden Produkte im Wettbewerb bis deren Preise dem Wettbewerbsniveau entsprechen. Der dann noch nicht verteilte Rest der neutralen Aufwendungen wird den *Price-Cap-Produkten* zugewiesen.¹⁸⁴ Diese Vorgehensweise entspricht den Regelungen des Postgesetzes, die neutralen Aufwendungen im Maßgrößenverfahren angemessen zu berücksichtigen,¹⁸⁵ führt aber dazu, dass die Briefbeförderung mit Kosten belastet wird, die für die aktuelle Leistungserbringung nach reinen KeL-Prinzipien keine Relevanz haben.¹⁸⁶

¹⁸⁰ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 3. Juni 2019, BK5-18/003, a. a. O.

¹⁸¹ Vgl. Haucap, in Holznapel (Hrsg.), 20 Jahre Verantwortung für Netze, München, 2018, S. 330 f.

¹⁸² Im Einzelnen s.u. Tz. 130 ff.

¹⁸³ Siehe zu den neutralen Aufwendungen Tz. 155 ff.

¹⁸⁴ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 3. Juni 2019, BK5-18/003, a. a. O., S. 38 f.

¹⁸⁵ Vgl. BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 3. Juni 2019, BK5-18/003, a. a. O., S. 46 f.

¹⁸⁶ Siehe im Einzelnen Tz. 157 ff.

94. Die neutralen Aufwendungen für den Universaldienst berücksichtigt die Beschlusskammer unter anderem in Form der Kosten für den sechsten Zustelltag, da die Deutsche Post bei optimiertem operativen Betrieb nur an fünf Tagen zustellen würde. Die Filialkosten sind hingegen den Produkten verursachungsgerecht zugerechnet worden und stellen damit im Gegensatz zu vergangenen Maßgrößenentscheidungen keine neutralen Aufwendungen mehr dar.

95. Entsprechend der neuen Fassung von § 3 Abs. 2 Satz 2 PEntgV legt die Beschlusskammer für die Bestimmung der Produktivitätsfortschrittsrate nach einer ausführlichen Analyse, welche Vergleichsmärkte und -unternehmen anhand der verschiedenen Parameter in Betracht kommen, eine durchschnittliche Umsatzrendite von 7,61 Prozent zugrunde. Die Berechnungen beruhen auf den Kennzahlen der börsennotierten Postunternehmen in Österreich, Belgien, Italien, den Niederlanden, Portugal und Großbritannien. Alternative Wettbewerber der marktbeherrschenden Unternehmen und staatseigene Postdienstleister (z. B. die französische La Poste, Post Denmark) sowie die Postunternehmen von kleineren Staaten wurden nicht in die Vergleichsbetrachtung aufgenommen, da Wettbewerber und Postunternehmen kleinerer Staaten eine andere Kostenstruktur haben und staatseigene Postunternehmen nicht dem Effizienzdruck des Aktienmarktes unterliegen. Bei Royal Mail UK bereinigte die Beschlusskammer die Umsatzrendite um einmalige Sondereffekte.

96. Die Beschlusskammer überprüft den ermittelten Produktivitätsfaktor auch im Vergleich zu anderen europäischen Ländern: Die gewichtete durchschnittliche Portoerhöhung pro Jahr lag demnach in der Regel 1,8 Prozent über der allgemeinen Inflationsrate; dieser Wert entspricht dem von der Bundesnetzagentur nach dem Postgesetz errechneten Produktivitätsfaktor in Höhe von minus 5,4 Prozent für drei Jahre.¹⁸⁷

97. Mit einer einstweiligen Anordnung¹⁸⁸ hat die 5. Beschlusskammer der Bundesnetzagentur am 19. Juni 2019 der Deutschen Post AG die Genehmigung für die Entgelterhöhung auf Grundlage der Maßgrößenentscheidung erteilt. Die Genehmigung erging als einstweilige Anordnung, weil mit der Beiladung des Bundesverbandes Paket und Expresslogistik e. V. der Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung verbunden ist. Diese mündliche Verhandlung hätte aber nicht in der nach § 5 Abs. 3 PEntgV erforderlichen Frist von zwei Wochen erfolgen können. Daher entschied sich die Beschlusskammer, die Genehmigung im Wege der einstweiligen Anordnung zu erlassen. Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung überwog nach Auffassung der Beschlusskammer das Interesse der Deutschen Post AG an der Durchführung der Entgelterhöhung. Zudem hielt es die Beschlusskammer für wahrscheinlich, dass die (vorläufige) Entscheidung im Hauptsacheverfahren bestätigt werden würde. Daher sollte die Entscheidung nicht aus rein formalen Gründen blockiert werden. Soweit die Anordnung keinen Bestand hätte, könnte einem etwaigen Anpassungsbedarf im laufenden Verfahren dadurch Rechnung getragen werden, dass bei einer Änderung des Preiserhöhungsspielraums auch bereits vorgenommene (überhöhte) Entgeltänderungen in der endgültigen Entscheidung wieder ausgeglichen würden.

98. Die Bundesnetzagentur hat den veröffentlichten Maßgrößenbeschluss teilweise geschwärzt, um Geschäftsgeheimnisse der Deutschen Post AG zu schützen. Für Wettbewerber und die Öffentlichkeit sind die Berechnungen daher nicht im Detail nachvollziehbar. Es fehlt die für eine Überprüfung durch die betroffenen Marktteilnehmer notwendige Transparenz der Berechnungen. Die Maßgrößenentscheidung umfasst über 160 Seiten und erging nach einem über einjährigen Verwaltungsverfahren. Hierauf folgt ggf. noch eine gerichtliche Überprüfung des Entgeltgenehmigungsverfahrens. Der Entscheidungsumfang und der zeitliche Ablauf zeigen die Komplexität des Verfahrens, das einer Straffung und Vereinfachung nicht nur aus Gründen der Effizienz der Verwaltung bedarf. Eine Beschleunigung und Vereinfachung ist auch sinnvoll, um den Zeitraum der Unsicherheit der Marktteilnehmer über die Ergebnisse der Regulierungsentscheidung zu reduzieren, denn die anderen Marktteilnehmer nehmen Teilleis-

¹⁸⁷ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 3. Juni 2019, BK5-18/003, a. a. O. S. 129 ff.

¹⁸⁸ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 19. Juni 2019, BK5-19/013, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK5-GZ/2019/BK5-19-0013/BK5-19-0013_Einstweilige_%20Anordnung_Beschluss_BA.pdf?__blob=publicationFile&v=4, abgerufen am 16. Oktober 2019.

tungen der Deutschen Post AG in Anspruch, deren Preis mittelbar durch die Entgeltregulierung der lizenzpflichtigen Briefe beeinflusst wird.

3.2 Marktmissbrauchsvorwürfe gegen die Deutsche Post AG sind teilweise berechtigt

99. Das Wettbewerbsverhalten der Deutschen Post AG war im Berichtszeitraum Gegenstand einiger Missbrauchsverfahren. Teilweise sind die Verfahren abgeschlossen – so im Fall FirstMail, in dem das Verwaltungsgericht Köln (VG Köln) die Verfügung der Bundesnetzagentur gegen die Deutsche Post AG bestätigt hat.

100. Auch im Fall Infopost hat das Verwaltungsgericht Köln¹⁸⁹ die Missbrauchsverfügung der Bundesnetzagentur gegen die Deutsche Post AG bestätigt; das Rechtsmittel gegen das erstinstanzliche Urteil ist zurückgenommen worden. Auslöser des Verfahrens war die Beschwerde eines Wettbewerbers gegen das Vorgehen der Deutschen Post AG, das Produkt Infopost auch für Sendungen zur Verfügung zu stellen, die nicht werbende Inhalte ausweisen. Das Entgelt für Infopost Sendungen, die Werbepost beinhalten, ist deutlich günstiger als das Porto für Transaktionspost, weil die Deutsche Post AG bei Versendern mit werblichem Inhalt einem verstärkten Substitutionsdruck ausgesetzt ist. Die günstigeren Tarife des Produktes Infopost setzten aber die Inhaltsgleichheit der Sendungen voraus. Der Vorwurf der Ungleichbehandlung war darin zu sehen, dass Versender inhaltsgleicher Rechnungen günstigere Entgelte zahlten als Versender individueller Rechnungen. Das Verwaltungsgericht bestätigte die Auffassung der Bundesnetzagentur: Die Deutsche Post AG habe nicht nachgewiesen, dass die Leistungen für inhaltsgleiche und nicht inhaltsgleiche Rechnungen unterschiedliche Kosten verursachen. Es bestehe auch sonst keine sachliche Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung, sodass die Preisgestaltung der Deutschen Post AG diskriminierend sei.

101. Andere Verfahren sind noch anhängig bzw. eine Verfahrenseröffnung wird durch die zuständigen Behörden geprüft. So liegt dem Bundeskartellamt neben der seit 2017 anhängigen Beschwerde zur Pressepost,¹⁹⁰ in dem Wettbewerber der Deutschen Post AG vorwerfen, Rabatte für die Beförderung von Pressepost an Exklusivitätsvereinbarungen gekoppelt zu haben, seit Juni 2019 eine Beschwerde des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e. V. vor. Kritisiert wird die Zusammenlegung von Bücher- und Warensendungen zu einem Produkt mit zwei Gewichtsklassen (bis 500 bzw. 1.000 Gramm) sowie die damit verbundene Erhöhung von Entgelten für Buchsendungen. Dadurch würden die Mitglieder des Börsenvereins schlechtere Bedingungen als der Großversender Amazon erhalten. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass Mengenrabatte für Großkunden grundsätzlich zulässig sind, wenn sie nichtdiskriminierend ausgestaltet werden. Da Rabattlisten für Paketsendungen der Deutschen Post AG aber nicht veröffentlicht werden, kann nur eine Untersuchung des Bundeskartellamtes klären, ob die Preise wettbewerbsrechtlich zu beanstanden sind.

102. Die Entgelte der sogenannten Impulspost bewertete das Verwaltungsgericht Köln¹⁹¹ als zu gering. Die Deutsche Post AG hatte für besondere Werbepost sehr niedrige Entgelte berechnet, die unter den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung lagen. Die Entgelte lieferten weder einen hinreichenden Beitrag zur Deckung der anteiligen Kosten der Infrastruktur noch der Gemeinkosten. Es konnte durch dieses Produkt kein angemessener Gewinn erzielt werden. Gegen eine Untersagung dieser Entgelte durch die Bundesnetzagentur wehrte sich die Deutsche Post AG vor dem Verwaltungsgericht vergeblich. Die Entgelte und Einlieferungsbedingungen waren so gestaltet, dass Wettbewerber mit diesen Preisen bei der Inanspruchnahme von Teilleistungen nicht konkurrieren konnten und eine Verdrängungswirkung zulasten anderer Wettbewerber erzeugten. Sie wurden daher vom Gericht als missbräuchlich bewertet.

¹⁸⁹ VG Köln, Urteil vom 26. März 2019, 25 K 3396/12 (rechtskräftig), https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_koeln/j2019/25_K_3396_12_Urteil_20190326.html, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁹⁰ Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes, BT-Drs. 19/10900, S. 116, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Taetigkeitsberichte/Bundeskartellamt%20-%20T%C3%A4tigkeitsbericht%202017_2018.pdf?__blob=publicationFile&v=6, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁹¹ VG Köln, Urteil vom 30. August 2019, 25 K 5770/16, (unveröffentlicht).

103. Die Tarifpolitik der Deutschen Post AG bedarf einer genauen Überprüfung. Nach Einschätzung des Verwaltungsgerichts Köln sind Preisdifferenzierungen – angesichts von hohen Fixkosten und schwankender Kapazitätsauslastung – gängige und grundsätzlich postrechtlich zulässige Maßnahmen. Preise werden nach Kundengruppen (z. B. geschäftlich/privat), zeitlich (z. B. Spitzenlast-/Schwachlastzeiten), nach Absatzmenge (Mengenrabatte) oder Vertragsdauer differenziert. Zur Kapazitätsauslastung und Ausnutzung von Größen- und Verbundvorteilen sei dies zunächst wirtschaftlich sinnvoll und komme den Nutzern in ihrer Gesamtheit zugute. Versuche jedoch ein marktbeherrschendes Unternehmen, Preise nach Marktsegmenten derart zu differenzieren, dass dabei unterschiedliche Nachfrageelastizitäten ausgenutzt und die Zahlungsbereitschaft abgeschöpft würden, sei eine differenzierte Betrachtung erforderlich. Da die Ausweichmöglichkeiten auf andere Anbieter bei Vorliegen von Marktbeherrschung begrenzt sind, sei der Übergang zur nicht gerechtfertigten Preisdiskriminierung, die nur auf Marktmacht zurückzuführen ist, gleitend.¹⁹² Durch neu gestaltete Produkte, Kunden- und Preisdifferenzierungen sowie zusätzliche Rabatte und an den Kunden gezahlte Vergütungen für dessen Leistungen testet das marktbeherrschende Unternehmen die Grenzen der Kosten und des Diskriminierungsverbots aus und versucht, die Abschöpfung des Marktes zu optimieren. In einigen Fällen geht diese Optimierung, wie die Fälle Infopost und FirstMail zeigen, über das postrechtlich zulässige Maß hinaus.

104. In weiteren Verfahren – über Teilleistungsbedingungen und Werbekooperationen – hatte die Bundesnetzagentur über Sachverhalte zu entscheiden, die derzeit nicht vom Postgesetz abgedeckt sind. Die im Folgenden näher dargestellten Verfahren machen die Notwendigkeit deutlich, eine Präzisierung und Verschärfung der Missbrauchsregeln in der Novelle des Postgesetzes anzustreben.

3.2.1 First Mail werden Verdrängungspreise vorgeworfen

105. Mit Urteil vom 26. März 2019¹⁹³ wies das Verwaltungsgericht Köln eine Klage der Deutschen Post AG gegen einen Beschluss der Bundesnetzagentur vom 14. Juni 2011¹⁹⁴ ab, in dem die Bundesnetzagentur der Deutschen Post AG und ihrer Konzerngesellschaft *First Mail* untersagt hatte, in besonders wettbewerbsgeprägten Regionen Entgelte anzubieten, die unterhalb der günstigsten Entgelte der Deutschen Post AG lagen. First Mail erwirtschaftete zu keinem Zeitpunkt Gewinne; die Verluste wurden jeweils durch die Deutsche Post AG ausgeglichen. Die Bundesnetzagentur hielt das postrechtliche Abschlagsverbot nach § 25 in Verbindung mit § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG nicht für gewahrt. Die Deutsche Post AG habe den Kunden Verdrängungspreise angeboten. Die Preisgestaltung sei auch als eine missbräuchliche Diskriminierung gegenüber den Kunden zu sehen, die nicht Leistungen der First Mail bezogen, sondern von der Muttergesellschaft nach den üblichen höheren Tarifen bedient wurden. Das Gericht hielt die Annahme für gerechtfertigt, dass die Niedrigpreisstrategie im Wesentlichen dazu diene, den Wettbewerb zulasten anderer Unternehmen einzudämmen. Es stellte insbesondere darauf ab, dass First Mail dauerhaft Endkundenpreise angeboten hatte, die Wettbewerber nicht unterbieten konnten, wenn sie die Teilleistungsentgelte der Deutschen Post AG zugrunde legten und die eigenen Kosten und eine angemessene Eigenkapitalverzinsung erzielen wollten. First Mail hatte nach der Verweigerung einstweiligen Rechtsschutzes den Betrieb eingestellt. Das die Verdrängungspreise feststellende Urteil ist mittlerweile rechtskräftig.

106. Der Sachverhalt macht deutlich, dass es Versuche der Deutschen Post AG gegeben hat, den Wettbewerb mit postrechtswidrigen Preisen einzudämmen. Die Eckpunkte für die Novelle des Postgesetzes weisen daher richtigerweise darauf hin, dass es notwendig ist, eine funktionierende Preisuntergrenzenkontrolle einzuführen.¹⁹⁵

¹⁹² VG Köln, Urteil vom 26. März 2019, 25 K 3396/12, a. a. O.

¹⁹³ VG Köln, Urteil vom 26. März 2019, 25 K 3725/11, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_koeln/j2019/25_K_3725_11_Urteil_20190326.html, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁹⁴ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 14. Juni 2011, BK5b-11/018, Pressemitteilung, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Presse/Pressemitteilungen/2011/110614_FirstMailEntgelte_pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=3, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁹⁵ BMWi, Eckpunkte für eine Novelle des Postgesetzes vom 1. August 2019, a. a. O., S. 4, Ziffer IV.2.

3.2.2 Werbekooperationen der Deutschen Post AG mit ihren Kunden sind diskussionswürdig

107. Die Deutsche Post AG zahlt Großkunden, die einen Werbeaufdruck der Deutschen Post AG auf dem von ihr beförderten Briefumschlag akzeptierten, eine Werbevergütung von drei Eurocent pro Sendung. Ein Wettbewerber hatte bei der Bundesnetzagentur beantragt, die Deutsche Post AG zu verpflichten, ihm Zugang zu einer Teilleistung „Briefversand mit aufgedrucktem Werbelogo der Deutschen Post AG inklusive des gewährten Rabattes“ zu gewähren. Die Bundesnetzagentur lehnte eine Verpflichtung der Deutschen Post AG ab, diese Vergütung auch den Wettbewerbern für deren Gestattung des Werbeaufdrucks zu zahlen, da die Werbung auch dann keine Postdienstleistung darstelle, wenn sie auf einem Briefumschlag abgedruckt werde.¹⁹⁶ § 31 Abs. 2 PostG ermögliche es der Bundesnetzagentur lediglich, den Zugang zu den Teilleistungen über die Anordnung eines Vertrages zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und dem Teilleistungskunden herzustellen, nicht aber die Bedingungen bestehender Verträge abzuändern. Die Antragstellerin verfüge bereits über einen Zugang zu Teilleistungen, sie erstrebe aber darüber hinaus mit ihrem Antrag eine Vereinbarung über Werbeleistungen. Die Geltendmachung eines solchen Anspruches sei aber nicht von § 31 Abs. 2 PostG umfasst. Die Deutsche Post AG legte weiter dar, dass es keinen rechtlichen oder wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen dem Werbeaufdruck und dem Teilleistungsvertrag gebe. Dies zeige sich schon darin, dass nicht mit allen, sondern nur mit wenigen ausgesuchten Teilleistungsendkunden Werbeverträge abgeschlossen wurden. Das Verwaltungsgericht Köln bestätigte die Entscheidung der Bundesnetzagentur mit Urteil vom 26. März 2019.¹⁹⁷

108. Die Bundesnetzagentur lehnte den Antrag des Wettbewerbers zwar ab, wertete ihn aber als eine Beschwerde über einen möglichen Marktmissbrauch. Die Bundesnetzagentur prüft daher derzeit den Sachverhalt im Rahmen von Vorermittlungen für ein Missbrauchsverfahren, die bislang allerdings nicht zur Eröffnung eines förmlichen Verfahrens geführt haben. Auch das Verwaltungsgericht Köln hatte eher eine Prüfungsmöglichkeit unter Missbrauchsgesichtspunkten gesehen.

109. Eine Untersuchung des Werbezuschusses ist zu begrüßen, da Vereinbarungen, die parallel oder kombiniert mit Postdienstleistungsverträgen geschlossen werden, die Möglichkeit eröffnen, Entgelte entgegen den Vorgaben des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG zu modifizieren und Zu- oder Abschläge zu vereinbaren, die mittelbar Auswirkungen auf die Entgelte für die Postdienstleistungen haben. Es stellt sich für die Novelle des Postgesetzes die Frage, wie mit Verträgen zwischen der Deutschen Post AG und den Versendern umzugehen ist, die nicht der Regulierung des Postgesetzes unterliegen, aber parallel zu den Postdienstleistungsverträgen abgeschlossen werden. In diese Verträge kann die Bundesnetzagentur derzeit keinen Einblick nehmen.

3.2.3 Die Bedingungen der Teilleistungsverträge verstärken die Dominanz der Deutschen Post AG

110. Durch Beschlüsse vom 15. August 2017¹⁹⁸ und vom 25. September 2017¹⁹⁹ hatte die Bundesnetzagentur die Deutsche Post AG unter dem Vorwurf eines Missbrauchs ihrer marktbeherrschenden Stellung gemäß § 32 Abs. 2 Satz 1 PostG aufgefordert, von ihr zurückbehaltene bzw. aufgerechnete Teilleistungsrabatte an den Wettbewerber Postcon auszuzahlen. Hintergrund des Einbehalts der Zahlungen durch die Deutsche Post AG war der Verdacht auf Unregelmäßigkeiten und betrügerische Manipulationen bei den Teilleistungsabrechnungen durch Vertragspartner

¹⁹⁶ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 15. Februar 2016, BK5-15/043, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK5-GZ/2015/BK5-15-0043/BK5-15-0043_Beschluss_Download_BF.pdf?__blob=publicationFile&v=2, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁹⁷ VG Köln, Urteil vom 26. März 2019, 25 K 1889/16, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_koeln/j2019/25_K_1889_16_Urteil_20190326.html, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁹⁸ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 15. August 2017, BK5-17/025, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK5-GZ/2017/BK5-17-0025/BK5-17-0025_Beschluss_download_bf.pdf?__blob%20=publicationFile&v2=publicationFile&v=5=publicationFile&v=5, abgerufen am 16. Oktober 2019.

¹⁹⁹ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 25. September 2017, BK5-17/025, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK5-GZ/2017/BK5-17-0025/BK5-17-0025_Beschluss2_download_bf.pdf?__blob%20=publicationFile&v=2, abgerufen am 16. Oktober 2019.

der Postcon.²⁰⁰ Die Vollziehung der Beschlüsse der Bundesnetzagentur, die die Deutsche Post AG zur Auszahlung der zulasten der Postcon zurückbehaltenen Teilleistungsrabatte aufforderte, wurde im einstweiligen Verfügungsverfahren durch das Verwaltungsgericht Köln²⁰¹ ausgesetzt. Diese Entscheidung hat das Oberverwaltungsgericht (OVG) NRW²⁰² bestätigt.

111. Das Konsolidierungsmodell, auf dem die streitigen Zahlungen beruhen, besteht darin, dass der Versender das volle Porto an die Deutsche Post AG zahlt, der Konsolidierer im Auftrag des Versenders eine Teilvorleistung erbringt (Vorsortierung und Transport in ein Briefzentrum der Deutschen Post AG) und die Sendungen bei der Deutschen Post AG zur Weiterbeförderung einliefert. Die Deutsche Post AG zahlt üblicherweise zeitnah den auf die Vorleistung entfallenden Portoanteil an den Konsolidierer, der wiederum, nach Abzug seiner mit dem Versender vereinbarten Servicekosten, den Rabatt an den Versender auskehrt. Dieses Abrechnungssystem funktioniert nur dann für alle Beteiligten zufriedenstellend, wenn Abrechnung und Rückzahlung der Teilleistungsvergütung zeitnah erfolgen, denn der Versender zahlt zu Beginn des Versandes eine abzurechnende Vorauszahlung, die das vertraglich geschuldete Entgelt in jedem Fall übersteigt. Ein Rückbehalt der Zahlungen führt zu Liquiditätslücken bei den Wettbewerbern, da sie den Versendern den überzahlten Betrag zurückerstatten müssen. Für die im Vergleich zur Deutschen Post AG finanziell schwächeren Konsolidierer ist der Zahlungsausfall nicht immer ohne Weiteres zu kompensieren. Nach Ansicht der Bundesnetzagentur würde ein Verweis auf den Zivilrechtsweg zum einen zu einer erheblichen Zeitverzögerung führen und zum anderen die Einbehaltung des Auszahlungsbetrages das Beweis- und Aufklärungsrisiko auf den wirtschaftlich schwächeren und operativ abhängigen Wettbewerber verlagern. Postcon hätte, so die Bundesnetzagentur in ihren Beschlüssen, damit in einem langdauernden Zivilrechtsstreit mangels Liquidität entweder seinen vertraglichen Verpflichtungen gegenüber ihren Kunden nicht nachkommen können oder alternative Finanzierungen zur Überbrückung suchen müssen. Gleichzeitig, so die Bundesnetzagentur, sei der Wettbewerb insgesamt dadurch gefährdet, dass Konsolidierer aufgrund der fehlenden Zahlungen das Geschäft gegebenenfalls aufgeben müssen oder Kunden zu anderen Wettbewerbern, etwa zum konzerneigenen Konsolidierer der Deutschen Post AG abwandern. Schließlich war der komplexe Sachverhalt nach Ansicht der Bundesnetzagentur noch nicht völlig aufgeklärt und die Aufrechnung, mit der die Deutsche Post AG den Einbehalt begründet habe, nicht hinreichend bestimmt gewesen und habe den Zahlungsanspruch der Postcon nicht zum Erlöschen bringen können.

112. Das Verwaltungsgericht Köln entschied jedoch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren, dass die Einbehaltung von Zahlungen keinen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung darstelle, und setzte die Vollziehung der Beschlüsse aus: Die zwischen der Deutschen Post AG und Postcon geschlossenen Verträge sähen eine Aufrechnungsmöglichkeit der Deutschen Post AG auch für bestrittene Forderungen vor. Dem Konsolidierer stehe dieses Recht zwar gegenüber der Deutschen Post AG nicht zu und er sei damit auch benachteiligt. Vor der Meinungsverschiedenheit, als der Teilleistungsbetrieb unbeanstandet lief, hätten weder Postcon noch die Bundesnetzagentur eine Änderung des Vertrages und der einschlägigen Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsregelungen verlangt. Nach § 32 PostG könne die Bundesnetzagentur nur den Vertrag oder Teile des Vertrages für unwirksam erklären, nicht aber gesetzliche Rechte, hier die Aufrechnungsmöglichkeit der Deutschen Post AG, einschränken.²⁰³ Wenn die Deutsche Post AG mit der Zahlungseinstellung einen – aus ihrer Sicht – durch den Vertragspartner verursachten Schaden kompensieren wolle, sei dies ein sachlich gerechtfertigter Grund, der die Unbilligkeit der Behinderung und damit auch den Marktmissbrauch nach Abwägung der Interessen der Parteien im einstweiligen Rechtsschutz entfallen lasse. Die Deutsche Post AG habe ein aner kennenswertes Interesse, mögliche Ansprüche gegen Postcon im Wege der Aufrechnung zu sichern. In der Abwägung habe das Interesse des Konsolidierers an einer zügigen

²⁰⁰ Zum Sachstand 2017 siehe auch: Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Post (2017), a. a. O., Tz. 91 ff.

²⁰¹ VG Köln, Beschluss vom 23. Februar 2018, 22 L 3577/17, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_koeln/j2018/22_L_3577_17_Beschluss_20180223.html, abgerufen am 16. Oktober 2019.

²⁰² OVG NRW, Beschluss vom 6. März 2019, 13 B 506/18, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2019/13_B_506_18_Beschluss_20190306.html, abgerufen am 16. Oktober 2019.

²⁰³ VG Köln, Beschluss vom 23. Februar 2018, 22 L 3577/17, a. a. O.

Abrechnung und Abwicklung der Zahlungen zurückzustehen. Es sei nicht Aufgabe der Regulierungs- und Missbrauchsverfahren, zivilrechtliche Fragen zwischen den Marktteilnehmern zu regeln.

113. Das OVG NRW²⁰⁴ bestätigte den Beschluss der Vorinstanz. Das OVG stellte fest, dass das marktbeherrschende Unternehmen zwar eine besondere Verantwortung habe, durch sein Verhalten den Wettbewerb nicht zu beeinträchtigen, es aber kein allgemeines Gebot gebe, berechnigte Interessen des marktbeherrschenden Unternehmens stets den Interessen der Wettbewerber unterzuordnen. Nach Ansicht des Gerichts fehlen konkrete Anhaltspunkte für die Annahme, dass der Einbehalt des Betrages dazu führen würde, dass Postcon den Verpflichtungen gegenüber den Kunden nicht hätte nachkommen können, und Kunden aufgrund eines singulären Ergebnisses abgewandert wären. Das Gericht hält aber auch in einer solchen Situation das marktbeherrschende Unternehmen für berechtigt, seine Ansprüche kaufmännisch sinnvoll durchzusetzen. Eine besondere Rücksichtnahme wegen der marktbeherrschenden Stellung sei daher nicht notwendig. Die Deutsche Post AG habe den Anspruch auch plausibel dargelegt; in der Abwägung würden sich aus dem Tatsachenvortrag erhebliche Gründe dafür ergeben, dass die Aufrechnung nicht unberechtigt gewesen sei.

114. Im Zusammenspiel zwischen den Marktteilnehmern können auch zivilrechtliche Themen wettbewerbsrelevant werden, sodass die Bundesnetzagentur auch dann in der Lage sein muss, vorläufige Maßnahmen zum Schutz des Wettbewerbs zu ergreifen, wenn es sich um Auseinandersetzungen auf der Grundlage von zwischen Wettbewerbern abgeschlossenen Verträgen handelt. Die Bedingungen des Vertrags zwischen der Deutschen Post AG und Postcon beinhalteten ein Aufrechnungsverbot nur zulasten von Postcon, nicht aber zulasten der Deutschen Post AG. Diese Ungleichheit ist Ausdruck der Verhandlungsstärke der beteiligten Unternehmen. Zahlungseinbehalte oder Aufrechnungen seitens der Deutschen Post AG können den Bestand von kleineren Konsolidierungsgesellschaften gefährden. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Gestaltung der Teilleistungsbedingungen den wirtschaftlichen Machtverhältnissen entspricht und für die Deutsche Post AG günstiger ist als für die Konsolidierungsgesellschaften. Im konkreten Fall ist der von der Bundesnetzagentur erhobene Vorwurf des Marktmachtmissbrauchs durch das Verwaltungsgericht nicht bestätigt worden. Der Abrechnungsmodus der Teilleistungen sollte jedoch überdacht werden. Die Überzahlung des Kunden an die Deutsche Post AG und die Auskehrung des Rabattes und des Serviceentgelts von der Deutschen Post AG an den Konsolidierer führt dazu, dass der Konsolidierer die Vergütung nicht von seinem Auftraggeber, sondern über den Umweg der Deutschen Post AG erhält. Der Versender zahlt ein zu hohes Porto, dessen Überzahlung später über den Umweg des Konsolidierers ausgeglichen wird. Es ist zu empfehlen, dass der Versender das Serviceentgelt unmittelbar an den Konsolidierer und lediglich das bereits reduzierte Porto an die Deutsche Post AG zahlt. Dies würde die Abrechnung vereinfachen und die Zahlungsrisiken auf die Parteien so verteilen, dass Überzahlungen vermieden und jede Partei nur das Zahlungs- und Insolvenzrisiko der eigenen Vertragspartner übernimmt. Sollten aus technischen Gründen Überzahlungen und Spitzenausgleiche erforderlich sein, könnten diese auf ein Minimum reduziert werden.

3.3 Hybride Briefprodukte bieten Möglichkeiten, die Preisregulierung zu unterlaufen

E-Post-Brief mit klassischer Zustellung

115. In den Beschlussverfahren BK5-17/048²⁰⁵ und BK5-18/018²⁰⁶ genehmigte die Bundesnetzagentur die Entgelte der Deutsche Post E-Solutions GmbH für den E-Post-Brief mit klassischer Zustellung²⁰⁷ jeweils für die Jahre 2018 und 2019. Bei dem E-Post-Brief mit klassischer Zustellung handelt es sich um ein vom Absender digital an den

²⁰⁴ OVG NRW, Beschluss vom 6. März 2019, 13 B 506/18, a. a. O.

²⁰⁵ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 30. November 2017, BK5-17/048, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK5-GZ/2017/BK5-17-0048/BK5-17-0048_Beschluss_Download_BF.pdf?__blob=publicationFile&v=3, abgerufen am 16. Oktober 2019.

²⁰⁶ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 27. November 2018, BK5-18/0018, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK5-GZ/2018/BK5-18-0018/BK5-18-0018_Beschluss_BF.pdf?__blob=publicationFile&v=1, abgerufen am 16. Oktober 2019.

²⁰⁷ Zu den Entscheidungen der Vorjahre siehe Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Post (2017), a. a. O., Tz. 71 ff.

Postdienstleister gesendetes Schreiben, das der Postdienstleister ausdruckt, kuvertiert und physisch an den Empfänger weiterleitet.

116. Die Bundesnetzagentur sieht die Sendungsbeförderung einerseits und die Druck- und Kuvertierleistung des E-Post-Briefes andererseits als getrennte Teilleistungen, die nicht zwingend von Konzerngesellschaften der Deutschen Post AG erbracht werden müssen. Nicht nur Postlizenzinhaber, sondern auch andere Unternehmen bieten Druck-, Kuvertier- und Konsolidierungsleistungen unabhängig von der Sendungsbeförderung an. Der Endkunde kann diese Leistungen auch selbst erbringen und erhält die gleichen Teilleistungsrabatte für die Postdienstleistung wie andere Unternehmen auch. Die Sendungsherstellung (Druck und Kuvertierung) ist im Gegensatz zur Briefbeförderung keine Postdienstleistung nach dem Postgesetz; beide Teilleistungen sind nicht zwingend miteinander verknüpft. Die Ex-ante-Preisregulierung umfasst nur die Beförderung der Briefsendung. Der durch den Endkunden zu zahlende Preis liegt daher um die Druck- und Kuvertierkosten über dem von der Bundesnetzagentur genehmigten Entgelt.

117. Der Anbieter legt daher trotz Ex-ante-Preisregulierung der postalischen Teilleistung den Endpreis des Gesamtprodukts für den Kunden – vorbehaltlich der Missbrauchsaufsicht – autonom fest. Dies entspricht dem Rahmen des Postgesetzes, könnte sich aber langfristig als problematisch darstellen: Hybride Briefsendungen eröffnen dem marktbeherrschenden Anbieter durch die Kombination von entgeltregulierten und nicht regulierten Leistungen die Möglichkeit, die Ex-ante-Regulierung zu modifizieren, indem er zwar die genehmigten Entgelte für den postalischen Teil der Leistung respektiert, gleichzeitig aber den Teil der Leistung, der den Druck und die Kuvertierung vergütet und nicht den Regelungen des Postgesetzes unterfällt, in einer Weise abrechnet, die den regulierten Preisanteil der Leistung unterläuft. Das könnte dadurch erfolgen, dass der nicht regulierte Teil der Leistung unter Kosten oder über den üblichen Entgelten des Marktes angeboten wird. Dies bedeutet, dass die gesamte Preisregulierung umgangen würde, wenn die nicht dem Postgesetz unterfallenden Teilleistungen nicht kostengerecht vergütet würden.

118. Die Bundesnetzagentur ist nach derzeitiger Rechtslage nicht befugt, nicht-postalische Leistungen in Zusammenhang mit der Briefbeförderung zu überprüfen. Bislang hat die Bundesnetzagentur die auf den regulierten Preis aufgeschlagenen Druck- und Kuvertierkosten plausibilisiert und keine Anzeichen für eine Umgehung des regulierten Postentgeltes über die Druckkosten festgestellt. Es ist allerdings nicht konsequent, den Preis des postalischen Produktanteils im Detail nach den Regeln des Price-Cap-Verfahrens zu regulieren, wenn der nicht postalische Anteil des Produkts nur plausibilisiert wird. Damit ist auch der vom Endkunden zu zahlende Gesamtpreis des Produkts kein Ergebnis genauer Regulierung, sondern lediglich einer Plausibilisierung. Die von der Bundesnetzagentur genehmigten Entgelte waren Gegenstand von Klagen eines Wettbewerbers. Das Verwaltungsgericht Köln hat die Klagen aber abgewiesen.²⁰⁸ Vor dem Hintergrund der Ergebnisse der Prüfung durch die Bundesnetzagentur besteht derzeit kein akuter Anlass für eine Änderung der Regulierungspraxis. Es ist jedoch weiter zu beobachten, ob die regulierten Preise durch zusätzliche nicht postalische Leistungen modifiziert und damit die Preisregulierungsverfahren umgangen werden. Sollte dies zukünftig der Fall sein, wäre eine gesetzliche Einbeziehung dieser kombinierten nicht postalischen Leistungen in die Ex-ante-Regulierung notwendig.

Digitale Kopie

119. Für einige Produkte des E-Post-Briefes mit klassischer Zustellung ist seit 1. Januar 2019 die sogenannte „digitale Kopie“ als Zusatzleistung in dem E-Post-Brief enthalten. Die digitale Kopie wird parallel zu der physischen Zustellung des Briefes als digitale Nachricht innerhalb des geschützten E-Post-Netzes an den Empfänger gesandt. Voraussetzung hierfür ist allerdings die Registrierung des Empfängers im E-Post-System der Deutschen Post AG. Die Bundesnetzagentur behandelt die digitale Kopie – genau wie die Druckdienstleistung – nicht als Briefbeförderung, sondern als Zusatzleistung, die nicht der Regulierung und dem Postgesetz unterfällt.²⁰⁹

²⁰⁸ VG Köln, Urteile vom 30. August 2019, 25 K 201/16, 25 K 553/17 und 25 K 16124/17 (nicht rechtskräftig, nicht veröffentlicht).

²⁰⁹ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 27. November 2018, BK5-18/018, a. a. O., S. 8 f.

120. Im Zuge der Substitution der physischen Briefe durch digitale Kommunikation könnten E-Post-Leistungen, insbesondere in Zusammenhang mit der digitalen Kopie, dazu führen, dass das marktbeherrschende Unternehmen die Position aus dem physischen Briefmarkt in den digitalen Briefmarkt überträgt. Die Bundesnetzagentur hat in ihrem Beschluss zur Genehmigung des Entgelts für den E-Post-Brief mit klassischer Zustellung für das Jahr 2019 die digitale Kopie für das Entgeltgenehmigungsverfahren zwar als irrelevant betrachtet. Sie hat aber gleichzeitig ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sie sich vorbehält, ein missbräuchliches Verhalten in Zusammenhang mit der digitalen Kopie, insbesondere im Hinblick auf die Vergütung für die Großversender, zu untersuchen.²¹⁰ Großversender, die die digitale Kopie beauftragen, erhalten als sogenannte Reichweitenpartner eine Vergütung von drei Cent pro digitaler Kopie. Grund für diese Zahlung ist, so die Deutsche Post AG, die Absicht, die digitale Kopie und deren Verbreitung zu fördern. Die Zahlung des Förderbetrages sollte an den Entgeltmaßstäben des § 20 Abs. 2 PostG gemessen werden, da der Förderbetrag mit der Postdienstleistung in engem Zusammenhang steht und einen unmittelbaren Einfluss auf das Entgelt für den E-Post-Brief hat. Die Verknüpfung von digitalen Diensten und der klassischen Briefbeförderung muss, insbesondere wenn die Deutsche Post AG zusätzliche Vergütungen für die Nutzung eines entgeltregulierten Produktes anbietet, darüber hinaus beobachtet werden, um zu prüfen, ob der Regulierungsrahmen weiterer Änderungen bedarf.

3.4 Verbände und Wettbewerber wenden sich gegen Kostenverschiebungen zwischen Brief- und Paketprodukten der Deutschen Post AG

121. Wettbewerber und Verbände, wie der Bundesverband Paket- und Expresslogistik e. V., haben gegen Maßgrößenentscheidungen und konkrete Entgeltgenehmigungen der Bundesnetzagentur Klagen erhoben. Das Ziel dieser Klagen besteht unter anderem darin, die von den Paketdienstleistern behauptete Quersubventionierung der Paketdienstleistungen durch die preisregulierten Produkte zu unterbinden. Die Anfechtung der Maßgrößenentscheidung selbst durch Wettbewerber oder deren Verbände ist nach ständiger Rechtsprechung unzulässig, da den Wettbewerbern die Klagebefugnis fehlt. Daher gingen Wettbewerber und Verbände unter anderem gegen die Entgeltgenehmigung 2015 vor und ließen in diesem Verfahren inzidenter auch die Maßgrößenentscheidung als Grundlage der Entgeltgenehmigung überprüfen. Das Verwaltungsgericht Köln²¹¹ wies die Klage jedoch im Dezember 2018 ab.

122. Die Verbände kritisieren in ihrer Klage gegen die Entgeltgenehmigung zahlreiche Punkte der zugrundeliegenden Maßgrößenentscheidung 2015. Sie sind unter anderem der Auffassung, dass die Bestimmungen des Postgesetzes nicht den Vorgaben der Postdienstleistungsrichtlinie entsprechen, da die Orientierung an den Kosten der effizienten Leistungserbringung nicht strikt eingehalten werde. Das Verwaltungsgericht hält die Bestimmungen nationalen Rechts und die Ausführung durch die Bundesnetzagentur hingegen für vereinbar mit dem EU-Recht. Insbesondere die Ermittlung und Zuweisung von Kosten sei in der Postdienstleistungsrichtlinie nur prinzipiell vorgegeben und lasse dem nationalen Gesetzgeber einen Spielraum, die Details der Regelungen auszugestalten. Dieser gesetzgeberische Spielraum sei eingehalten.

123. Die Kläger beanstanden weiter, dass die neutralen Aufwendungen nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungserbringung berücksichtigt werden. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts sind die neutralen Aufwendungen aber aufgrund § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG ausdrücklich den Kosten der effizienten Leistungserbringung als Sonderpositionen hinzuzurechnen. Dem stehe Unionsrecht nicht entgegen, denn auch das Unionsrecht verlange, dass die Universaldienstleistungen tatsächlich erbracht werden und der Anbieter diese so leisten könne, dass keine unverhältnismäßigen finanziellen Belastungen entstehen. Die Bundesnetzagentur prüfe, ob und in welchem Umfang die neutralen Aufwendungen berücksichtigt werden können. Die nach Prüfung anhand von § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG berücksichtigten neutralen Aufwendungen seien damit per se nicht

²¹⁰ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 27. November 2018, BK5-18/018, a. a. O., S. 22.

²¹¹ VG Köln, Urteil vom 4. Dezember 2018, 25 K 7243/15, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_koeln/j2018/25_K_7243_15_Urteil_20181204.html, abgerufen am 16. Oktober 2019.

missbräuchlich, da sie unter anderem eine auch nach Unionsrecht gerechtfertigte Kompensation für die Erbringung der Universaldienstleistungen darstellten.

124. Die Berücksichtigung der Universaldienstlasten nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG widerspricht nach Ansicht des Gerichts ebenfalls nicht Art. 7 der Postdienstrichtlinie, der verschiedene Finanzierungsmöglichkeiten der Universaldienstkosten durch den Staat beinhaltet. In Deutschland werden die Nettokosten der Universaldienstleistungen über die (erhöhten) Entgelte der Nutzer der Postdienstleistungen gedeckt, sodass es auf die alternativen Finanzierungsmöglichkeiten der Postdienstrichtlinie in Art. 7 gar nicht ankomme. Es sei nicht erforderlich, dass die Deutsche Post AG zur Erbringung der Universaldienstleistungen verpflichtet wurde. Vielmehr sei es ausreichend, wenn sie die Universaldienstleistungen tatsächlich erbringe, um hierfür einen finanziellen Ausgleich in der Entgeltgenehmigung zu berücksichtigen.

125. Die Einbeziehung der neutralen Aufwendungen in die Berechnungen verstößt nach Ansicht des Gerichts auch nicht gegen Beihilferegeln; die mit den Postentgelten gezahlten Mehrbeträge sind privatrechtliche Zahlungen und keine staatlich kontrollierten Beiträge. Im Übrigen müssten Wettbewerber der Deutschen Post AG keine ähnlichen Altlasten wie die Deutsche Post AG tragen, sodass die Kompensation der Altlasten wettbewerbsgerecht sei.

126. Das Verwaltungsgericht akzeptiert auch das Tragfähigkeitsprinzip²¹² als Ultima Ratio für die Zuordnung neutraler Aufwendungen. Die Kostenzuweisung nach dem grundsätzlich maßgeblichen Verursachungsprinzip kann wegen der Universaldienstkosten und der Personallasten der Deutschen Post AG aus der Zeit vor der Liberalisierung zu nicht marktfähigen Preisen bei den im Wettbewerb stehenden Produkten der Deutschen Post AG führen. Diese Kosten sind zunächst nicht in den Kosten der effizienten Leistungserbringung enthalten, da sie als Altlasten für die Leistungserbringung nicht notwendig sind. Gleichwohl müssen die Kosten bei der Entgeltgenehmigung nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG auf die einzelnen Produkte verteilt und angemessen berücksichtigt werden. Neben dem Proportionalprinzip oder einer Durchschnittszuordnung stellt das Tragfähigkeitsprinzip, so das Verwaltungsgericht Köln, ein anerkanntes, allerdings nur subsidiär anzuwendendes Verteilungskonzept für diese Kosten dar. Das Tragfähigkeitsprinzip verteile die neutralen Aufwendungen nach Maßgabe der Belastbarkeit der Kostenträger nach Größen wie Preis, Umsatz, Deckungsbeitrag o. ä. und beinhalte damit eine gesetzlich tolerierte Quersubventionierung zulasten ertrags- oder umsatzstarker Produkte. Das Tragfähigkeitsprinzip sei daher nur in begrenztem Umfang und für Restkostenteile anzuwenden. Diese Vorgaben habe die Bundesnetzagentur beachtet.

127. Der wesentliche Kritikpunkt der Wettbewerber in den Klageverfahren ist die Verteilung der Kosten bei der Berechnung der Maßgrößen im Entgeltregulierungsverfahren. Die Zahlen der Deutschen Post AG und die darauf aufbauenden Berechnungen der Bundesnetzagentur sind für die Wettbewerber als Geschäftsgeheimnisse nicht einsehbar und daher nicht nachvollziehbar. Die Anwendung des Tragfähigkeitsprinzips führt dazu, dass die in § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG geregelten sogenannten neutralen Aufwendungen, auch soweit sie im Wettbewerbsbereich anfallen, teilweise den entgeltregulierten Produkten zugewiesen werden. Die Wettbewerber sehen hierin eine Verletzung des Prinzips, dass die Kosten verursachungsgerecht verteilt werden müssen, und eine Quersubventionierung der Wettbewerbsprodukte. Die Kunden von Produkten im ex-ante regulierten Lizenzbereich zahlen zum Teil auch Kosten der Wettbewerbsprodukte, im Wesentlichen der Pakete. Die ursprüngliche Intention des Gesetzgebers bestand darin, den Wettbewerbsnachteil der Deutschen Post AG aufgrund höherer Kosten aus der Zeit als Bundesbehörde zu kompensieren. Ob diese Absicht heute noch gerechtfertigt ist, scheint, wie unten²¹³ auszuführen ist, zweifelhaft. Ein weiterer Kritikpunkt ist in der Verbundzustellung zu sehen, bei der Brief- und Paketzustellungen durch einen Zusteller auf dem Land erfolgen. In rund 65 Prozent der über 54.000 Zustellbezirke erfolgt die Zustellung von Briefen und Paketen im Verbund.²¹⁴ Auch insoweit ist für die Wettbewerber nicht lückenlos nachvollziehbar, wie die Kostenzuweisung in der Verbundzustellung erfolgt. Die Novelle des Postgesetzes sollte daher konkrete Vorgaben für die Zuweisung von Kosten und die Abgrenzung zwischen den einzelnen Produkten vorse-

²¹² Siehe hierzu im Detail Tz. 164 ff.

²¹³ Siehe Tz. 157 ff.

²¹⁴ Auskunft der Deutschen Post AG gegenüber der Monopolkommission vom 28. März 2019.

hen. Aus Wettbewerbssicht wäre eine streng verursachungsgerechte Zuweisung der Kosten auf die einzelnen Produkte vorzuziehen, ohne Kostenverschiebungen zuzulassen.

Kapitel 4

Reform des Postgesetzes zügig voranbringen

4.1 Das Ministerium bereitet die Novelle des Postgesetzes vor

128. Es besteht bei den politischen Entscheidungsträgern, Behörden und bei den Postunternehmen angesichts der Marktentwicklungen Konsens, dass das Postgesetz nach über 20 Jahren einer Überarbeitung bedarf. Die Schwerpunkte der Diskussion liegen dabei auf den Konsequenzen des schrumpfenden Briefmarktes, dem fehlenden Wettbewerb im Briefmarkt, den steigenden Paketmengen und der Kritik der Wettbewerber der Deutschen Post AG an zahlreichen Regulierungsvorschriften, die aus Sicht der Wettbewerber das marktbeherrschende Unternehmen nicht hinreichend disziplinieren. Die steigende Anzahl von Verbraucherbeschwerden²¹⁵ zeigt, dass die Qualität der Postdienstleistungen in der Bewertung der Postnutzer sinkt, was ebenfalls zu Diskussionen führt.

129. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie hat daher am 1. August 2019 ein Eckpunktepapier für die Novelle des Postgesetzes vorgelegt und zu Stellungnahmen aufgefordert.²¹⁶ Darin gibt das Ministerium die Ziele vor, Postdienstleistungen von guter Qualität bei einer positiven Wettbewerbsentwicklung mit Chancengleichheit zwischen den Wettbewerbern sicherzustellen und unnötige Regulierungen abzubauen. Das Ministerium stellt in dem Eckpunktepapier unter anderem die Lizenzpflicht für die Briefbeförderung zur Disposition und beabsichtigt, den Umfang des Universaldienstes zu überprüfen. Den Kunden sowie auch den Empfängern der Sendungen sollen zudem bessere Rechte gegenüber den Postdienstleistern eingeräumt werden. Das Ministerium schlägt ferner vor, die Bundesnetzagentur in die Lage zu versetzen, in Zukunft die Postmärkte regelmäßig ohne weitere Fristvorgaben zu untersuchen, und nicht, wie derzeit, nur anlassbezogen aufgrund eines Antrags oder einer Beschwerde bzw. zu festgelegten Zeitpunkten in den Entgeltregulierungsverfahren. Hierdurch könnten Marktentwicklungen besser sichtbar gemacht und die kontinuierliche Bewertung der Postmärkte und kurzfristige Regulierungsmaßnahmen ermöglicht werden. Zu diesem Zweck soll die Bundesnetzagentur mit ausgeweiteten Informations- und Auskunftsrechten ausgestattet werden. Es ist auch geplant, die Ex-ante-Entgeltregulierung auf ihre Erforderlichkeit und den Maßstab der Kosten der effektiven Leistungserbringung auf seine Zweckmäßigkeit zu überprüfen. Die Ex-post-Kontrolle will das Ministerium effizienter gestalten. Vor dem Hintergrund der Bedeutung der Teilleistungen wird schließlich beabsichtigt, neben Ausweitungen oder Modifizierungen des Teilleistungszuganges, auch Bedingungen für eine Kooperation auf der "letzten Meile" zu erörtern. Obgleich das Postgesetz den Brief- und Paketmarkt erfasst, wird sich die Novelle in erster Linie auf den Briefmarkt konzentrieren.

4.2 Getrennte Märkte für Briefe und E-Mail-Kommunikation

130. Um die Notwendigkeit, die Reichweite und die Intensität der Regulierungsmaßnahmen für den Briefmarkt zu bestimmen, bedarf es zunächst der Abgrenzung des zu regulierenden Briefmarktes. Diese Abgrenzung wird zunehmend schwieriger: Durch den Versand von kleineren Waren und nicht nur schriftlichen Mitteilungen in der Briefpost wird die Abgrenzung zum Paketmarkt unscharf. Die Kombination von elektronischer Kommunikation und physischer Briefzustellung, wie zum Beispiel bei den Produkten E-Post mit klassischer Zustellung oder der digitalen Kopie der Deutschen Post AG,²¹⁷ führt ebenfalls zu Unklarheiten, wie weit der Briefmarkt zu definieren ist. Es stellt sich zunehmend die Frage, wie der Markt der Beförderung physischer Briefe, der den Regelungen des Postgesetzes unterliegt, und der Markt der E-Mail-Kommunikation, die nicht vom Postgesetz erfasst wird, voneinander ab-

²¹⁵ BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 98: Die Beschwerden haben sich mit über 12.000 Eingaben im Jahr 2018 im Vergleich zu 2017 verdoppelt und im Vergleich zu 2016 fast vervierfacht; BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 103.

²¹⁶ BMWi, Pressemitteilung vom 1. August 2019, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2019/20190801-atmaier-wir-wollen-die-verbraucherrechte-staerken.html>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

²¹⁷ Siehe hierzu Tz. 115 ff.

zugrenzen sind. Traditionelle Briefbeförderung und digitale Kommunikation könnten einen einheitlichen Markt der schriftlichen Kommunikationsdienstleistungen darstellen.²¹⁸

131. Eine Marktabgrenzung, die die E-Mail-Kommunikation in den Briefmarkt integrieren würde, wird derzeit in Deutschland von der Bundesnetzagentur abgelehnt: Ausgehend vom Bedarfsmarktkonzept kann nach Ansicht der Bundesnetzagentur die digitale Kommunikation einen physischen Brief nicht substituieren, da eine E-Mail nicht der Schriftform nach § 126 BGB entspreche und die Vertraulichkeit nur mit zusätzlichen Verschlüsselungsmethoden gewährleistet sei.²¹⁹ Ein Brief erziele aufgrund der physischen Übermittlung und der damit möglichen haptischen Wahrnehmung eine höhere Aufmerksamkeit als eine E-Mail. Die Austauschbarkeit zwischen Brief und E-Mail sei auch deshalb zu bezweifeln, weil E-Mails den Vorteil aufweisen, unmittelbar ohne Verzögerung zugestellt zu werden und in der Regel keine Kosten verursachen. E-Mails, so die Bundesnetzagentur, substituieren nicht Briefe; der Absender wähle in Abhängigkeit vom Kommunikationsanlass, ob er einen Brief oder eine E-Mail versende. Dies zeige sich auch darin, dass das E-Mail Aufkommen sehr stark steige,²²⁰ die Briefmengen jedoch nur einen geringen Rückgang aufwiesen. Die Bundesnetzagentur hält die Durchführung eines SSNIP-Tests für die Marktabgrenzung für nicht erforderlich, da in der Vergangenheit auch Portoerhöhungen über zehn Prozent keinen signifikanten Briefmengenrückgang zur Folge hatten.²²¹

132. Allerdings könnte die Substituierbarkeit zwischen physischer Post und digitaler Kommunikation eher zu bejahen sein, wenn die Authentifizierung von Absender und Empfänger sichergestellt wäre und damit die elektronische Form nach § 126a BGB eingehalten wird. Die weitere Verbreitung von Authentifizierungssystemen in der digitalen Kommunikation würde – nach den Erfahrungen anderer europäischer Staaten – zu einem stärkeren Rückgang der Briefmengen und gegebenenfalls auch zu einer Neubewertung der Marktabgrenzung führen. Eine Einbeziehung der E-Mail-Kommunikation in den Briefmarkt könnte erhebliche Folgen für den wettbewerbsrechtlichen Rahmen des traditionellen Postdienstes haben. Derzeit ist allerdings auch nach Auffassung der Monopolkommission aufgrund der differierenden Kosten, unterschiedlichen Laufzeiten und insbesondere der fehlenden Authentifizierbarkeit der Absender die Substituierbarkeit nicht gegeben und damit eine Einbeziehung der E-Mail-Kommunikation in den Briefmarkt nicht geboten; der relevante Markt beschränkt sich weiterhin auf physische Sendungen.

133. Im Ergebnis ebenso sieht auch das Verwaltungsgericht Köln die Marktabgrenzung. Das Verwaltungsgericht begründet diese Ansicht allerdings mit einer normativen Marktabgrenzung. Der deutsche Postgesetzgeber habe ein Regulierungssystem implementiert, das im Hinblick auf die normative Begrenzung der sachlich relevanten Märkte auf Postdienstmärkte einen strengeren Ordnungsrahmen zugrunde legt, als eine ökonomische Marktab-

²¹⁸ Im Ergebnis so das *College van Beroep voor het Bedrijfsleven* (Verwaltungsgericht für Handel und Gewerbe) in den Niederlanden. Das Gericht hob am 3. September 2018 eine Entscheidung der niederländischen Regulierungsbehörde ACM auf, in der diese den Briefmarkt auf den physischen Briefmarkt beschränkt hatte und digitale Kommunikation nicht einbezogen hatte. Das Gericht wandte sich gegen die Feststellung der Regulierungsbehörde, digitale Kommunikation und Massensendungen seien nicht substituitionsfähig, weil es die Argumentation der Regulierungsbehörde für nicht überzeugend hielt. (*College van Beroep voor het Bedrijfsleven* NJB 2018/1665, case numbers 17/1385 et al., Entscheidung vom 3. September 2018), <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:CBB:2018:440>, abgerufen am 15. Oktober 2019.

Am 24. Dezember 2018 hat die niederländische Regulierungsbehörde ACM – unter Aufrechterhaltung ihrer Auffassung – eine Marktabgrenzung mit einer überarbeiteten Argumentation zur Diskussion gestellt. Darin argumentiert die ACM mit Hilfe von Markt- und Sensitivitätsanalysen, dass E-Mail Sendungen kein Substitut für die 24 Stunden Geschäftspost in den Niederlanden darstellen und die Einbeziehung der E-Mail-Kommunikation in den Briefmarkt daher nicht geboten sei. (ACM, Public consultation on conditions for access to Post NL's 24-hour postal services vom 24. Dezember 2018), <https://www.acm.nl/en/publications/public-consultation-conditions-access-postnls-24-hour-postal-services>, abgerufen am 15. Oktober 2019.

²¹⁹ BNetzA, Beschlüsse der 5. Beschlusskammer vom 27. November 2018, BK5-18/018, a. a. O., S. 10 f., und vom 3. Juni 2019, BK5-18/003, a. a. O., S. 17 f.

²²⁰ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 3. Juni 2019, BK5-18/003, a. a. O., S. 20 f.

²²¹ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 3. Juni 2019, BK5-18/003, a. a. O., S. 19; ebenso: Vorstand der Deutschen Post AG in der Hauptversammlung des Unternehmens am 15. Mai 2019.

grenzung gegenüber sektorfremden Märkten nach dem Bedarfsmarktprinzip bereithielte.²²² Da E-Mail-Marketing und Online-Werbung keine Postdienstleistungen im Sinne des § 4 Nr. 1 PostG beinhalten, sind derartige Werbeformen nicht in die Postdienstmärkte einzubeziehen. Nur innerhalb des sachlich relevanten Marktes erfolge die Abgrenzung auf Grundlage des Bedarfsmarktkonzeptes.

4.3 Die Unterscheidung zwischen Lizenzierung und Anzeigepflicht ist entbehrlich

134. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie beabsichtigt, die Differenzierung zwischen Lizenzierung und Anzeigepflicht zu beseitigen und zu einer einheitlichen Meldepflicht zusammenzuführen,²²³ ohne allerdings die Anforderungen an die Zuverlässigkeit der Postdienstleister einzuschränken. Hierdurch soll Bürokratie abgebaut werden. Nach dem Wegfall der Exklusivlizenz für die Deutsche Post AG Ende 2007 ist heute die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen unter 1.000 Gramm nach § 5 PostG lizenzpflichtig. Die Lizenz im Sinne des Postgesetzes ist eine besondere Gewerbeerlaubnis²²⁴ und dient damit als ein Mittel präventiver Aufsicht über einen Kernbereich der Postdienstleistungen. Die Lizenz erhält der Antragsteller nach § 6 Abs. 1 Satz 3 PostG in jedem Fall, wenn kein Versagungsgrund nach § 6 Abs. 3 PostG vorliegt. Versagungsgründe sind a) mangelnde Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit oder Fachkunde, oder b) Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, dass die Aufnahme der lizenzpflichtigen Tätigkeit die öffentliche Sicherheit und Ordnung gefährden würde oder c) Umstände, die die Annahme rechtfertigen, dass die Arbeitsbedingungen, die im lizenzpflichtigen Bereich üblich sind, unterschritten werden. Liegen, wie im Regelfall, keine Versagungsgründe vor, ist die Lizenz antragsgemäß zu erteilen und stellt damit kein wesentliches Markteintrittshindernis dar. Bislang sind seit 1998 ca. 40 Lizenzen bei über 3.000 Anträgen nicht erteilt oder widerrufen worden.²²⁵ Die Ablehnungsquote von drei bis vier Anträgen pro Jahr in den letzten Jahren zeigt keine erhebliche Relevanz für den Ausschluss nicht leistungsfähiger oder unzuverlässiger Antragsteller.

135. Für die nicht lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, die Beförderung von Briefen über 1.000 Gramm und Paketen bis 20 Kilogramm sowie die Beförderung von Büchern, Katalogen, Zeitungen oder Zeitschriften, soweit sie durch Brief- oder Paketdienstleister erfolgt, ist nur eine Anzeige an die Regulierungsbehörde nach § 36 PostG erforderlich. Diese Anzeige beinhaltet kein Genehmigungserfordernis. Die Anzeigepflicht soll der Regulierungsbehörde lediglich einen Überblick über die im Postmarkt tätigen Anbieter verschaffen.

136. Ein Grund für den differenzierten Marktzugang von Unternehmen, die lizenzpflichtige Postdienstleistungen erbringen einerseits, und Unternehmen, die nur anzeigepflichtige Postdienstleistungen anbieten andererseits, ist heute nicht mehr ersichtlich. Die Lizenzpflicht war bei Erlass des Gesetzes vorgesehen worden, um die ehemaligen Postmonopolprodukte gesondert zu regeln.²²⁶ Dieser rechtstechnische Grund ist nach der vollständigen Liberalisierung entfallen. Sowohl lizenzpflichtige als auch nicht lizenzpflichtige Sendungen sollten mit der gleichen Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit befördert werden. Die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung wäre auch bei der Beförderung von Paketen nicht zu tolerieren. Die ungleiche Behandlung von Brief- und Paketdienstleistern ist daher mit dieser Begründung nicht zu rechtfertigen. Schließlich rechtfertigt auch ein Gewichtsunterschied bei den beförderten Briefen keine unterschiedlichen Zulassungsvoraussetzungen für die Tätigkeit auf den Postmärkten.

137. Es ist auch fraglich, ob die Einhaltung oder Erfüllung der im lizenzpflichtigen Bereich üblichen Arbeitsbedingungen ein sachgerechtes Kriterium für die Zulassung zur Briefbeförderung sein sollte. Das wäre nur dann der Fall, wenn man für den Briefmarkt generell ein höheres, über die Mindestarbeitsbedingungen hinausgehendes Niveau voraussetzen würde. Zum einen ist der Begriff der üblichen Arbeitsbedingungen aber zu unbestimmt, zum anderen ist fraglich, warum die Vertragsfreiheit im Postsektor über die gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen hinaus

²²² VG Köln, Urteil vom 30. August 2019, 25 K 5770/16, S. 16 (noch nicht veröffentlicht).

²²³ BMWi, Eckpunkte für eine Novelle des Postgesetzes vom 1. August 2019, a. a. O., S. 1, Abschnitt I.

²²⁴ BeckPostG-Komm/Gerstner, 2. Auflage 2004, vor §§ 5 - 10, Rz. 12 a. E.

²²⁵ Auskunft der BNetzA gegenüber der Monopolkommission vom 20. September 2019.

²²⁶ Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Postgesetzes vom 30. Mai 1997, BT-Drs. 13/7774, S. 18.

eingeschränkt werden sollte. Bei der Verabschiedung des Postgesetzes wurde 1997 erörtert, mit der Sozialklausel ein Lohndumping bei den Wettbewerbern der Deutschen Post AG und damit verbundene Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern.²²⁷ Da sich aber die Schutzgesetze für Arbeitnehmer, insbesondere durch das Mindestlohngesetz, seit der Verabschiedung des Postgesetzes verändert haben, ist auch diese Lizenzvoraussetzung entbehrlich. Eine einmalige Vorabprüfung im Lizenzverfahren ist auch nicht geeignet, die Einhaltung sozialer Standards auf Dauer sicherzustellen. Es erscheint sinnvoller, die Kontrolle zur sozialversicherungsrechtlichen Compliance den hierfür zuständigen Behörden, zum Beispiel der Zollverwaltung, während der laufenden Geschäftstätigkeit der Postunternehmen zu überlassen.

138. Eine Vereinheitlichung auf eine reine Anzeigepflicht ohne Genehmigungserfordernis ist zu empfehlen, um den Verwaltungsaufwand zu reduzieren und den Marktzugang nicht unnötig zu erschweren. Aus Sicht der Bundesnetzagentur könnte auch eine Gewerbeanmeldung ausreichend sein, um sicherzustellen, dass alle relevanten Behörden über die Geschäftsaktivitäten der Postunternehmen informiert sind.²²⁸ Derzeit steht der Bundesnetzagentur gegenüber nicht marktbeherrschenden Briefdienstleistern im Wesentlichen nur der Widerruf der Lizenz und damit eine faktische Betriebsschließung als Sanktionsmittel zur Verfügung. Statt die Zulassung zu der Tätigkeit auf den Postmärkten präventiv zu regeln, empfiehlt es sich, unzuverlässige Postdienstleister mit Bußgeldern oder regulatorischen Maßnahmen zu einem ordnungsgemäßen Postbetrieb anzuhalten. Dies ermöglicht flexible Reaktionen auf Missstände. Als Maßstab für den ordnungsgemäßen Postbetrieb könnten die Anforderungen nach § 6 Abs. 3 Ziffer 1 und 2 PostG dienen, nach denen ein Postdienstleister über die für den Aufbau und den Betrieb des Postdienstes notwendigen Produktionsmittel verfügen und die auf den Betrieb anwendbaren Rechtsvorschriften einhalten muss. Diese Maßstäbe sollten sowohl für die Brief- als auch für die Paketdienstleister gelten, da eine Differenzierung zwischen Brief- und Paketdiensten hinsichtlich der Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit nicht begründbar ist. Soweit für förmliche Zustellungen²²⁹ erhöhte Anforderungen an die Zuverlässigkeit erforderlich sein sollten, weil die Sorge besteht, dass wichtige Behörden- und Gerichtspost nicht gewissenhaft befördert wird, könnten diese für die betroffenen Postdienstleister gesondert geregelt werden. Rechtstechnisch müsste das Postgesetz überarbeitet werden, da zahlreiche Vorschriften des Gesetzes, unter anderem die wichtige Teilleistungspflicht nach § 28 PostG, an die Lizenzpflicht anknüpfen.

4.4 Die Einführung des Drei-Kriterien-Tests ist grundsätzlich zu begrüßen

139. Die Bundesregierung hat in ihrer Stellungnahme²³⁰ zum Sondergutachten Post 2017 der Monopolkommission eine Prüfung vorgeschlagen, die sektorspezifische Marktregulierung auf ein erforderliches Minimum zu reduzieren und – ähnlich wie im Telekommunikationsrecht – einen *Drei-Kriterien-Test* einzuführen. Dieser Vorschlag wird in den Eckpunkten zu einer Novelle des Postgesetzes aufgegriffen.²³¹ Dabei stellt das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie die Notwendigkeit einer sektorspezifischen Regulierung grundsätzlich nicht infrage. Eine sektorspezifische Regulierung kommt nach dem Drei-Kriterien-Test auf Märkten in Betracht, auf denen (1) beträchtliche, anhaltende strukturell oder rechtlich bedingte Zugangshindernisse bestehen, die (2) nicht innerhalb eines bestimmten Zeithorizonts zu wirksamem Wettbewerb tendieren und auf denen (3) dem Marktversagen mithilfe des Wettbewerbsrechts allein nicht entgegengewirkt werden kann.²³² Soweit nicht alle drei Kriterien kumulativ

²²⁷ BeckPostG-Komm/Badura, a. a. O., § 6 Rz. 27 ff.

²²⁸ Auskunft der BNetzA gegenüber der Monopolkommission vom 29. April 2019.

²²⁹ Förmliche Briefzustellungen von Gerichten und Behörden, die einen Zugangsnachweis beinhalten.

²³⁰ Unterrichtung durch die Bundesregierung, Tätigkeitsberichte 2016/2017 der Bundesnetzagentur – Telekommunikation und Post mit den Sondergutachten der Monopolkommission Telekommunikation 2017: Auf Wettbewerb bauen und Post 2017: Privilegien abbauen, Regulierung effektiv gestalten! – Drucksachen 19/168 und 19/169 – Stellungnahme der Bundesregierung, BT-Drs. 19/8492 vom 14. März 2019, Tz. 125, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/19/084/1908492.pdf>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

²³¹ BMWi, Eckpunkte für eine Novelle des Postgesetzes vom 1. August 2019, a. a. O., Abschnitt IV.1.

²³² Vgl. Säcker/Holdampf-Wendel/Elkettani, Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl. 2013, vor § 9 Rz. 9 ff.

erfüllt sind, wäre eine sektorspezifische Regulierung nicht vorzusehen.²³³ Der Drei-Kriterien-Test ermöglicht es, abgrenzbare Teilmärkte unterschiedlich zu regulieren oder aus der Regulierung zu entlassen. Da die Entscheidung über die Regulierungsbedürftigkeit der Bundesnetzagentur übertragen würde, könnte diese die Regulierung der Postmärkte flexibler gestalten, als dies heute durch die starre gesetzliche Festlegung des Regulierungsumfangs möglich ist. Einzelne Teilmärkte könnten damit aus der sektorspezifischen Regulierung entlassen werden, wenn sich die Wettbewerbssituation positiv verändert hat. Die Prüfung der Regulierungsbedürftigkeit könnte, so der Vorschlag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, von Amts wegen ohne Einschränkung durch Fristen jederzeit erfolgen. Die Regulierung könnte damit unabhängig von einem aufwendigen Gesetzgebungsverfahren durch die Bundesnetzagentur modifiziert werden.

140. Grundsätzlich bestehen aus Sicht der Monopolkommission keine Einwände gegen eine vorsorgliche Flexibilisierung der Regulierung. Der Drei-Kriterien-Test kann zu einer sinnvollen differenzierten Regulierung einzelner Produkte oder Postteilmärkte führen und die Postregulierung zukunftstauglich machen. Allerdings ist in absehbarer Zeit nicht damit zu rechnen, dass diese flexible Regelung die sektorspezifische Regulierung für den Briefmarkt insgesamt oder einzelne Teilmärkte tatsächlich entbehrlich machen könnte. Aufgrund von Skaleneffekten bestehen im Briefmarkt hohe Markteintrittsbarrieren, die es potenziellen Wettbewerbern erschweren, ihren Geschäftsbetrieb aufzunehmen und nachhaltig zu betreiben. Der Aufbau eines Netzes ist kostenintensiv und kann bei Aufnahme des Geschäftsbetriebs nicht ausreichend ausgelastet werden. Hinzu kommt, dass sich neue Wettbewerber zunächst einen Kundenstamm mit ausreichenden Sendungsmengen erarbeiten und damit den anderen Postunternehmen in einem schrumpfenden Markt Kunden abnehmen müssen. Es ist auch nicht zu erwarten, dass sich diese Situation in absehbarer Zeit ändert, da die Briefmengen weiter zurückgehen. Im Rahmen der dritten Stufe wäre zu prüfen, ob Sanktionen und punktuelle Eingriffe nach allgemeinem Wettbewerbsrecht dem Problem ausreichend entgegenwirken. Das ist dann nicht der Fall, wenn ein häufiges oder frühzeitiges Einschreiten unerlässlich ist, um Planungssicherheit zu schaffen.²³⁴ Der Briefmarkt bedarf derzeit einer kontinuierlichen Aufsicht. Lediglich punktuelle Eingriffe durch das allgemeine Wettbewerbsrecht wären nicht ausreichend, um dem Marktversagen auf dem Briefmarkt entgegenzutreten. Die regulierten Entgelte schützen nicht nur den Endverbraucher, sondern üben auch Einfluss auf die Rabatte für die Groß- und Teilleistungskunden aus und haben erhebliche Auswirkungen auf die Planungen der Wettbewerber der Deutschen Post AG. Es wäre daher nicht zweckmäßig, die Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens ausschließlich über die Missbrauchsregeln ex-post und punktuell durch das Bundeskartellamt zu kontrollieren. Dies würde weder der Schutzwürdigkeit der Privatkunden noch den Planungserfordernissen der Wettbewerber genügen, die im Teilleistungszugang von den Preisen der Deutschen Post AG abhängig sind. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass die Einführung des Drei-Kriterien-Tests zum jetzigen Zeitpunkt angesichts der Wettbewerbssituation auf dem Briefmarkt nicht dazu führt, dass die Regulierungsbedürftigkeit des Briefmarktes verneint werden kann.

4.5 Die sektorspezifische Regulierung des KEP-Marktes könnte entfallen

141. Zu einem anderen Ergebnis könnte der Drei-Kriterien-Test jedoch auf dem Paketmarkt führen. Im Gegensatz zum Briefmarkt sind im Paketmarkt mehrere Anbieter bundesweit tätig und gewährleisten die Versorgung mit Paketdienstleistungen. Nach dem Drei-Kriterien-Test wäre damit zumindest das zweite Kriterium nicht erfüllt, nach dem kein wirksamer Wettbewerb besteht und auch keine Tendenz zu wirksamem Wettbewerb zu erkennen ist. Die vier größten Wettbewerber der Deutschen Post AG verfügten 2015 über Marktanteile von sieben bis vierzehn

²³³ Empfehlung der Kommission vom 17. Dezember 2007 über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors, ABl. L 344/65 vom 28. Dezember 2007, Rz. 14.

²³⁴ Vgl. Kirchner/Mayen/Käseberg in Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl. München 2018, § 10 Rz. 51 f.

Prozent je Unternehmen.²³⁵ Der Markt ist daher trotz des hohen Marktanteils der Deutschen Post AG wettbewerbsorientiert.

142. In einer Stellungnahme an die Monopolkommission diskutieren Verbände die Aufhebung der sektorspezifischen Regulierung des Paketmarktes. Die meisten Paketdienstleister bedienen mittlerweile nicht nur Geschäfts-, sondern auch Privatkunden, sodass der Paketmarkt mit Angeboten verschiedener Anbieter ausreichend abgedeckt ist. Die Deutsche Post AG ist allerdings auf dem Markt für Standard-Geschäftskundenpakete nach wie vor ein marktbeherrschendes Unternehmen. Bei einem Wegfall der Regulierung des Paketmarktes entfielen auch die Missbrauchsaufsicht aufgrund der speziellen Kriterien der Kosten der effizienten Leistungserbringung nach §§ 20 Abs. 2, 25 PostG. Allerdings ist das Postgesetz in seiner jetzigen Fassung ohnehin auf den Briefmarkt fokussiert und die Regulierung im Paketmarkt beschränkt sich weitgehend auf die Missbrauchsaufsicht, die Regelungen zum Universaldienst sowie einige formale Aspekte, die im Wesentlichen das marktbeherrschende Unternehmen betreffen, und sieht keine Ex-ante-Preisregulierung für Paketentgelte vor. Die Missbrauchsaufsicht im Paketmarkt könnte auch durch das Bundeskartellamt wahrgenommen werden. Angesichts der Wettbewerbssituation auf dem Paketmarkt hält die Monopolkommission es für vertretbar, die sektorspezifische Regulierung aufzuheben und den kartellrechtlichen Missbrauchsmaßstab anzuwenden, denn im Paketmarkt stehen sich als Wettbewerber mehrere Großunternehmen gegenüber, die den Schutz der sektorspezifischen Regulierung nicht benötigen.

143. Davon unberührt bleibt jedoch die Universaldienstregulierung. Zu berücksichtigen ist, dass nach Art. 87f GG der Staat verpflichtet ist, flächendeckend ausreichende und angemessene Postdienstleistungen zu gewährleisten. Der durch das Postgesetz und die Post-Universaldienstverordnung definierte Umfang der Universaldienstleistungen sieht derzeit unter anderem vor, dass 12.000 Annahmestellen für die Einlieferung von Paketsendungen vorgehalten werden²³⁶ und mindestens 80 Prozent der eingelieferten Pakete bis zum zweiten auf den Einlieferungstag folgenden Werktag auszuliefern sind.²³⁷ Die Zustellung hat werktäglich an der Wohn- oder Geschäftsadresse zu erfolgen.²³⁸ Die Gesamtheit der Paketdienstleister erbringt derzeit dieses Leistungsportfolio, wobei die Deutsche Post AG den größten Anteil übernimmt. Eine förmliche Übertragung des Paketuniversaldienstes auf einen oder mehrere Paketdienstleister ist daher im Moment nicht erforderlich. Es müssen jedoch Möglichkeiten im Postgesetz vorbehalten bleiben, die Universaldienstverpflichtung auf Paketdienstleister dann zu übertragen, wenn die Paketdienstleistungen nicht mehr den Vorgaben von Art. 87f des Grundgesetzes entsprechen.

4.6 Die Abschaffung der Ex-ante-Entgeltregulierung im Briefmarkt ist nicht empfehlenswert

144. Seit einiger Zeit wird mit dem Argument der Verwaltungsvereinfachung über eine Abschaffung der Ex-ante-Regulierung im lizenzpflichtigen Briefmarkt diskutiert.²³⁹ Das Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 1. August 2019 greift diese Idee auf. Das Ministerium beabsichtigt zu prüfen, ob die Ex-ante-Regulierung für Briefsendungen im Einzelsendungstarif noch erforderlich ist oder gegebenenfalls auf die wettbewerbsrelevanten Zugangsleistungen beschränkt werden kann.²⁴⁰ Das Ministerium führt aus, dass die aktuelle Entgeltregulierung einen aufwendigen und langwierigen Prozess darstelle, der möglicherweise durch eine Ex-

²³⁵ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 51; das Beratungsunternehmen MRU geht in den Zahlen für 2015 von 8 bis 16 Prozent je Unternehmen für die vier größeren Wettbewerber aus, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/421643/umfrage/paketdienste-marktanteile-in-deutschland/>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

²³⁶ § 3 Ziffer 1 in Verbindung mit § 2 Ziffer 1 PUDLV.

²³⁷ § 3 Ziffer 2 PUDLV.

²³⁸ § 3 Ziffer 3 und 4 PUDLV.

²³⁹ Z. B. Unterrichtung durch die Bundesregierung, Tätigkeitsberichte 2016/2017 der Bundesnetzagentur – Telekommunikation und Post mit den Sondergutachten der Monopolkommission Telekommunikation 2017: Auf Wettbewerb bauen und Post 2017: Privilegien abbauen, Regulierung effektiv gestalten! – Drucksachen 19/168 und 19/169 – Stellungnahme der Bundesregierung, a. a. O., Tz. 128; Vgl. auch Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Post (2017), a. a. O., Tz. 63 ff.

²⁴⁰ Pressemitteilung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 1. August 2019, a. a. O.; BMWi, Eckpunkte für eine Novelle des Postgesetzes vom 1. August 2019, a. a. O., Abschnitt IV. 2.

post-Kontrolle mit einschneidenden Sanktionsmöglichkeiten ersetzt werden könnte. Geplante Preismaßnahmen müsste, so der Vorschlag des Ministeriums, das marktbeherrschende Unternehmen so rechtzeitig vorlegen, dass die Bundesnetzagentur noch vor Wirksamwerden der Preisanpassung einschreiten und die Anpassung, soweit erforderlich, auch untersagen kann. Zur besseren Vorbereitung dieser Prüfung sollte das marktbeherrschende Unternehmen verpflichtet werden, der Bundesnetzagentur nicht nur anlassbezogen, sondern regelmäßig eine gesamt- und segmentbezogene Kostenübersicht vorzulegen.

145. Die aktuelle Gesetzeslage sieht vor, dass lizenzpflichtige Postdienstleistungen (Briefsendungen bis 1.000 Gramm) marktbeherrschender Unternehmen nach § 19 PostG einer Ex-ante-Entgeltgenehmigung der Bundesnetzagentur unterliegen. Diese Ex-ante-Entgeltgenehmigung ist jedoch nach § 19 Satz 2 PostG nicht erforderlich, wenn eine Einlieferung mehr als 50 Briefe umfasst. Die Einlieferung zu nicht vorab regulierten Entgelten kann entweder durch Großkunden erfolgen oder durch sogenannte Konsolidierer, die die Briefmengen mehrerer Kunden abholen und als deren externer Dienstleister zusammenfassen, sortieren und für die Beförderung vorbereiten. Bei Einlieferungen von über 50 Sendungen und bei lizenzfreien Postdienstleistungen sieht das Gesetz lediglich eine Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur nach § 32 PostG und das Bundeskartellamt nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vor. Die Ex-ante-Entgeltgenehmigung beschränkt sich daher auf Briefsendungen bis 1.000 Gramm von Privat- und Kleinkunden der marktbeherrschenden Unternehmen mit geringen Postvolumina von unter 50 Sendungen pro Einlieferung.

146. Die Zielsetzung der Ex-ante-Entgeltgenehmigung besteht darin, die Privat- und Kleinkunden mit geringen Briefsendungsvolumina vor überhöhten Preisen zu schützen. Zwar sind lediglich acht Prozent der Briefsendungen von der Preisregulierung unmittelbar betroffen; 92 Prozent der von der marktbeherrschenden Deutschen Post AG beförderten Briefe werden von Großversendern und Konsolidierern eingeliefert, die nicht das durch die Regulierung festgelegte Entgelt, sondern ein um den Teilleistungs- oder Mengenrabatt vermindertes Porto zahlen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die zum regulierten Standardtarif frankierten Briefe 17 Prozent des Briefumsatzes der Deutschen Post Gruppe darstellen.²⁴¹

147. Die Monopolkommission spricht sich nach wie vor grundsätzlich für die Beibehaltung der Ex-ante-Regulierung nach § 19 PostG aus, denn sie ist ein taugliches Mittel, überhöhte Preise des marktbeherrschenden Unternehmens zu verhindern. Privat- und Kleinunternehmerkunden haben nur sehr geringe, regional begrenzte Möglichkeiten, einen anderen Anbieter als die Deutsche Post AG zu nutzen, da die meisten Wettbewerber der Deutschen Post AG nur Geschäftskunden mit Mindestvolumina bedienen. Der Hinweis, ein durchschnittlicher deutscher Haushalt gebe lediglich EUR 2,34 pro Monat für Briefdienstleistungen aus,²⁴² ist als Argument gegen die Ex-ante-Regulierung ungeeignet: Würde die Ex-ante-Regulierung entfallen, wäre zu befürchten, dass die Preise für Privatkunden steigen, denn die Deutsche Post AG ist im Bereich der Privat- und Kleinunternehmerkunden de facto ein Monopolist auf dem deutschen Briefmarkt. Bei Wegfall dieser Regulierung hätte der marktbeherrschende Anbieter ein Interesse, die Entgelte der Postdienstleistungen für Privatkunden anzuheben. Ein Korrektiv durch Wettbewerber besteht nicht, sodass der Kunde lediglich von dem Briefversand Abstand nehmen kann, um hohe Preise zu umgehen. Die Preiselastizität ist allerdings sehr gering.²⁴³ Preiserhöhungen führten in der Vergangenheit nur zu marginalen Mengenrückgängen.

148. Eine Beschränkung der Ex-ante-Entgeltgenehmigung auf die Zugangsleistungen, wie im Eckpunktepapier des Bundeswirtschaftsministeriums angedeutet, dürfte aus Sicht der Monopolkommission als Lösung nicht ausreichend sein. Der Zugang zu Postfächern und Adressinformationen nach § 29 PostG ist schon heute ex-ante reguliert. Es handelt sich um wesentliche Einrichtungen bzw. Informationen des Postmarktes, die allen Wettbewerbern

²⁴¹ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 24. Diese Werte sind seit 2016 unverändert: BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2016/17, a. a. O., S. 26 f.

²⁴² So der Vorstand der Deutschen Post AG auf der Hauptversammlung am 15. Mai 2019; Süddeutsche Zeitung vom 8. März 2019, S. 19.

²⁴³ So der Vorstand der Deutschen Post AG auf der Hauptversammlung des Unternehmens am 15. Mai 2019; BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 3. Juni 2019, BK5-18/003, a. a. O., S. 19 f.

zur Verfügung stehen müssen, wenn der Wettbewerb funktionsfähig ausgestaltet sein soll. Teilleistungen nach § 28 PostG sind zwar grundsätzlich auch ex-ante entgeltreguliert. Allerdings entfällt in der Praxis die Vorabgenehmigung der Entgelte, weil die Kunden jeweils über 50 Sendungen einliefern. Man könnte zwar die Ex-ante-Regulierung für Teilleistungen auf höhere Einlieferungszahlen erweitern. Es ist aber nicht wahrscheinlich, dass eine so erweiterte Vorabregulierung der Teilleistungsentgelte ausreicht, um den Wegfall der Ex-ante Regulierung für die Endkundenentgelte zu kompensieren. Würde man ausschließlich die Teilleistungsentgelte einer vorherigen Preisregulierung unterziehen, blieben die Privatkundenentgelte weitgehend frei gestaltbar. Es muss bezweifelt werden, ob auf dem Brief-Endkundenmarkt dadurch Wettbewerb angeregt würde. Da Privatkunden nur geringe Ausgaben für Porti haben, dürfte die Preissensibilität der Kunden eher schwach ausgeprägt sein. Im Wettbewerb mit Geschäftskunden würde sich durch eine Ex-ante Regulierung der Teilleistungen nicht viel ändern, denn die Deutsche Post AG unterliegt ohnehin einem Diskriminierungsverbot. Geschäftskunden und Wettbewerber werden gleichbehandelt. Einen Impuls für den Wettbewerb würde die erweiterte Ex-ante-Regulierung ebenfalls nicht erbringen.

149. Sollte die Ex-ante-Regulierung im Endkundenmarkt wegfallen, stünde lediglich die Missbrauchsaufsicht zur Verfügung, um die Verbraucher zu schützen. Derzeit sind Missbrauchsverfahren langwierig. Eine nachträgliche, länger dauernde Untersuchung, an die sich gegebenenfalls ein längerer Rechtsstreit anschließt, ist für den Verbraucher aber keine effektive Hilfe. Die spätere Rückforderung der gegebenenfalls überbezahlten Porti ist für den Kunden angesichts der geringen Beträge wirtschaftlich nicht sinnvoll. Aufgrund der Anonymität des Postgeschäfts wäre von den Kunden in der Regel auch nur schwer nachzuweisen, wie viele Briefe aufgegeben wurden. Die Ex-ante-Genehmigung der Bundesnetzagentur gibt den Marktteilnehmern Rechtssicherheit für die Höhe der Entgelte, die nicht nur den Privatkunden nutzt, sondern sich im Übrigen mittelbar auch auf den Teilleistungsmarkt auswirkt. Ein Ersatz der Ex-ante-Regulierung durch eine verschärfte Ex-Post Aufsicht erscheint daher nicht sachgerecht. Marktteilnehmer und Verbände vertraten diese Auffassung ebenfalls gegenüber der Monopolkommission.

150. Das Maßgrößenverfahren ist jedoch durch eine hohe Komplexität und Schwerfälligkeit gekennzeichnet, die einer effizienten und zeitgerechten Reaktion der Regulierungsbehörde auf die Marktveränderungen entgegenstehen. Prognosen über einen längeren Zeitraum von drei bis vier Jahren werden schwieriger. Zudem verlangsamen notwendige Beteiligungsrechte das Verwaltungsverfahren. Verfahrenstechnisch ist es schwierig, die Vorteile einer Ex-ante-Entgeltregulierung in einen im Vergleich zum Maßgrößenverfahren einfacher handhabbaren Prozess zu überführen. Die Kostenprüfung anhand des KeL-Maßstabs ist aufwendig und zeitintensiv. Die Eckpunkte zu der Novelle des Postgesetzes deuten die Absicht an, eine Prüfung der Entgelte auf offenkundige Postrechtswidrigkeit auf einen Zeitpunkt vor Umsetzung der Preisanpassung zu verlegen. Hierdurch könnten geplante Entgeltmaßnahmen zeitnah vor der Entgeltänderung durch die Bundesnetzagentur auf offensichtliche Verstöße überprüft werden. Man könnte diese Genehmigung als *nachträgliche Entgeltregulierung*, ähnlich wie im Telekommunikationsrecht nach § 38 TKG, bezeichnen. Die Deutsche Post AG müsste laufend, und nicht nur wie heute punktuell zu den Entgeltgenehmigungsverfahren, der Bundesnetzagentur Kostenübersichten vorlegen, die die Bundesnetzagentur in die Lage versetzen, von der Deutschen Post AG vorgelegte Entgeltanpassungsvorschläge mit ausreichendem zeitlichen Vorlauf vor der Implementierung zu überprüfen. Soweit der Anpassungswunsch postrechtlich nicht offensichtlich zu beanstanden ist, wäre die Entgeltänderung durch Fristablauf genehmigt. Falls die Änderung auf Bedenken trifft, sollte die Bundesnetzagentur die Preisanpassung untersagen oder zumindest vorläufig untersagen und detailliert überprüfen. Damit wäre sichergestellt, dass nur solche Entgelte verlangt werden, die vorab einer Prüfung unterzogen wurden.

151. Das Eckpunktepapier sieht ein Einschreiten der Bundesnetzagentur nur bei *offensichtlich postrechtswidrigen Entgelten* vor. Diese Einschränkung könnte zu einer Zeitersparnis führen. Aus Sicht der Monopolkommission sollte die Prüfung der Bundesnetzagentur aber umfassend sein. Der Schutz der Privatkunden ist unvollständig, wenn das Risiko besteht, dass postrechtswidrige Entgelte, auch wenn diese nicht offensichtlich missbräuchlich sind, zur Anwendung gelangen. Eine nachträgliche Überprüfung der Zulässigkeit der Entgelte könnte aber erst in einem langwierigen Verfahren erfolgen.

152. Eine zeitlich vorgezogene Missbrauchsprüfung würde daher zum Schutz der Endkunden ebenfalls eine vollständige Prüfung der Entgelte nach dem KeL-Maßstab erfordern. Eine Verwaltungsvereinfachung oder ein Zeitge-

winn wäre durch eine Verschiebung des Verfahrens nicht zu erreichen. Eine Genehmigung von Entgelten für Einzelprodukte, die gegebenenfalls eine vereinfachte Handhabung des Genehmigungsprozesses zur Folge haben könnte, ist nicht angebracht, da die verschiedenen Briefprodukte im gleichen Produktionsprozess bearbeitet werden und damit die Höhe der Entgelte verschiedener Produkte voneinander abhängen. Eine Verkürzung des Entgeltgenehmigungsverfahrens könnte im Wesentlichen dadurch erreicht werden, dass die Daten der Deutschen Post AG kontinuierlich vorgelegt und aufbereitet werden, sodass sie schon bei Beginn des Maßgrößenverfahrens vorliegen. Weitere Vereinfachungen könnten durch den Ausschluss der Berücksichtigung der neutralen Aufwendungen erfolgen.²⁴⁴

4.7 Die Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungserbringung bedarf der Anpassung

Price Cap Verfahren und Kostenermittlung

153. Im lizenzpflichtigen Postmarkt genehmigt die Bundesnetzagentur nach aktueller Gesetzeslage die Anpassungsmöglichkeiten der Entgelte von lizenzpflichtigen Produkten durch das marktbeherrschende Unternehmen üblicherweise auf Basis eines Price Cap-Verfahrens nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 PostG. Die Regulierungsbehörde legt zunächst in einer Maßgrößenentscheidung die nach § 4 Abs. 2 PEntgV festzulegenden Maßgrößen, die gesamtwirtschaftliche Preissteigerungsrate, die zu erwartende Produktivitätsfortschrittsrate des regulierten Unternehmens und ggf. Nebenbedingungen fest. Die Produktivitätsfortschrittsrate, der sogenannte X-Faktor, dient dabei der Erfassung des von der gesamtwirtschaftlichen Produktivitätssteigerung abweichenden Produktivitätsfortschritts des regulierten Unternehmens. Wesentliches Ziel ist die Abschmelzung der aufgrund des früheren Monopolbetriebs bestehenden Ineffizienzen. Durch den X-Faktor soll somit letztlich der Wettbewerbsdruck simuliert werden, wie er in einem funktionsfähigen Wettbewerbsumfeld bestehen würde.

154. Das Ministerium beabsichtigt, den derzeit angewandten Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) zu überprüfen. Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, an denen sich die regulierten Entgelte nach § 20 Abs. 1 PostG zu orientieren haben, sind Grundlage für die Berechnung der Produktivitätsfortschrittsrate. Sie bilden das Kostengerüst des marktbeherrschenden Unternehmens, das für die Berechnung der zu genehmigenden Entgelte benötigt wird. Nach § 3 Abs. 2 PEntgV ergeben sich die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, jeweils einschließlich eines angemessenen Gewinnzuschlags, soweit diese Kosten für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Grundlage der Kostenprüfung durch die Bundesnetzagentur sind die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens selbst.²⁴⁵ Ausgehend von der testierten Rechnungslegung der Deutschen Post AG leitet die Bundesnetzagentur die mitgeteilten Kosten in ein regulatorisches Rechenmodell über und plausibilisiert die Kosten anhand von Zahlen aus vorangegangenen Verfahren und anderen Erkenntnisquellen. Die Bundesnetzagentur hinterfragt die Daten und kann Kosten unberücksichtigt lassen, wenn sie für die effiziente Leistungsbereitstellung nicht notwendig sind. Das ergibt sich aus § 4 Abs. 3 in Verbindung mit § 2 Abs. 3 PEntgV, nach dem nur für die effiziente Leistungsbereitstellung *notwendige* Kosten berücksichtigt werden. Zur Klärung, ob einzelne Kosten notwendig sind, kann die Bundesnetzagentur auch nach § 3 Abs. 3 Satz 2 PEntgV Preise anderer Unternehmen auf vergleichbaren Märkten heranziehen. Sie verfügt daher über die Möglichkeit, die von der Deutschen Post AG vorgelegten Daten zu plausibilisieren und auf die Notwendigkeit der Kosten hin zu überprüfen, um über die Maßgrößen und die Erhöhung der Postentgelte zu entscheiden.

Kostenprüfung auf Grundlage eines analytischen Kostenmodells

155. Die Bundesnetzagentur orientiert sich bei der Kostenprüfung an den tatsächlichen Kosten der Deutschen Post AG. Sie argumentiert, es gebe im Postgesetz keinen Anhaltspunkt für einen anderen Maßstab als die Kosten

²⁴⁴ Siehe Tz. 157 ff.

²⁴⁵ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 14. Dezember 2016, BK5-16/029, S. 22 f., https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK5-GZ/2016/BK5-16-0029/BK5-16-0029_Beschluss_Download.pdf?__blob=publicationFile&v=3, abgerufen am 16. Oktober 2019.

der effizienten Leistungserbringung des marktbeherrschenden Unternehmens.²⁴⁶ Dies ergebe sich aus dem Gesetz, das in den Kosten der effizienten Leistungserbringung nach § 20 Abs. 2 PostG ausdrücklich auch spezifische neutrale Aufwendungen des regulierten Unternehmens berücksichtige, wenn sie auf einer rechtlichen Verpflichtung oder einem sachlich gerechtfertigten Grund beruhen. Insbesondere Kosten für die Einhaltung der wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, die Kosten der flächendeckenden Versorgung mit Postdienstleistungen (Universaldienst) und Versorgungslasten der ehemaligen Deutschen Bundespost dürfen insoweit zusätzlich zu den Leistungskosten hinzugerechnet und berücksichtigt werden. Das sind Kosten, die in einem im Wettbewerb stehenden Unternehmen nicht oder nicht in dieser Höhe für die Erbringung der Leistung anfallen würden. Dies mache nach Ansicht der Bundesnetzagentur deutlich, dass sich der Gesetzgeber an den Besonderheiten der Kosten der Deutschen Post AG orientieren wollte. Ein weiteres Indiz ergebe sich aus § 3 Abs. 1 S. 2 PEntgV, nach dem bei der Prüfung der Effizienz der Leistungsbereitstellung die Entscheidungen des Unternehmens bezüglich seines Dienstleistungsangebots zu respektieren sind. Der Vorstand der Deutschen Post AG sei, so die Bundesnetzagentur, aufgrund aktienrechtlicher Prinzipien verpflichtet, das Unternehmen effizient und möglichst gewinnbringend zu führen, sodass ein Anreiz zu effizientem Handeln in jedem Fall gegeben sei. Die Bundesnetzagentur plausibilisiert die Daten der Deutschen Post AG; es fehlt bei der Kostenprüfung allerdings ein objektiver Vergleichsmaßstab. Anstatt die Kosten der Deutschen Post AG heuristisch nach Effizienzkriterien zu prüfen, sollten diese aus Sicht der Monopolkommission an den auf Grundlage eines analytischen Kostenmodells ermittelten Kosten eines hypothetischen, effizienten Unternehmens im Wettbewerb gemessen werden.

156. Die gesetzlich geregelte Berücksichtigung der neutralen Aufwendungen ist aus Sicht der Monopolkommission kein zwingendes Argument gegen die Anwendung eines analytischen Kostenmodells. Man könnte die neutralen Aufwendungen nachträglich berücksichtigen, nachdem zuvor die Kosten der effizienten Leistungserbringung modellbasiert ermittelt wurden. Beide Teile der Kostenermittlung sind voneinander trennbar. Aufgrund der Praxis der Bundesnetzagentur fehlt derzeit die Anwendung objektiver Maßstäbe bei der Kostenermittlung, die zeigen könnten, ob und inwieweit das marktbeherrschende Unternehmen tatsächlich effizient arbeitet. Soweit allein die Kostenstruktur des regulierten Unternehmens zugrunde gelegt wird, entfällt zumindest ein Teil des üblicherweise von effizienteren Wettbewerbern ausgehenden Preis- und Qualitätsdrucks, denn im Grundsatz akzeptiert die Bundesnetzagentur die Kostenstruktur des marktbeherrschenden Unternehmens, selbst wenn sie im Einzelfall Korrekturen vornimmt und Kostenelemente als nicht notwendig unberücksichtigt lässt. Der Wortlaut des § 21 PostG und der Post-Entgeltregulierungsverordnung ist grundsätzlich neutral, ermöglicht aber eine Objektivierung der Maßstäbe durch § 3 Abs. 3 Satz 1 PEntgV, nach dem die Ermittlung, Berechnung und Zuordnung der Kosten allgemeinen betriebswirtschaftlichen Grundsätzen entsprechen soll. § 3 Abs. 3 Satz 2 PEntgV lässt den Vergleich mit Preisen anderer Unternehmen ausdrücklich zu. Um eine detailliertere Effizienzprüfung und eine erhöhte Transparenz bei den behördlichen Entscheidungen zu erzielen, wäre es aus Sicht der Monopolkommission sinnvoll, wenn der Gesetzgeber klarstellen würde, dass die Bundesnetzagentur die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens auf Grundlage eines analytischen Kostenmodells prüfen sollte.²⁴⁷

Neutrale Aufwendungen

157. Auch die Berücksichtigung der neutralen Aufwendungen nach § 20 Abs. 2 PostG ist zu hinterfragen. Neutrale Aufwendungen sind im Grundsatz keine für die effiziente Leistungserbringung notwendigen Kosten. Allerdings sind nach derzeitiger Gesetzeslage auch nicht notwendige Kosten ausnahmsweise in die Bemessung der genehmigungsbedürftigen Entgelte einzubeziehen, wenn hierfür nach § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG eine rechtliche Verpflichtung oder ein sonstiger sachlich gerechtfertigter Grund nachgewiesen wird. Insbesondere werden nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG die Lasten für die Versorgung ehemaliger Beamter, ein höheres Lohnniveau aus der Zeit vor der Liberalisierung (soweit das Lohnniveau die Vergütungen des aktuellen Tarifvertrags mit der Deutschen Post AG überschreitet) und Kosten für den Universaldienst angemessen berücksichtigt und werden damit Teil der anerkannten

²⁴⁶ Ebenso: BeckPostG-Komm/Sedemund a. a. O., § 20 Rz. 39 ff.

²⁴⁷ So schon Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Post (2017), a. a. O., Tz. 147.

Kosten für preisregulierte Briefprodukte. Der Gesetzgeber beabsichtigte damit, die wettbewerblichen Nachteile der Deutschen Post AG zu kompensieren, die aus ihrer Zeit als Bundesbehörde stammen.²⁴⁸

158. Bereits in den letzten Gutachten²⁴⁹ hatte die Monopolkommission vorgeschlagen, die Vorschriften über die Berücksichtigung neutraler Aufwendungen nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG und der entsprechenden Regelung in § 3 Abs. 4 PEntgV ersatzlos zu streichen, denn neutrale Aufwendungen sind kein Teil der Kosten, die bei der Leistungserbringung im Wettbewerb anfallen, sondern berücksichtigen besondere Belastungen des regulierten Unternehmens. An dieser Auffassung hält die Monopolkommission fest. Nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG sind neutrale Aufwendungen nur *angemessen* zu berücksichtigen. Es ist zweifelhaft, ob die Einbeziehung der Kosten für die Beamtenversorgung, das höhere Gehaltsniveau und die Kosten des Universaldienstes in der aktuell praktizierten Weise heute noch angemessen ist.

159. Die Versorgungslasten sind jedenfalls kein Bestandteil der Kosten der Briefbeförderung, sondern Kosten aus der Vergangenheit der Rechtsvorgängerin der Deutschen Post AG. Zur Finanzierung der Versorgungs- und Beihilfeleistungen der Postbeamten zahlt die Deutsche Post AG seit dem Jahr 2000 Beiträge in Höhe von 33 Prozent der Bruttogehälter der aktiven Beamten und der fiktiven Bruttobezüge der beurlaubten Beamten sowie Leistungen zur Finanzierung der beamtenrechtlichen Beihilfe in die Versorgungskasse der Postbeamten ein.²⁵⁰ Die Differenz zwischen diesen Zahlungen und den üblichen Sozialabgaben für Arbeitnehmer wird als neutraler Aufwand bei der Kostenprüfung durch die Bundesnetzagentur berücksichtigt.

160. Die Bundesrepublik Deutschland übernimmt nach § 14 Abs. 3 Postpersonalrechtsgesetz die Gewährhaftung für die Ansprüche der ehemaligen Postbeamten und nach § 16 Abs. 3 Postpersonalrechtsgesetz für die Zahlungsfähigkeit der Postbeamtenversorgungskasse. Der Staat leistet auch Zuschüsse zu den Versorgungsbeiträgen der ehemaligen Postbeamten. Nach den letzten vorliegenden Zahlen zahlte der Bund 2014 für die Beamten aller Nachfolgeunternehmen der ehemaligen Deutschen Bundespost (Deutsche Telekom AG, Postbank AG und Deutsche Post AG) EUR 7,2 Mrd., während die Unternehmen gemeinsam EUR 1,2 Mrd. aufbrachten.²⁵¹ Insoweit sind die Pensionen der Postbeamten ohnehin im Wesentlichen durch Bundeszuschüsse gesichert. Es ist zweifelhaft, ob für die Pensionslasten, die üblicherweise zu zahlende Rentenbeiträge übersteigen, eine Kompensation über die Briefentgelte noch angezeigt ist.

161. Es erscheint weiter fraglich, ob fast zwei Jahrzehnte nach dem Börsengang der Deutschen Post AG im November 2000 immer noch das grundsätzlich höhere Lohnniveau aus der Zeit vor der Privatisierung berücksichtigt werden muss oder ob es nicht Möglichkeiten gegeben hätte, im Laufe der Zeit ein marktübliches Lohnniveau durch geringere Lohnerhöhungen zu erreichen. Bei den berücksichtigten Aufwendungen handelt es sich um Kosten des sozialen Besitzstandes tarifvertraglicher Löhne aus der Zeit der Deutschen Bundespost als Bundesbehörde. Es wurden zwar 2001 und 2003 neue Tarifverträge mit geringeren Löhnen geschlossen, die sich aber nur auf Neueinstellungen beziehen. Diese Tarifverträge wurden, so die Angaben der Deutschen Post AG,²⁵² durch den Tarifvertragspartner nur unter der Bedingung akzeptiert, dass die zukünftigen Lohnerhöhungen allen Mitarbeitern, auch den Mitarbeitern mit Verträgen aus der Zeit in der Bundesbehörde, in relativ gleicher Höhe zukommen. Um den Betriebsfrieden nicht zu gefährden und die Gehaltsunterschiede zu den bei der Deutschen Post AG beschäftigten Beamten nicht zu groß werden zu lassen, akzeptierte das Unternehmen diese Bedingung. Die autonome Entscheidung der Deutschen Post AG bedeutet, dass auf Dauer ein – gemessen an den Marktbedingungen – höheres Lohnniveau bei einem Teil der Beschäftigten bestehen bleibt. § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG ermöglicht der Deutschen

²⁴⁸ VG Köln, Urteil vom 4. Dezember 2018, 25 K 9943/16, S. 12 m. w. N., https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_koeln/j2018/25_K_9943_16_Urteil_20181204.html, abgerufen am 16. Oktober 2019.

²⁴⁹ Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Post (2015), a. a. O., Tz. 130 ff. und 10. Sektorgutachten Post (2017), a. a. O., Tz. 120.

²⁵⁰ Auskunft der Bundesanstalt für Post und Telekommunikation gegenüber der Monopolkommission vom 6. August 2019.

²⁵¹ Sechster Versorgungsbericht der Bundesregierung (2017), S. 68, https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/oeffentlicher-dienst/sechster-versorgungsbericht.pdf;jsessionid=6E5C87ED62B73B36F1F37FFD9C946B31.2_cid287?__blob=publicationFile&v=6, abgerufen am 16. Oktober 2019.

²⁵² Auskunft der Deutschen Post AG gegenüber der Monopolkommission vom 3. September 2019.

Post AG, dieses höhere Lohnniveau über die Entgeltregulierung zulasten der Kunden beizubehalten. Durch Ausscheiden der ehemaligen Postbeamten und der Mitarbeiter mit höheren Lohnansprüchen aufgrund fortschreitenden Alters reduziert sich der zu erbringende Betrag der Pensions- und Lohnaltlasten kontinuierlich. Bislang unberücksichtigt bleiben die Vorteile einer besseren Vergütung hinsichtlich der Qualifikation und Motivation der Mitarbeiter und der Umstand, dass die Deutsche Post AG in Verhandlungen mit dem Tarifpartner freiwillig die Festschreibung der Lohnerhöhungen auch für höher bezahlte Angestellte vereinbart hat. Die freiwillige Vereinbarung der Tarifverträge, die die höheren Löhne festschreiben und die fehlende Berücksichtigung der Vorteile hieraus sprechen gegen eine Berücksichtigung des höheren Lohnniveaus bei den neutralen Aufwendungen.

162. Auch die Kosten des Universaldienstes werden als neutrale Aufwendungen nach § 3 Abs. 4 Satz 2 PEntgV berücksichtigt. Ohne die Erbringung des Universaldienstes würde die Deutsche Post AG nur an fünf Tagen pro Woche Sendungen zustellen. Daher werden für den Universaldienst die Kosten des sechsten Zustellungstags als nicht notwendig, aber nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG gerechtfertigt, bei der Berechnung der Kosten zugrunde gelegt.²⁵³ Formal ist die Deutsche Post AG nicht mit dem Universaldienst betraut; sie übernimmt diese Funktion freiwillig. Sie erhält hierfür Vorteile auch auf andere Weise. Aufgrund von § 4 Ziffer 11 b UStG werden Leistungen der Deutschen Post im Universaldienst zu den regulären Tarifen von der Mehrwertsteuer befreit. Kunden, die nicht mehrwertsteuerpflichtig sind, zahlen zum Beispiel bei der Paketbeförderung durch die Deutsche Post AG, im Gegensatz zu den Angeboten anderer Paketdienstleister, keine Mehrwertsteuer. Die Deutsche Post hat damit einen erheblichen Wettbewerbsvorteil gegenüber den Wettbewerbern im Geschäft mit den Privatkunden, die die Mehrwertsteuer nicht mit der Vorsteuer verrechnen können.

163. Die 2007 ausgelaufene Exklusivlizenz hatte ebenfalls das Ziel, den Universaldienst durch eine wirtschaftliche Absicherung der Deutschen Post AG in dem Strukturwandel zu einem liberalisierten Markt sicherzustellen.²⁵⁴ Unberücksichtigt bleibt bislang, dass die Deutsche Post AG zu Beginn der Liberalisierung von ihrer Rechtsvorgängerin, der Bundesbehörde, flächendeckende Zustellungs-, Logistik- und Niederlassungsnetze übernehmen konnte, die ihr einen unmittelbar einsatzfähigen Postbetrieb gewährleisteten und einen umfassenden Kundenzugang ermöglichten. Diese den Altlasten gegenüberstehenden Vorteile werden bislang in der Entgeltregulierung nicht berücksichtigt. Es ist daher zu empfehlen, auch die Kosten des Universaldienstes nicht mehr als neutrale Aufwendungen im Rahmen der Kostenprüfung zu berücksichtigen, zumindest aber die Höhe der erhaltenen Vorteile gegenüberzustellen und nur die Differenz zu berücksichtigen, um die regulierten Preise an den Kosten für die postalische Leistung zu orientieren.

Tragfähigkeitsprinzip

164. Die neutralen Aufwendungen nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG werden in der Preisregulierung berücksichtigt, fallen aber nicht nur bei preisregulierten Leistungen, sondern auch bei im Wettbewerb stehenden Produkten an. Die Belastung mit neutralen Aufwendungen führt bei im Wettbewerb stehenden Produkten dazu, dass diese mit Kosten aus der Zeit der Deutschen Post AG als Bundesbehörde belastet und so teuer wären, dass sie bei rein verursachungsgerechter Zuweisung der Kosten nicht vermarktet werden könnten. Nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG werden die berücksichtigungsfähigen neutralen Aufwendungen in der Entgeltregulierung allerdings nur angemessen berücksichtigt. Dies eröffnet der Bundesnetzagentur einen Ermessensspielraum: In der Praxis weist die Bundesnetzagentur die Kosten zunächst, soweit möglich, nach dem Verursachungsprinzip den einzelnen Produkten zu. Gemeinkosten legt die Bundesnetzagentur nach einem Kostenschlüssel, zum Beispiel nach Umsatz, auf die Produkte um. Damit errechnen sich die Kosten für jedes einzelne Produkt. Um zu verhindern, dass durch die rein verursachungsgerechte Kostenzuordnung auf die Wettbewerbsprodukte der Deutschen Post AG zu hohe Kosten entfallen, weist die Bundesnetzagentur Teile der neutralen Aufwendungen, mit denen die Wettbewerbsprodukte belastet würden, den ex-ante regulierten Produkten zu. Die Kosten werden so verteilt, dass die Kosten bis zu einem Markt-

²⁵³ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 3. Juni 2019, BK5-18/003, a. a. O., S. 92 ff.

²⁵⁴ Vgl. BeckPostG-Komm/Herdegen, a. a. O., § 51 Rz. 2.

preisniveau zunächst den Wettbewerbsprodukten zugewiesen werden.²⁵⁵ Die Bundesnetzagentur orientiert sich dabei an den Entgelten der Wettbewerber. Die dann noch nicht verteilten neutralen Aufwendungen werden bei den preisregulierten Produkten berücksichtigt. Die lizenzpflichtigen Produkte tragen damit einen Teil der Kosten der im Wettbewerb stehenden Produkte. Damit erreicht die Bundesnetzagentur, dass die Deutsche Post AG trotz der Lasten aus der Zeit als Bundesbehörde auch bei Wettbewerbsprodukten konkurrenzfähig bleibt.

165. Diese Kostenverschiebung, die rechnerisch in der veröffentlichten Maßgrößenentscheidung aufgrund von Schwärzungen nicht nachvollziehbar ist, führt zu Kritik. Wettbewerber²⁵⁶ der Deutschen Post AG haben in Stellungnahmen gegenüber der Monopolkommission verlangt, den KeL-Grundsatz konsequent und ausnahmslos anzuwenden und die Kosten allein verursachungsgerecht auf alle Produkte zu verteilen. Kritisiert wird die Kostenverschiebung nach Tragfähigkeitsgesichtspunkten, da es der Deutschen Post AG dadurch möglich sei, einen Teil ihrer Kosten im Paketmarkt über die Briefporti im regulierten Bereich zu refinanzieren. Nach dieser Ansicht wäre die Kostenverteilung nach Tragfähigkeitsgesichtspunkten zu beenden. Allerdings sieht das Postgesetz in § 20 Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich vor, Universaldienstkosten und Altlasten aus Personal- und Pensionskosten aus der Zeit vor der Privatisierung, „angemessen zu berücksichtigen“. Der Bundesnetzagentur wird damit ein Ermessensspielraum eingeräumt, den sie mit dem Tragfähigkeitsprinzip in vertretbarer Weise ausübt. Diese Vorgehensweise der Bundesnetzagentur ist in der ersten Instanz vom Verwaltungsgericht Köln²⁵⁷ gebilligt worden.

166. Die Bundesnetzagentur könnte jedoch in Ausübung ihres Ermessens die neutralen Aufwendungen unter dem Kriterium der Angemessenheit in geringerer Höhe als tatsächlich angefallen berücksichtigen und damit das Ausmaß der Quersubventionierung nach dem Tragfähigkeitsprinzip verringern. Aus Wettbewerbssicht wäre eine klare Kostenzuordnung nach dem Verursachungsprinzip mit einer exakten Rechnungslegung pro Produkt die vorzuziehende Lösung. Sie entspricht dem Prinzip kostenorientierter Preise der EU-Postdiensterrichtlinie und sollte im Postgesetz entsprechend verankert werden.

167. Es ist nachvollziehbar, dass die ermessensgetragene Verteilung der neutralen Aufwendungen durch das Tragfähigkeitsprinzip auf Bedenken bei den Marktteilnehmern stößt: Die Prinzipien des Tragfähigkeitsprinzips sind zwar bekannt, die konkrete Umsetzung und die der Umsetzung zugrundeliegenden Zahlenwerke sind jedoch, da sie Geschäftsgeheimnisse der Deutschen Post AG enthalten, nicht veröffentlicht. Damit ist das Ergebnis für die Marktteilnehmer nicht vollständig nachvollziehbar und führt zu dem Vorwurf der ungerechtfertigten Quersubventionierung. Soweit sich der Gesetzgeber dazu entschließt, die neutralen Kosten bei der Preisregulierung, wie vorgeschlagen, nicht mehr zu berücksichtigen, wäre die Anwendung des Tragfähigkeitsprinzips entbehrlich, was zu einer besseren Nachvollziehbarkeit der Maßgrößenentscheidung und streng kostenorientierten Preisen führen würde.

Inkrementalkostenansatz der Deutschen Post AG

168. Die Kostenzuweisungspraxis der Bundesnetzagentur wird auch von der Deutschen Post AG – allerdings mit einem anderen Ziel – kritisiert: Die Deutsche Post AG schlägt vor,²⁵⁸ nicht gedeckte Fixkosten in Anwendung eines Inkrementalkostenansatzes ausschließlich dem Price-Cap-Bereich zuzuweisen. Damit würden diese Kosten nur die preisregulierten Produkte belasten, während den Wettbewerbsprodukten kein Anteil nicht gedeckter Fixkosten zugewiesen würde. Diese Ansicht berücksichtigt allerdings nicht, dass die Preise nach Art. 12 der Postdiensterrichtlinie kostenorientiert sein sollen und Kosten damit zunächst verursachungsgerecht und, wenn dies nicht möglich ist, anhand der Nutzungsintensität oder Inanspruchnahme den einzelnen Produkten zuzuweisen sind. Dies ergibt sich auch aus dem Grundsatz von § 3 Abs. 2 PEntgV, wonach die KeL auch einen angemessenen Zuschlag für Leistungsmengenneutrale Gemeinkosten enthalten. Nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG sind die neutralen Aufwendungen bei der Entgeltgenehmigung „angemessen zu berücksichtigen“. Das Gesetz sieht daher derzeit weder eine voll-

²⁵⁵ Vgl. BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 3. Juni 2019, BK5-18/003, a. a. O., S. 36.

²⁵⁶ Z. B. Bundesverband Paket und Express Logistik – BIEK im Schreiben an die Monopolkommission vom 25. März 2019.

²⁵⁷ VG Köln, Urteil vom 4. Dezember 2018, 25 K 7243/15, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_koeln/j2018/25_K_7243_15_Urteil_20181204.html, abgerufen am 16. Oktober 2019.

²⁵⁸ Zitiert nach BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 3. Juni 2019, BK5-18/003, a. a. O., S. 34 f.

ständig verursachungsgerechte Kostenzuweisung wie von den Wettbewerbern gefordert, noch den von der Deutschen Post AG vertretenen Inkrementalkostenansatz und eine schematische Belastung ausschließlich der preisregulierten Produkte vor. Folgt man den aktuellen gesetzlichen Regelungen, so ist die Anwendung des Tragfähigkeitsprinzips eine vertretbare Regelung, um die Altlasten der Deutschen Post AG aus der Zeit als Bundesbehörde angemessen auf alle Produkte des Unternehmens zu verteilen. Die Monopolkommission ist jedoch der Auffassung, dass die neutralen Aufwendungen *de lege ferenda* die kostenorientierten Preise nicht belasten sollten, um die Verbraucher vor überhöhten Preisen zu schützen und eine Verschiebung von Kosten aus dem Paketmarkt in den Ex-ante entgeltregulierten Briefbereich zu verhindern.

4.8 Die Teilleistungsregulierung ist für die Weiterentwicklung des Wettbewerbs wichtig

4.8.1 Der Teilleistungszugang hat sich grundsätzlich bewährt

169. Die Erbringung von Postleistungen erfordert hohe Anfangsinvestitionen in die Unternehmensinfrastruktur und in Personal. Während es noch wirtschaftlich sinnvoll sein kann, Briefsendungen durch Abholung bei Großkunden einzusammeln, ist insbesondere die Zustellung an den Adressaten „auf der letzten Meile“ nur dann wirtschaftlich, wenn größere Briefmengen bewegt werden. Die hohen Kosten für den Aufbau eines eigenen Postnetzes sowie die höheren Stückkosten aufgrund des geringeren Sendungsvolumens stellen für die Wettbewerber einen erheblichen Kosten- und damit auch Wettbewerbsnachteil gegenüber der Deutschen Post AG dar, die schon vor der Liberalisierung der Märkte über ein ausgebautes und ausgelastetes Logistiknetz verfügte. Dieser Wettbewerbsnachteil erschwert den Markteintritt erheblich. Wettbewerber der Deutschen Post AG haben zwar Teilnetze aufgebaut, für eine bundesweit flächendeckende Zustellung ist jedoch die Deutsche Post AG nach wie vor unverzichtbar. Der Teilleistungszugang ermöglicht erst den Wettbewerb der Konsolidierer. Aufgrund ihres bundesweiten Zustellnetzes und des Zugangs der Deutschen Post AG zu den Auslandsmärkten ist die Teilleistungsverpflichtung für die Wettbewerber von existenzieller Bedeutung und für die Weiterentwicklung des Wettbewerbs im Briefmarkt besonders wichtig. Das Eckpunktepapier des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie trägt dem Rechnung und führt aus, dass sich der Teilleistungszugang im Postrecht bewährt habe, dennoch aber geprüft werden soll, ob eine Modifizierung oder Erweiterung sinnvoll sei. Für die Kunden des marktbeherrschenden Unternehmens ist die Transparenz der praktizierten Konditionen von großer Bedeutung. Das Ministerium beabsichtigt daher, die gesetzlichen Vorgaben zur Vorlage und zur Veröffentlichung von Zugangsverträgen zu überarbeiten.

170. § 28 PostG trägt dem Markteintrittshindernis der Wettbewerber Rechnung, indem er einen Lizenznehmer, der auf einem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen marktbeherrschend ist, verpflichtet, Teile der von ihm erbrachten Beförderungsleistungen gesondert anzubieten. Teilleistungen sind solche Leistungen des marktbeherrschenden Unternehmens, die für eine vollständige Wertschöpfungskette bei der Beförderung der Sendungen vom Absender bis zum Empfänger noch zu erbringen sind, nachdem der Kunde eine für das marktbeherrschende Unternehmen spürbar kostensparende Eigenleistung erbracht hat.²⁵⁹ Zu dieser Eigenleistung gehören typischerweise das Einsammeln der Briefe, die Vorsortierung und die Einlieferung bei einem Briefzentrum. Den Anspruch auf Erbringung einer Teilleistung kann unter anderem ein Lizenznehmer geltend machen, der nicht marktbeherrschend ist, wenn ohne die Erbringung der Teilleistung der Wettbewerb unverhältnismäßig behindert würde und es dem marktbeherrschenden Unternehmen wirtschaftlich zumutbar ist.²⁶⁰ Die Teilleistungspflicht des marktbeherrschenden Lizenznehmers gilt derzeit nur für lizenzpflichtige Leistungen. Sollte die Lizenz als Zugangsvoraussetzung zum Briefmarkt nach einer Novelle des Postgesetzes entfallen, müsste der Umfang des Teilleistungszuganges neu definiert werden.

171. Die Verpflichtung zur Teilleistung besteht auch gegenüber Endkunden, wenn diese eine Teilleistung wünschen. Der Endkunde muss nicht die vollständige Beförderungsleistung der Deutschen Post AG vom Absender zum Empfänger abnehmen, sondern kann Teile davon selbst erbringen oder durch Dritte, zum Beispiel Konsolidierer,

²⁵⁹ Vgl. BeckPostG-Komm/Gerstner, a. a. O., § 28 Rz. 28 ff.

²⁶⁰ Vgl. BeckPostG-Komm/Gerstner, a. a. O., § 28 Rz. 6.

erbringen lassen. Der Endkunde wird diese Möglichkeit selbst nutzen, wenn er durch die eigene Vorleistung Kostenvorteile generieren kann. Das marktbeherrschende Unternehmen wird angehalten, sein Angebot auf die Nachfrage der Kunden einzustellen und differenziertere Leistungen anzubieten. Wettbewerber und Kunden erhalten damit gleichermaßen Zugang zu der Infrastruktur des marktbeherrschenden Unternehmens. Aufgrund der aktuellen Marktsituation ist derzeit lediglich die Deutsche Post AG als einziges marktbeherrschendes Unternehmen verpflichtet, Teile von Beförderungsdienstleistungen für lizenzpflichtige Produkte anzubieten.

172. Die Deutsche Post AG erhält für Teilleistungen eine Vergütung, die grundsätzlich einer Ex-ante-Entgeltgenehmigung nach §§ 28 Abs. 2 PostG in Verbindung mit §§ 19, 20 PostG bedarf, wenn die Teilleistungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen geregelt sind. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass nach § 19 Satz 2 PostG Entgelte solcher Beförderungsleistungen, die ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Briefsendungen verlangt werden, von der Genehmigungspflicht ausgenommen sind. Praktisch ausnahmslos werden Teilleistungen nicht von einzelnen Privatkunden, sondern von Großversendern, Konsolidierern oder Wettbewerbern mit großen Mengen in Anspruch genommen. Die in § 28 Abs. 2 PostG vorgesehene Ex-ante-Regulierung der Teilleistungsentgelte kommt daher in der Praxis nicht zur Anwendung. Dies führt dazu, dass der wesentliche Umsatz der Deutschen Post AG mit Großkunden, Konsolidierern und Wettbewerbern, die Teilleistungen nachfragen, nur der Missbrauchsaufsicht nach § 25 PostG unterliegt. Dies ist gemessen an der Regelung des § 19 Satz 2 PostG folgerichtig und entspricht dem Ziel, eine Vorabregulierung nur als Ultima Ratio einzuführen.

173. Nach § 28 Abs. 2 Satz 3 PostG sind bei der Überprüfung der Teilleistungsentgelte die „anteiligen Kosten der gesamten Beförderungskette angemessen zu berücksichtigen“. Dem anbietenden Unternehmen soll daher ermöglicht werden, die Teilleistung zu einem kostendeckenden Preis und einem angemessenen Gewinnzuschlag anzubieten.²⁶¹ Das verpflichtete Unternehmen soll weiterhin in der Lage bleiben, Mischkalkulationen zu erstellen und mit den günstigeren Kosten in den Ballungsräumen die hohen Kosten für Zustellungen in ländlichen Räumen zu kompensieren. Gleichzeitig soll verhindert werden, dass Nachfrager einen Teilleistungspreis zu lokalen Kosten (in kostengünstigen Zustellgebieten) oder zu einem nationalen Durchschnittssatz in Regionen mit hohen Zustellkosten verlangen.

174. Im Übrigen gelten für die Preisgestaltung der Teilleistungen die Grundsätze des § 20 Abs. 2 PostG. Die Entgelte für Teilleistungen sind diskriminierungsfrei in gleicher Weise für Endkunden und für Wettbewerber anzuwenden. Das Teilleistungsentgelt wird nach diesen Prinzipien von der Deutschen Post AG genehmigungsfrei festgesetzt. Die Deutsche Post AG gewährt ihren Kunden im Teilleistungsmarkt Rabatte auf die regulierten Entgelte, die vom Produkt, von der eingelieferten Menge und dem Umfang der Vorleistungen abhängen. Derzeit bewegen sich die Rabattstaffeln auf bis zu 48 Prozent für überregionale Sendungen.²⁶² Die Preisunterschiede zwischen vollbezahlten Einzelsendungen und Groß- und Geschäftskundensendungen betragen bei regionalen Sendungen bis zu 51 Prozent.²⁶³ Ab 1. Januar 2020 werden die Teilleistungsrabatte jeweils um 2 Prozent gesenkt. Mit Blick auf die in Laufzeiten und Beförderungsbedingungen abweichenden Dialogpost-Produkte liegen die Preisunterschiede zum Briefeinzelsendversand nochmals deutlich höher.²⁶⁴ Einzelne Voruntersuchungen der Bundesnetzagentur haben allerdings bislang keine Bedenken hinsichtlich der Preishöhen bei Teilleistungen ergeben.

175. Für 2018 gibt die Bundesnetzagentur die Menge der Teilleistungssendungen, die in das Netz der Deutschen Post AG eingespeist werden, mit 9,3 Mrd. Stück an.²⁶⁵ Nur etwa 12 Prozent der Teilleistungssendungen werden

²⁶¹ Siehe hierzu BeckPostG-Komm/Gerstner, a. a. O., § 28 Rz. 117.

²⁶² Auskunft der Deutschen Post AG gegenüber der Monopolkommission am 3. September 2019.

²⁶³ BNetzA, Bedingungen und Entgelte für Großversender und Konsolidierer im Briefmarkt 2019, September 2019, S. 25.

²⁶⁴ Auskunft der BNetzA gegenüber der Monopolkommission vom 29. April 2019.

²⁶⁵ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 22.

von Wettbewerbern eingeliefert; der überwiegende Anteil wird unmittelbar von großen Endkunden und Unternehmen des Deutsche Post Konzerns bei den Postzentren abgegeben.²⁶⁶

176. Nach heutiger Rechtslage umfasst die Teilleistungsverpflichtung nur lizenzpflichtige Sendungen, d. h. Briefsendungen bis 1.000 Gramm. Es scheint sinnvoll, den Umfang der Teilleistungsverpflichtung zu überprüfen. Im Zuge der Novelle des Postgesetzes könnte man die Erweiterung auf Briefe bis zu 2.000 Gramm erwägen, um den Wettbewerbern auch dieses Geschäftsfeld zu eröffnen, das sie unter anderem wegen der unzureichenden Präsenz in der Fläche nicht bearbeiten können.

177. Verbände der Wettbewerber schlagen in einer Stellungnahme vor, einen Wettbewerbersrabatt für Teilleistungen gesetzlich vorzusehen, um den nach ihrer Ansicht gebotenen Preisabstand zwischen den Erbringern von Briefdienstleistungen und den Endkunden herzustellen.²⁶⁷ Die Wettbewerber müssen für die Zustellung an den Endkunden in erheblichem Umfang Teilleistungen der Deutschen Post AG in Anspruch nehmen. Diese Teilleistungen stehen den Endkunden, in der Regel Großkunden, zu gleichen Bedingungen wie den Wettbewerbern offen. Die Möglichkeiten der Wettbewerber, dem Endkunden Vorleistungen zu attraktiven Preisen anzubieten, sind eingeschränkt, wenn die Teilleistungen sowohl dem Wettbewerber als auch dem Endkunden zu gleichen Konditionen angeboten werden. Der Verband argumentiert, die Deutsche Post AG spare Vertriebskosten, die der Konsolidierer übernimmt. Im Übrigen seien solche Großhandelsrabatte auch in anderen Bereichen, zum Beispiel im Telekommunikationsmarkt, üblich. Es ist richtig, dass die Margen des Konsolidierers gering sind, wenn der Endkunde die Vorleistung auch mit eigenen Ressourcen erbringen kann und bei der Deutschen Post AG den gleichen Teilleistungsrabatt erhält. Die Preisstruktur gibt der Deutschen Post AG die Möglichkeit, die attraktivsten Kunden unmittelbar über Teilleistungen zu bedienen. Gegen den Vorschlag des Verbandes ist allerdings einzuwenden, dass Vertriebs- und Bearbeitungskosten bei der Deutschen Post AG auch im Verhältnis zu den Konsolidierern anfallen und im Telekommunikationssektor die Großhändler die Leistungen des Vorlieferanten veredeln und vermarkten und daher eine differenzierte Preisstruktur im Telekommunikationsmarkt gerechtfertigt ist. Letztlich stellt sich für den Endkunden die Frage, ob er die Vorleistung von einem Konsolidierer einkauft oder selbst erbringt. Ein Wettbewerbersrabatt erscheint nach Ansicht der Monopolkommission nicht gerechtfertigt.

4.8.2 Die Eigenkonsolidierung durch den Deutsche Post Konzern bedarf der Kontrolle

178. In Stellungnahmen der Wettbewerber wird die konzerneigene Konsolidierungsgesellschaft der Deutschen Post AG, die *Deutsche Post Inhaus Services GmbH* kritisiert, die Vorleistungen gegenüber dem Kunden erbringt, indem sie Sendungen einsammelt, zu größeren Mengen zusammenfasst, aufbereitet und bei Briefzentren des Deutsche Post Konzerns zur Weiterbeförderung einliefert. Wettbewerber der Deutschen Post AG machen geltend, dass die Tätigkeit der Tochtergesellschaft eines marktbeherrschenden Unternehmens dem Sinn und Zweck des Postgesetzes widerspreche. Die Eigenkonsolidierung gewähre dem marktbeherrschenden Unternehmen die Möglichkeit, Kunden für sich zu gewinnen, die auch im Fokus der Wettbewerber stehen.²⁶⁸ Dies stehe im Gegensatz zum Ziel der Wettbewerbsförderung des Postgesetzes. Die Teilleistungsregelung solle Wettbewerbern einen Zugang zur postalischen Infrastruktur der Deutschen Post AG sicherstellen, nicht aber der konzernangehörigen Gesellschaft eines marktbeherrschenden Unternehmens Zugang zu der Infrastruktur der Muttergesellschaft verschaffen. Biete die Deutsche Post AG selbst Leistungen unter Nutzung des eigenen Teilleistungszugangs an, könne dies nur wettbewerbsbeschränkende Wirkungen haben.

179. Dem Postgesetz ist weder eine Regelung zu entnehmen, die die Eigenkonsolidierung ausdrücklich gestattet, noch ist im Gesetz eine Untersagung enthalten. Die Bundesnetzagentur kommt daher zu der Auffassung, dass das Postgesetz eine Eigenkonsolidierung nicht verbietet und die Eigenkonsolidierung eine erlaubte wirtschaftliche

²⁶⁶ Auskünfte der BNetzA gegenüber der Monopolkommission vom 29. April und 7. November 2019.

²⁶⁷ Stellungnahme des Bundesverbands Briefdienste gegenüber der Monopolkommission vom 28. März 2019.

²⁶⁸ Wettbewerber der Deutschen Post AG, zitiert nach BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 18. Dezember 2015, BK 5-15/032 S. 28 f., https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK5-GZ/2015/BK5-15-0032/BK5-15-0032_Beschluss_download_bf.pdf?__blob=publicationFile&v=3, abgerufen am 16. Oktober 2019.

Betätigung auch des marktbeherrschenden Unternehmens darstellt, das durchaus neue Produkte im Wettbewerb entwickeln darf. Voraussetzung für eine nicht missbräuchliche Eigenkonsolidierung ist allerdings, dass das marktbeherrschende Unternehmen die Wettbewerbsmöglichkeiten konkurrierender Unternehmen nicht missbräuchlich beeinträchtigt und die Teilleistungen dem Konzernunternehmen in gleicher Weise und zu gleichen Konditionen anbietet, wie sie auch Dritten gewährt werden. Kosteneinsparungen, die ein Tochterunternehmen der Deutschen Post AG durch Konsolidierungstätigkeiten im Rahmen des Teilleistungszugangs gegenüber der üblichen Briefbeförderung erwirtschaftet, sind nach dem Postgesetz als effizienzsteigernd erwünscht und reduzieren das Entgelt zugunsten des Kunden.²⁶⁹

180. Dieser Einschätzung der Bundesnetzagentur ist de lege lata zuzustimmen: Das Postgesetz hat nach § 2 Abs. 2 Ziffer 1 auch die Wahrung der Interessen der Kunden zum Ziel. Der Kunde hat durch die Teilleistungsrabatte einen Vorteil, den er nicht nur durch die Wettbewerber, sondern auch durch Konzerngesellschaften des marktbeherrschenden Unternehmens oder durch Eigenleistung erhalten kann. Die Teilleistungsverpflichtung soll lediglich den Zugang der Wettbewerber und der Kunden zu der Infrastruktur des Postnetzes sicherstellen, hat aber kein Tätigkeitsverbot für das marktbeherrschende Unternehmen bzw. dessen Tochtergesellschaften zum Inhalt. Soweit das marktbeherrschende Unternehmen der konzernangehörigen Gesellschaft keine Sonderkonditionen für die Teilleistungen anbietet, keinen ggf. erforderlichen Verlustausgleich erbringt und sich die Deutsche Post Inhaus Service GmbH auch nicht missbräuchlich am Markt verhält, ist in dieser wettbewerblichen Aktivität des Konzerns kein Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung zu sehen, sondern die erlaubte Tätigkeit des Unternehmens. Nach Angaben der Deutschen Post AG nimmt die Deutsche Post Inhaus Services GmbH die Leistungen der Deutschen Post AG zu den gleichen Bedingungen in Anspruch wie Wettbewerber und Konsolidierer. Weitere Leistungsbeziehungen über postalische Dienstleistungen, so die Deutsche Post AG, bestünden zwischen dem hauseigenen Konsolidierer und der Muttergesellschaft nicht und es sei auch kein Verlustausgleich erforderlich und werde daher auch nicht gewährt.²⁷⁰ Nach Angaben der Bundesnetzagentur hat sich bei bisherigen Untersuchungen kein Anlass für die Eröffnung eines Missbrauchsverfahrens ergeben.²⁷¹ Es ist jedoch zu empfehlen, die Leistungsbeziehungen innerhalb des Konzerns und die Preisgestaltung der Deutschen Post Inhaus Services GmbH weiter kritisch zu beobachten.

4.8.3 Mehr Transparenz durch weitergehende Offenlegung von Teilleistungsverträgen

181. Das Bundeswirtschaftsministerium führt in seinen Eckpunkten zu einer Novelle des Postgesetzes aus, dass seiner Ansicht nach die erforderliche Transparenz im Bereich von Zugangsprodukten nicht in vollem Umfang gewährleistet sei. Für die Überwachung des wichtigen Teilleistungsmarktes ist eine genaue Übersicht über die Marktverhältnisse und die üblichen Bedingungen erforderlich. Die Bundesnetzagentur erhält derzeit von dem marktbeherrschenden Unternehmen nach § 30 PostG die Verträge über Teilleistungen (im Sinne des § 28 PostG) innerhalb eines Monats nach Vertragsschluss. Ziel der Vorlagepflicht ist es, der Regulierungsbehörde einen Überblick über das Marktgeschehen zu verschaffen²⁷² und ein Einsichtsrecht für jedermann nach § 30 Abs. 2 PostG zu gewährleisten. Mit dem Einsichtsrecht erhalten die Wettbewerber eine Überprüfungsmöglichkeit, ob die Teilleistungskonditionen von der Deutschen Post AG diskriminierungsfrei angewandt werden.

182. Nicht immer werden die Teilleistungsverträge widerspruchsfrei vorgelegt. Erst seit 2016 übersendet auch die konzernangehörige Konsolidierungsgesellschaft der Deutschen Post AG, die Deutsche Post Inhaus Services GmbH, Teilleistungsverträge mit Kunden an die Bundesnetzagentur. Aufgrund der Integration in den Konzern, unter anderem durch einen Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag, stuft die Bundesnetzagentur diese Konzerngesellschaft der Deutschen Post AG in gleicher Weise wie die Muttergesellschaft als marktbeherrschend ein und verlangte die Vorlage der Teilleistungsverträge nach § 30 PostG. Eine gegen die Vorlagepflicht gerichtete Klage der

²⁶⁹ BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 18. Dezember 2015, BK 5-15/032, a. a. O., S. 30 f.

²⁷⁰ Auskunft der Deutschen Post AG gegenüber der Monopolkommission vom 28. März 2019.

²⁷¹ Auskunft der BNetzA gegenüber der Monopolkommission vom 8. Juli 2019.

²⁷² BeckPostG-Komm/Gerstner, a. a. O., § 30 Rz. 1.

Tochtergesellschaft der Deutschen Post AG blieb erfolglos; das Verwaltungsgericht Köln schloss sich der Auffassung der Bundesnetzagentur an.²⁷³ Die Konzerntochter wehrte sich gegen die Offenlegung der übersandten Verträge an Dritte nach § 30 Abs. 2 PostG mit dem Hinweis, dass die Verträge Geschäftsgeheimnisse beinhalten und damit teilweise zu schwärzen seien. Die Bundesnetzagentur sicherte daraufhin zu, Angaben über den Vertragspartner des marktbeherrschenden Unternehmens sowie die Angaben zu den Ansprechpartnern zu schwärzen. Hingegen sind Einlieferungsmengen, Abholungs- und Anlieferungszeiten, Rabattstaffeln der Konzernmutter und Vergütungen, die das marktbeherrschende Unternehmen von ihren Kunden für Aufbereitung, Einlieferung und Frankierung erhält, nach einer Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts NRW offenzulegen.²⁷⁴ Das Oberverwaltungsgericht ist der Ansicht, der Deutsche Post Konzern müsse die gesetzlich vorgesehene Vorlage- und Offenlegungspflicht zu den Teilleistungsverträgen hinnehmen, da nach § 30 Abs. 2 PostG ausdrücklich „Entgelte und andere Bedingungen für Teilleistungen“ von Dritten eingesehen werden dürfen. Ein Schutz der Geschäftsgeheimnisse des marktbeherrschenden Unternehmens müsse angesichts der von § 30 PostG verlangten Markttransparenz zurückstehen. Anderenfalls liefe die Norm leer und die Marktteilnehmer hätten keine Möglichkeit zu überprüfen, ob ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot vorliegt. Dieser Auffassung ist zuzustimmen.

183. Auch die Vorlage von Teilleistungsverträgen der Firma Compador Dienstleistungs GmbH, an der die Deutsche Post AG mit nur 26 Prozent beteiligt ist, war streitig. Die Bundesnetzagentur konnte aufgrund der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags einen beherrschenden Einfluss der Deutschen Post AG auf Compador nachweisen. Das Verwaltungsgericht Köln²⁷⁵ und auch das Oberverwaltungsgericht NRW²⁷⁶ billigte die Vorlagepflicht für die Teilleistungsverträge. Streitig ist nunmehr die Vorlagepflicht für die Zukunft, nachdem der Gesellschaftsvertrag geändert wurde und die die Beherrschung ermöglichende Klausel des Gesellschaftsvertrages entfiel. Diese Frage ist gerichtlich noch nicht entschieden.

184. Unabhängig von der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages und der formalen Dokumentation von Beherrschungsmöglichkeiten des Gesellschafters sollte auch die faktische Ausübung der Kontrolle durch einen besonders einflussreichen Gesellschafter zu berücksichtigen sein. Bei einer Minderheitsbeteiligung können die gesellschaftsrechtlich vermittelten Einflussmöglichkeiten durch andere Instrumente, wie umfangreiche Liefer-, Leistungs- oder Kreditbeziehungen zu einem beherrschenden Einfluss verstärkt werden.²⁷⁷ Maßgeblich ist eine umfassende Würdigung der gesamten rechtlichen und tatsächlichen Beziehungen. Aufgrund ihrer Marktmacht und finanziellen Potenz ist die Deutsche Post AG gegebenenfalls auch ohne Beherrschungsvertrag oder besondere gesellschaftsrechtliche Dokumentation in der Lage, auf wirtschaftlich abhängige Unternehmen faktisch Einfluss zu nehmen. Der Gesetzgeber sollte daher sicherstellen, dass durch eine besondere Gestaltung der Gesellschaftsverträge trotz erkennbarer Einflussmöglichkeiten und Abhängigkeiten die Vorlagepflichten nach dem Postgesetz nicht verhindert werden können, und auch die tatsächliche, wirtschaftlich, personell oder organisatorisch vermittelte Einflussnahme berücksichtigt wird. Soweit sich ein Postdienstleister in einem wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis zur Deutschen Post AG befindet und sich deshalb nach den Wünschen des marktbeherrschenden Unternehmens richtet, hat dies den gleichen Effekt wie eine satzungsmäßig verbindliche Einflussnahme des Gesellschafters. Bei der Beurteilung der Vorlagepflicht sollten diese Gesichtspunkte berücksichtigt werden.

185. Die bei der Bundesnetzagentur ausliegenden Verträge mit Angaben zu verbindlichen Lieferzeiten, Rabatten und Vergütungen pro Brief können von jedermann eingesehen werden. Die Transparenz der Entgelte auf dem

²⁷³ VG Köln, Urteil vom 1. Dezember 2015, 22 K 3555/14, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_koeln/j2015/22_K_3555_14_Urteil_20151201.html, abgerufen am 16. Oktober 2019.

²⁷⁴ OVG NRW, Beschluss vom 15. Juni 2018, 13 B 802/17, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2018/13_B_802_17_Beschluss_20180615.html, abgerufen am 16. Oktober 2019.

²⁷⁵ VG Köln, Beschluss vom 23. Februar 2018, 22 L 2766/16, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_koeln/j2018/22_L_2766_16_Beschluss_20180223.html, abgerufen am 16. Oktober 2019.

²⁷⁶ OVG NRW, Beschluss vom 21. März 2019, 13 B 530/18, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2019/13_B_530_18_Beschluss_20190321.html, abgerufen am 16. Oktober 2019.

²⁷⁷ Vgl. Oberverwaltungsgericht NRW, Beschluss vom 21. März 2019, 13 B 530/18, a. a. O.

Teilleistungsmarkt ist damit in ausreichender Weise gewährleistet und neben der Bundesnetzagentur kann jeder Marktteilnehmer durch Einsichtnahme überprüfen, ob die Deutsche Post AG ihre Preise diskriminierungsfrei anwendet. Die Einsichtnahme in die Verträge in den Räumlichkeiten der Bundesnetzagentur erscheint allerdings für den interessierten Marktteilnehmer umständlich. Die Rabattsätze liegen in Tabellenform vor und könnten auch im Internet einfacher zugänglich gemacht werden.

186. Grundsätzlich sollte das marktbeherrschende Unternehmen verpflichtet sein, die Informationen offenzulegen, die notwendig sind, um Transparenz im Teilleistungsmarkt sicherzustellen und den Marktteilnehmern die Prüfung zu ermöglichen, ob eine diskriminierungsfreie Geschäftstätigkeit vorliegt. In einer Reform des Postgesetzes ist neben einer allgemeinen Offenlegungspflicht eine beispielhafte, enumerative Aufzählung der durch das marktbeherrschende Unternehmen offenzulegenden Informationen zu empfehlen, um unnötige Diskussionen über den Umfang der Pflicht zu vermeiden.

187. Das Ziel, der Regulierungsbehörde einen umfassenden Marktüberblick zu verschaffen, wird allerdings nicht erreicht, wenn mit den Teilleistungsverträgen gekoppelte oder zeitlich parallel geschlossene Verträge, die nicht dem Postgesetz unterliegen, der Bundesnetzagentur unbekannt sind. Diese gekoppelten oder parallelen Vereinbarungen bieten die Möglichkeit, das Entgelt und damit indirekt die Teilleistungsrabatte zu modifizieren und eine Preisdiskriminierung zu verschleiern, da die nicht postalischen Leistungen der Kontrolle der Regulierungsbehörde entzogen sind. So ist beispielsweise bekannt, dass die Deutsche Post AG mit Teilleistungsgroßkunden Werbeverträge schloss und dem Kunden eine Vergütung dafür zahlte, dass das Logo der Deutschen Post AG auf Briefumschlägen zu Werbezwecken aufgedruckt werden durfte. Unabhängig davon, ob man davon ausgeht, dass die Werbemaßnahme eine vergütungsfähige Leistung darstellt, sollten im Zuge einer Reform des Postgesetzes von einer präziser gefassten Vorlagepflicht auch die in einem sachlichen oder zeitlichen Zusammenhang mit Teilleistungen abgeschlossenen weiteren Verträge mit dem Teilleistungskunden erfasst werden. Es ist offensichtlich, dass die Abgrenzung nicht einfach sein dürfte, da die Deutsche Post AG mit ihren Postdienstleistungskunden auch vielfältige andere Leistungsbeziehungen unterhält. Allerdings ist es nicht hinzunehmen, dass die Entgeltregulierung durch Zugeständnisse in nicht postalischen Verträgen umgangen wird. Zumindest bei erkennbar mit der Postdienstleistung verbundenen Leistungsbeziehungen sollte eine Vorlagepflicht vorgesehen werden. Dies würde der Bundesnetzagentur eine umfassendere Übersicht über den vollständigen Teilleistungsmarkt und dessen Konditionsgefüge sowie eine bessere Prüfung im Rahmen ihrer Aufgaben ermöglichen.

4.8.4 Die frühzeitige Vorlage von geplanten Änderungen des Teilleistungszugangs verbessert die Aufsicht

188. Änderungen der Teilleistungskonditionen und Modifikationen des Zugangs zu den Teilleistungen werden von der Deutschen Post AG und den Teilleistungskunden vertraglich vereinbart. Aufgrund ihrer zentralen Funktion im Teilleistungsmarkt bestimmt im Wesentlichen die Deutsche Post AG die Konditionen und die technischen Details des Zugangs. Ausdrückliche Konsultations- oder Informationspflichten vor Änderungen bestehen weder gegenüber den Kunden noch gegenüber der Bundesnetzagentur. Dass eine vorherige systematische Information der Kunden und eine Prüfung durch die Bundesnetzagentur sinnvoll wären, zeigt das Beispiel des Infrastrukturrabattes. Seit der Einführung des sogenannten Infrastrukturrabattes zum 1. Januar 2018 gewährte die Deutsche Post AG Teilleistungskunden einen Rabatt von drei Prozent, seit dem 1. Juli 2019 im Zuge der Portoerhöhung einen Rabatt von fünf Prozent, wenn die Frankierung einem vorgegebenen Standard entspricht. Dieser Standard ermöglicht unter anderem einen automatisierten Abgleich der eingelieferten Sendungen mit den von den Kunden einzureichenden Anmeldelisten, in denen diese ihre Sendungen für Abrechnungs- und Kontrollzwecke erfassen. Gleichzeitig reduzierte die Deutsche Post AG den ursprünglich gewährten Teilleistungsrabatt um drei Prozentpunkte. Teilleistungskunden, die rechtzeitig den neuen Frankierstandard erfüllten, hatten einen Umstellungsaufwand, zahlten aber die gleichen Preise wie vor der Umstellung. Die Kunden, die die Umstellung nicht rechtzeitig umsetzen konnten, mussten hingegen auf ihre bisherige Reduzierung des Teilleistungsrabatts um drei Prozentpunkte verzichten und daher mehr zahlen. Da die Umstellung aber für einige Kunden und die Frankiermaschinenhersteller aus deren Sicht zu kurzfristig angekündigt war, bestand die Gefahr, dass die technischen Voraussetzungen und die Umstellung der

Frankiermaschinen nicht von allen Kunden rechtzeitig zum 1. Januar 2018 erledigt waren.²⁷⁸ Die Marktteilnehmer beklagten bei der Bundesnetzagentur, dass die Informationen der Deutschen Post unvollständig und nicht rechtzeitig eingingen.²⁷⁹ Daraufhin verlängerte die Deutsche Post AG auf Veranlassung der Bundesnetzagentur die Übergangsfrist um vier Monate, um den Kunden die Umstellung zu erleichtern. Auch die Details zur Einführung der digitalen Kopie hatte die Deutsche Post AG, so die Beschwerden von Marktteilnehmern, nicht rechtzeitig und ausführlich genug angekündigt. Eine vorherige Information und Überprüfung der Maßnahme durch die Bundesnetzagentur hätte eine besser strukturierte Information des Marktes sichergestellt.

189. Die Änderungen von Entgelten, Bedingungen und bestehenden Zugangsregelungen für Teilleistungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) sollten daher davon abhängig sein, dass das antragstellende Unternehmen die Bundesnetzagentur zunächst umfassend durch vorherige Übersendung der neuen AGB über die geplanten Änderungen informiert. Ein Beispiel für eine solche Regelung findet sich in § 38 Abs. 1 TKG. Danach sind Entgelte, die einer nachträglichen Entgeltregulierung unterliegen, zwei Monate vor dem Inkrafttreten der Bundesnetzagentur vorzulegen. Auch §§ 72, 73 des Eisenbahnregulierungsgesetzes sehen die Unterrichtung der Bundesnetzagentur vor der Umsetzung von Entscheidungen des regulierten Unternehmens vor. Beide Vorschriften ermöglichen der Bundesnetzagentur nach Vorlage der Informationen eine summarische Prüfung der geplanten Maßnahmen. Die Bundesnetzagentur kann die Umsetzung innerhalb einer bestimmten Frist untersagen oder durch Fristablauf freigeben. In ähnlicher Weise ist in § 27 der Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen eine Festlegungskompetenz der Regulierungsbehörde zu Prozessen, Datenaustausch und Vertragsinhalten normiert. Nach § 21 Abs. 5 TKG stehen der Bundesnetzagentur ebenfalls Möglichkeiten zur Verfügung, technische und betriebliche Bedingungen bei der Bereitstellung des Zugangs festzulegen. Bei einer entsprechenden Anwendung dieses Prinzips auf den Teilleistungsbereich wäre das marktbeherrschende Unternehmen verpflichtet, die Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor der Implementierung vorzulegen. Dies würde der Bundesnetzagentur die Möglichkeit geben, innerhalb einer kürzeren Frist vor der Anwendung neue Vertragsinhalte auf missbräuchliche Vertragsbestimmungen, Rabatte, an den Kunden zu zahlende Vergütungen und Entgelte zu überprüfen und Abhilfemaßnahmen zu initiieren oder offenkundig postrechtswidrige Maßnahmen bis zum Abschluss einer endgültigen Prüfung vorläufig zu untersagen.²⁸⁰ Eine Prüfungsfrist von zwei bis vier Wochen nach Übersendung erscheint angemessen. Diese Widerspruchslösung wäre eine flexible und – abgesehen von dem Ankündigungszeitraum – nur geringfügig belastende Maßnahme, erscheint aber angesichts der Bedeutung des Zugangs zu Teilleistungen für den Wettbewerb notwendig.

4.9 Die mehrwertsteuerrechtliche Gleichbehandlung der Wettbewerber im Briefmarkt muss sichergestellt werden

190. Die Wettbewerber der Deutschen Post AG werden mehrwertsteuerrechtlich schlechter gestellt als das marktbeherrschende Unternehmen. Nach Art. 132 Abs. 1 lit. a der EU-Mehrwertsteuersystemrichtlinie²⁸¹ sind von öffentlichen Posteinrichtungen erbrachte Dienstleistungen von der Umsatzsteuer befreit. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union²⁸² gilt die Mehrwertsteuerbefreiung sowohl für öffentliche Posteinrichtungen als auch private Unternehmen, die sich verpflichten, postalische Dienstleistungen zu erbringen, die den grundlegenden Bedürfnissen der Bevölkerung entsprechen und damit in der Praxis den gesamten Universal-

²⁷⁸ BNetzA, Bericht über die Ergebnisse der Marktbefragung zur Einführung des Infrastrukturrabatts der DPAG, Dezember 2017, S. 10.

²⁷⁹ BNetzA, Bericht über die Ergebnisse der Marktbefragung zur Einführung des Infrastrukturrabatts der DPAG von Dezember 2017, S. 11.

²⁸⁰ Vgl. Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Post (2017), a. a. O., Tz. 87.

²⁸¹ Richtlinie 2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem, ABl. L 347 vom 11. Dezember 2006, S. 1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32006L0112&from=DE>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

²⁸² EuGH, Urteil vom 23. April 2009, C-357/07, Rz. 36, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:62007CJ0357&from=DE>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

postdienst in einem Mitgliedstaat oder einen Teil davon gewährleisten. Nach § 4 Ziffer 11 b Umsatzsteuergesetz (UStG) gilt im deutschen Mehrwertsteuerrecht die Befreiung für Universaldienstleistungen, soweit sie zu allgemeinen, für jeden zugänglichen (nicht rabattierten oder verhandelten) oder nach § 19 PostG genehmigten Tarifen angeboten werden. Eine weitere Voraussetzung ist allerdings nach Ansicht der Bundesregierung, dass die Mehrwertsteuerbefreiung nur von solchen Postdienstleistern in Anspruch genommen werden kann, die den gesamten Universaldienst – allein oder über Kooperationsverträge – flächendeckend in der Bundesrepublik anbieten.²⁸³ Diese Bedingung kann derzeit nach der Post-Universaldienstverordnung nur die Deutsche Post AG erfüllen. Die Auffassung der Bundesregierung ist schwer mit der Rechtsprechung des EuGH in Einklang zu bringen, der ausdrücklich auch die Leistung eines Teiles der Universaldienstleistungen als mehrwertsteuerfrei bezeichnet hat.

191. Für Geschäfts- und Teilleistungskunden ist diese Differenzierung nicht relevant, denn sie zahlen rabattierte Großkunden- oder Teilleistungsentgelte, die in jedem Fall mit Mehrwertsteuer belastet sind. Kunden hingegen, die Universaldienstprodukte zu dem vollen nach § 19 PostG genehmigten Entgelt von der Deutschen Post AG beziehen, zahlen keine Mehrwertsteuer. Würden sie dieselbe Leistung bei einem Wettbewerber in Anspruch nehmen, wäre ein Mehrwertsteueraufschlag von 19 Prozent zusätzlich zu entrichten. Die Deutsche Post bietet aufgrund dieser steuerlichen Regelung nicht mehrwertsteuerpflichtigen Kunden im Universaldienst einen erheblichen Preisvorteil, der nicht gerechtfertigt ist,²⁸⁴ denn auch die anderen Postdienstleister erbringen einen Anteil an der Universaldienstversorgung. Dieser Effekt, der für nicht mehrwertsteuerpflichtige Kunden die Inanspruchnahme von Postdienstleistungen bei Wettbewerbern der Deutschen Post AG verteuert, ist sowohl auf dem Briefmarkt, in besonderer Weise aber auf dem Paketmarkt erkennbar. Soweit die Abschaffung der Umsatzsteuerbefreiung nicht möglich ist, weil sich für die Änderung der Mehrwertsteuerrichtlinie auf europäischer Ebene keine Mehrheit findet,²⁸⁵ sollte die Mehrwertsteuerbefreiung nach § 4 Ziffer 11 b UStG auf alle Wettbewerber, die Universaldienstprodukte zu einem allgemeinen Standardtarif anbieten, ausgeweitet werden, um Chancengleichheit im Wettbewerb um die nicht mehrwertsteuerpflichtigen Kunden herzustellen.

4.10 Die Missbrauchsaufsicht im Briefmarkt ist zu verschärfen

192. Die Monopolkommission hat wiederholt darauf hingewiesen, dass es notwendig ist, die Missbrauchsaufsicht im Briefmarkt zu verschärfen.²⁸⁶ Die Eckpunkte für eine Novelle des Postgesetzes sehen ebenfalls eine Prüfung vor, wie die Ex-Post-Kontrolle verbessert werden kann. Die Deutsche Post AG verfügt als marktbeherrschendes Unternehmen über Möglichkeiten des Marktmachtmissbrauchs.²⁸⁷ Allerdings gelangt die Bundesnetzagentur bei der Missbrauchsaufsicht in einigen Fällen an die Grenzen ihrer rechtlichen Möglichkeiten. Um die notwendige Stärkung der Missbrauchsaufsicht zu gewährleisten, sollte die Bundesnetzagentur daher über eine umfassendere Informationsbasis und ein effizienteres Regulierungsinstrumentarium für den Briefmarkt verfügen.

4.10.1 Der Auskunftsanspruch der Bundesnetzagentur sollte erweitert werden

193. Die Missbrauchsaufsicht auf den Postmärkten erfolgt gemeinsam durch die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt, ohne dass der Gesetzgeber eine klare Kompetenzzuweisung vorgenommen hat. Voraussetzung für eine effektive Missbrauchsaufsicht ist eine ausreichende Informationsbasis der Behörden, um den relevanten Markt und die Wettbewerbssituation einschätzen zu können. Die Beschaffung der Informationen unterliegt allerdings für die beiden Behörden unterschiedlichen Bedingungen. Nach aktueller Gesetzeslage kann die Bundesnetzagentur – abgesehen von den Sonderregelungen zur förmlichen Zustellung in § 33 PostG sowie zum Postgeheimnis

²⁸³ Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 18/10040 vom 13. Oktober 2016 Rz. 136ff., <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/100/1810040.pdf>, abgerufen am 16. Oktober 2019; vgl. Haucap, in Holznapel (Hrsg.), 20 Jahre Verantwortung für Netze, a. a. O., S. 335 f.

²⁸⁴ Vgl. Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Post (2017), a. a. O., Tz. 134 ff.

²⁸⁵ Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 18/10040 vom 13. Oktober 2016, a. a. O., Rz. 149.

²⁸⁶ Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Post (2017), a. a. O., Tz. 104 m. w. N.

²⁸⁷ Beispiele siehe Tz. 99 ff.

und Datenschutz nach §§ 39 ff PostG – nach § 45 PostG Auskünfte von „im Postwesen tätigen Unternehmen“ verlangen. Anspruch auf Auskünfte von Dritten oder Kunden hat die Bundesnetzagentur derzeit nicht. Dritte oder Kunden sind üblicherweise nicht interessiert, freiwillig an der Aufklärung von Missbrauchsvorwürfen mitzuwirken, wenn sie durch das regulierungswidrige Verhalten begünstigt wurden. Die Informationsbeschaffung kann sich damit für die Bundesnetzagentur schwierig gestalten. Das Bundeskartellamt verfügt dagegen nach § 59 GWB über weitergehende Auskunftsrechte. Das Auskunftsrecht geht so weit, wie es zur Erfüllung der Aufgaben der Kartellbehörde erforderlich ist und umfasst auch die Befragung anderer Marktteilnehmer, Verbände und Kunden.

194. Die Informationsmöglichkeiten und Auskunftsrechte der Bundesnetzagentur entsprechen auch aufgrund des Wandels der Postmärkte nicht mehr den aktuellen Anforderungen. Die Bundesnetzagentur benötigt Auskunftsrechte, die über den Postmarkt hinausgehen. Angesichts der zu erwartenden Dynamik der Substitution der Briefsendungen durch digitale Kommunikation sind Auskünfte Dritter, die im Bereich der digitalen Kommunikation tätig sind, zur Einschätzung der Entwicklungen im Postmarkt wichtig. Es ist daher zu empfehlen, der Bundesnetzagentur für Zwecke der Marktanalyse einen Auskunftsanspruch auch gegenüber Unternehmen einzuräumen, die auf vor- oder nachgelagerten und mit den Postmärkten in Wechselwirkung stehenden Märkten tätig sind, um ihre Aufgaben zu erfüllen.

195. Die Monopolkommission begrüßt, dass die Bundesnetzagentur der Empfehlung der Monopolkommission in ihrem letzten Gutachten²⁸⁸ folgt und von ihrem Recht aus § 10 Abs. 2 Satz 3 PostG Gebrauch machen will, dem marktbeherrschenden Unternehmen die Ausgestaltung der internen Rechnungslegung für Postdienstleistungen vorzugeben. Derzeit plant die Bundesnetzagentur, durch die Vorgabe der Berechnungsmethodik die relevanten Daten und Kosten pro Postdienstleistung aus den Jahresabschlüssen der Deutschen Post AG einmal pro Jahr und nicht nur zu den Terminen der Maßgrößenentscheidung zu erheben. Dieses Vorgehen wird dazu führen, dass die Bundesnetzagentur über einen aktuelleren Informationsstand verfügt und nicht nur Kostenentwicklungen aus den Unterlagen der Maßgrößenverfahren besser nachvollziehen, sondern auch Missbrauchsverfahren zeitnaher abwickeln kann.

4.10.2 Verweise des Postgesetzes auf das Telekommunikationsgesetz sind zu aktualisieren

196. Die Bundesregierung und auch die Bundesnetzagentur sehen Bedarf für eine Ausweitung und Intensivierung der Marktbeobachtung.²⁸⁹ Von einer umfassenderen Berichterstattung über die Postmärkte und deren Untersuchung – auch durch die Monopolkommission – würden die Bundesregierung, die gesetzgebenden Körperschaften und die Regulierungs- und Kartellbehörden wie auch die Vergabestellen bzw. öffentlichen Auftraggeber, Postdienstleister, Geschäftskunden und (potenzielle) Investoren profitieren.

197. Seit der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) 2004 besteht allerdings Rechtsunsicherheit über die Berichtspflichten und die Auskunftsrechte der Monopolkommission wegen der starren Verweisung des geltenden Postgesetzes auf die Vorschriften des 1996 in Kraft getretenen Telekommunikationsgesetzes.²⁹⁰ Dies betrifft insbesondere die Verweisungen des § 44 Satz 2 PostG auf §§ 66 bis 71, 74 bis 81, 83 und 84 TKG 1996, die aufgrund der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes veraltet sind. Hiervon betroffen ist zum einen die von der Monopolkommission zu erfüllende Berichtspflicht, welche in § 44 Satz 2 PostG i. V. m. § 81 Abs. 3 TKG 1996 geregelt ist. Nach der Änderung der Nummerierung müsste sich die Berichtspflicht der Monopolkommission nunmehr aus § 44 Satz 2 PostG i. V. m. § 121 Abs. 2 TKG ergeben. Die starre Rechtsverweisung tangiert auch das Ak-

²⁸⁸ Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Post (2017), a. a. O., Tz. K25 und Tz. 105.

²⁸⁹ Monopolkommission, 9. Sektorgutachten Post (2015), a. a. O., Tz. 224 f.; Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 18/10040 vom 13. Oktober 2016, a. a. O., Rz. 91; BNetzA, Digitale Transformation in den Netzsektoren – Aktuelle Entwicklungen und regulatorische Herausforderungen, S. 103, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Digitalisierung/Grundsatzpapier/Digitalisierung.pdf?__blob=publicationFile&v=3, abgerufen am 16. Oktober 2019.

²⁹⁰ Telekommunikationsgesetz vom 22. Juni 2004, BGBl. I S. 1190, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 27. Juni 2017 (BGBl. I S. 1963) geändert worden ist, urspr. Telekommunikationsgesetz vom 25. Juli 1996, BGBl. I S. 1120.

teneinsichtsrecht der Monopolkommission. Zwar hat der Gesetzgeber 2007 in einer weiteren Novellierung des Telekommunikationsgesetzes mit § 121 Abs. 2 Satz 3 TKG eine Vorschrift hinzugefügt, nach der die Monopolkommission Einsicht nehmen kann „in die bei der Bundesnetzagentur geführten Akten einschließlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist“.²⁹¹ Das Bundesverwaltungsgericht hat gleichwohl entschieden, dass neu eingefügte Vorschriften nicht von einer zuvor bestehenden Verweisung im Postgesetz erfasst und somit von einer Anwendung ausgenommen sind.²⁹² Deshalb verwehrt die Bundesnetzagentur der Monopolkommission den Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthaltenden Akten. Ohne die Ausübung ihres Akteneinsichtsrechts bei der Bundesnetzagentur ist die Monopolkommission aber nur bedingt in der Lage, ihrem gesetzlichen Auftrag nachzukommen. Im Gegensatz hierzu definiert § 46 Abs. 2a GWB ein umfassendes Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission beim Bundeskartellamt.²⁹³ Wie bereits im Gesetzentwurf zur Novellierung des Postgesetzes 2013 vorgesehen, empfiehlt die Monopolkommission zum Abbau von Rechtsunsicherheit eine Aktualisierung der Verweise des Postgesetzes auf das Telekommunikationsgesetz und die Einfügung einer Vorschrift in § 47 PostG analog zu § 121 Abs. 2 TKG, die den Gesetzauftrag der Monopolkommission definiert.²⁹⁴

4.10.3 Missbrauchsverfahren im Briefmarkt sollten formell und materiell verbessert werden

Antragsrecht für die Einleitung von Missbrauchsverfahren

198. Nach derzeitiger Rechtslage kann sich jeder Marktteilnehmer mit Beschwerden an die Regulierungsbehörde wenden, um eine Prüfung nach §§ 24, 25 PostG oder ein Missbrauchsverfahren nach § 32 PostG zu initiieren. Allerdings haben die Marktteilnehmer keine Möglichkeit, ein behördliches Verfahren zu erzwingen. Die Eröffnung des Verfahrens steht im Ermessen der Behörde. Marktteilnehmer schlagen in ihren Stellungnahmen ein eigenes Antragsrecht vor, um die Bundesnetzagentur veranlassen zu können, ein förmliches Missbrauchsverfahren einzuleiten und den erhobenen Missbrauchsvorwürfen nachzugehen.²⁹⁵ Ein Antragsrecht würde den Beschwerdeführern die Möglichkeit geben, einen ablehnenden Bescheid vor den Gerichten anzufechten.

199. Den Wettbewerbern steht zwar auch heute die Möglichkeit offen, nach § 33 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) selbst vor den ordentlichen Gerichten gegen missbräuchliche Verhaltensweisen von Wettbewerbern vorzugehen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass ein Verstoß gegen Vorschriften des GWB oder Art. 101, 102 AEUV vorliegt. Es werden daher nicht alle potenziellen Verletzungen von Postregulierungsvorschriften erfasst. Nach § 33 GWB kann ein Mitwettbewerber Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche geltend machen. Nach § 33 a GWB ist das marktbeherrschende Unternehmen zum Schadenersatz verpflichtet, wenn es schuldhaft gehandelt hat. Das klagende Unternehmen ist allerdings während einer gerichtlichen Auseinandersetzung in einer schwierigeren Beweissituation als eine Behörde, denn das Unternehmen muss den Sachverhalt substantiiert vortragen und gegebenenfalls beweisen, ohne auf die internen Unterlagen des marktbeherrschenden Unternehmens zugreifen zu können. Eine Behörde kann mit ihren Auskunfts- und Einsichtsrechten den Sachverhalt leichter aufklären. Unterlassungs- und Schadenersatzverfahren zwischen Wettbewerbern sind daher deutlich schwieriger zu führen, wenn es keine Unterstützung durch die Behörde gibt. Die privatrechtliche Klärung und Abstellung von Missbrauchsvorwürfen nach dem GWB ist daher aus Beweisgründen, und da nicht alle Regelungen des Postgesetzes erfasst werden, ein wenig praktikabler Weg für die Wettbewerber der Deutschen Post AG.

²⁹¹ Telekommunikationsgesetz vom 18. Februar 2007, BGBl. I S. 106.

²⁹² BVerwG, Beschluss vom 31. Januar 2006, 6 B 78.05, <https://www.bverwg.de/310106B6B78.05.0>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

²⁹³ Zum Zugang der Monopolkommission zu elektronischen Daten beim Bundeskartellamt vgl. Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12760 vom 15. Juni 2017, S. 24, <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/127/1812760.pdf>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

²⁹⁴ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Postgesetzes, BR-Drs. 627/13 vom 9. August 2013, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2013/0627-13.pdf>, abgerufen am 16. Oktober 2019; ebenfalls bereits Monopolkommission, 9. Sondergutachten Post (2015), a. a. O., Tz. 219 und 221 f. m. w. N.

²⁹⁵ Bundesverband Briefdienste, <https://briefdienste-online.de/media/bbd-Imagebroschuere.pdf>, abgerufen am 16. Oktober 2019.

200. Im Telekommunikationsmarkt ist durch § 42 Abs. 4 Satz 1 und 6 TKG ein Antragsrecht für potenziell betroffene Unternehmen vorgesehen, um ein Missbrauchsverfahren der Regulierungsbehörde einzuleiten. Die Antragsteller müssen ihren Antrag mit substantiierten Verdachtsmomenten und Vorwürfen schlüssig begründen. Mit dem Antragsrecht verbunden ist die Sollvorschrift, das Verfahren nach § 42 Abs. 4 Satz 4 TKG innerhalb von vier Monaten abzuschließen. Damit ist ein zeitlich angemessener Rahmen geschaffen, um die Beschwerde des Wettbewerbers aufzuklären und – soweit erforderlich – Maßnahmen zu treffen. Nach Berichten von Marktteilnehmern im Telekommunikationsmarkt wird das Antragsrecht zwischen den Unternehmen gelegentlich als Druckmittel eingesetzt, wenn Meinungsverschiedenheiten zwischen Wettbewerbern zu klären sind. Dieses Antragsrecht und die Zeitvorgabe für die Erledigung eines Missbrauchsverfahrens im Telekommunikationsmarkt sollten auch im Postmarkt sinnvoll anwendbar sein, denn es kann die Klärung von Missbrauchsvorwürfen – auch außerhalb eines behördlichen Verfahrens – beschleunigen. Ein Antragsrecht könnte zu einer Belebung der Aufsichtsaktivitäten führen, da die Wettbewerber Beschwerden der Bundesnetzagentur mit größerem Nachdruck unterbreiten können, ein Recht auf eine Untersuchung haben und nicht von dem Ermessen der Bundesnetzagentur abhängig sind.

Katalog missbräuchlicher Handlungen

201. Das sektorspezifische Missbrauchsverbot nach § 32 PostG ist im Vergleich zu den detaillierteren Ausführungen im Telekommunikationsrecht, §§ 27, 28, 42 TKG, unbestimmt und auslegungsbedürftig. Lediglich die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Anbieter im Zusammenhang mit Teilleistungen ist als Beispiel genannt. Konkretere Beispiele, verbunden mit einer Vermutungsregel, würden missbräuchliche Handlungen deutlicher machen und die Warnfunktion verbessern. Ein Vorschlag der Wettbewerber der Deutschen Post AG in einer Stellungnahme gegenüber der Monopolkommission geht dahin, die in § 32 PostG verankerte Generalklausel für das sektorspezifische Missbrauchsverbot entsprechend den Regelungen in anderen Netzwirtschaften durch Vermutungstatbestände und Beispiele zu konkretisieren.²⁹⁶ Auch die Bundesregierung schlägt in ihrer Stellungnahme zum Sektorgutachten Post 2017 der Monopolkommission vor, zu prüfen, ob die Vermutungstatbestände für missbräuchliches Verhalten bei der Forderung und Vereinbarung von Entgelten nach § 28 Abs. 2 TKG in den nationalen Postrechtsrahmen übertragen werden sollen.²⁹⁷ So bietet es sich an, Preishöhenmissbrauch, Diskriminierung von Wettbewerbern oder Kunden hinsichtlich der Entgelte und Geschäftsbedingungen, die Behinderung von Wettbewerbsmöglichkeiten durch die Versagung des Zugangs zu Zustelleinrichtungen oder die diskriminierende Gestaltung von Produkten durch ein marktbeherrschendes Unternehmen als Beispiele für einen Missbrauch zu definieren.

202. Ein wesentliches Element für den Katalog missbräuchlicher Handlungen, das aus dem Telekommunikationsrecht entnommen werden könnte, ist die ausdrückliche Regelung der Vermutungswirkungen einer „Preis-Kosten-Schere“ in § 28 Abs. 2 Ziffer 2 TKG. Danach wird der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vermutet, wenn die Spanne zwischen dem Entgelt, das der marktmächtige Betreiber eines Netzes Wettbewerbern für eine Zugangsleistung in Rechnung stellt und dem entsprechenden Endnutzerentgelt nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals auf dem Endnutzermarkt zu ermöglichen. Der Tatbestand einer Preis-Kosten-Schere wird in den Regulierungsentscheidungen zu den Postmärkten geprüft, ist aber im Postgesetz nicht als Vermutung für ein missbräuchliches Verhalten angelegt.²⁹⁸ Eine Vermutung würde die Beweisführung in Missbrauchsfällen erleichtern. Die Beweislastumkehr verlagert die Beweislast in zutreffender Weise auf das marktmächtige Unternehmen, das die größte Sachnähe aufweist und die Informationen zu dem Vorwurf einfach beschaffen und damit ggf. den Vorwurf ausräumen kann.

²⁹⁶ Bundesverband Paket und Expresslogistik BIEK einer Stellungnahme an die Monopolkommission vom 25. März 2019.

²⁹⁷ Unterrichtung durch die Bundesregierung, Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur – Post 2016/2017 mit Sondergutachten der Monopolkommission – Post 2017: Privilegien abbauen, Regulierung effektiv gestalten, BT-Drs. 19/169 vom 1. Dezember 2017, Tz. 131.

²⁹⁸ OVG NRW Beschluss vom 19. Dezember 2016, 13 B 936/16, https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2016/13_B_936_16_Beschluss_20161219.html; BNetzA, Beschluss der 5. Beschlusskammer vom 30.11.2017, BK5-17/048, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1_GZ/BK5-GZ/2017/BK5-17-0048/BK5-17-0048_Beschluss_Download_BF.pdf?__blob=publicationFile&v=3, abgerufen am 16. Oktober 2019.

Erweiterung des Bußgeldkatalogs

203. Der Bußgeldkatalog des Postgesetzes ist derzeit lückenhaft. Verstöße gegen die Maßstäbe für genehmigungsbedürftige Entgelte in § 20 PostG bei der Festsetzung der Porti allein können nicht sanktioniert werden. Ordnungswidrig ist der Verstoß nach § 49 Abs. 1 Ziffer 3 PostG nur dann, wenn gleichzeitig eine vollziehbare Anordnung der Bundesnetzagentur nicht befolgt wird. Auch Qualitäts- und Versorgungsmängel kann die Bundesnetzagentur nicht mit einem Bußgeld ahnden. Die für den Zeitraum der Exklusivlizenz für die Deutsche Post AG geltende Sanktionsmöglichkeit für die fehlerhafte Erbringung des Universaldienstes ist seit Ende 2007 ausgelaufen. Die Bundesnetzagentur hat derzeit nur die Möglichkeit, im lizenzpflichtigen Bereich die Lizenz zu entziehen, wenn Mängel im Postdienst festzustellen sind. Dieser Eingriff kommt jedoch faktisch einem Berufsverbot nahe und ist als Sanktion für kleinere Verstöße gegen das Postrecht nicht geeignet. Es ist daher zu empfehlen, den Bußgeldkatalog um Verstöße gegen Qualitäts- und Versorgungsvorgaben des Postgesetzes zu erweitern und die Anwendbarkeit auf alle Postdienstleister sicherzustellen.

Bußgeldhöhe

204. Bislang sind im Postbereich keine Bußgelder wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung verhängt worden. Davon abgesehen erscheint der aktuelle Rahmen der Bußgelder bis zu EUR 500.000 in § 49 PostG zu gering, um Großunternehmen entsprechende Verhaltensanreize zu setzen. Das Risiko einer Sanktion sowie die Sanktionshöhe sind – gemessen an den betriebswirtschaftlichen Vorteilen eines missbräuchlichen Verhaltens – nicht erheblich. § 149 TKG sieht im Telekommunikationsbereich zwar ebenfalls ein Bußgeld von bis zu EUR 500.000 vor. Dieser Betrag kann jedoch überschritten werden, wenn der Vorteil aus der ordnungswidrigen Tat aufgrund der Höchstgrenzen anderenfalls nicht abgeschöpft würde. Derzeit wäre eine entsprechende Erhöhung über § 17 Abs. 4 OWiG auch im Postbereich möglich. Die Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils kann jedoch schwierig sein. Eine grundsätzliche Erhöhung des Bußgeldrahmens ist daher empfehlenswert. Es erscheint angemessen, sich hierfür an den Vorschriften des Kartellrechts zu orientieren. Die Vorschrift des § 81 Abs. 4 GWB sieht mit Bußgeldern in Höhe von bis zu 10 Prozent vom Gesamtumsatz einschneidende Sanktionen vor, die auch gegenüber Großunternehmen eine deutlichere Disziplinierungswirkung entfalten würden.

205. Das Bundeskartellamt ist grundsätzlich nicht daran gehindert, Kartellrechtsverstöße nach dem GWB zu sanktionieren. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bleibt grundsätzlich neben dem Postgesetz auch auf Missbrauchsfälle anwendbar, die im Postmarkt auftreten.²⁹⁹ Die Monopolkommission empfiehlt auch im Postgesetz Möglichkeiten zu schaffen, bei Gesetzesverstößen spürbare, dem Handlungsrahmen des Bundeskartellamtes entsprechende Bußgelder zu verhängen, um auch die sektorspezifischen Gebote des Postgesetzes sanktionieren zu können.

Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche

206. Eine Intensivierung der Aufsicht könnte auch dadurch erfolgen, dass der Gesetzgeber Verbänden, Wettbewerbern und Kunden die Möglichkeit einräumt, die Unterlassung eines missbräuchlichen Verhaltens auf den Postmärkten zu verlangen, wie es in den §§ 33 GWB für Kartell- und Missbrauchsverstöße nach GWB und AEUV bereits vorgesehen ist. Damit könnten die Marktteilnehmer untereinander mit gerichtlicher Hilfe – ohne auf die Bundesnetzagentur angewiesen zu sein – für die Einhaltung der Postregulierung sorgen. Eine solche Regelung könnte § 44 Abs. 1 TKG nachempfunden werden. Nach § 44 TKG können Betroffene, Verbraucher oder Wettbewerber, die von einem Verstoß gegen regulatorische Vorschriften oder gegen Verfügungen der Bundesnetzagentur beeinträchtigt sind, von dem handelnden Telekommunikationsunternehmen Beseitigung und Unterlassung verlangen. Es ist jedoch nicht sicher, dass hiervon eine disziplinierende Wirkung auf die Marktbeteiligten ausgeht, da die Substanziierungs- und Beweisforderungen ohne die Mitwirkung einer Behörde schwer zu erfüllen sein werden. Im Telekommunikationsmarkt wird diese Vorschrift kaum genutzt. Die Marktteilnehmer beschränken sich in der Regel auf die Möglichkeit einer Stellungnahme gegenüber der Bundesnetzagentur in Missbrauchsverfahren. Die Einfüh-

²⁹⁹ Vgl. Beck-PostKomm/Badura, a. a. O., § 48 Rz. 11.

rung von Beseitigungs- und Unterlassungsansprüchen wäre zwar nicht nachteilig, dürfte aber für die Wettbewerbsentwicklung keine große Relevanz haben und ist daher nicht zu empfehlen.

Schadenersatz und Vorteilsabschöpfung

207. Die Monopolkommission hält auch an ihrem Vorschlag fest, die Schadenersatzpflicht nach § 38 PostG zu reformieren:³⁰⁰ § 38 PostG gewährt nur dann einen Anspruch auf Schadenersatz, wenn der Verpflichtete eine Vorschrift, Auflage oder Anordnung verletzt, die den Schutz eines anderen bezweckt. Der überwiegende Teil der Vorschriften im Postgesetz hat allerdings keinen drittschützenden Charakter.³⁰¹ Lediglich die Regelungen zum Postgeheimnis und zum Datenschutz entsprechen dieser Voraussetzung. Der Anwendungsbereich der Vorschrift im Rahmen von Wettbewerbsauseinandersetzungen ist gering. Ein Blick auf § 44 TKG und §§ 33 und 33 a GWB zeigen, dass in diesen Regelungen eine drittschützende Funktion der verletzten Vorschrift keine Anspruchsvoraussetzung darstellt. Ein Grund für die abweichende Regelung im Postmarkt ist nicht erkennbar. Aufgrund der Notwendigkeit einer Kausalbeziehung zwischen pflichtwidriger Handlung und dem bei einem Dritten eingetretenen Schaden sowie des Erfordernisses eines Verschuldens ist schon eine ausreichende Filterwirkung für die Eingrenzung möglicher Ansprüche gegeben. Die Monopolkommission empfiehlt daher, das Erfordernis der drittschützenden Wirkung in § 38 PostG ersatzlos zu streichen.

208. Ergänzend ist zu empfehlen, eine Gewinnabschöpfungsregelung entsprechend § 43 TKG in das Postgesetz einzufügen. Nach dieser „Soll“-Vorschrift ist die Regulierungsbehörde gehalten, wirtschaftliche Vorteile, die sich aus einem Verstoß gegen eine Missbrauchsverfügung der Bundesnetzagentur oder aus anderen Gesetzesverstößen ergeben, abzuschöpfen. Eine solche Regelung würde es für ein marktbeherrschendes Unternehmen unattraktiver machen, gegen Regulierungsbestimmungen zu verstoßen, da es sich dem Risiko aussetzt, die wirtschaftlichen Vorteile wieder abgeben zu müssen. Die Vorteilsberechnung kann zwar schwierig sein, aber die Einführung dieses zusätzlichen Instruments stellt allein schon ein weiteres Disziplinierungsinstrument dar, da sich das marktbeherrschende Unternehmen auf eine Erstattung der durch wettbewerbswidrige Handlungen erzielten Vorteile einstellen muss.

4.11 Der Umfang des Universaldienstes und der Verbraucherschutz bedürfen der Anpassung

4.11.1 Der aktuelle Umfang des Universaldienstes entspricht nicht immer den Kundenwünschen

209. Mit der Liberalisierung der Postmärkte und der Privatisierung der Deutschen Post AG beendete der Staat seine Tätigkeit als operativ Verantwortlicher des Postdienstes in Deutschland. Um jedoch weiterhin für die Bevölkerung und die Wirtschaft notwendige Postdienstleistungen zu gewährleisten, wurde gesetzlich ein Mindeststandard für Postdienstleistungen definiert, der unabhängig von der Organisationsform der Postunternehmen Bestand hat. Grundlage für diesen Universaldienst ist Art. 87f Abs. 1 GG, der den Bund verpflichtet, „*flächendeckend ausreichende und angemessene Dienstleistungen im Bereich des Postwesens zu gewährleisten*“. Damit soll eine Grundversorgung mit Postdienstleistungen sichergestellt werden, wenn der Wettbewerb nicht funktionsfähig ist oder sich auf lukrative Bereiche beschränkt.³⁰² Der Staat erfüllt damit seinen Daseinsvorsorgeauftrag.³⁰³ Das Post-

³⁰⁰ Monopolkommission, 10. Sektorgutachten Post (2017), a. a. O., Tz. 111 ff.

³⁰¹ Beck-PostKomm/Stern, a. a. O., § 38 Rz. 9 ff.

³⁰² Vgl. VG Köln, Urteil vom 4. Dezember 2018, 25 K 9943/16, S. 13 m. w. N., https://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/vg_koeln/j2018/25_K_9943_16_Urteil_20181204.html, abgerufen am 16. Oktober 2019.

³⁰³ Möstel in Maunz-Dürig, GG, 81. Ergänzungslieferung 2017, Art. 87f, Rz. 2, 4 und 62.

gesetz und die Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV) vom 21. Dezember 1999 präzisieren den Umfang dieser Universaldienstleistungen auf der Grundlage der Postdienstrichtlinie³⁰⁴ der EU.

210. Nach der PUDLV deckt die Beförderung von Briefsendungen bis 2.000 Gramm, von Paketen bis 20 Kilogramm sowie von Zeitungen und Zeitschriften den grundsätzlichen Bedarf von Privat- und Geschäftskunden ab. Die Universaldienstleistungen für die Briefbeförderung beinhalten nach § 1 PUDLV auch Briefsonderleistungen, wie Einschreib-, Wert- und Nachnahmesendungen. Darüber hinaus legt die PUDLV fest, dass für die Universaldienstleistung eine Infrastruktur von mindestens 12.000 stationären Einrichtungen (Niederlassungen oder Agenturen für den Postdienst) sowie Briefkästen nach geografischen Vorgaben vorgehalten werden müssen, um die Erreichbarkeit für den Kunden sicherzustellen. Die Deutsche Post AG unterhielt 2018 insgesamt 12.852 Filialen und Agenturen.³⁰⁵ Zusätzlich betrieben die Wettbewerber im Paketdienst über 41.000 Paketshops.³⁰⁶ Die Deutsche Post AG verfügte 2018 über 110.000 Briefkästen, von denen rund 47.000 auch nachmittags geleert werden.³⁰⁷

211. Nach Branchenangaben wird es jedoch schwieriger, eine ausreichende Anzahl von Postagenturen in strukturschwachen und dünn besiedelten Regionen vorzuhalten. Im ländlichen Raum wird Kritik wegen einer nicht ausreichenden Präsenz von Postagenturen erhoben. Trotz der Regelung in der Postuniversaldienstverordnung, dass in Gemeinden über 2.000 Einwohnern eine Agentur oder Niederlassung mit bedarfsgerechten Öffnungszeiten vorhanden sein muss, sind einige ländliche Gemeinden bereit, die Postagentur – als Zuschussbetrieb – auf eigenes Risiko zu übernehmen, um ein attraktives Angebot an Postdienstleistungen für die Bürger sicherzustellen.

212. § 2 PUDLV geht mit der Vorgabe, dass Briefsendungen mindestens einmal werktäglich zugestellt werden müssen, über die Regelungen der europäischen Richtlinie hinaus, die lediglich eine Zustellung an fünf Tagen pro Woche verlangt.³⁰⁸ Nach § 2 Ziffer 3 PUDLV sind im Durchschnitt 80 Prozent der Briefe an dem Tag nach der Einlieferung und 95 Prozent am zweiten Tag nach der Einlieferung zuzustellen. Diese Bestimmungen gelten aber nur für die im Universaldienst beförderten Briefe und nicht für die Sendungen von Großkunden mit über 50 Briefen pro Einlieferung. Da nur Durchschnittswerte eingehalten werden müssen, ist mit dem Qualitätsmerkmal keine feste Laufzeit des einzelnen Briefes verbunden. Die Auslieferung muss, soweit der Empfänger nicht ein Postfach angegeben hat, an der Wohn- oder Geschäftsadresse erfolgen.

213. Die Infrastrukturvorgaben der PUDLV für stationäre Einrichtungen der Paketdienstleistungen entsprechen denen des Briefdienstes in § 2 Nr. 1 PUDLV. Pakete müssen im Durchschnitt zu 80 Prozent spätestens am zweiten Tag nach der Einlieferung zugestellt werden. Für Zeitungen und Zeitschriften gelten keine Qualitätsvorgaben; sie sind nach § 4 PUDLV im Rahmen des betrieblich Zumutbaren und bedarfsgerecht zu befördern.

214. In den Eckpunkten für eine Novelle des Postgesetzes macht das Bundeswirtschaftsministerium deutlich, dass ein qualitativ hochwertiger Universaldienst flächendeckend aufrechterhalten werden soll. Das Ministerium beabsichtigt, die geltenden Qualitätsstandards mindestens beizubehalten, die Zustellung an sechs Tagen aber zu überprüfen. Besondere Aufmerksamkeit verdienen nach Auffassung der Monopolkommission die Briefdienste im ländlichen Raum, in dem die Deutsche Post AG überwiegend Alleinanbieter ist. Demgegenüber unterhält im Paketmarkt nicht nur die Deutsche Post AG etwa 13.000 stationäre Einrichtungen³⁰⁹ und ca. 11.000 zusätzliche Paket-

³⁰⁴ Richtlinie 97/67/EG vom 15. Dezember 1997 über die Entwicklung des Binnenmarkts der Postdienste und die Verbesserung der Dienstqualität, ABl. 15/14 vom 21. Januar 1998 in der Fassung der Richtlinie 2008/6/EG vom 20. Februar 2008, ABl. L52/3 vom 27. Februar 2008

³⁰⁵ BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 101.

³⁰⁶ Zahlen der Wettbewerber aus 2017, BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 101.

³⁰⁷ BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 102.

³⁰⁸ Richtlinie 2008/6/EG vom 20. Februar 2008 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft, Art. 1 Ziffer 3. a; ABl. L 52/12 vom 27. Februar 2008.

³⁰⁹ BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 101.

shops;³¹⁰ Wettbewerber der Deutschen Post AG betreiben weitere ca. 41.000 Paketshops³¹¹ und einige Paketdienste holen die Sendungen auch bei dem Versender ab.

4.11.2 Der Bedarf der Postkunden und Kosten-Nutzen Erwägungen sollten den Umfang des Universaldienstes bestimmen

215. Der Umfang des Universaldienstes entspricht im Wesentlichen dem Bedarf der späten 1990er Jahre, bevor die digitalen Kommunikationsmittel von einer breiten Mehrheit der Kunden genutzt wurden und die Paketsendungsmengen erheblich stiegen. Der Universaldienst spiegelt in seiner aktuellen Reichweite die Leistungen der ehemaligen Deutschen Bundespost im Jahr der Verabschiedung des Postgesetzes wider.³¹² Der Umfang des Universaldienstes ist im Grundgesetz nicht detailliert vorgegeben, sondern zur Entscheidung an den Gesetzgeber delegiert, der hierbei über einen Gestaltungsspielraum verfügt. Der Universaldienst gewährleistet keinen Anspruch auf eine bestmögliche Versorgung mit Postdienstleistungen. Er stellt nur eine Grundversorgung sicher, darf ein – im Grundgesetz nicht klar definiertes – Mindestversorgungsniveau nicht unterschreiten und soll alle Leistungen umfassen, die bei objektiver Betrachtung zur Realisierung der grundrechtlichen Freiheiten der Bürger erforderlich sind. Der Universaldienst muss die für eine angemessene gesellschaftliche und wirtschaftliche Teilhabe der Bürger sowie eine für die Bedürfnisse der Unternehmen funktionsfähige Postinfrastruktur sicherstellen.³¹³ Indikatoren für die Erforderlichkeit sind die Nachfrage sowie der Verbreitungsgrad der Dienstleistungen.³¹⁴

216. Es besteht weitgehend Einigkeit bei den Marktteilnehmern und Aufsichtsbehörden, dass der Universaldienst über 20 Jahre nach seiner Einrichtung zu überprüfen ist. Eine Anhörung der Bundesnetzagentur zu einem Diskussionspapier von November 2014 hatte allerdings noch ergeben, dass die befragten Marktteilnehmer und Verbände die Post-Universaldienstverordnung überwiegend unverändert beibehalten wollten.³¹⁵ Eine Befragung von Privatpersonen und Kleinunternehmen durch die Bundesnetzagentur im Jahr 2017³¹⁶ bestätigte die Einschätzung aus Verbrauchersicht, dass wesentliche Änderungen derzeit nicht gewünscht sind: Die Zufriedenheit der befragten Verbraucher und Unternehmen mit den Postdienstleistungen ist – trotz steigender Beschwerdezahlen – grundsätzlich hoch.³¹⁷ Die Bundesnetzagentur konnte aus der Befragung keine konkreten Empfehlungen ableiten, welche Postdienstleistungen künftig als unabdingbar anzusehen sind und daher zur postalischen Grundversorgung gehören sollen, sah die Befragung aber als einen Beginn der Diskussion um den Umfang des Universaldienstes.³¹⁸

217. Damit die Preise im Universaldienst im Sinne der Regulierungsziele nach § 3 PostG „erschwinglich“ bleiben, sollte der Universaldienst nach Ansicht der Monopolkommission den Bedürfnissen der Kunden angepasst, gegebenenfalls reduziert und so gestaltet werden, dass ein flächendeckendes, zufriedenstellendes Angebot weiterhin vorgehalten werden kann, ohne Kosten für überflüssige, nur selten nachgefragte Leistungen zu generieren. Auch in Regionen, in denen ein Postbetrieb nicht kostendeckend erbracht werden kann, sollten sich die Menschen nach den Grundsätzen des Art. 87f Abs. 1 GG darauf verlassen können, dauerhaft auf erschwingliche Postdienstleistungen zurückgreifen zu können.

³¹⁰ Deutsche Post AG, Geschäftsbericht 2018, S. 14.

³¹¹ Zahlen der Wettbewerber aus 2017, BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 101.

³¹² Vgl. Möstel in Maunz-Dürig, GG, a. a. O., Art. 87f Rz. 64.

³¹³ Möstel in Maunz-Dürig, GG, a. a. O., Art. 87f Rz. 72.

³¹⁴ Windthorst, in Sachs (Hrsg.) GG, 8. Aufl. 2018, Art. 87f Rz. 19.

³¹⁵ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2014/15, a. a. O., S. 48 f.

³¹⁶ BNetzA, Ergebnisbericht Evaluationsstudie zum Post-Universaldienst, März 2018.

³¹⁷ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2015/2016, a. a. O., S. 97; BNetzA, Ergebnisbericht Evaluationsstudie zum Post-Universaldienst, a. a. O., S. 18: 82 Prozent der Bevölkerung und 84 Prozent der Unternehmen sind mit den Briefdienstleistungen zufrieden.

³¹⁸ BNetzA, Ergebnisbericht Evaluationsstudie zum Post-Universaldienst, a. a. O., S. 43.

218. Eine flexible Verweisung auf das Unionsrecht, wie gelegentlich vorgeschlagen wird, ist nicht zu empfehlen, da die Marktbedingungen und der Kundenbedarf in den Staaten der Europäischen Union unterschiedlich sind. Aus EU-Richtlinien kann nicht immer ein eindeutiger Umfang des Universaldienstes entnommen werden, da die Richtlinien dem nationalen Gesetzgeber Spielräume und Optionen offenlassen und nicht die notwendige Detailtiefe beinhalten. Als mögliche Diskussionspunkte für eine Reform des Universaldienstes kommen die folgenden Vorgaben der PUDLV in Betracht.

Zustelltage

219. Mit sechs Zustelltagen pro Woche geht die PUDLV bereits über die Mindestforderungen der EU-Postdiensterrichtlinie, die nur fünf Zustelltage vorsieht, hinaus. Eine Reduzierung der Zustelltage auf fünf könnte daher Gegenstand einer Optimierung des Universaldienstes sein. Die geringe Menge der in Privathaushalten an einem Montag zugestellten Briefe lassen an der Notwendigkeit der Zustellung an diesem Wochentag zweifeln. In den Niederlanden erfolgt am Montag – abgesehen von wichtigen Sendungen, zum Beispiel aus dem medizinischen Bereich – keine Zustellung mehr. In Italien ist die Zustellungsfrequenz in abgelegenen Gebieten auf ein Modell reduziert, nach dem die Post in einer Woche Montag, Mittwoch und Freitag und in der folgenden Woche dienstags und donnerstags zugestellt wird. Der italienische Universaldienstleister beruft sich hierbei auf die Öffnungsklausel in Art. 3 Abs. 3 der Postdiensterrichtlinie, nach der von der Zustellungsfrequenz unter außergewöhnlichen geografischen Umständen abgewichen werden kann. In Deutschland schätzen die Kunden zwar eine Zustellung an sechs Tagen, wie eine Befragung der Bundesnetzagentur ergab. Allerdings lässt die Zufriedenheit erst nach, wenn die Verbraucher den Eindruck gewinnen, die Zustellung erfolge an weniger als fünf Tagen.³¹⁹ Unternehmensvertreter verlangen, dass die Zustellung an einem vordefinierten Werktag ausfällt und nicht an wechselnden Tagen erfolgt, um die Planbarkeit der Zustellungstage sicherzustellen. Die Folgen für Unternehmen, die eine tägliche Zustellung erwarten, könnte dadurch abgemildert werden, dass eine Postfachzustellung dennoch erfolgt. Eine weitere Reduzierung der Frequenz unter fünf Zustelltagen pro Woche würde zunächst eine Änderung der Postdiensterrichtlinie auf EU-Ebene voraussetzen. Ungelöst bleibt jedoch das Problem der taggenauen Zustellung von Presseprodukten an den Privatkunden. Verlage wenden sich gegen eine Reduzierung der Zustelltage, um die pünktliche Zustellung von wöchentlich oder täglich erscheinenden Presseprodukten sicherzustellen.

Laufzeiten im Briefdienst

220. Die Laufzeitvorgaben im Brief-Universaldienst werden nach Angaben der Deutschen Post AG mit einer Zustellung von durchschnittlich 93 Prozent der Sendungen am Tag nach der Einlieferung und 99 Prozent zwei Tage nach der Einlieferung eingehalten.³²⁰ Die Messungen werden von der Deutschen Post AG bei einem externen Dienstleister in Auftrag gegeben und der Bundesnetzagentur vorgelegt. Um die Objektivität der Messungen zu unterstreichen, wäre es empfehlenswert, wenn nicht das zu kontrollierende Unternehmen selbst die Messungen veranlasst, sondern die Überprüfung unmittelbar durch die Bundesnetzagentur durchgeführt oder in Auftrag gegeben werden.

221. Der von der PUDLV vorgegebene Standard entspricht grundsätzlich dem Kundenwunsch: Die von der Bundesnetzagentur in Auftrag gegebene Befragung machte deutlich, dass eine kurze Laufzeit für die Kunden von besonderer Bedeutung ist.³²¹ Deutliche Unzufriedenheit stellt sich aber erst ein, wenn Geschäftsbriefe mehr als zwei Tage Laufzeit aufweisen. Bei Privatkunden stellt sich die Unzufriedenheit nach einer Laufzeit von mehr als drei Tagen ein. Alternativ könnte man, wie in Dänemark und der Schweiz, verschiedene Laufzeiten mit unterschiedlichen Preisen anbieten, sodass der Kunde wählen kann, ob er eine schnelle Beförderung zu einem erhöhten Entgelt bevorzugt.

³¹⁹ BNetzA, Ergebnisbericht Evaluationsstudie zum Post-Universaldienst, a. a. O., S. 44.

³²⁰ Deutsche Post AG, Geschäftsbericht 2018, S. 60; Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 102.

³²¹ BNetzA, Ergebnisbericht Evaluationsstudie zum Post-Universaldienst, a. a. O., S. 43 f.

222. Die Beförderung von Presseprodukten erfolgt nach PUDLV bedarfsgerecht, aber ohne die Vorgabe konkreter Qualitätsmerkmale. Dies erscheint nicht angemessen, weil die Postdienstrichtlinie bei der Definition der Postsendungen grundsätzlich nicht zwischen Briefen und Zeitungen differenziert. Insbesondere Tageszeitungen sind nur dann für den Empfänger von Interesse, wenn sie aktuelle Nachrichten enthalten und die Zustellung kurzfristig nach dem Druck erfolgt. Dies gilt umso mehr als sich Zeitungen und Zeitschriften mit den Informationsquellen des Internets ohnehin in einem harten Wettbewerb um die Aktualität von Nachrichten befinden. Ein fehlendes Qualitätsniveau für den Versand von Presseprodukten entspricht daher nicht den aktuellen Anforderungen der Versender und der Empfänger und sollte unabhängig von der Anzahl der Zustelltage überprüft werden.

Zustellungsort

223. Die Zustellung in der Wohnung oder den Geschäftsräumen könnte zur Kostenreduzierung zugunsten von Postfächern an einem fußläufig erreichbaren Ort in einem Stadtviertel ersetzt werden. Für Pakete wird diese Option über die Paketstationen bzw. bei der Abholung in Paketshops schon praktiziert. Die Deutsche Post AG plant den kontinuierlichen Ausbau ihrer Paketstationen. Sie möchte 2021 ca. 5 Prozent des Paketvolumens über etwa 7.000 Paketstationen zustellen und diesen Wert auf 10 Prozent im Jahr 2025 steigern.³²² Dennoch gaben 80 Prozent der Befragten in der Evaluationsstudie der Bundesnetzagentur an, dass die Zustellung in die Wohnung oder an die Geschäftsadresse die bevorzugte Auslieferungsmethode ist. Die Akzeptanz der Abholung von Paketstationen oder Agenturen ist mit 20 bis 30 Prozent eher moderat.³²³ Für ältere und nicht mobile Kunden müsste eine Hauszustellung weiterhin angeboten werden.

Stationäre Einrichtungen

224. Abgesehen von ländlichen Gebieten oder Orten mit unzureichender Infrastruktur ist die Bereitschaft der Bevölkerung, für ein engmaschigeres Netz von sogenannten „stationären Einrichtungen“ höhere Preise zu zahlen, gering ausgeprägt.³²⁴ Nach § 2 Ziffer 1 PUDLV soll jede Gemeinde mit mehr als 2.000 Einwohnern über eine sogenannte „stationäre Einrichtung“ verfügen, d. h. ein Geschäftslokal, in dem Verträge über Briefbeförderungsleistungen abgeschlossen und abgewickelt werden können. Unabhängig davon ist in Landkreisen mindestens eine stationäre Einrichtung pro Fläche von 80 Quadratkilometern vorzusehen. In dünn besiedelten Gebieten sind diese Vorgaben nicht immer ausreichend, um einen einfachen Zugang zu Postdienstleistungen zu erhalten. Die übrigen Orte, die nicht ausdrücklich in der PUDLV erwähnt sind, werden mit einem mobilen Postservice versorgt.

Einheitstarif

225. Bislang wendet die Deutsche Post AG für Privatkunden bei Briefen und Paketen Einheitstarife an. Der Versand in abgelegene Orte kostet damit das gleiche Entgelt, wie die Zustellung in stark nachgefragten und leicht erreichbaren Ballungsgebieten. Das deutsche Postrecht sah einen Einheitstarif verbindlich nur bis Ende 2007 für die von der Exklusivlizenz der Deutschen Post AG umfassten Briefprodukte nach dem mittlerweile außer Kraft getretenen § 51 PostG vor. Nach der Postdienstrichtlinie könnte der nationale Gesetzgeber einen Einheitstarif für die Universaldienstleistungen einführen. Im Übrigen gibt das Unionsrecht für die Entgeltgestaltung die Orientierung an den Kosten und die Erschwinglichkeit der Postentgelte vor. Grundgesetzlich ist nach Art. 87f Abs. 1 GG eine flächendeckende, angemessene und ausreichende Versorgung mit Postdienstleistungen zu gewährleisten. Weder aus Unionsrecht noch aus deutschem Verfassungsrecht ergibt sich eine Verpflichtung, einen Einheitstarif gesetzlich einzuführen oder anzuwenden. Die Differenzierung der Tarife wäre damit rechtlich nicht zu beanstanden, wenn sie diskriminierungsfrei erfolgt.

³²² Deutsche Post AG, Delivering excellence in a digital world, Präsentation auf dem Capital Marktes Day in Frankfurt am 1. Oktober 2019, S. 66, <https://www.dpdhl.com/content/dam/dpdhl/de/media-center/investors/documents/capital-markets-days/DPDHL-Capital-Markets-Day-2019.pdf>, abgerufen am 28.10.2019

³²³ BNetzA, Ergebnisbericht Evaluationsstudie zum Post-Universaldienst, a. a. O., S. 40 f.

³²⁴ BNetzA, Ergebnisbericht Evaluationsstudie zum Post-Universaldienst, a. a. O., S. 44.

226. Zuletzt beabsichtigte die Deutsche Post AG, für Paketzustellungen auf die deutschen Nordseeinseln einen Zuschlag zu erheben, um die höheren Kosten auszugleichen.³²⁵ Da die Wettbewerber der Deutschen Post AG bereits Zuschläge verlangen, wichen die Großversender für die Zustellung auf die Nordseeinseln auf die Deutsche Post AG aus, die mit Zusatzentgelten nachziehen wollte. Diese Pläne sind jedoch zunächst zurückgestellt.

227. Einheitstarife fördern zwar einheitliche Lebensverhältnisse bundesweit. Im Hinblick auf die nach Art. 12 der Postdiensterrichtlinie³²⁶ unionsrechtlich vorgesehene Kostenorientierung ist allerdings nicht zu begründen, warum der kostengünstige Versand in Ballungsräumen und die kostenintensive Zustellung in abgelegene Regionen mit gleichen Preisen belegt werden sollten. Eine ausufernde Zersplitterung des Tarifgefüges und eine zu detailreiche Differenzierung nach den Kosten der einzelnen Zustellorte wären jedoch nicht praktikabel. Zuschläge sollten sich auf einige wenige, geografisch außergewöhnliche Zustellorte beschränken.

4.11.3 Eingriffsbefugnisse der Bundesnetzagentur im Universaldienst sollten verbessert werden

228. Die Beschwerden der Postkunden haben sich 2018 im Vergleich zum Vorjahr auf über 12.600 schriftliche Eingaben verdoppelt, im Vergleich zum Jahr 2015 fast vervierfacht.³²⁷ Auch die Zahl der telefonischen Beschwerden verdoppelte sich auf über 3.400. Die Beschwerden betrafen im Wesentlichen den Briefbereich (50,7 Prozent) und den Paketbereich (34,2 Prozent) und konzentrieren sich auf regionale Probleme bei der Zustellung, die von den Postunternehmen nicht nachhaltig abgestellt werden konnten.³²⁸ Über 59 Prozent der Beschwerden im Briefmarkt und über 64 Prozent der Beschwerden im Paketmarkt entfielen auf die Zustellung.³²⁹ In den ersten neun Monaten des Jahres 2019 haben sich bereits fast 13.000 Verbraucher schriftlich und über 3.400 telefonisch bei der Bundesnetzagentur beschwert.³³⁰ Angesichts der Brief- und Paketmengen, die in Deutschland befördert werden, sind diese Beschwerdezahlen zwar immer noch gering. Die Steigerung der Beschwerdezahlen zeigt aber Änderungen der Beförderungsqualität und/oder der Sensibilität der Verbraucher, in jedem Fall aber eine gesteigerte Unzufriedenheit mit der Leistung der Postdienste.

229. Die Möglichkeiten der Bundesnetzagentur, auf Qualitätsmängel lokaler oder regionaler Art in der Universaldienstversorgung effizient zu reagieren, sind begrenzt. §§ 13 ff. PostG stellen ein sehr komplexes und zeitaufwendiges Verfahren zur Bestellung eines Universaldienstleisters dar, das nur als Ultima Ratio gedacht ist. Allerdings ist zweifelhaft, ob das Verfahren zur Bestellung eines Universaldienstleisters nach §§ 12 ff. PostG in zeitkritischen Situationen überhaupt funktionieren kann. Es ist zu schwerfällig und schon aufgrund der Fristen in § 13 PostG nicht geeignet, den Weiterbetrieb des Universaldienstes bei einem kurzfristigen Ausfall des Universaldienstleisters sicherzustellen. Ferner ist das Verfahren ungeeignet, regional begrenzte Probleme des Universaldienstes zu lösen. Zunächst muss die Bundesnetzagentur nach § 13 Abs. 1 PostG die Feststellung veröffentlichen, dass der Universaldienst nicht ausreichend oder angemessen erbracht wird. Wenn sich innerhalb eines Monats nach der Veröffentlichung kein Unternehmen zur Leistung des Universaldienstes bereit erklärt, kann nach § 13 Abs. 2 PostG ein Unternehmen als Universaldienstleister bestimmt werden. Gegebenenfalls ist eine Ausschreibung der Leistung erforderlich, wenn das ausgesuchte Unternehmen geltend macht, es erleide einen wirtschaftlichen Nachteil, wenn es den Universaldienst erbringen muss. Diese Regelungen sollten unter anderem durch kürzere Fristen effizienter ausgestaltet werden und für Eilfälle durch eine Bestimmung ergänzt werden, nach der jedem leistungsfähigen Postunternehmen der Universaldienst kurzfristig gegen eine angemessene Vergütung von der Bundesnetzagentur auferlegt werden kann, wenn die postalische Grundversorgung nicht ausreichend erbracht wird. Diese Regelung

³²⁵ Bündler, FAZ vom 19. September 2019, S. 22.

³²⁶ Richtlinie 97/67/EG in der Fassung der Richtlinie 2008/6/EG vom 20. Februar 2008, a. a. O.

³²⁷ BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 98.

³²⁸ BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 99.

³²⁹ BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 99 f.

³³⁰ BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, a. a. O., S. 103.

sollte sich nicht auf den Ausfall des bundesweiten Universaldienstes beschränken, sondern auch die Abstellung regionaler Defizite umfassen.

4.11.4 Verpflichtende Schlichtungsverfahren können die Kundenzufriedenheit steigern

230. Das Haftungsregime der Postunternehmen bietet dem Verbraucher nur sehr begrenzte Ansprüche. Für den Verlust oder die Beschädigung einfacher Briefe (ohne besondere Serviceleistungen, wie Einschreiben, Wertbrief etc.) haftet der Postdienstleister nach den üblichen Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht. Angesichts des Massengeschäfts im Briefdienst und der Schwierigkeiten, den Einwurf in den Briefkasten oder den Tag der Zustellung zu beweisen, erscheint ein solcher Haftungsausschluss angemessen. Kontrollmaßnahmen, die den Sendungsverlauf jedes einzelnen Briefes dokumentieren, würden Kosten und Zeitverluste verursachen. Der Kunde kann bei wichtigen Sendungen Sondervereinbarungen abschließen und Einschreiben oder Wertbriefe aufgeben, um eine besondere Sendungsverfolgung und Sicherheit des Transports gegen Aufpreis zu verlangen. Hierfür und auch für Pakete sind allerdings im Verlustfall die Haftungssummen nach den AGB der Postdienstleister und nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches beschränkt.

231. Bei Verlust oder Beschädigung der Sendungen sind die potenziellen Schadenersatzforderungen gering und ein Rechtsstreit mit dem Postdienstleister ist für den Verbraucher wirtschaftlich in der Regel nicht sinnvoll. Ein erster Schritt zur Lösung der Meinungsverschiedenheiten zwischen Endkunden und Postdienstleister ist die Befassung der Beschwerdestelle des Postunternehmens.

232. Das Bundeswirtschaftsministerium regt in den Eckpunkten für eine Novelle des Postgesetzes an, allen Postdienstleistern aufzuerlegen, ein in der Gesetzesnovelle vorstrukturiertes Beschwerdemanagement vorzuhalten. Marktteilnehmer und Verbraucher berichten häufig von Schwierigkeiten, mit dem Beschwerdemanagement eine Klärung herbeizuführen. Die Pflicht, ein solches Beschwerdemanagement vorzuhalten, könnte die Voraussetzungen dafür schaffen, dass eine Klärung mit dem Kunden unmittelbar erfolgt. Die Vorstrukturierung sollte jedoch nicht zu detailliert sein und die Organisationshoheit des Unternehmens respektieren.

233. Da die Kundenbeschwerden nicht immer zu einvernehmlichen Lösungen zwischen Verbrauchern und Postdienstleister führen, hat der Verordnungsgeber in § 10 der Postdienstleistungsverordnung ein Schlichtungsverfahren zwischen Endkunden und dem Postdienstleister vorgesehen, das die Bundesnetzagentur anbietet. Ziel der Schlichtung ist eine zügige, gütliche Einigung zwischen den Parteien, wenn eine Einigung zwischen Postdienstleister und dem Verbraucher alleine nicht erreicht werden kann. Das Schlichtungsverfahren ist freiwillig ausgestaltet und hat nach § 23 Verbraucherstreitbeilegungsgesetz für den Verbraucher den Vorteil, dass für ihn keine Kosten entstehen, wenn die gegnerische Partei ein Unternehmen ist.

234. Die Schlichtungsverfahren der Bundesnetzagentur weisen, nach einem starken Anstieg auf 1.001 Anträge im Jahr 2017, derzeit mit 1.092 Fällen erneut eine Steigerung auf. Bis zum 30. September sind in 2019 bereits 1.151 Schlichtungsanträge eingegangen. Der Verlust und die Entwendung von Postsendungen wurden 2018 in 41,6 Prozent (454 Vorgänge) aller bis zum 31. Dezember 2018 eingegangenen Anträge geltend gemacht. Es folgten Schlichtungsbegehren wegen der Beschädigung von Sendungen (435 Vorgänge, 39,8 Prozent). Die restlichen 203 Fälle (18,6 Prozent) bezogen sich auf zu lange Laufzeiten und Unregelmäßigkeiten bei der Zustellung sowie auf Nachsendungen.³³¹ 81,7 Prozent der Schlichtungsanträge bezogen sich auf strittige Forderungen im Zusammenhang mit der Paketbeförderung. Deutlich weniger Schlichtungsanträge wurden zu Einschreiben (7,60 Prozent), zur Briefbeförderung (5,49 Prozent) und zum Päckchenversand (3,49 Prozent) gestellt.³³² In 281 Verfahren kam es zu einer Einigung.³³³

³³¹ BNetzA, Tätigkeitsbericht Schlichtungsstelle Post 2018, S. 9, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2019/SchlichtungsberichtPost19.pdf?__blob=publicationFile&v=3, abgerufen am 16. Oktober 2019.

³³² BNetzA, Tätigkeitsbericht Schlichtungsstelle Post 2018, a. a. O., S. 9.

³³³ BNetzA, Jahresbericht 2018, a. a. O., S. 103.

235. Die Zahlen zeigen, dass eine schnelle unbürokratische Regelung von Streitigkeiten zwischen Postdienstleistern und Verbrauchern nur in etwa einem Viertel der Fälle durch eine freiwillige Schlichtung gelingt. Bei 966 beantragten Schlichtungsverfahren verweigerte der jeweilige Postdienstleister in 448 Verfahren (46 Prozent) jedoch die Mitwirkung. Die Deutsche Post AG und die meisten Paketdienstleister lehnen ein Schlichtungsverfahren ab. Die Deutsche Post AG betrachtet die Prüfung durch ihre eigene Beschwerdestelle als so umfassend und abschließend, dass ein zusätzliches Schlichtungsverfahren zu keinem anderen Ergebnis kommen würde³³⁴ und damit überflüssig wäre. Da das Schlichtungsverfahren freiwillig ausgestaltet ist, hat die Bundesnetzagentur keine Möglichkeit, das Verfahren gegen den Willen des Postdienstleisters durchzuführen.

236. Schlichtungsverfahren können einen Beitrag zum Rechtsfrieden leisten, wenn ein Dritter unparteilich zu dem Streitfall eine Einschätzung abgibt. Die unternehmenseigene Beschwerdestelle gilt in den Augen des Kunden als befangen und kann diesen Rechtsfrieden nicht herstellen. Soweit ein Schlichtungsverfahren verweigert wird, zwingen die Postunternehmen ihre Endkunden, den Anspruch individuell einzuklagen, was angesichts der in der Regel geringen Schadensbeträge, des Kostenrisikos und des Aufwandes zumeist dazu führen wird, dass die Kunden den Anspruch nicht weiterverfolgen.

237. Es erscheint bedenklich, wenn geringfügige Schäden von Verbrauchern nicht geltend gemacht und unabhängig überprüft werden können, weil es unwirtschaftlich ist, den Anspruch weiter zu verfolgen. Der Gesetzgeber hat mit dem Verbraucherstreitbeilegungsgesetz vom 19. Februar 2016 die Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegung erweitert und gefördert. In zahlreichen Branchen können Verbraucher heute weitgehend kostenlos auch kleinere Ansprüche gegen Unternehmen geltend machen und erhalten einen Schlichtungsvorschlag, der jedoch von beiden Parteien angenommen werden muss, um den Konflikt endgültig zu beenden. Die Schlichtung ist daher eine Möglichkeit, den Streit zu erledigen, bietet aber – im Gegensatz zu einem Gerichtsurteil – keine Gewähr der bindenden Entscheidung.

238. Die Schlichtungsstellen anderer Branchen berichten über hohe Einigungsquoten. Die Schlichtungsstelle für den öffentlichen Personenverkehr SÖP, die von den Verkehrsunternehmen, insbesondere von den Fluggesellschaften getragen wird, schließt 90 Prozent ihrer Streitigkeiten mit einer Einigung ab.³³⁵ Die Unternehmen der Branche haben sich zusammengeschlossen, um eine Alternative zu der Schlichtungsstelle des Bundesamtes für Justiz nach § 57a Luftverkehrsgesetz zu errichten. Sie finanzieren die Schlichtungsstelle und nehmen deren Leistungen in Anspruch. Der Schlichtungsspruch muss nach dem Schlichtungsverfahren von den Parteien anerkannt werden. Der Ombudsmann der Versicherungswirtschaft, der als Verein der Versicherungsunternehmen organisiert ist, kann die Mitgliedsunternehmen jedoch nach den Satzungsbestimmungen sogar bis zu einem Betrag von EUR 10.000 verbindlich zu einer Zahlung verpflichten, wenn der Verbraucher zustimmt.³³⁶ Soweit die Bereitschaft der Branche besteht, kann über die Schlichtungsverfahren auch für kleinere Beträge eine effiziente Konfliktlösung erfolgen.

239. Die Einigungsquote in Schlichtungsverfahren bei der Bundesnetzagentur ließe sich dadurch verbessern, dass die Unternehmen verpflichtet werden, an einem Schlichtungsverfahren teilzunehmen. Dieses Verfahren wird im Energiebereich praktiziert.³³⁷ Nach § 111b Abs. 1 Satz 2 Energiewirtschaftsgesetz ist das Energieversorgungsunternehmen verpflichtet, an dem Schlichtungsverfahren teilzunehmen, wenn der Verbraucher dies verlangt. Die Schlichtungsstelle Energie beendet ca. 70 – 80 Prozent der Konflikte mit einer Einigung.³³⁸ Nahezu alle Unternehmen nehmen entsprechend der gesetzlichen Regelung an der Schlichtung teil. Es ist daher zu empfehlen, die Teilnahme an der Schlichtung für die Postunternehmen im Postgesetz als verbindlich festzuschreiben.

³³⁴ Stellungnahme der Deutschen Post AG gegenüber der Monopolkommission vom 3. September 2019.

³³⁵ Schlichtungsstelle öffentlicher Personenverkehr, Jahresbericht 2018, S. 16, https://soep-online.de/assets/files/14.03._soep_Jahresbericht%202018.pdf, abgerufen am 16. Oktober 2019.

³³⁶ <https://www.versicherungsombudsmann.de>.

³³⁷ <https://www.schlichtungsstelle-energie.de/>.

³³⁸ Auskunft der Schlichtungsstelle Energie gegenüber der Monopolkommission vom 21. August 2019.

Kapitel 5

Handlungsempfehlungen

240. Die Monopolkommission stellt fest, dass sich die Wettbewerbssituation auf dem Briefmarkt in den vergangenen Jahren nicht wesentlich geändert hat. Dem Briefmarkt fehlt aufgrund der schrumpfenden Sendungsmengen und der Dominanz der Deutschen Post AG die wirtschaftliche Attraktivität. Ein funktionsfähiger Wettbewerb hat sich bislang nicht entwickelt. Der Paketmarkt ist durch eine oligopolistische Marktstruktur und intensiveren Wettbewerb gekennzeichnet. Das Oligopol sieht sich zunehmend dem Druck der Großversender ausgesetzt. Die angekündigte Novelle des Postgesetzes bietet die Chance, für mehr Wettbewerb im Briefmarkt zu sorgen. Die Monopolkommission unterbreitet hierzu folgende Empfehlungen:

241. Regulierungsmethoden

- Die diskutierte Einführung des Drei-Kriterien-Tests zur Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit der Postteilmärkte ist zu begrüßen. Während die Anwendung des Drei-Kriterien-Tests keinen Einfluss auf die Notwendigkeit der Regulierung des Briefmarktes hätte, könnte der Paketmarkt möglicherweise von der sektorspezifischen Regulierung ausgenommen werden.
- Die Lizenzpflicht für Briefdienstleister nach § 5 PostG sollte durch eine reine Anzeigepflicht nach § 36 PostG, wie sie heute bereits im Paketmarkt vorgesehen ist, ersetzt werden. Die Ablehnungsquote bei Lizenzanträgen war gering. Die Bundesnetzagentur kann die Sicherung der Qualität und Zuverlässigkeit der Postdienstleistungen effizienter während des laufenden Betriebs überprüfen und sicherstellen, sofern ihr die notwendigen Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung gestellt werden.
- Es ist zu empfehlen, die Verweise des Postgesetzes in § 44 Satz 2 PostG auf das Telekommunikationsgesetz zu aktualisieren, um die bestehenden Rechtsunsicherheiten zu beseitigen.

242. Ex-ante-Entgeltregulierung für Briefsendungen

- Das Ex-ante-Entgeltgenehmigungsverfahren nach § 19 PostG sollte beibehalten werden, um den Verbraucherschutz zu gewährleisten. Eine Vereinfachung des Maßgrößenverfahrens ist anzustreben, indem die für die Berechnung notwendigen Daten der Deutschen Post AG laufend aktuell gehalten werden und damit vor Beginn eines Verfahrens bereits aufbereitet vorliegen.
- Die Bundesnetzagentur sollte die Kosten eines hypothetischen, effizienten Unternehmens im Wettbewerb modellbasiert anhand eines analytischen Kostenmodells ermitteln und für die Prüfung der Kosten der Deutschen Post AG in Entgelt- und Missbrauchsverfahren nutzen.
- Der Gesetzgeber sollte sicherstellen, dass die neutralen Aufwendungen künftig nicht mehr Bestandteil des regulatorischen Kostenmaßstabs sind und § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG sowie § 3 Abs. 4 Satz 3 PEntgV ersatzlos streichen. Bis zu einer Änderung des Gesetzes sollte die Bundesnetzagentur die Berücksichtigung der neutralen Aufwendungen auf ein Mindestmaß reduzieren.
- Die Monopolkommission hält an ihrer Empfehlung fest, den in der Post-Entgeltregulierungsverordnung geregelten Gewinnzuschlag, wie vor der Änderung 2015, wieder an dem unternehmerischen Risiko und nicht an den von Regulierungsbehörden festgesetzten Gewinnzuschlägen ausländischer Ex-Monopolisten (§ 3 Abs. 2 PEntgV) zu orientieren.
- Hybridprodukte, die aus einer klassischen Briefbeförderung und nicht postalischen Zusatzleistungen bestehen, sollten in der Entgeltregulierung auch daraufhin überprüft werden, ob die Zusatzleistungen zu marktgerechten Preisen angeboten werden oder eine Möglichkeit zur Umgehung der Ex-ante-Regulierung bieten. Es ist anzuraten, die Bundesnetzagentur in die Lage zu versetzen, diese nicht postalischen Zusatzleistungen im Rahmen der Entgeltkontrolle ebenfalls zu überprüfen.

243. Paketdienstleistungen

- Steigende Paketmengen und zunehmende Verkehrsprobleme könnten dazu führen, dass Paketstationen und -agenturen sinnvollerweise von den Paketdienstleistern gemeinsam betrieben werden. Wenn sich auf Initiative der Postunternehmen eine Zusammenarbeit der Paketdienstleister auf der „letzten Meile“ entwickelt, sollte das Bundeskartellamt Leitlinien für eine Zusammenarbeit erstellen, um den Unternehmen Rechtssicherheit zu vermitteln.

244. Internationale Postdienstleistungen

- Die im Rahmen des Weltpostvereins und des Verbandes „International Post Corporation“ geschlossenen Vereinbarungen über die technischen und wirtschaftlichen Konditionen der internationalen Briefbeförderung sollten von der EU-Kommission kartellrechtlich überprüft werden.
- Da über die EU-Paketverordnung nur Listenpreise, aber keine Marktpreise oder Endvergütungen für den grenzüberschreitenden Paketmarkt abgefragt werden, ist dem Gesetzgeber zu empfehlen, die Abfrage weiterer Daten (Geschäftskundenpreise und Endvergütungen) durch die Bundesnetzagentur zu veranlassen, um mehr Transparenz bei den Konditionen im internationalen Paketmarkt sicherzustellen.

245. Missbrauchskontrolle

- Die Auskunftsrechte der Bundesnetzagentur sollten zur Vereinfachung und Verbesserung der Marktanalyse auch auf Auskünfte von Unternehmen auf benachbarten Märkten, z. B. im Bereich der digitalen Kommunikation erweitert werden.
- Es ist zu empfehlen, die Missbrauchskontrolle nach § 32 PostG auf den Postmärkten zu verschärfen, indem
 - Vergütungen aus parallel oder im zeitlichen oder inhaltlichen Zusammenhang mit Postdienstleistungsverträgen geschlossenen Vereinbarungen, die nicht der Postregulierung unterliegen, in die Missbrauchsaufsicht einbezogen werden;
 - den Wettbewerbern und Kunden ein Antragsrecht für die Einleitung eines Missbrauchsverfahrens gewährt wird;
 - die Generalklausel des Missbrauchstatbestands in § 32 PostG um Fallbeispiele, wie Preishöhenmissbrauch, Diskriminierung von Wettbewerbern oder Kunden hinsichtlich der Entgelte und Geschäftsbedingungen, die Behinderung von Wettbewerbsmöglichkeiten durch die Versagung des Zugangs zu Zustelleinrichtungen oder die diskriminierende Gestaltung von Produkten sowie um Vermutungstatbestände entsprechend § 28 Abs. 2 TKG erweitert wird;
 - der Bußgeldkatalog des Postgesetzes nach § 49 PostG unter anderem um Verstöße gegen die Maßstäbe für genehmigungsbedürftige Entgelte in § 20 PostG bei der Festsetzung der Porti und gegen die Qualitätsstandards des Universaldienstes erweitert wird;
 - der Bußgeldrahmen nach § 49 PostG dem des § 81 Abs. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen angeglichen wird;
 - für einen Schadenersatzanspruch des § 38 PostG die Notwendigkeit des drittschützenden Charakters der verletzten Norm gestrichen wird; und
 - eine Soll-Vorschrift zur Abschöpfung von Vorteilen aus Missbrauchshandlungen eingeführt wird.

246. Teilleistungen für Briefe

- Die Teilleistungspflicht nach § 28 PostG sollte auf Sendungen bis 2.000 Gramm erweitert werden, um den Wettbewerbern der Deutschen Post auch dieses Geschäftsfeld zu eröffnen.
- Aufgrund der besonderen Missbrauchsmöglichkeiten sollten die Teilleistungskonditionen und Serviceentgelte des konzerneigenen Konsolidierers des marktbeherrschenden Unternehmens besonders sorgfältig auf Diskriminierungs- und Missbrauchstatbestände überprüft werden.
- Es ist anzuraten, die Vorlagepflicht von Teilleistungsverträgen nach § 30 PostG nicht allein auf die Deutsche Post AG und deren Konzerngesellschaften zu beschränken, sondern auch auf Unternehmen auszuweiten, die aus wirtschaftlichen, persönlichen oder sonstigen vertraglichen Gründen unter dem Einfluss des marktbeherrschenden Unternehmens stehen.
- Um die erforderliche Transparenz bei der Regulierungsbehörde und bei den Marktteilnehmern sicherzustellen, sollten Änderungen der Teilleistungskonditionen in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor ihrer Umsetzung zunächst der Bundesnetzagentur vorgelegt werden.

247. Universaldienst und Verbraucherschutz

- Die Chancengleichheit im Wettbewerb um die nicht vorsteuerabzugsfähigen Kunden kann nur sichergestellt werden, wenn die Mehrwertsteuerbelastung für Produkte im Universaldienst bei allen Postdienstleistern identisch geregelt ist. Hierzu sollte entweder auf die Universaldienstleistungen der Deutschen Post Mehrwertsteuer erhoben werden oder die Produkte der Wettbewerber ebenfalls, wie schon heute die Universaldienstleistungen der Deutschen Post AG, von der Mehrwertsteuerpflicht ausgenommen werden.
- Der Universaldienst, wie in der Post-Universaldienstverordnung definiert, sollte bedarfsgerecht angepasst werden, um zu hohe Kosten für die postalische Grundversorgung zu vermeiden. Zur Optimierung ist insbesondere eine Reduzierung der Zustellungsfrequenz auf fünf Tage, wie es die EU-Postdienst Richtlinie vorsieht, und die Zustellung an Paketstationen oder dezentralen Postfachanlagen in Betracht zu ziehen.
- Die Laufzeitmessung für den Universaldienst sollte nicht von dem regulierten Unternehmen, sondern – aus Gründen größerer Objektivität – durch die Bundesnetzagentur erfolgen.
- Ein bundesweiter Einheitstarif, unabhängig vom Versand- und Zustellort, gewährleistet über die Postuniversaldienstleistungen einen Beitrag zu einheitlichen Lebensverhältnissen. Ausnahmen sollten allerdings bei besonders kostenintensiven Zustellungen möglich sein.
- Derzeit erfordert die Beauftragung mit Universaldienstleistungen durch die Bundesnetzagentur ein sehr komplexes und langwieriges Verfahren. Die Bundesnetzagentur kann auch gegen regionale oder zeitweilige Qualitätsdefizite nicht wirksam vorgehen. Daher sollte das Verfahren vereinfacht und der Bundesnetzagentur die Möglichkeit eingeräumt werden, leistungsfähige Postunternehmen in Eilfällen auch kurzfristig zur Behebung regionaler oder zeitweiliger Störungen des Universaldienstes zu beauftragen.
- Um den Verbraucherschutz zu verbessern, sollte ein verbindliches Schlichtungsverfahren für Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Postdienstleistern eingerichtet werden.