

MONOPOLKOMMISSION

Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007:

Monopolkampf mit allen Mitteln

Sondergutachten gemäß § 44 Postgesetz
in Verbindung mit
§ 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz 1996

Inhaltsverzeichnis

Kurzfassung.....	1
1. Einleitung.....	3
2. Entwicklungen in den Postmärkten.....	4
2.1 Marktöffnung auf europäischen Postmärkten.....	4
2.1.1 Novellierung der Postrichtlinie.....	4
2.1.2 Marktentwicklung im Postwesen in Ländern ohne Exklusivlizenz.....	6
2.2 Marktverhältnisse in Deutschland.....	8
3. Alte und neue Wettbewerbshemmnisse.....	12
3.1 Exklusivlizenz.....	12
3.2 Der Bund als Wettbewerbshüter und Anteilseigner.....	12
3.3 Umsatzsteuerbefreiung.....	13
3.3.1 Wirkung der Umsatzsteuerbefreiung.....	13
3.3.2 Abschaffung der Wettbewerbsverzerrung im Einklang mit Europarecht	15
3.3.3 Umfang der Mehrwertsteuerbefreiung.....	18
3.4 Universaldienstverpflichtungen.....	19
3.5 Einführung eines überhöhten Mindestlohns im Briefsektor.....	22
3.5.1 Arbeitsbedingungen von DPAG und Wettbewerbern im Vergleich.....	23
3.5.2 Monopolrenten auf Produkt- und Arbeitsmärkten im Postbereich.....	24
3.5.3 Beschäftigungsboom durch Wettbewerb im Postwesen.....	26
3.5.4 Ökonomische Auswirkungen.....	27
3.5.5 Rechtliche Probleme.....	29
4. Regulatorische Problemfelder.....	33
4.1 Erste Erfolge des Wettbewerbs auf Nischenmärkten.....	33
4.1.1 Wettbewerb auf dem Markt für Konsolidierungsleistungen.....	33
4.1.2 Wettbewerb auf dem Markt für Postzustellaufträge.....	35
4.2 Zu große Gestaltungsspielräume des regulierten Unternehmens.....	37
4.2.1 Die Berücksichtigung von Zusatzkosten bei der Entgeltbemessung.....	37

II

4.2.2 Entschädigungen für Universaldienstleistungen als unzulässige Beihilfe.....	39
4.2.3 Gegenüberstellung von „Altvorteilen“ und Altlasten.....	40
4.3 Ex-ante- und Ex-post-Entgeltgenehmigungen ab 2008.....	40
4.3.1 Quasi-Weiterführung der alten Price-Cap-Regulierung.....	41
4.3.2 Wegfall der Ex-ante-Entgeltregulierung für Sendungen ab 50 Stück.....	44
4.4 Rechtliche Fragen.....	45
4.4.1 Dynamische Verweisung auf Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes.....	45
4.4.2 Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission.....	47
4.4.3 Wahl des Rechtsweges und Verkürzung des Instanzenzuges.....	48
4.4.4 Verzögerung rechtskräftiger Entscheidungen durch Zwischenverfahren.....	49
4.4.5 Sonstige Behinderungen des Wettbewerbs.....	50
4.5 Die Regulierung von Arbeitsmarktbedingungen durch § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG.....	51
5. Fazit und Empfehlungen.....	54

Kurzfassung

- 1.* Die Monopolkommission sieht die Wettbewerbsentwicklung auf den Briefmärkten erneut kritisch. Die am 1. Januar 2008 durch den Wegfall der Exklusivlizenz für Briefe bis 50 g für die Deutsche Post AG formal stattfindende Marktöffnung wird durch den Erhalt der Mehrwertsteuerbefreiung für die Deutsche Post AG und die Einführung eines Mindestlohns im Briefsektor erheblich erschwert. Die Effizienzgewinne der Deutschen Post AG werden von der Bundesnetzagentur bei der Ex-ante-Entgeltregulierung im Bereich der Privatkundenpost nicht angemessen berücksichtigt.
- 2.* Die Monopolkommission spricht sich gegen eine Einflussnahme der Politik auf die Lohnbildung im Postsektor aus. Die Sozialklausel im Postgesetz (§ 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG), die die Erteilung einer Lizenz an die Arbeitsbedingungen des Lizenznehmers knüpft, ist ein Fremdkörper in einem Gesetz, das der Förderung des Wettbewerbs dient. Sie sollte daher gestrichen werden. Eine direkte Einflussnahme der Politik auf die Löhne und Arbeitsbedingungen im Postsektor, wie sie durch die Erweiterung des Entsendegesetzes geschieht, ist erst recht abzulehnen. In diesem Fall wird ein zwischen dem von der Deutschen Post AG dominierten Arbeitgeberverband Postdienste e.V. und der Gewerkschaft ver.di abgeschlossener Mindestlohtarifvertrag für allgemein verbindlich erklärt. Dieser branchenweit verbindliche Mindestlohn soll offensichtlich nicht eingeführt werden, um die Interessen inländischer Arbeitnehmer zu schützen, sondern um den Wettbewerb im Postmarkt zu behindern. Die Deutsche Post AG kann damit die Kosten ihrer Wettbewerber massiv erhöhen, ohne selbst betroffen zu sein. Gleichzeitig wird die Entstehung neuer Stellen im Niedriglohnsektor behindert. Rechtliche Maßnahmen zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen im Niedriglohnsektor sollten, wenn sie notwendig erscheinen, branchenübergreifend durchgeführt werden, um wettbewerbliche Verzerrungen zwischen einzelnen Wirtschaftssektoren zu vermeiden.
- 3.* Die Monopolkommission schlägt vor, dem Bundeskartellamt künftig bei jeder Form der Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesarbeitsminister ein Anhörungsrecht einzuräumen. Das Bundeskartellamt soll dabei insbesondere Stellung zu der Frage nehmen, welche Auswirkungen von einer Allgemeinverbindlicherklärung auf die betroffenen Produktmärkte zu erwarten sind. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Auswirkungen auf den Produktmarkt Wettbewerb und die Interessen der Verbraucher bei der Entscheidung des Ministers nicht hinreichend berücksichtigt werden.
- 4.* Die Mehrwertsteuerbefreiung der Deutschen Post AG verschafft dem Unternehmen einen Kostenvorteil in Höhe von fast 19 % gegenüber ihren mehrwertsteuerpflichtigen Wettbewerbern. Diese Benachteiligung behindert insbesondere den Wettbewerb um nicht vorsteuerabzugsberechtigte Kunden, die ca. 50 % des Marktes ausmachen. Aufgrund der hohen Bedeutung von Synergieeffekten bei der Einsammlung und Zustellung im Briefmarkt wirkt sich diese wettbewerbliche Verzerrung jedoch auch massiv auf den Wettbewerb um vorsteuerabzugsberechtigte Geschäftskunden aus. Für diese steuerliche Ungleichbehandlung gibt es keine Rechtfertigung. Sie ist zudem nicht mit europäischem Recht vereinbar. Um zu vermeiden, dass die Ungleichbehandlung bezüglich der Mehrwertsteuerpflicht die Entfaltung von Wettbewerb im Briefsektor verhindert, sollte die Bundesregierung keinesfalls den Ausgang der diesbezüglichen Vertragsverletzungsverfahren abwarten. Sie sollte vielmehr baldmöglichst eine Regelung treffen, die alle im Postmarkt tätigen Unternehmen steuerlich gleichstellt. So wäre es denkbar, einen Korb von Dienstleistungen zu definieren, die mehrwertsteuerbefreit sind oder dem ermäßigten Steuersatz unterliegen, unabhängig davon, welches Unternehmen die Leistung erbringt.

5.* Positiv wertet die Monopolkommission die wettbewerbliche Entwicklung im Paketbereich, im Bereich der postvorbereitenden Dienstleistungen sowie auf dem Markt für die förmliche Zustellung. In diesen Bereichen sind bei steigender Produktvielfalt die Preise um bis zu 50 % gesunken. Die Monopolkommission hält bei einer Öffnung des gesamten Briefmarktes für den Wettbewerb Preis-senkungen in dieser Größenordnung in allen Bereichen für möglich. Die Entwicklung von Infra-strukturwettbewerb würde zudem durch den Aufbau paralleler Zustellnetze zahlreiche neue Arbeits-plätze schaffen.

6.* Im Laufe der fünfjährigen Price-Cap-Regulierungsperiode, die Ende 2007 ausläuft, ist es der Deutschen Post AG gelungen, in hohem Maße Effizienzgewinne zu erwirtschaften. Die Bundes-netzagentur hat es versäumt, den Verbraucher durch eine entsprechende Absenkung des Ausgangs-entgelt-niveaus für die neue, ab 2008 laufende Price-Cap-Periode an diesen Effizienzgewinnen teil-haben zu lassen. Stattdessen ist zu erwarten, dass die Deutsche Post AG im Bereich der Privatkun-denpost weiterhin Renditen im zweistelligen Bereich erzielt. Eine Korrektur innerhalb der laufen-den Regulierungsperiode ist hier dringend geboten. Im Bereich der Geschäftskundenpost, der ab Ja-nuar 2008 nur noch der Ex-post-Entgeltkontrolle unterliegt, sollte die Bundesnetzagentur den hohen Anreizen zu missbräuchlichem Verhalten der Deutschen Post AG durch eine schnelle und effiziente Missbrauchsaufsicht begegnen.

7.* Die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung sollten alleiniger Maßstab bei der Ex-ante- und der Ex-post-Entgeltgenehmigung sein. Die Monopolkommission fordert daher den Gesetzgeber dazu auf, die Vorschrift des § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG zu streichen, die der Regulierungsbehörde die Möglichkeit gibt, Altlasten sowie die Kosten für den Universaldienst bei der Entgeltbemessung zu berücksichtigen. Eine Berücksichtigung von Altlasten bei der Genehmigung von Entgelten der Deutschen Post AG hält die Monopolkommission ohnehin nur dann für vertretbar, wenn diese Kos-ten explizit ausgewiesen und mit den „Altvorteilen“, die der Deutschen Post AG aus der Rechts-nachfolge der Deutschen Bundespost entstanden sind, verrechnet werden. Dies ist derzeit nicht der Fall. Eine Berücksichtigung von Kosten für den Universaldienst ist ab dem 1. Januar 2008 nicht mehr möglich, da dann die formale Verpflichtung der Deutschen Post AG zum Erbringen des Uni-versaldienstes wegfällt.

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

1. Einleitung

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

2. Zur Vorbereitung ihrer Stellungnahme im Postbereich hat die Monopolkommission am 15. März 2007 ein Gespräch mit Vertretern des Länderarbeitskreises „Telekommunikation, Informationswirtschaft, Post“ der Wirtschaftsministerkonferenz geführt. Am 17. September 2007 hat sie in einer Anhörung mit Wettbewerbern und Verbänden über die Wettbewerbsentwicklung im Postwesen diskutiert. Teilnehmer waren die Deutsche Post AG (DPAG), DIREKTexpress, die PIN NRW GmbH, die TNT Post Holding GmbH und die Xanto GmbH & Co. KG, der Bundesverband der Kurier-Express-Post Dienste e.V. (BdKEP) und der Deutsche Verband für Post, Informationstechnologie und Telekommunikation e.V. (DVPT). Gelegenheit zu schriftlichen Stellungnahmen hatten der DPD Deutscher Paketdienst, die Hermes Logistik Gruppe, United Parcel Service Deutschland sowie der Bundesverband internationaler Express- und Kurierdienste e.V. (BIEK) und der Bundesverband Deutscher Postdienstleister e.V. (BvDP).

3. Der Präsident der Bundesnetzagentur, Herr Matthias Kurth, und Mitarbeiter seiner Behörde standen der Monopolkommission am 17. Oktober 2007 zur Diskussion zur Verfügung. Darüber hinaus gab es vielfältige Kontakte zwischen der Geschäftsstelle der Monopolkommission und Mitarbeitern der Bundesnetzagentur, des Bundeskartellamts, des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie und des Bundesministeriums der Finanzen. Die Kommission dankt allen Beteiligten für ihre Mitwirkung. Sie bedankt sich bei ihrer wissenschaftlichen Mitarbeiterin Frau Dr. Lieselotte Locher, die die Stellungnahme der Monopolkommission zur Entwicklung des Wettbewerbs auf den Postmärkten federführend betreut hat.

2. Entwicklungen in den Postmärkten

2.1 Marktöffnung auf europäischen Postmärkten

4. Die Liberalisierung der Postmärkte verläuft in den Mitgliedsländern der Europäischen Union in unterschiedlichem Tempo. Schweden und Finnland haben ihre Märkte bereits 1993 bzw. 1994 für den Wettbewerb geöffnet, Großbritannien folgte im Jahr 2007, Deutschland und die Niederlande werden ihre Märkte zum 1. Januar 2008 öffnen. Diese fünf Länder vereinigen etwa 60 % des europäischen Briefvolumens auf sich. Bis spätestens 2013 müssen nach der am 1. Oktober 2007 im Rat beschlossenen Neufassung der Postrichtlinie alle Mitgliedstaaten ihre Briefmärkte für den Wettbewerb geöffnet haben.

2.1.1 Novellierung der Postrichtlinie

5. Die Vorgaben der Europäischen Union an die Mitgliedstaaten zur Öffnung der Märkte für Postdienstleistungen finden sich in der Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 15. Dezember 1997 (Postrichtlinie)¹. Ursprünglich war darin eine vollständige Öffnung der Märkte zum 1. Januar 2003 vorgesehen. Dieser Zeitpunkt wurde jedoch durch die Änderungsrichtlinie 2002/39/EG vom 10. Juni 2002² verschoben. Art. 7 lautet in der geänderten Fassung wie folgt:

1. Soweit es für die Aufrechterhaltung des Universaldienstes notwendig ist, kann jeder Mitgliedstaat Dienste für Anbieter von Universaldienstleistungen reservieren. [...]
2. [...]
3. Die Kommission erstellt eine Prospektivstudie, in der für jeden Mitgliedstaat bewertet wird, welche Auswirkungen die Vollendung des Binnenmarkts für Postdienste im Jahr 2009 auf den Universaldienst haben wird. Auf der Grundlage der Schlussfolgerungen dieser Studie unterbreitet die Kommission bis zu 31. Januar 2006 dem Europäischen Parlament und dem Rat einen Bericht, dem ein Vorschlag zur etwaigen Bestätigung des auf 2009 festgelegten Termins für die Vollendung des Binnenmarkts für Postdienste oder zur Festlegung anderweitiger Schritte im Lichte der Schlussfolgerungen der Studie beigefügt ist.

Die in Art. 7 vorgesehene Prospektivstudie wurde von der Europäischen Kommission zusammen mit einem darauf basierenden Richtlinienvorschlag am 18. Oktober 2006 vorgelegt. Die Kommission schlug darin eine vollständige Liberalisierung des Briefmarktes vor. Art. 7 hätte demnach folgende Fassung erhalten:

1. Ab dem 1. Januar 2009 gewähren die Mitgliedstaaten für die Einrichtung und die Erbringung von Postdiensten keine ausschließlichen oder besonderen Rechte mehr und erhalten diese auch nicht mehr aufrecht. [...].

Ursprünglich war geplant, die Richtlinie noch während der deutschen Ratspräsidentschaft, also im ersten Halbjahr 2007, zu verabschieden. Allerdings zeichnete sich schon direkt nach Veröffentlichung des Richtlinienvorschlags ab, dass dieser wohl nicht mehrheitsfähig sein würde. Zahlreiche Mitgliedstaaten sprachen sich gegen eine Öffnung der Märkte zum 1. Januar 2009 aus, darunter Frankreich, Italien, Spanien, Belgien, Griechenland und Polen.

¹ ABl. EG Nr. L 15 vom 21. Januar 1998, S. 14.

² ABl. EG Nr. L 176 vom 5. Juli 2002, S. 21.

6. Am 11. Juli 2007 hat das Europäische Parlament seine Stellungnahme zu dem Entwurf der Kommission in erster Lesung verabschiedet. Die zweite Lesung wird Anfang 2008 stattfinden. In dem vom Parlament gebilligten Entwurf wird die Öffnung der Märkte um weitere zwei Jahre auf den 1. Januar 2011 verschoben. Art. 7 lautet demnach:

1. Ab dem 31. Dezember 2010 gewähren die Mitgliedstaaten für die Einrichtung und die Erbringung von Postdiensten keine ausschließlichen oder besonderen Rechte mehr und erhalten diese auch nicht mehr aufrecht. [...]

Ein neu eingefügter Art. 7a schränkt dieses Datum noch weiter ein, indem er der Mehrzahl der Mitgliedstaaten, die nicht ohnehin ihre Märkte bereits öffnen oder geöffnet haben, die Möglichkeit gibt, die Marktöffnung um weitere zwei Jahre zu verschieben. Mitgliedstaaten, die ihre Märkte öffnen, soll es möglich sein, Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, die dort noch eine Exklusivlizenz besitzen, den Zugang zu dem von ihnen geöffneten Bereich zu verwehren. Art. 7a lautet wie folgt:

Soweit es für die Aufrechterhaltung des Universaldienstes notwendig ist, können Mitgliedstaaten, die der Europäischen Union nach Inkrafttreten der Richtlinie 2002/39/EG beigetreten sind [d.h. die zwölf neuen Beitrittsländer], oder Mitgliedstaaten mit einer niedrigen Bevölkerungszahl und einer geringen geografischen Ausdehnung, die somit Besonderheiten für die Postdienste aufweisen, oder Mitgliedstaaten mit besonders schwierigen Reliefbedingungen, insbesondere diejenigen mit sehr vielen Inseln, bis zum 31. Dezember 2012 Dienste für Anbieter von Universaldienstleistungen [...] reservieren.

[...]

c) Mitgliedstaaten, die ihre reservierten Bereiche nach Inkrafttreten dieser Richtlinie und vor dem 31. Dezember 2012 abschaffen, können es während eines Übergangszeitraums ablehnen, Genehmigungen [...] für Dienstleistungen innerhalb des betreffenden abgeschafften reservierten Bereichs an Postbetreiber – und durch sie kontrollierte Gesellschaften – zu erteilen, die Dienstleistungen im Bereich des Universaldienstes erbringen und denen ein reservierter Bereich in einem anderen Mitgliedstaat eingeräumt wird.

7. Der Ministerrat hat sich am 1. Oktober 2007 auf einen Kompromiss zur Abschaffung des Briefmonopols geeinigt, der den Vorschlägen des Europäischen Parlaments weitgehend folgt. Neben redaktionellen Änderungen werden in der vom Ministerrat beschlossenen Neufassung der Richtlinie elf Länder aufgezählt, die erst zum 31. Dezember 2012 ihre Märkte öffnen müssen. Dies sind Zypern, die Tschechische Republik, Griechenland, Ungarn, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Polen, Rumänien und die Slowakei. Die sog. Reziprozitätsklausel wird dahingehend präzisiert, dass Länder, die ihre reservierten Bereiche bis zum 31. Dezember 2012 abschaffen, zwischen dem 1. Januar 2011 und dem 31. Dezember 2012 Anbietern aus Ländern mit Exklusivlizenz die Erteilung einer Lizenz verweigern dürfen.

8. Die Monopolkommission bedauert, dass der Termin für die europaweite Marktöffnung der Briefmärkte um weitere drei Jahre verschoben wird. Die Verschiebung wird vom Europäischen Parlament und dem Ministerrat nicht begründet; es sind auch keine Gründe ersichtlich, die eine erneute Verschiebung rechtfertigen würden. Eine weitere Verschiebung bis 2013 zur Aufrechterhaltung des Universaldienstes in gewissen Ländern ist aus Sicht der Monopolkommission ebenfalls nicht notwendig. Es ist vorstellbar, dass es Länder gibt, in denen eine flächendeckende postalische Grundversorgung nicht vom Markt selbst zu den gewünschten Preisen erbracht wird. In diesen Fällen ist es denkbar, einem Anbieter von Postdienstleistungen eine Universaldienstverpflichtung aufzuerle-

gen und diesen dafür finanziell zu entschädigen. Alternativ kann die Universaldienstverpflichtung ausgeschrieben werden. Beide Lösungen sind einer Finanzierung des Universaldienstes durch das gleichzeitige Gewähren von Monopolrechten vorzuziehen. Zum einen ist kaum zu erwarten, dass die Höhe der Monopolrente genau den Kosten der zu erbringenden Universaldienstleistungen entspricht. Im Zweifel wird die Monopolrente eher höher sein. Zum anderen ist eine direkte finanzielle Entlohnung des Universaldiensteanbieters auch deshalb günstiger, weil die durch ein Monopol zusätzlich entstehenden Wohlfahrtsverluste vermieden werden. Diese Wohlfahrtsverluste bestehen in erster Linie darin, dass durch die höheren Preise des Monopolisten geringere Mengen an Postdienstleistungen nachgefragt werden. Damit ist das Beförderungsvolumen insgesamt niedriger, als es ohne eine Exklusivlizenz wäre. Die umfangreichen Regelungen zur Sicherung des Universaldienstes in der Postrichtlinie erwecken den Eindruck, dass die Richtlinie in erster Linie dem Wohl der Verbraucher dient. Allerdings würde die überwiegende Mehrzahl der Verbraucher aus der Abschaffung der Exklusivlizenz einen viel höheren Nutzen ziehen als von jeder anderen Regelung der Postrichtlinie. Insofern nutzt die Postrichtlinie in ihrer derzeitigen Form zwar den Inhabern von Exklusivlizenzen in den einzelnen Mitgliedstaaten, schadet aber den meisten Verbrauchern.

9. Deutschland hält daher zu Recht an dem 1. Januar 2008 als Datum für die endgültige Marktöffnung fest. Für die deutschen Verbraucher ist die Öffnung des deutschen Marktes ein entscheidender Schritt für niedrigere Preise und eine größere Produktvielfalt im Postbereich. Von der Nichtöffnung der Märkte in anderen Mitgliedstaaten sind deutsche Verbraucher nur insofern betroffen, als ihre Auslandspost in Länder mit Exklusivlizenz dort weiterhin nur vom Träger dieser Lizenz befördert werden kann.

10. Aus deutscher Sicht gibt es auch keinen Grund dafür, Träger von Exklusivrechten im Ausland nicht auf dem deutschen Briefmarkt zuzulassen, wie es die Vorschrift des Art. 7a Buchstabe c der Richtlinie ermöglicht. Der Marktzutritt von Unternehmen belebt den Wettbewerb. Dabei spielt es zunächst keine Rolle, ob dieses Unternehmen auf anderen Märkten Exklusivrechte hat oder nicht. Es ist möglich, dass es Anbieter von Postdienstleistungen geben wird, die versuchen, auf dem deutschen Markt Fuß zu fassen, indem sie Möglichkeiten der Quersubventionierung nutzen. So könnte ein Anbieter die Gewinne, die er in seinem Heimatland im reservierten Bereich macht, dazu nutzen, beim Markteintritt in Deutschland zu einem besonders niedrigen und möglicherweise nicht kostendeckenden Preis anzubieten. Aus Unternehmenssicht kann dies sinnvoll sein, um schnell bekannt zu werden und einen gewissen Marktanteil zu gewinnen. Eine derartige Quersubventionierung bedeutet eine Umverteilung von den Verbrauchern des Landes mit Exklusivlizenz zum deutschen Verbraucher, da deren hohe Preise zur Finanzierung der niedrigen Preise in Deutschland genutzt werden. Deutschland würde demnach von einer einseitigen Liberalisierung sogar profitieren. Das Ausmaß der Quersubventionierung dürfte sich allerdings insofern in Grenzen halten, als zumindest langfristig ein Unternehmen nur dann im deutschen Markt bleiben wird, wenn es dort auch Gewinne erzielen kann.

2.1.2 Marktentwicklung im Postwesen in Ländern ohne Exklusivlizenz

11. Die Marktentwicklung in den Ländern der Europäischen Union, die ihre Märkte bereits ganz oder teilweise dem Wettbewerb geöffnet haben, ist bisher recht unterschiedlich verlaufen. Diese Unterschiede lassen sich teilweise auf unterschiedliche geographische Bedingungen, vor allem aber

auf regulatorische Unterschiede zurückführen.³ Zusammengenommen ermöglichen es diese unterschiedlichen Entwicklungen, eine bessere Prognose darüber aufzustellen, wie sich der deutsche Markt nach Abschaffung der Exklusivlizenz entwickeln wird.

12. Schweden und Finnland haben bereits 1993 bzw. 1994 als erste Länder der Europäischen Union die Exklusivlizenz abgeschafft. Zudem sind in beiden Ländern auch die vom marktbeherrschenden Unternehmen erbrachten Postdienstleistungen voll umsatzsteuerpflichtig. Eine Ex-ante-Entgeltregulierung gibt es in Schweden nur für Einzelsendungen des marktbeherrschenden Unternehmens, der Posten AB. Konsolidierung spielt im schwedischen Briefmarkt praktisch keine Rolle. Dafür konnte sich im Infrastrukturwettbewerb in den letzten Jahren neben der Posten AB ein weiteres Unternehmen am Markt behaupten, die CityMail. Allerdings stellt CityMail nur zweimal wöchentlich und nur im Süden des Landes zu. Das Unternehmen erreicht damit ca. 45 % der schwedischen Haushalte. CityMail ist in erster Linie im B2C-Bereich tätig sowie auf die Zustellung von computergenerierten, adressierten Brief- und Werbesendungen spezialisiert und hat einen Marktanteil von 7,7 %. Das Beispiel Schweden zeigt, dass Infrastrukturwettbewerb im Postbereich selbst unter denkbar ungünstigen Rahmenbedingungen – einer großen Fläche und geringen Bevölkerungsdichte – möglich ist. Der Wettbewerber ist in der Lage, sich eine Nische zu suchen, in der er profitabel anbieten kann. Gleichzeitig erfolgt durch das marktbeherrschende Unternehmen, auch ohne dass es dafür finanziell entschädigt wird, eine flächendeckende Zustellung zu erschwinglichen Preisen.

13. Finnland ist dagegen ein Beispiel dafür, wie durch ein regulierungsfeindliches Umfeld trotz formaler Marktöffnung Wettbewerb verhindert werden kann. Die finnische Posti befindet sich zu 100 % in Staatsbesitz. Auf eine sektorspezifische Regulierung verzichtet das Land. Über die Vergabe von Lizenzen entscheidet das Kabinett. Wettbewerberlizenzen werden mit Universaldienstverpflichtungen verknüpft. Vorgesehen ist eine werktägliche Zustellungspflicht sowie eine flächendeckende Zustellung. Erfolgt die Zustellung nicht flächendeckend, wird eine Steuer auf den Umsatz erhoben, die umso höher ist, je größer die Bevölkerungsdichte der belieferten Region relativ zur Bevölkerungsdichte Finnlands insgesamt ist. Aufgrund der geringen Bevölkerungsdichte von Finnland – das Land ist so groß wie die Bundesrepublik Deutschland, hat aber nur 5 Mio. Einwohner – ist es kaum vorstellbar, dass eine flächendeckende Zustellung für mehr als ein Unternehmen wirtschaftlich rentabel und ökonomisch sinnvoll sein kann. Unter diesen Bedingungen überrascht es nicht, dass Posti trotz der De-facto-Liberalisierung bis heute der einzige Anbieter von Postdienstleistungen in Finnland ist.

14. In den Niederlanden wird die Exklusivlizenz für den Standardbrief zwar erst zum 1. Januar 2008 aufgehoben, allerdings sind dort bereits jetzt adressierte Werbesendungen aus dem reservierten Bereich ausgenommen. In den Niederlanden gibt es keine Lizenzierung des Briefbereichs und damit verbunden auch keine Zahlen über die Anzahl und Art der Anbieter. Es gibt wohl eine ganze Reihe von Unternehmen am Markt, die teilweise konsolidieren, teilweise selbst zustellen. Zwei Unternehmen, Sandd (Sort and Deliver) und Selektmail, eine Tochter der DPAG, haben sich auf den B2C-Bereich spezialisiert und stellen zweimal wöchentlich flächendeckend an Endhaushalte zu. Gemeinsam haben sie einen Marktanteil von 14 % bezogen auf den Gesamtmarkt und 31 % im bereits liberalisierten Markt. Zwei weitere Unternehmen, MailMerge und Businesspost, sind im B2B-Bereich tätig und stellen flächendeckend in Postfächer zu. Dass der Infrastrukturwettbewerb in den Nieder-

³ Vgl. Oelmann, M., Regulatorische Marktzutrittsbedingungen und ihre Auswirkungen auf den Wettbewerb: Erfahrungen aus ausgewählten Briefmärkten Europas, wtk Diskussionsbeiträge Nr. 291, Bad Honnef, März 2007.

landen schon heute, vor der endgültigen Liberalisierung, deutlich stärker als in Schweden ist, liegt wohl in erster Linie an der hohen Bevölkerungsdichte der Niederlande. Die Bevölkerungsdichte in Deutschland ist deutlich höher als in Schweden, aber geringer als die der Niederlande; in einigen Teilen Deutschlands entspricht sie derjenigen der Niederlande. Somit ist zu erwarten, dass sich unter vergleichbaren regulatorischen Rahmenbedingungen auch in Deutschland oder jedenfalls in manchen Teilen Infrastrukturwettbewerb ausbilden wird.

15. In Großbritannien ist die Exklusivlizenz zum 1. Januar 2007 abgeschafft worden. Die Preisobergrenzen, die die britische Regulierungsbehörde, Postcomm, für den Marktbeherrscher, Royal Mail, festgesetzt hat, sind deutlich niedriger als die entsprechenden Werte der Bundesnetzagentur für die DPAG. Die Umsatzrendite von Royal Mail im Briefbereich ist mit 3,3 % (Stand 2004) entsprechend niedrig. (Die DPAG erzielt im Briefbereich eine Umsatzrendite von 16,3 %.) Die Auflagen für Lizenznehmer sind relativ hoch, so dass kleinere Unternehmen kaum in den Markt eintreten können. Trotz der geringen Margen im Briefgeschäft und der Markteintrittsbarrieren gibt es jedoch Wettbewerber von Royal Mail, die selbst zustellen. Allerdings spielen Konsolidierungsleistungen in Großbritannien eine deutlich wichtigere Rolle. Die Rabatte, die Konsolidierern eingeräumt werden, sind relativ zum Gesamtporto höher als in Deutschland, so dass das Geschäftsfeld attraktiver ist. Die größten Konsolidierer in Großbritannien sind UK Mail und TNT.

16. Eine extreme Bedeutung hat die Konsolidierung in den USA, wo die staatseigene USPS zwar ein Monopol für die Zustellung besitzt, es aber auf jeder Stufe der Wertschöpfung die Möglichkeit gibt, im Rahmen von „worksharing“ zu konsolidieren. Diese Möglichkeit wird intensiv genutzt: 43 % der Briefsendungen und über 90 % der Werbesendungen und Periodika werden in den USA durch Kooperationen zwischen privaten Konsolidierern und der staatseigenen USPS befördert. Seit im Jahre 1976 die Möglichkeiten der Konsolidierung eingeführt wurden, sind die realen Preise für Briefsendungen um 35 % gesunken, für Werbesendungen und Periodika um 28 %. Die Anzahl der Briefsendungen ist im gleichen Zeitraum um 40 % gestiegen, das Volumen der Werbesendungen um ca. 240 %. Die Zahl der Briefe pro Einwohner liegt in den USA mehr als doppelt so hoch wie in Deutschland.⁴

17. Zusammenfassend zeigt sich, dass es auf den Briefmärkten Wettbewerb sowohl in Form von Infrastrukturwettbewerb als auch über den Teilleistungszugang (Konsolidierung) geben kann. Die Möglichkeiten von Infrastrukturwettbewerb sind allerdings stark von der Bevölkerungsdichte eines Landes abhängig. Wettbewerb über einen Teilleistungszugang ist dagegen auch bei geringer Bevölkerungsdichte und niedrigen Preisobergrenzen für das marktbeherrschende Unternehmen möglich. Die Abschaffung der Exklusivlizenz für den Standardbrief ist eine notwendige Voraussetzung für Wettbewerb auf den Briefmärkten, aber nicht hinreichend. Bestimmungen, die einseitig den Incumbent schützen, wie die Verpflichtung zur flächendeckenden Versorgung in Finnland, können den Wettbewerb komplett verhindern, auch wenn es keine reservierten Bereiche gibt.

2.2 Marktverhältnisse in Deutschland

18. Der Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen, d.h. für die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen bis 1.000 g für andere, umfasste im Jahr 2005 Umsätze von knapp 10 Mrd. EUR. Die Sendungsmenge lag bei knapp 17 Mrd. Stück. Während der Umsatz des Marktes seit 1998 nahezu konstant geblieben ist (+ 0,4 %), ist die Sendungsmenge deutlich angestiegen

⁴ Vgl. Kruse, J., Liebe, A., Netzzugang und Wettbewerb bei Briefdiensten, HWWA Report Nr. 257, Hamburg 2005, Studie im Auftrag des Bundesverbandes Internationaler Express- und Kurierdienste e.V. (BIEK).

(+ 12,4 %). Es wird erwartet, dass sich dieser Trend fortsetzt, da Wachstumspotentiale im Postdienstleistungsbereich vor allem im Bereich von Werbesendungen gesehen werden, die zu eher unterdurchschnittlichen Preisen verschickt werden.

19. Der Gesamtmarkt teilt sich in einen Monopol- und einen Wettbewerbsbereich. Der Monopolbereich ist bis Ende 2007 der DPAG vorbehalten. Er umfasst Briefsendungen und adressierte Kataloge, deren Einzelgewicht bis 50 g und deren Einzelpreis weniger als das Zweieinhalbfache des Preises für entsprechende Postsendungen der untersten Gewichtsklasse beträgt (§ 51 Abs. 1 PostG). Mit ca. 5 Mrd. EUR⁵ entspricht dies etwa der Hälfte des Gesamtmarktes. Der Marktanteil der DPAG innerhalb des gesamten lizenzierten Bereichs betrug im Jahr 2005 92,4 %, für das Jahr 2006 gibt die Bundesnetzagentur eine Absenkung des Marktanteils der DPAG auf 89,7 % an. Innerhalb des Wettbewerbsbereichs lag der Marktanteil der DPAG im Jahre 2005 bei 81,8 % und ging nach Angaben der Bundesnetzagentur 2006 auf 79,4 % zurück. Die Marktdominanz der DPAG zeigt sich hier besonders eindrücklich. Auch in den Marktsegmenten, die teilweise schon seit Jahren für Wettbewerber geöffnet wurden, vereint die DPAG mehr als drei Viertel des Marktes auf sich.

20. Während der Geltungsdauer der Exklusivlizenz kann die Bundesnetzagentur auf Antrag Lizenzen für verschiedene Postdienstleistungen ausstellen, die gemäß § 51 Abs. 1 PostG von der Exklusivlizenz ausgenommen sind. Seit 1998 hat die Bundesnetzagentur über 2.000 Lizenzen erteilt. Diese werden jedoch zu einem großen Teil nicht genutzt. Derzeit sind gut 600 Unternehmen am Markt tätig. Es handelt sich dabei überwiegend um kleine und mittlere Unternehmen. Nur drei Unternehmen erzielen neben der DPAG Umsätze auf den Briefmärkten von über 50 Mio. EUR. Die geringe Konzentration bei den Wettbewerbern der DPAG zeigt sich eindrücklich beim Vergleich der Konzentrationsmaße CR1 und CR5⁶: Während das größte Unternehmen am Markt, die DPAG, einen Marktanteil von 89,7 % hat, entfallen auf die fünf umsatzstärksten Unternehmen nur rund 92 % der Umsätze. Das bedeutet, dass die vier größten Unternehmen am Markt neben der DPAG nur gut 2 % des Umsatzes auf sich vereinen.

21. Vergleicht man diese Situation mit der auf dem schwedischen Markt, wo neben Posten AB nur ein großer Konkurrent den ganzen Wettbewerbsmarkt beherrscht, stellt sich die Frage, ob in Deutschland eine Entwicklung hin zum schwedischen Marktbild zu erwarten ist oder ob sich dauerhaft eine große Zahl kleiner Unternehmen am Markt halten wird. Tatsächlich ist in den letzten Jahren und verstärkt in den letzten Monaten eine gewisse Marktkonsolidierung durch Übernahmen zu beobachten. Andererseits gibt es aber weiterhin eine ganze Reihe lokaler und regionaler Anbieter. Ihr Geschäftsmodell beruht darauf, dass die Mehrheit aller Briefsendungen innerhalb einer Region oder sogar einer Stadt zuzustellen ist. Das betrifft vor allem die Post örtlicher Unternehmen wie der Handwerksbetriebe oder der örtlichen Sparkasse oder die Post von Behörden wie dem Einwohnermelde- oder dem Arbeitsamt. Der Postdienstleister stellt die lokale Post selbst zu, überregionale Post liefert er im Briefzentrum der DPAG ein. Möglich ist auch ein Verbund lokaler und regionaler Zusteller, die gemeinsam die überregionale Zustellung organisieren, indem sie ihre überregional zuzustellende Post untereinander austauschen. Insofern ist selbst Infrastrukturwettbewerb bei einer Vielzahl kleiner regionaler Anbieter denkbar.

22. Von den acht Lizenztypen, A bis H, ist die D-Lizenz die mit Abstand bedeutendste. Sie wird für qualitativ höherwertige Dienstleistungen vergeben. Im Jahr 2005 wurden 62 % der Umsätze der Li-

⁵ Diese sowie die folgenden Zahlenangaben der Bundesnetzagentur zur Marktsituation und -entwicklung auf den Postmärkten sind entnommen aus: BNetzA, Zehnte Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, Juli 2007.

⁶ CR_x bezeichnet den Marktanteil (concentration ratio) der x größten Unternehmen am Markt.

zennnehmer im Bereich der höherwertigen Dienstleistungen und für Postzustellaufträge (PZA) erzielt. Als qualitativ höherwertig haben sich seit Inkrafttreten des Postgesetzes insbesondere folgende Dienstleistungen entwickelt, die grundsätzlich als qualitativ höherwertig angesehen werden: die taggleiche Zustellung, die Übernacht-Zustellung, die termingenaue Zustellung, die Sendungsverfolgung sowie die integrierte Brief-Logistik-Dienstleistung. Der Preis für qualitativ höherwertige Dienstleistungen lag 2006 bei durchschnittlich 0,52 EUR und damit trotz der Höherwertigkeit und trotz der Umsatzsteuerpflicht für derartige Dienstleistungen um drei Cent oder mehr als 5 % unter dem Preis für einen Standardbrief der DPAG. Dies zeigt eindrücklich, wie groß die Vorteile sind, die die Verbraucher von einer Öffnung des Briefmarktes für den Wettbewerb zu erwarten hätten. Wären die Wettbewerber von ihrer Verpflichtung zur Höherwertigkeit befreit und würden sie wie die DPAG keine Mehrwertsteuer entrichten müssen, könnte der Preisunterschied zu den Produkten der DPAG noch größer sein. Die von der DPAG verdiente Monopolrente ist mindestens so hoch anzusetzen wie diese Preisdifferenz. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die DPAG durch ihren Größenvorteil in ungleich größerem Ausmaß Verbundeffekte nutzen kann als selbst ihre größten Wettbewerber. Allerdings ist zu erwarten, dass die DPAG diese Vorteile erst dann an die Verbraucher weiterleiten wird, wenn sie ernsthaftem Wettbewerbsdruck ausgesetzt ist.

23. Tatsächlich scheint zumindest ein gewisser Wettbewerbsdruck von den Produkten der D-Lizenz auf den Standardbrief, das mit Abstand wichtigste Produkt der DPAG, auszugehen. Entsprechend ausführlich ist über die Ausprägung der einzelnen Merkmale, die für die Höherwertigkeit vorliegen müssen, vor Gericht gestritten worden. Erst im Juni dieses Jahres konnte nach fast zehnjährigem Rechtsstreit endgültig geklärt werden, dass auch die Über-Nacht-Zustellung als höherwertige Dienstleistung anerkannt werden kann. Diese Zustellungsvariante ist vor allem dadurch gekennzeichnet, dass Briefsendungen werktäglich nach 17:00 Uhr bei den Auftraggebern abgeholt und garantiert bis spätestens 12:00 Uhr des folgenden Werktags zugestellt werden.⁷

24. Ein starkes Umsatzwachstum ist im Bereich der E-Lizenz zu verzeichnen, die für die Einlieferung bei den Annahmestellen der DPAG vergeben wird. Seitdem die Konsolidierung im Jahr 2005 durch Beschlüsse des Bundeskartellamts und des Oberlandesgerichts Düsseldorf zumindest vorläufig freigegeben worden ist⁸ – eine endgültige Entscheidung darüber steht noch aus –, hat sich eine Vielzahl von Wettbewerbern den für die Konsolidierung erweiterten Netzzugang durch den Abschluss entsprechender Konsolidierer-Teilleistungsverträge einräumen lassen. Die Portorückerstattungen⁹ der DPAG an Konsolidierer bzw. deren Kunden lagen im Jahr 2006 nach Schätzungen der Bundesnetzagentur bei 50 bis 60 Mio. EUR. Im Jahre 2005 lagen die Rückerstattungen noch bei 5 Mio. EUR. Damit haben sich die Umsätze zwischen 2005 und 2006 mehr als verzehnfacht. Allerdings liegt der Marktanteil der Konsolidierung am Gesamtmarkt bei lediglich ca. 0,5 %, der Anteil der Konsolidierung an den Gesamtumsätzen der Wettbewerber der DPAG bei ca. 5%. Das weitere Wachstum der Konsolidierer ist insofern nach oben begrenzt, als zum einen die Konsolidierer nur einen kleinen Teil der Wertschöpfungskette anbieten und zum anderen die Zahl der potentiellen Kunden begrenzt ist. Die große Masse an Sendungen in Deutschland stammt von Versendern, die selbst – in Eigenregie oder über sog. Lettershops – ihre Post bei den Briefzentren der DPAG einliefern.

⁷ BVerwG, Urteile vom 27. Juni 2007, 6 C 8.06, 6 C 9.06, 6 C 13.06 und 6 C 14.06.

⁸ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien, Sondergutachten 44, Baden-Baden 2006, Tz. 11-18.

⁹ Die Portorückerstattung bezeichnet die Differenz zwischen dem Betrag, den die DPAG dem Konsolidierer in Rechnung stellt, und dem Betrag, den der Versender ohne Inanspruchnahme der Konsolidiererleistung an die DPAG zahlen müsste.

25. Die DPAG hat ihre Strategie, die Monopolgewinne aus dem deutschen Briefgeschäft für eine internationale Expansion zu verwenden, im Berichtszeitraum dieses Gutachtens fortgesetzt. Das Eigenkapital der DPAG ist in nur zwei Jahren um mehr als 50 % gestiegen. Im gleichen Zeitraum verzeichnete die DPAG ein Umsatzwachstum von 40 %. Mit dem Kauf des britischen Logistikkonzerns Exel ist die DPAG gemessen an der Mitarbeiterzahl zum größten Unternehmen in Deutschland aufgestiegen. Die längerfristige Entwicklung von Eigenkapital und Umsatz der DPAG ist in Tabelle 1 dargestellt. Nach zahlreichen Umstrukturierungen ist die DPAG derzeit in fünf Unternehmensbereiche gegliedert, die Bereiche Brief, Express, Logistik, Finanzdienstleistungen und Services. Das Umsatzwachstum des Konzerns ist in erster Linie auf die Bereiche Express und Logistik zurückzuführen, in denen die DPAG durch zahlreiche Akquisitionen gewachsen ist. Die Umsätze im Briefbereich sind dagegen in den letzten Jahren relativ konstant geblieben. Wenig Veränderungen gab es auch bei den Umsatzrenditen sowohl des Gesamtkonzerns als auch im Briefbereich. Dabei lag die Umsatzrendite im Briefbereich in den letzten sieben Jahren konstant bei über 15 % und damit mehr als doppelt so hoch wie die Umsatzrendite des Gesamtkonzerns, die bei durchschnittlich 7,4 % lag (vgl. Tabelle 1). Allerdings steht zu erwarten, dass sich die Umsatzrendite im Unternehmensbereich Brief im Jahr 2007 verschlechtern wird, da das unter hohem Wettbewerbsdruck stehende deutsche Paketgeschäft seit Januar 2007 dem Unternehmensbereich Brief zugeordnet wurde. Entsprechend wird sich die Gewinnmarge im Bereich Express erhöhen.

Tabelle 1:

Entwicklung der Deutschen Post AG

<i>Jahr</i>	<i>Eigenkapital in Mio. EUR</i>	<i>Umsatz in Mio. EUR</i>	<i>Umsatzrendite in %</i>	<i>Umsatz Brief in Mio. EUR</i>	<i>Umsatzrendite Brief in %</i>
2000	4.001	32.708	7,3	11.733	17,1
2001	5.353	33.379	7,6	11.707	16,7
2002	5.095	39.255	7,6	12.129	17,7
2003	6.106	40.017	7,4	12.495	16,7
2004	7.242	43.168	7,0	12.747	16,4
2005	10.624	44.594	8,4	12.878	15,8
2006	11.220	60.545	6,4	13.286	15,4

Quelle: Geschäftsberichte der Deutschen Post AG

26. Die DPAG hat in den vergangenen Jahren nicht nur in den Bereichen Express, Logistik und Finanzdienstleistungen expandiert. Auch innerhalb des Unternehmensbereichs Brief ist es ihr gelungen, sich im internationalen Briefverkehr und im heimischen Briefverkehr anderer Länder zu etablieren. Im Segment Brief International/Mehrwertleistungen verzeichnete die DPAG bereits im Jahr 2006, also vor der Liberalisierung der Briefmärkte in Europa, ein Wachstum von 34 %. Der Umsatz ist mit 2.818 Mio. EUR in diesem Segment bereits fast halb so groß wie der Umsatz, den die DPAG mit der Briefpost in Deutschland erzielt (Umsatz im Bereich Brief Kommunikation: 6.147 Mio. EUR).¹⁰ Dies zeigt, wie groß die Chancen der Liberalisierung für die DPAG sind. Durch die Öffnung der Märkte in Europa eröffnen sich dem Unternehmen enorme Wachstumschancen.

¹⁰ Vgl. Deutsche Post AG, Geschäftsbericht 2006, S. 44.

3. Alte und neue Wettbewerbshemmnisse

3.1 Exklusivlizenz

27. Das größte Wettbewerbshemmnis auf den Brief- und den benachbarten Märkten für Kurier-, Express- und Paketdienstleistungen (KEP) ist derzeit die Exklusivlizenz der DPAG für die Beförderung von Briefen bis zu einem Gewicht von 50 g (§ 51 Abs. 1 PostG). Durch die Exklusivlizenz ist Wettbewerb auf diesem Markt offensichtlich ausgeschlossen. Die Exklusivlizenz der DPAG behindert aber auch den Wettbewerb auf allen benachbarten Märkten, also den Märkten für die Beförderung und den Versand von Briefen über 50 g, Werbesendungen, Zeitungen und Zeitschriften sowie den KEP-Märkten. Dadurch, dass ein großer Teil des Gesamtmarktes, der Markt für den Standardbrief, der DPAG vorbehalten bleibt, ist es ihr als einzigem Anbieter möglich, Synergieeffekte, die sich durch die Beförderung von Standardbriefen mit anderen Postsendungen ergeben, zu nutzen. Dies sichert ihr einen starken Wettbewerbsvorteil auf allen Märkten des Postwesens, der dazu führen kann, dass auch potentielle Wettbewerber, die effizienter als die DPAG sind, nicht in den Markt eintreten. Von der Abschaffung der Exklusivlizenz kann demnach eine Belebung des Wettbewerbs vor allem im Bereich des Standardbriefs, aber auch bei allen anderen Postsendungen erwartet werden. Die Verbraucher profitieren davon durch niedrigere Preise, Produktinnovationen und eine bessere Produktqualität. Die Monopolkommission begrüßt daher die Abschaffung der Exklusivlizenz uneingeschränkt. Gleichzeitig sieht sie die Gefahr, dass alte Wettbewerbshemmnisse im Postbereich durch neue ersetzt werden, etwa durch eine entsprechende Ausweitung des Geltungsbereichs des Entsendegesetzes. Derartige Maßnahmen würden dazu führen, dass die Vorteile, die für den Wettbewerb von einer Abschaffung der Exklusivlizenz zu erwarten sind, zunichte gemacht und im schlimmsten Fall der Wettbewerb noch stärker als bisher eingeschränkt würde.

3.2 Der Bund als Wettbewerbshüter und Anteilseigner

28. Die Bundesrepublik Deutschland hat sich in den letzten Jahren schrittweise von ihren Beteiligungen an der DPAG getrennt, indem sie einzelne Aktienpakete zunächst an die KfW veräußert hat, die diese dann wiederum in Etappen auf dem Kapitalmarkt veräußert hat. Inzwischen hält die KfW noch 30,6 % der Anteile an der DPAG. Geplant ist, auch diese Anteile schrittweise zu veräußern, um damit eine vollständige Privatisierung der DPAG zu erreichen. Die Privatisierung über die KfW verläuft über das sog. „Platzhaltermodell“.¹¹ Nach diesem Modell verkauft der Bund seine Beteiligungen an einem staatseigenen Unternehmen an die KfW mit dem Ziel der vollständigen Privatisierung. Die KfW zahlt dem Bund dabei zunächst einen Kaufpreis, der sich am Marktwert orientiert. Im Zuge eines späteren Verkaufs am Kapitalmarkt durch die KfW zu einem höheren Preis erhält der Bund eine weitere Zahlung aus einem vereinbarten Besserungsschein. Der Besserungsschein für den Bund errechnet sich aus der Differenz zwischen erzieltm Veräußerungserlös und Einkaufspreis, abzüglich der entstandenen Kosten sowie einer prozentualen Vergütung für die KfW.

29. Das Platzhaltermodell führt dazu, dass das finanzielle Interesse des Bundes am wirtschaftlichen Erfolg der DPAG auch jetzt noch, nachdem er sich von seinen direkten Anteilen getrennt hat, unvermindert fortbesteht. Da die mit einem Verkauf von Aktien erzielten Kursgewinne durch die Besserungsscheine nicht der KfW, sondern direkt dem Bund zufließen, hat der Bund die gleichen Ver-

¹¹ http://www.kfw.de/DE/Home/Die_Bank/Aufgaben/Beratungun54/Disclaimergeschuetzer_Unterbereich/Privatisierung/index.jsp

haltensanreize, die er auch als direkter Anteilseigner hätte. Gleichzeitig soll er jedoch durch seine Gesetzgebung Wettbewerb auf dem Postmarkt etablieren. Einen Anreiz dazu hat er nicht. Da der Aktienkurs der DPAG um so niedriger ist, je kleiner die Monopolrenten der DPAG sind und je mehr Wettbewerb im Postmarkt herrscht, schadet der Bund sich selbst, wenn er geeignete Spielregeln auf dem Postmarkt durchsetzt. Besonders augenfällig wird der Interessenkonflikt beim Thema Mehrwertsteuerbefreiung der DPAG. Für deren rechtliche Umsetzung ist das Finanzministerium zuständig, das auch die Einnahmen des Bundes aus dem Verkauf der Besserungsscheine erhält. Die Monopolkommission hält es für dringend geboten, dass der Bund sich schnellstmöglich von allen Finanzinstrumenten trennt, die dazu führen, dass der Fiskus ein spezielles finanzielles Interesse am Wohlergehen der DPAG hat. Falls sich die endgültige Veräußerung der Anteile der KfW an der DPAG noch über einige Jahre hinzieht, ist dies weniger problematisch, wenn die Gewinne aus dem Verkauf der Anteile vollständig bei der KfW verbleiben.

3.3 Umsatzsteuerbefreiung

30. Nach § 4 Nr. 11b Umsatzsteuergesetz (UStG) sind die „unmittelbar dem Postwesen dienenden Umsätze der Deutsche Post AG“ von der Umsatzsteuer befreit. Ebenfalls von der Umsatzsteuer befreit sind nach § 4 Nr. 8 Buchstabe i UStG „die Umsätze der im Inland gültigen amtlichen Wertzeichen zum aufgedruckten Wert“. Im Prinzip erstreckt sich die Befreiung auf alle Universaldienstleistungen, d.h. Briefe bis zu 2 kg und Pakete bis 20 kg. Die Post ist die einzige der liberalisierten Netzindustrien im Bereich der Daseinsvorsorge, deren Leistungen (noch) umsatzsteuerbefreit sind. Die Leistungen der Deutschen Telekom AG unterliegen seit dem 1. Januar 1996 voll der Umsatzsteuer (§ 4 Nr. 11a UStG); Strom und Gas müssen ebenfalls mit dem Regelsatz von 19 % versteuert werden.

3.3.1 Wirkung der Umsatzsteuerbefreiung

31. Die Auswirkung der Ungleichbehandlung von DPAG und ihren Wettbewerbern bezüglich der Umsatzsteuer für vorsteuerabzugs- und nicht vorsteuerabzugsberechtigte Kunden ist in Tabelle 2 dargestellt. Dabei wird angenommen, dass die Steuer vollständig auf den Kunden überwältzt wird. In dem dargestellten Beispiel kaufen die DPAG bzw. ihre Wettbewerber Vorleistungen im Wert von 1 EUR ein, um eine Postdienstleistung im Wert von insgesamt 3 EUR zu erstellen. Sowohl bei der DPAG als auch bei den Wettbewerbern fallen damit Vorsteuern in Höhe von 0,19 EUR (19 % auf 1 EUR) an. Wenn die DPAG diese vollständig auf ihre Kunden überwältzt, beträgt der Preis für die Beförderungsleistung bei der DPAG für alle Kunden 3,19 EUR sowohl für vorsteuerabzugs- als auch für nicht vorsteuerabzugsberechtigte Kunden. Die 0,19 EUR, die im Nettopreis enthalten sind, werden als „versteckte Mehrwertsteuer“ bezeichnet, da sie zwar nicht als Steuer ausgewiesen werden (können), aber trotzdem eine Steuerleistung darstellen.

32. Bei den Wettbewerbern der DPAG unterscheidet sich der Nettopreis für umsatzsteuerpflichtige und damit vorsteuerabzugsberechtigte Kunden von dem Nettopreis für nicht umsatzsteuerpflichtige Kunden. Ein Kunde, der umsatzsteuerpflichtig ist und damit die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs hat, kann die gesamte Umsatzsteuer, die auf die 3 EUR der Beförderungsleistung anfällt, im Rahmen des Vorsteuerabzugs geltend machen. Sein Nettoeinkaufspreis beträgt daher 3 EUR und liegt unter dem Preis, den er bei der DPAG für die Beförderungsleistung zahlen müsste. Dagegen können nicht umsatzsteuerpflichtige Kunden bei Wettbewerbern der DPAG keine auf den vorherigen Stu-

fen der Wertschöpfung angefallene Vorsteuer geltend machen. Sie zahlen damit eine Umsatzsteuer in Höhe von 0,57 EUR (19 % auf 3 EUR) und damit deutlich mehr, als sie bei der DPAG zahlen würden.

Tabelle 2:

Ermittlung der Umsatzsteuerpflicht im Postbereich – Beispiel

	<i>Beförderungsleistung der Deutschen Post AG (umsatzsteuerbefreit)</i>	<i>Beförderungsleistung eines umsatzsteuerpflichtigen Wettbewerbers</i>
Nettopreis für die Vorleistung	1,00 EUR	1,00 EUR
Umsatzsteuer auf die Vorleistung	0,19 EUR	0,19 EUR
Zusätzliche Leistung des Postanbieters	2,00 EUR	2,00 EUR
Umsatzsteuer auf die Leistung des Postanbieters	0,00 EUR	0,38 EUR
Nettopreis für vorsteuerabzugsberechtigte Kunden	3,19 EUR	3,00 EUR
Nettopreis für nicht vorsteuerabzugsberechtigte Kunden	3,19 EUR	3,57 EUR

Quelle:

33. Durch die Ungleichbehandlung bei der Umsatzsteuerpflicht entsteht eine Wettbewerbsverzerrung. Diese wirkt bei vorsteuerabzugsberechtigten Kunden zugunsten der Wettbewerber und bei nicht vorsteuerabzugsberechtigten Kunden zugunsten der DPAG. Vorsteuerabzugsberechtigt sind alle Betriebe, die umsatzsteuerpflichtig sind. Nicht vorsteuerabzugsberechtigt sind Privatkunden und alle Behörden, staatlichen Einrichtungen und Kirchen sowie Unternehmen der Branchen, deren Lieferungen und Leistungen nach § 11 UStG steuerbefreit sind. Dies sind unter anderem Banken und Versicherungen, die Wohlfahrtsverbände, Krankenhäuser, Ärzte und Bildungseinrichtungen. Zu den umsatzsteuerbefreiten Nachfragern nach Postdienstleistungen gehören damit einige Kundengruppen, die besonders viel Post versenden, weshalb die Ungleichbehandlung von DPAG und Wettbewerbern bezüglich der Umsatzsteuer sich eher zugunsten der DPAG auswirkt. Die DPAG profitiert auch deshalb von der geltenden Regelung, weil die versteckte Mehrwertsteuer, die bei vorsteuerabzugsberechtigten Kunden anfällt, deutlich niedriger ist als die Steuer, die bei den Wettbewerbern auf den von den Postdienstleistern erbrachten Mehrwert anfällt. Im Zahlenbeispiel von Tabelle 2 ist das Verhältnis von Vorleistung zu Mehrwert 1:2, d.h. die Wettbewerber sind im Falle eines vorsteuerabzugsberechtigten Kunden doppelt so stark benachteiligt wie die DPAG bei vorsteuerabzugsberechtigten Kunden. Da bei Postdienstleistern die Lohnkosten, die zum Mehrwert gehören, einen hohen Anteil an den Gesamtkosten ausmachen, ist auch in der Praxis der Mehrwert deutlich höher als die Vorleistung. Damit ist es die DPAG, die von der geltenden Regelung profitiert, während die Wettbewerber benachteiligt werden.

3.3.2 Abschaffung der Wettbewerbsverzerrung im Einklang mit Europarecht

34. Die umsatzsteuerliche Ungleichbehandlung der DPAG und ihrer Wettbewerber sollte aus Sicht der Monopolkommission möglichst umgehend aufgehoben werden. Dabei ist darauf zu achten, dass die neue Regelung zur Umsatzsteuerbefreiung von Postdienstleistungen im Einklang mit dem EU-Recht steht. Derzeit vertritt die Bundesregierung die Ansicht, sie könne die Mehrwertsteuerbefreiung im Alleingang nicht abschaffen, weil sie damit gegen die sechste Richtlinie des Rates vom 17. Mai 1977 (Richtlinie 77/388/EWG)¹² verstoße.¹³ Der Richtlinie zufolge sind „unbeschadet sonstiger Gemeinschaftsvorschriften [...] die von den öffentlichen Posteinrichtungen ausgeführten Dienstleistungen und die dazugehörenden Lieferungen von Gegenständen mit Ausnahme der Personenbeförderung und des Fernmeldewesens“ (Art. 13 Teil A Abs. 1 lit. a) von der Umsatzsteuer zu befreien.

35. Die Monopolkommission stimmt der Bundesregierung zu, dass es aufgrund dieser Vorschrift problematisch sein könnte, Postdienstleistungen pauschal der Umsatzbesteuerung zu unterwerfen. Allerdings ist die derzeitige deutsche Regelung, nach der lediglich gewisse, von der DPAG erbrachte Leistungen umsatzsteuerbefreit sind, ebenfalls nicht mit dem EU-Recht vereinbar. Denn Art. 13 der Mehrwertsteuerrichtlinie schreibt vor, dass „die von den öffentlichen Posteinrichtungen ausgeführten Dienstleistungen“ von der Umsatzsteuer zu befreien sind, ohne dass dabei anscheinend nach einzelnen Leistungsangeboten unterschieden werden kann. Die europäische Richtlinie ist freilich im Lichte der wirtschaftlichen und rechtlichen Gegebenheiten zu interpretieren, die zur Zeit ihres Erlasses 1977 bestanden. Zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Mehrwertsteuerrichtlinie war unter einer „öffentlichen Posteinrichtung“ die jeweilige staatseigene Post der einzelnen Mitgliedstaaten zu verstehen, die ein Monopol auf alle Dienstleistungen besaß. In Deutschland betraf dies also die Bundespost. Da diese nicht mehr existiert und sich auch in vielen anderen Mitgliedstaaten tiefgreifende Veränderungen vollzogen haben,¹⁴ muss der Begriff der „öffentlichen Posteinrichtung“ neu interpretiert werden. Nach der Überschrift von Art. 13 Teil A der Richtlinie 77/388/EWG betreffen die dort geregelten Umsatzsteuerbefreiungen „bestimmte dem Gemeinwohl dienende Tätigkeiten“. Es geht dort also nicht um die Begünstigung bestimmter „Unternehmen“, sondern darum, dass bestimmte, für die Allgemeinheit wichtige „Tätigkeiten“ nicht durch staatliche Abgaben unnötig verteuert werden. Ob diese Leistungen durch öffentliche oder private Unternehmen erbracht werden, ist für den Zweck der Befreiungen unerheblich. Dies wird bei anderen Befreiungstatbeständen deutlich, so etwa wenn in lit. c) die Leistungen niedergelassener Ärzte, in lit. d) die Leistungen von Zahntechnikern oder in lit. j) die Leistungen von Privatlehrern von der Umsatzsteuer befreit werden; in allen diesen Fällen sind offenbar private Dienstleister begünstigt. Der Zweck der Harmonisierung der Befreiungstatbestände geht ebenso wie bei den sonstigen Regelungen der Richtlinie nach deren Erwägungsgrund 3 dahin, „die Neutralität des gemeinsamen Umsatzsteuersystems in Bezug auf den Ursprung der [...] Dienstleistungen zu wahren“. Mit anderen Worten soll die Umsatzsteuerregelung für alle Marktbeteiligten gleiche Wettbewerbsbedingungen verbürgen. Bei einer Zusammenschau dieses Zwecks mit dem der Begünstigung bestimmter Leistungen ergibt sich, dass alle öffentlich zugänglichen Postdienstleistungen von der Befreiung erfasst werden.

12 ABl. EG Nr. L 145 vom 13. Juni 1977, S. 1.

13 Deutscher Bundestag – 16. Wahlperiode – 51. Sitzung, Berlin, Donnerstag, den 21. September 2006, Antwort der Bundesregierung auf zwei Anträge der Fraktion der FDP und der Fraktion des Bündnisses 90/Die Grünen.

14 Vgl. Tz. 11 ff.

36. Danach kann sich die Befreiung nicht nur auf die DPAG beziehen. Diese ist zwar aus der Deutschen Bundespost hervorgegangen, ist aber ein privates Unternehmen, das sich rechtlich nicht von seinen Wettbewerbern unterscheidet. Vielmehr müssten die Leistungen aller Unternehmen, die Postdienstleistungen anbieten, umsatzsteuerbefreit sein. Dies folgt aus der oben skizzierten Auslegung von Art. 13, wonach alle von Postdienstleistern „für die Öffentlichkeit“ ausgeführten Dienste von der Mehrwertsteuer zu befreien sind. Dafür spricht auch die englische Fassung der Richtlinie, in der die „öffentlichen Posteinrichtungen“ mit „public postal services“ bezeichnet werden. „Public services“ sind Dienstleistungen für die Allgemeinheit; im Gegensatz dazu stehen „private services“ als Dienstleistungen, die bestimmten Personen vorbehalten sind. Zudem bietet es sich an, den Begriff der „öffentlichen Posteinrichtung“, auch wenn er in der Richtlinie und im Postgesetz nicht näher definiert ist, analog zu den Definitionen eines öffentlichen Unternehmens im Allgemeinen Eisenbahngesetz (AEG) und im Telekommunikationsgesetz (TKG) zu verstehen. Im AEG werden als „öffentliche Eisenbahnen“ Eisenbahnen verstanden, die von jedermann zur Personen- oder Güterbeförderung benutzt werden können, unabhängig davon, wer der Eigentümer des Unternehmens ist (§ 3 AEG). Im TKG werden Gegenstände oder Dienste ebenfalls dann als „öffentlich“ bezeichnet, wenn sie der Allgemeinheit oder der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen (§ 3 Nr. 15 bis 17 TKG).

37. Dem steht auch nicht das Urteil des Europäischen Gerichtshofs zur Mehrwertsteuerbefreiung von Leistungen, die mittelbar für die Deutsche Bundespost erbracht werden, entgegen.¹⁵ In dem Fall warf die Europäische Kommission der Bundesrepublik Deutschland im Rahmen eines Vertragsverletzungsverfahrens vor, Leistungen von der Umsatzsteuer zu befreien, die die Deutsche Lufthansa für die Bundespost erbracht hatte. Die Bundesrepublik vertrat die Auffassung, dass man dem Begriff der öffentlichen Posteinrichtung eine materielle Bedeutung zuzuordnen habe und damit eine Gesamtheit von Tätigkeiten bezeichne, die postalischen Zwecken dienen. Dies lege insbesondere die französische Fassung „les services publics postaux“ nahe. Da die Leistungen der Lufthansa eine Vorleistung für von der Bundespost erbrachte Postdienstleistungen darstellten, seien diese auch von der Umsatzsteuer zu befreien. Der Gerichtshof widersprach dieser Auffassung nur insofern, als er eine Ausweitung der Steuerbefreiung auf Unternehmen, die nicht selbst, sondern mittelbar für andere Postdienstleistungen erbringen, als nicht rechtmäßig erachtete. Dagegen bestätigte der Gerichtshof, dass vom Postdienstleister selbst erbrachte Postdienstleistungen unabhängig von der Rechtsform des Unternehmens von der Steuer zu befreien sind. Entsprechend müssten demnach auch die Leistungen der privaten Wettbewerber der DPAG von der Umsatzsteuer befreit werden.

38. Die Europäische Kommission hält die derzeit in Deutschland praktizierte Regelung zur Umsatzsteuerbefreiung von Postdienstleistungen ebenfalls nicht für europarechtskonform. Im Jahre 2006 hat sie diesbezüglich ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland eingeleitet.¹⁶ Das Vorverfahren wird voraussichtlich Ende 2007 abgeschlossen sein, danach kann die Kommission Klage erheben. Die Kommission ist der Ansicht, dass die Mehrwertsteuerbefreiung für Postdienste nur für die eigentlichen Universaldienstverpflichtungen gelten sollte. Würden ehemalige Monopolisten aus kommerziellen Gründen einigen Kunden Konditionen anbieten, die nicht für die breite Öffentlichkeit gelten, so handelten sie als Wirtschaftsbeteiligte, die versuchen, den Wettbewerb abzuwehren. Daher sollten für sie in diesem Fall dieselben Mehrwertsteuervorschriften gelten wie für die anderen Anbieter auf dem Postmarkt. Konkret wirft die Kommission der Bundesre-

¹⁵ EuGH, Urteil vom 11. Juli 1985, Rs. 107/84, Slg. 1985, 2655.

¹⁶ Az. 2006/2048.

gierung vor, dass nicht nur das Porto für den Standardbrief, sondern auch die verbilligten Portogebühren für Massensender bei der DPAG umsatzsteuerbefreit sind. Die DPAG ist als Universaldienstleister verpflichtet, den Standardbrief flächendeckend zu einem erschwinglichen bzw. tragbaren Preis anzubieten. Dies sind derzeit 0,55 EUR. Eine Mehrwertsteuerbefreiung für diese Dienstleistung ist nach Ansicht der Kommission europarechtskonform. Allerdings zahlen Massensender bei der DPAG weniger als 0,55 EUR pro Brief und damit weniger, als definitionsgemäß erschwinglich wäre. Dem Universaldienstleister ist zwar nach Art. 12 Spiegelstrich 3 der Postrichtlinie explizit gestattet, mit Kunden individuelle Preisvereinbarungen zu treffen. Diese sind dann aber nicht mehr Teil des Universaldienstes. Eine Mehrwertsteuerbefreiung dieser Leistung ist damit aus Sicht der Kommission nicht zu rechtfertigen.

39. Die Kommission hat auch Vertragsverletzungsverfahren gegen Großbritannien und Schweden eingeleitet.¹⁷ In Großbritannien sind derzeit alle Postdienste der ehemaligen Postverwaltung von der Umsatzsteuer befreit. Die Regelung entspricht insofern der deutschen, als auch ein einzelnes Unternehmen, der Incumbent, umsatzsteuerbefreit ist, während alle Wettbewerber des Incumbent umsatzsteuerpflichtig sind. Allerdings ist die Befreiung in Großbritannien weitreichender, da sie für alle Postdienste von Royal Mail gilt, während die DPAG nur auf bestimmte Leistungen keine Umsatzsteuer erhebt. In Schweden unterliegen alle Postdienste aller Anbieter vollständig der Umsatzsteuer. Dies ist nach Ansicht der Kommission ebenfalls nicht mit der Vorschrift des Art. 13 vereinbar. Allein die Tatsache, dass es die „öffentlichen Posteinrichtungen“ heute nicht mehr in der Form gibt, wie es sie in den 1970er Jahren gab, erlaube es nicht, einfach überhaupt keine Befreiung von Postdienstleistungen vorzunehmen. Das Verfahren gegen Schweden zeigt, dass eine vollständige Abschaffung der Umsatzsteuerbefreiungen für Postdienstleistungen auch auf den Widerstand der Kommission stößt, auch wenn eine solche Regelung aus wettbewerblicher Sicht wünschenswert wäre und mit den Zwecken von Art. 13 Teil A lit. a) der Richtlinie 77/388/EWG durchaus vereinbar erscheint. Es gibt jedoch andere Lösungen, die ebenfalls die derzeit bestehende wettbewerbliche Verzerrung aufheben würden, gleichzeitig jedoch mit dem europäischen Recht vereinbar sind. Nahe liegend wäre es, einen Katalog von Dienstleistungen aufzustellen, die steuerbefreit sind, unabhängig davon, von welchem Unternehmen sie erbracht werden. Bei der Auswahl der steuerbefreiten Dienstleistungen könnte man sich am Katalog der Universaldienstleistungen orientieren.

40. Eine wettbewerblich neutrale Lösung sollte in jedem Fall baldmöglichst umgesetzt werden. Unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung muss sie sicherstellen, dass alle Anbieter im lizenzierten Bereich für die gleiche Leistung steuerlich gleich behandelt werden, auch wenn sie nur lokal oder regional tätig sind. Die Entfaltung von Wettbewerb im ab Januar 2008 liberalisierten Markt würde über Gebühr behindert, wenn die Bundesregierung das Ergebnis des Vertragsverletzungsverfahrens der Europäischen Kommission abwartet, bevor sie tätig wird. Dieses Verfahren wird sich schon deshalb länger hinziehen, weil die Kommission voraussichtlich eine Vorabentscheidung des Europäischen Gerichtshofs zur Frage der Auslegung des Begriffs „öffentliche Posteinrichtungen“ abwarten wird, bevor sie Klage erhebt.¹⁸ Das Vorabentscheidungsersuchen eines englischen Gerichts stammt vom Juli 2007.

41. Darüber hinaus sollte sich die Bundesregierung auf europäischer Ebene für eine baldige Verabschiedung der bereits seit mehreren Jahren geplanten Änderung des Art. 13 der Mehrwertsteuer-

¹⁷ Az. 2006/2046 und 2006/2047.

¹⁸ Rs. C-357/07.

richtlinie einsetzen. Die Kommission hat bereits am 5. Mai 2003 einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 77/388/EWG in Bezug auf die mehrwertsteuerliche Behandlung von Dienstleistungen im Postsektor vorgelegt. Dieser Vorschlag sieht eine Aufhebung der Befreiung für die Dienstleistungen öffentlicher Posteinrichtungen und Postwertzeichen vor. Um zu vermeiden, dass dadurch Preiserhöhungen für die Verbraucher entstehen, sieht der Vorschlag darüber hinaus die Möglichkeit vor, auf Postdienstleistungen und -wertzeichen den ermäßigten Steuersatz anzuwenden. Die Gesamtsteuer auf die Ausgangsumsätze eines Postdienstleisters zum ermäßigten Satz würde sich vermutlich nicht wesentlich von der Gesamtsteuer auf die Eingangsumsätze zum Normalsatz unterscheiden, die die Verbraucher bereits jetzt in Form der „versteckten Mehrwertsteuer“ zahlen. Je nach dem Verhältnis zwischen Normal- und ermäßigtem Mehrwertsteuersatz und der Höhe des vom Postdienstleister hinzugefügten Mehrwerts könnte sich bei dieser Regelung sogar eine Senkung der Steuerlast für die Verbraucher ergeben. Im Rahmen des Konsultationsverfahrens hat das Europäische Parlament zu dem Vorschlag eine Stellungnahme abgegeben, in der die Kommission um einige Änderungen ersucht wurde. So sollte der Umfang der Dienstleistung, auf die ein ermäßigter Steuersatz angewendet werden kann, ausgeweitet und die Frist für die Umsetzung der Richtlinie verlängert werden. Ein entsprechend geänderter Entwurf für eine Änderungsrichtlinie ist dem Rat am 8. Juli 2004 zugegangen. Dem Ministerrat liegt damit seit mehr als drei Jahren eine Richtlinie zur Verabschiedung vor, die die Probleme der Mitgliedstaaten mit einer europarechtskonformen Umsatzbesteuerung von Postdienstleistungen beheben würde. Es wäre dringend geboten, diese Richtlinie endlich zu verabschieden und dann die geänderten Vorschriften umgehend in den Mitgliedstaaten umzusetzen.

3.3.3 Umfang der Mehrwertsteuerbefreiung

42. Die Mehrwertsteuerbefreiung gilt nicht für alle Leistungen der DPAG, sondern nach § 4 Nr. 11b UStG für alle „unmittelbar dem Postwesen dienenden Umsätze der Deutsche Post AG“. Der Begriff des „Postwesens“ knüpft an die hoheitliche Verpflichtung der Daseinsvorsorge in Art. 87f GG an. Danach gewährleistet der Bund im „Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen“. Es ist demnach nahe liegend, als die „unmittelbar dem Postwesen dienenden Umsätze“ im Sinne des Umsatzsteuergesetzes die Dienstleistungen der DPAG zu verstehen, die Teil des Universaldienstes sind. Dazu gehört nach § 1 Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV) die Beförderung von Briefen bis zu einem Gewicht von 2 kg, von Paketen bis zu einem Gewicht von 20 kg sowie von Zeitungen und Zeitschriften. Diese Auffassung vertritt auch die Bundesregierung. Laut Veröffentlichung der Bundesregierung hat der Bundesminister der Finanzen in Auslegung des Umsatzsteuergesetzes angeordnet, dass sich die Befreiung auf sämtliche Universaldienstleistungen, wie in der PUDLV definiert, erstreckt.¹⁹

43. Diese Abgrenzung von umsatzsteuerbefreiten zu umsatzsteuerpflichtigen Dienstleistungen wird jedoch nicht konsequent angewendet. So erhebt die DPAG seit dem 1. Januar 1999 auf Geschäftskundenpakete Mehrwertsteuer, obwohl diese Teil des Universaldienstes sind.²⁰ Umgekehrt erfolgt die Beförderung von Postzustellaufträgen (PZA) durch die DPAG umsatzsteuerfrei, obwohl diese nicht Teil des Universaldienstes sind. In beiden Fällen wirkt sich die Ausnahme für die DPAG vor-

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 14/8344 vom 25. Februar 2002, S. 6 f.

²⁰ Vgl. wik consult, Auswirkungen einer Aufhebung der Umsatzsteuerbefreiung für Postdienste der Deutsche Post AG, Studie für den Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste e. V. (BIEK), Bad Honnef, November 2005.

teilhaft aus. Da Geschäftskundenpakete überwiegend von vorsteuerabzugsberechtigten Kunden verschickt werden, wäre die Umsatzsteuerbefreiung hier nachteilig (vgl. Tabelle 2). Die Umsatzbesteuerung stellt für die Geschäftskunden keine Belastung dar, da sie diese als Vorsteuer abziehen können. Die DPAG ist durch die Besteuerung in der Lage, die in den von ihr gekauften Vorleistungen enthaltene Umsatzsteuer ebenfalls als Vorsteuer geltend zu machen. Privatkundenpakete sind dagegen umsatzsteuerfrei; dies verschafft der DPAG einen Vorteil gegenüber ihren Wettbewerbern in Höhe von 19 % abzüglich der auf Vorleistungen geleisteten Steuern. Die Mehrwertsteuerbefreiung der DPAG bei Postzustellaufrägen verschafft der DPAG ebenfalls einen Wettbewerbsvorteil. Dies geschieht in einem Bereich, in dem starker Preiswettbewerb besteht,²¹ so dass sich der Wettbewerbsvorteil noch stärker auswirkt als in Bereichen, in denen die Preissetzungsspielräume auch für die Wettbewerber größer sind.

44. Die unsystematische Abgrenzung von umsatzsteuerbefreiten zu umsatzsteuerpflichtigen Dienstleistungen erscheint der Monopolkommission nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar. Nach der Mehrwertsteuerrichtlinie sind die von den öffentlichen Posteinrichtungen ausgeführten Dienstleistungen von der Umsatzsteuer zu befreien. Die Umsetzung dieser Vorschrift verlangt eindeutig, dass zumindest auf Postdienstleistungen generell keine Umsatzsteuer erhoben wird. Ein Wahlrecht gibt es nicht. Insofern darf für Geschäftskundenpakete keine Umsatzsteuer erhoben werden. Aber auch eine Ausweitung des Katalogs befreier Dienstleistungen ist nicht zulässig. Die willkürliche Abgrenzung verstärkt die mit der Mehrwertsteuerbefreiung verbundene Wettbewerbsverzerrung insbesondere dadurch, dass die Abweichungen von der Norm typischerweise zugunsten der DPAG wirken. Schließlich entstehen dem Fiskus durch beide Formen der Abweichung Einnahmenverluste. Im Falle der Geschäftskundenpakete fallen durch die Besteuerung Einnahmen in Form „versteckter Mehrwertsteuer“ weg, während die Steuereinnahmen selbst durch Vorsteuerabzüge der belieferten Unternehmen in gleicher Höhe wieder zurückgezahlt werden müssen. Im Falle der PZA fallen Einnahmen dadurch weg, dass keine Steuern auf den von der DPAG entfallenden Mehrwert entrichtet werden.

3.4 *Universaldienstverpflichtungen*

45. Die Liberalisierung des Postwesens ist insofern eng mit dem Universaldienst verknüpft, als das Reservieren bestimmter Dienste für den Anbieter von Universaldienstleistungen nur zulässig ist, „soweit es für die Aufrechterhaltung des Universaldienstes notwendig ist“ (Art. 7 Postrichtlinie). Bei strenger Auslegung der Richtlinie müsste demnach vor der Vergabe einer Exklusivlizenz zunächst geprüft werden, ob der Universaldienst nicht auf andere Weise organisiert werden kann oder sogar von selbst durch die am Markt teilnehmenden Unternehmen erbracht wird. Grundsätzlich sind Liberalisierung und Universaldienst unabhängig voneinander. Es ist zwar denkbar, dass sich durch die Liberalisierung neue Möglichkeiten eröffnen, den Universaldienst zu organisieren. Es ist zudem nicht unwahrscheinlich, dass durch die bei der Schaffung wettbewerblicher Strukturen allgemein zu erwartenden Effizienzsteigerungen auch die Kosten des Universaldienstes sinken. Die Entscheidung über Existenz und Umfang von Universaldiensten im Postbereich ist jedoch eine Frage, die unabhängig von der Liberalisierung ist.

46. Bis Ende 2007 ist nach § 52 PostG die DPAG zur Erbringung des Universaldienstes verpflichtet. Worin dieser besteht, ist in der nach § 11 Abs. 2 PostG erlassenen Post-Universaldienstleis-

²¹ Vgl. Abschnitt 4.1.2.

tungsverordnung (PUDLV) geregelt. Als Reaktion auf eine Diskussion über eine mögliche Anpassung der Universaldienstvorgaben hat sich die DPAG im Jahr 2004 darüber hinaus zur Erbringung bestimmter zusätzlicher Postdienstleistungen verpflichtet.²² Die freiwillige Selbstverpflichtung der DPAG läuft ebenfalls zum 31. Dezember 2007 aus. Bei der Entscheidung, welche Dienstleistungen allgemein verfügbar sein, also zum Universaldienst gehören sollten, handelt es sich nicht primär um eine wettbewerbliche Frage. Die detaillierte Regelung des Universaldienstes hat allerdings durchaus Auswirkungen auf die wettbewerbliche Entwicklung der Postmärkte. Einer der Vorteile einer wettbewerblichen Marktorganisation liegt darin, dass sie Unternehmen Anreize bietet, neue Produkt- und Dienstleistungsvarianten auszuprobieren. Dies fördert den strukturellen Wandel. Dagegen wird derzeit in der PUDLV akribisch vorgeschrieben, welche Dienstleistungen zu erbringen sind. Bis ins Detail sind Dinge geregelt wie z.B., dass auf einem Briefkasten dessen nächste Leerung anzugeben ist, wie viele Filialen mit unternehmenseigenem Personal betrieben werden müssen oder welcher Prozentsatz der inländischen Briefsendungen am nächsten bzw. am übernächsten Tag ausgeliefert werden muss (§ 2 PUDLV). Derart detaillierte Vorschriften behindern Innovationen und einen dringend notwendigen Strukturwandel im Bereich der Postdienstleistungen. Dies stellt einen gravierenden Nachteil für die Verbraucher dar, da dadurch die Möglichkeiten der Anbieter, sich an die geänderten Bedürfnisse der Nachfrager anzupassen, eingeschränkt werden.²³ Die Zementierung der Strukturen im Postbereich behindert aber auch die Entwicklung eines wettbewerblichen Umfeldes. Diese würde sich dadurch auszeichnen, dass neue Marktteilnehmer mit neuen Produktideen in den Markt eintreten. Sofern sie damit erfolgreich sind, würden diese Ideen von den bereits im Markt vertretenen Unternehmen kopiert und eventuell weiterentwickelt werden. Dieser Prozess wird durch die Vorgaben der PUDLV behindert, die damit wettbewerbspolitisch konservierend wirkt. Zum Vorteil der Verbraucher sollte der Katalog an sog. Universaldiensten zumindest weniger eng gefasst werden. Die Vorschläge der Bundesnetzagentur zur Aktualisierung der Universaldienstverpflichtungen gehen hier nicht weit genug.²⁴ Bezüglich des Umfangs der Universaldienstleistungen scheinen die Vorgaben, die durch die Postrichtlinie auf europäischer Ebene zur Durchführung des Universaldienstes bestehen, mehr als ausreichend zu sein.

47. In der öffentlichen Diskussion um die Liberalisierung des Postsektors spielen die Universaldienstleistungen eine große Rolle. Eindringlich wird vor der Gefahr gewarnt, dass Briefkästen nicht mehr für alle Bürger in Fußentfernung zu erreichen sein könnten oder Postfilialen in dünn besiedelten Regionen geschlossen werden könnten. Dabei wird oft suggeriert, dass ohne eine Universaldienstverpflichtung die Basisleistungen nicht mehr angeboten würden. Das ist jedoch nicht richtig. Zumindest die Leistungen, für die ein Bedarf besteht, werden von einem gewinnmaximierenden Unternehmen auch ohne Verpflichtung angeboten. Im Bereich der Zustellung ist davon auszugehen, dass eine flächendeckende Versorgung auch von den Versendern gefordert wird, so dass hier ohnehin keine Gefahr für eine Unterversorgung besteht. Im Bereich der Einsammlung sollte berücksichtigt werden, dass die Mobilität der Bewohner des ländlichen Raums ständig zunimmt, nicht zuletzt durch die immer weniger (und größer) werdenden Supermärkte für Lebensmittel. Übrigens ist für die Versorgung mit Lebensmitteln noch nie ein Universaldienst und erst recht nicht eine flächendeckende Zustellung gefordert worden, obwohl Lebensmittel wichtiger sind als Post. Die Zunahme

22 Selbstverpflichtungserklärung der Deutschen Post AG zur Erbringung bestimmter Postdienstleistungen, BT-Drs. 15/3186 vom 25. Mai 2004.

23 Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Baden-Baden 2002, Tz. 273-275.

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

der Mobilität macht es für die Empfänger einfacher, Post ohne zusätzlichen Aufwand selbst an gewissen Sammelpunkten einzuwerfen oder von dort abzuholen, wie es in den USA schon seit längerem praktiziert wird und für Pakete von der DPAG selbst in Deutschland durch das Aufstellen von Packstationen eingeführt wird.

48. Neben der genauen Ausgestaltung des Universaldienstes ist insbesondere die Frage der Bereitstellung und Finanzierung des Universaldienstes eine wettbewerbliche Frage. Nach der ursprünglichen Fassung des Postgesetzes war kein bestimmtes Unternehmen zur Erbringung der Universaldienstleistungen verpflichtet. Falls der Universaldienst nicht ausreichend oder angemessen erbracht würde, hätte die Bundesnetzagentur die Deutsche Post AG oder einen anderen Marktteilnehmer zur Erbringung des Universaldienstes verpflichten oder mittels eines Ausschreibungsverfahrens beauftragen können. Mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des Postgesetzes wurden die entsprechenden Vorschriften für den Zeitraum der Geltung der gesetzlichen Exklusivlizenz außer Kraft gesetzt. Gleichzeitig wurde die DPAG verpflichtet, die Universaldienstleistungen nach Maßgabe der PUDLV zu erstellen. Nachdem die Verpflichtung der DPAG zur Erbringung des Universaldienstes zum 31. Dezember 2007 ausläuft, sollte aus Sicht der Monopolkommission zunächst abgewartet werden, ob der Universaldienst nach Ablauf der Exklusivlizenz nicht auch ohne die explizite Verpflichtung eines bestimmten Postdienstleisters ausreichend und angemessen erbracht wird. Die Monopolkommission hält es für nicht unwahrscheinlich, dass Verpflichtungen einzelner Unternehmen zur Erbringung des Universaldienstes in der Praxis gar nicht notwendig sein werden, da die entsprechenden Leistungen von den Anbietern ohnehin freiwillig erbracht werden.

49. Dafür spricht z.B. die Tatsache, dass im Paketbereich mehrere Wettbewerber der DPAG die entscheidenden Vorgaben des Universaldienstes erfüllen, ohne dazu verpflichtet zu sein. So gibt es neben der DPAG weitere Anbieter, die einen flächendeckenden Zustellservice anbieten. Aus Sicht dieser Unternehmen gehört das Angebot eines flächendeckenden Netzes zur Voraussetzung, um in diesem Markt zu bestehen. Auch die Mindestmenge von 12.000 stationären Einrichtungen, zu denen die DPAG durch die PUDLV verpflichtet ist, scheint sich allein durch die Gesetze von Angebot und Nachfrage einzustellen. So unterhält die Firma Hermes inzwischen ganz ohne Universaldienstverpflichtung ca. 13.500 stationäre Paketannahmestellen. Die Zustellung an sechs Werktagen in der Woche, zu der die DPAG ebenfalls durch die PUDLV verpflichtet ist, sieht der DPAG-Vorstandsvorsitzende Klaus Zumwinkel als Wettbewerbsvorteil. Im Rahmen eines Pilotprojekts wurde jetzt sogar eine Zustellung am Sonntag getestet. Dies legt nahe, dass die Zustellung an zumindest fünf Werktagen in der Woche, wie sie auf europäischer Ebene vorgegeben ist, zumindest vorläufig in jedem Fall erhalten bleibt. Im Übrigen hat es auch im Bereich Telekommunikation bisher keinen Anlass gegeben, irgendein Unternehmen zum Erbringen einer Universaldienstleistung zu verpflichten.

50. Sollten einzelne Leistungen des Universaldienstes tatsächlich nicht von selbst ausreichend oder angemessen erbracht werden, hätte die Bundesnetzagentur die Möglichkeit, entweder einen der Marktteilnehmer direkt zur Erbringung des Universaldienstes zu verpflichten oder die Verpflichtung auszuschreiben. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, die entsprechende Verpflichtung auszuschreiben. Würde alternativ ein bestimmtes Unternehmen zum Angebot verpflichtet, ergäben sich gegenüber der Ausschreibungslösung zwei Nachteile. Zum einen würde das eventuelle Defizit aus der Universaldienstverpflichtung auf der Grundlage der langfristigen zusätzlichen Kosten der effizienten Bereitstellung der geforderten Dienstleistungen erfolgen. Die Ermittlung dieser Kosten ist schwierig und bietet dem Anbieter im Allgemeinen nicht die optimalen Anreize zur Kos-

tensenkung. Bei einem Ausschreibungsverfahren müssen diese Kosten nicht ermittelt werden; der Anbieter, der den Zuschlag zu einem bestimmten Preis erhält, hat alle Anreize, die gewünschte Dienstleistung möglichst effizient bereitzustellen. Zum anderen wäre bei einer Verpflichtung ohne Ausschreibung nicht garantiert, dass die Bundesnetzagentur das Unternehmen, das den entsprechenden Dienst am günstigsten anbieten kann, mit der Bereitstellung beauftragt. Dies ist aber aus volkswirtschaftlicher Sicht wünschenswert. Durch ein geeignetes Ausschreibungsverfahren wird dagegen sichergestellt, dass das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis den Zuschlag erhält.

3.5 Einführung eines überhöhten Mindestlohns im Briefsektor

51. Zum 1. Januar 2008 soll es einen branchenweit verbindlichen Mindestlohn für Briefdienstleister geben. Die Deutsche Post AG hat sich in den letzten Monaten vehement für die Einführung eines Mindestlohns im Briefbereich eingesetzt. Sie hat dazu mit einigen Tochterunternehmen und mittelständischen Briefdienstleistern im August 2007 einen Arbeitgeberverband Postdienste e.V. gegründet. Dieser Arbeitgeberverband hat gemeinsam mit der Gewerkschaft ver.di im September 2007 einen Mindestlohntarifvertrag für Postdienste abgeschlossen, der am 1. Dezember 2007 in Kraft treten sollte. Ebenfalls im September 2007 hat das Kabinett einen Gesetzesentwurf zur Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) verabschiedet, in dem der Geltungsbereich des Gesetzes auf Tarifverträge für Briefdienstleistungen erweitert wird. Das Gesetz wurde am 12. Oktober in den Bundesrat gebracht. Ebenfalls noch im Oktober und Anfang November fanden die erste, zweite und dritte Lesung im Parlament statt. Ursprünglich war geplant, das Gesetz Ende November im Bundesrat zu verabschieden. Dieser Zeitplan verschob sich durch den Einspruch der CDU. Diese weigerte sich zunächst, den Mindestlohn in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz aufzunehmen, weil das Quorum von mindestens 50 % aller in der Branche beschäftigten Arbeitnehmer durch den Vertrag nicht abgedeckt sei. Die Tarifvertragsparteien einigten sich daraufhin auf einen neuen Tarifvertrag, in dem der Geltungsbereich des Vertrags enger gefasst wird. Der Vertrag bezieht sich nun nicht mehr auf die „Postdienste“, sondern nur noch auf die Branche „Briefdienstleistungen“. Erfasst werden nur noch Betriebe oder selbstständige Betriebsabteilungen, die überwiegend gewerbs- oder geschäftsmäßig Briefsendungen für Dritte befördern. Unter anderem sind Zeitungszusteller oder Mitarbeiter von Paketdiensten, die gelegentlich auch Briefe befördern, von den Mindestlöhnen nicht mehr betroffen. Aber auch Angestellte des Einzelhandels, die zusätzlich postalische Leistungen anbieten wie z.B. in den sog. Postpoints, fallen nun nicht mehr in den Geltungsbereich des Vertrags. Nach dieser Änderung des Tarifvertrags soll nun die Ausweitung des Entsendegesetzes im Dezember 2007 verabschiedet werden. Anschließend soll noch vor dem 1. Januar 2008 durch eine Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales nach § 3a AEntG bestimmt werden, dass der Mindestlohntarifvertrag auch auf alle nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Anwendung findet.

52. Die Monopolkommission wertet die Einführung eines branchenweit gültigen Mindestlohns als groben Missbrauch rechtlicher Form, da der Mindestlohn offensichtlich nicht das Ziel hat, das Einkommen gering qualifizierter Arbeitnehmer zu verbessern, sondern vielmehr die Exklusivlizenz nach ihrem Wegfall durch ein anderes, den Wettbewerb mindestens ebenso hinderndes Instrument ersetzen soll.

3.5.1 Arbeitsbedingungen von DPAG und Wettbewerbern im Vergleich

53. In den letzten Monaten wurden die Arbeitsmarktbedingungen der Beschäftigten im Postbereich zunehmend thematisiert. Dabei standen die angeblich hohe Zahl der Teilzeit- und geringfügig Beschäftigten und die niedrigen Löhne der Zusteller bei den Wettbewerbern der DPAG im Fokus der öffentlichen Diskussion. Gleichzeitig wurde aber auch immer wieder auf den seit einigen Jahren bei der DPAG stattfindenden Personalabbau hingewiesen.

54. Es gibt zwei Studien, die sich detailliert mit den Arbeitsbedingungen auf den Briefmärkten befassen. Die erste Studie, „Liberalisierung und Prekarisierung – Beschäftigungsbedingungen bei den neuen Briefdienstleistern in Deutschland“, wurde von der input consulting im Auftrag von ver.di erstellt. Die zweite Studie, „Arbeitsbedingungen im Briefmarkt“, stammt vom Wissenschaftlichen Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste (wik) im Auftrag der Bundesnetzagentur. Beide Studien decken mit ihren Umfragen nur einen Teil des Marktes ab. So wurden zur Ermittlung des durchschnittlichen Lohns eines Briefzustellers in der wik-Studie 38 Unternehmen herangezogen, die 45 % des Umsatzes der lizenzierten Wettbewerber auf sich vereinigen. Bei input consulting wurden die Angaben von 53 Unternehmen verwendet. Über den Anteil dieser Unternehmen am Gesamtumsatz gibt es keine Angaben. Im Fokus der Lohnermittlungen stehen in beiden Studien die Löhne der Briefzusteller. Innerhalb der Beschäftigten eines Briefdienstleisters bilden die Briefzusteller im Allgemeinen die größte und gleichzeitig die tendenziell am schlechtesten bezahlte Gruppe. Input consulting ermittelte als Einstiegsgehalt für Briefzusteller bei der DPAG einen durchschnittlichen Stundenlohn von 11,84 EUR. Der Median der Stundenlöhne liegt bei den von input consulting befragten Wettbewerbern bei 7,00 EUR in West- und bei 5,90 EUR in Ostdeutschland. Das wik ermittelt als Durchschnittsgehalt eines Zustellers der DPAG einen Stundenlohn von 11,29 EUR. Zusteller, die von Besitzstandsregelungen profitieren, können bis zu 16,40 EUR/Stunde verdienen. Der durchschnittliche Stundenlohn der Wettbewerber liegt in dieser Studie bei 8,44 EUR. Beide Studien zeigen übereinstimmend, dass die Löhne der DPAG höher als die der Wettbewerber sind, die Lohndifferenz ist allerdings in der wik-Studie deutlich kleiner als in der Studie von input consulting.

55. Die Studie von wik beschäftigt sich zudem mit den Arbeitsmarktbedingungen bei den Subunternehmen der DPAG, indem sie die Tarifverträge in der Speditions-, Taxi- und Einzelhandelsbranche untersucht. Sie kommt zu dem Schluss, dass die Bezahlung in diesen Branchen deutlich schlechter als bei der DPAG und teilweise auch schlechter als bei den Wettbewerbern der DPAG ist. Wie bei den Wettbewerbern der DPAG gibt es auch bei den Subunternehmen regionale Lohnunterschiede. Die Löhne der DPAG sind dagegen bundesweit einheitlich. Die Studie von input consulting weist auf den hohen Anteil befristeter Arbeitsverhältnisse und den geringen Organisationsgrad der bei den Wettbewerbern der DPAG Beschäftigten hin.

56. Die Aussagekraft der Ergebnisse beider Studien zu den Arbeitsbedingungen im Briefwesen ist insofern beschränkt, als den Verfassern bei ihrer Analyse nur die Aussagen von jeweils einem sehr kleinen Teil der auf dem Markt tätigen Unternehmen zur Verfügung standen. In beiden Fällen gibt es gute Gründe, anzunehmen, dass diese Auswahl nicht repräsentativ ist. Die Bundesnetzagentur hat daher im Juni 2007 an ca. 1.500 Lizenznehmer ein Auskunftersuchen mit Fragen zu ihren Beschäftigungsbedingungen verschickt. 46 der befragten Unternehmen legten bei der Bundesnetzagentur Widerspruch ein und beantragten beim Verwaltungsgericht Köln, die aufschiebende Wirkung

ihrer Widersprüche anzuordnen. Diesen Anträgen gab das Verwaltungsgericht in einem Eilverfahren statt.²⁵ Die Bundesnetzagentur gab daraufhin bekannt, ihre Datenabfrage zunächst ohne die be-
 anstandeten Fragen fortzusetzen und zugleich beim Oberverwaltungsgericht Münster Rechtsmittel
 gegen die Entscheidung einzulegen. Aufgrund dieser Verzögerungen liegen noch keine endgültigen
 Ergebnisse der von der Bundesnetzagentur begonnenen Befragung vor, so dass derzeit keine detail-
 lierten, verlässlichen Informationen über Löhne und Beschäftigungsverhältnisse im Postwesen zur
 Verfügung stehen. Eine vorläufige Auswertung, bei der ca. 87 % der Unternehmen und rund 85 %
 der bei den Wettbewerbern beschäftigten Arbeitnehmer berücksichtigt wurden, ergab einen bundes-
 durchschnittlichen Lohn von 8,30 EUR für alle Arbeitnehmer und von 7,33 EUR für Briefzustel-
 ler.²⁶ Auch aufgrund der beiden Studien von input consulting und wik kann davon ausgegangen
 werden, dass die Löhne der Briefzusteller bei den Wettbewerbern niedriger sind als bei der DPAG.
 Außerdem scheint der Anteil der befristeten Arbeitsverhältnisse und geringfügig Beschäftigten bei
 den Wettbewerbern der DPAG höher zu sein als bei der DPAG.

57. Zur Anzahl der Beschäftigten und der Art der Beschäftigungsverhältnisse liegen Daten der Bun-
 desnetzagentur vor. Diese zeigen, dass im Zeitraum von 1999 bis 2005 bei der DPAG 28.348 Stel-
 len abgebaut wurden. Im gleichen Zeitraum wurden bei den Wettbewerbern der DPAG 28.525 Stel-
 len geschaffen. Ob das Beschäftigungsvolumen im Briefsektor in den vergangenen Jahren insge-
 samt gestiegen oder gesunken ist, lässt sich damit jedoch nicht beantworten. Einerseits ist bei der
 Interpretation der genannten Zahlen zu berücksichtigen, dass der Anteil der Teilzeit- und geringfü-
 gig Beschäftigten bei den Wettbewerbern der DPAG deutlich höher als bei der DPAG ist. So sind
 63 % der Angestellten bei der DPAG Vollzeitbeschäftigte, bei den Wettbewerbern sind es nur
 18 %. Umgekehrt sind nur 3 % der Angestellten der DPAG geringfügig beschäftigt gegenüber 55 %
 bei den Wettbewerbern. Dies deutet auf eine negative Beschäftigungsbilanz im Briefsektor hin. An-
 dererseits hat die DPAG in den vergangenen Jahren eine große Zahl ihrer Dienstleistungen an dritte
 Unternehmen ausgelagert. Die Auslagerungen betreffen die Bereiche Transport (Briefkastenleerung
 und Transport zu bzw. zwischen Briefzentren) und den Betrieb von Postfilialen bzw. -agenturen.
 Die in diesen Bereichen bei Subunternehmern entstandenen Arbeitsplätze müssten mit berücksich-
 tigt werden, um ein vollständiges Bild von der Entwicklung der Beschäftigtenzahl im Briefwesen
 zu bekommen. In der Studie von wik wird von einem Beschäftigungsvolumen von insgesamt
 20.000 bis 25.000 Vollzeitbeschäftigten ausgegangen, das von den Auslagerungen der DPAG in
 den Jahren 1997 bis heute betroffen war. Damit scheint sich die Gesamtzahl der Beschäftigten im
 Postwesen insgesamt in den letzten Jahren kaum verringert und möglicherweise sogar leicht erhöht
 zu haben.

3.5.2 Monopolrenten auf Produkt- und Arbeitsmärkten im Postbereich

58. Die beiden vorgestellten Studien legen übereinstimmend dar, dass die Löhne bei der DPAG weit
 über der durchschnittlich üblichen Entlohnung für vergleichbare Tätigkeiten liegen. Dieses Phäno-
 men lässt sich mit der Zuteilung von Monopolrenten an die Beschäftigten der DPAG erklären. In je-
 dem Unternehmen wünschen sich die Kapitalgeber eine möglichst hohe Verzinsung ihres eingesetz-
 ten Kapitals, die Arbeitnehmer möglichst hohe Löhne. Wenn es einem Unternehmen gelingt, auf-
 grund geringen Wettbewerbsdrucks auf der Absatzseite monopolistisch überhöhte Preise zu verlan-

²⁵ VG Köln, Urteil vom 14. August 2007, 22 L 1042/07 u.a.

²⁶ BNetzA, Pressemitteilung vom 31. Oktober 2007, Zwischenergebnis der Abfrage zu Arbeitsbedingungen im lizen-
 zierten Briefdienst.

gen, werden die dadurch bedingten Mehreinnahmen ebenfalls zwischen Kapitalgebern und Arbeitnehmern aufgeteilt. Dies führt dazu, dass Unternehmen, die auf monopolistisch geprägten Absatzmärkten tätig sind, einerseits höhere Dividenden oder sonstige Kapitalerträge zahlen können, andererseits aber auch höhere als marktübliche Löhne zahlen.²⁷ In welchem Ausmaß die Löhne über der marktüblichen Entlohnung liegen, liegt an der Höhe der zu verteilenden Monopolrenten und an der relativen Verhandlungsmacht der Tarifparteien. Bei der DPAG ist es ver.di und zuvor der Deutschen Postgewerkschaft offensichtlich gelungen, Löhne durchzusetzen, die deutlich über den für vergleichbare Tätigkeiten marktüblichen Löhnen liegen. Dies zeigen eindrücklich die Stundenlöhne von teilweise über 16 EUR für Briefzusteller bei Angestellten der DPAG, die noch von Besitzstandsregelungen profitieren.

59. Wettbewerber der DPAG können nur auf wettbewerblich organisierten Märkten anbieten, der Bereich der Exklusivlizenz bleibt ihnen verwehrt. Sie sind daher nicht in der Lage, Löhne zu zahlen, die Monopolrenten enthalten. Es ist zu erwarten, dass sie Löhne in marktüblicher Höhe zahlen, d.h. in der Höhe, wie sie für vergleichbare Tätigkeiten auf dem örtlichen Arbeitsmarkt üblich sind. Bei einem Lohnsatz deutlich unter dem marktüblichen Niveau dürften sie nicht in der Lage sein, Arbeitnehmer zu finden, da diese dann auf andere Tätigkeiten, die marktüblich entlohnt werden, ausweichen würden. Einen Lohnsatz deutlich über dem marktüblichen Niveau würde ein Unternehmer nicht dauerhaft zahlen können. Denn dies würde bedeuten, dass er hohe Überschüsse erwirtschaftet, aus denen die Lohnaufschläge bezahlt werden. Wenn es jedoch auf einem Markt die Möglichkeit gibt, hohe Überschüsse zu erwirtschaften, dann lohnt es sich für einen potentiellen Wettbewerber, in den Markt einzutreten. Durch etwas niedrigere Preise – und dadurch auch etwas geringere Überschüsse – könnte er die Nachfrage im Markt auf sich ziehen, und der etablierte Anbieter müsste entweder ebenfalls seine Preise und damit auch seine Löhne senken, oder er würde Verluste machen und aus dem Markt ausscheiden.

60. Auf Wettbewerbsmärkten ist es daher grundsätzlich unmöglich, Löhne deutlich über dem marktüblichen Niveau zu zahlen. Wenn auf den Märkten für Briefdienstleistungen funktionsfähiger Wettbewerb entsteht, wird auch die DPAG nicht mehr dazu in der Lage sein. Als Vorbereitung auf den Wettbewerb hat die DPAG deshalb schon in den letzten Jahren ihre Einstiegsgehälter deutlich gesenkt, viele Tätigkeiten an Subunternehmen mit noch niedrigeren Löhnen ausgelagert und versucht, durch Rationalisierungsmaßnahmen Arbeitsplätze zu streichen. So sind durch den technischen Ausbau der Briefzentren viele Arbeitsplätze weggefallen. Die innerhalb eines Zustellbezirks auszutragenden Briefe werden zunehmend nicht mehr vom Briefzusteller selbst, sondern von einer Maschine sortiert. Durch die maschinelle Gangfolgesortierung fällt die Sortierarbeit für den Zusteller weg; er kann bei gleicher Arbeitszeit mehr Briefe austragen. Zwischen 2000 und 2006 konnte unter anderem dadurch die Zahl der Zustellbezirke von 62.500 auf 54.300 verringert werden. Aus diesem Grund wurden insgesamt weniger Briefzusteller benötigt, was zu einem Abbau von Arbeitsplätzen in gleicher Höhe geführt hat.

3.5.3 Beschäftigungsboom durch Wettbewerb im Postwesen

61. Obwohl zu erwarten ist, dass bei funktionsfähigem Wettbewerb auf den Märkten für Briefdienstleistungen die Löhne unter das derzeit bei der DPAG übliche Niveau fallen würden, profitie-

²⁷ Für die Luftfahrtindustrie wurde dies z.B. gezeigt von Neven, D.J., Röller, L.-H., Rent sharing in the European airline industry, in: European Economic Review, Vol. 40, 1996, S. 933-940.

ren die Arbeitnehmer insgesamt vom Wettbewerb. Würden nämlich die Löhne im Postbereich aufgrund einer positiven wettbewerblichen Entwicklung fallen, würde dies nicht nur zu niedrigeren Portopreisen für die Verbraucher führen, sondern auch zu einer signifikanten Erhöhung der Beschäftigung. Die Zahl der Beschäftigten nähme zum einen zu, da bei niedrigeren Portopreisen die Zahl der Briefsendungen steigt. Dies gilt insbesondere für den Bereich der Werbepost, wo von einer relativ hohen Preiselastizität der Nachfrage auszugehen ist. Würden mehr Briefe befördert, würde auch der Personalbedarf der Branche steigen. Des Weiteren sinkt bei niedrigen Löhnen der Anreiz der Unternehmen, Rationalisierungsmaßnahmen durchzuführen, bei denen Arbeit durch Kapital ersetzt wird. Insbesondere bei gering Qualifizierten besteht die Gefahr, dass ihre Arbeitskraft bei zu hohem Lohn durch eine Maschine ersetzt wird. Schließlich würde die Zahl der Arbeitsplätze bei Wettbewerb steigen, weil die Zahl der Anbieter steigt und damit die durchschnittliche Unternehmensgröße sinkt. Für kleinere Unternehmen sind kapitalintensive Investitionen z.B. in große Sortieranlagen, die stets mit hohen Fixkosten verbunden sind, oft nicht lohnend. Insofern werden eher arbeitsintensive Produktionsbedingungen beibehalten. So werden zur Versendung von 1 Mrd. Briefsendungen bei der DPAG nur 5.900 Vollzeit- und 3.150 Teilzeitbeschäftigte eingesetzt. Bei den Wettbewerbern sind es 7.470 Vollzeit- und 9.150 Teilzeitbeschäftigte.²⁸ Allein diese Zahlen belegen eindrücklich die Möglichkeiten einer Steigerung des Beschäftigungsvolumens durch eine Öffnung der Märkte im Postwesen.

62. Diese Effekte sind bei sinkenden Löhnen und zunehmendem Wettbewerb immer zu erwarten, unabhängig davon, welche Branche betroffen ist. Im Postsektor ist noch ein weiterer Aspekt zu beachten, der quantitativ von herausragender Bedeutung ist. Wenn im Postwesen Infrastrukturwettbewerb entsteht, bedeutet dies, dass neben dem Netz der DPAG weitere Netze im Bereich der Einsammlung und Zustellung entstehen. Für jedes dieser Netze ist ein bestimmter Grundstock an Personal notwendig. Die Zahl der Beschäftigten in der Postbranche wird sich durch den Aufbau neuer Netze dementsprechend vervielfachen.

63. In der KEP-Branche ist die Zahl der Beschäftigten allein zwischen 2002 und 2005 um 5,6 % bei den KEP-Unternehmen selbst gestiegen, bei Vorleistungsunternehmen um weitere 11,6 %. Die Sendungsmengen sind zwischen 2003 und 2007 um schätzungsweise 16,7 % gestiegen. Trotz sinkender Preise stiegen die Umsätze im gleichen Zeitraum noch mehr, nämlich um 24,4 %. Dieser Effekt ist auf die wachsende Bedeutung des Premium-Marktes zurückzuführen.²⁹ Bei der Entwicklung von funktionsfähigem Wettbewerb auf den Briefmärkten können positive Effekte zumindest in der gleichen Größenordnung erwartet werden.

64. Ein derartiger Beschäftigungsboom ist aber in seiner positiven Bedeutung kaum zu unterschätzen. Gerade im Bereich der Einsammlung und Zustellung sind überwiegend gering qualifizierte Arbeitskräfte tätig. In diesem Bereich ist die Arbeitslosigkeit besonders hoch, die Schaffung neuer Arbeitsplätze also von herausragendem politischem Interesse.

²⁸ Vgl. BNetzA, Zehnte Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, a.a.O., S. 67.

²⁹ Vgl. Esser, K., Kurte, J. (KE-CONSULT Wirtschafts- und Verkehrsberatung, Köln), Beschäftigungs- und Einkommenseffekte der Kurier-, Express- und Paketbranche – Entwicklung und Prognose, KEP-Studie 2006, Untersuchung für den Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste e.V. (BIEK), S. 4, Tabelle 1, und S. 10, Tabelle 4.

3.5.4 *Ökonomische Auswirkungen*

65. Die Einführung eines Mindestlohns für den Briefbereich verhindert die Entfaltung von funktionsfähigem Wettbewerb auf den Märkten für Briefdienstleistungen. Der zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di abgeschlossene Mindestlohntarifvertrag schreibt einen Mindestlohn von 8,00 EUR je Stunde in den neuen Bundesländern und 8,40 EUR je Stunde in den alten Bundesländern vor. Für das Ausliefern von Briefsendungen liegt der Mindestlohn bei 9,00 EUR je Stunde in den neuen und 9,80 EUR je Stunde in den alten Bundesländern. Ab dem 1. Januar 2010 gelten bundesweit die Tarife für die alten Bundesländer.

66. Mit der Einführung von Mindestlöhnen in dieser Höhe entsteht eine wettbewerbliche Behinderung in mindestens dem gleichen Umfang, wie sie bis zum Ende des Jahres 2007 die Exklusivlizenz darstellt. Zwar hat die Exklusivlizenz einen Wettbewerb im reservierten Bereich völlig verhindert, im nicht reservierten Bereich war jedoch Wettbewerb möglich. Durch die Einführung des Mindestlohns werden die Wettbewerber auch in diesem Teil des Marktes massiv behindert. Neue Briefdienstleister sind darauf angewiesen, deutlich niedrigere Löhne als die DPAG zu zahlen. Zum einen müssen sie mit einem Angebot am Markt auftreten, das zumindest etwas günstiger als das der DPAG ist, um Kunden zum Wechsel zu bewegen. Gleichzeitig haben sie jedoch in einigen Bereichen höhere Kosten. So ist zum einen ihr Briefporto nicht von der Umsatzsteuer befreit, zum anderen können sie nicht in dem Maße wie die DPAG Verbundeffekte nutzen, solange sie nicht ebenfalls eine gewisse Größe erreicht haben.

67. Neue Wettbewerber am Markt gezielt zu behindern, ist auch die einzige Intention des Tarifvertrags. Dies zeigt sich daran, dass die Briefzusteller, die bisher relativ mit am schlechtesten bezahlt werden, in dem Tarifvertrag einen deutlich höheren Lohn erhalten als alle anderen betroffenen Berufsgruppen. Dies bedeutet nicht nur, dass die DPAG in den Bereichen, in denen sie selbst durch die Auslagerung von Tätigkeiten an Subunternehmer ihr Lohnniveau bereits deutlich gesenkt hat, vom Mindestlohntarifvertrag nicht betroffen ist. Es bedeutet auch, dass Infrastrukturwettbewerb, der dazu führt, dass die gesamte Wertschöpfungskette der Briefdienstleistung der DPAG entzogen wird, besonders stark behindert wird. Wird dagegen selektiv Wettbewerb über Konsolidierung bevorzugt, verbleibt der größte Teil des Geschäftes mit Briefdienstleistungen bei der DPAG. Die Intention des Tarifvertrags zeigt sich auch darin, dass der Arbeitgeber, der ihn mit der Gewerkschaft zusammen ausgehandelt hat, nämlich die DPAG, praktisch nicht davon betroffen ist, da die Beschäftigten der DPAG und ihrer Konzerntöchter überwiegend nach dem Haustarifvertrag der DPAG bezahlt werden. Faktisch sind also die überwiegende Mehrzahl der Beschäftigten, die von dem Tarifvertrag erfasst werden, bei den Wettbewerbern beschäftigt. Der DPAG ist es auf diese Weise gelungen, die Arbeitskosten ihrer Wettbewerber zu beeinflussen, ohne dass ihre eigenen Löhne betroffen sind.

68. Positive Beschäftigungswirkungen, neue, innovative Produkte und günstige Verbraucherpreise sind nach Einführung des Mindestlohns im Bereich der Briefdienstleistungen nicht mehr zu erwarten. Viel schlimmer als das sind die negativen Signale, die dieses Vorgehen an alle potentiell in Deutschland tätigen Unternehmer aussendet. Eine Reihe von in- und ausländischen Unternehmen haben im Vertrauen auf eine Marktöffnung am 1. Januar 2008 nicht unbeträchtliche Summen in den Aufbau eines Briefdienstleisters investiert. Diese Investitionen können sich nun zu einem großen Teil als Fehlinvestitionen erweisen. Dies wird die Erwartungshaltung von potentiellen Investoren in

allen Bereichen des Marktes nachhaltig negativ beeinflussen. Das Ausmaß, in dem in Deutschland in den nächsten Jahren aufgrund dieser Entscheidung weniger investiert wird, ist zwar aufgrund der indirekten Form der Wirkungsweise kaum zahlenmäßig zu erfassen, dürfte deshalb aber dennoch kaum zu unterschätzen sein. Dem Standort Deutschland ist durch die Handlungsweise der Politik im Bereich Mindestlohn für Briefdienstleistungen massiver Schaden zugefügt worden.

69. Darüber hinaus sollten soziale Standards wie ein Mindestlohn nicht nur aus wettbewerblicher Sicht in jedem Fall branchenübergreifend eingeführt werden. Soziale Standards, die nur für eine bestimmte Berufsgruppe gelten, sind aus mehreren Gründen abzulehnen. Zunächst erscheint es ungerrecht, dass Standards, die auf einem Teil des Arbeitsmarktes für so wichtig erachtet werden, dass sie gesetzlich verankert werden, auf einem anderen Teil nicht gelten sollen. Hält man einen Mindestlohn für Briefzusteller zu deren sozialer Absicherung für notwendig, so müsste dieser Mindestlohn auch für alle anderen Berufsgruppen gelten, da diese ebenfalls sozial abgesichert sein sollten. Übrigens liegt der im Postbereich vereinbarte Mindestlohn deutlich über dem, was zur sozialen Absicherung notwendig ist. Dies zeigt eindrücklich der in Tabelle 3 dargestellte Vergleich der für den Briefmarkt vereinbarten Löhne mit den allgemeinen Mindestlöhnen anderer europäischer Länder. Die höchsten Mindestlöhne in Europa und weltweit zahlen Luxemburg, Irland, Frankreich, die Niederlande und Großbritannien. Die Situation in Luxemburg, dessen Mindestlohn einen eindeutigen Ausreißer nach oben darstellt, lässt sich dabei nicht sinnvoll mit der eines Flächenstaates vergleichen. In Großbritannien, den Niederlanden und Frankreich liegen die nationalen Mindestlöhne etwa 20 % unter den für deutsche Briefzusteller vereinbarten Mindestlöhnen. Der Deutsche Gewerkschaftsbund fordert für Deutschland übrigens einen Mindestlohn von 7,50 EUR/Stunde, was fast 25 % unter dem Mindestlohn für Briefzusteller liegt.

Tabelle 3:

Mindestlöhne im Vergleich

<i>Land</i>	<i>Höhe des Mindestlohns in EUR/Stunde</i>	<i>8,40 EUR liegt um ... % über diesem Mindest- lohn</i>	<i>9,80 EUR liegt um ... % über diesem Mindestlohn</i>
Spanien	3,99	110,5	145,6
Belgien	7,93	5,9	23,6
Großbritannien	7,96	5,5	23,1
Niederlande	8,13	3,3	20,5
Frankreich	8,27	1,6	18,5
Irland	8,30	1,2	18,1
Luxemburg	9,08	-7,5	7,9

Quelle: Hans-Böckler-Stiftung 2007

70. Ein überhöhter Lohn für Briefzusteller schadet nicht nur deshalb gering qualifizierten Arbeitskräften, weil er die Entstehung neuer Arbeitsplätze in diesem Bereich verhindert und deren Abbau fördert. Bei einer einseitigen Erhöhung der Löhne für Zusteller ist zudem zu erwarten, dass auch höher qualifizierte Arbeitnehmer sich auf die Arbeitsplätze der Briefzusteller bewerben und diese Stellen auch teilweise mit höher qualifiziertem Personal besetzt werden. Dieser Verdrängungseffekt würde die Zahl der Arbeitsplätze für gering qualifizierte Arbeitnehmer weiter verringern und somit

der Gruppe von Arbeitnehmern, die am meisten von Arbeitslosigkeit betroffen ist, zusätzlich schaden.

71. Aus wettbewerblicher Sicht sind soziale Mindeststandards, die die Arbeitskosten einer einzelnen Branche erhöhen, auch wegen der dadurch auf dem Produktmarkt entstehenden Verzerrungen abzulehnen. Die höheren Personalkosten im Briefwesen würden zu höheren Kosten für Briefdienstleistungen führen, während andere Produkte oder Dienstleistungen, die mit Hilfe gering qualifizierter Arbeit produziert werden, diese Kosten nicht tragen würden. Dies würde zu relativ hohen Preisen für Briefdienstleistungen führen. Ökonomisch gesehen entspricht die Wirkung einer solchen Preiserhöhung der Wirkung einer selektiven Gütersteuer auf ein bestimmtes Gut. Eine solche Steuer mag berechtigt sein, wenn es Gründe dafür gibt zu versuchen, die Verbraucher vom Konsum des Gutes abzuhalten, wie z.B. bei Zigaretten oder Alkohol. Bei Briefdienstleistungen gibt es solche Gründe nicht. Eine selektive Erhöhung der Preise für Postdienstleistungen sollte deshalb vermieden werden.

3.5.5 Rechtliche Probleme

72. Nach Auffassung der Monopolkommission bestehen ernstliche Zweifel daran, dass eine branchenweite Anwendung des Mindestlohtarifvertrags im Postsektor rechtlich haltbar ist. Dies gilt unabhängig davon, ob der zwischen ver.di und dem Arbeitgeberverband Postdienste abgeschlossene Tarifvertrag mittels Allgemeinverbindlicherklärung oder im Wege einer Rechtsverordnung auf die gesamte Branche ausgedehnt wird. Fraglich erscheint schon, ob die nach Tarifvertragsgesetz (TVG) bzw. Arbeitnehmer-Entsendegesetz erforderlichen Voraussetzungen für eine Allgemeinverbindlicherklärung oder eine entsprechende Rechtsverordnung des Bundesministers für Arbeit und Soziales erfüllt sind. Im Übrigen geben die Umstände, unter denen der Tarifvertrag zustande gekommen ist und Eingang in das Arbeitnehmer-Entsendegesetz finden soll, Anlass zu gravierenden rechtlichen Bedenken. Fragwürdig ist die gewählte Vorgehensweise insbesondere im Hinblick auf deutsches Verfassungsrecht sowie nationales und europäisches Wettbewerbsrecht.

73. Die Zulässigkeit einer Allgemeinverbindlicherklärung richtet sich nach § 5 TVG. Hiernach kann das Bundesministerium für Arbeit und Soziales einen Tarifvertrag im Einvernehmen mit dem Tarifausschuss auf Antrag einer Tarifvertragspartei für allgemeinverbindlich erklären, wenn

- die tarifgebundenen Arbeitgeber nicht weniger als 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmer beschäftigen und
- die Allgemeinverbindlicherklärung im öffentlichen Interesse geboten erscheint.

74. Nach der von der CDU initiierten Änderung des ursprünglich beschlossenen Mindestlohtarifvertrags dürfte die 50 %-Klausel erfüllt sein. Allerdings ist die Erstreckung des abgeschlossenen Tarifvertrags auf die gesamte Branche nicht im öffentlichen Interesse geboten. Sie führt vielmehr dazu, dass monopolistische Strukturen in der Postbranche zementiert werden und die DPAG ihre Monopolstellung weiter ausbauen kann. Es ist offensichtlich, dass der vereinbarte Mindestlohn, der sich an den vergleichsweise hohen Löhnen der DPAG orientiert und weit über dem von den Wettbewerbern gezahlten Durchschnittslohn liegt, diese Konkurrenten vom Markt verdrängen und neue Markteintritte verhindern wird. Die Entwicklung wettbewerblicher Strukturen in der Postbranche wird auf diese Weise erheblich erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht. Es gibt jedoch kein öffentliches Interesse daran, den ehemaligen Monopolisten, der gerade aufgrund seiner beherrschenden Stellung sowie einer einseitigen Mehrwertsteuerbefreiung marktunangemessene Löhne zahlen

kann, vor Wettbewerbsdruck zu schützen. Ein solches Vorgehen würde darüber hinaus in eklatantem Widerspruch zur Entscheidung des Verfassungsgebers stehen, der sich für eine Liberalisierung des Postmarktes ausgesprochen hat. Die Auslegung des öffentlichen Interesses im Rahmen einer Tariferstreckung hat aber im Einklang mit dem Grundgesetz zu erfolgen. Schließlich ist daran zu erinnern, dass bereits die Regelung des § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG Lohndumping in der Postbranche verhindert. Aufgrund dieser Norm hat die Bundesnetzagentur eine beantragte Lizenz zu versagen, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet. Auch daraus folgt, dass ein öffentliches Interesse für eine Allgemeinverbindlichkeit des Mindestlohntarifvertrags zwischen dem Arbeitgeberverband Postdienste und ver.di nicht vorliegt.

75. Eine Allgemeinverbindlicherklärung setzt als formelles Erfordernis neben einem Antrag auch das Einvernehmen des Tarifausschusses voraus, das im vorliegenden Fall nicht ausgesprochen wurde. Eine Erstreckung des abgeschlossenen Tarifvertrags auf die gesamte Postbranche war daher praktisch nur noch im Weg einer Rechtsverordnung gemäß § 1 Abs. 3 a AEntG, die vom Bundesminister für Arbeit und Soziales erlassen werden muss, möglich. Die Monopolkommission hält es für bedenklich, dass das Arbeitnehmer-Entsendegesetz im vorliegenden Fall faktisch als allgemeines Mindestlohngesetz genutzt wird. Abweichend von seiner eigentlichen Funktion, Entsendearbeitnehmer aus dem EU-Ausland an bestehende inländische Mindestlöhne zu binden, wird es nun als Gesetz zur Einführung inländischer Mindestlöhne verwendet. Es geht dabei nicht um die Erstreckung verbindlicher Tariflöhne auf ausländische Arbeitnehmer, sondern darum, einen neuen Schutzzaun zu errichten, der die DPAG vor Wettbewerb schützt. Streitig ist, ob auch für den Erlass einer solchen Rechtsverordnung nach § 1 Abs. 3 a AEntG die materiellen Voraussetzungen einer Allgemeinverbindlicherklärung vorliegen müssen. Nach Auffassung der Monopolkommission sprechen vor allem der Wortlaut, die Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck der Regelung dafür, dass die beiden materiellen Erfordernisse – also die 50 %-Klausel sowie das öffentliche Interesse – auch beim Erlass einer Rechtsverordnung erfüllt sein müssen.³⁰ § 1 Abs. 3a wurde in das Gesetz eingefügt, nachdem der Erlass einer Allgemeinverbindlicherklärung in einigen Fällen am Widerspruch des Tarifausschusses gescheitert war. Mit dem Instrument der Rechtsverordnung sollte es der Exekutive daher ermöglicht werden, Tarifverträge auch ohne das Einvernehmen des Tarifausschusses auf alle Arbeitnehmer einer Branche auszuweiten. Der Norm ist indes nicht zu entnehmen, dass daneben auch die materiellen Voraussetzungen für die Erstreckung des Tarifvertrags entfallen sollten. Diese waren im Vorfeld der Neuregelung auch nicht streitig. Mit einem Verzicht auf die 50 %-Klausel würde der Grundgedanke, dass die zu erstreckenden Tarifregeln repräsentativ für die Branche sein müssen, verletzt. Der Tariferstreckung liegt die Überlegung zugrunde, dass die Tarifbindung, der die Mehrheit der Arbeitgeber bzw. Arbeitnehmer unterliegt, auch einer Minderheit zugemutet werden kann. Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass mit Einführung der Rechtsverordnungs befugnis eine Möglichkeit geschaffen werden sollte, die Vorstellungen einer Minderheit auf die Mehrheit zu übertragen. Ebenso wenig ist davon auszugehen, dass auf das Vorliegen eines öffentlichen Interesses verzichtet werden sollte. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den Eingriff in die Grundrechte der tarifungebundenen Arbeitgeber, der mit einer Tariferstreckung verbunden ist. Es ergibt sich aber auch schon aus allgemeinen Grundsätzen, wonach sich jede staatliche Rechtsetzung am öffentlichen Interesse zu orientieren hat.

³⁰ Vgl. insbesondere Bündenbender, U., Die Erklärung der Allgemeinverbindlichkeit von Tarifverträgen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz, in: *Recht der Arbeit*, Jg. 53, 2000, S. 193 ff.

76. Dessen ungeachtet werfen die Umstände, unter denen der Mindestlohntarifvertrag ausgehandelt wurde, Fragen verfassungs-, wettbewerbs- sowie europarechtlicher Natur auf. Ernsthafte Zweifel bestehen insbesondere daran, ob der Tarifvertrag noch von der grundgesetzlich geschützten Tarifautonomie gedeckt ist. Es ist offensichtlich, dass der Tarifvertrag primär zu dem Zweck geschlossen wurde, um – im Wege der Tarifierstreckung – die Kosten der Konkurrenten der DPAG zu erhöhen und somit Wettbewerb in der Branche zu verhindern. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass die wichtigsten Wettbewerber der DPAG nicht in die Tarifverhandlungen einbezogen waren. Sie hätten selbst dann keinen spürbaren Einfluss auf den Inhalt des Tarifvertrags nehmen können, wenn sie dem Arbeitgeberverband Postdienste beigetreten wären. Da dessen Satzung die Stimmrechte von den Beschäftigtenzahlen der Mitgliedsunternehmen abhängig macht, hätte die DPAG die Tarifverhandlungen unangefochten dominiert. Unbekannt ist nach wie vor auch, welche Mitglieder der Arbeitgeberverband Postdienste im Einzelnen hat. Weder die Bundesnetzagentur noch das Bundeswirtschaftsministerium oder die Monopolkommission haben bislang Einsicht in die Mitgliedsliste erhalten, obwohl sie als staatliche Institutionen den gesetzlichen Vorschriften zur Geheimhaltung unterliegen und der Schutz der Mitgliedsunternehmen vor der Öffentlichkeit gewahrt bleiben würde. Dies deutet darauf hin, dass in dem neu gegründeten Arbeitgeberverband lediglich die DPAG sowie deren Tochterunternehmen und allenfalls einige von der DPAG wirtschaftlich abhängige Unternehmen vertreten sind. Zum zweiten wird der abgeschlossene Tarifvertrag kaum Auswirkungen auf die zur Post gehörenden Mitgliedsfirmen des Arbeitgeberverbands Postdienste haben. Denn für sie gelten fast durchweg die höheren Löhne des Post-Haustarifvertrags. Stattdessen würde der geplante Mindestlohn stark in die Kostenstrukturen von Wettbewerbern eingreifen. Hier hat ein dominantes Unternehmen seinen Einfluss auf einen Arbeitgeberverband genutzt, um einen Tarifvertrag für seine Wettbewerber durchzusetzen. Der Abschluss eines solchen Vertrags zu Lasten Dritter stellt einen eklatanten Missbrauch der Tarifvertragsfreiheit dar.

77. Dass es sich hauptsächlich um einen Vertrag zu Lasten Dritter handelt, geht überdies aus dem Umstand hervor, dass zwei unterschiedliche Mindestlöhne ausgehandelt worden sind. Dabei fällt besonders auf, dass die Zusteller, die bislang der niedrigsten Lohngruppe angehörten, nunmehr einen höheren Mindestlohn zugebilligt bekommen als ihre Kollegen außerhalb des Zustellungsbereichs. Dieser Vorgang macht deutlich, dass es bei dem Tarifabschluss faktisch nicht um die Absicherung sozialer Standards für die Beschäftigten der Postbranche geht, sondern allein darum, den Aufbau neuer Zustellnetze durch die Wettbewerber der DPAG zu unterbinden. Schließlich zeigt auch die politische Debatte um das Auslaufen der Exklusivlizenz, die Mehrwertsteuerbefreiung und den Mindestlohn in der Postbranche, dass das Tarifvertragsrecht in Verbindung mit dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz hier zu Lasten der Konkurrenz missbraucht werden soll. Die Durchsetzung eines Mindestlohns wurde ab dem Zeitpunkt forciert, als der Wegfall der Exklusivlizenz zum 1. Januar 2008 nicht mehr aufzuhalten war.

78. Der vorliegende Missbrauch der Tarifvertragsfreiheit müsste nach Auffassung der Monopolkommission auch dazu führen, dass das stets vorhandene Spannungsverhältnis zwischen Tarifvertrag und Wettbewerbsrecht neu thematisiert und zugunsten des Letzteren aufgelöst wird. Die Monopolkommission verkennt nicht, dass Tarifverträge grundsätzlich von der vorrangigen Verbürgung des Grundgesetzes gedeckt und deshalb nicht am Wettbewerbsrecht zu messen sind. Dies kann jedoch dann nicht mehr gelten, wenn es sich wie im vorliegenden Fall um einen Vertrag zu Lasten Dritter handelt, dessen primäres Ziel die Verdrängung von Konkurrenten und die Beschränkung von

Wettbewerb darstellt. Hier wird Art. 9 Abs. 3 GG missbraucht und kann deshalb die sonst anerkannte wettbewerbsrechtliche Bereichsausnahme für Tarifverträge nicht mehr begründen. Aus denselben Erwägungen heraus könnte sich ein Verstoß gegen Art. 81, 82 in Verbindung mit Art. 10 EGV ergeben, wenn der Staat den Tarifvertrag im Wege des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes auf die gesamte Branche erstreckt.³¹

79. Grundsätzlich hat jede Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags durch die Vereinheitlichung und üblicherweise auch Erhöhung der Produktionskosten Auswirkungen auf die Wettbewerbssituation der betroffenen Produktmärkte. Höhere Löhne führen im Allgemeinen auch zu höheren Kosten für die Verbraucher. Dies ist eine notwendige Folge von Tarifverträgen im Allgemeinen und deren Allgemeinverbindlicherklärung im Besonderen; die verfassungsrechtliche Garantie der Tarifautonomie bedeutet, dass solche negativen wettbewerblichen Wirkungen hinzunehmen sind. Anders verhält es sich aber, wenn Tarifverträge nicht primär im Hinblick auf die Arbeitsbedingungen der von ihnen erfassten Arbeitnehmer abgeschlossen werden, sondern mit dem Ziel, die Lohnkosten solcher Unternehmen zu erhöhen, die von dem Tarifvertrag unmittelbar nicht betroffen sind, für die der Tarifvertrag aber dadurch verbindlich werden soll, dass ihm von staatlichen Stellen allgemeine Geltung beigelegt wird. Hier stehen offenbar die Foreclosure-Effekte auf den Produktmärkten der Arbeitgeber im Mittelpunkt der Überlegungen der Tarifvertragsparteien. Dies ist von Art. 9 Abs. 3 GG nicht mehr gedeckt. Die Motivationen der Tarifvertragsparteien und die Wirkungen der betreffenden Tarifverträge werden manchmal gemischt oder auch unklar sein. Sie sollten aber den politisch Handelnden verdeutlicht werden, bevor einem Tarifvertrag durch Allgemeinverbindlicherklärung oder Rechtsverordnung nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz allgemeine Geltung verliehen wird. Die Monopolkommission schlägt daher vor, dass dem Bundeskartellamt vor der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen ein Anhörungsrecht eingeräumt wird. Dies gilt für alle Formen der Allgemeinverbindlicherklärung. Das Bundeskartellamt sollte sich bei seiner Stellungnahme insbesondere zu der Frage äußern, wie gravierend die wettbewerblichen Nachteile sind, die durch die Allgemeinverbindlicherklärung auf den betroffenen Produktmärkten für die Verbraucher zu erwarten sind, und ob es sich nach seiner Einschätzung nur um eine notwendige Folge oder aber um den eigentlichen Zweck des Tarifvertrags handelt. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Auswirkungen auf den Produktmarkt Wettbewerb und die Interessen von Verbrauchern nicht als Teil des öffentlichen Interesses wahrgenommen werden.

³¹ Vgl. Kämmerer, J.A., Thüsing, G., Tariferstreckung in der Postdienstleistungsbranche – Arbeitsrechtliche, verfassungsrechtliche und europarechtliche Schranken, Gutachterliche Stellungnahme auf Anfrage des BIEK e.V., 2007, www.biek.de

4. Regulatorische Problemfelder

4.1 Erste Erfolge des Wettbewerbs auf Nischenmärkten

80. Die Entstehung funktionsfähigen Wettbewerbs in den bereits liberalisierten Bereichen des Postmarktes wird durch eine Vielzahl regulatorischer Vorschriften behindert. Allerdings sind auf Nischenmärkten auch erste Erfolge der Marktöffnung zu verzeichnen. Der Hauptgegenstand zweier von der Bundesnetzagentur geführten Verfahren im Berichtszeitraum waren niedrige Preise der DPAG. Zum einen eröffnete die Bundesnetzagentur ein Missbrauchsverfahren gegen die Deutsche Post In Haus Service GmbH und die DPAG wegen des Verdachts auf Quersubventionierung von im Wettbewerb erbrachten Leistungen durch Leistungen des reservierten Bereichs. Zum anderen genehmigte sie der DPAG Tarife für Postzustellaufträge (PZA), die deutlich unter den bisher genehmigten und von der DPAG auch geforderten Entgelten lagen. Die Monopolkommission wertet die Tatsache, dass die DPAG in den beiden von den Verfahren betroffenen Bereichen offenkundig günstig anbietet, als Zeichen dafür, dass in diesen Bereichen der Wettbewerb zu wirken beginnt. Die Nachfrager profitieren in beiden Fällen vom Wettbewerb in Form niedriger Preise, unabhängig davon, ob sie die betreffende Dienstleistung bei der DPAG oder einem ihrer Wettbewerber nachfragen.

4.1.1 Wettbewerb auf dem Markt für Konsolidierungsleistungen

81. Im Januar 2006 eröffnete die Bundesnetzagentur ein Missbrauchsverfahren gegen die Deutsche Post In Haus und die DPAG. Das Verfahren wurde im April 2007 eingestellt.³² Gegenstand des Verfahrens war der Verdacht der Quersubventionierung von Leistungen der Deutschen Post In Haus durch die DPAG. Die Deutsche Post In Haus, eine 100 %ige Tochter der DPAG, bietet speziell der öffentlichen Hand an, Briefe zu nummerieren, zu frankieren und zu zählen. Derart vorbearbeitete Briefe können bei der DPAG im Briefzentrum Eingang (BZE) eingeliefert und dann zu einem Preis von 43 Cent statt 55 Cent pro Brief befördert werden. Für die Dienstleistung der Deutschen Post In Haus fällt ein zusätzliches Entgelt an. Die Tätigkeit der Deutschen Post In Haus entspricht insofern der eines Konsolidierers, als sie ebenfalls die postvorbereitenden Dienstleistungen übernimmt, die Voraussetzung für eine Einlieferung ins BZE mit entsprechendem Rabatt auf das Standardporto sind. Die Einlieferung selbst erfolgt allerdings nicht von der Deutschen Post In Haus, sondern vom Kunden, der mit der DPAG deshalb auch einen eigenen Teilleistungsvertrag abgeschlossen hat. Entsprechend müssen diese Kunden auch selbst die für die Gewähr eines Rabattes benötigten Mindesteinlieferungsmengen liefern. Ein Konsolidierer sammelt dagegen typischerweise die Post mehrerer Postkunden ein, die allein nicht die erforderliche Mindestmenge erzielen. Das Geschäftsmodell der Deutschen Post In Haus unterscheidet sich insofern auch von dem der Lettershops, die ebenfalls in Unternehmen postvorbereitende Dienstleistungen anbieten, als tatsächlich nur die Sortierung, Nummerierung und Frankierung erfolgt. Lettershops bieten im Allgemeinen noch weiter reichende Dienstleistungen wie z.B. die Brieferstellung und -adressierung an.

82. Der DPAG und der Deutschen Post In Haus wurde vorgeworfen, dass die Tarife, die für die Leistungen der Deutschen Post In Haus verlangt würden, nicht kostendeckend und mangels sachlicher Rechtfertigung missbräuchlich seien. Die Deutsche Post In Haus sei eine juristische Hülle, die Personal und Infrastruktur der DPAG nutze, um die erforderlichen postvorbereitenden Dienstleis-

³² BNetzA, Beschluss vom 12. April 2007, BK5a-05/103.

tungen zu erbringen. Die DPAG räume der Deutschen Post In Haus Sonderkonditionen ein, insbesondere hinsichtlich der Einlieferungszeiten ins Briefzentrum. Die DPAG erstrecke durch das Angebot ihrer Konzerntochter ihre marktbeherrschende Stellung auf die der eigentlichen Beförderung vorgelagerten Märkte und verdränge die auf diesem Markt aktiven Wettbewerber.

83. Die Bundesnetzagentur hat die Vorwürfe geprüft und nicht bestätigt gefunden. So würden die postvorbereitenden Tätigkeiten der Deutschen Post In Haus in der Regel mit eigener Infrastruktur und eigenen personellen Ressourcen durchgeführt. Wenn dies in Ausnahmefällen nicht der Fall sei, würden die konzernintern erbrachten Leistungen zu marktüblichen Konditionen abgerechnet. Die Bundesnetzagentur hat auch keine Hinweise darauf gefunden, dass die Deutsche Post In Haus bezüglich der Einlieferungszeit ihrer Sendungen gegenüber Konsolidierern bevorzugt werde. Ein Vergleich der von der Deutschen Post In Haus verlangten Preise mit denen, die Konsolidierer für vergleichbare Leistungen erheben, habe ergeben, dass die Preise der Deutschen Post In Haus im Bereich der Marktüblichkeit liegen. Ein aussagekräftiger Vergleich der Preise der Deutschen Post In Haus mit denen von Lettershops war nach Ansicht der Bundesnetzagentur nicht möglich, weil die von der Behörde angeschriebenen Unternehmen in der Mehrzahl nicht geantwortet hätten und das Servicepaket der übrigen Unternehmen deutlich umfassender als das der Deutschen Post In Haus gewesen sei. Die Verdrängungseffekte, die sich durch ein erfolgreiches Agieren der Deutschen Post In Haus auf dem Markt für postvorbereitende Dienstleistungen ergeben könnten oder auch tatsächlich ergeben, stellen nach Ansicht der Bundesnetzagentur keinen Missbrauch dar. Die dadurch auf diesem Markt möglicherweise bestehende Marktmacht der DPAG entstehe durch das Angebot einer Dienstleistung, die von den Nachfragern als günstiger oder höherwertiger als die der Wettbewerber wahrgenommen werde. Sie sei damit Ausfluss des Leistungswettbewerbs und bei Vorliegen von funktionsfähigem Wettbewerb temporär. Durch ein attraktives Angebot eines anderen Unternehmens könnten die Nachfrager wiederum zum Wechsel gebracht werden und damit könnte die Marktposition von der Deutschen Post In Haus auf dieses Unternehmen übergehen.

84. Zweifellos hat die Deutsche Post In Haus gegenüber ihren Konkurrenten deutliche Wettbewerbsvorteile durch ihre Konzernzugehörigkeit zur DPAG. Allein die Tatsache, dass die DPAG das Angebot der Deutschen Post In Haus gemeinsam mit ihrem eigenen auf ihrer Präsenz im Internet sowie auf Informationsveranstaltungen bewirbt, stellt einen enormen Vorteil für die Deutsche Post In Haus dar, da dadurch allen potentiellen Kunden die Verbindung der Deutschen Post In Haus zu ihrer Mutter deutlich wird. Damit überträgt sich automatisch die Bekanntheit und das Image der Konzernmutter auf die Tochter. Darüber hinaus gibt es sicherlich Verbundvorteile derart, dass die Deutsche Post In Haus in ihrer Organisation und bei ihrem Personal auf Wissen und Erfahrung der DPAG zurückgreifen kann. Allerdings ist aus wettbewerblicher Sicht nichts dagegen einzuwenden, wenn ein Unternehmen die Synergieeffekte, die sich durch das gemeinsame Nutzen einer Marke oder durch ein Angebot auf mehreren, hintereinander gelagerten Märkten ergeben, ausnutzt. Auf Märkten mit funktionsfähigem Wettbewerb ist davon auszugehen, dass nicht nur das Unternehmen von den Verbundvorteilen profitiert, sondern auch die Verbraucher in Form niedriger Preise an dadurch realisierten Kosteneinsparungen beteiligt werden.

85. Die Monopolkommission teilt die Auffassung der Bundesnetzagentur, dass das Verhalten der Deutschen Post In Haus und ihrer Konzernmutter nicht als missbräuchlich anzusehen ist, da offenbar keine Quersubventionierung der Deutschen Post In Haus durch die DPAG stattfindet. Dass die Preise, die die Deutsche Post In Haus für ihre Dienstleistungen verlangt, offenbar relativ günstig

sind, ist unter diesen Umständen nicht Ausdruck einer Einschränkung des Wettbewerbs, sondern im Gegenteil der Entfaltung von Wettbewerb.

4.1.2 Wettbewerb auf dem Markt für Postzustellaufträge

86. Ebenfalls im Berichtszeitraum wurde die Bundesnetzagentur von den Wettbewerbern der DPAG heftig dafür kritisiert, dass sie die von der DPAG beantragten, gegenüber der Vergangenheit deutlich niedrigeren Preise für die förmliche Zustellung einer Sendung genehmigt hatte.³³ Durch die förmliche Zustellung einer Sendung – d.h. durch die Auslieferung als Postzustellungsauftrag (PZA) – ist nachgewiesen, dass ein im PZA näher identifiziertes Schriftstück einem Adressaten zugegangen ist. Diese Form der Zustellung wird z.B. von Gerichten zur Zustellung von amtlichen Urkunden verwendet. Im Oktober 2006 hat die Bundesnetzagentur ein Entgelt für Postzustellungsaufträge in Höhe von 3,45 EUR/Stück ab dem 1. Januar 2007 genehmigt.³⁴ Für die förmliche Zustellung, bei der die verschickten Sendungen zusätzlich elektronisch erfasst und dem Absender als Datei zur Verfügung gestellt werden (ePZA), wurden je nach Einlieferungsmenge Entgelte zwischen 3,09 EUR/Stück und 2,51 EUR/Stück genehmigt. Angeboten wird die Dienstleistung ePZA erst ab einer Einlieferungsmenge von mindestens 5.000 Stück/Jahr. Der günstigste Preis von 2,51 EUR/Stück gilt ab einer Einlieferungsmenge von 72.000 Stück/Jahr.³⁵ Das bisherige Entgelt der DPAG lag mit 5,60 EUR/Stück für PZA und 5,10 EUR bzw. 5,07 EUR/Stück für ePZA deutlich höher. Der Preis für die förmliche Zustellung bei der DPAG ist damit zwischen 38 und 50 % auf das Niveau der Wettbewerber gesunken. Der Durchschnittspreis der Wettbewerber lag 2006 bei 3,48 EUR.³⁶

87. Die förmliche Zustellung wird außer von der DPAG auch von einigen Wettbewerbern angeboten, die sich zum Teil sogar ausschließlich auf diesen Bereich spezialisiert haben. Diesen Anbietern ist es in den letzten Jahren gelungen, mit Preisen, die deutlich unter dem Angebot der DPAG lagen, Marktanteile zu gewinnen. Im Jahre 2005 lag der Umsatz im Markt für Postzustellungsaufträge bei 257 Mio. EUR, davon entfielen 56 Mio. EUR auf die Wettbewerber der DPAG. Dies entspricht einem Marktanteil von 22 %. Im Jahre 2006 konnten die Wettbewerber ihre Umsätze auf 63 Mio. EUR steigern, Angaben über den Gesamtumsatz des Marktes und den Marktanteil der Lizenznehmer sind wegen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der DPAG nicht möglich.³⁷ Für 2007 erwartet die Bundesnetzagentur insgesamt ein deutlich geringeres Marktvolumen aufgrund der gesunkenen Preise. Es ist davon auszugehen, dass der Marktanteil der DPAG ebenfalls sinkt. Zum einen hat sie eine relativ große Ausschreibung für Postzustellungsaufträge an einen Wettbewerber verloren. Zum anderen führen die deutlich niedrigeren Preise der DPAG ab 2007 im Vergleich zu den Vorjahrespreisen dazu, dass selbst bei gleicher mengenmäßiger Aufteilung des Marktes der umsatzmäßige Marktanteil der Deutschen Post AG niedriger ausfallen würde.

88. Die PIN Group AG hat gegen die Entgeltgenehmigung der Bundesnetzagentur Klage erhoben. Das Unternehmen sieht in der genehmigten Preishöhe einen Verstoß gegen die Vorschriften des Postgesetzes. Die genehmigungspflichtigen Entgelte der Deutschen Post AG müssten laut Postge-

³³ BdKEP, Pressemitteilung vom 13. November 2006, „BdKEP entsetzt über die extrem unterschiedlichen Portopreisgenehmigungen“.

³⁴ BNetzA, Beschluss vom 11. Oktober 2006, BK 5b-06/091.

³⁵ BNetzA, Beschluss vom 11. Oktober 2006, BK 5b-06/090.

³⁶ Vgl. BNetzA, Zehnte Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, a.a.O., S. 39.

³⁷ Vgl. ebenda, S. 31.

setz an den tatsächlichen Kosten der Dienstleistung orientiert sein und dürften keine Abschläge enthalten, die den Wettbewerb beeinträchtigen. Auch andere Wettbewerber und ihre Verbände kritisierten, dass angesichts der Tatsache, dass sich an den realen Kosten der Dienstleistung kaum etwas verändert habe, eine derartige Preissenkung wohl kaum zu rechtfertigen sei. Im Gegensatz dazu liest sich die Entscheidung der Bundesnetzagentur eher so, als sei das nunmehr genehmigte Entgelt eigentlich immer noch zu hoch. So wird darauf hingewiesen, dass die in Ansatz gebrachten Kostensteigerungen bei den Personalkosten zum Teil überhöht seien. Die von der DPAG in Ansatz gebrachten Kosten für die Niederlegung in Agenturen seien ebenfalls nicht vereinbar mit dem in § 20 Abs. 1 PostG verankerten Effizienzmaßstab. Ob diese veranschlagten Beträge tatsächlich mit den Agenturnehmern in der beschriebenen Höhe vereinbart worden sind, könne dabei dahinstehen. Jedenfalls seien diese Beträge überhöht, da sie nicht den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung entsprächen. Dies ergebe sich bereits daraus, dass nach der von der Antragstellerin vorgesehene Entgeltstruktur in Agenturen höhere Kosten als in eigenbetriebenen Filialen entstünden. Im Übrigen sei schon deshalb davon auszugehen, dass das genehmigte Entgelt zu hoch sei, weil es Wettbewerber gibt, die die in Frage stehende Dienstleistung günstiger anbieten, ohne über die Verbundvorteile der DPAG zu verfügen. Das von der DPAG geforderte Entgelt müsse damit über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen.

89. Die hohe Differenz zwischen dem bisher und dem jetzt genehmigten Entgelt der Deutschen Post AG ist fast ausschließlich darauf zurückzuführen, dass die DPAG Sonderkosten, die ihr aus Altlasten und dem öffentlichen Versorgungsauftrag entstehen, bisher bei der Entgeltbemessung berücksichtigt, davon bei dem im Jahr 2006 neu gestellten Antrag jedoch abgesehen hat. Beides ist mit den Vorschriften des Postgesetzes vereinbar. So ist bei der Entgeltregulierung im Postbereich explizit vorgesehen, dass auch Entgelte genehmigt werden können, die höher sind als die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, wenn hierfür eine rechtliche Verpflichtung besteht oder eine sonstige sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird (§ 3 Abs. 4 Satz 2 PEntgV). Eine rechtliche Verpflichtung stellt insbesondere die flächendeckende Versorgung mit Postdienstleistungen dar. Als sonstige sachliche Rechtfertigung für höhere Kosten gilt unter anderem die Tatsache, dass die DPAG Beamte der ehemaligen Deutschen Bundespost übernommen hat. Es steht der DPAG somit frei, diese unter den Schlagworten Universaldienst und Altlasten zusammengefassten zusätzlichen Kosten bei der Entgeltbemessung berücksichtigen zu lassen. In der Vergangenheit hat sie dies im Bereich der PZA getan. Es steht ihr aber auch frei, diese Sonderkosten nicht zu berücksichtigen, so wie sie es in ihrem letzten Entgeltantrag für Postzustellaufräge getan hat.³⁸

90. Die Monopolkommission sieht wie im Bereich der postvorbereitenden Dienstleistungen auch hier keine Anzeichen dafür, dass es sich bei den Preisen der DPAG um missbräuchlich niedrige Dumping- oder Kampfpreise handelt. Sie wertet die deutliche Preissenkung der DPAG im Bereich der PZA vielmehr als ein Zeichen dafür, dass der Leistungswettbewerb in diesem Teilsegment des Briefmarktes seine Wirkung entfaltet hat. Es ist verständlich, dass die Wettbewerber der DPAG daran interessiert sind, dass die Preise der DPAG monopolistisch überhöht bleiben. Dies ist aber nicht im Interesse der Nachfrager. Diese profitieren von den niedrigeren Preisen im Markt, sowohl denen der DPAG als auch denen der Wettbewerber. Die Preissenkungen der DPAG von bis zu 50 % in diesem Segment vermitteln eine Vorstellung davon, in welchem großem Ausmaß die Verbraucher vom Wettbewerb auf Briefmärkten profitieren könnten.

³⁸ Vgl. Sedemund, in: Badura, P. u.a. (Hrsg.), Beck'scher PostG-Kommentar, 2. Aufl., München 2004, § 20 Rn. 133.

91. Problematisch erscheint die Tatsache, dass die Bundesnetzagentur ein Entgelt genehmigt, das ihr selbst als zu hoch erscheint. Andererseits wäre ein Entgelt, das sich wirklich an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung orientiert, möglicherweise so niedrig, dass es den im Bereich der PZA sich gerade entwickelnden Wettbewerb im Keime erstickt. Zudem ist zu beachten, dass die DPAG auf die förmliche Zustellung keine Mehrwertsteuer erhebt. Damit entspricht ihr Bruttopreis dem Nettopreis. Ein Wettbewerber muss dagegen, um den gleichen Bruttopreis bieten zu können, einen deutlich niedrigeren Nettopreis setzen. Selbst wenn es Wettbewerbern möglich wäre, zum gleichen Bruttopreis wie die DPAG anzubieten, wären jedenfalls die Margen so niedrig, dass ein Markteintritt nicht mehr attraktiv erschiene. Die Monopolkommission schlägt deshalb vor, der Bundesnetzagentur in Marktsegmenten, in denen sich der Wettbewerb so positiv wie im Bereich der PZA entwickelt, gesetzgeberisch die Möglichkeit zu geben, die Ex-ante-Entgeltregulierung auszusetzen. Im Falle der PZA müsste hierzu eine Änderung des § 34 Satz 4 PostG erfolgen. Die Tatsache, dass die Deutsche Post AG ein Entgelt beantragt hat, das vermutlich über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegt, spricht dafür, dass sie immer noch über eine gewisse Marktmacht verfügt, die es ihr erlaubt, etwas höhere Preise zu verlangen als ihre Wettbewerber. Diese Differenz sorgt jedoch dafür, dass der Markteintritt für Wettbewerber attraktiv ist. Je besser es den Wettbewerbern gelingt, sich selbst einen Namen in dem betreffenden Markt zu verschaffen, desto geringer wird der Aufschlag sein, den die Deutsche Post AG für ihr Produkt verlangen kann.

4.2 Zu große Gestaltungsspielräume des regulierten Unternehmens

92. Da die DPAG die Möglichkeit, aber nicht die Verpflichtung hat, gewisse Zusatzkosten bei der Entgeltregulierung berücksichtigen zu lassen, verfügt sie über große preisliche Gestaltungsspielräume. Besonders problematisch ist, dass die Bundesnetzagentur die Kosten für Altlasten und Universaldienst zwar bei der Entgeltbemessung berücksichtigt, gleichzeitig aber keine Angaben darüber machen kann, wie hoch diese Kosten tatsächlich sind.

4.2.1 Die Berücksichtigung von Zusatzkosten bei der Entgeltbemessung

93. Im Bereich der Postzustellaufträge hat sich die DPAG aufgrund des wettbewerblichen Umfeldes dafür entschieden, ein Entgelt zu beantragen, das keine Kosten für Altlasten und die Erbringung des Universaldienstes berücksichtigt. Üblicherweise werden diese Kosten jedoch bei der Entgeltgenehmigung berücksichtigt. Die Möglichkeit dazu gibt § 3 Abs. 4 PEntgV, der lautet:

¹Soweit die [...] nachgewiesenen Kosten die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung [...] übersteigen, gelten sie als Aufwendungen, die für die effiziente Leistungsbereitstellung nicht notwendig sind. ²Diese Aufwendungen sowie andere neutrale Aufwendungen werden im Rahmen der Entgeltgenehmigung berücksichtigt, wenn hierfür eine rechtliche Verpflichtung besteht oder eine sonstige sachliche Rechtfertigung nachgewiesen wird. ³Dabei sind insbesondere die Kosten für die Einhaltung der wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, sowie die Kosten einer flächendeckenden Versorgung mit Postdienstleistungen und die Kosten aus der Übernahme von Versorgungslasten für die Beschäftigten, die aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost entstanden sind, angemessen zu berücksichtigen.

Satz 3 ist dabei eine wörtliche Wiederholung von § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG. Die Aufzählung von Kosten in Satz 3 ist dabei nach Sedemund nur beispielhaft und weit auszulegen.³⁹ So seien im Rahmen der Kostenkontrolle grundsätzlich alle Sonderlasten zu berücksichtigen, die für die DPAG di-

³⁹ Vgl. ebenda, Rn. 129 f.

rekt oder indirekt aus der ihr vom Staat auferlegten Übernahme des Vermögens, des Personals der Deutschen Bundespost und sonstiger Verpflichtungen resultieren. Die Mehrkosten des Universaldienstes seien auch dann zu berücksichtigen, wenn es keine förmliche Verpflichtung der DPAG zur Erbringung des Universaldienstes gebe.

94. Die Monopolkommission sieht die Möglichkeit, aufgrund von Universaldienstverpflichtungen und Altlasten Entgelte zu genehmigen, die über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen, äußerst kritisch. Eine derartige Vorschrift findet sich in keinem anderen der Spezialgesetze zur Entgeltregulierung (Telekommunikation, Strom und Gas, Eisenbahn). § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG sowie die entsprechende Vorschrift in der Post-Entgeltregulierungsverordnung (PEntgV) sollten dahingehend geändert werden, dass Entgelte ausschließlich auf Grundlage der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung genehmigt werden. Nur so kann durch Regulierung eine Preisstruktur entstehen, die sich bei wirksamem Wettbewerb im Markt selbst bilden würde. Werden dagegen Entgelte genehmigt, bei denen teilweise andere, zusätzliche Kostenkomponenten berücksichtigt werden, spiegeln die genehmigten Entgelte weder in ihrer durchschnittlichen Höhe noch in ihrer Relation zueinander die Preise wider, die sich bei Wettbewerb bilden würden. Eine derart verzerrte Entgeltstruktur des marktbeherrschenden Unternehmens wirkt sich negativ auf den gesamten Sektor aus. So würde sich beispielsweise in Bereichen, in denen die genehmigten Entgelte deutlich über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen, der Markteintritt auch für Unternehmen lohnen, die weniger effizient als die DPAG sind. Eine derartige Preisverzerrung muss daher in jedem Fall vermieden werden.

95. Eine möglicherweise notwendige Entschädigung eines Unternehmens für Altlasten oder die Übernahme von Universaldienstverpflichtungen könnte stattdessen über eine pauschale Entschädigung der DPAG aus Steuermitteln erfolgen. Die Kosten für Altlasten und Universaldienst würden damit statt des Verbrauchers von Postdienstleistungen die Steuerzahler tragen. Im Großen und Ganzen ist davon auszugehen, dass dies keine bedeutenden Umverteilungswirkungen hat. Der Vorteil einer solchen pauschalen Entschädigung bestünde jedoch darin, dass die jetzt praktizierte Verzerrung der Preise und das überhöhte Preisniveau im Postsektor aufgehoben würden. Allerdings wäre eine solche Entschädigung für die Übernahme von Universaldienstverpflichtungen nur dann notwendig, wenn sich herausstellt, dass durch eine Universaldienstverpflichtung dem Unternehmen tatsächlich zusätzliche Kosten entstehen. In diesem Fall sollte auch nicht generell die DPAG mit der Erbringung des Universaldienstes beauftragt, sondern die Verpflichtung ausgeschrieben werden.⁴⁰ Eine Entschädigung der DPAG ab dem 1. Januar 2008 ist im Übrigen nach Ansicht der Monopolkommission schon deshalb nicht möglich, weil die DPAG dann gar nicht mehr dazu verpflichtet ist, den Universaldienst zu erbringen.

96. Neben den Kosten für den Universaldienst sowie den Kosten für die Übernahme von Altlasten sind nach § 20 Abs. 2 Nr. 2 PostG bei der Entgeltgenehmigung auch die Kosten für die Einhaltung der wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, zu berücksichtigen. Tatsächlich ist es auch im Bereich der Telekommunikation ohnehin üblich, bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung die tatsächlichen Lohnkosten anzusetzen. Im Bereich Gas ist sogar geplant, das derzeit bestehende Gehaltsniveau als vom Unternehmen nicht beeinflussbar anzusehen und damit von der Anreizregulierung auszunehmen.⁴¹ Aus Sicht der Monopolkom-

⁴⁰ Vgl. Abschnitt 3.4.

⁴¹ Vgl. Monopolkommission, Strom und Gas 2007: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, Sondergutachten 49, Bonn, November 2007, Abschnitt 5.2.2.

mission gibt es allerdings keine Rechtfertigung dafür, das noch aus Monopolzeiten stammende hohe Lohnniveau in den jetzt liberalisierten Netzindustrien auf Dauer beizubehalten. Wenn bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung die tatsächlichen Lohnkosten zugrunde gelegt werden, so darf dies keineswegs als Indiz dafür gewertet werden, dass bei Erbringen der entsprechenden Dienstleistung tatsächlich Lohnkosten in dieser Höhe entstehen müssen. Sollte es im Postsektor trotz der hier vorgetragenen Bedenken einen tariflich vereinbarten, allgemein gültigen Mindestlohn geben, so sollte jedenfalls dieser Lohn bei der Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung angesetzt werden.

97. Generell ist davon auszugehen, dass die Preisgestaltungsspielräume der DPAG durch die Berücksichtigung zusätzlicher Kosten in den nächsten Jahren stark zurückgehen sollten, sofern sie ab dem 1. Januar 2008 überhaupt noch bestehen. Denn zu diesem Zeitpunkt fällt nicht nur die Verpflichtung zur Erbringung des Universaldienstes weg, auch eine Entschädigung der DPAG für die Altlasten, die durch die Übernahme von Personal aus der Deutschen Bundespost entstanden ist, sollte zu diesem Zeitpunkt mehr als ausreichend erfolgt sein durch die Monopolgewinne, die die DPAG durch den Besitz der Exklusivlizenz für Standardbriefe einfahren konnte. Selbst wenn man diese Form der Entschädigung außer Acht lässt, sollte sich der Umfang der Altlasten jährlich reduzieren, allein dadurch, dass der Zeitpunkt der Umwandlung der Deutschen Bundespost in ein privates Unternehmen immer weiter in der Vergangenheit liegt. Die Bundesnetzagentur sollte deshalb darauf achten, dass sich der Preissetzungsspielraum der DPAG jährlich reduziert und in absehbarer Zeit vollkommen abgebaut wird.

98. Um Klarheit bezüglich der preislichen Gestaltungsspielräume im Postsektor zu schaffen, fordert die Monopolkommission zudem den Gesetzgeber auf, die preislichen Gestaltungsspielräume der DPAG vollkommen abzuschaffen, indem er wie in allen anderen liberalisierten Netzwerkindustrien die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als einzigen Maßstab für die Entgeltregulierung festsetzt.

4.2.2 Entschädigungen für Universaldienstleistungen als unzulässige Beihilfe

99. Die gesetzlich eingeräumten Spielräume bei der Entgeltbemessung stellen wie die Exklusivlizenz einen großen monetären Vorteil der DPAG dar, der jedoch von der Bundesnetzagentur an keiner Stelle quantifiziert wird. Dies bemängelt auch die Europäische Kommission. Im September 2007 hat sie deshalb ein förmliches Prüfverfahren nach Art. 88 Abs. 2 EGV eingeleitet,⁴² das sie als Ergänzung und Erweiterung des Verfahrens betrachtet, in dem sie bereits im Juni 2002 eine Negativentscheidung erlassen hat. Damals wurde die Bundesrepublik Deutschland aufgefordert, unerlaubte Beihilfen in Höhe von 572 Mio. EUR von der DPAG zurückzufordern. Die DPAG reichte gegen die Entscheidung eine Klage auf Nichtigerklärung ein, die derzeit vor dem Gericht erster Instanz anhängig ist.⁴³

100. Die Kommission geht vorläufig davon aus, dass die DPAG Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gemäß Art. 86 Abs. 2 EGV erbringt. In dem jetzt neu eingeleiteten Verfahren will sie prüfen, ob der Ausgleich, den die DPAG dafür von 1989 bis 2007 erhalten hat, erforderlich und angemessen war. Um die Höhe des Ausgleichs zu ermitteln, versucht die Kommission, sämtliche staatlichen Zuwendungen und Unterstützungen, die die DPAG erhalten hat, zu erfassen

⁴² Staatliche Beihilfe Nr. C 36/2007.

⁴³ Rs. T-266/02, DPAG/Kommission

und monetär zu bewerten. Dazu gehören unter anderem die teilweise vorgenommene staatliche Finanzierung von Pensionen für Beamte der DPAG, die Gewähr einer Exklusivlizenz sowie die Berücksichtigung von Zusatzkosten bei der Entgeltgenehmigung nach § 20 PostG. Dem sollen die Nettomehrkosten der DPAG für den Universaldienst gegenübergestellt werden. Aufgrund der hohen Renditen der DPAG im Briefbereich vermutet die Kommission eine Überkompensation der DPAG für die Erbringung des Universaldienstes.

4.2.3 Gegenüberstellung von „Altvorteilen“ und Altlasten

101. An dieser Stelle ist schließlich auf eine auffallende Inkonsistenz in der Berücksichtigung der Vorgeschichte der DPAG hinzuweisen. Während der Gesetzgeber explizit vorsieht, die DPAG für die dadurch eventuell entstehenden Kosten zu entschädigen, nämlich durch die Genehmigung höherer Entgelte, werden die Vorteile, die der DPAG aus der Nachfolge der Deutschen Bundespost entstehen, in keinerlei Weise berücksichtigt. Dabei sind der DPAG durch die Übernahme des Personals und der Strukturen der Deutschen Bundespost nicht nur Nachteile entstanden. Als Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost verfügt sie vielmehr über eine Reihe von Vorteilen. Die Übernahme eines eingearbeiteten Mitarbeiterstammes, einer Netzinfrastruktur und vor allem eines enormen Kundenstammes müssten im Falle einer Entschädigung der DPAG für die von ihr zu tragenden Altlasten als „Altvorteile“ ebenfalls monetär bewertet und von der Entschädigungssumme abgezogen werden. Dazu kommt die Bekanntheit der Bundespost und ihrer Produkte, die sich auf die Nachfolgeunternehmen übertragen hat und die ebenfalls einen bedeutenden Wettbewerbsvorteil für ein Unternehmen darstellt. Falls die Höhe all dieser „Altvorteile“ die Höhe der Altlasten übersteigt, müsste nicht der Staat die DPAG, sondern umgekehrt die DPAG den Staat für den ihm dadurch entstandenen Verlust entschädigen.

102. Die Monopolkommission fordert dringend dazu auf, zunächst eine konsequente monetäre Bewertung der möglichen Verpflichtungen und Privilegien der DPAG vorzunehmen und dann erst einen entsprechenden Ausgleich vorzunehmen. Zu den Verpflichtungen könnten Universaldienst oder die Übernahme von Personal gehören, zu den Privilegien die Entgelte, die über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung liegen, die Exklusivlizenz sowie die bereits beschriebenen „Altvorteile“. Erst wenn die einzelnen Punkte durch eine monetäre Bewertung vergleichbar gemacht wurden, kann ein gerechter Ausgleich vorgenommen werden. Ansonsten liegt die Vermutung nahe, dass die DPAG für mögliche Altlasten oder Verpflichtungen unter dem Strich überkompensiert wird.

4.3 Ex-ante- und Ex-post-Entgeltgenehmigungen ab 2008

103. Bis zum 31. Dezember 2007 unterliegen alle Entgelte der DPAG im Briefbereich einer Ex-ante-Entgeltregulierung. Der größte Teil dieser Entgelte wird im Rahmen eines Price-Cap-Verfahrens reguliert. Ab dem 1. Januar 2008 entfällt diese für Beförderungsleistungen ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Stück. Hier wird es nur noch eine Ex-post-Entgeltkontrolle geben. Von der Änderung sind ca. 85 % aller Briefsendungen betroffen. Gleichzeitig wird es ab dem 1. Januar 2008 einen neuen Price-Cap für Privatkundenpost geben. Die Regelungen des neuen Price-Cap sind so ausgestaltet, dass die DPAG auf diesem Marktsegment, in dem der Markteintritt für die Wettbewerber aufgrund der Mehrwertsteuerbefreiung der DPAG besonders schwierig ist, weiterhin Preise weit über den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung verlangen kann.

4.3.1 Quasi-Weiterführung der alten Price-Cap-Regulierung

104. Nach dem Auslaufen der ersten Price-Cap-Regulierungsperiode von 2003 bis 2007 wird es ab 2008 eine den veränderten Rahmenbedingungen angepasste neue Price-Cap-Regulierungsperiode mit einer Dauer von vier Jahren geben.⁴⁴ Dabei werden im Wesentlichen alle weiterhin der Ex-ante-Entgeltregulierung unterliegenden Dienstleistungen in einem Korb zusammengefasst. Der von 2003 bis 2007 angewendete Price-Cap bestand aus drei Körben, dem Korb M für Postdienstleistungen im Monopol, dem Korb W für Postdienstleistungen im Wettbewerbsumfeld und dem Korb T für postalische Teilleistungen. Die Beschränkung auf künftig nur einen Korb ist möglich, weil durch den Wegfall der Exklusivlizenz die Dienstleistungen der Körbe M und die Privatkundenprodukte des Korbes W zusammengefasst werden können – es gibt kein rechtliches Monopol und damit auch keine im Monopol erbrachten Dienstleistungen mehr. Die Leistungen des Korbes T und Teile des Korbes W unterliegen ab dem 1. Januar 2008 nicht mehr der Ex-ante-Entgeltregulierung, so dass Korb T und Geschäftskundenprodukte des Korbes W aus der Price-Cap-Regulierung ausgenommen werden müssen. Die Dauer des Price-Cap ist mit vier Jahren ein Jahr kürzer als die des bisherigen Price-Cap. Die Übertragung ungenutzter Entgeltspielräume auf folgende Price-Cap-Perioden, der sog. Carry-Over, bleibt erhalten. Die erwartete Produktivitätsfortschrittsrate – der sog. X-Faktor – wurde für die Jahre 2008 bis 2011 auf jeweils 1,8 % angesetzt. Das bedeutet, dass die DPAG die im Price-Cap enthaltenen Dienstleistungen im Durchschnitt jährlich maximal um einen Betrag in Höhe der Inflationsrate abzüglich des X-Faktors von 1,8 % erhöhen darf, sofern es keinen Carry-Over gibt. Im alten Price-Cap war für die Jahre 2004 bis 2007 die Produktivitätsfortschrittsrate ebenfalls auf 1,8 % festgesetzt worden. Insofern unterscheidet sich der ab 2008 angewendete Price-Cap von dem zuvor angewendeten nur dadurch, dass ein großer Teil der im alten Price-Cap enthaltenen Dienstleistungen im neuen herausfällt. Preislich wird sich durch den neuen Price-Cap nichts verändern. Da die Inflationsrate ungefähr so hoch wie der X-Faktor ist, werden die Preise für von der DPAG angebotene Postdienstleistungen in den nächsten Jahren weiterhin nominal konstant bleiben, wenn das Unternehmen sich grob an den durch den Price-Cap vorgegebenen Preisobergrenzen orientiert. Bei der Ermittlung des X-Faktors sind das Verhältnis des Ausgangsentgeltlevels zu den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (§ 4 Abs. 3 PEntgV) und die Produktivitätsfortschrittsraten von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit Wettbewerb zu berücksichtigen (§ 4 Abs. 4 PEntgV). Allerdings werden nicht allein die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als preisliche Zielgröße verwendet. Vielmehr sind beim Vergleich des Verhältnisses des tatsächlichen Preises mit den Soll-Preisen auch hier gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG Kosten für Altlasten und den Universaldienst zu berücksichtigen.⁴⁵

105. Als Ausgangsentgeltniveau für die neue Regulierungsperiode nimmt die Bundesnetzagentur die am 31. Dezember 2007 von der DPAG erhobenen Entgelte. Zusammen mit der Tatsache, dass die Behörde für die folgenden vier Jahre einen jährlich gleich bleibenden X-Faktor festgesetzt hat, lässt sich daraus schließen, dass sie davon ausgeht, dass das Ausgangsentgeltniveau nicht missbräuchlich überhöht ist, sondern den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zuzüglich von Kosten für Universaldienst und Altlasten entspricht.⁴⁶ Anderenfalls hätte entweder das Ausgangs-

⁴⁴ BNetzA, Beschluss vom 7. November 2007, Bk 5b-07/068.

⁴⁵ Vgl. Abschnitt 4.2.1.

⁴⁶ Die Bundesnetzagentur hat der Monopolkommission keinen Zugang zu den Unterlagen bezüglich der Ausgestaltung des neuen Price-Cap gewährt. Die Behörde gibt auch auf konkrete Nachfrage nicht bekannt, welcher Anteil der 1,8 % auf Differenzen der Ausgangsniveaus und welcher auf zu erwartende Produktivitätsfortschritte zurückzuführen ist.

entgeltniveau deutlich niedriger sein müssen, als es die tatsächlich von der DPAG erhobenen Preise sind, oder der X-Faktor im ersten Jahr des neuen Price-Caps deutlich höher ausfallen müssen.

106. Die Monopolkommission hält es für ausgeschlossen, dass das Ausgangsentgeltniveau nicht überhöht ist. Die Umsatzrendite der DPAG liegt im Bereich Brief bei über 15 % (vgl. Tabelle 1). Eine Umsatzrendite in dieser Höhe ist nur dann möglich, wenn das Preisniveau deutlich über dem Niveau der Kosten liegt. Dies ist unabhängig davon, aus welchen Bestandteilen diese Kosten bestehen, also inwiefern neben den Kosten der Leistungserstellung auch noch Kosten für Altlasten oder Universaldienste berücksichtigt werden. Darüber hinaus hat die DPAG in der Vergangenheit die Preissetzungsspielräume des Price-Cap nicht genutzt, sondern die Preise um etwas mehr gesenkt, als durch den Price-Cap verlangt war. Die hohen Umsatzrenditen der DPAG im Briefbereich sind damit mit Preisen erzielt worden, die sogar leicht unter den Preisen liegen, die angeblich verlangt werden müssen, um die Kosten von Produktion, Altlasten und Universaldienst zu decken. Schließlich ist die DPAG ab dem 1. Januar 2008 nicht mehr dazu verpflichtet, den Universaldienst zu erbringen. Entsprechend ist es auch nicht zulässig, Kosten des Universaldienstes bei der Ermittlung des Ausgangsentgeltniveaus zu berücksichtigen. Dies geschieht jedoch dadurch, dass bei der Ermittlung des rechtlich zulässigen Ausgangswertes für den Price-Cap Ist- und Soll-Preise von 2007 verwendet wurden, die beide Kosten für den Universaldienst enthalten. Eine Berücksichtigung von Kosten für den Universaldienst ab dem 1. Januar 2008 ist auch deshalb nicht zulässig, weil die DPAG erklärt hat, die in der PUDLV definierten Universaldienstleistungen freiwillig weiter zu erbringen. Es wäre absurd, ein gewinnmaximierendes Unternehmen für eine Leistung zu entschädigen, die es freiwillig erbringt. Denn die Tatsache, dass die Leistung vom Gewinnmaximierer freiwillig erbracht wird, zeigt, dass dem Unternehmen durch das Anbieten dieser Leistung keine Kosten entstehen, die über den dadurch zusätzlich eingehenden Erlösen liegen.

107. Der Hauptgrund für die Durchführung eines Price-Cap-Verfahrens gegenüber einer rein kostenbasierten Regulierung besteht darin, dass die Anreize eines Unternehmens, seine Kosten zu senken, erhalten bleiben. Dies geschieht dadurch, dass bei höheren als den erwarteten Kostensenkungen die Preise dennoch nicht um mehr als zuvor angekündigt gesenkt werden müssen, so dass das regulierte Unternehmen höhere Gewinne als im Rahmen des Price-Cap vorgesehen erwirtschaften kann. Langfristiges Ziel der Regulierung ist es dennoch, dass die Preise, die die Verbraucher für eine Dienstleistung zahlen müssen, nicht höher sind, als sie es in einem Markt wären, in dem Wettbewerb herrscht. In diesem Fall kann ein Unternehmen, das eine Kosteneinsparung realisiert, ebenfalls für vorübergehende Zeit höhere Gewinne realisieren. Spätestens dann, wenn seine Wettbewerber diese Maßnahmen kopieren, müssen diese Einsparungen an die Verbraucher weitergegeben werden. Analog dazu sollten auch beim Price-Cap die von einem Unternehmen über die Erwartungen hinaus erzielten Produktivitätsfortschritte nach Ablauf einer Regulierungsperiode an die Verbraucher weitergegeben werden. Die Renditen der DPAG zeigen, dass es in der letzten Price-Cap-Regulierungsperiode von 2003 bis 2007 Produktivitätsfortschritte über die verlangten 1,8 % hinaus gab. Durch die Verwendung der tatsächlichen Preise zur Ermittlung des Ausgangsentgeltniveaus für den nächsten Price-Cap ist Sinn und Zweck des Price-Cap-Verfahrens verfehlt worden. Der Verbraucher wird auch nach Ablauf der „Schonfrist“ für das Unternehmen nicht an den Produktivitätsfortschritten beteiligt. Faktisch handelt es sich bei der von 2008 bis 2011 gültigen Price-Cap-Periode nicht um eine neue, sondern um eine Verlängerung der alten Price-Cap-Periode. Da jedoch erst nach Ablauf der ersten Regulierungsperiode bekannt gegeben wurde, dass eine faktische Verlänge-

rung stattfindet, lassen sich in diesem Fall nicht einmal die Vorteile einer mit neun Jahren extrem langen Periodendauer realisieren, die in einem sehr hohen Anreiz des regulierten Unternehmens, Effizienzsteigerungen zu erzielen, liegen.

108. Geht man davon aus, dass die Behörde das Ausgangsentgeltniveau der DPAG fälschlicherweise nicht für überhöht hält, würde die von ihr erwartete Produktivitätsfortschrittsrate bei jährlich 1,8 % liegen. Die Behörde geht bei der Ermittlung der Produktivitätsfortschrittsrate im Postbereich davon aus, dass Produktivitätssteigerungen bei der DPAG in etwa den gesamtwirtschaftlich vergleichbaren Steigerungen der Arbeitsproduktivität entsprechen. Die Monopolkommission hält eine jährliche Produktivitätsfortschrittsrate von 1,8 % für ein Unternehmen, das aus einem staatlichen Monopolbetrieb hervorgegangen ist, für eher gering. Die Zahl der Zustellbezirke ist in den letzten Jahren um mehr als 10 % gesunken. Die Löhne der neu eingestellten Zusteller liegen über 30 % unter denen derer, die noch einen Bestandsschutz haben. Derzeit profitieren von diesem Bestandsschutz noch ca. 80 % der Mitarbeiter bei der Post. Allein durch die natürliche Fluktuation bei den Mitarbeitern werden also in den nächsten Jahren die Lohnkosten der DPAG deutlich sinken. Die technischen Fortschritte bei der maschinellen Lesbarkeit von Handschriften und der damit verbundenen maschinellen Sortiermöglichkeit von Briefen in den letzten Jahren waren enorm. Weitere Kosteneinsparungen werden durch den Einsatz der RFID-Technologie erwartet. Im Paketbereich hat die DPAG inzwischen bereits ca. 900 Packstationen errichtet und eine Erhöhung auf 2.500 Stück angekündigt. Bei den Packstationen werden Pakete vom Versender selbst abgegeben und vom Empfänger selbst abgeholt. Beides verringert den Personalaufwand für die DPAG. Solche Beispiele sind zumindest ein Indiz dafür, dass der Konzern Kosteneinsparungen in beträchtlicher Höhe bereits erzielt hat und noch erzielen wird.

109. Vergleicht man die Portopreise in Deutschland mit denen des europäischen Auslands, fällt auf, dass die Preise der DPAG im europäischen Vergleich eher hoch sind. Von 29 europäischen Ländern ist das Porto für den Standardbrief nur in sechs Ländern höher als das der DPAG.⁴⁷ Von diesen sechs Ländern wird in dreien Umsatzsteuer auf das Briefporto erhoben. Bei gleicher Wettbewerbsintensität wäre zu erwarten, dass sich das Porto der DPAG im europäischen Vergleich eher am unteren Rand des Spektrums findet. Da Deutschland der größte nationale Markt innerhalb Europas ist, kann die DPAG mehr als jeder andere nationale Postdienstleister von Skaleneffekten profitieren. Außerdem ist Deutschland überdurchschnittlich dicht besiedelt, was zu unterdurchschnittlichen Zustellkosten führen müsste. Dieser Vergleich ist damit ein weiteres Indiz dafür, dass die Portopreise in Deutschland überhöht sind.

110. Ob und inwiefern die von der Bundesnetzagentur ermittelte Zahl für den X-Faktor angemessen ist, kann jedoch schon deshalb nicht wirklich beurteilt werden, weil die Behörde zwar eine Plausibilisierung der ermittelten Zahl anhand verschiedener Methoden vornimmt, ansonsten aber die Auffassung vertritt, dass dieser Faktor gar nicht genau berechnet werden könne. Dass dies auch anders möglich ist, zeigt ein Vergleich dieses Verfahrens mit dem Verfahren zur Einführung der Anreizregulierung in der Energiewirtschaft. Hier wird zum 1. Januar 2009 ein Revenue-Cap eingeführt. In diesem Rahmen hat die Bundesnetzagentur im Juni 2006 einen 316 Seiten umfassenden Bericht über die Einführung einer Anreizregulierung nach § 21a EnWG vorgelegt. Sie ist dazu nach § 112a EnWG gesetzlich verpflichtet. Der Bericht wurde – wie in § 112a Abs. 2 EnWG vorgeschrieben – „unter Beteiligung der Länder, der Wissenschaft und der betroffenen Wirtschaftskreise“ erstellt und

⁴⁷ Vgl. Deutsche Post AG, Briefpreise in Europa, Aktueller internationaler Briefpreisvergleich, Januar 2007, S. 9.

berücksichtigt internationale Erfahrungen mit Anreizregulierungssystemen. Konkret bedeutet dies, dass die Bundesnetzagentur zum Thema Anreizregulierung im Energiesektor unter anderem mehrere Konferenzen mit namhaften Wissenschaftlern und Vertretern anderer europäischer Regulierungsbehörden veranstaltet sowie eine Reihe von Gutachten an wissenschaftliche Institute und ökonomische Beratungsunternehmen vergeben hat. Die Ergebnisse dieser Veranstaltungen und Arbeiten sind dann in die Ausgestaltung der Regulierungsempfehlung der Bundesnetzagentur eingeflossen. Es ist unbedingt dafür zu sorgen, dass in Zukunft auch im Postbereich ein derartiges Verfahren durchgeführt wird.

111. Es ist zu befürchten, dass die DPAG auch nicht durch den Markteintritt von Wettbewerbern dazu gezwungen wird, ihre Preise im Privatkundenbereich auf Wettbewerbsniveau abzusenken. Die größte Hürde für die Wettbewerber stellt dabei die Mehrwertsteuerbefreiung der DPAG dar. Um so bedauerlicher ist es, dass gerade in diesem Bereich, wo eine Preissenkung nur durch entsprechende Entgeltregulierung möglich ist und der Verbraucher direkt von einer Preissenkung profitieren würde, die Chance vertan wurde, von der DPAG eine Senkung ihrer monopolistisch überhöhten Preise einzufordern.

4.3.2 Wegfall der Ex-ante-Entgeltregulierung für Sendungen ab 50 Stück

112. Ab dem 1. Januar 2008 werden die Entgelte für Beförderungsleistungen ab einer Mindestlieferungsmenge von 50 Stück nicht mehr der Ex-ante-Entgeltregulierung unterliegen (§ 53 PostG in Verbindung mit § 19 Abs. 2 PostG). Dies betrifft ca. 85 % des Marktes. Eine nachträgliche Entgeltregulierung erfolgt weiterhin durch die Bundesnetzagentur (§ 25 PostG) sowie im Rahmen der allgemeinen Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt (§ 2 Abs. 3 PostG). Schon jetzt hat die DPAG einen großen Spielraum bei der Preisgestaltung, weil sie die Möglichkeit, aber nicht die Verpflichtung hat, neben den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung Kosten für Altlasten und Universaldienst zu berücksichtigen. Dieser Spielraum kann durchaus strategisch genutzt werden. So ist es offensichtlich günstig, in Bereichen mit hohem Wettbewerbsdruck – wie auf dem Markt für die förmliche Zustellung – möglichst niedrige Preise genehmigen zu lassen, während auf Märkten mit geringem Wettbewerbsdruck durch entsprechende Aufschläge die Marge erhöht werden kann. Faktisch wird der DPAG durch die Möglichkeit, gewisse Preisaufläge vorzunehmen, die Möglichkeit der Preisdiskriminierung eröffnet, auch wenn eine offene Preisdiskriminierung nach § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG nicht zulässig ist. So können die Preise innerhalb einer Rabattstaffel unterschiedlich hohe Aufschläge für Zusatzkosten enthalten.

113. Die DPAG ist durch die ihr gesetzlich eingeräumten Preisgestaltungsspielräume auch in der Lage, die allgemeine Entwicklung des Marktes zu gestalten, insbesondere, indem sie die relative Attraktivität von Infrastrukturwettbewerb versus Wettbewerb durch Teilleistungszugang beeinflussen kann. Die relative Attraktivität des Infrastrukturwettbewerbs wird z.B. dadurch gesenkt, dass sie Konsolidierern hohe Rabatte beim Teilleistungszugang einräumt und großen Kunden, auf die Infrastrukturwettbewerber beim Aufbau alternativer Netze angewiesen wären, um gewisse Sendungsmengen zu erreichen, hohe Mengenrabatte einräumt.

114. Durch den Wegfall der Ex-ante-Preisregulierung für den überwiegenden Teil des Marktes werden die Gestaltungsspielräume der DPAG zwar nicht weiter vergrößert. Allerdings ist zu befürchten, dass eine darüber hinausgehende missbräuchliche Preisgestaltung erst dann untersagt wird,

wenn der Wettbewerb dadurch empfindlich geschädigt wurde. Dies ist besonders schwerwiegend, da sich der Wettbewerb in weiten Bereichen des Marktes erst ab dem 1. Januar 2008 zu entfalten beginnen kann. Die Monopolkommission hält es daher für außerordentlich wichtig, dass die für die Ex-post-Entgeltregulierung zuständigen Behörden und Gerichte gerade zu Beginn der Liberalisierungsphase Beschwerden von Wettbewerberseite schnell prüfen, um eventuelle Missbräuche zeitnah abstellen zu können. Die Tatsache, dass der Regulierungsbehörde Verträge über Teilleistungen ohnehin vorzulegen sind (§ 30 PostG), sollte sie nutzen, um in diesem Bereich auch ohne das Vorliegen einer konkreten Beschwerde mögliche Missbräuche von Amts wegen zu untersuchen.

115. Eine Ex-ante-Regulierung stellt für den Marktbeherrscher insofern einen Nachteil gegenüber seinen Wettbewerbern dar, als die von ihm geplanten Angebote stets schon vor ihrer Einführung öffentlich bekannt gemacht werden. Dies gibt allen Wettbewerbern die Möglichkeit, darauf zeitnah oder sogar zeitgleich durch entsprechende Gegenangebote zu reagieren. Um die Einführung missbräuchlicher Entgelte zu verhindern, aber gleichzeitig bezüglich der Bekanntmachung neuer Angebote das marktbeherrschende Unternehmen nicht schlechter als seine Wettbewerber zu stellen, wäre es denkbar, eine nachträgliche Entgeltregulierung, wie in § 38 Abs. 1 TKG und § 39 Abs. 3 Satz 2 TKG vorgesehen, einzuführen. Bei dieser Form der nachträglichen Entgeltregulierung sind Entgelte der Bundesnetzagentur zwei Monate vor dem geplanten Inkrafttreten vorzulegen. Ist ein Entgelt offenkundig missbräuchlich, kann die Regulierungsbehörde innerhalb von zwei Wochen die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Prüfung untersagen. Wettbewerber würden nicht im Vorhinein über die neuen Marketingstrategien des marktbeherrschenden Unternehmens informiert. Allerdings scheint diese Vorschrift in der Praxis im Telekommunikationsbereich selten angewendet zu werden. Dennoch kann sie auf Unternehmen eine disziplinierende Wirkung ausüben.

116. Grundsätzlich steht die Monopolkommission einer Rückführung der Regulierung positiv gegenüber. Zwar besteht derzeit in dieser Hinsicht noch kein Handlungsbedarf. Allerdings ist langfristig gerade im Postwesen, das nicht wie die anderen Netzindustrien durch hohe versunkene Kosten durch den Aufbau eines Netzes gekennzeichnet ist, ein vollständiger Abbau der Regulierung denkbar. Der Sektor würde dann nur noch den Vorschriften des allgemeinen Wettbewerbsrechts unterliegen. Eine solche Rückführung ist im Postbereich jedoch auch bei Wegfall der Ex-ante-Entgeltregulierung im Gegensatz zum Bereich Telekommunikation gerade nicht vorgesehen.⁴⁸ Die Monopolkommission plädiert dafür, bei der nächsten Novellierung des Postgesetzes Vorschriften zur Rückführung des Sektors in das allgemeine Wettbewerbsrecht aufzunehmen, wenn nähere Erfahrungen dies rechtfertigen.

4.4 Rechtliche Fragen

4.4.1 Dynamische Verweisung auf Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes

117. In § 44 Satz 2 PostG wird auf eine Reihe von Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes (TKG) verwiesen. Damit werden unter anderem die Errichtung, der Sitz und die Organisation der Regulierungsbehörde, die Aufsicht durch die Regulierungsbehörde, das Verfahren vor der Regulierungsbehörde sowie der Tätigkeitsbericht und die Zusammenarbeit der Regulierungsbehörde mit anderen Stellen geregelt. Im Rahmen der 2004 in Kraft getretenen TKG-Novelle wurden die Vor-

⁴⁸ Vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2007: Wendepunkt bei der Regulierung, Sondergutachten 50, Bonn, Dezember 2007, Abschnitt 5.1.

schriften, auf die das Postgesetz verweist, in nicht geringem Umfang präzisiert, erweitert und ergänzt. Gleichzeitig wurde die Nummerierung der Paragraphen im Telekommunikationsgesetz geändert. Im Februar 2007 wurden in einer weiteren TKG-Novelle die betroffenen Vorschriften erneut ergänzt und erweitert. In beiden Fällen hat man damit versucht, Abhilfe zu schaffen bei verschiedenen Problemen, die sich in der Praxis mit den alten Vorschriften ergaben.

118. Fraglich ist damit, wie weit die Verweisungsnorm des Postgesetzes nun reicht. Nach dem Wortlaut geht die Bezugnahme des § 44 Satz 2 PostG bereits seit der Novelle von 2004 ins Leere, da das Telekommunikationsgesetz von 1996 gemäß § 152 Abs. 2 TKG 2004 am 26. Juni 2004 außer Kraft getreten ist. Unstreitig ist allerdings, dass der Verweis weiterhin für die Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes 2007 gilt, die sich inhaltlich nicht verändert haben. So hat die Regulierungsbehörde weiterhin den gesetzlichen Auftrag, alle zwei Jahre den gesetzgebenden Körperschaften des Bundes einen Tätigkeitsbericht vorzulegen; ebenso erstellt die Monopolkommission zeitgleich alle zwei Jahre ein Gutachten zur Wettbewerbsentwicklung auf den betreffenden Märkten (§ 81 TKG 1996 bzw. § 121 TKG 2007).

119. Weniger eindeutig ist die Frage, ob auch neu in das Telekommunikationsgesetz aufgenommene Vorschriften im Sinne einer dynamischen Verweisung auf den Postbereich zu übertragen sind oder nicht. Das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig hat dies insofern verneint, als es in zwei Fällen eine Revision im Postbereich für unstatthaft erklärt hat, die sich auf § 137 Abs. 3 TKG 2004 stützte.⁴⁹ In § 137 Abs. 3 TKG 2004 wird die Berufung gegen ein Urteil des Verwaltungsgerichts ausgeschlossen. Gegen das Urteil kann damit nur noch Revision beim Bundesverwaltungsgericht eingelegt werden. Das oberste Gericht hält eine entsprechende Anwendung des § 137 Abs. 3 TKG 2004 auf den Postsektor auch dann für ausgeschlossen, wenn die Verweisungsnorm des § 44 Satz 2 PostG dahin verstanden wird, dass die Verweisung nicht auf die dort genannten Bestimmungen des Telekommunikationsgesetzes 1996 beschränkt ist, sondern sich seit dem Inkrafttreten des TKG 2004 auf die inhaltlich entsprechenden Bestimmungen dieses Gesetzes erstreckt. Denn § 137 Abs. 3 TKG 2004 finde im Telekommunikationsgesetz 1996 und damit auch im Verweisungskatalog des § 44 Satz 2 PostG keine inhaltliche Entsprechung. Deshalb stehe eine Verweisung auf § 137 TKG 2004 nicht in Einklang mit Verfassungsrecht. Eine Verweisungsnorm genüge unter anderem nur dann dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot, wenn sie hinreichend klar erkennen lasse, welche Vorschriften im Einzelnen gelten sollen. Fehle es an einem hinreichend engen inhaltlichen Zusammenhang zwischen den in der Verweisungsnorm in Bezug genommenen Bestimmungen und einer in einem später erlassenen Gesetz enthaltenen Vorschrift, sei nicht in einer dem Bestimmtheitsgebot genügenden Weise zu erkennen, dass diese Bestimmung von der Verweisungsnorm erfasst werde. Das sei hier schon deshalb der Fall, weil die in dem Verweisungskatalog enthaltenen Bestimmungen nicht das verwaltungsgerichtliche Verfahren betreffen. Tatsächlich wurden die Gerichtsverfahren im Telekommunikationsbereich mangels spezialgesetzlicher Vorschriften bis 2004 ausschließlich nach den Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) durchgeführt.

120. Im Lichte dieses Urteils zur Anwendbarkeit des § 137 TKG 2004 erscheint es zunächst problematisch, dass der darauf folgende § 138 TKG 2004 von der Bundesnetzagentur und den Gerichten im Postbereich angewendet wird. § 138 Abs. 1 TKG 2004 legt fest, dass die Bundesnetzagentur an Stelle des Bundeswirtschaftsministeriums über die Vorlage von Urkunden oder Akten bei Gericht

⁴⁹ BVerwG, Beschluss vom 31. Januar 2006, BVerwG 6 B 78.05, und Beschluss vom 28. März 2006, BVerwG 6 C 13.05.

entscheidet. Nach § 138 Abs. 2 TKG 2004 entscheidet das Gericht in der Hauptsache und nicht das Oberverwaltungsgericht wie nach § 99 Abs. 2 VwGO auf Antrag eines Beteiligten darüber, ob Unterlagen vorzulegen sind oder nicht vorgelegt werden dürfen. In beiden Fällen werden die Regelungen des Telekommunikationsgesetzes 2004 auch im Postbereich angewendet. Für die Vorschrift des § 138 Abs. 1 TKG 2004 mag dies allerdings insofern gerechtfertigt sein, als diese Vorschrift bereits vor der TKG-Novelle 2004 durch Art. 18 Nr. 3 des Post- und telekommunikationsrechtlichen Bereinigungsgesetzes vom 7. Mai 2002 (BGBl S. 1529) als § 75a ins Telekommunikationsgesetz eingefügt wurde. Durch die Verweisung im Postgesetz auf die §§ 74 bis 81 TKG bestand dann, geht man von einer dynamischen Verweisung aus, auch ein Verweis auf den neuen § 75a. Die Anwendbarkeit des § 75a TKG auf den Postbereich wurde zudem vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt.⁵⁰

4.4.2 Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission

121. Auch das Recht der Monopolkommission, in die bei der Bundesnetzagentur geführten Akten Einsicht zu nehmen, ist in einem der Paragraphen des Telekommunikationsgesetzes geregelt, auf die § 44 Satz 2 PostG verweist. Das Akteneinsichtsrecht wurde mit der Novelle 2007 ins Telekommunikationsgesetz aufgenommen. Der gesetzliche Auftrag der Monopolkommission besteht unter anderem darin darzulegen, inwieweit Regelungen zur Entgeltregulierung weiterhin erforderlich sind. Dies ist nur dann möglich, wenn sie Zugang zu den Akten der Bundesnetzagentur hat.⁵¹ Um in diesem Punkte Rechtssicherheit zu schaffen, hat der Gesetzgeber 2007 in die Vorschrift des § 121 Abs. 2 TKG einen Satz eingefügt, der der Monopolkommission das Recht gewährt, Einsicht in Akten der Bundesnetzagentur zu nehmen. Es wäre unsinnig, ein derartiges Recht, das im Bereich der Telekommunikation vom Gesetzgeber für so wichtig erachtet wird, dass es explizit ins Gesetz aufgenommen wird, im Postbereich zu verweigern. Schon im Sinne der Einheitlichkeit muss dieses Recht auch für den Bereich des Postwesens gelten. Die Monopolkommission ist zudem der Ansicht, dass es sich bei der Ergänzung des § 121 Abs. 2 TKG 2007, der die Tätigkeit der Monopolkommission regelt, lediglich um eine Präzisierung der entsprechenden Vorschrift handelt. Solche Präzisierungen von Gesetzesvorschriften sollten im Zuge einer dynamischen Verweisung in jedem Fall auch auf das Postgesetz übertragen werden. Dem steht auch das oben erwähnte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts nicht entgegen, das lediglich klarstellt, dass vollständig neu in das Telekommunikationsgesetz eingefügte Vorschriften nicht im Sinne einer dynamischen Verweisung interpretiert und im Postbereich angewendet werden können. Hinzu kommt, dass der Ausschluss der Berufung in § 137 TKG eine singuläre Erscheinung im Verfahrensrecht ist, so dass man nicht ohne weiteres annehmen kann, dass eine Blockverweisungsnorm eines anderen Gesetzes sich ohne weiteres auch auf diesen Ausschluss bezieht. Dagegen ist das Akteneinsichtsrecht gemäß § 121 Abs. 2 TKG eine notwendige Konsequenz des gesetzlichen Auftrags der Monopolkommission. Seine Durchführung zu erleichtern, ist Aufgabe aller staatlichen Einrichtungen, auch der Bundesnetzagentur. Diese ist hierbei allerdings anderer Auffassung. Sie hat der Monopolkommission das Akteneinsichtsrecht im Berichtszeitraum verwehrt. Diese Haltung steht insbesondere im Widerspruch zu ihrer eigenen Anwendung des § 138 TKG 2007 im Postbereich.

122. Eine Änderung des Postgesetzes, die Klarheit darüber schaffen würde, in welchem Umfang auf das Telekommunikationsgesetz verwiesen werden soll, wäre aus Sicht der Monopolkommission äußerst hilfreich. Mit wenig Aufwand könnte hier Rechtssicherheit in einer Vielzahl von rechtlichen

⁵⁰ BVerwG, Beschluss vom 15. August 2003, BVerwG 20 F 3.03.

⁵¹ Auch im Kartellrecht hat die Monopolkommission ein Akteneinsichtsrecht (§ 46 Abs. 21 GWB).

Einzelfragen geschaffen werden. Bis dahin sollten die Beteiligten versuchen, die Verweisung in sinnvoller und konsistenter Weise vorzunehmen. Änderungen innerhalb von Vorschriften, auf die das Postgesetz explizit verweist, sollten in jedem Fall auch im Postbereich angewendet werden. Dies betrifft z.B. das Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission. Teilweise mag es auch sinnvoll sein, im Sinne einer Einheitlichkeit der Rechtsanwendung neu in das Telekommunikationsgesetz eingefügte Vorschriften im Postbereich anzuwenden. Dies ist aber konsequenterweise nur dann möglich, wenn alle Änderungen innerhalb von Vorschriften, auf die das Postgesetz verweist, als dynamische Verweisungen akzeptiert werden.

123. Denkbar wäre, dass bei einer Novellierung des Postgesetzes statt der Verweisung des § 44 Satz 2 PostG auf das Telekommunikationsgesetz die entsprechenden Vorschriften explizit ins Postgesetz aufgenommen werden. Die Monopolkommission hält dies im Hinblick auf die gegenwärtige und zukünftige Verselbständigung der Regulierung des Postsektors für vorzugswürdig. Sie schlägt vor, in diesem Fall den ihr erteilten Arbeitsauftrag in folgender Weise im Postgesetz zu verankern:

- (1) Die Monopolkommission erstellt alle zwei Jahre ein Gutachten, in dem sie den Stand und die absehbare Entwicklung des Wettbewerbs beurteilt, die Anwendung der Vorschriften dieses Gesetzes würdigt und zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen Stellung nimmt. Das Gutachten soll bis zum 30. November eines Jahres abgeschlossen sein, in dem kein Hauptgutachten nach § 44 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgelegt wird. Die Monopolkommission kann Einsicht nehmen in die bei der Bundesnetzagentur geführten Akten einschließlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist. Für den vertraulichen Umgang mit den Akten gilt § 43 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen entsprechend.
- (2) Die Monopolkommission leitet ihre Gutachten der Bundesregierung zu. Die Bundesregierung legt Gutachten nach Abs. 1 Satz 1 den gesetzgebenden Körperschaften unverzüglich vor und nimmt zu ihnen in angemessener Frist Stellung. Die Gutachten werden von der Monopolkommission veröffentlicht. Bei Gutachten nach Abs. 1 Satz 1 erfolgt dies zu dem Zeitpunkt, zu dem sie von der Bundesregierung der gesetzgebenden Körperschaft vorgelegt werden.

Die Formulierung orientiert sich am Wortlaut der entsprechenden Vorschriften in § 121 Abs. 2 TKG und § 62 Abs. 2 EnWG. Alternativ könnten lediglich die Verweisungen im Postgesetz aktualisiert werden. In diesem Fall sollte zumindest aus der Gesetzesbegründung klar hervorgehen, ob die Verweisung künftig statisch oder dynamisch zu verstehen ist, damit bei einer weiteren Novellierung des Telekommunikationsgesetzes die derzeitigen Probleme nicht wieder neu entstehen.

4.4.3 Wahl des Rechtsweges und Verkürzung des Instanzenzuges

124. Mangels spezialgesetzlicher Rechtswegzuweisungen bestimmt sich der Rechtsweg für Streitigkeiten aus dem Postgesetz nach § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Danach ist der Verwaltungsrechtsweg für alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art eröffnet. Derzeit werden Streitigkeiten über Entscheidungen der für den Postsektor zuständigen Beschlusskammer der Bundesnetzagentur demnach vor dem Verwaltungsgericht Köln ausgetragen. Berufungsgericht ist das Obergericht Münster, die höchste Instanz das Bundesverwaltungsgericht in Leipzig. Die Monopolkommission plädiert dafür, die gerichtliche Überprüfung von Entscheidungen der Regulierungsbehörde den Kartellsenaten des Oberlandesgerichts Düsseldorf zu übertragen. Zudem spricht sie sich für eine Verkürzung des Instanzenzuges aus.

125. Im Rahmen ihres Sondergutachtens zur Reform des Telekommunikationsgesetzes hat sich die Monopolkommission ausführlich zur Form der gerichtlichen Kontrolle im Telekommunikationssektor geäußert.⁵² Sie schlug dabei insbesondere eine Änderung des Rechtswegs vor. An die Stelle der Verwaltungsgerichte sollten die Kartellsenate des Oberlandesgerichts und des Bundesgerichtshofs treten. Durch die derzeit getrennten Rechtswege für das Regulierungs- und das allgemeine Wettbewerbsrecht bestehe die Gefahr der Auseinanderentwicklung der Rechtsanwendung in den beiden Bereichen.⁵³ Grundsätzlich treffen die im Sondergutachten 40 der Monopolkommission dargestellten Erwägungen auch auf die Post zu. Allerdings ist es sinnvoll, dass die Netzindustrien bei demselben Gerichtszweig ressortieren. Wenn es bei der Entscheidung des Gesetzgebers bleibt, wonach die gerichtliche Kontrolle im Telekommunikationssektor bei den Verwaltungsgerichten angesiedelt ist, muss dies daher auch für den Bereich der Post gelten. Auf diese Weise wird die gerichtliche Überprüfung von Regulierungsentscheidungen verschiedener liberalisierter Netzindustrien vom gleichen Gericht geprüft. Dies ist insofern wünschenswert, als dadurch am ehesten eine gewisse Einheitlichkeit bei der Rechtsprechung erreicht werden kann.

126. Die Monopolkommission begrüßt die in der Reform des Telekommunikationsgesetzes vorgenommene Verkürzung des Instanzenzuges. Nach § 137 Abs. 3 Satz 1 TKG sind nunmehr in Beschlusskammersachen die Berufung gegen ein Urteil und die Beschwerde gegen eine andere Entscheidung des Verwaltungsgerichts ausgeschlossen. Das schließt die Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts als Berufungsinstanz aus. Aus § 135 Satz 1 VwGO folgt, dass im Falle des Ausschlusses der Berufung die Revision zum Bundesverwaltungsgericht statthaft ist. Durch die Verkürzung des Instanzenzuges soll der Erhalt rechtskräftiger Entscheidungen beschleunigt werden. Wie die Erfahrung mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zeigt, führt die Konzentration auf eine Tatsacheninstanz auch nicht zu einer Abschwächung des Rechtsschutzes.

127. Die Monopolkommission tritt dafür ein, die entsprechende Verkürzung des Instanzenzuges auch im Postgesetz vorzunehmen, denn die exzessive Klagepraxis des ehemaligen Monopolisten verbunden mit einer extrem langen Verfahrensdauer ist auch hier ein Problem für neu in den Markt eintretende Wettbewerber. Beispielhaft sei hier auf das Verfahren zur Höherwertigkeit einer Über-Nacht-Zustellung hingewiesen.⁵⁴ Die Bundesnetzagentur hatte im Jahr 1998 eine D-Lizenz erteilt, bei der die Höherwertigkeit in der Garantie einer Über-Nacht-Zustellung bestand. Diese Entscheidung ist erst im Juni dieses Jahres endgültig rechtskräftig geworden. Da Beschwerden über die Entscheidungen der Bundesnetzagentur keine aufschiebende Wirkung haben, konnten Inhaber einer entsprechenden D-Lizenz die Dienstleistungen der Über-Nacht-Zustellung bereits seit 1998 anbieten. Wenn das Bundesverwaltungsgericht die Höherwertigkeit der Über-Nacht-Zustellung nun jedoch verneint hätte, hätten alle entsprechenden Anbieter ihr Angebot ein- oder umstellen müssen.

4.4.4 Verzögerung rechtskräftiger Entscheidungen durch Zwischenverfahren

128. Eine Hauptursache für die lange Dauer der Verfahren im Postbereich wie im Telekommunikationsbereich sind Zwischenverfahren nach § 99 VwGO, in denen darüber entschieden wird, welche Behördenakten, denen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse beigemessen werden, im Hauptsache-

⁵² Vgl. Monopolkommission, Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes, Sondergutachten 40, Baden-Baden 2004, Tz. 99 ff.

⁵³ Eine gegenteilige Meinung vertritt Gurlit, in: Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, Frankfurt a.M. 2006, § 137 Rn. 8.

⁵⁴ Vgl. Abschnitt 2.2.

verfahren vorzulegen sind. Dies führte beispielsweise dazu, dass die erste Entscheidung des Verwaltungsgerichts Köln zu einer postalischen Einzelgenehmigung erst im Juni 2006 getroffen wurde.⁵⁵ Darin bestätigte das Gericht in erster Instanz eine vier Jahre alte Entscheidung der Bundesnetzagentur über die Höhe der Entgelte für den Zugang zu Postfachanlagen.⁵⁶ Die DPAG hat gegen dieses Urteil Berufung eingelegt. Aufgrund dieser extrem langen Verfahrensdauern sind die von der Entscheidung betroffenen Unternehmen gezwungen, über viele Jahre hinweg Rückstellungen zu bilden. Für kleine Unternehmen kann die Unsicherheit, der sie dadurch ausgesetzt sind, existenzbedrohend sein.

129. Die Monopolkommission tritt daher dafür ein, die Regelungen, die im Telekommunikationsgesetz geschaffen wurden, um Verfahren zu beschleunigen, auch auf den Postbereich zu übertragen. Allerdings erscheint dies nicht ausreichend. In beiden Bereichen sollten die gesetzlichen Rahmenbedingungen so verändert werden, dass eine weitere Beschleunigung von Gerichtsverfahren möglich ist. Denkbar wäre eine Verkürzung des Instanzenzuges auch bei Zwischenverfahren oder eine Anwendung des In-Camera-Verfahrens auch in Hauptsacheverfahren.⁵⁷

4.4.5 Sonstige Behinderungen des Wettbewerbs

130. An der missbräuchlichen Nutzung des Markenrechts, die von der Monopolkommission in ihrem letzten Sondergutachten zur Wettbewerbsentwicklung im Postwesen heftig kritisiert wurde,⁵⁸ hat die DPAG auch im Berichtszeitraum dieses Gutachtens festgehalten. Immerhin ist die vom Deutschen Patent- und Markenamt auf entsprechende Löschungsanträge von Mitbewerbern in mehreren Parallelverfahren angeordnete Löschung der Wortmarke „Post“ vom Bundespatentgericht inzwischen bestätigt worden.⁵⁹ Allerdings sind die Entscheidungen noch nicht rechtskräftig.

131. In Nürnberg wurde einem Wettbewerber der DPAG untersagt, Briefkästen in unmittelbarer Nähe der Briefkästen oder der Filialen der DPAG aufzustellen.⁶⁰ Der Briefdienstleister Brief24 hatte im Stadtgebiet von Nürnberg 52 Briefkästen aufgestellt. Die Briefkästen sind gleich hoch wie die der DPAG, mit roter Farbe lackiert und tragen unter anderem eine weiße Aufschrift „Brief24“. Die Form der Briefkästen weicht von denen der DPAG ab. Die Kunden von Brief24 können ihre Post entweder abholen lassen oder sie in einer roten Sammeltasche in einen der Briefkästen einwerfen. Die Briefkästen von Brief24 befinden sich teilweise in unmittelbarer Nähe zu Briefkästen oder Filialen der DPAG. Die DPAG behauptet, dass es bei ihren Kunden seit Errichtung dieser Briefkästen vereinzelt zu Irritationen darüber gekommen sei, ob sie Briefe, die sie von der DPAG befördern lassen wollten, auch in die roten Briefkästen von Brief24 einwerfen könnten. In einem solchen Fall werden die irrtümlich bei ihnen eingeworfenen Briefe von Brief24 an die DPAG weitergegeben. Da die Briefkästen von Brief24 jedoch nicht vor 18:30 Uhr geleert werden, führt dies dazu, dass die Beförderung der falsch eingeworfenen Briefe tendenziell länger dauert. Wie oft es zu solchen Falscheinwürfen kommt und wie lange sich die Zustellung dadurch verzögert, ist im Gerichtsverfahren nicht geklärt worden.

⁵⁵ VG Köln, Urteil vom 27. Juni 2006, 22 K 1644/02, in: *Netzwirtschaften & Recht*, Jg. 3, 2006, S. 167 ff.

⁵⁶ RegTP, Beschluss vom 30. Juni 2002, BK 5b-06/055.

⁵⁷ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 33, a.a.O., Tz. 211 ff.

⁵⁸ Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 44, a.a.O., Tz. 71 ff.

⁵⁹ BPatG, Entscheidungen vom 11. April 2007, 26 W (pat) 24/06, 25/06, 26/06, 27/06, 28/06 und 26/06.

⁶⁰ LG Nürnberg-Fürth, Entscheidung vom 7. Februar 2007, 3 O 4832/06.

132. Das Gericht sah im Verhalten von Brief24 einen Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 9 a) und b) UWG. Demnach handelt ein Wettbewerber insbesondere dann unlauter, wenn er Waren oder Dienstleistungen anbietet, die eine Nachahmung der Waren oder Dienstleistungen eines Mitbewerbers sind, und dadurch eine vermeidbare Täuschung der Abnehmer über die betriebliche Herkunft herbeigeführt oder die Wertschätzung der nachgeahmten Ware oder Dienstleistung unangemessen ausgenutzt wird. Eine Verwechslungsgefahr der Briefkästen von Brief24 mit denen der DPAG lag nach Ansicht des Gerichts vor. Zwar seien die Briefkästen von Brief24 rot und nicht gelb, allerdings sei rot seit der Einführung der Marke DHL in Deutschland auch als Konzernfarbe der DPAG bekannt. Die Monopolkommission kann diese Argumentation nicht nachvollziehen. Zum einen weist schon die unterschiedliche Form der Briefkästen von DPAG und Brief24 auf den unterschiedlichen Anbieter hin. Zum anderen ist es nicht angemessen, Wettbewerbern den Gebrauch aller Farben zu untersagen, die ein Unternehmen in seinen verschiedenen Marken führt.

133. Die Monopolkommission ist zudem der Ansicht, dass es sachliche Gründe für Brief24 gibt, ihre Briefkästen in unmittelbarer Nähe zu Briefkästen und Filialen der DPAG aufzustellen. Es ist davon auszugehen, dass die Briefkästen und Filialen der DPAG nicht willkürlich im Raum verteilt, sondern an strategisch günstigen neuralgischen Punkten aufgestellt sind, die z.B. verkehrstechnisch günstig gelegen sind oder besonders gut ins Auge fallen. Solche Stellen sind natürlich auch für einen Wettbewerber günstig. Darüber hinaus kann ein Standort allein deshalb attraktiv für einen Wettbewerber sein, weil dort bereits ein alternativer Postanbieter tätig ist. Zum einen können sich Verbraucher solche Standorte besser merken, zum anderen werden die Verbraucher dadurch auf das Angebot des Wettbewerbers aufmerksam. Dies stellt jedoch keine Nachahmung oder Täuschung dar, sondern ist Teil des Wettbewerbs. Es würde auch niemand auf die Idee kommen, Aldi die Eröffnung einer Filiale neben einer Filiale von Lidl zu untersagen. Die Entscheidung des Landgerichts Nürnberg-Fürth bestätigt die Tendenz mancher Gerichte, das wettbewerbsbeschränkende Potential des Unlauterkeitsrechts auszunutzen. Demgegenüber ist auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hinzuweisen, der den „aufgeklärten Verbraucher“, der also seine Wahlmöglichkeiten im Grundsatz kennt, zum Leitbild des Unlauterkeitsrechts erklärt. Ein solcher Verbraucher wird aber durch das Nebeneinander zweier unterschiedlicher Briefkästen nicht zu der irrtümlichen Annahme verleitet, er habe es mit Briefkästen desselben Unternehmens zu tun. Offenbar gelingt es der DPAG aber nach wie vor, nicht als Unternehmen im Wettbewerb, sondern als besonders schutzwürdiger Versorger wahrgenommen zu werden.

134. Die Vorteile, die die DPAG aufgrund ihrer Vergangenheit hat, zeigen sich auch bei Details wie der Aufstellung von Briefkästen und Briefzwischen depotbehältern auf öffentlichem Grund. Bei der DPAG erfolgt dies in vielen Gemeinden kostenfrei, teilweise sogar ohne explizite vertragliche Regelungen. Neue Briefdienstleister dagegen erhalten die Sondernutzungserlaubnis für das Aufstellen ihrer Briefkästen im Allgemeinen nur gegen das Entrichten einer Jahresgebühr. In einzelnen Gemeinden wie in Worms wurde Wettbewerbern der DPAG die Genehmigung zur Aufstellung von Briefkästen sogar verweigert. Oft befinden sich die Depotbehälter und Briefkästen der neuen Briefdienstleister daher auf privatem Gelände oder an Gebäuden in Privatbesitz.

4.5 Die Regulierung von Arbeitsmarktbedingungen durch § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG

135. Die Beschäftigungsbedingungen im Postbereich sind in den letzten Monaten zunehmend thematisiert worden. In diesem Rahmen wurde auch eine weiter gehende Anwendung der sog. Sozial-

klausel des § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG gefordert. Letzteres ist aus Sicht der Monopolkommission schon deshalb abzulehnen, weil es nicht Aufgabe der Bundesnetzagentur ist, über die Arbeitsbedingungen bestimmter Unternehmen zu wachen. Sie ist vielmehr dafür zuständig, durch eine Regulierung des Netzzugangs den Wettbewerb in den ehemals staatseigenen Netzindustrien zu stärken. Vorschriften über Arbeitsbedingungen sollten auf politischem Wege entschieden und durchgesetzt werden und immer branchen- und sektorübergreifend gelten.

136. Die Befürchtung, dass mehr Wettbewerb im Postwesen zu niedrigeren Löhnen für die in dem Sektor Beschäftigten führen könnte, hat schon bei der Verabschiedung des neuen Postgesetzes im Jahre 1997 eine Rolle gespielt. Damals wurde die Aufnahme von Vorschriften zur Sicherung sozialer Mindeststandards für die Beschäftigten der Branche kontrovers diskutiert. Schließlich wurden die §§ 2 Abs. 2 Nr. 5 und 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG im Rahmen des Vermittlungsverfahrens in das Postgesetz aufgenommen. § 2 Abs. 2 Nr. 5 PostG nennt „die Berücksichtigung sozialer Belange“ als ein Ziel der Regulierung des Postwesens. § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG besagt, dass die Erteilung einer Lizenz durch die Regulierungsbehörde zu versagen ist, wenn „Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet“. Die Bundesnetzagentur prüft das Vorliegen der Voraussetzungen des Lizenzversagungsgrundes anhand eines Prüfrasters. Dabei wird auf die Art der Arbeitsverhältnisse (sozialversicherungspflichtig/nicht sozialversicherungspflichtig) abgehoben. Eine Berücksichtigung von Arbeitsbedingungen im Einzelnen (Arbeitslohn, Arbeitszeit, Urlaub, Kündigungsfrist) erfolgt nicht. Sofern der Antragsteller darlegt, dass Arbeiten zu mehr als 80 % der betrieblichen Gesamtarbeitszeit in Arbeitsverhältnissen ausgeführt werden, die für den Bezugsbereich typisch sind, wird unterstellt, dass ein Versagungsgrund nach § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG nicht besteht. Nur sofern Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG gezielt umgangen werden soll, wird unterstellt, dass der Lizenzversagungsgrund besteht.⁶¹

137. Im Rahmen der öffentlichen Diskussion um die Arbeitsbedingungen insbesondere der Zusteller auf den Briefmärkten ist die Bundesnetzagentur aufgefordert worden, die Vorschrift des § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG deutlich enger als bisher auszulegen. So wurde beispielsweise gefordert, die Arbeitsbedingungen bei der DPAG als Vergleichsmaßstab heranzuziehen und eine Lizenz nur dann zu erteilen, wenn die Löhne des Antragstellers um weniger als 10 % unter denen der Angestellten der DPAG liegen. Die Monopolkommission hält diese Auslegung für falsch. Als Bezugspunkt der wesentlichen Arbeitsbedingungen sind vielmehr marktübliche Löhne für vergleichbare Tätigkeiten heranzuziehen. Die Löhne der DPAG liegen, wie bereits erläutert, aufgrund der in ihnen enthaltenen Monopolrenten über den Löhnen, die gezahlt werden können, wenn auf dem betreffenden Produktmarkt Wettbewerb herrscht. Angenommen, diese Löhne würden als Vergleichsmaßstab für alle Unternehmen des Briefsektors herangezogen, würde dies bedeuten, dass einer der wichtigsten Wettbewerbsparameter im Wettbewerb faktisch nicht mehr genutzt werden könnte. Denn im Wettbewerb um die Kunden versuchen die Unternehmen, ein Produkt möglichst hoher Qualität zu einem möglichst niedrigen Preis anzubieten. Qualitätswettbewerb spielt beim Standardbrief wohl nur eine untergeordnete Rolle. Wenn eine gewisse Mindestqualität garantiert ist, also z.B. die zu 95 % garantierte Zustellung über Nacht, wird für die Mehrzahl der Versender der Preis das hauptsächliche Entscheidungskriterium bei der Wahl des Anbieters sein. Preiswettbewerb kann aber in nennenswertem

⁶¹ BNetzA, Mitteilung Nr. 17/2006, Lizenzierung nach dem Postgesetz, Anlage 1, ABl. Nr. 1 vom 11. Januar 2006, S. 77.

Umfang nur dann stattfinden, wenn die Unternehmen die Möglichkeit haben, ihre Preise zu beeinflussen. Dies findet statt, indem Unternehmen die Höhe ihrer Kosten beeinflussen und dann Kostenersparnisse an ihre Kunden weitergeben. Der größte Kostenblock bei der Briefbeförderung und -zustellung sind die Personalkosten. Würde man die Personalkosten regulatorisch in Abhängigkeit von den Löhnen der DPAG festsetzen, würde dies die Möglichkeit, Wettbewerb auf dem Briefmarkt zu entfalten, massiv einschränken. Es wäre aber paradox, eine Vorschrift des Postgesetzes, dessen Zweck es ist, den Wettbewerb im Postwesen zu fördern, dahingehend auszulegen, dass der Wettbewerb nicht nur nicht gefördert, sondern sogar behindert würde. Daraus ergibt sich, dass die Vorschrift des § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG nur in der Form interpretiert werden kann, dass die Erteilung einer Lizenz dann zu verweigern ist, wenn der Antragsteller die Arbeitsbedingungen, die im Bereich des bereits für den Wettbewerb geöffneten Briefsektors üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet. Üblich sind Arbeitsbedingungen, die sich bei wettbewerblicher Öffnung des lizenzierten Bereichs für die Arbeitnehmer tatsächlich ergeben. Das sind die Arbeitsbedingungen, die ein lizenziertes Unternehmen auf den örtlichen Arbeitsmärkten anbieten muss, um Arbeitskräfte für die Ausübung der lizenzpflichtigen Tätigkeit zu gewinnen. Vergleichsmaßstab sind daher auch Löhne, die für ähnliche Tätigkeiten am gleichen Ort gezahlt werden. Da das allgemeine Lohnniveau im Osten Deutschlands niedriger ist als im Westen, sind auch die Löhne, die im Postbereich gezahlt werden, im Osten niedriger als im Westen.

138. Dass die Vorschrift des § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG bei dieser Auslegung faktisch kaum eine Rolle spielt, verwundert nicht. Denn es ist nicht zu erwarten, dass ein Antragsteller unter diesen Bedingungen offene Stellen besetzen kann. Im Bereich qualifizierter Arbeitskräfte ist das Arbeitsangebot nicht viel größer als die Arbeitsnachfrage. Zumindest langfristig wird demnach ein Arbeitnehmer, dessen Lohn unter dem marktüblichen Niveau liegt, in der Lage sein, zu einem besser zahlenden Arbeitgeber zu wechseln. Im Bereich gering qualifizierter Arbeitsplätze gibt es zwar einen großen Angebotsüberhang, allerdings liegen die Löhne in diesem Bereich nur wenig und teilweise gar nicht über dem Niveau dessen, was ein Hartz IV-Empfänger bekommt. Ein Arbeitgeber, der deutlich weniger als den marktüblichen Lohn zahlt, wird deshalb erst recht nicht in der Lage sein, offene Stellen zu besetzen.

139. Unabhängig von der genauen Auslegung der sog. Sozialklausel bilden die §§ 2 Abs. 2 Nr. 5 und 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG einen Fremdkörper im Postgesetz. Zweck des Postgesetzes ist es, durch Regulierung im Bereich des Postwesens den Wettbewerb zu fördern. Die in den betreffenden Vorschriften geforderte Einhaltung sozialer Standards hat damit nichts zu tun. Sie sollten daher bei der nächsten Novellierung des Postgesetzes gestrichen werden.

5. Fazit und Empfehlungen

140. Zum 1. Januar 2008 wird die Exklusivlizenz der DPAG für die Beförderung des Standardbriefes aufgehoben. Die Entfaltung von Wettbewerb ab dem 1. Januar 2008 wird allerdings durch die nach wie vor bestehende Ungleichbehandlung bei der Mehrwertsteuerpflicht massiv behindert. Eine Gleichbehandlung von DPAG und Wettbewerbern sollte hier baldmöglichst erfolgen; bei sachgerechter Auslegung ist sie in der sechsten EG-Mehrwertsteuerrichtlinie bereits angelegt. Doch sollte die Bundesregierung auch auf europäischer Ebene aktiv werden und auf eine baldige klarstellende Änderung der Mehrwertsteuerrichtlinie dringen.

141. Insbesondere durch die Einführung eines überhöhten Mindestlohns für Briefdienstleister wird die Entfaltung von Wettbewerb auf den Briefmärkten nach dem Wegfall der Exklusivlizenz massiv behindert. Die Monopolkommission hält es für einen groben Missbrauch rechtlicher Form, durch eine Ausweitung des Entsendegesetzes und eine darauf beruhende Rechtsverordnung dafür zu sorgen, dass die Wettbewerber der DPAG an einen Tarifvertrag gebunden sind, der von der DPAG und ver.di abgeschlossen wurde. Die DPAG selbst und die Mitglieder von ver.di sind dagegen von diesem Tarifvertrag praktisch nicht betroffen, da die Angestellten der DPAG nach einem Haustarifvertrag bezahlt werden. Die Einführung eines überhöhten Mindestlohns im Briefsektor verhindert eine Senkung der Portopreise und schadet damit den Verbrauchern. Die Monopolkommission schlägt vor, dem Bundeskartellamt künftig bei jeder Form der Allgemeinverbindlicherklärung durch den Bundesarbeitsminister ein Anhörungsrecht einzuräumen. Das Bundeskartellamt soll dabei insbesondere Stellung zu der Frage nehmen, welche Auswirkungen von einer Allgemeinverbindlicherklärung auf die betroffenen Produktmärkte zu erwarten sind. Anderenfalls besteht die Gefahr, dass die Auswirkungen auf den Produktmarktwettbewerb und die Interessen der Verbraucher bei der Entscheidung des Ministers nicht hinreichend berücksichtigt werden.

142. Die gesetzliche Verpflichtung der DPAG zur Erbringung des Universaldienstes läuft Ende 2007 aus. Die Monopolkommission geht davon aus, dass die überwiegende Mehrheit der Universaldienstleistungen auch ohne förmliche Verpflichtung von Unternehmen am Markt erbracht wird. Nur die Bereitstellung von nicht ohnehin am Markt erbrachten Universaldienstleistungen sollte von der Bundesnetzagentur durch eine Ausschreibung organisiert werden. Der Umfang der Universaldienstleistungen sollte auf das von der Europäischen Union vorgeschriebene Mindestmaß reduziert werden.

143. Das größte regulatorische Problem im Postwesen stellt die Berücksichtigung von Zusatzkosten über die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung hinaus bei der Entgeltregulierung dar. Das Postgesetz sieht vor, dass die DPAG bei der Genehmigung von Entgelten neben den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zusätzlich Kosten für Altlasten und für den Universaldienst berücksichtigen lassen kann. Die Bundesnetzagentur sollte bei der Berücksichtigung dieser Zusatzkosten deutlich restriktiver vorgehen. Insbesondere dürfen nach Ansicht der Monopolkommission ab dem 1. Januar 2008 keine Kosten für den Universaldienst bei der Entgeltbemessung mehr berücksichtigt werden, da die gesetzliche Verpflichtung der DPAG zur Erbringung des Universaldienstes am 31. Dezember 2007 ausläuft. Bei der Berücksichtigung von Altlasten müssten die Vorteile, die der DPAG durch die Übernahme der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost entstanden sind, gegengerechnet werden. Der Gesetzgeber sollte in einer Novellierung des Postgesetzes nur noch die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung als Maßstab für die Entgeltregulierung aufnehmen.

Dies wäre auch im Rahmen einer Angleichung an die Regulierungsvorschriften in den anderen Netzindustrien geboten, in denen ebenfalls die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung im Wesentlichen alleiniger Maßstab für die Entgeltbemessung sind.

144. Eine Novellierung des Postgesetzes ist auch deshalb notwendig, da schon seit einigen Jahren eine Reihe von Verweisen in § 44 Satz 2 PostG auf Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes formal ins Leere laufen. Im aktuellen Telekommunikationsgesetz stehen diese Vorschriften nicht nur unter anderen Nummern, sie sind darüber hinaus zu einem großen Teil verändert und erweitert worden. Die dadurch entstehenden Unklarheiten bei der Rechtsanwendung im Postbereich sollten baldmöglichst beseitigt werden. In diesem Zusammenhang sollte auch der Monopolkommission explizit ein Akteneinsichtsrecht bei der Bundesnetzagentur eingeräumt werden. Sie benötigt dies, um ihren gesetzlichen Auftrag zu erfüllen.

145. In den letzten beiden Jahren hat sich erster Wettbewerb bei Postzustellaufträgen und auf den Märkten für postvorbereitende Dienstleistungen entwickelt. Die Monopolkommission ist allerdings pessimistisch, was eine Ausweitung von Wettbewerb auf andere Bereiche des Briefwesens angeht. Im Bereich der Privatkundenpost ist durch die Beibehaltung der Mehrwertsteuerbefreiung der DPAG und die Einführung eines Mindestlohns der Markteintritt für Wettbewerber außerordentlich erschwert worden. Umso schwerwiegender ist es, dass auch regulatorisch nicht gegen die überhöhten Preise der DPAG für Privatkundenpost vorgegangen wird. Die Bundesnetzagentur hat darauf verzichtet, bei der Einführung einer neuen Price-Cap-Regulierungsperiode das Ausgangsentgeltniveau auf das gesetzlich vorgeschriebene Niveau der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zuzüglich Zusatzkosten zu senken bzw. eine Absenkung der Preise auf dieses Niveau innerhalb der nächsten Regulierungsperiode vorzusehen. Die DPAG wird daher weiterhin in der Lage sein, auf Kosten der Verbraucher Renditen von über 15 % zu erzielen.

146. Im Bereich der Geschäftskundenpost ist zwar mit einer gewissen Belebung des Wettbewerbs durch den Wegfall der Exklusivlizenz zu rechnen. Allerdings wird der Wettbewerb überwiegend über den Teilleistungszugang stattfinden, so dass die große Masse des Geschäfts weiterhin bei der DPAG verbleiben wird. Die Entfaltung von Infrastrukturwettbewerb ist durch die Einführung des Mindestlohns besonders stark gehemmt worden, da der Bereich der Zustellung außerordentlich personalintensiv ist. Dies ist nicht nur zu bedauern, weil dadurch die von der Marktöffnung zu erwartenden positiven Beschäftigungswirkungen nicht oder nur sehr stark eingeschränkt eintreten werden, sondern auch weil nur durch den Aufbau paralleler Netze Wettbewerb auf allen Ebenen der Briefbeförderung entsteht.

Bonn, im Dezember 2007

Jürgen Basedow

Jörn Aldag

Justus Haucap

Peter-Michael Preusker

Katharina M. Trebitsch