

MONOPOLKOMMISSION

Sondergutachten 67

Post 2013:

Wettbewerbsschutz effektivieren

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

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	5
Kurzfassung.....	7
1. Spektrum, Abgrenzung und Analyse des Postsektors.....	18
1.1 Postmärkte und deren Abgrenzungen.....	18
1.2 Eingeschränkte Marktberichterstattung der Bundesnetzagentur.....	21
1.3 Analyse und Entwicklung der Briefmärkte.....	22
1.3.1 Zentraler Marktfaktor Sendungsmengenentwicklung?.....	23
1.3.2 Marktanteile im Briefmarkt und deren Entwicklung.....	25
1.3.3 Wettbewerb oder (Quasi-)Monopol in den Segmenten des Briefmarktes?.....	25
1.4 Sichere elektronische Post, Hybridmail und elektronische Poststellen.....	27
1.5 Analyse und Entwicklung der Paketmärkte.....	28
1.5.1 Entwicklungen in deutschen KEP-Märkten.....	30
1.5.2 Entwicklungen bei deutschen Paketdiensten.....	33
1.5.3 Probleme und Potenziale der Datenanalyse im KEP-Segment.....	37
1.6 Wechselwirkungen zwischen Teil- und benachbarten Märkten.....	39
1.7 Fazit.....	40
2. Rechtliche und regulatorische Rahmenbedingungen.....	42
2.1 Institutionen.....	42
2.2 Kosten- und Entgeltmaßstäbe in Regulierung und Missbrauchsaufsicht.....	43
2.2.1 Kostenstandards in Kartell- und Regulierungsrecht.....	45
2.2.2 Ökonomische Aspekte von Kostenstandards im Postsektor.....	50
2.3 Wettbewerbsformen und Regulierungslandschaft auf den Briefmärkten.....	55
2.3.1 Zustell- und Konsolidierungswettbewerb und angrenzende (Teil-)Märkte.....	56
2.3.2 Regulierung.....	57
2.3.2.1 Entgeltregulierung im Endkundenbereich.....	58
2.3.2.2 Entgeltregulierung für den Zugang zu Komponenten der postalischen Infrastruktur.....	63
2.3.2.3 Entgeltregulierung für förmliche Zustellungen?.....	65
2.3.2.4 (Unzureichende) Regulierung von Großkundenpreisen und Teilleistungsrabatten.....	65
2.3.3 Missbrauchsaufsicht.....	66
2.3.3.1 Zuständigkeiten und Tatbestände: Regulierungsdesign.....	66
2.3.3.2 Marktbeherrschung: Besondere Verantwortlichkeit des (Quasi-)Monopolisten.....	67
2.3.3.3 Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur.....	68

2.3.3.4 Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht.....	70
2.3.3.5 Aufsicht, Compliance und die Kosten unscharfer Regeln.....	71
2.3.3.6 Komplementarität regulierungs- und kartellbehördlicher Miss- brauchsaufsicht.....	73
2.3.4 Kartellverbot und Fusionskontrolle.....	75
2.4 Wettbewerbsformen und Regulierungslandschaft in den Paketmärkten.....	76
2.5 Rechnungslegung, Kostendaten und Kostenprüfung.....	78
2.6 Staatliche Vergünstigungen für die DPAG und europäisches Beihilferecht.....	81
2.7 Elektronische Post – Substitut und Gateway.....	86
2.7.1 Sichere E-Mail: De-Mail und Konkurrenzprodukte.....	86
2.7.2 Sichere E-Mail als Gateway für physische Zustellung.....	88
3. Zentrale Regulierungs- und Wettbewerbsprobleme.....	90
3.1 Begriffsverwirrung und dynamische Effizienz.....	90
3.1.1 Postdienstleistung als „natürliches Monopol“?.....	91
3.1.2 Soziale Nachhaltigkeit von Wettbewerb im Postbereich.....	92
3.1.3 Positive Wirkungen und Reichweite des Wettbewerbs.....	96
3.2 Institutionelle Hintergründe der defizitären Marktordnung.....	97
3.2.1 Effektive Interessenvertretung und gebremste Liberalisierung.....	97
3.2.2 Der Bund als Anteilseigner und Wettbewerbshüter.....	99
3.2.3 Negative Anreizwirkungen politischer Unsicherheit.....	99
3.2.4 Ressourcenasymmetrie.....	101
3.3 Umsatzsteuerbefreiung.....	101
3.4 Ausschreibungspflicht und Vergabepaxis.....	104
4. Zentrale Anknüpfungspunkte einer effektiveren Wettbewerbs- aufsicht.....	107
4.1 Angemessene Ausgestaltung der Marktaufsicht.....	107
4.2 Marktdatenerfassung und Market Monitoring.....	109
4.3 Regulatorische Datenerfassung.....	110
4.4 Nachdrückliche Durchsetzung kartellrechtlicher Maßstäbe.....	113
4.5 Kostenmaßstäbe.....	114
4.6 Novellierung des Postrechts.....	114
4.6.1 Postgesetznovelle.....	114
4.6.2 Universaldienstreform.....	119
4.6.3 Kostenprüfung auf Grundlage eines analytischen Kostenmodells.....	120
4.7 Umsatzsteuerbefreiung im Wettbewerb.....	121
4.8 Privatinitiative Durchsetzung der Marktordnungsregeln?.....	123
4.8.1 Durchsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.....	124

4.8.2 Schadensersatzklagen beeinträchtigter Wettbewerber.....	124
4.8.3 Vergaberechtsschutz.....	125
4.8.4 Steuerrechtliche Konkurrentenklage.....	125
4.8.5 Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb?.....	126
4.9 Vollständige Privatisierung der DPAG.....	126
5. Ausblick und Empfehlungen.....	128

Verzeichnis der Abbildungen und Tabellen

Abbildung 1.1: Umsätze und Sendungsmengen im lizenzpflichtigen Bereich.....	24
Abbildung 2.1: Entwicklung der Beihilfe- und Versorgungsleistungen.....	82
Tabelle 1.1: Sendungsvolumen – Veränderungen der fünf großen Paketdienstleister (%).....	35
Tabelle 1.2: Umsatz – Veränderungen und Marktanteile der fünf großen Paketdienstleistern (%).....	35

Vorwort

Der Monopolkommission legt mit diesem Bericht ihr achttes Sondergutachten zur Wettbewerbsentwicklung auf den deutschen Postmärkten vor und erfüllt damit den gesetzlichen Auftrag des § 44 Postgesetz (PostG) i.V.m. § 81 Abs. 3 Telekommunikationsgesetz (TKG) 1996.* Die Monopolkommission nimmt Stellung zu der Frage, ob auf den Märkten des Postwesens funktionsfähiger Wettbewerb herrscht, und weist auf notwendige Konsequenzen für einzelne Regelungen des Postgesetzes hin.

Zur Vorbereitung ihrer Stellungnahme im Postbereich hat die Monopolkommission am 18. April 2013 in einer Anhörung mit Wettbewerbern und Verbänden über die Wettbewerbsentwicklung im Postwesen diskutiert. Teilnehmer waren der Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste e.V. (BIEK), der Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e.V. (BdKEP), die Deutsche Post AG (DPAG), der Deutsche Verband für Post, Informationstechnologie und Telekommunikation e.V. (DVPT), die Francotyp Postalia Holding AG, die MailworXs GmbH, die P2 Brief + Paket GmbH & Co. KG sowie die TNT Post Holding Deutschland GmbH. Schriftliche Stellungnahmen abgegeben haben – neben der Mehrzahl der Anhörungsteilnehmer – der Bundesverband Briefdienste e.V. (bbd), der Bundesverband Deutscher Postdienstleister e.V. (BvDP), die DPD Dynamic Parcel Distribution GmbH & Co. KG, die General Logistics Systems Germany GmbH & Co. OHG (GLS), die Hermes Logistik Gruppe Deutschland GmbH, die PIN Mail AG, der United Parcel Service Inc. & Co. OHG (UPS), die MRU GmbH, die Deutsche Telekom AG, die Mentana-Claimsoft GmbH, die United Internet AG, die Christliche Gewerkschaft Postservice und Telekommunikation (CGPT), die Kommunikationsgewerkschaft DPV und die Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft (ver.di).

Eine Reihe weiterer Unternehmen und Verbände, Wissenschaftler und Wissenschaftlerinnen sowie Berater und Beraterinnen wurde befragt, hat aber keine Stellungnahme abgegeben.

Die Vizepräsidenten der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Frau Dr. Iris Henseler-Unger und Herr Peter Franke, sowie Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen dieser Behörde standen der Monopolkommission am 12. September 2013 zur Diskussion zur Verfügung. Am gleichen Tag fand auch ein Gespräch der Monopolkommission zu Postthemen mit dem Vizepräsidenten des Bundeskartellamtes, Herrn Dr. Peter Klocker, sowie weiteren Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen dieser Behörde statt.

Darüber hinaus gab es vielfältige Kontakte zwischen der Geschäftsstelle der Monopolkommission und Mitarbeitern sowie Mitarbeiterinnen der Bundesnetzagentur, des Bundeskartellamtes und des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, der Europäischen Kommission, weiterer Behörden und einer Reihe von Gerichten sowie der

* Die Verweisung des § 44 PostG auf das Telekommunikationsgesetz in seiner Fassung vom 25. Juli 1996 hätte aufgrund der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes einer Änderung des Postgesetzes bedurft. Dazu ist es noch immer nicht gekommen. Die Monopolkommission geht jedoch für die vorliegende Stellungnahme davon aus, dass der gesetzliche Auftrag für das Sondergutachten im Postsektor inhaltlich unverändert fortbesteht.

Unternehmen und Verbände. Die Monopolkommission dankt allen Beteiligten für ihre Mitwirkung.

Die Monopolkommission bedankt sich bei ihren wissenschaftlichen Mitarbeitern Herrn Kai Schmidt, der das Gutachten federführend betreut hat, und bei Herrn Dr. Oliver Bischoff, der einzelne Abschnitte des Gutachtens bearbeitet hat.

Kurzfassung

Wettbewerbsituation und -entwicklung in den Postmärkten

- 1.*** Auf dem Briefmarkt hat eine eindeutig unbefriedigende, teilweise sogar rückläufige Entwicklung des Wettbewerbs stattgefunden. Dort bewegt sich der Marktanteil der Deutschen Post AG (DPAG) weiterhin im Bereich von 90 %. Dabei sind seit der vollständigen Liberalisierung des Postsektors 2008 nur sehr geringfügige Ausweitungen der Marktanteile der Wettbewerber der DPAG zu beobachten. Auch die übrigen Wettbewerbsindikatoren sprechen eindeutig dafür, dass von funktionsfähigem Wettbewerb im Briefmarkt aktuell keine Rede sein kann. So sind die Wettbewerber in diesem Bereich fast ausschließlich kleine und mittelständische Unternehmen und in vielen Bereichen des Bundesgebietes auf die Endzustellung über die DPAG angewiesen. Wettbewerber stellen bundesweit etwa so viele Sendungen selbst zu, wie sie in das Zustellnetz der DPAG einspeisen. Nicht zuletzt aufgrund der weiten Spielräume der DPAG bei der Festlegung der Rabatte für diesen Teilleistungszugang verfügt diese über erheblichen Einfluss auf die Profitabilität konkurrierender Zustellnetze. Neben Wettbewerbern mit eigenem lokalem oder regionalem Zustellnetz nutzen auch Großkunden und Konsolidierungsdienstleister den Teilleistungszugang der DPAG, über den weiterhin rund drei Viertel der durch die DPAG zugestellten Sendungen erbracht werden. Wenn die DPAG in manchen Marktsegmenten regional auch Wettbewerb ausgesetzt ist, so steht sie doch in vielen lokalen und regionalen Märkten der Marktgegenseite als (Quasi-)Monopolist gegenüber.
- 2.*** Die Verbindung von Briefdiensten mit Zusatzleistungen wird zunehmend wichtiger. Neben Mehrwertdiensten wie Dialogmarketing, Sendungserstellung und Poststellenbetrieb spielen sichere E-Mail, Hybridmail und elektronische Poststellen eine immer bedeutendere Rolle auch für den Wettbewerb im Briefmarkt. Die Monopolkommission regt daher gegenüber Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt an, die betreffenden Märkte genauer zu beobachten.
- 3.*** In den Paketmärkten haben zwar in vielen Segmenten Wettbewerber gewisse Marktanteile gewinnen können; der Wettbewerb stagniert aktuell jedoch, ist noch immer nicht voll funktionsfähig und bleibt gefährdet. Dabei bestehen insbesondere für grenzüberschreitende Sendungen weiterhin erhebliche Wettbewerbshindernisse.
- 4.*** Insgesamt erscheint die Stellung der DPAG auch im Bereich der Paketdienstleistungen deutlich gefestigt. Unabhängig von den genauen Marktanteilen in einzelnen Marktsegmenten profitiert sie von ihrer flächendeckenden Präsenz mit entsprechenden Netzwerksynergien, von erheblichen Verbundvorteilen zwischen verschiedenen Produkten sowie von der Breite ihrer Produktpalette nahezu über das gesamte Kontinuum der Paket- und Expressmärkte.
- 5.*** Die Monopolkommission untersucht auch die Reichweite des Wettbewerbs und seine positiven Wirkungen. Dabei stellt sie fest, dass der Wettbewerb in einigen Bereichen des Postsektors zu Verbesserungen der Servicequalität, zu niedrigeren Preisen und auch zu neuen Produkten geführt hat. So profitiert nicht zuletzt die DPAG von den Möglichkeiten des Wettbewerbs.

6.* Die Monopolkommission erörtert die Abgrenzung der einzelnen Postmärkte und weist darauf hin, dass für eine wettbewerbliche Beurteilung keine allgemeingültigen Markt- abgrenzungen getroffen werden können. Entscheidend für eine Einschätzung der Wettbewerbsfähigkeit einzelner Märkte ist die Gesamtheit der Umstände, die den aktuellen und potenziellen Wettbewerbsdruck ausmachen. Für statistische Zwecke sollte allerdings im Interesse einer Vergleichbarkeit über die Zeit von vergleichbaren Markt- abgrenzungskriterien ausgegangen werden.

7.* Insoweit bedauert die Monopolkommission, dass die Bundesnetzagentur seit 2009 ihre Marktberichterstattung stark eingeschränkt hat. Dabei begrüßt sie zwar grundsätzlich die Einbindung externen Fachverständs in die Marktdatenerfassung. Sie fordert die Bundesnetzagentur jedoch auf, sich im Interesse einer Verbesserung der Datenqualität an den in ihrem Auftrag von Dritten durchgeführten Erhebungen zu beteiligen.

8.* Insgesamt stellt die Monopolkommission auf Basis der verfügbaren Daten weiterhin eine marktbeherrschende Stellung der DPAG auf den postalischen Kernmärkten fest. Nicht zuletzt profitiert diese im Wettbewerb von ihrer starken Position auf einer ganzen Reihe von benachbarten und Annexmärkten.

Rechtliche und regulatorische Rahmenbedingungen

9.* Eine eingehende Untersuchung widmet die Monopolkommission den Grundlagen der Regulierung durch die Bundesnetzagentur sowie der Missbrauchsaufsicht durch diese und das Bundeskartellamt im Postsektor.

10.* Aufbauend auf einer Darstellung des rechtlichen und institutionellen Rahmens der Postmarktaufsicht analysiert die Monopolkommission zunächst vertieft die hier geltenden Kosten- und Entgeltmaßstäbe für marktbeherrschende Unternehmen. Die juristischen Kostenmaßstäbe des Kartellrechts und des Postgesetzes (PostG) bauen auf ökonomischen Kostenmaßstäben auf und bedürfen einer Interpretation. Bei deren aktueller Anwendung verbleiben dem marktbeherrschenden Unternehmen erhebliche Spielräume, welche die Wirksamkeit der behördlichen Entgeltauufsicht beeinträchtigen.

11.* Während das Postgesetz insoweit in Verbindung mit der Post-Entgeltregulierungsverordnung (PEntgV) detaillierte Vorgaben macht, basiert die Ausfüllung des kartellrechtlichen Verbots des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen nach Art. 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und nach § 19 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vor allem auf Richterrecht.

12.* Nach dem Postrecht haben sich Entgelte eines marktbeherrschenden Unternehmens im lizenzpflichtigen Briefbereich an einem modifizierten KeL-Maßstab (Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung) zu orientieren. Der nach Kartellrecht auf marktbeherrschende Unternehmen anwendbare Entgeltmaßstab hingegen orientiert sich grundsätzlich an den tatsächlichen Kosten des Unternehmens und ist abhängig vom Kontext des jeweiligen Unternehmenshandelns.

13.* Beide Maßstäbe gelten zwar grundsätzlich direkt. Allerdings werden Entgelte im regulierten lizenzpflichtigen Briefbereich vorausschauend reguliert, in den übrigen Bereichen auf Grundlage einer breiten Datenhaltung der Bundesnetzagentur zu den Strukturen und den Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens überprüft.

Demgegenüber beginnt das Bundeskartellamt bei der Durchsetzung des Kartellrechts immer erst nach Verfahrenseröffnung, diese Daten zu erheben.

14.* Grundsätzlich versuchen beide Regelungskomplexe, die Machtausübung des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber Abnehmern und Wettbewerbern auf ein effizientes Maß zu reduzieren. Im kartellrechtlichen Kontext ist vor allem der „Leistungswettbewerb“ geschützt, während das Postgesetz die „Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, auch in der Fläche“ vorsieht. Allerdings gibt das Postrecht zusätzlich die Berücksichtigung von Kosten auf, die im Wettbewerb nicht entstehen würden, insbesondere von Kosten einer flächendeckenden Versorgung mit Postdienstleistungen („Universaldienstlasten“) und von Kosten für die Einhaltung der wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind, und die Kosten aus der Übernahme von Versorgungslasten für die Beschäftigten, die aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost entstanden sind („Soziallasten“).

15.* Aus der Spannung zwischen ökonomischer Theorie und regulatorischer Praxis ergibt sich eine Reihe von Problemen, die die Monopolkommission vertieft untersucht. Dabei wird festgestellt, dass kartell- und postrechtliche Maßstäbe in vielem verwandt sind, Erstere jedoch grundsätzlich eine effektivere Wettbewerbsaufsicht ermöglichen.

Wettbewerbsformen und Regulierungslandschaft in den Postmärkten

16.* Von besonderer Bedeutung für den Briefmarkt ist zunächst die Unterscheidung zwischen Zustell- und Konsolidierungswettbewerb. Während in ersterem Fall die Wettbewerber die Briefdienstleistung vollständig von der Einsammlung bis zur Zustellung („End-to-End“) erbringen, greifen sie im letzteren Fall teilweise für den Transport und immer für die Endzustellung auf das Zustellnetz der DPAG zurück.

17.* Unterschiedliche Entgelte bzw. Rabatte marktbeherrschender Unternehmen unterliegen einem Normenspektrum von Regulierung, Vorlagepflichten und Missbrauchsaufsicht. Dabei sind allein Entgelte im lizenzpflichtigen Bereich (Briefe bis 1.000 g) einer echten (Ex-ante-)Regulierung unterworfen, während für die übrigen Bereiche eine (Ex-post-)Missbrauchsaufsicht sowie teilweise Vorlagepflichten gelten. Parallel zu diesen durch die Bundesnetzagentur durchgesetzten Regeln des Postgesetzes findet eine Missbrauchsaufsicht gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen auf Grundlage des allgemeinen Kartellrechts durch das Bundeskartellamt sowie die Europäische Kommission statt.

18.* Zustell- und Konsolidierungsdienstleistungen erscheinen aus Sicht der Wettbewerber vielfach austauschbar: Soweit am Bestimmungsort einer Sendung kein eigenes oder verbundenes Zustellnetz zur Verfügung steht, kann ein Postdienstleister diese Sendung typischerweise nur durch Nutzung der Zustellnetze der DPAG zustellen. Nicht zuletzt aufgrund vereinfachter Teilleistungsbedingungen und sukzessive (2008, 2010 und 2012) erhöhter Teilleistungsrabatte der DPAG von bis zu 40 % auf den Endkundenpreis haben sich in den letzten Jahren Attraktivität und Nutzung des Teilleistungszugangs erheblich gesteigert. Niedrigere Teilleistungsentgelte machen eine eigene Zustellung durch Wettbewerber betriebswirtschaftlich entsprechend weniger attraktiv; die Unternehmen entscheiden hier zwischen Selbsterstellung und Einkauf der

Zustelleistung. Daher sind die Teilleistungsrabatte von entscheidender Bedeutung für die Entstehung und die finanzielle Tragfähigkeit paralleler Zustellnetze.

19.* Die Entgeltregulierung auf dem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen erfolgt entweder im Einzelgenehmigungsverfahren oder im Price-Cap-Verfahren.

20.* Einzelentgeltgenehmigungen wurden unter anderem für die physische Zustellung von E-Postbriefen 2010 und 2012 unter Widerrufsvorbehalt und Auferlegung einer quartalsweisen Berichtspflicht über Absatz- und Umsatzzahlen erlassen. Die Entscheidungen sind grundsätzlich nicht zu beanstanden; die Monopolkommission regt jedoch an, die betroffenen Nachbarmärkte genau zu beobachten und entsprechende Marktdaten zu erheben.

21.* Die Price-Cap-Regulierung von Endkundenentgelten erfolgt in zwei Schritten: Zunächst werden Maßgrößen, erwarteter branchenspezifischer Produktivitätsfortschritt (X-Faktor) und sonstige Vorgaben für die Regulierungsperiode festgelegt (Maßgrößenentscheidung). In einem zweiten Schritt werden Preiserhöhungsanträge des Marktbeherrschers nach ihrer Vereinbarkeit mit der sich aus der Differenz zwischen X-Faktor und Inflation ergebenden Preisobergrenze beschieden (Price-Cap-Entscheidung). Dabei ist der Marktbeherrscher bei der Verteilung des Preiserhöhungsspielraums auf einzelne Produkte innerhalb des festgesetzten Dienstleistungskorbs grundsätzlich frei. Für die Entgeltgenehmigung gilt der besondere Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, die um die Berücksichtigung von Universaldienst- und Soziallasten erweitert werden.

22.* Für den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2013 gilt im Briefbereich die dritte Price-Cap-Maßgrößenentscheidung, die alle betroffenen Produkte in einem Dienstleistungskorb zusammenfasst und von einer Produktivitätsfortschrittsrate von 0,6 % p.a. ausgeht. Explizit vorausgesetzt wurde die Beibehaltung des Service-niveaus, die jedoch durch die Bundesnetzagentur bislang kaum überprüfbar ist. Auf Basis dieser Maßgrößenentscheidung genehmigte die Bundesnetzagentur ab 2013 eine Entgelterhöhung von 2,8 % für das gesamte Produktspektrum, was für einzelne Produkte in Preissteigerungen bis zu 25 % umgesetzt wurde.

23.* Am 14. November 2013 erging die ab 2014 gültige Maßgrößenentscheidung, die für fünf Jahre gilt. Da nach deren Feststellungen eine marktbeherrschende Stellung der DPAG bei jeder denkbaren Marktabgrenzung anzunehmen ist, wird die genaue Marktabgrenzung offengelassen. Sämtliche Leistungen im regulierten Bereich werden in einen Dienstleistungskorb zusammengefasst. Die Behörde geht weitgehend davon aus, dass der Effizienzmaßstab eingehalten wurde. Die Entscheidung ermöglicht eine gewichtete Gesamtkapitalrendite von 8,5 % vor Steuern. Als Soziallasten werden Kosten für nicht wettbewerbsübliche Personal- und Sozialkosten sowie Kosten aus der Übernahme von Versorgungslasten für die Beschäftigten der früheren Bundespost berücksichtigt. Hinsichtlich der Universaldienstlasten werden Kosten angerechnet, die sich als Remanenzeffekte infolge der früheren Filialorganisation ergeben. Zudem setzt die Entscheidung die Kosten des sechsten wöchentlichen Zustelltages als Universaldienstlasten an. Der X-Faktor wird insgesamt – statt wie von 2004 bis 2011 mit 1,8 % und von 2012 bis 2013 mit 0,6 % – nur noch mit 0,2 % festgesetzt. Eine entscheidende Nebenbedingung ist die Berichtspflicht der DPAG zu Qualitätsfaktoren der Postdienstleistungen.

24.* Die Monopolkommission hält die Bestimmungen der Entscheidung grundsätzlich für geeignet, die im Gesetz vorgesehenen Ziele zu erreichen. Allerdings erscheinen einige Punkte bedenklich.

25.* Die Feststellungen der Bundesnetzagentur zur marktbeherrschenden Stellung der DPAG decken sich mit denen der Monopolkommission. Die Festlegung der Regulierungsperiode auf fünf Jahre gewährt der DPAG Planungssicherheit und setzt grundsätzlich Anreize zur Hebung von Effizienzen. Allerdings begegnen die dem angesetzten X-Faktor zugrunde liegenden Annahmen Bedenken. Auch die Übereinstimmung des Ausgangsentgeltniveaus mit den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung erscheint der Monopolkommission zweifelhaft. Besonders bedenklich ist aus Sicht der Monopolkommission die angesetzte gewichtete Gesamtkapitalrendite von 8,5 % vor Steuern, deren Angemessenheit der Monopolkommission jedenfalls fraglich erscheint. Die Monopolkommission begrüßt die Ausgestaltung der Nebenbestimmungen der Entscheidung sowie den aufgenommenen Widerrufsvorbehalt, die teilweise eine nachlaufende Korrektur der stark auf Prognosen beruhenden Entscheidung ermöglichen.

26.* Im Briefmarkt ist insbesondere auch der Zugang zu Postfachanlagen und zu Adressänderungsinformationen der DPAG von hoher Bedeutung für die Wettbewerbsfähigkeit der Wettbewerber. Entsprechende Entscheidungen der Behörde haben erheblichen Einfluss auf den Wettbewerb.

27.* Im Bereich lizenzpflichtiger Postdienstleistungen muss ein marktbeherrschendes Unternehmen auf dem beherrschten Markt grundsätzlich Teile der von ihm erbrachten Beförderungsleistungen gesondert anbieten (Teilleistungen). Neben den dafür berechneten Teilleistungsentgelten stehen Großkundenentgelte, die weder reguliert noch vorlagepflichtig sind. Teilleistungsentgelte sind nach der zweifelhaften Rechtsauffassung der Bundesnetzagentur ganz überwiegend nur nachträglich vorlagepflichtig. In diesem Bereich liegen entscheidende Stellschrauben des Wettbewerbs im Briefmarkt, deren Bedeutung die gesetzlichen Vorschriften und die Praxis der Bundesnetzagentur nur eingeschränkt gerecht werden.

28.* Neben der (Ex-ante-)Regulierung durch die Bundesnetzagentur steht die (nachlaufende) Durchsetzung des Verbots eines Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen durch diese Behörde, das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission.

29.* Die Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur hatte im Berichtszeitraum zum einen die Geltung der Entgeltgenehmigungen für Konzern-Tochtergesellschaften der DPAG und für einzelne Produkte, zum anderen die Teilleistungsrabatte der DPAG zum Gegenstand. Die Entscheidung in der Sache „First Mail“ im Jahre 2011 stellte die Geltung der für die DPAG relevanten Maßstäbe auch für von ihr voll kontrollierte Tochterunternehmen fest. Im Verfahren „Infopost“ untersagte die Bundesnetzagentur 2012 den Versand inhaltsgleicher Rechnungen durch die DPAG zum reduzierten Werbesendungstarif als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot. Die mehrfache Erhöhung der Teilleistungsrabatte der DPAG wurde 2010 und 2012 von der Bundesnetzagentur überprüft; ein Verstoß gegen Vorschriften des Postgesetzes wurde nicht festgestellt. Daneben ermittelt die Bundesnetzagentur seit Juli 2013 zum Vorwurf einer Diskriminierung von Konsolidierungsdienstleistern. Insgesamt erscheint die Missbrauchsaufsicht der Bundesnetzagentur im Postbereich vor allem für strukturelle Sachverhalte, weniger für Preisgestaltungen wirkungsvoll.

30.* Die Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt hingegen unterliegt abweichenden Maßstäben und kann grundsätzlich den Wettbewerb wirksamer schützen. Die Behörde hat in den vergangenen Jahren jährlich zwischen einem und vier Fällen Missbrauchsverfahren im Postbereich eröffnet. Aktuell von besonderer Bedeutung ist ein Verfahren wegen des Verdachts missbräuchlich niedriger Großkundenpreise der DPAG; dieses Verfahren dauert noch an. Die Monopolkommission ermutigt das Bundeskartellamt, Untersuchungen über weitergehende Verstöße durchzuführen. Ein weiteres Verfahren wegen des Verdachts einer Wettbewerberbehinderung durch ein Beteiligungsunternehmen der DPAG wurde nach Verhandlungen der Parteien eingestellt.

31.* Vor diesem Hintergrund untersucht die Monopolkommission das Zusammenspiel von Aufsicht, Compliance und unscharfen Regeln. Sie stellt fest, dass den Mitarbeitern marktbeherrschender Unternehmen zwar die Einhaltung gesetzlicher Verhaltenspflichten obliegt, diese Compliance-Pflicht jedoch angesichts unklarer Regeln ins Leere laufen kann. In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission die Behörden und den Gesetzgeber darauf hin, dass die praktische Wirkung dieser zentralen Compliance-Pflicht des marktbeherrschenden Unternehmens DPAG in dem Maße gesteigert wird, in dem eine Klärung der Graubereiche post- und kartellrechtlich zulässigen Verhaltens in den relevanten Normen des Postgesetzes und in der Praxis erfolgt.

32.* Kartellverbot und Fusionskontrolle werden durch das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission auch im Briefbereich durchgesetzt bzw. ausgeübt. Im Berichtszeitraum sind zwar keine Kartellverstöße bekannt geworden; die Monopolkommission weist jedoch auf die direkte Geltung dieses Verbots hin. Im Briefbereich waren einige kleinere kontrollpflichtige Unternehmenszusammenschlüsse zu beobachten. In einem Fall waren möglicherweise wettbewerbswidrige Effekte eines Beteiligungserwerbs durch die DPAG wegen der zu geringen Umsätze des übernommenen Unternehmens nicht überprüfbar.

33.* In den deutschen Paketmärkten ist bislang fast ausschließlich Zustellwettbewerb zu beobachten; in den einzelnen Marktsegmenten bestehen mehrere parallele bundesweite Zustellnetze, deren Betreiber bei der Paketzustellung nur in geringem Umfang kooperieren. Trotz der sehr starken Stellung der DPAG ist hier ein gewisser Wettbewerb zu beobachten, dessen genauere Untersuchung jedoch an der geringen Belastbarkeit der verfügbaren Marktdaten scheitert. In diesen Märkten ist keine Ex-ante-Regulierung, sondern ausschließlich Missbrauchskontrolle vorgesehen, die jedoch bislang nur zu informellen Ermittlungen geführt hat. Insoweit empfiehlt die Monopolkommission der Bundesnetzagentur und dem Bundeskartellamt, den relevanten Sachverhalt zeitnah umfassend auszuermitteln und gegebenenfalls ein formelles Verfahren zu eröffnen.

34.* In Bezug auf grenzüberschreitende Paketdienstleistungen ist die Datenlage noch weniger belastbar. Die Europäische Kommission ist jedoch unter anderem auf Grundlage eines Grünbuchs von 2012 konkret bestrebt, den normativen Rahmen insoweit wettbewerbsfreundlicher zu gestalten. Diese Bestrebungen, insbesondere in Bezug auf Marktdatenerfassung und Verbrauchertransparenz, begrüßt die Monopolkommission grundsätzlich. Sie warnt jedoch davor, die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs durch zu strikte Vorgaben zu gefährden. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Markt auch die Untersagung der geplanten Fusion zwischen UPS und TNT Express durch die Europäi-

sche Kommission im Januar 2013. Die angebotenen umfangreichen Abhilfemaßnahmen vermochten die prognostizierten Wettbewerbsbeeinträchtigungen insbesondere im grenzüberschreitenden Expressmarkt nicht wirksam zu beseitigen.

35.* Eingehend untersucht die Monopolkommission die Erfassung von Daten der DPAG durch die Bundesnetzagentur für Zwecke der Regulierung im Postbereich (regulatorische Datenerfassung). Dabei wird festgestellt, dass die vom Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten, welche eine Belastbarkeit der verwendeten Zahlen sicherstellen sollen, nur ansatzweise ausgeschöpft werden. Die Behörde nimmt zwar eine Reihe von Prüfungen vor, kann aber angesichts der Komplexität der Materie sowie der Wahlrechte und Spielräume des Unternehmens hier nur in sehr geringem Maße eine echte Verifikation der Daten erreichen.

Staatliche Vergünstigungen für die DPAG und europäisches Beihilferecht

36.* Nicht unerhebliche Wettbewerbsverzerrungen stellt die Monopolkommission auch auf Grundlage einer Reihe von indirekten Zahlungen und Steuerbefreiungen fest, die der DPAG von Seiten des Bundes gewährt werden und die diese gegenüber Wettbewerbern besserstellen.

37.* Insbesondere handelt es sich dabei um Zahlungen für die früher und aktuell im Postwesen tätigen Beamten. Die Pensionslasten für Postbeamte stellen die Kehrseite der auch von der DPAG übernommenen Aktiva dar. Sie werden jedoch von dieser für die ihr zuzuordnenden Beamten nur zu einem geringen Teil getragen. Die diesbezüglichen Zahlungen des Bundes betragen über 7 Mrd. Euro jährlich (für alle Postnachfolgeunternehmen), werden noch bis etwa 2030 ansteigen und bis über 2070 hinaus die Postnachfolgeunternehmen entlasten. Das auch von der Europäischen Kommission in der Sache seit 1994 gegen die DPAG geführte Verfahren befindet sich gerade zum zweiten Mal vor den europäischen Gerichten und dürfte von seinem Abschluss noch weit entfernt sein. Insoweit stellt die Monopolkommission einige wesentliche Veränderungen der Grundlagen fest, auf denen die Kostenübernahme im Rahmen der Postprivatisierung in den 1990er Jahren beschlossen wurde. Insgesamt bedauert die Monopolkommission die Intransparenz der Zahlungsflüsse und (Netto-)Vergünstigungen. Sie empfiehlt der Europäischen Kommission und den politisch Verantwortlichen, im Interesse sachgerechter Politik die relevanten Zahlen zu ermitteln bzw. ermitteln zu lassen und transparent zu machen.

Elektronische Post – Substitut und Gateway

38.* Die Monopolkommission untersucht weiter den Rechts- und Wettbewerbsrahmen für die De-Mail. Sie begrüßt die Schaffung eines Ordnungsrahmens für Secure E-Mail durch das De-Mail-Gesetz. Die bessere Vergleichbarkeit und Kompatibilität der einzelnen Angebote gibt dem Markt teilweise Konturen und fördert insoweit den Wettbewerb in diesem Bereich durch die Schaffung eines „level playing field“. Soweit jedoch Inkompatibilitäten mit konkurrierenden Diensten bestehen, fordert die Monopolkommission die Bundesregierung und die Unternehmen auf, Möglichkeiten eines systemübergreifenden Austauschs von Nachrichten zu untersuchen. Die Monopolkommission bedauert grundsätzlich, dass die Vorschriften des E-Government-Gesetzes nur teilweise diensteneutral ausgelegt sind, erkennt jedoch die Notwendigkeit an, eine

einheitliche gesicherte Kommunikationsplattform für die Verwaltung zur Verfügung zu stellen. Neben der Substitutionswirkung durch (Secure-)E-Mail wirken sich insbesondere häufig auf Secure-E-Mail aufbauende elektronische Poststellen- und Hybridmailangebote auf den Briefmarkt aus. Die Monopolkommission regt vor dem Hintergrund der Missbrauchspotenziale in diesen Märkten Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt an, diese genauer zu beobachten.

Zentrale Regulierungs- und Wettbewerbsprobleme

39.* In der Analyse der politischen Diskussion um den Wettbewerb in den Postmärkten stellt die Monopolkommission den hier oft überstrapazierten Begriff „natürliches Monopol“ in den Kontext einer wirklichkeitsnahen Betrachtung. Dabei stellt sie fest, dass nicht zuletzt angesichts der beobachtbaren und zu erwartenden Markt-, Produkt- und Prozessentwicklungen keinesfalls davon ausgegangen werden kann, dass im Postsektor lediglich ein Anbieter dauerhaft profitabel arbeiten könnte. Erforderlich ist vielmehr eine genauere Betrachtung der Verhältnisse auf den einzelnen geografischen und sachlichen Märkten.

40.* Die Monopolkommission stellt fest, dass Wettbewerb im Postsektor durchaus mit nachhaltigen angemessenen Beschäftigungsbedingungen vereinbar ist. Insoweit ist nicht ohne Bedeutung, dass die unzulässigerweise verallgemeinerten Einzelfälle nicht allein Wettbewerber, sondern auch die DPAG und deren Subunternehmer betreffen. Die Monopolkommission konstatiert einen seit 2012 stark sensibilisierten Umgang der Branche mit den Arbeitsbedingungen ihrer Mitarbeiter und begrüßt die von der Bundesnetzagentur unternommene Untersuchung der Arbeitsbedingungen im Postbereich. Sie weist allerdings darauf hin, dass neben der Lohnhöhe eine Reihe weiterer, oftmals „weicher“ Faktoren zumindest ebenso bedeutsam sein kann, und fordert die Behörde auf, auch insoweit Daten zu erfassen und so die Grundlage für die öffentliche Diskussion zu verbessern.

41.* Vor der Wiedereinführung eines nicht marktkonformen, postspezifischen Mindestlohns warnt die Monopolkommission, da dieser Arbeitsplätze vernichten und indirekt die Marktmacht der DPAG stärken könnte; sie weist auch auf die erheblichen rechtlichen Probleme einer derartigen Marktabschottung hin.

42.* Die Monopolkommission macht eine Reihe institutioneller Hintergründe der defizitären Marktordnung aus. Zum einen analysiert sie die effektive Interessenvertretung der DPAG und deren Einfluss auf die gebremste Liberalisierung. Sie erkennt die Legitimität und die Vermittlungsleistung von Interessenvertretung grundsätzlich an, fordert jedoch die Beteiligten zu einem bewussteren und transparenteren Umgang damit auf.

43.* Zum Zweiten stellt sie weiterhin Anreizverzerrungen beim Bund als Anteilseigner und Wettbewerbshüter fest. Sie weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass mit dem Anteilspaket des Bundes an der DPAG keine wesentlichen Einflussmöglichkeiten mehr verbunden sind, und fordert vor diesem Hintergrund die Bundesregierung erneut auf, die restlichen Anteile in Höhe von 21 % am Aktienkapital der DPAG zu veräußern.

44.* Zum Dritten hat die Monopolkommission den Eindruck, dass einige politische Entscheidungsträger nicht zu einer wirklichen Liberalisierung der Postmärkte bereit

sind. Dies kann Auswirkungen auf die praktische Arbeit der Behörden haben, die befürchten müssen, dass behördlich durchgesetzte Wettbewerbsverbesserungen politisch wieder rückgängig gemacht werden. In diesem Zusammenhang ruft sie Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur auf, ihre Annexkompetenzen im Werben für den Wettbewerb effektiv einzusetzen und wettbewerbsbehindernde Missstände transparent zu machen.

45.* Viertens stellt die Monopolkommission eine erhebliche Asymmetrie zwischen DPAG und Behörden bei den für Gerichtsverfahren einsetzbaren Ressourcen fest, die im Verbund mit den aktuellen institutionellen Strukturen die behördliche Wettbewerbsaufsicht gefährden kann. Insbesondere können insoweit Rechtsmittelverfahren der DPAG die behördliche Kontrolldichte vermindern. Im Interesse einer Korrektur möglicher Anreize für das regulierte Unternehmen stellt die Monopolkommission eine zu anhängigen Gerichtsverfahren proportionale Aufstockung der entsprechenden behördlichen Kapazitäten zur Diskussion.

46.* Die faktische Einseitigkeit der der DPAG gewährten Umsatzsteuerbefreiung für Universaldienstleistungen widerspricht dem europäischen wie dem deutschen Recht und verzerrt den Wettbewerb zulasten der Wettbewerber nicht unerheblich. Mögliche Nettomehrkosten der DPAG für den im Wettbewerb erbrachten Universaldienst könnten zulasten des Wettbewerbs und der Steuerzahler überkompensiert werden. Die Unsicherheit der genauen Reichweite der Befreiung belastet Wettbewerb, Vergabeverfahren und Finanzverwaltung teilweise erheblich. Vor diesem Hintergrund spricht sich die Monopolkommission dafür aus, in einem ersten Schritt die Umsatzsteuerbefreiung diskriminierungsfrei zu gewähren und in einem zweiten Schritt auf ihre Abschaffung auf europäischer Ebene hinzuwirken.

47.* Der praktische Umgang öffentlicher Auftraggeber mit der Ausschreibungspflicht für Postdienstleistungen kann bislang mangels zentraler Erfassung nur stichprobenartig erfasst werden. Dabei haben sich in diesem Berichtszeitraum keine Hinweise auf eine besondere Häufung der Nachprüfungsverfahren im Postsektor oder eine wettbewerbswidrige Nutzung des Vergaberechtsschutzes ergeben. Die Monopolkommission analysiert kurz einige vergaberechtliche Probleme mit besonderer Bedeutung für den Postsektor. Zur Verminderung wettbewerbsverzerrender Fehler in Vergabeverfahren schlägt die Monopolkommission eine verstärkte zentrale Unterstützung der Auftraggeber vor. In Betracht kommt insoweit etwa ein von hoheitlicher Seite veröffentlichter, aktueller postspezifischer Leitfaden für Vergabeverfahren. Auch die in dieselbe Richtung gehenden Vorschläge der Europäischen Kommission zur Reform des sektorspezifischen Vergaberechts von 2011 begrüßt die Monopolkommission grundsätzlich. Die Monopolkommission ruft die politischen Entscheidungsträger und den europäischen Gesetzgeber auf, die notwendigen Reformschritte nicht unnötig zu verschieben. Der deutsche Gesetzgeber sollte bei einer Umsetzung des voraussichtlich in der ersten Jahreshälfte 2014 zu beschließenden Richtlinienpakets zum Vergaberecht die Modernisierungschancen für das deutsche Vergaberecht nutzen.

Zentrale Anknüpfungspunkte einer effektiveren Wettbewerbsaufsicht

48.* In Hinblick auf eine effektivere Ausgestaltung der Wettbewerbsaufsicht analysiert die Monopolkommission zunächst die Aufsichts- und Regulierungspraxis der Behörden.

Sie vermag auf Grundlage der ihr vorliegenden Erkenntnisse die Angemessenheit der Personalausstattung und Ressourcenverteilung der Behörden nicht im Einzelnen zu bewerten, hält jedoch aus der Gesamtheit der zusammengetragenen Einsichten eine (zeitweilige) Aufstockung der Schlagkraft der betreffenden Einheiten für wünschenswert. Daneben erscheint es möglich, die Kooperation von Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt im Postbereich weiter auszubauen. Die Monopolkommission empfiehlt insoweit die Einleitung einer Sektoruntersuchung nach § 32e GWB.

49.* Auch die laufende Marktdatenerfassung durch die Bundesnetzagentur sollte modernisiert und effektiviert werden. Neben der verbesserten Einbindung Dritter erscheint hier vor allem eine Verbindung mit den Ergebnissen einer Post-Sektoruntersuchung sowie des vom Bundeswirtschaftsministerium in Auftrag gegebenen Postmarkt-Monitoring für 2013 und 2014 Erfolg versprechend.

50.* Ein Ansatz für die Hebung von Wirksamkeitspotenzialen der Regulierungspraxis liegt nach Auffassung der Monopolkommission in einer Modernisierung der Datenerfassung der Bundesnetzagentur bei marktbeherrschenden Unternehmen zu Zwecken der Regulierung. In einem ersten Schritt erscheinen der Monopolkommission Stichproben auf Grundlage des internen Rechnungswesens von Verfahrensbeteiligten sinnvoll. In einem zweiten Schritt könnte mittelfristig die regulatorische Datenerfassung weitgehend automatisiert werden, was nicht unerhebliche Vorteile auch für die Unternehmensseite haben dürfte.

51.* Zusätzlich empfiehlt die Monopolkommission der Bundesnetzagentur, die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (auch) auf Grundlage eines analytischen Kostenmodells zu ermitteln.

52.* Für die Umsetzung der unvollendeten Postgesetznovelle der vergangenen Legislaturperiode besteht weiterhin dringender Bedarf. Dabei sieht die Monopolkommission angesichts stagnierenden Wettbewerbs nur in sehr begrenztem Umfang Möglichkeiten zur Deregulierung. In diesem Gutachten analysiert die Monopolkommission eine Reihe von Vorschriften des Postgesetzes und macht detaillierte Verbesserungsvorschläge, die teilweise über den Regierungsvorschlag von 2013 hinausgehen. Dabei erscheinen die bestehenden materiellen Verhaltensmaßstäbe sowohl für marktbeherrschende Unternehmen als auch für den Wettbewerbsschutz grundsätzlich ausreichend. Um den bereits 1997 im Postgesetz festgeschriebenen Zielen näher zu kommen, ist insbesondere eine Effektivierung der Befugnisse der Bundesnetzagentur notwendig.

53.* Im Einzelnen empfiehlt sich eine Klarstellung des Verbots von Preis-Kostenschere sowie der Regulierungspflichtigkeit von Teilleistungsentgelten. Für Großkundenverträge erscheint eine Vorlagepflicht notwendig. Der Zugang zu Adressänderungsdaten sollte verbessert werden. Auch erscheint eine Umsetzung der Vorgaben der Dritten Postdiensterichtlinie von 2008 in mancher Hinsicht erforderlich, so etwa für einen erweiterten Zugang zu Komponenten der postalischen Infrastruktur, für verbesserte Informationsflüsse sowie für externe Prüfungen der Kostenrechnungssysteme und der Dienstqualität des Universaldienstleisters. Die Ex-ante-Genehmigungspflicht von Entgelten für förmliche Zustellungen sollte auf marktbeherrschende Unternehmen reduziert werden. Die Referenzierung von Arbeitsmarktbedingungen im Zielkatalog des Postgesetzes und die Anerkennung von Sozial- und Universaldienstlasten der DPAG

sind unpraktikabel, erschweren den Wettbewerbsschutz und sollten ersatzlos entfallen. Die Erteilung falscher Auskünfte sollte, wie im Regulierungs- und Kartellrecht üblich, als Ordnungswidrigkeit erfasst werden. Marktteilnehmern sollte ein formelles Antragsrecht bei der Bundesnetzagentur eingeräumt werden. Die Auskunftsbefugnisse der Bundesnetzagentur sollten um den Postmärkten benachbarte Märkte ergänzt werden. Schließlich sind die Verweisungen des Postgesetzes auf das 2004 geänderte Telekommunikationsgesetz zu aktualisieren oder, besser, die entsprechenden Normen in das Postgesetz zu integrieren. Von besonderer Bedeutung ist hierbei das auf Grundlage der aktuellen Regelung umstrittene Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission bei der Bundesnetzagentur in Bezug auf das Postwesen.

54.* Eine Reform des Universaldienstes und der Post-Universaldienstleistungsverordnung erscheint nicht allein vor dem Hintergrund veränderter Kommunikationsgewohnheiten, sich verschiebender Sendungsmengen und neuer technologischer Entwicklungen angezeigt. Einer solchen Reform sollte eine umfassende Erhebung relevanter Faktoren vorausgehen; den Potenzialen des Wettbewerbs sollte bei einer Reform so weit als möglich Rechnung getragen werden.

55.* Schließlich beleuchtet die Monopolkommission die Möglichkeiten und Probleme einer privatinitiativen Durchsetzung der Marktordnungsregeln. In Betracht kommen dabei vor allem die Durchsetzung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots, Schadensersatzklagen und Vergaberechtschutz beeinträchtigter Wettbewerber, die steuerrechtliche Konkurrentenklage sowie der lauterkeitsrechtliche Wettbewerbsschutz. Hier liegt die Vermutung nahe, dass die rechtlichen Möglichkeiten oftmals faktisch nicht ausgeschöpft werden. Das dürfte, neben rechtlichen und faktischen Unwägbarkeiten, vor allem auf die unterschiedliche Finanzkraft der DPAG und der regelmäßig deutlich kleineren sowie weniger finanzkräftigen Wettbewerber zurückzuführen sein. Auch die Tatsache, dass nahezu alle Wettbewerber im Briefgeschäft auf den Teilleistungszugang der DPAG angewiesen sind, der ein erhebliches, rechtlich schlecht fassbares Diskriminierungspotenzial bietet, dürfte deren Motivation entsprechend begrenzen.

1. Spektrum, Abgrenzung und Analyse des Postsektors

1. Die für das Postwesen relevanten Märkte stellen unterschiedlich eng verbundene Teile eines Kontinuums dar, die nur partiell vom Postgesetz (PostG) erfasst werden. So ist die Beförderung von Büchern, Katalogen, Werbeprospekten, Zeitungen oder Zeitschriften nur dann eine Postdienstleistung im Sinne des Postgesetzes, wenn sie durch Postdienstleister erfolgt. Ebenso wenig werden Pakete über 20 kg erfasst. Eine Abgrenzung zwischen verschiedenen Produkten des Postmarktes wie etwa Päckchen, Warensendung und (Maxi-)Brief ist für viele Sendungen nur eingeschränkt möglich.

2. Neben den „klassischen“ Postdienstleistungen wie dem Transport von Briefen, Sendungen und Paketen spielen im Postmarkt zunehmend vor- und nachgelagerte Dienstleistungen eine wichtige Rolle (z. B. Dialogmarketing, Sendungserstellung, Poststellenbetrieb etc. im Briefbereich ebenso wie Lagerhaltung, Konfektionierung, Retourenmanagement etc. im Paketbereich).

3. Eine allgemeingültige Abgrenzung der betroffenen Märkte ist dabei nicht möglich; vielmehr können Marktabgrenzungen je nach Erkenntnisinteresse teilweise erheblich differieren und sich im Zeitablauf verändern. Mit der Marktabgrenzung variieren in aller Regel auch die Marktanteile der unterschiedlichen Anbieter. Entsprechend unterschiedlich stellt sich das jeweilige Wettbewerbsumfeld dar, sodass die Feststellung von Marktbeherrschung (und davon abgeleitet die Erfassung einzelner Unternehmen durch bestimmte Normen) von der genauen Marktabgrenzung abhängen kann. Daraus entstehen Anreize für Unternehmen, im kartell- und regulierungsrechtlichen Kontext ihre Marktanteile „kleinzurechnen“. Für die Einschätzung des Standes des Wettbewerbs und der Wettbewerbsentwicklungen sind die einzeln abgegrenzten Märkte allerdings lediglich heuristischer Analysegeräten.

4. Der in Deutschland seit 2008, europaweit seit 2011 bzw. 2013 vollständig liberalisierte Postmarkt ist einerseits ganz überwiegend noch immer stark von dem historisch gewachsenen Monopol, andererseits von Prozess- und Produktinnovationen geprägt. Insgesamt konstatiert die Monopolkommission weiterhin eine marktbeherrschende Stellung der Deutschen Post AG (DPAG) auf den postalischen Kernmärkten. Auf dem Briefmarkt hat eine überwiegend eindeutig unbefriedigende, teilweise sogar rückläufige Entwicklung des Wettbewerbs stattgefunden. Im Paketmarkt haben zwar in allen Segmenten Wettbewerber gewisse Marktanteile gewinnen können; der Wettbewerb ist jedoch noch immer nicht voll funktionsfähig und bleibt gefährdet. Dabei bestehen insbesondere für grenzüberschreitende Sendungen weiterhin erhebliche Wettbewerbshindernisse.

1.1 Postmärkte und deren Abgrenzungen

5. Der Postsektor hat eine zentrale wirtschaftliche Bedeutung. Die Umsätze auf den – von der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (BNetzA) für die Datenerfassung definierten – Postmärkten betragen im Jahr 2011 insgesamt 26,4 Mrd. Euro, davon 8,9 Mrd. Euro im lizenzpflichtigen Briefbereich¹, 11,2 Mrd. Euro im Paketbereich, 3,3 Mrd. Euro im Bereich der Zustellung un-

¹ Diese und nachfolgende Marktdaten stammen – soweit nicht abweichend gekennzeichnet – aus dem Jahresbericht 2012 der Bundesnetzagentur; BNetzA, Jahresbericht 2012 – Energie, Kommunikation,

adressierter Werbesendungen und 3 Mrd. Euro im Bereich der Zustellung adressierter Zeitungen und Zeitschriften.² Bei diesen Zahlen handelt es sich teilweise um Schätzungen, denen nur grobe Marktabgrenzungen zugrunde liegen. Neben den unmittelbaren Postmärkten wird eine Vielzahl von Sendungen teilweise über parallele Distributionskanäle befördert, insbesondere Bücher, Kataloge, Zeitungen, Zeitschriften und unadressierte Werbesendungen. Daneben ist eine Vielzahl von Spezialdistributionsanbietern im Markt tätig, etwa für Textilien und Pharmazeutika,³ die teilweise in Wettbewerb zu Postdienstleistern stehen.

6. Die Identifizierung betroffener Märkte ist für eine Reihe von Rechtsfolgen unerlässlich. Für die Anwendung des Kartellrechts kommt es beim Verbot des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung und bei der Fusionskontrolle⁴ – soweit nicht Marktbeherrschung unter jeder denkbaren Marktabgrenzung vorliegt –⁵ in der Regel auf die Beherrschung präzise (sachlich und räumlich) abgegrenzter Märkte an. Analog⁶ setzt im Postgesetz eine Reihe von Rechtsfolgen die Marktbeherrschung eines (bzw. mehrerer) Unternehmen voraus, insbesondere die Entgeltregulierungspflicht nach § 19, die Expost-Entgeltüberprüfung nach § 25, die Angebots- und Zugangsgewährungspflichten für Teilleistungen, Infrastrukturen und Adressinformationen sowie die besondere Missbrauchsaufsicht nach §§ 28 ff. Nicht zuletzt auch die Pflicht zur strukturellen Separierung von Geschäftsbereichen und die Rechnungslegungsvorgaben nach § 10 PostG hängen von Marktbeherrschung ab.

7. Ausgangspunkt der rechtlich verbindlichen Marktabgrenzung ist in der Regel das modifizierte Bedarfsmarktkonzept, das auf der Austauschbarkeit aus Abnehmersicht aufbaut und insbesondere Angebotssubstitutionseffekte mit einbezieht; daneben sind mögliche Markteintritte als potenzieller Wettbewerb mit zu berücksichtigen. Dabei ist die Marktabgrenzung immer im Rahmen des verfahrensspezifischen Erkenntnisinteresses vorzunehmen und stellt nicht selten einen Schwerpunkt der Entscheidungen dar.⁷ § 48 PostG setzt bei Entscheidungen der Bundesnetzagentur über Marktabgrenzungen und Marktbeherrschung das Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt (BKartA) voraus.

8. Für Zwecke der Marktbeobachtung sollte hingegen im Interesse der Vergleichbarkeit auf der Zeitachse in der Regel von konstanten Abgrenzungskriterien ausgegangen werden. Die Bundesnetzagentur unterscheidet bei ihrer Marktberichterstattung zwischen

Mobilität: Gemeinsam den Aufbau gestalten, Bonn 2012. Zahlen für 2012 sind vorläufige Daten der Bundesnetzagentur.

2 Vgl. Dieke, A.K./Junk, P./Niederprüm, A. (WIK), Postmarkterhebung 2012, Nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen und postnahe Beförderungsleistungen, Studie für die Bundesnetzagentur, Endbericht, Bad Honnef, Dezember 2012, S. 5 f., 21, 24.

3 Vgl. etwa die Analyse bei MRU, Marktuntersuchung auf den Märkten für nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen und postnahe Beförderungsdienstleistungen, im Auftrag der Bundesnetzagentur, Hamburg, Januar 2011, S. 29 ff.

4 Dabei stellt die Marktbeherrschung in der europäischen und (neuen) deutschen Fusionskontrolle nurmehr ein Regelbeispiel für das Entscheidungskriterium der erheblichen Beeinträchtigung wirklichen Wettbewerbs dar.

5 Vgl. eingehender hierzu Monopolkommission, Mehr Wettbewerb, wenig Ausnahmen, Hauptgutachten 2008/2009, Baden-Baden 2010, Tz. 550 ff., insbes. Tz. 553 f.

6 Für das Postgesetz gelten nach § 4 Nr. 6 die Marktbeherrschungskriterien des GWB.

7 Vgl. eingehender zur Einordnung der Marktabgrenzung etwa zuletzt Monopolkommission, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Hauptgutachten 2010/2011, Baden-Baden 2012, Tz. 672 ff., sowie eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a.a.O., Tz. 543 ff.

lizenzpflichtigen Postmärkten (die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen bis 1.000 g für andere, § 5 PostG) einerseits und nicht lizenzpflichtigen Postmärkten sowie postnahen Beförderungsdienstleistungen andererseits,⁸ wobei innerhalb der beiden Bereiche teilweise weiter aufgeschlüsselt wird.

9. In ihrer Entscheidungspraxis zum Briefmarkt geht die Bundesnetzagentur bislang in einer Reihe von Entscheidungen von einem Markt für die Beförderung von Standardbriefen bis 1.000 g und einem Markt für grenzüberschreitende Standard-Briefdienstleistungen aus.⁹ Daneben stellen die Zugangspflichten zu Teilleistungen, Postfachanlagen und Adressänderungsinformationen nach § 28 ff. auf eben diesen Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen ab. Teilweise wurde eine weitere Untergliederung des Marktes (etwa zwischen Allgemein zugänglichkeit und Massenbeförderung bzw. Privat- und Geschäftskunden, nach Universaldienstleistungen und höherwertigen Postdienstleistungen, nach Produktionsschritten und nach Inhaltsgleichheit) erwogen, aber mangels Entscheidungserheblichkeit offen gelassen, da die DPAG auf allen denkbaren Teilmärkten über Marktbeherrschung verfügte.¹⁰ Der Paketmarkt war bislang nicht Gegenstand von Entscheidungen der Bundesnetzagentur.

10. Das Bundeskartellamt hat in jüngerer Zeit keine Entscheidungen im Postmarkt erlassen, untersucht jedoch seit November 2012 den Briefmarkt mit Fokus auf Großabnehmer im Geschäftskundenbereich. Die Europäische Kommission hat in dem Fusionskontrollverfahren UPS/TNT Express Anfang 2013 die Untersagung des Zusammenschlusses auf der Abgrenzung eigenständiger nationaler Märkte für grenzüberschreitende Express-Paketdienstleistungen gestützt und diesen von Frachtmärkten, langsameren Paketdiensten und nach der Sendungsdestination (national, international innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums und international in die übrige Welt) abgegrenzt.¹¹ In jüngerer Zeit wurden in verschiedenen Kommissionsverfahren daneben etwa nationale Märkte für Geschäftskundenpakete (Business-to-Business, B2B)¹² und für grenzüberschreitend adressierte Standard-Geschäftskunden-Briefdienstleistungen¹³ abgegrenzt.¹⁴

11. Während also die genauen Marktabgrenzungen für einzelne behördliche Verfahren oftmals nicht im Einzelnen entscheidungsrelevant sind und je nach dem relevanten Sachverhalt stark differieren können, ist für die Einschätzung der Wettbewerbssituation

8 Vgl. BNetzA, Lizenzpflichtige Briefdienstleistungen, Marktdaten 2008-2011, 2013, gegenüber Dieke, A.K./Junk, P./Niederprüm, A. (WIK), Postmarkterhebung 2012, a.a.O.

9 Vgl. etwa die Maßgrößenentscheidung vom 14. November 2011, BK5-11/17, die Entgeltentscheidungen zur Hybridmail vom 15. Juni 2012, BK5-12/17 und vom 5. Dezember 2012, BK5-12/38 sowie die Maßgrößenentscheidung vom 14. November 2013, BK5-13/001.

10 Vgl. etwa die Entscheidungen der Bundesnetzagentur zur nachträglichen Entgeltüberprüfung vom 14. Juni 2011, BK5-11/18, und zu Infopost und Infobrief vom 26. März 2012, BK5-11/24.

11 Bis zum Redaktionsschluss dieses Gutachtens war die Entscheidung nicht im Volltext veröffentlicht: EU-Kommission, Entscheidung vom 30. Januar 2013, M.6570; vgl. die Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom gleichen Tage „Commission blocks proposed acquisition of TNT Express by UPS“, http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_6570.

12 Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 21. April 2009, M.5152, Posten AB/Post Danmark A/S.

13 Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 4. Juli 2012, M.6503, La Poste/Swiss Post.

14 Vgl. allgemeiner hierzu auch die Kriterien in der Bekanntmachung der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor und über die Beurteilung bestimmter staatlicher Maßnahmen betreffend Postdienste von 1998, ABl. EG Nr. C 39 vom 6. Februar 1998, S. 2.

und -entwicklung eine konstante und möglichst disaggregierte Erfassung vor allem von Sendungsmengen und Umsatzzahlen der einzelnen Marktsegmente erforderlich.¹⁵

1.2 Eingeschränkte Marktberichterstattung der Bundesnetzagentur

12. Bis 2009 hat die Bundesnetzagentur die Ergebnisse der jährlichen Untersuchungen des Marktes für lizenzpflichtige Postdienstleistungen veröffentlicht, die einen hohen Detaillierungsgrad hatten und auf Grundlage weitreichender Marktdaten eine gute Einschätzung der Marktentwicklung ermöglichten.¹⁶ Seit 2010 wurde die Erfassung der Marktdaten im lizenzpflichtigen Bereich deutlich eingeschränkt; auf dieser Grundlage sind nur noch in reduziertem Umfang Analysen der Wettbewerbsentwicklung möglich. So werden etwa nur noch eingeschränkt Daten zu Gebietsabdeckung und Betriebsergebnissen der Postdienstleister sowie zum Konsolidierungsmarkt erhoben. Die Monopolkommission bedauert diese mit der vollständigen Marktöffnung zusammenfallende Einschränkung besonders angesichts der in jüngerer Zeit deutlich erweiterten technischen Datenerfassungs- und -auswertungsmöglichkeiten; nicht zuletzt vor dem Hintergrund der zunehmenden Verwischung der Grenzen zu Annexmärkten wäre eine genauere Marktuntersuchung wertvoll. Die Monopolkommission kann auf dieser Grundlage nur eingeschränkt Aussagen zur Wettbewerbsentwicklung treffen und fordert die Bundesnetzagentur bzw. den Gesetzgeber auf, wieder auf eine adäquate Detaillierungstiefe der Marktdatenerfassung hinzuwirken.¹⁷

13. Die Marktberichterstattung über nicht lizenzpflichtige Postmärkte sowie postnahe Beförderungsdienstleistungen vergibt die Bundesnetzagentur an externe Beratungsunternehmen. Diese führen bislang die gesamte Untersuchung selbstständig durch. Insbesondere aufgrund der mangelnden Verbindlichkeit der Auskunftersuchen der beauftragten Unternehmen sind die Rücklaufquoten der versandten Fragebögen regelmäßig gering und betragen etwa 14 % der angeschriebenen Unternehmen,¹⁸ weshalb die in diesem Marktsegment von der Bundesnetzagentur verwendeten Zahlen überwiegend auf Hochrechnungen basieren. Zudem sind fehlerhafte Auskünfte insoweit nicht sanktioniert. Die Aussagekraft dieser Untersuchungen ist daher aufgrund einer schwachen Datenbasis deutlich beschränkt.

14. Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich die Einbindung durch Wettbewerb dynamisierten externen Sachverstands in die Marktdatenerhebung. Sie fordert die Bundesnetzagentur jedoch auf, in geeigneter Form an der Datenerfassung mitzuwirken, um die Verpflichtung zur (wahrheitsgemäßen) Beantwortung von Auskunftersuchen für im Postwesen tätige Unternehmen nach § 45 PostG i.V.m. § 72 Abs. 4 bis 10 TKG 1996 im Interesse einer breiteren Datenbasis nutzbar zu machen. Daneben könnte auch ein intensivierter Informationsaustausch zwischen Kartell- und Regulierungsbehörden nach

15 Eine gute (Grob-)Kategorisierung der einzelnen Produkte, die freilich teilweise die Entwicklungen seit 2007 nicht abbilden kann, findet sich etwa bei Dieke, A.K./Schölermann, S., Ex-ante-Preisregulierung nach vollständiger Marktöffnung der Briefmärkte, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 294, April 2007, S. 45. Vgl. eingehender zur Datenerfassung Abschnitte 4.2 und 4.3.

16 Vgl. zuletzt BNetzA, Zwölfte Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, 2009.

17 Vgl. eingehender zur Datenerfassung Abschnitt 4.2.

18 Vgl. Dieke, A.K./Junk, P./Niederprüm, A. (WIK), Postmarkterhebung 2012, a.a.O., S. 3 f.

§ 50c Abs. 1 S. 1 GWB, möglicherweise in Verbindung mit einem stärker konzertierten Vorgehen der Behörden,¹⁹ manche Informationsdefizite beheben.²⁰

15. Über die auf Behördenebene wünschenswerten Weiterentwicklungen der Datenerfassung hinaus erscheint dringend auch eine Erweiterung des § 45 PostG erforderlich, der nur für das „Postwesen“ gilt und die Datenerfassung in eng verwandten Märkten durch die Bundesnetzagentur nicht vorsieht. Dass diese deshalb insoweit auf freiwillige Auskünfte der betreffenden Unternehmen angewiesen ist, beeinträchtigt die Marktübersicht der Behörde in diesen Bereichen erheblich.

1.3 Analyse und Entwicklung der Briefmärkte

16. Briefsendungen sind namentlich adressierte schriftliche Mitteilungen; deren gewerbliche Beförderung ist bis 1.000 g lizenzpflichtig. Zu unterscheiden ist zum einen zwischen Privatpost²¹ und Geschäftspost. Letztere unterscheidet sich hinsichtlich der Sendungsmengen der einzelnen Kunden, aber auch hinsichtlich deren Bedürfnisse. Weitere Differenzierungskriterien sind unter anderem Sendungsgewicht und -format, Destination (innerstädtisch, regional, national, international) sowie Registrierung (Einschreiben) und Versicherung (Wertbrief). Innerhalb der Geschäftspost lässt sich vor allem weiter unterscheiden nach Sendungsinhalt (Inhaltsgleichheit oder nicht), Vorsortierung, Regellaufzeit (nach Einlieferungstag („E“): E+1 bzw. E+3/4), Zustellhäufigkeit, Zusatzleistungen (wie Sendungserstellung, Abholung, Rücklaufauswertung etc.).

17. Für das nicht lizenzpflichtige Briefsegment über 1.000 g sind keine zuverlässigen Marktdaten verfügbar. Die aktuelle Markterhebung im Auftrag der Bundesnetzagentur erfasst dieses Segment (teilweise) gemeinsam mit Paketen; frühere Erhebungen im Auftrag der Bundesnetzagentur blieben aufgrund fehlender oder eingeschränkter Angaben der großen Marktteilnehmer fragmentarisch.²² Eine Erfassung dieses hoch segmentierten Marktes ist aufgrund der teilweise stark differierenden Produktabgrenzungen der einzelnen Anbieter auch nur schlecht möglich, daher wird im Folgenden vor allem der Markt für lizenzpflichtige Briefleistungen betrachtet.

18. Wettbewerb ist im Briefmarkt vor allem auf zwei Ebenen zu beobachten: Neben der Zustellung im eigenen Netz des Postdienstleisters (Zustellwettbewerb) ist im Briefmarkt der Konsolidierungswettbewerb von besonderer Bedeutung. Dabei werden Briefe von Postkonsolidierern eingesammelt, zentral bearbeitet und unter Inanspruchnahme von Teilleistungsrabatten in ein fremdes Zustellnetz (in Deutschland typischerweise das der DPAG) eingespeist, in dem dann die Endzustellung erfolgt. Diese Marktstufe macht in

¹⁹ Vgl. Abschnitt 4.1.

²⁰ § 50c Abs. 1 GWB lautet: „Die Kartellbehörden, Regulierungsbehörden sowie die zuständigen Behörden im Sinne des § 2 des EG-Verbraucherschutzdurchsetzungsgesetzes können unabhängig von der jeweils gewählten Verfahrensart untereinander Informationen einschließlich personenbezogener Daten und Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse austauschen, soweit dies zur Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben erforderlich ist, sowie diese in ihren Verfahren verwerten. Beweisverwertungsverbote bleiben unberührt.“

²¹ Privatpost bezieht auch Kleingewerbekunden und Freiberufler mit ein, die nicht vorsteuerabzugsberechtigt sind und dieselbe Infrastruktur nutzen: Filialen, Briefkästen, Briefmarken etc.

²² Vgl. zuletzt MRU, Marktuntersuchung auf den Märkten für nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen und postnahe Beförderungsdienstleistungen, a.a.O., S. 24 ff.

Deutschland etwa 12 %, ²³ im Vereinigten Königreich beispielsweise jedoch den Großteil, in den USA (auf Grundlage eines gesetzlichen Brief-Zustellmonopols) die Gesamtheit der von Wettbewerbern erbrachten Briefdienstleistungen aus. Für diese Dienstleistungen ist der Zugang der Wettbewerber zu Verteilnetz, Infrastrukturen und Informationen der DPAG unverzichtbar. Neben Wettbewerbern der DPAG sind im Postkonsolidierungsmarkt in Deutschland zunehmend auch Tochterunternehmen der DPAG bzw. mit dieser verbundene Unternehmen präsent; diese (konzerninternen) Umsätze dem Konsolidierungsmarkt zuzurechnen, erscheint jedoch wenig sachgerecht.

19. Neben Konsolidierungsdienstleistern, die fremde Sendungen verarbeiten, nutzen auch Großkunden den Teilleistungszugang bei der DPAG für eigene Sendungen, sodass seit Jahren etwa drei Viertel der durch die DPAG beförderten Sendungen im lizenzpflichtigen Briefbereich als Teilleistungen erbracht werden. ²⁴

20. Wettbewerb durch „End-to-End“-Dienstleister, die über (teilweise) flächendeckende eigene Zustellnetzwerke verfügen (Zustellwettbewerb), ist im Briefbereich in Ansätzen zu beobachten und macht etwa 9 % des gesamten deutschen Briefumsatzes sowie 86 % der von Wettbewerbern der DPAG erbrachten Briefdienstleistungen aus. ²⁵ In diesem Zusammenhang waren im Briefbereich in der Vergangenheit vor allem Kooperationen kleinerer Anbieter untereinander und mit größeren Briefdienstleistern erfolgreich. Von besonderer Bedeutung erscheinen aktuell insbesondere der seit 2010 bestehende Zustellverbund mail alliance und der seit 2007 am Markt agierende Zustellverbund P2 Die Zweite Post GmbH & Co. KG. Mail alliance umfasst neben TNT Post, der Verlagsgruppe Georg von Holtzbrinck und der Mediengruppe Pressedruck den Citipost-Verbund, hinter dem neben der Verlagsgruppe Madsack über 20 Verlagshäuser im Nordwesten Deutschlands stehen. P2 konstituiert sich vor allem aus mittelständischen Zustellunternehmen, die zu Zeitungsverlagen und Medienunternehmen gehören. Diese beiden Zustellverbände erreichen mit eigenem Zustellpersonal zwar einen Großteil der Haushalte in Deutschland, sind jedoch für die Haushalte in nicht selbst abgedeckten Gebieten auf die Endzustellung durch Dritte, insbesondere durch die DPAG, angewiesen. ²⁶

1.3.1 Zentraler Marktfaktor Sendungsmengenentwicklung?

21. Von besonderer Bedeutung für den Briefmarkt – sowohl auf Ebene des Zustellungs- wie auch des Konsolidierungswettbewerbs – ist die Entwicklung der Sendungsmengen. Deren Rückgang wird seit über einem Jahrzehnt vor dem Hintergrund der Substitution von Briefen durch elektronische Kommunikation vorhergesagt, ist in Deutschland jedoch insgesamt kaum festzustellen. Insoweit findet zum einen Substitution von Briefpost (bislang) nur in geringem Maße statt. Zudem waren bzw. sind vor allem im Geschäfts- und Werbekundenbereich durchaus auch Mengenzuwächse zu beobachten. So ist die Anzahl der lizenzpflichtig beförderten Sendungen von 1998 (15,0 Mrd.) bis

²³ Vgl. BNetzA, Lizenzpflichtige Briefdienstleistungen, Marktdaten 2008-2011, a.a.O., S. 13.

²⁴ Vgl. ebenda, S. 17.

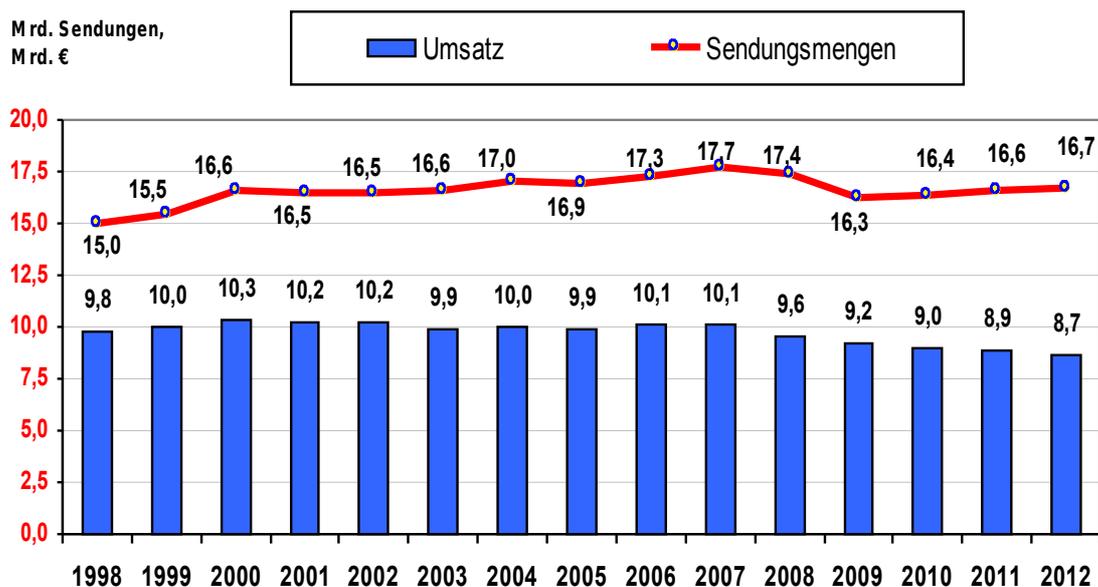
²⁵ Vgl. ebenda, S. 8, 12, 13.

²⁶ Vgl. etwa Dieke, A.K./Junk, P./Zauner, M., Netzzugang und Zustellwettbewerb im Briefmarkt, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 336, März 2010; Bender, C.M. u.a., Netzzugang im Briefmarkt (noch unveröffentlichte Studie des WIK), 2013; El Masri, T.M., Competition through Competition? The Case of the German Postal Market, University of Lüneburg Working Paper Series in Economics Nr. 286, Oktober 2013.

2011 (16,6 Mrd.) um 10 % gestiegen,²⁷ wobei zwischenzeitlich konjunkturbedingte Schwankungen zu beobachten waren (vgl. Abbildung 1.1). In anderen europäischen Ländern sind hier (überwiegend von deutlich höheren Ausgangsbasen) teils drastische Einbrüche zu verzeichnen (etwa -5 % p.a. in Dänemark und -2,9 % p.a. in Norwegen (2000 bis 2011)).²⁸

Abbildung 1.1:

Umsätze und Sendungsmengen im lizenzpflichtigen Bereich



Quelle: Bundesnetzagentur, 2013

22. Etwaige Rückgänge der Sendungsmengen (insbesondere in Teilbereichen wie der Privatkundenpost) könnten zu höheren Gemeinkostenanteilen der einzelnen Sendungen führen (weniger Sendungen pro Briefkasten, Filiale, Briefzentrum, Briefzusteller etc.) und so Aufwärtsspielraum im Rahmen der Endkundenpreisregulierung implizieren. Zwar dürfte auf Grundlage in Zukunft möglicherweise eher stagnierender Sendungsmengen das Wachstumspotenzial dieses Marktes begrenzt sein. Angesichts der Anpassungsfähigkeit der Produktionskette und deren in den vergangenen Jahren bereits auch mit Hinblick auf erwartete Mengenrückgänge erfolgten Restrukturierung sind aber – für die Zukunft bereits faktisch unsichere – Sendungsmengenrückgänge keinesfalls zwingend mit höheren Produktionskosten verbunden.²⁹

27 BNetzA, Lizenzpflichtige Briefdienstleistungen, Marktdaten 2008-2011, a.a.O., S. 7.

28 Vgl. Niederprüm, A./Thiele, S., Prognosemodelle zur Nachfrage von Briefdienstleistungen, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 371, Dezember 2012, S. 57.

29 Vgl. Riehm, U./Böhle, K., Postdienste und moderne Informations- und Kommunikationstechnologien, TAB-Arbeitsbericht Nr. 156, Mai 2013, S. 139 ff., sowie eingehender Abschnitt 2.3.2.1.

1.3.2 Marktanteile im Briefmarkt und deren Entwicklung

23. Da für den Briefmarkt seit 2009 nurmehr stark reduzierte Marktdaten der Bundesnetzagentur zur Verfügung stehen, kann die Monopolkommission Stand und Entwicklung des Wettbewerbs in diesem Sektor nur eingeschränkt würdigen. Dennoch sind auch auf dieser eingeschränkten Datenbasis einige grundlegende Aussagen möglich.

24. Die rechtswidrige Einführung eines Mindestlohns für den Briefsektor Ende 2007³⁰ wirkt trotz dessen endgültiger Aufhebung durch das Bundesverwaltungsgericht im Januar 2010³¹ weiter nach. Denn zum einen sind Marktteilnehmer mit finanzkräftigen Muttergesellschaften teils endgültig aus dem Markt ausgetreten, teils bestehen diese nur in (deutlich) kleinerem Maßstab fort.³² Zum anderen steht über jeder Investition im Briefmarkt das Risiko der Wiedereinführung eines Postmindestlohns von unbekannter Höhe, was eine langfristige Kostenplanung erschwert. Daneben hat auch die Preis- und Rabattpolitik der DPAG, die gezielt Wettbewerbsmöglichkeiten der Wettbewerber aufgreift, dazu beigetragen, deren Marktanteile kontinuierlich im Bereich von 10 % zu halten.

25. Der lizenzpflichtige Briefbereich verzeichnete zwischen 2009 und 2012 eine Steigerung nach Sendungsmengen von etwa 3 %, die allerdings mit einem Rückgang der entsprechenden Umsätze in etwa gleicher Höhe einherging. Von den 16,6 Mrd. Sendungen im lizenzpflichtigen Briefbereich im Jahr 2011 wurden 1,7 Mrd. vollständig von Wettbewerbern der DPAG zugestellt, womit diese einen Umsatz von rund 0,8 Mrd. Euro erwirtschafteten (Zustellwettbewerb), was eine marginale Steigerung gegenüber 2010 bedeutet. Daneben lieferten die Wettbewerber weitere 1,7 Mrd. Sendungen als Teilleistungssendungen in das Netz der DPAG ein, was eine Steigerung von knapp 6 % gegenüber 2010 bei stagnierendem Umsatz von ca. 100 Mio. Euro bedeutet (Konsolidierungswettbewerb). Die DPAG beförderte 2011 3,6 Mrd. Sendungen vollständig (Umsatz 3,2 Mrd. Euro) und 11,3 Mrd. Sendungen als Teilleistungssendungen³³ (Umsatz 4,7 Mrd. Euro). Dabei hat sich das durch die DPAG vollständig beförderte Sendungsvolumen seit 2008 weitgehend konstant entwickelt, während die Umsätze insoweit um 10 % gestiegen sind. Im Teilleistungsbereich sind die Sendungsmengen der DPAG in diesem Zeitraum um etwa 10 %, die Umsätze um etwa 20 % zurückgegangen.

1.3.3 Wettbewerb oder (Quasi-)Monopol in den Segmenten des Briefmarktes?

26. Der von der Bundesnetzagentur und der Monopolkommission festgestellte Marktanteil der DPAG von etwa 90 % bezieht sich auf das gesamte Briefaufkommen im

30 Vgl. hierzu eingehend Monopolkommission, Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen, Sondergutachten 57, Baden-Baden 2010, Tz. 55 ff.

31 Vgl. hierzu eingehend Monopolkommission, Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen, Sondergutachten 62, Baden-Baden 2012, Tz. 154 ff.

32 Besonders anschaulich ist der Rückzug der Axel Springer AG aus diesem Bereich mit der anschließenden teilweisen Auflösung der PIN-Gruppe, wofür jedoch neben dem Postmindestlohn weitere Faktoren kausal gewesen sein dürften; vgl. etwa die Darstellung bei Input Consulting, Die Anwendung des Postmindestlohns und seine Auswirkungen auf Löhne, Unternehmen, Wettbewerb und Arbeitsplätze in der Briefbranche, Stuttgart, Mai 2010, S. 46. Vgl. z. B. auch Busse, C./Hinze, H., So kann kein Wettbewerb entstehen, Süddeutsche Zeitung online, 17. Mai 2010.

33 Diese Sendungen wurden teils von Großkunden, teils von Tochtergesellschaften der DPAG, teils von Wettbewerbern eingeliefert. Dabei kann zweifelhaft erscheinen, ob die von mit der DPAG verbundenen Unternehmen eingelieferten Sendungsmengen Teilleistungssendungen darstellen.

lizenzpflichtigen Bereich der Briefe bis 1.000 g.³⁴ Dieser Markt lässt sich für analytische Zwecke horizontal, vertikal und regional weiter aufteilen.³⁵

In Betracht kommen auf Produktebene insoweit etwa Unterscheidungen zwischen Allgemein zugänglichkeit und Massenbeförderung, zwischen Privat- und Geschäftskunden, zwischen Universaldienstleistungen und höherwertigen Postdienstleistungen, zwischen inhaltsgleichen Sendungen und solchen mit identischem Inhalt, nach Regellaufzeit und Zusatzleistungen.

Auf Produktionsebene liegt insbesondere eine Unterscheidung nach Produktionsschritten nahe, vor allem für Filialservice, Einsammlung bzw. Konsolidierung, Sortierung am Abgangs-Briefzentrum, Transport, Sortierung am Eingangs-Briefzentrum und Endzustellung.

Geografisch kommt insbesondere eine Unterteilung nach dem Bestimmungsort der Sendungen in Betracht, also lokal, regional oder regionenübergreifend. Dabei weisen innerhalb Deutschlands unterschiedliche Regionen etwa unterschiedliche Wettbewerbsintensitäten bei der Endzustellung, bei der Filialversorgung und hinsichtlich des Angebots alternativer Briefdienstleister auf.

27. Auf diesen unterschiedlichen Segmenten des Briefmarktes bestehen teilweise regional sehr unterschiedliche Wettbewerbsintensitäten. So ist einerseits teilweise Wettbewerb zwischen Postagenturen der DPAG zu beobachten, die sich in einem gemeinsamen lokalen Umfeld befinden. Auch sind an die Monopolkommission konkrete Hinweise herangetragen worden, dass Paketagenturen von Wettbewerbern der DPAG konkrete Angebote erhalten haben, für die DPAG tätig zu werden. Andererseits kann nicht nur in weniger dicht besiedelten Regionen, in denen die Einzelhandelsdichte gering ist, die Filiale der DPAG den einzigen Zugang zu postalischer Infrastruktur im relevanten Umkreis darstellen und insoweit lokaler Monopolanbieter sein. Im Bereich der Geschäftskundenbriefe dürfte (teilweise) ein gewisses Maß an Wettbewerb bestehen; so geht etwa die DPAG hier von einem eigenen Marktanteil von 62,7 % aus.³⁶ In Bezug auf die Zustellung von mit Postwertzeichen frankierten Sendungen für Privatpersonen und Kleingewerbekunden besteht jedoch nur vereinzelt regionaler Wettbewerb, sodass insoweit die Marktanteile der DPAG jedenfalls im Bundesdurchschnitt weit über 90 % betragen dürften.³⁷

Ist also in einzelnen Teilsegmenten des Briefmarktes durchaus ein gewisser Grad an Wettbewerb festzustellen, so gibt doch eine isolierte Betrachtung der Anteile der DPAG in diesen Märkten nur unzureichend die herausgehobene Stellung der DPAG im Briefmarkt wieder. Erhebliche Verbundeffekte können zu einer Erstreckung der überragenden Stellung der DPAG in einem Marktsegment auf benachbarte (Teil-)Märkte führen. Bei-

34 Vgl. Abschnitt 1.3.1 sowie BNetzA, Lizenzpflichtige Briefdienstleistungen, Marktdaten 2008-2011, a.a.O., S. 8 ff. Dieser Befund wird auch durch der Monopolkommission von der Bundesnetzagentur zur Verfügung gestellte vorläufige Einzeldaten für 2012 bestätigt, die auf Marktanteile der DPAG von etwa 89 % (umsatzbezogen und mengenbezogen) hindeuten. Ähnlich auch der Befund bei Dieke, A.K. u.a. (WIK-Consult), Main Developments in the Postal Sector (2010-2013), Study for the European Commission, Directorate General for Internal Market and Services, Final Report, Bad Honnef, August 2013, S. 182 f.

35 Vgl. eingehender zur Marktabgrenzung und deren Bedeutung Abschnitt 1.1.

36 Vgl. DPAG, Geschäftsbericht 2012, S. 50. Die zugrunde liegende genaue Marktabgrenzung blieb jedoch auch auf Nachfrage der Monopolkommission intransparent.

37 Vgl. Abschnitte 1.3.1 und 1.3.2.

spiele sind etwa die integrierte Zustellung von Geschäftskunden- und Privatsendungen sowie in dünner besiedelten Regionen die Verbundzustellung von Paketen und Briefen.

28. Hervorzuheben ist hier besonders, dass Privatkunden im Briefbereich in weiten Teilen des Bundesgebietes der DPAG praktisch ohne die Möglichkeit gegenüberstehen, die jeweilige Leistung bei einem Wettbewerber zu erwerben. Vor allem insoweit wird in diesem Gutachten von einem (Quasi-)Monopol der DPAG gesprochen, das vielfach lediglich potenziellem Wettbewerb und nur in Teilbereichen aktuellem Wettbewerb ausgesetzt ist.

1.4 Sichere elektronische Post, Hybridmail und elektronische Poststellen

29. Als elektronische Alternative zum (Papier-)Brief und zur weitverbreiteten, doch ungeschützten allgemeinen E-Mail-Kommunikation stellt das De-Mail-Gesetz von 2011 einen materiellen und formellen Rahmen für die besonders gesicherte E-Mail „De-Mail“ zur Verfügung, für die im Herbst 2013 vier Dienstleister zertifiziert sind.³⁸ Daneben sind weitere Anbieter besonders gesicherter E-Mail-Dienste (Secure E-Mail) am Markt tätig, beispielsweise die DPAG mit dem e-Postbrief, der Luxemburger Anbieter Regify oder die schweizerische Post mit Incamail. Auch rein softwareseitige Ende-zu-Ende-Verschlüsselung unmittelbar durch die Nutzer kann nutzerseitig unter Umständen als Alternative angesehen werden.³⁹ Die Produkte dieser Märkte unterliegen nur insoweit einer postspezifischen Regulierung, als physische Zustelleistungen von marktbeherrschenden Unternehmen vorgenommen werden; eine genaue Abgrenzung von Märkten hat die Bundesnetzagentur allein für diesen Markt physischer Zustelleistungen getroffen.⁴⁰ Eine darüber möglicherweise hinausgehende Zuständigkeit der Bundesnetzagentur wird bislang nicht wahrgenommen.⁴¹

Genauere Nutzer- und Sendungszahlen im Secure-E-Mail-Bereich standen der Monopolkommission nicht zur Verfügung; im Sommer 2013 liegt die Zahl der vollständig registrierten Nutzer⁴² für De-Mail im unteren einstelligen Millionenbereich. Fachkreise gehen – bei erheblichen Werbeausgaben – von bislang nur geringen Umsätzen aus. Dabei ist der Mehrwert der De-Mail und darauf aufbauender Dienstleistungen unter Fachleuten umstritten, insbesondere wegen der im Vergleich zu (kostenlos versendbarer) verschlüsselter E-Mail hohen Kosten, die sich vielfach am Standard-Briefporto orientieren, und der kritisierten Sicherheitsarchitektur. Wie weit hier die Umsetzung des E-Government-Gesetzes⁴³ Auswirkungen haben wird, das unter anderem die elektronische Kommunikation der Bürger mit Behörden insbesondere über De-Mail fördern soll, erscheint zum Redaktionsschluss dieses Gutachtens noch nicht absehbar.

38 https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/EGovernment/DeMail/Akkreditierte_DMDA/Akkreditierte_DM DA_node.html

39 Vgl. eingehender zu den Rahmenbedingungen dieser Märkte Abschnitt 2.7.

40 Vgl. die Entgeltentscheidungen der Bundesnetzagentur zur Hybridmail vom 15. Juni 2012, BK5-12/17 und vom 5. Dezember 2012, BK5-12/38.

41 Vgl. die Stellungnahme der Bundesnetzagentur zum Fragebogen der Monopolkommission 2013, S. 15 f.

42 Die vollständige Registrierung setzt bei De-Mail eine Identitätsprüfung voraus und ist zu unterscheiden von der Vorregistrierung, die lediglich eine Art Reservierung für einzelne Adressen darstellt.

43 Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung sowie zur Änderung weiterer Vorschriften vom 25. Juli 2013, BGBl. I S. 2749.

30. Findet nur ein Teil der Übermittlungskette elektronisch statt, spricht man von Hybridmail.⁴⁴ Dabei wird typischerweise die elektronisch an den Postdienstleister übermittelte Sendung vor der Zustellung ausgedruckt und physisch zugestellt. Deren Vorteil liegt zum einen in der Ersparnis von Sendungstransporten, wenn dezentral in der Nähe der Destination ausgedruckt wird; zum anderen wird damit oft das Outsourcing der Sendungserstellung verbunden. Wenn physische Post digitalisiert und elektronisch zugestellt wird, spricht man von „reverse hybrid mail“ oder Postscandiensten. Hybridmail wurde 2011 von 59, Postscandienste von 13 Post-Lizenznehmern angeboten;⁴⁵ die Wettbewerbssituation auf diesen Märkten entwickelt sich erst.⁴⁶

31. Elektronische Poststellenangebote der Postdienstleister bauen vielfach auf proprietären Secure-E-Mail- bzw. De-Mail-Angeboten als Zugangsplattformen („Gateways“) auf; der Markt ist insoweit jedoch wenig transparent und im Herbst 2013 offenbar noch vergleichsweise klein.⁴⁷

32. Insgesamt halten Experten eine Substitution von langfristig 10 bis 30 % des Briefaufkommens durch Secure E-Mail für realistisch. Bislang jedoch sind praktisch keine direkten Wettbewerbsbeziehungen zwischen Secure-E-Mail-Angeboten und klassischen Postdienstleistungen zu beobachten. Allerdings beginnt sich der Markt für Hybridmail und elektronischen Poststellenbetrieb mittelbar auf den Wettbewerb der Postdienstleister auszuwirken, wenn auch hier im Herbst 2013 über Beschwerden von DPAG-Wettbewerbern wegen behaupteten Preisdumpings hinaus wenig Erkenntnisse gewonnen werden konnten.⁴⁸ Die Monopolkommission regt aufgrund der Gateway-Funktion dieser Märkte und der zu erwartenden Pfadabhängigkeiten bei Kundenentscheidungen jedoch Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt an, insbesondere die letztgenannten Märkte genauer zu beobachten.⁴⁹

1.5 Analyse und Entwicklung der Paketmärkte

33. Neben den Briefmärkten ist der Frachtpostmarkt von besonderer Bedeutung für den Postbereich. Das Postgesetz erfasst die Beförderung von adressierten Paketen allerdings nur bis 20 kg.⁵⁰ Die Beförderung von Massendrucksachen (Büchern, Katalogen, Zeitungen und Zeitschriften) fällt nur insoweit in den Regelungsbereich des Postgesetzes, als sie durch Postdienstleister erbracht wird.⁵¹ Eine trennscharfe Abgrenzung zwischen Massendrucksachen, Briefsendungen über 1.000 g, welche oftmals als

44 Vgl. eingehender Dieke, A.K./Junk, P./Schölermann, S., Die Entwicklung von Hybridpost: Marktentwicklungen, Geschäftsmodelle und regulatorische Fragestellungen, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 341, August 2010.

45 BNetzA, Lizenzpflichtige Briefdienstleistungen, Marktdaten 2008-2011, a.a.O., S. 23 f.

46 Vgl. im Überblick etwa Dieke A.K./Junk, P./Thiele, S., Elektronische Zustellung: Produkte, Geschäftsmodelle und Rückwirkungen auf den Briefmarkt, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 354, Juni 2011.

47 Vgl. anschaulich etwa Klein, M., Vorteile der E-Poststelle überzeugen, eGovernment computing online, 28. Mai 2012.

48 Eine Bewertung derartiger Vorwürfe wird dadurch erschwert, dass angebotene Pauschaltarife unter Umständen erst in Verbindung mit tatsächlichen Nutzungs- und Kostendaten wie der Ausnutzung von Druckseitenbegrenzungen und dem Anteil elektronischer Zustellung einzuordnen sind.

49 Die letzte systematische Untersuchung dieser Annexmärkte im Auftrag der Bundesnetzagentur erfolgte vor sechs Jahren; vgl. Fornefeld, M./Beyer, J.-O., Analyse angrenzender Märkte des Postsektors, Düsseldorf 2007 („Micus-Studie“).

50 § 4 Nr. 1 lit. b PostG.

51 § 4 Nr. 1 lit. c PostG.

Dokumentensendungen oder Expressbriefe versandt werden, und zwischen Paketen, Waren und Dokumenten ist dabei in allgemeiner Form nicht möglich und wird von den Unternehmen auch bestenfalls nur teilweise vorgenommen. Vor diesem Hintergrund werden hier vor allem Aspekte der Paketmärkte gewürdigt; angrenzende Märkte werden im Zusammenhang mit dem (lizenzierten) Briefbereich (Abschnitt 1.3) und mit marktübergreifenden Effekten (Abschnitt 1.6) behandelt.⁵²

34. Drei Segmente des Paketmarktes werden üblicherweise aufgrund ihrer sachlichen Verbundenheit zusammen betrachtet: Kurier-, Express- und Paketdienste (KEP). Kurierdienste gewährleisten eine individuell terminlich vereinbarte, gewichts-unabhängige, mithilfe elektronischer Kommunikationsmittel jederzeit ortbare und dispositive Beförderung der postalischen Sendung vom Absender direkt, d. h. nicht liniengebunden, sowie exklusiv durch einen Kurier zum Empfänger. Expressdienste offerieren hingegen eine jederzeit ortbare Beförderung der postalischen Sendung vom Absender mittelbar, d. h. liniengebunden und via Hubs bzw. Umschlagzentren, zu einem garantierten Zustelltermin. Bei Paketdiensten ist in der Regel weder eine individuelle terminliche Vereinbarung vorgesehen, noch wird ein Zustelltermin garantiert. Stattdessen hängt die Lieferzeit von dem liniengebundenen, standardisierten und automatisiert ablaufenden Transportsystem ab (die von den Unternehmen angegebenen Regellaufzeiten sind lediglich Richtwerte). Zudem geht mit der Standardisierung des Transports eine tarifspezifische Klassifizierung der Paketsendungen (Packstücke) nach Größe und Gewicht einher. Unterschiedliche Paketdienste befördern dabei in der Regel auch Sendungen bis 25, 30, 31,5 kg, teilweise sogar bis 70 kg.⁵³ Vor dem Hintergrund neuerer Entwicklungen verschwimmt die Grenze zwischen Express- und Paketsegment immer mehr; insbesondere bieten Transportunternehmen zunehmend eine Vorankündigung bzw. Vereinbarung des Zustelltermins an.⁵⁴

35. Den folgenden Analysen liegen Daten aus Studien zugrunde, die sich hinsichtlich der Datenerfassung sowie der Definition und Abgrenzung der Segmente unterscheiden. Eine Vergleichbarkeit der Studien sowie eine Evaluation der den Studien zugrunde liegenden Datenanalysen in Bezug auf ihre Aussagekraft ist – wenn überhaupt – nur eingeschränkt möglich. Normative Analysen setzen daher eine umfassende und sorgfältige Prüfung der zitierten Studien bzw. der dargestellten positiven Analysen voraus. Da – bis dato – keine anderweitigen, in sich vergleichbaren Marktinformationen existieren, wird hier – unter Einschränkungen –⁵⁵ auf die zitierten Studien zurückgegriffen.

52 Vgl. zu vorhergehenden Berichtszeiträumen die Analysen in: Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 38 ff.; Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 14.

53 Vgl. KE-Consult, Motor für Wirtschaftswachstum und Beschäftigung: Die Kurier-, Express- und Paketbranche in Deutschland, Marktanalyse, KEP-Studie 2013 im Auftrag des Bundesverbandes Internationaler Express- und Kurierdienste e.V. (BIEK), Berlin, 27. Mai 2013, S. 8 f. Eine trennscharfe Erfassung nach dem Gewicht der Sendungen wird seitens der Unternehmen bestenfalls grob vorgenommen, gleichwohl soll z. B. der Anteil von Sendungen bis 20 kg ca. 90 % des Sendungsvolumens ausmachen; vgl. MRU, Marktuntersuchung auf den Märkten für nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen und postnahe Beförderungsdienstleistungen, a.a.O., S. 24, 26.

54 Vgl. etwa dpa/fab: So kontrollieren Sie Ihren Paketdienst, Die Welt online, 11. August 2013; Bündler, H., Paketdienst DPD geht auf Aufholjagd, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 11. Oktober 2013; Shapley, G., The final mile, postal technology international, September 2013, S. 50 ff.

55 Zu einer eingehenden Kritik und Abhilfeempfehlungen vgl. Abschnitte 1.2, 1.5.3 und 4.2.

36. Obwohl in den letzten Jahren die Bedeutung grenzüberschreitender postalischer Sendungen in Europa zugenommen hat, ist die Anzahl an Erhebungen einerseits und deren Aussagekraft andererseits deutlich begrenzt. Ursächlich für die Begrenztheit der Aussagekraft sind vor allem die Schwierigkeiten der Marktabgrenzung, insbesondere in Bezug auf das zugrunde gelegte Sendungsgewicht und die Zusammenfassung einzelner postalischer Dienstleistungen. Auch fehlen auf europäischer Ebene vielfach systematische Datenerhebungen der nationalen Regulierungsbehörden.⁵⁶ Aus diesen Gründen wird zum jetzigen Zeitpunkt auf eine eingehende Marktanalyse europäischer KEP-Märkte mit dem Fokus auf die Bedeutung deutscher KEP-Märkte verzichtet.

1.5.1 Entwicklungen in deutschen KEP-Märkten

37. KEP-Dienste werden in Deutschland nicht nur von einer Vielzahl von Unternehmen, sondern auch in mannigfaltiger Weise erbracht. So waren etwa 2007 über 2.800 Unternehmen ausschließlich im KEP-Bereich tätig.⁵⁷ Diese Unternehmen vergaben Aufträge an über 11.300 als Subunternehmer tätige Transportunternehmen, über 25.700 selbstständige motorisierte Einzelkurier und an über 4.500 selbstständige nicht motorisierte Kurierfahrer. Zugleich erbringen auch Transportunternehmen anderer Logistikbereiche, wie z. B. Güterkraftverkehrsunternehmen und Mischbetriebe, die neben Personen auch Pakete und Waren befördern, KEP-Dienste.

38. Unmittelbar waren 2012 im KEP-Segment ca. 299.000 Personen beschäftigt, davon ca. 191.000 Personen bei KEP-Dienstleistern und ca. 108.000 Personen bei Vorleistern.⁵⁸ Gegenüber dem Jahr 2002, für das die Beschäftigtenzahl bei KEP-Dienstleistern auf insgesamt ca. 160.000 und bei KEP-Vorleistern auf ca. 95.000 geschätzt wurde, beträgt der Anstieg damit ca. 17,3 %. Der durch das gesamte KEP-Segment induzierte Beitrag zum Bruttoinlandsprodukt wird mit ca. 18,4 Mrd. Euro bzw. ca. 0,7 % beziffert, was eine Steigerung gegenüber den 15,2 Mrd. Euro in 2002 von ca. 21,1 % darstellt.

39. Nach Schätzungen von MRU (2013) und KE-Consult (2013) ist das KEP-Segment in Deutschland in den letzten Jahren nahezu kontinuierlich gewachsen.⁵⁹ So sei das Sendungsvolumen zwischen 1999 und 2012 von ca. 1,66 Mrd. Stück auf ca. 2,55 Mrd.

56 Vgl. Dieke, A.K. u.a. (WIK-Consult), Main Developments in the Postal Sector (2010-2013), a.a.O., S. 222 ff. Weitere Studien mit Bezug zum europäischen Postwesen sind etwa Okholm, H.B. u.a. (Copenhagen Economics), Pricing behavior of postal operators, DG Internal Market and Service, 21. Dezember 2012; A.T. Kearney, Internationales Segment wächst stärker als Inlandsmarkt, Düsseldorf 2012; Okholm, H.B. u.a. (Copenhagen Economics), Main developments in the postal sector (2008-2010), Final Report, 29. November 2010; Meschi, M./Irving, T./Gillespie, M. (FTI Consulting), Intra-Community Cross-Border Parcel Delivery, A study for the European Commission, London, Dezember 2011.

57 Vgl. MRU, Primärerhebung auf den Märkten für Kurier-, Express- und Paketdienste, im Auftrag der Bundesnetzagentur, Hamburg, Februar 2009, S. 18 ff. Die Strukturhebung vom Statistischen Bundesamt zählt für 2010 8.562 KEP-Unternehmen mit 443.371 Beschäftigten, die einen Umsatz von ca. 27,473 Mrd. Euro erwirtschafteten; vgl. Statistisches Bundesamt, Statistisches Jahrbuch 2012, Wiesbaden 2012, S. 584.

58 Vgl. KE-Consult, Motor für Wirtschaftswachstum und Beschäftigung: Die Kurier-, Express- und Paketbranche in Deutschland, a.a.O., S. 22 ff.

59 Vgl. MRU, Der KEP-Markt in Deutschland, Eine Kurzstudie im Auftrag des BdKEP, Hamburg, Juni 2013, S. 11 f., sowie KE-Consult, Motor für Wirtschaftswachstum und Beschäftigung: Die Kurier-, Express- und Paketbranche in Deutschland, , a.a.O., S. 10 f.

Stück angestiegen.⁶⁰ Nur in rezessiven Phasen zu Hochzeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise, d. h. in 2008 und in 2009, stagnierte bzw. verringerte sich das Sendungsvolumen. Eine Fortsetzung des positiven Trends mit einem Anstieg auf 3,1 Mrd. Stück wird laut KE-Consult (2013) jedenfalls bis 2017 erwartet.

40. Differenziert nach den einzelnen KEP-Segmenten wiesen – nach MRU (2013) und KE-Consult (2013) – die Paketdienste in 2012 mit ca. 2,05 Mrd. Sendungen bzw. ca. 81 % den größten Anteil am Gesamtvolumen von ca. 2,55 Mrd. Sendungen auf, gefolgt von den Expressdiensten mit ca. 0,26 Mrd. Stück bzw. einem Anteil von ca. 10 % und den Kurierdiensten mit ca. 0,24 Mrd. Stück bzw. einem Anteil von ca. 9 %.⁶¹ Im Vergleich zu 1999 wären die Marktanteile der Paketdienste damit um 9 Prozentpunkte, die der Expressdienste um 2 Prozentpunkte gestiegen, während Kurierdienste 11 Prozentpunkte verloren. Hier ergeben sich erhebliche Diskrepanzen zu den Angaben der Bundesnetzagentur für 2011,⁶² die ca. 97 % des Sendungsvolumens den Paketdiensten, ca. 3 % den Expressdiensten und einen verschwindend geringen Anteil den Kurierdiensten zuschrieb.

41. Der Umsatz der KEP-Dienste wird für 2012 je nach Studie und Erhebungsmethodik unterschiedlich errechnet.⁶³ So schätzt KE-Consult (2013) den Umsatz auf ca. 15,53 Mrd. Euro, das WIK (2013) auf ca. 11,5 Mrd. Euro, A.T. Kearney (2013) auf ca. 10,01 Mrd. Euro und MRU (2013) auf ca. 18,22 Mrd. Euro. Entsprechend hätte sich der Branchenumsatz z. B. nach MRU (2013) seit 1999 von ca. 9,57 Mrd. Euro um insgesamt ca. 90 % bzw. nach KE-Consult (2013) seit 2000 von ca. 10,05 Mrd. Euro um ca. 55 % erhöht.⁶⁴

42. Segmentiert nach den einzelnen KEP-Diensten weisen gemäß MRU (2013) die Paketdienste mit ca. 8,17 Mrd. Euro bzw. ca. 45 % den größten Anteil am Gesamtumsatz in 2012 auf, gefolgt von den Expressdiensten mit ca. 6,22 Mrd. Euro und einem Anteil von ca. 34 % sowie den Kurierdiensten mit ca. 3,83 Mrd. Euro und einem Anteil von ca. 21 %.⁶⁵ Auch bei der Umsatzentwicklung konnten Paketdienste im Vergleich zu Express- und Kurierdiensten vergleichsweise größere Veränderungsraten verzeichnen. Demnach stiegen die Umsätze der Paketdienste seit 1999 um ca. 116 %, die der Expressdienste hingegen nur um ca. 70 % sowie die der Kurierdienste um ca. 80 %. Auch bei der Verteilung des Umsatzes weist die Bundesnetzagentur, wie beim Sendungs-

60 Das WIK schätzt das Sendungsvolumen für 2012 auf ca. 2,4 Mrd. Stück; vgl. Dieke, A.K./Junk, P. (WIK), Postmarkterhebung 2013, Nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen und postnahe Beförderungsleistungen, Studie für die Bundesnetzagentur, Endbericht, Bad Honnef, Oktober 2013, S. 6. A.T. Kearney ermittelt ca. 2,2 Mrd. Stück; vgl. A.T. Kearney, KEP-Markt-Studie 2013, Düsseldorf 2013, S. 2.

61 Vgl. MRU, Der KEP-Markt in Deutschland, a.a.O., S. 11, und KE-Consult, Motor für Wirtschaftswachstum und Beschäftigung: Die Kurier-, Express- und Paketbranche in Deutschland, a.a.O., S. 12.

62 Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2012, S. 113.

63 Berechnungsunterschiede gründen sich größtenteils auf der unterschiedlichen Abgrenzung des Sendungsgewichts. Zur Übersicht vgl. Dieke, A.K./Junk, P. (WIK), Postmarkterhebung 2013, a.a.O., S. 12.

64 Die Inflationsrate auf Basis des Verbraucherpreisindex betrug im Vergleich zwischen 1999 und 2012 ca. 23,2 %; vgl. Statistisches Bundesamt, Verbraucherpreisindizes für Deutschland – Lange Reihen ab 1948, Wiesbaden 2013.

65 KE-Consult ermittelt demgegenüber für die Paketdienste ein Umsatzvolumen von ca. 8,0 Mrd. Euro, für die Kurierdienste von ca. 3,8 Mrd. Euro und für die Expressdienste von ca. 3,7 Mrd. Euro; vgl. KE-Consult, Motor für Wirtschaftswachstum und Beschäftigung: Die Kurier-, Express- und Paketbranche in Deutschland, a.a.O., S. 15.

volumen, andere Anteile aus. So werden für 2011 ungefähr 89 % des Umsatzvolumens den Paketdiensten, ca. 10 % den Expressdiensten und weniger als 1 % den Kurierdiensten zugeschrieben.⁶⁶

43. Das stärkere Wachstum des Umsatzes bzw. Erlöses im Vergleich zum Sendungsvolumen überträgt sich qua Definition auf den durchschnittlichen Erlös pro Sendung.⁶⁷ Der Studie von MRU (2013) zufolge stieg dieser zwischen 1999 und 2012 von ca. 5,77 Euro um insgesamt ca. 24 % auf 7,15 Euro. Segmentiert nach den KEP-Diensten weisen zwar Expressdienste in 2012 mit 23,92 Euro den mit Abstand größten durchschnittlichen Erlös auf, der jedoch gegenüber dem Wert von 1999 (28,23 Euro) einen deutlichen Rückgang aufweist. Der Durchschnittserlös der Kurierdienste stieg bei einem Rückgang des Sendungsvolumens von 6,45 Euro in 1999 auf 15,96 Euro in 2012. Die expansive Entwicklung der Paketdienste in den letzten Jahren, sowohl beim Sendungsvolumen wie auch beim Erlös, macht sich vergleichsweise geringfügig beim Durchschnittserlös bemerkbar; dieser stieg von 3,15 Euro auf etwa 4 Euro und liegt weiterhin deutlich unter dem Niveau der Kurier- und Expressdienste.

44. Als Ursachen für die unterschiedlichen Entwicklungen der KEP-Dienste, insbesondere des überdurchschnittlichen Wachstums der Paketdienste, werden zum einen der in den letzten Jahren besonders expandierende kommerzielle Online-Handel (E-Commerce)⁶⁸ zwischen Unternehmen und Privatkunden (B2C) angeführt (vgl. den folgenden Abschnitt).⁶⁹ Zum anderen soll die konjunkturelle Entwicklung seit der Finanz- und Wirtschaftskrise dazu geführt haben, dass bisher bei Kurier- und Expressdiensten in Auftrag gegebene Beförderungsleistungen entweder komplett entfielen oder nunmehr bei Paketdiensten als – vergleichsweise kostengünstigere – Standardsendungen versendet werden. Letztere sollen zudem aufgrund steigender Standardisierung stetig die Service- und Leistungsqualität verbessert haben, was sich in den Zustellzeiten bemerkbar gemacht hat. So wurden ca. 94 % der Sendungen durch Paketdienste am nächsten Werktag und 5,5 % am übernächsten Werktag zugestellt.⁷⁰ Pakete mit garantierter Zustellzeit – wie von Kurier- und Expressdiensten angeboten – wurden dagegen zu ca. 96 % am nächsten Werktag zugestellt. Die vergleichsweise hochpreisige garantierte Zustellung von Kurier- und Expressdiensten bietet somit in Bezug auf den zeitlichen Aspekt keinen wesentlichen Vorteil zum vergleichsweise günstigeren Versand durch Paketdienstleister. Diese Entwicklung dürfte vor allem die Expressdienste beeinträchtigt haben, deren Erlös pro Sendung zurückging, was auch einer vermehrten Beförderung grenzüberschreitender Sendungen unter Inkaufnahme von Preisnachlässen geschuldet ist.⁷¹ Hinsichtlich der Steigerung ihres Sendungsvolumens dürften die Expressdienste hingegen von der mehrheitlich relativ späten Zertifizierung der Kurierdienste profitiert haben. Eine solche Zertifizierung ist notwendig⁷², um bei der Verladung von Luftfracht

66 Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2012, S. 113.

67 Die Berechnungen basieren auf Rundungen der Zahlen auf die zweite Nachkommastelle.

68 Vgl. TNS Infratest, Interaktiver Handel in Deutschland 2012, Studie im Auftrag des Bundesverbandes des Deutschen Versandhandels e.V. (bvh), Februar 2013.

69 Vgl. KE-Consult, Motor für Wirtschaftswachstum und Beschäftigung: Die Kurier-, Express- und Paketbranche in Deutschland, a.a.O., S. 12.

70 Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2012, S. 113.

71 Vgl. MRU, Der KEP-Markt in Deutschland, a.a.O., S. 12.

72 Verordnung (EG) Nr. 300/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 2008 über gemeinsame Vorschriften für die Sicherheit in der Zivilluftfahrt und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 2320/2002, ABl. EU Nr. L 97 vom 9. April 2008, S. 72, i.V.m. Verordnung (EU) Nr.

zusätzliche umfassende Kontrollen zu vermeiden. Dass die Umsätze der Kurierdienste im Vergleich zu denen der Expressdienste dennoch stärker wuchsen, soll auf eine Fokussierung auf umsatzstarke bundesweite und internationale Direktaufträge zurückzuführen sein.⁷³

45. Zur Unternehmenskonzentration im KEP-Segment liegen aufgrund der wenigen, teilweise anonymisierten Erhebungen Informationen nur in geringem Umfang vor. So sollen in 2007 die 20 größten KEP-Dienstleister, zu denen vor allem auch die sechs großen international tätigen Logistikunternehmen DPAG/DHL, FedEx, LaPoste/DPD (DPD), Royal Mail/GLS (GLS), TNT und UPS zählen, ca. 75 % des Umsatzes und ca. 92 % des Sendungsvolumens auf sich vereint haben.⁷⁴ 2010 soll bereits mehr als ein Drittel des Gesamtumsatzes durch die drei größten KEP-Unternehmen generiert worden sein.⁷⁵ 2012 werden ungefähr 70 % des Gesamtumsatzes den acht größten KEP-Unternehmen zugewiesen, wobei ca. ein Drittel allein durch den größten, nicht namentlich genannten KEP-Dienstleister erwirtschaftet worden sein soll.⁷⁶

Die zitierten Studien deuten trotz einer Vielzahl an Anbietern auf eine relativ starke Konzentration des Umsatzes auf wenige KEP-Dienstleister hin. Gleichwohl weist auch die Bundesnetzagentur explizit in Bezug auf die von ihr in Auftrag gegebenen Studien darauf hin,⁷⁷ dass ein Vergleich aufgrund methodischer Unterschiede nur bedingt möglich sei. Ungeachtet dieser Unschärfen dürfte – zumindest – die DPAG als ehemaliger staatlicher Monopolist mit ihrer Tochter DHL weiterhin eine exponierte Marktstellung aufgrund des leichteren Zugangs zum Distributionsnetzwerk einnehmen.⁷⁸

1.5.2 Entwicklungen bei deutschen Paketdiensten

46. Der Paketmarkt ist geprägt von einer hohen Standardisierung des Sendungstransports. Neuere Entwicklungen machen zunehmend die Sendungsverfolgung und Terminvereinbarung für die Zustellung auch bei Paketen verfügbar, was früher lediglich bei Kurier- und Expressdiensten angeboten wurde.

Aktuell ist daneben der Ausbau des Netzes an Annahme- und Abholstellen der großen Paketdienstleister zu beobachten. So stieg zwischen 2008 und 2009 die Anzahl der Annahmestellen bzw. Abholstellen für Pakete, Waren und Briefe um ca. 2,8 % (von ca. 178.000 auf ca. 183.000) bzw. um ca. 2,3 % (von ca. 42.000 auf ca. 43.000), woraus sich eine Erhöhung der Versorgungsdichte bei Annahmestellen von ca. 3,1 % und bei Abholstellen von ca. 2,6 % ableiten lässt.⁷⁹ Die Zahl von Annahme- und Abholstellen –

185/2010 der Kommission vom 4. März 2010 zur Festlegung von detaillierten Maßnahmen für die Durchführung der gemeinsamen Grundstandards in der Luftsicherheit, ABl. EU Nr. L 55 vom 5. März 2010, S. 1.

73 Vgl. MRU, Der KEP-Markt in Deutschland, a.a.O., S. 9.

74 Vgl. MRU, Primärerhebung auf den Märkten für Kurier-, Express- und Paketdienste, a.a.O., S. 69.

75 Vgl. MRU, Marktuntersuchung auf den Märkten für nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen und postnahe Beförderungsdienstleistungen, a.a.O., S. 23.

76 Vgl. Dieke, A.K./Junk, P. (WIK), Postmarkterhebung 2013, a.a.O., S. 13.

77 Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2012, S. 113. Die von der Bundesnetzagentur hier in den letzten Jahren in Auftrag gegebenen Studien sind: Dieke, A.K./Junk, P. (WIK), Postmarkterhebung 2013, a.a.O.; MRU, Marktuntersuchung auf den Märkten für nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen und postnahe Beförderungsdienstleistungen, a.a.O.

78 Vgl. Düsseldorfer Runde e.V., Experten-Interview Kurierdienste, 10. Mai 2013.

79 Eigene Berechnung, wobei die Versorgungsdichte Annahme- bzw. Abholstellen je Einwohner angibt. Hierin inbegriffen sind auch Briefkästen, da kleinformatige Waren- und Paketsendungen oberhalb von

ausschließlich für Pakete und Waren – wie Paketshops⁸⁰, Paketboxen, Packstationen und Niederlassungen der KEP-Dienstleister erhöhte sich demnach von ca. 25.500 und ca. 24.800 um je ca. 1.000 auf ca. 26.500 und ca. 25.800. Für 2012 wird die Zahl der Annahmestellen für Pakete bereits auf ca. 41.500 und für Abholstellen auf ca. 36.500 geschätzt. Die DPAG/DHL betreibt mit ca. 16.700 die meisten Annahmestellen, gefolgt von Hermes mit ca. 14.000, von GLS mit ca. 5.000, von DPD mit ca. 4.300 und anderen Wettbewerbern mit mindestens 1.250. Die meisten Abholstellen werden hingegen von Hermes mit ca. 14.000 betrieben, gefolgt von DPAG/DHL mit ca. 11.850, von GLS mit ca. 5.000, von DPD mit ca. 4.300 und von anderen Wettbewerbern mit mindestens 1.150.⁸¹ Daneben betreibt die DPAG/DHL derzeit deutschlandweit über 2.500 „Packstationen“, die als Automaten eine Paketabholung unabhängig von Ladenöffnungszeiten ermöglichen,⁸² sowie etwa 1.000 Paketannahmeautomaten („Paketbox“).⁸³

47. Dass DPAG/DHL, DPD, UPS, Hermes und GLS bei Paketdienstleistungen führend sind und das Sendungsvolumen der übrigen Wettbewerber als verschwindend gering geschätzt wird, liegt unter anderem auch daran, dass diese ihre Sendungen zahlreich in die Distributionsnetzwerke der fünf großen Dienstleister einspeisen.⁸⁴

Absolute Zahlen für das Sendungsvolumen liegen zwar nicht vor, aber die Wachstumsraten für den Zeitraum 2008 bis 2012 verdeutlichen merkliche Unterschiede in der Entwicklung der Unternehmen einerseits und erhebliche Volatilitäten in der unternehmensspezifischen Entwicklung andererseits (vgl. Tabelle 1.1). Da die Unternehmensentwicklung fundamental von der unternehmensspezifischen Strategie abhängt, die maßgeblich für die Preis- sowie die Produktgestaltung ist, können auch Marktveränderungen die Wettbewerbsposition der Postunternehmen erheblich beeinflussen. Deutlich wird dies für den Zeitraum 2008 bis 2009, in dem vier der fünf Anbieter kein Umsatzwachstum aufwiesen. Ursächlich hierfür dürfte insbesondere die in 2007 auftretende Finanz- und Wirtschaftskrise und die dadurch induzierte Unsicherheit bei den Verbrauchern und bei den Unternehmen gewesen sein, die in der Folge ihre Konsum- und Investitionsausgaben reduzierten.

1.000 g ebenfalls in solche eingeworfen werden können.

80 Paketshops werden größtenteils von Unternehmen des Einzelhandels betrieben.

81 Vgl. Dieke, A.K./Junk, P. (WIK), Postmarkterhebung 2013, a.a.O., S. 17 f.

82 Vgl. <http://www.dhl.de/de/paket/pakete-empfangen/packstation.html>.

83 Vgl. <http://www.dhl.de/de/paket/pakete-versenden/paketbox.html>.

84 Vgl. MRU, Primärerhebung auf den Märkten für Kurier-, Express- und Paketdienste, a.a.O., S. 24. Gründe für eine Zusammenarbeit aus Sicht von kleineren und mittleren Unternehmen liegen in einem höheren Auslastungsgrad sowie einem größeren, insbesondere flächendeckenden Serviceangebot; vgl. MRU, Marktuntersuchung auf den Märkten für nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen und postnahe Beförderungsdienstleistungen, a.a.O., S. 51.

Tabelle 1.1:

**Sendungsvolumen – Veränderungen der fünf großen
Paketdienstleister (%)**

	‡2008 – 2009	†2009 – 2010	*2010 – 2011	*2011 – 2012
DPAG/DHL	-1,6	2,8	9,7	9,8
DPD	-4,5	4,7	6,0	0,0
Hermes	2,6	10,6	3,0	2,9
UPS	-1,2	5,3	8,8	-0,4
GLS	0,0	2,5	0,7	-0,6

Quellen: MRU, Der KEP-Markt in Deutschland, Hamburg, Juni 2013, ‡Juli 2011, S. 12; †September 2012, S. 13; *Juni 2013, S. 12

48. Dass die Paketdienstleister auf Veränderungen der Nachfrage mit erheblichen Preis-
anpassungen zeitnah reagieren, wird durch die im Vergleich zu den Sendungsmengen
größere Volatilität bei den Wachstumsraten der Umsätze deutlich (vgl. Tabelle 1.2).
Sowohl bei einem positiven wie auch bei einem negativen Wachstum des Sendungs-
volumens weisen die Umsätze überwiegend vergleichsweise größere Veränderungs-
raten auf.

Tabelle 1.2:

**Umsatz – Veränderungen und Marktanteile der fünf großen
Paketdienstleister (%)**

	‡2008 - 2009	†2009 - 2010	*2010 - 2011	*2011 - 2012	#1999 Anteil Gesamtumsatz	#2012 Anteil Gesamtumsatz
DPAG/DHL	-0,3	13,7	8,6	9,4	42,2	42,5
DPD	-6,0	7,3	6,6	2,4	21,4	18,8
Hermes	6,6	13,0	3,9	3,2	8,2	12,5
UPS	-17,2	9,6	9,0	-1,0	19,0	17,5
GLS	-9,2	2,8	8,2	0,5	9,2	8,7

Auf Basis der absoluten Zahlen für 2011 und der Zahlen zu den relativen Veränderungen für 2011 bis 2012 wurden die absoluten Zahlen für 2012 ermittelt. Unter der Annahme, dass auch 2012 das Sendungsvolumen und damit der Marktanteil der Wettbewerber der genannten fünf großen Paketdienstleister gering ist, lassen sich die aufgeführten Marktanteile für 2012 ermitteln.

Quellen: MRU, Der KEP-Markt in Deutschland, Hamburg, Juni 2013, ‡Juli 2011, S. 10; †September 2012, S. 10; *Juni 2013, S. 10; #Eigene Berechnungen auf Basis der absoluten Zahlen für 2011 und der relativen Veränderung für 2011 bis 2012 von MRU, Der KEP-Markt in Deutschland, a.a.O., September 2012, S. 9; Juni 2013, S. 10.

49. Werden anhand der verfügbaren Daten die Marktanteile der jeweiligen
Paketdienstleister berechnet, so lässt sich die Unternehmenskonzentration im Segment
Paketdienste eingehender analysieren. Während die in Abschnitt 1.5.1 vorgenommene
Untersuchung zur Konzentration im gesamten KEP-Bereich aufzeigt, dass trotz der
großen Anzahl an Anbietern auf den größten KEP-Dienstleister gegenwärtig bereits
nahezu 30 % Marktanteil entfallen, verdichtet sich die Konzentration im Segment

Paketdienste – auch bedingt durch die charakteristische Transportinfrastruktur – vergleichsweise noch einmal zusätzlich.

50. Demnach erzielte die DPAG/DHL 1999 und 2012 mit rund 42 % den mit Abstand größten Anteil am Gesamtumsatz aller Paketdienstleister. UPS und DPD, die in 1999 noch Marktanteile in Höhe von zwischen ca. 19 % und ca. 21,4 % aufwiesen, verloren bis 2012 ca. 1,5 bzw. ca. 2,6 Prozentpunkte. Im gleichen Zeitraum reduzierte sich der Marktanteil von GLS um ca. 0,5 Prozentpunkte, wobei dieses Unternehmen mit nunmehr 8,7 % Marktanteil den niedrigsten Anteil unter den größten Marktteilnehmern besitzt. Marktanteile gewinnen konnte Hermes, dessen Anteil von ca. 8,2 % auf ca. 12,5 % stieg.

51. Innerhalb des Paketmarktes wird zwischen B2B (Business-to-Business, Geschäfts-sendungen), B2C (Business-to-Consumer, insbesondere Versandhandelssendungen), C2B (Consumer-to-Business, insbesondere Retourensendungen) und C2C (Consumer-to-Consumer, Privat- und Kleinkundensendungen) differenziert; C2B und C2C werden dabei auch als C2X zusammengefasst. Diese einzelnen Marktsegmente unterscheiden sich insbesondere in Bezug auf die notwendige Infrastruktur und den Zustellaufwand. So setzt das Konsumentengeschäft Annahmestellen wie Paketshops, aber auch Abholstellen als Paketniederlagen voraus. Für 2012 wird der größte Anteil am Paket-Sendungsvolumen in Höhe von ca. 50 % dem B2C-Geschäft zugeschrieben, ca. 43 % dem B2B-Geschäft und ca. 7 % dem C2C-Geschäft.⁸⁵ Dabei soll – bei leicht steigenden Sendungsmengen – das B2C-Segment stärker gewachsen sein und weiterhin wachsen als der B2B- und der B2C-Bereich.

52. Das B2C-Geschäft ist geprägt durch eine dezentrale Zustellung kleiner Mengen an neuwertigen Ver- und Gebrauchsgütern. Die expansive Entwicklung dieses Geschäftszweiges in den letzten Jahren wurde vor allem vom E-Commerce getrieben.⁸⁶ Die Erfolgsquote der Erstzustellung liegt dabei deutlich hinter der von B2B-Geschäften, da oft Pakete gewöhnlich werktags zu Zeitpunkten zugestellt werden, zu denen der Sendungsempfänger beruflich aushäusig tätig ist. Die erfolglose Zustellung ist mit zusätzlichen Transportkosten und einem Mehraufwand verbunden, was die Beförderung insgesamt kostspieliger macht. Bei Sendungen im C2B-Bereich verringert sich dagegen sowohl die Problematik der Erstzustellung als auch die der dezentralen Zustellung. So können die von Verbrauchern an zentralen Annahmestellen aufgegebenen Pakete mit den von Unternehmen aufgegebenen Paketen gebündelt an denselben Adressaten (Unternehmen) zugestellt werden, was die Transportkosten bei C2B-Sendungen tendenziell reduziert. Bei B2B-Geschäften bzw. Geschäftskundengeschäften werden überwiegend Investitions- und Vorleistungsgüter versendet. Versender und Empfänger

⁸⁵ MRU ermittelte für 2012 für B2C einen Anteil am Sendungsvolumen von ca. 48 %, für B2B einen von ca. 39 %, für C2C von ca. 6 % und für C2B (vor allem Retourensendungen) von ca. 7 %; vgl. MRU, Der KEP-Markt in Deutschland, a.a.O., S. 13.

⁸⁶ Vgl. Bundesverband des deutschen Versandhandels (bvh), Umsatzzahlen des Interaktiven Handels im 1. Quartal 2013: Deutliche Umsatzsteigerung gegenüber dem 1. Quartal des Vorjahres, Pressemitteilung vom 16. Mai 2013. Insbesondere Bücher, Bild- und Tonträger sowie Haushaltsgeräte/Hauswaren und Kleinartikel sorgten für die größten Wachstumsimpulse. Inwieweit der Versand von Lebensmitteln zukünftig eine gewichtigere Rolle spielen wird – derzeit läuft ein Pilotprojekt von DPAG/DHL in Köln, bei dem zwischen 18 und 22 Uhr vorab online bestellte Lebensmittel ausgeliefert werden –, ist aufgrund der bis dato geringen Präferenz bei den Verbrauchern unklar; vgl. Deutsche Post verschickt Lebensmittel, Die Zeit online, 17. Juli 2013.

bei B2B-Geschäften sind qua Definition Unternehmen, weshalb B2B-Geschäfte relativ stark konjunkturabhängig sind. Im Vergleich zu B2C-Geschäften ist bei B2B-Geschäften die Erfolgsquote der Erstzustellung deutlich höher. Auch die Spannweite des physischen Sendungsvolumens ist gewöhnlich größer als bei B2C-Geschäften, was sich auf die erforderlichen Transportmittel und die Infrastruktur auswirkt.

53. Für die zukünftige Entwicklung im KEP-Segment Paketdienste dürften insbesondere Effizienzsteigerungen im Distributionsnetzwerk und Innovationen bei der Servicequalität von Bedeutung sein. Daneben wurde und wird das Distributionsnetzwerk, insbesondere durch Annahme- und Abholstellen, ausgebaut. So will DPD etwa bis Ende 2013 2.000 und mittelfristig 4.000 zusätzliche Paketshops eröffnen.⁸⁷ UPS hat angekündigt, noch 2013 2.500, mittelfristig bis zu 4.500 neue Paketshops zu eröffnen.⁸⁸ Die DPAG hat gar einen Ausbau um 20.000 Paketshops bis 2014 angekündigt.⁸⁹ Die DPAG testet daneben seit 2013 kleinere, einzelnen Gebäuden zugeordnete Paket-Briefkästen, die eine Zustellung auch bei Abwesenheit des Adressaten problemlos ermöglichen sollen.⁹⁰

Um die Kosten erfolgloser Zustellversuche zu reduzieren und gleichzeitig die Servicequalität zu verbessern, bieten Paketdienstleister zunehmend – neben der Online-Sendungsverfolgung – eine Vorankündigung bzw. Vereinbarung des Zustelltermins an. Durch eine Benachrichtigung per E-Mail und/oder SMS soll der Informations- und Flexibilitätsgrad der Paketzustellung erhöht werden. Weitergehend ist eine Umdisponierung der Zustelladresse denkbar, die teilweise bereits erprobt wird.

54. Insgesamt erscheint die Stellung der DPAG im Bereich der KEP-Dienstleistungen deutlich gefestigt. Unabhängig von den genauen Marktanteilen in einzelnen Marktsegmenten profitiert sie von einer voll flächendeckenden Präsenz mit entsprechenden Netzwerksynergien, von erheblichen Verbundvorteilen zwischen verschiedenen Produkten sowie von der Breite ihrer Produktpalette nahezu über das gesamte Kontinuum der Paket- und Expressmärkte sowie darüber hinaus, nicht zuletzt im Supply-Chain-Management.

1.5.3 Probleme und Potenziale der Datenanalyse im KEP-Segment

55. Die allgemeinen Probleme der regulatorischen Informationsgewinnung (vgl. Abschnitt 1.2) werden im Paketmarkt verschärft durch eine (weitgehende) Fremdvergabe der Datenerfassung und -analyse einerseits und unscharfe Produkt- und Marktabgrenzungen andererseits. Datengewinnung und -analyse sollen hier spezifischer mit Hinblick auf die Besonderheiten dieses Marktsegments beleuchtet werden.⁹¹

87 Vgl. DPD, DPD verdoppelt Zahl der Paket-Shops und treibt Entwicklung von B2C-Services voran, Pressemeldung vom 16. Oktober 2012.

88 Vgl. etwa UPS plant 4500 Paket-Shops in Deutschland, Handelsblatt online, 23. April 2013.

89 Vgl. etwa Ginten, E., 20.000 neue Orte, um ein Paket loszuwerden, Die Welt online, 26. Juni 2013.

90 Vgl. etwa Post testet „kleine Packstation für jedes Haus“, Die Welt online, 5. Oktober 2013.

91 Jeder Datenerfassung geht der Zweck der Datenanalyse voraus, d. h. die Intention der (empirischen) Analyse ist maßgeblich für den Bedarf an zu erhebenden Daten und die Wahl der Erhebungsmethode. Zwar sind Primärstatistiken – insbesondere Vollerhebungen – aufgrund ihres großen Informationspotenzials anderen Erhebungsmethoden gegenüber stets vorzugswürdig, gleichwohl sind sie mit einem ungleich größeren Aufwand verbunden und zentral von der Kooperationsbereitschaft der Auskunft gebenden Quellen abhängig. Zudem birgt die Erstellung von Statistiken mittels empirischer Analysen stets erhebliche Fehlerpotenziale, basieren sie schließlich auf Daten, die ihrerseits eine

56. Um den Blick auf die komplexen Marktprozesse – hier nicht lizenzierte Postdienstleistungen und postnahe Beförderungsleistungen – nicht zu verzerren, sollten bei jeder empirischen Marktstudie nicht nur die Potenziale (Implikationen), sondern auch die Probleme (Limitationen der Aussagekraft) adressatengerecht vermittelt werden. Die Schaffung von Transparenz und Vergleichbarkeit zwischen den empirischen Marktanalysen ist dabei für eine sachverhaltsgerechte Analyse vor allem eines hochsegmentierten Bereiches wie des Postwesens von zentraler Bedeutung.

57. Bei der Datenerfassung bzw. -erhebung konzentriert sich die Problematik überwiegend auf die Gewinnung qualitativ und quantitativ hochwertiger Daten. Hierbei steht den Marktforschungsinstituten ein von der Bundesnetzagentur geführtes Unternehmensregister zur Verfügung, das Unternehmen erfasst, die Postdienstleistungen erbringen.⁹² Dieses Register ist jedoch insbesondere hinsichtlich postnaher Beförderungsleistungen nicht vollständig.⁹³ Die Marktforschungsinstitute sind bei der Datenerfassung nicht auskunftspflichtiger Unternehmen zum Teil auch auf die Mitgliederlisten von Branchenverbänden angewiesen, die aber die in diesem Markt tätigen Unternehmen ebenfalls nicht vollständig erfassen.⁹⁴ Zur Verbesserung der Markttransparenz und der Belastbarkeit zukünftiger Marktanalysen erscheint es daher wünschenswert, ein Unternehmensregister – etwa durch die Bundesnetzagentur – führen zu lassen, das auch nicht auskunftspflichtige Unternehmen enthält, die in bedeutenderem Umfang in diesem Markt tätig sind. Dies könnte etwa durch eine Kooperation zwischen der Bundesnetzagentur und den Branchenverbänden realisiert werden.

58. Ein zentrales Problem der Untersuchung insbesondere der Paketmärkte ist die mangelnde Vergleichbarkeit von Marktanalysen unterschiedlicher Forschungs- und Beratungsinstitutionen und deren teilweise völlig intransparente Datenfundierung. Insbesondere kann dadurch ein Wechsel des von der Bundesnetzagentur mit der Marktanalyse Beauftragten dazu führen, dass die (offiziellen) Marktdaten über die Untersuchungszeiträume nicht mehr vergleichbar sind,⁹⁵ was die Feststellung und Bewertung von Marktentwicklungen jedenfalls erheblich erschwert und teilweise unmöglich macht.

Zwar ist vor dem Hintergrund unterschiedlicher Untersuchungsmethoden und -reichweiten, eines funktionierenden Marktes für Analysen des KEP-Marktes sowie im Interesse einer offenen Erkenntnisentwicklung eine gewisse Disparität zwischen konkurrierenden Analysen gleichzeitig unvermeidlich und durchaus wünschenswert.

Verdichtung von Informationen darstellen und damit eine gewünschte Genauigkeit bzw. Exaktheit bezüglich des zugrunde liegenden Kontextes nicht in Gänze ermöglichen können. Des Weiteren beinhaltet die Datenanalyse neben der Datenerfassung auch bei der Datenverwertung erhebliche Fehlerpotenziale, die der Aussagefähigkeit und damit dem Analysezweck diametral entgegenstehen. Gleichwohl können erst empirische Marktanalysen im Vergleich zu theoretischen und konzeptionellen Untersuchungen einen fragmentierten Einblick in die komplexen Prozesse auf Märkten geben. Empirische Marktanalysen sollten daher – gerade wegen ihrer Probleme, aber auch ihrer Potenziale – als ein komplementäres Analyseinstrument zu theoretischen und konzeptionellen Marktanalysen verstanden werden. Vgl. allgemeiner zum Verhältnis von ökonomischer Theorie und Rechtsanwendung etwa Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, a.a.O., Tz. 444.

92 Neben lizenzpflichtigen Unternehmen nach §§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 PostG, für die ein gesondertes Register besteht, sind nach § 36 S. 1 PostG Unternehmen, die nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen erbringen, anzeigepflichtig und werden bei der Bundesnetzagentur registriert.

93 Vgl. MRU, Primärerhebung auf den Märkten für Kurier-, Express- und Paketdienste, a.a.O., S. 12 f., 18 ff.

94 Vgl. Dieke, A.K./Junk, P./Niederprüm, A. (WIK), Postmarkterhebung 2012, a.a.O., S. 3.

95 Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2012, S. 113.

Dennoch erscheint es notwendig, dass die Bundesnetzagentur bei der Vergabe von Analyseaufträgen Grundsätze etwa in Form eines Leitfadens für die Datenerfassung und -verwertung zugrunde legt, die sich etwa an den Standards der Qualitätssicherung in der amtlichen Statistik orientieren könnten.⁹⁶ Minimalziel sollte dabei sein, die Datengrundlage und damit die Belastbarkeit der Untersuchung transparent zu machen. Zum anderen sollte dadurch auch bei einem Wechsel des jeweils von der Bundesnetzagentur beauftragten Marktforschungsunternehmens eine Vergleichbarkeit der Ergebnisse ermöglicht werden. Eine so von der Bundesnetzagentur induzierte Signalwirkung könnte darüber hinaus andere Auftraggeber bzw. Marktforschungsinstitute⁹⁷ veranlassen, diesen Qualitätsstandard zu adaptieren und konkrete Angaben zu publizieren, welche die zugrunde liegende Datenquantität und -qualität erkennen lassen.⁹⁸ Auf dieser Basis erscheint eine generelle Verbesserung der vor allem auch im politischen Raum zirkulierenden Marktanalysen möglich.

59. Durch regelmäßige Konsultationen mit den Marktteilnehmern könnte darüber hinaus die Marktberichterstattung der Bundesnetzagentur stets den gegenwärtigen Notwendigkeiten angepasst werden. Die von der Bundesnetzagentur mit der Marktanalyse beauftragten Forschungs- und Beratungsinstitutionen versuchen zwar regelmäßig, durch eine breite Einbindung von Branchenteilnehmern möglichst umfassend zu berichten. Durch einen offiziellen Rahmen unter Einbeziehung der Experten der Bundesnetzagentur und deren Auskunftsrechten nach § 45 PostG dürfte jedoch die Belastbarkeit und Problemnähe der Marktanalysen erheblich steigerbar sein.⁹⁹

1.6 Wechselwirkungen zwischen Teil- und benachbarten Märkten

60. Auch soweit Produkte unterschiedlichen Märkten zuzuordnen sind, können Effekte zwischen diesen auftreten, die den Wettbewerb signifikant beeinflussen können. Dies gilt etwa bei der Verbundzustellung, in deren Rahmen Pakete und Briefe gemeinsam zugestellt werden, sowie bei Warensendungen, die zwar grundsätzlich dem Briefmarkt zuzurechnen sind, jedoch in gewissem Rahmen Pakete ersetzen können. Ähnliches gilt für die bereits oben erörterte Hybridmail¹⁰⁰ und verbundene Briefvolumina sowie den elektronischen Poststellenbetrieb.

61. Oftmals ist auch in verschiedenen Annex- bzw. Teilmärkten eine Vorwärts- und Rückwärtsintegration der DPAG zu beobachten, deren Auswirkungen nur teilweise ab-

96 Vgl. Statistische Ämter des Bundes und der Länder, Die Qualitätsstandards der amtlichen Statistik, Ausg. 2006, Wiesbaden, Dezember 2006.

97 Letztere geben – sofern in den Studien überhaupt dokumentiert – an, bei der Datenerhebung die Richtlinien einiger Marktforschungsverbände zu beachten; vgl. z. B. MRU, Marktuntersuchung auf den Märkten für nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen und postnahe Beförderungsdienstleistungen, a.a.O., S. 12.

98 So werden zwar bislang in den von der Bundesnetzagentur in Auftrag gegebenen Marktstudien z. B. Angaben zur Rücklaufquote bei dem Versuch der Durchführung von Vollerhebungen gemacht – ca. 17 % bei WIK, vgl. Dieke, A.K./Junk, P. (WIK), Postmarkterhebung 2013, a.a.O., S. 4., und ca. 5 % bei MRU, vgl. MRU, Primärerhebung auf den Märkten für Kurier-, Express- und Paketdienste, a.a.O., S. 11 f., jedoch weisen Marktstudien von nicht öffentlich-rechtlichen Auftraggebern eine solche oder ähnlich kritisierbare Informationen nicht aus; vgl. MRU, Der KEP-Markt in Deutschland, a.a.O., S. 16 f., oder KE-Consult, Motor für Wirtschaftswachstum und Beschäftigung: Die Kurier-, Express- und Paketbranche in Deutschland, a.a.O., S. 29.

99 Vgl. hierzu auch Abschnitte 4.1 und 4.2.

100 Vgl. Abschnitt 1.4.

zuschätzen sind. Dabei kann unterschieden werden zwischen der Re-Integration von im Verlauf der Liberalisierung von Dritten erbrachten Leistungen in das Konzerngefüge der DPAG (etwa im Bereich der Postkonsolidierung) einerseits und (externem und internem) Wachstum im Bereich neuer Dienstleistungen (etwa im Bereich der Sendungserstellung, bei Mehrwertdiensten und bei Sortiermaschinen) andererseits. Dadurch können sich der DPAG Möglichkeiten zu Wettbewerbsbehinderungen durch Diskriminierung, Marktabschottung oder Quersubventionierung bieten. Diesen stehen jedoch typischerweise insbesondere Verbundeffizienzen und Lerneffekte gegenüber, die eine ökonomische und rechtliche Bewertung erschweren. Die Monopolkommission regt vor diesem Hintergrund an, dass Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt diese Märkte genauer im Blick behalten.

62. Ein drastisches Beispiel für mögliche Auswirkungen einer derartigen Rückwärtsintegration von Marktteilnehmern ist die Beteiligung der DPAG am Berliner Briefsortiermaschinen-Spezialisten Compador Technologies GmbH (49 %) und an dessen im Konsolidierungsbereich tätiger Schwestergesellschaft Compador Dienstleistungs GmbH (26 %), die durch einen Kredit der DPAG in erheblicher Höhe unterstrichen wird. Der darin liegende Ausbau des Konsolidierungsgeschäftes durch die DPAG verstärkt deren bereits bestehende Aktivitäten in diesem Bereich und steigert die hierin begründete Problematik vor allem quantitativ. Die (mittelbaren) Einblicke für die DPAG in das Briefgeschäft von Kunden im Sortiermaschinenbau und die Anreize für Compador, Kunden, die jetzt Wettbewerber eines Hauptgesellschafters sind, schlechter zu behandeln, können für die betroffenen Unternehmen erhebliche Folgen haben. So wurden etwa in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Beteiligung der DPAG Wartungsverträge gekündigt.¹⁰¹ Die Wartung der komplexen und vielfach speziell angefertigten Sortiermaschinen ist Dritten – insbesondere ohne die Informationsherausgabe des Herstellers – kaum möglich. Ein Ausfall der wartungsintensiven Maschinen kann jedoch den praktischen Zusammenbruch der Produktion eines Briefdienstleisters zur Folge haben. Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt haben insoweit ermittelt; die Ansatzpunkte reichten für ein Eingreifen nicht aus.¹⁰² Wenn auch in diesem Fall zu einer Verhandlungslösung zwischen den Parteien gefunden werden sollte bzw. wurde, zeigen sich doch deutlich mögliche Wettbewerbsauswirkungen auch von Minderheitsbeteiligungen der DPAG an in Annexmärkten tätigen Unternehmen.

1.7 Fazit

63. Unabhängig von genauen Marktanteilen kann auch angesichts der Verbundenheit der unterschiedlichen Teilmärkte noch immer von einer marktbeherrschenden Stellung¹⁰³ der DPAG auf den postalischen Kernmärkten ausgegangen werden. Bestimmte Marktabgrenzungen und Umsatzzurechnungen können im Postmarkt zwar zu rechnerisch geringeren Marktanteilen der DPAG führen, bleiben jedoch ohne Einfluss auf die Diagnose. Der Marktanteil der DPAG im Briefmarkt ist 2011 und 2012 leicht zurückgegangen und bewegt sich seit der vollständigen Marktliberalisierung 2008 bei etwa

101 Vgl. eingehender etwa Dohmen, F., Angriff aufs Herz, Der Spiegel Nr. 17, 22. April 2013, S. 70-72.

102 Vgl. zur Missbrauchs- und Kartellaufsicht sowie Fusionskontrolle eingehender Abschnitte 2.3.3.3, 2.3.3.4 sowie 2.3.4. Die Beteiligung war angesichts geringer Umsätze der Compador-Gesellschaften nicht fusionskontrollpflichtig, vgl. § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

103 Vgl. hierzu eingehender Abschnitte 1.3 ff., 2.3.2.1 sowie 2.3.3.2.

90 %. Im Paketbereich ist die Marktposition der Wettbewerber zwar stärker; die für den gesamten Paketmarkt von der Bundesnetzagentur auf Grundlage von WIK-Hochrechnungen veröffentlichten Marktanteile der DPAG von unter 30 % geben jedoch nach Einschätzung der Monopolkommission isoliert ein unzutreffendes Bild des Wettbewerbs auf den einzelnen Teil-Paketmärkten, die sich teils stärker ausdifferenzieren, teils angesichts konvergierender Produkte und Dienstleistungen schlechter unterscheidbar sind. Auch hier ergibt sich jedenfalls auf Grundlage der starken Präsenz der DPAG in allen Teilmärkten und im gesamten Bundesgebiet deren zentrale Stellung im deutschen Postsektor.

2. Rechtliche und regulatorische Rahmenbedingungen

64. Das Postgesetz ist die zentrale Grundlage der Marktordnung im Postbereich und teils originär deutsches Gesetz, teils Umsetzung von Vorgaben der EU-Postrichtlinie.¹⁰⁴ § 1 PostG führt als Zwecke der Regulierung im Bereich des Postwesens gleichberechtigt nebeneinander die Förderung des Wettbewerbs und die flächendeckende Gewährleistung angemessener und ausreichender Dienstleistungen an. Ziele der Regulierung sind nach § 2 PostG neben (1) der Wahrung der Interessen der Kunden sowie der Wahrung des Postgeheimnisses (2) die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, auch in der Fläche, auf den Märkten des Postwesens, (3) die Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung mit Postdienstleistungen zu erschwinglichen Preisen (Universaldienst), (4) die Wahrung der Interessen der öffentlichen Sicherheit und (5) die Berücksichtigung sozialer Belange. Eine Lizenzierungspflicht besteht seit 2008 nurmehr für Briefsendungen¹⁰⁵ bis 1.000 g Gewicht, alle übrigen Postdienstleistungen¹⁰⁶ sind lediglich anmeldepflichtig (§ 36 S. 1 PostG).

65. Parallel zum Postgesetz und über dessen Reichweite hinaus bestimmen insbesondere die Kartellrechtsnormen des GWB – in ihrer Reichweite angesichts speziellerer Normen des Postgesetzes umstritten – sowie des europäischen Rechts (AEUV) die Marktordnung. Zusätzlich zu dem allgemeinen wirtschaftsrechtlichen Ordnungsrahmen bestimmt daneben eine ganze Reihe weiterer postspezifischer Vorschriften das Marktumfeld. Insbesondere soweit diese Normen Anwendung nur auf die DPAG als – bislang einziges – tatbestandserfüllendes Unternehmen oder explizit benannten Adressaten finden, sind erhebliche wettbewerbsrelevante Auswirkungen auf Wettbewerber möglich. Besondere Bedeutung haben insoweit auch die Umsatzsteuerbefreiung der DPAG und die Vergabe öffentlicher Aufträge für Postdienstleistungen, die beide im Rahmen des Kapitels über Wettbewerbsprobleme untersucht werden.¹⁰⁷

2.1 Institutionen

66. Auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene sind unterschiedliche Institutionen und Verbände an der Durchsetzung und Weiterentwicklung von Marktordnungsregeln beteiligt.

Die Anwendung des Kartellrechts obliegt je nach Auswirkungsbereich des relevanten Sachverhalts den Landeskartellbehörden, dem Bundeskartellamt oder der Europäischen Kommission (Generaldirektion Wettbewerb), wobei auch die deutschen Behörden un-

104 Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, ABl. EG Nr. L 15 vom 21. Januar 1998, S. 14, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2008/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Februar 2008, ABl. EU Nr. L 52 vom 27. Februar 2008, S. 3 (Dritte Postrichtlinie).

105 Nach § 4 Nr. 2 PostG gewerbsmäßig beförderte adressierte schriftliche Mitteilungen.

106 Nach § 4 Nr. 1 PostG sind Postdienstleistungen legaldefiniert als folgende gewerbsmäßig erbrachte Dienstleistungen: die Beförderung von Briefsendungen, die Beförderung von adressierten Paketen, deren Einzelgewicht 20 Kilogramm nicht übersteigt, oder die Beförderung von Büchern, Katalogen, Zeitungen oder Zeitschriften, soweit sie durch Unternehmen erfolgt, die Postdienstleistungen erbringen.

107 Vgl. Abschnitte 3.3 und 3.4.

mittelbar das europäische Recht anwenden. Die Bundesnetzagentur setzt die Regeln des Postgesetzes als Regulierungsbehörde um.

Die Bundesnetzagentur wirkt auch auf europäischer Ebene in der Beratungsgruppe der europäischen Postregulierer (European Regulators Group for Postal Services – ERGP), im Europäischen Komitee für die Regulierung im Postbereich (Comité Européen de la Réglementation Postale – CERP), bei der Europäischen Konferenz für Post und Telekommunikation – CEPT) sowie im Europäischen Komitee für Normung (Comité Européen de Normalisation – CEN) aktiv an einer Fortentwicklung der Auslegungs- und Anwendungspraxis mit.¹⁰⁸

Die Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen (GD Markt) der Europäischen Kommission ist für die Kontrolle der Umsetzung der EU-Gesetzgebung zu Postdienstleistungen und für deren Weiterentwicklung zuständig.¹⁰⁹

Auf Bundesebene sind für die Weiterentwicklung des Postrechts das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi), für die Ausübung der Beteiligungsrechte und Umsatzsteuerfragen das Bundesministerium der Finanzen (BMF) bzw. die Finanzverwaltung zuständig.

Auf internationaler Ebene werden Festsetzungen insbesondere zu grenzüberschreitenden Postdienstleistungen im Rahmen der Weltpostunion (Union Postale Universelle – UPU) getroffen, an deren Beratungen und Beschlussfindungen Bundeswirtschaftsministerium und Bundesnetzagentur teilnehmen.

Soweit postbezogene Normen unmittelbar gelten, können sich auch Wettbewerber mit Hilfe der Gerichte und Vergabekammern an der Durchsetzung des Rechtsrahmens beteiligen, was bislang vor allem in Bezug auf die Vergabe öffentlicher Aufträge Bedeutung hat.

2.2 Kosten- und Entgeltmaßstäbe in Regulierung und Missbrauchsaufsicht

67. Der Maßstab, an dem Entgelte im Rahmen von Regulierung und Missbrauchsaufsicht gemessen werden, bestimmt die preislichen Spielräume der marktbeherrschenden Unternehmen. Dabei unterscheiden sich die regulierungsrechtlichen und kartellrechtlichen Maßstäbe auf den ersten Blick erheblich: Während Art. 102 AEUV und § 19 GWB allgemein den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verbieten, treffen Postgesetz und Post-Engeltregulierungsverordnung (PEntgV)¹¹⁰ detaillierte Vorgaben für die Entgeltkontrolle marktbeherrschender Unternehmen und sehen explizit die Berücksichtigung besonderer Kosten vor.

68. Die Zielrichtung beider Regelungskomplexe ist allerdings eng verwandt: Die Machtausübung des marktbeherrschenden Unternehmens soll gegenüber Abnehmern und Wettbewerbern auf ein effizientes Maß reduziert werden. Im kartellrechtlichen Schrifttum wird insoweit vom Schutz des Leistungswettbewerbs gesprochen. Das Post-

¹⁰⁸ Vgl. hierzu eingehender Monopolkommission, Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 10 ff., sowie BNetzA, Tätigkeitsbericht 2012, S. 122 f.

¹⁰⁹ Das zuständige Referat MARKT E3 „Online und Postdienste“ betreut in seinem Portfolio neben dem Postsektor vor allem den elektronischen Geschäftsverkehr, Glücksspiele, Sportdienstleistungen und Medien. Daneben sind im Postbereich weitere Referate und Generaldirektionen insbesondere für Vergaberecht und Umsatzsteuer zuständig.

¹¹⁰ Post-Engeltregulierungsverordnung vom 22. November 1999, BGBl. I S. 2386.

gesetz sieht im Zielkatalog des § 2 Abs. 2 neben einer Reihe weiterer Ziele¹¹¹ die „Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, auch in der Fläche“ vor.

69. Praktisch ergibt sich zwar grundsätzlich ein erheblicher Unterschied zwischen der Wirkung beider Regelungskomplexe. Die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht erfolgt in aller Regel ex post; die Kartellbehörde kann somit regelmäßig erst nach Verfahrenseröffnung (Kosten-)Daten des marktbeherrschenden Unternehmens erheben. Das hat zu einer teilweise geringen praktischen Reichweite des allgemeinen preisbasierten Missbrauchsverbots für marktbeherrschende Stellungen – insbesondere in Bezug auf Ausbeutungsmissbrauch –¹¹² geführt.¹¹³ Die Regulierungsbehörde hingegen hält jedenfalls in ex ante regulierten Bereichen einen umfänglichen Datensatz insbesondere zu Kostendaten des regulierten Unternehmens vor. Auf dieser Grundlage kann sie grundsätzlich auch im Falle der Ex-post-Regulierung bzw. Missbrauchsaufsicht Entgelte relativ zeitnah überprüfen. Substanziell basieren die Maßstäbe von Kartell- und Regulierungsrecht jedoch auf den gleichen betriebswirtschaftlichen Kostenmaßstäben und Wirtschaftlichkeitserwägungen. Entsprechend sind – unter Berücksichtigung teilweise leicht abweichender gesetzlicher Maßstäbe des Regulierungsrechts¹¹⁴ – die vom marktbeherrschenden Unternehmen einzuhaltenden Preisober- und -untergrenzen weitgehend identisch.

70. Die Kontrolle, ob sich der Marktbeherrscher regelkonform verhält, setzt grundsätzlich die umfängliche und detaillierte Erfassung seiner relevanten Kosten voraus. Nach der Konzeption des Kartellrechts und auch der Missbrauchsaufsicht nach dem Postgesetz wird zwar grundsätzlich von regelkonformem Verhalten der Unternehmen ausgegangen. Regelkonformes Verhalten (Compliance) setzt jedoch – neben klaren Regeln, insbesondere in Bezug auf Kostenstandards – in der Regel voraus, dass das betreffende Unternehmen die entsprechenden Regeln als verbindlich erkennt und dass die glaubhafte Drohung behördlicher Regeldurchsetzung besteht.¹¹⁵ Insbesondere wenn wie im Briefmarkt ein besonders marktmächtiges Unternehmen einer Vielzahl kleinerer Wettbewerber gegenübersteht, können Effekte von Regelverstößen langfristig fortwirken. So haben etwa Marktaustritte von Wettbewerbern und die Reputation des Markt-

111 So sind insbesondere das Postgeheimnis und die Interessen der öffentlichen Sicherheit zu wahren sowie soziale Belange zu berücksichtigen und der Universaldienst sicherzustellen; diese Zielbestimmungen schlagen sich auch in den gesetzlichen Entgeltmaßstäben nieder. Die im Postgesetz explizit vorgesehene Wahrung der Interessen der Kunden ist jedoch auch im Kartellrecht erklärtes (direktes oder mittelbares) Ziel.

112 Allerdings findet insoweit in Bereichen mit Beweislastverschiebungen durchaus eine relevante Kontrolle durch die Behörden statt; vgl. etwa Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a.a.O., Tz. 420 ff.; Hauptgutachten 2010/2011, a.a.O., Tz. 581 ff.

113 Kartellbehördliche Verfahren auf Grundlage des Verdachts auf Preis-Kosten-Scheren sind jedoch insbesondere im Telekommunikationsbereich vergleichsweise häufiger zu beobachten; vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2009/2010, BT-Drs. 17/6640 vom 20. Juli 2011, S. 110; EU-Kommission, Begleitunterlage zum Bericht über die Wettbewerbspolitik 2012, SWD(2013) 159 final, S. 28; zum Ganzen eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a.a.O., Tz. 420 ff. Vgl. auch die Verfahrensübersicht unter <http://www.concurrences.com/Droit-de-la-concurrence/Glossaire-des-termes-de/Predatory-pricing>.

114 Vgl. insbesondere § 20 Abs. 2 S. 2 PostG.

115 Vgl. eingehender zu Facetten, Potenzialen und Problemen der behördlichen Compliance-Förderung etwa Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, a.a.O., Tz. 416 ff.

beherrschers als aggressiver Wettbewerber regelmäßig erhebliche Nachwirkungen. Aus diesem Grund ist im Postmarkt ein proaktiver Wettbewerbsschutz unverzichtbar.

71. Für marktbeherrschende Unternehmen können erhebliche Anreize bestehen, gegenwärtige und potenzielle Wettbewerber vom Markt zu verdrängen und/oder vom Markteintritt abzuhalten.¹¹⁶ Typische Erscheinungsformen derartiger Missbräuche sind insbesondere Verdrängungspreise und die Preis-Kosten-Schere. Bei Verdrängungspreisen werden Endpreise für ein Produkt oder ein Produktbündel¹¹⁷ strategisch so gesetzt, dass Wettbewerber vom Markt verdrängt bzw. vom Markteintritt abgehalten werden. Nach Ausschluss der bereits existierenden Wettbewerber bzw. nach Abschreckung potenzieller Wettbewerber vom Markteintritt kann mittel- bis langfristig die eigene marktbeherrschende Stellung durch Preissteigerungen zulasten der Endverbraucher ausgenutzt werden. Bei der Preis-Kosten-Schere wird die Lieferung notwendiger Teilleistungen für die Herstellung des Endproduktes bzw. des Produktbündels an Wettbewerber in vor- oder nachgelagerten Märkten an Bedingungen geknüpft, die langfristig rentables Wirtschaften behindern. Am deutlichsten wird dies bei Preisen für Vorleistungen, die über den eigenen Endabnehmerpreisen liegen, ohne dass dafür eine sachliche Rechtfertigung besteht.

72. Die Erfassung der relevanten Kosten setzt dabei voraus, dass diese anhand von (gesetzlich) bestimmten Kostenmaßstäben bzw. -definitionen identifiziert werden können. Der folgende Abschnitt enthält eine Analyse der gesetzlichen Kostenstandards im Postbereich, einen Überblick über die einzelnen Kostenkategorien sowie über Kostenstandards, die auf eine Identifizierung und eine verursachungsgerechte Zuweisung derselben zu den Produkten bzw. Dienstleistungen gerichtet sind. Im Anschluss werden verschiedene Ansätze zur Allokation von Gemeinkosten dargelegt. Die hier entwickelte Kostensystematik legt das methodische Fundament für die in den Folgeabschnitten vorgenommenen Analysen zur Dualität von Entgeltregulierung und Missbrauchsaufsicht.

2.2.1 Kostenstandards in Kartell- und Regulierungsrecht

73. Kartellrecht und Postgesetz setzten juristische Kostenmaßstäbe, die auf ökonomischen Kostenmaßstäben aufbauen. Daher sind die gesetzlichen und die von den Gerichten entwickelten Vorgaben interpretationsbedürftig. Das Postgesetz geht von einem einheitlichen Maßstab aus, dem die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung zugrunde liegen. Der nach Kartellrecht auf marktbeherrschende Unternehmen anwendbare Entgeltmaßstab hingegen ist abhängig vom Kontext des jeweiligen Unternehmenshandelns.

74. So gilt für die Entgeltgenehmigung nach dem Postgesetz der Kostenmaßstab des § 20 Abs. 1, 2 PostG i.V.m. § 3 PEntgV (modifizierter KeL-Maßstab). Nach § 3 Abs. 3 PEntgV berechnen sich die KeL im Postbereich aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung (Long-Run Average Incremental Costs, LRAIC) und

¹¹⁶ Daneben bestehen erhebliche Anreize, durch überhöhte Preise die Nachfrager auszubeuten. Ausbeutungsmisbräuche sind jedoch schwer nachzuweisen und spielen im deutschen und europäischen Kartellrecht eine bestenfalls marginale Rolle. Dieser Abschnitt zielt daher vor allem auf (preisbasierte) Behinderungsmisbräuche; die Ausführungen gelten jedoch mutatis mutandis auch für die Feststellung von Preisüberhöhungen.

¹¹⁷ Der Begriff Produkte umfasst für den Rahmen dieses Gutachtens auch Dienstleistungen.

einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, jeweils einschließlich eines dem unternehmerischen Risiko angemessenen Gewinnzuschlags, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Höhere nachgewiesene Kosten werden nach § 20 Abs. 2 S. 1, 2. Hs. PostG und § 3 Abs. 4 PEntGV berücksichtigt, soweit eine rechtliche Verpflichtung oder eine sonstige Rechtfertigung dafür besteht. Insoweit sind nach § 20 Abs. 2 S. 2 PostG, § 3 Abs. 4 PEntGV insbesondere folgende Kosten „angemessen zu berücksichtigen“:

- die Kosten einer flächendeckenden Versorgung mit Postdienstleistungen („Universaldienstlasten“),
- die Kosten für die Einhaltung der wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizenzierten Bereich üblich sind und die Kosten aus der Übernahme von Versorgungslasten für die Beschäftigten, die aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost entstanden sind („Soziallasten“).

75. Grundsätzlich hat zwar die Regulierungsbehörde nach § 24 Abs. 1, 3, § 25 Abs. 1, 2 PostG Entgelte eines marktbeherrschenden Unternehmens als missbräuchlich zu untersagen, wenn diese „Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt für Postdienstleistungen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen“, oder „einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einräumen“, ohne dass hierfür eine rechtliche Verpflichtung oder ein sonstiger sachlich gerechtfertigter Grund nachgewiesen wird. Nach diesem Maßstab des § 20 Abs. 2 Nr. 2 und 3 PostG sind also Verdrängungspreise und Preisdiskriminierung unzulässig. Dieses Verbot hat jedoch bislang nur in einem Fall Praxisrelevanz erlangt, in dem die DPAG über eine Tochtergesellschaft Unterkostenpreise angeboten hatte.¹¹⁸

76. Die Missbrauchsaufsicht nach §§ 24, 25 PostG stellt über den Verweis auf § 20 Abs. 2 PostG zwar nicht explizit auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung, sondern allein auf kartellrechtstypische Verbotstatbestände ab. Insoweit kann unklar sein, wie weit der KeL-Maßstab anwendbar ist.¹¹⁹ Allerdings ist insoweit von Bedeutung, dass im Wettbewerb grundsätzlich nur solche Kosten in Preise einfließen, die bei anderen Anbietern auf demselben Markt in ähnlicher Weise anfallen würden; Maßstab ist insoweit die Effizienz,¹²⁰ weshalb die Bundesnetzagentur zu Recht den KeL-Maßstab auch im Missbrauchsbereich zugrunde legt.¹²¹

77. Trotz (bzw. teilweise wegen) weitreichender Vorgaben lassen diese gesetzlichen Maßstäbe dem marktbeherrschenden Unternehmen jedoch erhebliche Spielräume, welche die Wirksamkeit der behördlichen Entgeltaufsicht beeinträchtigen.¹²²

78. § 19 GWB und Art. 102 AEUV sehen im Gegensatz zum Postgesetz und zur Post-Entgeltregulierungsverordnung keine präzisen Kostenmaßstäbe vor. Deren Entwicklung

¹¹⁸ BNetzA, Entscheidung vom 11. Mai 2011, 5b 11/018, First Mail; vgl. eingehender Abschnitt 2.3.3.3.

¹¹⁹ Dagegen etwa Lübbig, in: Badura, P. (Hrsg.), Beck'scher PostG-Kommentar, 2. Aufl., München 2004, § 25 Rn. 9 f.

¹²⁰ Vgl. etwa BGH, Beschluss vom 28. Juni 2005, KVR 17/04; BGH, Beschluss vom 15. Mai 2012, KVR 51/11.

¹²¹ Vgl. BNetzA, Entscheidung vom 14. Juni 2011, BK5b-11/018, im Eilverfahren bestätigt durch VG Köln, Beschluss vom 1. September 2011, 22 L 1011/11, sowie OVG Münster, Beschluss vom 15. November 2011, 13 B 1082/11.

¹²² Vgl. eingehender Abschnitte 2.3.3.3 und 2.5.

war und ist Wissenschaft und Praxis überlassen. Im Laufe der Anwendungsgeschichte der Vorschriften hat sich aber eine Reihe von Kriterien herausgebildet, die es Unternehmen und Behörden erleichtern, die kartellrechtliche Zulässigkeit von Preisen einzuschätzen.

Nach deutschem und europäischem Kartellrecht sind zwar auch auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung basierende überhöhte Preise grundsätzlich unzulässig (Ausbeutungsmisbrauch). Vor dem Hintergrund der Nachweisschwierigkeiten¹²³ und der weitreichenden Ex-ante-Regulierung von Endkundenentgelten auf Grundlage des Postgesetzes wird in der Folge jedoch vor allem die kartellrechtliche Bewertung missbräuchlich zu niedriger Preise untersucht. Hierbei handelt es sich um Unterfälle des Behinderungsmisbrauchs.

79. Grundsätzlich ist Maßstab für eine missbräuchlich marktverschließende Wirkung im Sinne des Kartellrechts, dass ein „ebenso effizienter Wettbewerber“ wie das marktbeherrschende Unternehmen gegen die von diesem angebotenen Preise nicht mehr konkurrieren könnte.¹²⁴ Unter dieser Grenze liegende Entgelte können zwar grundsätzlich durch Effizienzvorteile gerechtfertigt sein, an denen die Verbraucher beteiligt werden. Effizienzen sind bei Unterkostenpreisen jedoch, in Abwesenheit besonderer Umstände,¹²⁵ wenig wahrscheinlich.¹²⁶

80. Die am einfachsten festzustellende kartellrechtliche Grenze unternehmerischer Preissetzung wird durch das Verbot der Preis-Kosten-Schere gezogen.¹²⁷ Danach darf der Preis einer Vorleistung, die das marktbeherrschende Unternehmen Wettbewerbern auf vor- oder nachgelagerten Märkten anbietet, nicht höher sein als dessen Endverkaufspreis der vollständigen Leistung abzüglich der Kosten für den über die Vorleistung hinaus notwendigen Zusatzaufwand.¹²⁸ Eine objektive Rechtfertigung solcher Preis-

123 Vgl. Art. 102 S. 2 lit. a AEUV und § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB sowie zu ersterem EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, Rs. 27/76, *United Brands*, Slg. 1978, S. 207 ff., Rn. 248 ff., zu Letzterem BGH, Beschluss vom 12. Februar 1980, KVR 3/79, BGHZ 76, 142, *Valium II*. Dabei kann eine Preisüberhöhung grundsätzlich sowohl durch Vergleich mit ähnlichen Märkten als auch auf Grundlage einer Kostenprüfung festgestellt werden; vgl. BGH, Beschluss vom 15. Mai 2012, KVR 51/11, *Wasser Calw*.

124 Vgl. eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a.a.O., Tz. 422 ff.; EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU Nr. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Rn. 23 ff. m.w.N.; EuGH, Urteile vom 14. Oktober 2010, Rs. C-280/08 P, *Deutsche Telekom*; vom 17. Februar 2011, Rs. C-52/09, *Telia-Sonera*; EuG, Urteil vom 29. März 2012, Rs. T-336/07, *Telefonica* (anhängig vor dem EuGH: Rs. C 295/12 P).

125 Typische Umstände, die derartige Preise rechtfertigen können, sind etwa Markteinführungen, Abverkäufe und komplementärproduktbezogene Marketingstrategien; vgl. im Überblick etwa OECD, *Predatory Foreclosure, Policy Roundtable*, 2004, S. 32 ff.; International Competition Network (ICN), *Report on Predatory Pricing*, Presented at the 7th Annual Conference of the ICN, Kyoto, April 2008, S. 26 ff.

126 Vgl. auch EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmisbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU Nr. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Rn. 74 gegenüber Rn. 28 ff.

127 Vgl. eingehend zur Preis-Kosten-Schere Haucap, J./Heimeshoff, U., *Preis-Kosten-Scheren auf deregulierten Telekommunikationsmärkten*, in: Haucap, J./Kühling, J. (Hrsg.), *Effiziente Regeln für Telekommunikationsmärkte in der Zukunft: Kartellrecht, Netzneutralität und Preis-Kosten-Scheren*, Baden-Baden 2009, S. 149 ff., 177 ff.

128 Die Einbeziehung eines Zusatzaufwandes für die Erstellung des Endproduktes ist nach § 19 Absatz 2 Nummer 1 und Artikel 102 AEUV erforderlich. Der Preisvergleich ohne Einbeziehung zusätzlicher Kosten des Marktbeherrschers bzw. des Weiterverkäufers hingegen stellt nach § 20 Absatz 3 Satz 2

Kosten-Relationen bleibt dem Marktbeherrscher offen, ist aber in Abwesenheit besonderer Marktsituationen wenig wahrscheinlich. Die im Wettbewerb mit den Endverkaufspreisen des marktbeherrschenden Unternehmens mögliche Marge des auf die Vorleistung angewiesenen Wettbewerbers darf also grundsätzlich nicht negativ sein. Dabei soll es zwar in der Regel auf die Zusatzkosten des marktbeherrschenden Unternehmens bzw. eines ebenso effizienten Wettbewerbers ankommen.¹²⁹ Insoweit können jedoch auch die Zusatzkosten der Wettbewerber maßgeblich sein, wenn besondere Umstände vorliegen, die auch den Postmarkt prägen.¹³⁰

81. Zu niedrige Preissetzungen des marktbeherrschenden Unternehmens können als Verdrängungspreise kartellrechtlich unzulässig sein („predatory pricing“). Wann genau diese Schwelle unterschritten ist, richtet sich zum einen nach den Kosten der internen Produktion, zum anderen nach den (intendierten) Wirkungen. Die Abgrenzung zu erlaubtem Verhalten ist dabei schon konzeptionell schwierig, da die Preissenkung unter Konkurrenzdruck eine im Wettbewerb typische und grundsätzlich erwünschte Verhaltensweise ist. So kann bei entsprechend unterschiedlichen Kostenstrukturen eine starke Verdrängungswirkung zulasten kleinerer Wettbewerber auch dann auftreten, wenn das marktbeherrschende Unternehmen Preise oberhalb seiner Kosten setzt.¹³¹ Insoweit kommt es weder darauf an, dass das marktbeherrschende Unternehmen durch die Preissetzung Verluste erleidet, noch auf dessen Möglichkeit, eingegangene Verluste durch spätere Preisüberhöhungen zu kompensieren.

82. Preis-Kosten-Scheren und unzulässige Verdrängungspreise können auch durch Rabatte eines marktbeherrschenden Unternehmens erreicht werden, wenn der tatsächlich berechnete Stückpreis unter dem jeweiligen Betrag liegt, der sich aus den Entgelt- bzw. Kostenmaßstäben ergibt. Daneben können insbesondere rückwirkend gewährte und auf exklusiven Bezug gerichtete Rabatte als solche und für sich unzulässig sein, wenn sie marktverschließende Wirkungen haben.¹³² Die tatsächlichen Kosten können insoweit mitbestimmender Maßstab für die Wettbewerbswidrigkeit der Marktverschließung sein,¹³³ auf sie kommt es jedoch bei marktverschließenden Auswirkungen nicht an.¹³⁴

Nummer 3 GWB einen leicht zu beweisenden und daher in der Praxis oft entscheidenden Maßstab dar; vgl. eingehender hierzu Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, a.a.O., Tz. 141 f., 548 ff.

129 Vgl. bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a.a.O., Tz. 422 ff.

130 Vgl. EuGH, Urteil vom 17. Februar 2011, Rs. C-52/09, Telia-Sonera, Rn. 45. Dort werden beispielhaft Verhältnisse genannt, in denen (1) die Kostenstruktur des beherrschenden Unternehmens aus objektiven Gründen nicht klar erkennbar ist, (2) die für Wettbewerber erbrachte Leistung lediglich darin besteht, eine Infrastruktur zu nutzen, deren Herstellungskosten sich bereits amortisiert haben, sodass der Zugang zu dieser Infrastruktur für das beherrschende Unternehmen nicht mehr mit Kosten verbunden ist, die mit den Kosten ihrer Wettbewerber für diesen Zugang wirtschaftlich vergleichbar sind, (3) die besonderen Wettbewerbsbedingungen des Marktes es erfordern, weil z. B. die Höhe der Kosten des beherrschenden Unternehmens speziell auf den Wettbewerbsvorteil zurückzuführen ist, den die beherrschende Stellung diesem Unternehmen beschert.

131 Vgl. etwa OECD, Predatory Foreclosure, a.a.O., S. 17 ff.

132 Vgl. nur EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, Rs. 85/76, Hoffmann-La Roche, Rn. 90 ff. Eine eingehende Untersuchung findet sich bei Zauner, M., Wettbewerbspolitische Beurteilung von Rabattsystemen im Postmarkt, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 306, März 2008.

133 Vgl. EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU Nr. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Rn. 37 ff. m.w.N.

134 Vgl. EuGH, Urteil vom 19. April 2012, Rs. C-549/10 P, Tomra, Rn. 46.

83. Einzelnen Kunden von Wettbewerbern durch den Marktbeherrscher selektiv angebotene Preissenkungen (Preisdiskriminierungen) sind grundsätzlich nicht schon wegen ihrer Selektivität kartellrechtswidrig, wenn eine dahinter stehende Absicht des Unternehmens, dadurch Wettbewerber vom Markt zu verdrängen, nicht vorliegt.¹³⁵ Allerdings wird auch ohne den Nachweis einer Verdrängungsabsicht dann ein Missbrauch vermutet, wenn Preise unter den durchschnittlichen variablen Kosten¹³⁶ bzw. unter den durchschnittlichen Inkrementalkosten¹³⁷ liegen. Soweit hingegen Preise auf Höhe der oder über den durchschnittlichen Gesamtkosten liegen, soll in der Regel ein Missbrauch ausgeschlossen sein.¹³⁸ Soweit zwar nicht die Gesamtkosten, jedoch die variablen bzw. inkrementellen Kosten einer Leistung gedeckt sind, kommt es entscheidend darauf an, ob diese Preissetzung zu einer tatsächlichen oder wahrscheinlichen Verdrängung dieses Wettbewerbers zum Schaden des Wettbewerbs und damit der Verbraucherinteressen führt.¹³⁹ Gegenüber derartigen Auswirkungen steht dem marktbeherrschenden Unternehmen der Nachweis frei, dass diese Preissetzung objektiv notwendig oder gerechtfertigt ist.¹⁴⁰

84. Bei Preisen, die über den durchschnittlichen Gesamtkosten liegen, liegt zwar regelmäßig in Abwesenheit einer planmäßigen Verdrängungsabsicht keine Verdrängungswirkung gegenüber ebenso effizienten Wettbewerbern vor.¹⁴¹ Allerdings können insbesondere in Märkten wie dem Postmarkt, in denen gewachsene Monopol- bzw. Marktmachtstrukturen erhebliche Skaleneffekte mit sich bringen, auch Preise oberhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten eine Verdrängungswirkung in Bezug auf kleinere Wettbewerber mit sich bringen. Entsprechend ist bei Verdrängungspreisen bzw. gezielter Kampfpreisunterbietung auf Grundlage planmäßiger Verdrängungsabsicht auch bei Überkostenpreisen Missbrauch möglich.¹⁴² Der Nachweis einer derartigen Absicht setzt jedoch regelmäßig eine Untersuchung in dem verdächtigen Unternehmen voraus, da andere Nachweismöglichkeiten als durch interne Strategiepapiere und dokumentierte Kommunikation kaum denkbar sind.

85. Insgesamt lässt sich festhalten, dass die kartellrechtlichen Maßstäbe inhaltlich eng mit den postrechtlichen Maßstäben verwandt sind. Bedeutsame Unterschiede ergeben sich jedoch zum einen in der Würdigung privatisierungs- und universaldienstbedingter

135 Vgl. EuGH, Urteil vom 27. März 2012, Rs. C-209/10, Post Danmark, Rn. 29 f.

136 Vgl. EuGH, Urteile vom 3. Juli 1991, Rs. C-62/86, AKZO, Rn. 70 f.; vom 14. November 1996, Rs. C-333/94 P, Tetra Pak, Rn. 41; vom 2. April 2009, Rs. C-202/07 P, France Télécom, Rn. 109.

137 Vgl. EuGH, Urteil vom 27. März 2012, Rs. C-209/10, Post Danmark, Rn. 31 ff.

138 Vgl. ebenda, Rn. 36.

139 Vgl. EuGH, Urteil vom 27. März 2012, Rs. C-209/10, Post Danmark, Rn. 44.

140 Vgl. EuGH, Urteile vom 3. Oktober 1985, Rs. 311/84, CBEM, Rn. 27; vom 15. März 2007, Rs. C-95/04 P, British Airways, Rn. 86; vom 17. Februar 2011, Rs. C-52/09, Telia-Sonera, Rn. 76; vom 27. März 2012, Rs. C-209/10, Post Danmark, Rn. 41 ff.

141 Vgl. EuGH, Urteil vom 27. März 2012, Rs. C-209/10, Post Danmark, Rn. 29 ff., 36.

142 Vgl. EuGH, Urteil vom 16. März 2000, verb. Rs. C-395/96 P u.a., Compagnie Maritime Belge, Rn. 117. Ähnlich bereits EU-Kommission, Entscheidung vom 14. Dezember 1985, IV/30.698, ECS/AKZO, Rn. 75 ff., ABl. EG Nr. L 374 vom 31. Dezember 1985, S. 1. Insoweit ist hervorzuheben, dass im Urteil des Europäischen Gerichtshofes zur Sache Post Danmark vor jeder Kostenüberlegung ausdrücklich festgestellt wird, eine Verdrängungsabsicht habe sich nicht nachweisen lassen (Rn. 29). Vgl. auch EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Rn. 24, 66. Ähnlich zu § 19 GWB auch Möschel, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, 4. Aufl., München 2007, § 19 Rn. 122 ff.

Mehrkosten, zum anderen in der besonderen kartellrechtlichen Relevanz der Auswirkungen und des genauen Zusammenhangs des kritischen Preissetzungsverhaltens. Reichweite und Effektivität des kartellrechtlichen Wettbewerbsschutzes übertreffen insoweit die des Regulierungsrechts. Im Vergleich wird insbesondere der Mehrwert einer parallelen Durchsetzung des Kartellrechts neben der des Postgesetzes deutlich.¹⁴³

2.2.2 Ökonomische Aspekte von Kostenstandards im Postsektor

86. Die Kostenstandards des Postgesetzes und des GWB sind gesetzlich unterschiedlich dicht vordeterminiert und bedürfen einer praktischen Ausfüllung auf Grundlage der ökonomischen Theorie. Grundlage des postrechtlichen KeL-Maßstabs sind dabei die langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten der Leistungsbereitstellung (Long-Run Average Incremental Costs, LRAIC). Hinzu kommen ein adäquater leistungsmengenneutraler Gemeinkostenaufschlag sowie risikoorientierte Gewinnzuschläge.¹⁴⁴ Die kartellrechtlichen Kostenmaßstäbe divergieren hiervon teilweise, teilen mit den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung und den LRAIC jedoch eine Reihe von Aspekten.

87. Die Basis der LRAIC bilden die Inkrementalkosten.¹⁴⁵ Die Inkrementalkosten sind die Kosten, welche durch die Bereitstellung eines Inkrements, d. h. einer oder mehrerer zusätzlicher Postdienstleistungen, entstehen. Ein Inkrement kann dabei – je nach Spezifikation – eine Dienstleistung, ein Produkt oder ein Dienstleistungs- bzw. Produktspektrum sein.¹⁴⁶ Folglich hängen die mit dem Inkrement assoziierten Kosten größtenteils von der Spezifikation des Inkrements ab. So ergeben sich z. B. die Inkrementalkosten des Austragens eines zusätzlichen Briefes aus der Differenz der Gesamtkosten, welche für das Austragen aller Briefe anfallen, und denselben Gesamtkosten exklusive der Kosten, welche für das Austragen des zusätzlichen Briefes anfallen.¹⁴⁷ Nicht enthalten in den Inkrementalkosten sind typischerweise indirekte Kosten, d. h. nicht zurechenbare Gemeinkosten, für welche eine exakte verursachungsgerechte Zuordnung relevanter Kosten qua Definition unmöglich ist.¹⁴⁸

88. Für die LRAIC sind die durchschnittlichen Inkrementalkosten relevant. Für die Ermittlung der Höhe der durchschnittlichen Inkrementalkosten spielen der Betrachtungszeitraum und die Variabilität der Leistungsbereitstellung innerhalb dieses Zeitraums eine wesentliche Rolle. Dementsprechend wird prinzipiell zwischen kurzfristig und lang-

143 Vgl. eingehender Abschnitt 2.3.3.1 und 2.3.3.6.

144 § 3 Abs 2 PEntgV.

145 Für eine ausführliche Beschreibung ökonomischer Kostenstandards vgl. Dieke, A.K. u.a., Kostenstandards in der Ex-Post-Preiskontrolle im Postmarkt, Diskussionsbeitrag Nr. 368, Juni 2012, S. 2 ff., 72 ff.

146 Inkrementalkosten unterscheiden sich dahingehend von den Grenzkosten, als dass Grenzkosten die Veränderung der Kosten bei einer infinitesimal kleinen Mengenänderung repräsentieren, während Inkrementalkosten eine Erhöhung der Menge um ein vorher definiertes Inkrement betrachten

147 Vgl. Frontier Economics, Study on the principles used to calculate the net costs of the postal USO, A report of prepared for the European Commission, London, Januar 2013, S. 77 ff.

148 Werden Gemeinkosten hinzugerechnet, so ergäben sich die Alleinerstellungskosten (SAC), ein zu KeL und LRAIC alternativer Kostenstandard. Die SAC geben die Kosten an, die für eine vollkommen autarke Erbringung von Postdienstleistungen notwendig wären. Mit diesem Kostenstandard können folglich die Kosten ermittelt werden, welche – hypothetisch – ein einzelnes separates Eindienstleistungs-Unternehmen zu tragen hätte. Bei einem Mehrdienstleistungsunternehmen könnten somit die Maximalkosten für eine einzelne Dienstleistung bestimmt werden; vgl. etwa International Telecommunication Union (ITU), Regulatory Accounting Guide, März 2009, S. 20 f.

fristig variablen Kosten unterschieden.¹⁴⁹ Dabei wird in der ökonomischen Theorie ein Zeitraum als kurzfristig bezeichnet, in dem Kosten in fix und in variabel separiert werden können, während langfristig alle relevanten Kosten als vollkommen variabel gelten. Nach LRAIC ist auf langfristige durchschnittliche Inkrementalkosten abzustellen, d. h. die LRAIC umfassen die langfristigen direkten und zurechenbaren Kosten der Leistungsbereitstellung.¹⁵⁰ In der Praxis ist die Betrachtung eines beliebig langen Zeitraums nicht möglich, sodass dem tatsächlichen Betrachtungszeitraum eine entscheidende Bedeutung zukommt.

Der LRAIC-Kostenstandard nimmt zudem eine Effizienzbetrachtung vor, indem von einem effizienten Anbieter ausgegangen und eine entsprechende Kostenstruktur unterstellt wird. Mögliche Ineffizienzen werden demnach bei LRAIC nicht berücksichtigt.

89. Für die Entgeltregulierung ist die Unterscheidung zwischen ökonomischen und buchhalterischen Kosten essenziell, da sich die Regulierung immer an den ökonomischen Kosten orientiert. Ökonomische Kosten entspringen prinzipiell einem zukunftsgerichteten Kostenansatz, welcher sich von einem historischen Kostenansatz vor allem dahingehend unterscheidet, dass ökonomische Kosten sog. Opportunitätskosten¹⁵¹ erfassen.¹⁵² Hiernach sind beispielsweise Vermögensgegenstände des Anlagevermögens zu gegenwärtigen Wiederbeschaffungskosten einschließlich periodenspezifischer und von der Nutzungsdauer abhängiger Kapital(nutzungs)kosten¹⁵³ zu taxieren.¹⁵⁴ Im Gegensatz hierzu würde eine Bewertung der Vermögensgegenstände mittels eines historischen Kostensatzes auf Basis buchhalterischer Kosten, der sog. Buchwertmethode, die Ansetzung der Anschaffungs- oder Herstellungskosten zuzüglich eines periodenspezifischen und von der Nutzungsdauer abhängigen Abschreibungsaufwandes erforderlich machen.

90. Unterschiede in der Kostenerfassung können daher insbesondere von abweichenden Bewertungshorizonten herrühren. Anders als in historischen Kosten werden in den ökonomischen Kosten intertemporale Effizienzgewinne in der Erbringung von Postdienstleistungen erfasst, wie z. B. eine Senkung der Zustellkosten aufgrund einer höheren Paketzustellquote durch probatere Kommunikationsmöglichkeiten sowie geringere Marktpreise für Vorleistungs- und Investitionsgüter betreffend das postalische Distributionsnetz. Der Kostenansatz für bestimmte Vermögensgegenstände kann dem-

149 Vgl. z. B. Pindyck, R.S./Rubinfeld, D.L., Mikroökonomie, 5. Aufl., München 2003, S. 261 ff.

150 Vgl. International Competition Network (ICN), Report on Predatory Pricing, a.a.O., S. 11.

151 Opportunitätskosten einer (getätigten) Investition reflektieren die Erträge oder Kosten der „lukrativsten“ Investitionsalternative, d. h. Erträge oder Kosten, die (hätten) generiert werden können, sofern nicht die (getätigte) Investition, sondern die „lukrativste“ alternative Investitionsmöglichkeit realisiert worden wäre (bzw. wird). Entscheidend für das Konzept der Opportunitätskosten ist, dass nur eine der beiden Investitionen getätigt werden konnte (bzw. kann). Opportunitätskosten sind nicht zeitbezogen.

152 Vgl. Haucap, J./Heimeshoff, U., Preis-Kosten-Scheren auf deregulierten Telekommunikationsmärkten, a.a.O., S. 180 ff.

153 Kapital(nutzungs)kosten bestehen aus ökonomischen Abschreibungen und einer Kapitalverzinsung; vgl. Pindyck, R.S./Rubinfeld, D.L., Mikroökonomie, a.a.O., S. 314 f. Ökonomische Abschreibungen unterscheiden sich von den buchhalterischen Abschreibungen dahin gehend, dass Erstere eine Verzinsung der buchhalterischen Abschreibungen berücksichtigen und demzufolge betragsmäßig kleiner als die der buchhalterischen Abschreibungen sind. Die Kapitalverzinsung repräsentiert die Opportunitätskosten der Investition.

154 Vgl. Haucap, J./Heimeshoff, U., Preis-Kosten-Scheren auf deregulierten Telekommunikationsmärkten, a.a.O., S. 183.

entsprechend zwischen zukunftsgerichteter und historischer Betrachtung variieren, je nach Spezifikation der ökonomischen Abschreibungen jedoch auch identisch sein.¹⁵⁵

91. Die Kostenstandards KeL und LRAIC sind am Leitbild eines hypothetischen Wettbewerbsmarktes ausgerichtet und versuchen, dessen Preisbildung nachzubilden. Insbesondere soll verhindert werden, dass Kosten, die allein aus einer ineffizienten Leistungserstellung herrühren, in Preisen weitergegeben werden. Die LRAIC stellen auf die Kosten eines effizient operierenden Postdienstleisters ab. Die Ermittlung der wahren LRAIC stellt sich jedoch in der Praxis für die Bundesnetzagentur als schwierig dar. Problematisch sind insbesondere der Umfang der erforderlichen Information und der zukunftsgerichtete Untersuchungshorizont. Approximativ wird daher auf buchhalterische Kosten zurückgegriffen.¹⁵⁶ Alternativ könnte die Bundesnetzagentur nach § 3 Abs. 3 S. 2 PEntgV Preise solcher Unternehmen als Vergleich heranziehen, die entsprechende Leistungen auf vergleichbaren Märkten im Wettbewerb anbieten. Die Wahl eines adäquaten Vergleichsmarktes stellt sich aber insbesondere aufgrund der spezifischen Heterogenitäten von Netzmärkten als komplex dar.

92. Während in den LRAIC Gemeinkosten nicht enthalten sind, enthalten die KeL des deutschen Postrechts zusätzlich zu den LRAIC einen leistungsmengenneutralen Gemeinkostenzuschlag, einschließlich eines dem unternehmerischen Risiko angemessenen Gewinnzuschlags.¹⁵⁷ Hiermit soll zum einen eine Zuschlüsselung relevanter Gemeinkosten, deren Entstehung nicht eindeutig einem Produkt zuordenbar ist, und zum anderen eine adäquate Berücksichtigung des Investitionsrisikos gewährleistet werden.

93. Ein angemessener Gewinnzuschlag ergibt sich aus einer geeigneten Zeit- und Risikoprämie, also aus den Opportunitätskosten für die temporäre Überlassung von Finanzkapital.¹⁵⁸ Während sich die Höhe der Zeitprämie an risikolosen Geldanlagen orientiert, hängt die Höhe der Risikoprämie vom Zahlungsausfallrisiko des betroffenen Unternehmens ab, was maßgeblich von der gegenwärtigen und zukünftigen Marktentwicklung beeinflusst wird. Die Bundesnetzagentur geht bislang auf Basis des von der DPAG für alle Unternehmensbereiche zugrunde gelegten durchschnittlichen Kapital-

155 Vgl. Nett, L./Neumann, K.-H./Vogelsang, I. (WIK-Consult), Geschäftsmodelle und konsistente Entgeltregulierung, Studie für die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, Endbericht, Bad Honnef, 2. April 2004, S. 31 ff. Die Buchwertmethode hingegen kann solch intertemporalen Effizienzgewinnen in der Leistungsbereitstellung durch die sog. Stillen Reserven nach § 253 HGB nur sehr eingeschränkt Rechnung tragen, da Wertberichtigungen ausschließlich für die bereits existierenden Vermögensgegenstände vorgenommen werden können.

156 In der beabsichtigten Entscheidung der Bundesnetzagentur zur Price-Cap-Regulierung für lizenzierte Postdienstleistungen ab dem 1. Januar 2014 werden z. B. für die Abschreibungen Anschaffungs- und Herstellungskosten zugrunde gelegt; vgl. Abschnitt 2.3.2.1.

157 Die Europäische Kommission empfiehlt auch im Rahmen der Missbrauchskontrolle im Falle „bedeutender Gemeinkosten“ eine Berücksichtigung derselbigem; vgl. EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU Nr. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, S. 11, Fn. 2. LRAIC zuzüglich eines Gemeinkostenzuschlags wird im internationalen Kontext auch als LRAIC+ bezeichnet; vgl. Europe Economics, Implementation of LRAIC in the Postal Sector in the UK, London, 10. November 2010, S. 5.

158 Vgl. eingehender etwa Monopolkommission, Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols, Sondergutachten 39, Baden-Baden 2004, Tz. 152 ff.

kostensatzes von 8,5 % vor Steuern aus, wobei die Zeitprämie mit 4 % und die Risiko-
prämie mit 4,5 % taxiert wird.¹⁵⁹

94. Der Bestimmung des leistungsmengenneutralen Gemeinkostenaufschlags geht die Bestimmung und Zuordnung der relevanten Gemeinkosten voraus. Eine geeignete Zuordnung von Gemeinkosten ist dabei für eine effektive Regulierung und Missbrauchsaufsicht von großer Bedeutung. Eine Konvention oder gar eine vorgeschriebene Methode zur Allokation von Gemeinkosten auf die erbrachten Postdienstleistungen existiert bislang nicht. Stattdessen gibt es eine Vielzahl von Ansätzen zur Aufschlüsselung von Gemeinkosten.¹⁶⁰

95. Bei der Zurechnung der Gemeinkosten im Rahmen der Regulierung¹⁶¹ werden diese zunächst soweit wie möglich nach dem Verursachungsprinzip zugeschlüsselt **und** soweit wie (annähernd) möglich ihrer Entstehungsquelle zugeordnet (sog. Verbundkosten). Hierzu werden zunächst die für die postalische Leistungsbereitstellung notwendigen Geschäftsprozesse (z. B. Auftragsannahme, Lagerung von Briefen, Sortierung von Briefen, Zustellung von Briefen etc.) definiert und die entsprechenden Gemeinkosten erfasst. Geschäftsprozesse stellen dabei eine Bündelung funktional zusammenhängender Leistungsprozesse (z. B. für die Zustellung von Briefen: Transport, Auslieferung etc.) dar. Anschließend wird versucht, die Kostenquelle, die sog. Kostentreiber, der jeweiligen Geschäftsprozesse zu identifizieren (z. B. die Anzahl an auszuliefernden Briefen). Für die Kostentreiber, welche eine Art Kennzahl der Kostenverursachung darstellen, sind spezifische Merkmale zu bestimmen (z. B. die Größe oder das Gewicht der Briefe), mit denen die Gemeinkosten je Prozessleistungseinheit errechnet werden können. Jene Gemeinkosten von Geschäftsprozessen, für welche ein Kostentreiber identifiziert werden kann, werden als leistungsmengeninduzierte Gemeinkosten bzw. Verbundkosten bezeichnet. Hierzu zählen unter anderem die Kosten für die Sortierung oder für den gemeinsamen Transport.¹⁶²

96. Gemeinkosten, für die kein Kostentreiber ermittelt werden kann, werden als leistungsmengenneutrale Gemeinkosten bezeichnet. Hierzu zählen unter anderem die Zustellkosten, welche auf obligatorisch zu befahrenden Zustellrouten, sog. Basiswegen, und damit unabhängig von der Zustellungsmenge anfallen.¹⁶³ Für die Allokation von leistungsmengenneutralen Gemeinkosten, welche explizit in den KeL mit abgedeckt werden sollen, ist somit ein Rückgriff auf andere Methoden zur Allokation von Gemeinkosten erforderlich.

97. Eine eher theoretische Möglichkeit zur Allokation der Gemeinkosten besteht in der sog. Ramsey-Preissetzung, wobei die Kosten nach dem Tragfähigkeitsprinzip verteilt

159 So etwa BNetzA, Entscheidung vom 29. November 2013, BK5b-09/063, S. 19 f., sowie die Maßgrößenentscheidung 2013, S. 19 ff.; vgl. Abschnitt 2.3.2.1.

160 Zur methodologischen Übersicht der angewendeten Allokationsmechanismen seitens der europäischen Regulierungsbehörden vgl. Okholm, H.B. u.a. (Copenhagen Economics), Pricing Behaviour of Postal Operators, a.a.O., S. 224 f.

161 Vgl. etwa die Übersicht bei ERGP, Common Position on Cost Allocation Rules, ERGP (12) 28 Rev. 1, S. 22 ff.

162 Vgl. Dieke, A.K., Kostenstandards in der Ex-Post-Preiskontrolle im Postmarkt, a.a.O., S. 63.

163 Zustellkosten machen im europäischen Postwesen durchschnittlich ca. 50 % der Gemeinkosten aus; vgl. Dieke, A.K. u.a. (WIK-Consult), The Role of Regulators in a More Competitive Postal Market, Study for the European Commission, Directorate General for Internal Market and Services, Final Report, Bad Honnef, September 2009, S. 137 f.

werden. So werden Preis-Kosten-Margen dabei jeweils anhand des Reziproks der Preiselastizität der Nachfrage, ähnlich der klassischen Preissetzung eines Monopolisten, festgelegt. Relativ hohe Preise bzw. Gemeinkostenaufschläge würden sich insbesondere für die Postdienstleistungen ergeben, für welche die Preiselastizität der Nachfrage gering ist, d. h. bei denen das Nachfrageverhalten nur geringfügig auf Preisveränderungen reagiert. Im Gegensatz zur Preissetzung eines Monopolisten können Ramsey-Preise aus wohlfahrtsökonomischer Perspektive zwar grundsätzlich durchaus wünschenswert sein.¹⁶⁴ In Netzmärkten mit partiell monopolähnlichen Strukturen besteht jedoch die Gefahr, dass die mit Marktmacht angebotenen Preise den Großteil der Gemeinkosten tragen werden.¹⁶⁵ Die im Wettbewerb angebotenen Produkte hingegen könnten (weitgehend) ohne Gemeinkostenaufschlag angeboten werden. Dadurch würde der Wettbewerb gravierend beeinträchtigt, da den meisten Unternehmen eine derartige Gemeinkostenverschiebung mangels Beherrschung einzelner Märkte nicht möglich ist. Für die Entgeltregulierung würde sich eine Orientierung an Ramsey-Preisen auch praktisch äußerst schwierig gestalten, da sowohl die Grenzkosten wie auch die Nachfrageelastizität für jede einzelne postalische Dienstleistung ermittelt werden müssten.

98. Eine Alternative zur Gemeinkostenverteilung bietet die „Efficient Component Pricing Rule“ (ECPR). Danach soll in Netzmärkten ein wettbewerbskonformer Zugang zur Infrastruktur sichergestellt werden, indem der Netzeigentümer von seinen nicht vertikal integrierten Wettbewerbern ein Entgelt erhebt, das neben den inkrementellen Kosten die Opportunitätskosten der Zugangsgewährung enthält. Diese Opportunitätskosten reflektieren die nicht erzielten Renditen, welche bei Eigennutzung des Distributionsnetzes anstelle der Nutzung durch die Wettbewerber hätten erzielt werden können.¹⁶⁶ Es handelt sich also im Grunde um einen sog. Retail-minus-Ansatz, bei dem vom Endverkaufspreis des vertikal integrierten Anbieters die vermiedenen Kosten abgezogen werden, welche bei einer eigenen Erbringung der Leistung angefallen wären. Problematisch ist hierbei, dass bei den ohnehin komplexen Schätzungen der Opportunitätskosten die Monopolrenditen des Netzeigentümers grundsätzlich mit zu berücksichtigen wären.

99. Eine vergleichsweise praktikable und transparente Möglichkeit zur Gemeinkostenzuschlüsselung im Rahmen der Entgeltregulierung bietet die proportionale Aufschlüsselung nach dem „Equal-proportionate-mark-up“ (EPMU)-Ansatz, welcher dem Durchschnittsprinzip zur Verteilung der Gemeinkosten entspricht. Danach sind die den einzelnen Postdienstleistungen zuzuordnenden Aufschläge anteilig zu bestimmen. Typischerweise werden dabei Gemeinkosten einzelnen Produkten anteilig entweder nach deren Anteil an der Gesamtheit der zuordenbaren Kosten oder Erlösen zugeschlüsselt.

100. Der Kostenstandard KeL erscheint vor dem dargestellten Hintergrund zur Regulierung der Entgelte im Postbereich prinzipiell geeignet. So können die KeL eine Brücke schlagen zwischen ökonomischer Theorie und behördlicher Praxis. Zum einen bilden die KeL definitorisch – durch die LRAIC – die für die Erbringung von Post-

164 Wohlfahrtsoptimal wären sog. mehrteilige Tarife.

165 Vgl. etwa Höffler, F., Monopoly Prices versus Ramsey-Boiteux Prices: Are they „Similar“ and: Does it Matter?, *Journal of Industry, Competition and Trade* 6(1), 2006, S. 27-43.

166 Vgl. etwa Baumol, W.J./Sidak, J.G., The Pricing of Inputs Sold to Competitors, *Yale Journal on Regulation* 11, 1994, S. 171-202.

dienstleistungen notwendigen ökonomischen Kosten ab. Zum anderen unterstellt der KeL-Standard eine effiziente Kostenstruktur und berücksichtigt keine Ineffizienzen. Dadurch ergibt sich eine Orientierung am Leitbild wettbewerblicher und damit effizienter Märkte. Des Weiteren wird durch die Berücksichtigung eines Gemeinkostenaufschlags den faktischen Bedingungen nachhaltiger Produktion Rechnung getragen. Für die Effektivität der Entgeltregulierung sowie der Missbrauchsaufsicht auf postalischen Netzmärkten ist die angemessene Zuschlüsselung der Gemeinkosten von besonderer Relevanz. Zur Zuschlüsselung von Gemeinkosten sieht die Monopolkommission insbesondere aus Gründen der Praktikabilität Vorzüge bei der Wahl des EPMU-Ansatzes.

101. Neben einer adäquaten Zuordnung der Gemeinkosten stellen die neutralen Aufwendungen bzw. Sonderlasten nach § 20 Abs. 2 S. 2 PostG sowie § 3 Abs. 4 S. 2 f. PEntgV einen neuralgischen Punkt bei der effektiven Regulierung und Missbrauchsaufsicht dar. Danach können die genehmigten Entgelte die KeL um die Höhe berücksichtigungsfähiger Sozial- und Universalienlasten übersteigen. Mit der Einbeziehung dieser Zusatzkosten können zum einen nicht wettbewerbsübliche Löhne und Gehälter von Seiten der DPAG überwältigt werden. Zum anderen werden Altvorteile wie Monopolgewinne, welche sich aus der Übernahme von Altlasten aus der Rechtsnachfolge der Deutschen Bundespost sehr wahrscheinlich ergeben haben – z. B. aus der Exklusivlizenz für Standardbriefe bis Ende 2007 –, nicht berücksichtigt.

Die Monopolkommission spricht sich daher erneut dafür aus, § 20 Abs. 2 S. 2 PostG sowie § 3 Abs. 4 S. 3 PEntgV ausnahmslos zu streichen.¹⁶⁷ Die Einbeziehung derartiger Ausnahmen, welche insbesondere die DPAG als marktführenden Postdienstleister einseitig begünstigen, stellt weiterhin eine erhebliche Markteintrittsbarriere dar, die eine Konvergenz zu einem wirksamen und funktionsfähigen Wettbewerb verhindert. Die Streichung dieser Ausnahmeregelungen ist eine entscheidende Bedingung für nachhaltigen Wettbewerb auf den Briefmärkten.

2.3 Wettbewerbsformen und Regulierungslandschaft auf den Briefmärkten

102. Grundsätzlich können Postdienstleistungen von Wettbewerbern der DPAG entweder vollständig von der Einsammlung bis zur Zustellung („End-to-End“, Zustellwettbewerb) oder als Teilleistungen unter Einspeisung von Sendungen in das Verteilnetz der DPAG erbracht werden. Dieser Konsolidierungswettbewerb ist insbesondere für spezialisierte Konsolidierungsdienstleister von Bedeutung. Aber auch die alternativen Postdienstleister speisen vor allem an Adressen außerhalb ihrer Zustellgebiete adressierte Sendungen zu Teilleistungskonditionen in das Netz der DPAG ein. Soweit Teilleistungen (Vorsortierung, Auflieferung auf Briefzentren etc.) von den Versendern selbst (Großkunden) oder von der DPAG selbst, ihren Tochtergesellschaften bzw. mit der DPAG verbundenen Unternehmen erbracht werden, liegt keine (echte) Konsolidierung vor,¹⁶⁸ wenn auch hier in der Regel Teilleistungsentgelte zugrunde gelegt werden.

¹⁶⁷ Vgl. zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 50, sowie Hauptgutachten 2010/2011, a.a.O., Tz. 120; dazu eingehender Abschnitt 4.6.1.

¹⁶⁸ Vgl. eingehender Abschnitte 1.3.2, 2.3.3.2.

103. Unterschiedliche Entgelte bzw. Rabatte marktbeherrschender Unternehmen unterliegen einem Normenspektrum von Regulierung, Vorlagepflichten und Missbrauchsaufsicht. Dabei sind allein Entgelte im lizenzpflichtigen Bereich (Briefe bis 1.000 g) einer echten (Ex-ante-)Regulierung unterworfen, während für die übrigen Bereiche eine (Ex-post-)Missbrauchsaufsicht sowie teilweise Vorlagepflichten gelten.

104. Die Entgelte sämtlicher Anbieter für förmliche Zustellungen bedürfen unabhängig von der Marktstellung des Anbieters einer Genehmigung durch die Bundesnetzagentur (§ 34 S. 2, 3 PostG).

105. Ex ante reguliert sind auch nach §§ 19 ff. PostG Entgelte eines marktbeherrschenden Unternehmens im lizenzpflichtigen Bereich (Endkundenentgelte), nicht jedoch, soweit sie sich auf Mindesteinlieferungsmengen von 50 oder mehr Briefen beziehen (Großkundenentgelte). Gleiches gilt grundsätzlich für Entgelte, die für Teilleistungen erhoben werden (Teilleistungsentgelte), die in Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) aufgenommen wurden (§ 28 Abs. 2 PostG). Die verbreitete Auffassung, die Beschränkung auf Sendungsmengen unter 50 Stück aus § 19 S. 2 PostG gelte auch für Teilleistungsentgelte, erscheint fragwürdig, liegt jedoch der Praxis der Bundesnetzagentur zugrunde. Sie führt dazu, dass der Großteil der Teilleistungsentgelte nicht unter die Ex-ante-Regulierung fällt.¹⁶⁹

106. Einer Ex-ante-Regulierung unterliegen auch die Entgelte eines marktbeherrschenden Unternehmens für den Zugang zu Postfachanlagen und Adressinformationen (§ 29 PostG).

107. Vorlagepflichten bestehen nach § 30 PostG für Verträge über Teilleistungen nach § 28 PostG (nicht jedoch für Mengenrabattverträge) und Verträge über eine Mitbenutzung von Postfachanlagen oder den Zugang zu Adressänderungen nach § 29 PostG; diese sind der Bundesnetzagentur innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss durch das marktbeherrschende Unternehmen vorzulegen.

108. Einer nachträglichen allgemeinen sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht unterliegen sowohl genehmigte Entgelte (§ 24 PostG) als auch nicht genehmigungsbedürftige Entgelte, die ein Anbieter auf einem Markt für Postdienstleistungen verlangt, den er beherrscht (§ 25 PostG). Darunter fallen neben dem Paketmarkt insbesondere unregulierte Teilleistungs- als auch Mengenrabattverträge. Daneben besteht nach § 32 PostG eine besondere sektorspezifische Missbrauchsaufsicht.

109. Parallel zu diesen Befugnissen der Bundesnetzagentur findet eine Missbrauchsaufsicht gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen auf Grundlage des allgemeinen Kartellrechts (AEUV bzw. GWB) durch das Bundeskartellamt sowie die Europäische Kommission statt.

2.3.1 Zustell- und Konsolidierungswettbewerb und angrenzende (Teil-)Märkte

110. Zustell- und Konsolidierungsdienstleistungen erscheinen aus Sicht der Wettbewerber vielfach austauschbar (wenn auch bei Nutzung der Zustellung durch die DPAG die Möglichkeit zur Differenzierung beim Adressatenkontakt weitgehend entfällt): Soweit am Bestimmungsort einer Sendung kein eigenes oder verbundenes Zu-

¹⁶⁹ Vgl. eingehender Abschnitt 2.3.2.4.

stellnetz zur Verfügung steht (und eine teure Direktzustellung nicht infrage kommt), kann ein Postdienstleister diese Sendung nur durch Nutzung der Zustellnetze der DPAG bzw. dort vertretener Wettbewerber zustellen.

111. Nicht zuletzt aufgrund vereinfachter Teilleistungsbedingungen und sukzessive (2008, 2010 und 2012) erhöhter Teilleistungsrabatte der DPAG auf bis zu 40 % auf den Endkundenpreis hat sich in den letzten Jahren die Attraktivität und Nutzung des Teilleistungszugangs erheblich gesteigert.¹⁷⁰ Niedrigere Teilleistungsentgelte machen eine eigene Zustellung durch Wettbewerber betriebswirtschaftlich entsprechend weniger attraktiv, die Unternehmen entscheiden hier zwischen Selbstfertigung und Einkauf der Zustelleistung. Daher sind die Teilleistungsrabatte von entscheidender Bedeutung für das Entstehen, die finanzielle Tragfähigkeit und das Bestehen paralleler Zustellnetze.¹⁷¹

112. Der Zugang zu Postfachanlagen und zu Adressänderungsinformationen der DPAG, aber auch zu weiteren Teilen der postalischen Infrastruktur, beeinflusst unmittelbar die Wettbewerbsfähigkeit der Wettbewerber.

113. Ein steigender Wettbewerbsdruck auf „klassische“ Briefdienstleistungen wird von Hybridmail- und elektronischen Poststellen-Angeboten ausgeübt: Hier zahlt der Versender in der Regel einen Pauschalpreis für die Fertigung, Kuvertierung, Frankierung und (/oder elektronische) Zustellung seiner Sendungen. Einer Regulierung unterliegen grundsätzlich nur diejenigen Teile der Leistung, die in einem beherrschten Markt erbracht werden; aktuelle Regulierungsentscheidungen erfassen allein die Einzelpreise für die physische Zustellung, nicht jedoch Pauschalpreise für Sendungserstellung und Mischzustellung.

114. Der (schlecht messbare) Wettbewerbsdruck, der von Briefdienstleistungen (insbesondere Warensendung und Maxibrief) auf den Paketmarkt ausgeht, kann in einzelnen Segmenten erheblich sein, wird in der Marktaufsicht jedoch bislang ebenso wenig abgebildet wie die Effekte der Verbundzustellung für Brief und Paket auf die jeweils anderen Märkte.¹⁷²

2.3.2 Regulierung

115. Regulierung im eigentlichen Sinne entspricht grundsätzlich einer Ex-ante-Genehmigung von Entgelten. Eine daneben mögliche Regulierung durch Ex-ante-Genehmigung von Kalkulationsgrundlagen und Preissystemen wird in Deutschland bislang nicht praktiziert.¹⁷³ Die von einigen auch als Regulierung begriffene Ex-post-Aufsicht über Entgelte wird hier im folgenden Abschnitt als Missbrauchsaufsicht erfasst, auch wenn sie durch die Regulierungsbehörde ausgeübt wird.

¹⁷⁰ Vgl. eingehender Abschnitt 1.3.

¹⁷¹ Vgl. eingehender die (auch international vergleichenden) Untersuchungen bei Dieke, A.K./Junk, P./Zauner, M., Netzzugang und Zustellwettbewerb im Briefmarkt, a.a.O., sowie bei Bender, C.M. u.a., Netzzugang im Briefmarkt, a.a.O.

¹⁷² Bei der Berechnung zu genehmigender Briefentgelte werden allerdings in der Kostenstruktur die Kosten entsprechend zugeschlüsselt.

¹⁷³ Vgl. jedoch zur Überprüfung des Trassenpreissystems der Deutschen Bahn AG durch die Bundesnetzagentur zuletzt Monopolkommission, Bahn 2011: Wettbewerbspolitik unter Zugzwang, Sondergutachten 60, Baden-Baden 2011, Tz. 65 ff.

2.3.2.1 Entgeltregulierung im Endkundenbereich

116. Entgelte, die ein Anbieter auf einem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen erhebt, sind von der Bundesnetzagentur zu genehmigen, sofern der Lizenznehmer auf dem betreffenden Markt marktbeherrschend ist (§ 19 Abs. 1 PostG). Für die Entgeltgenehmigung sieht § 21 PostG grundsätzlich zwei Verfahren vor: das Einzelgenehmigungsverfahren sowie das Price-Cap-Verfahren. Das Price-Cap-Verfahren ist jedoch gemäß § 1 Abs. 1 PEntgV vorrangig und bislang am bedeutsamsten.

117. Einzelentgeltgenehmigungen wurden für die physische Zustellung von E-Postbriefen 2010 und 2012 unter Widerrufsvorbehalt und Auferlegung einer quartalsweisen Berichtspflicht über Absatz- und Umsatzzahlen erlassen.¹⁷⁴ Nach teils kostenlosen Einführungsangeboten liegen die Endkundenentgelte hier für 2013, ausgehend von Teilleistungsentgelten, DV-Freimachungsrabatt und Fertigungskosten, bei 0,38 Euro je Standardbrief.

Die Entscheidungen sind grundsätzlich nicht zu beanstanden. Insbesondere der Widerrufsvorbehalt und die Berichtspflicht erscheinen der Monopolkommission angemessen, aber auch notwendig, um die Entscheidung gegebenenfalls nachzujustieren und eventuell erforderliche missbrauchsaufsichtliche Maßnahmen bei problematischen Marktentwicklungen zu ergreifen. Allerdings erscheint eine Erfassung von Wechselwirkungen zu anderen Märkten, insbesondere bei Mischkalkulationen und Pauschalpreisen für teilweise elektronischen Versand, unsicher. Die Monopolkommission regt daher an, dass die Bundesnetzagentur die betroffenen Märkte genau beobachtet und entsprechende Marktdaten erhebt.

118. Die Price-Cap-Regulierung von Endkundenentgelten erfolgt in zwei Schritten: Zuerst werden Maßgrößen (Länge der Regulierungsperiode, Produktgruppen („Körbe“), erwarteter branchenspezifischer Produktivitätsfortschritt („X-Faktor“)) festgelegt (Maßgrößenentscheidung), in einem zweiten Schritt ein Preiserhöhungsantrag des Marktbeherrschers nach seiner Vereinbarkeit mit der sich aus der Differenz zwischen X-Faktor und Inflation ergebenden Preisobergrenze beschieden (Price-Cap-Entscheidung). Dabei ist der Marktbeherrscher in Bezug auf die Verteilung des Preiserhöhungspotenzials auf einzelne Produktgruppen innerhalb der zusammengefassten Produktgruppen grundsätzlich frei. Für die Entgeltgenehmigung gilt der besondere Missbrauchsmaßstab des § 20 Abs. 1, 2 PostG i.V.m. § 3 PEntgV (modifizierter KeL-Maßstab).¹⁷⁵

119. Für den Zeitraum vom 1. Januar 2012 bis zum 31. Dezember 2013 gilt im Briefbereich die dritte Price-Cap-Maßgrößenentscheidung. Nach der vierjährigen Regulierungsperiode 2008 bis 2011 wurde Ende 2011 nach öffentlicher Konsultation zu Eckpunkten eine Maßgrößenentscheidung für 2012 bis 2013 verabschiedet, die wiederum alle betroffenen Produkte in einem „Korb“ zusammenfasst und von einer Produktivitätsfortschrittsrate von 0,6 % p.a. ausgeht. Dabei wurden auch die Übereinstimmung des zu jenem Zeitpunkt bestehenden Preisniveaus mit dem modifizierten KeL-Maßstab sowie die Produktionskostenunterschiede zu den teilleistungsrabattierten Sendungen überprüft. Explizit vorausgesetzt wurde die Beibehaltung des Service-

¹⁷⁴ BNetzA, Entscheidungen vom 23. Februar 2010, BK5-09/103, und vom 30. Juni 2010, BK5-10/15, sowie vom 15. Juni 2012, BK5-12/17, und vom 5. Dezember 2012, BK5-12/38.

¹⁷⁵ Vgl. Abschnitt 2.2.

niveaus, die jedoch durch die Bundesnetzagentur bislang kaum überprüfbar ist.¹⁷⁶ Auf Basis dieser Maßgrößenentscheidung genehmigte die Bundesnetzagentur 2012 Preissteigerungen für 2013 (2,8 % über den gesamten Korb, jedoch bis zu 25 % für einzelne Produkte, etwa 58 Cent nach bislang 55 Cent pro Standardbrief, 5 Euro nach bislang 4 Euro für Nachnahme International).¹⁷⁷

120. Am 14. November 2013 wurde die vierte Maßgrößenentscheidung von der Bundesnetzagentur verabschiedet, die grundsätzlich deutlich stärkere Portoerhöhungen ermöglicht als die vorangehende Maßgrößenentscheidung.¹⁷⁸ Die Regulierungsperiode bzw. Geltungsdauer der Entscheidung beträgt fünf Jahre, von 2014 bis Ende 2018; die einzelnen Price-Cap-Perioden laufen je ein Jahr. Auf Grundlage dieser Entscheidung hat die Bundesnetzagentur innerhalb von zwei Wochen den Antrag der DPAG vom 15. November 2013 auf Entgelterhöhung ab dem 1. Januar 2014 genehmigt.¹⁷⁹ Diese Price-Cap-Entscheidung stellt fest, dass die beantragten Entgelterhöhungen innerhalb des durch die Maßgrößenentscheidung 2013 vorgegebenen Entgeltpfades liegen. Der Entgeltanstieg beträgt 1,6 % über das gesamte Sortiment; bedeutsam ist vor allem die Steigerung von 58 auf 60 Cent beim Standard-Briefporto.

121. Die marktbeherrschende Stellung der DPAG im regulierten Bereich wird auf Grundlage eines umsatzbezogenen Marktanteils von 90 % unter Einbeziehung verstärkender Wirkungen weiterer Faktoren festgestellt. Dabei wird allerdings als entscheidungsirrelevant offengelassen, ob der relevante Markt alle durch Dritte beförderten Standard-Briefsendungen bis 1.000 g umfasst oder ob Einzelmärkte für Privat- und Geschäftskundensendungen abzugrenzen wären. Denn eine marktbeherrschende Stellung der DPAG wäre bei jeder denkbaren Marktabgrenzung anzunehmen.

122. Die Entscheidung fasst sämtliche Leistungen im regulierten Bereich in einen Dienstleistungskorb zusammen.¹⁸⁰ Dabei stellt die Behörde insbesondere fest, dass nennenswerter Wettbewerb bei Auslandssendungen allenfalls im – nicht regulierten – Bereich größerer Einlieferungen von Geschäftskunden vorliege.

123. Abgesehen von einigen Anpassungen bezüglich der Höhe der angesetzten Kapitalkosten, der Deflationierung von Sach- und Personalkostensteigerungen sowie hinsichtlich der Kostenzurechnungsmethodik bei einem Teil der Personalkosten geht die Behörde davon aus, dass der Effizienzmaßstab eingehalten wurde.

In Bezug auf die geltend gemachten (produktspezifischen) Wertschöpfungskosten waren für die Behörde nach der Entscheidung keine Anhaltspunkte für produktionsbedingte Ineffizienzen ersichtlich. Die Zurechnung der Kosten auf die einzelnen Produkte wurde dabei von der Behörde geprüft.

¹⁷⁶ Vgl. die Bewertung der Entscheidung bei Monopolkommission, Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 42 ff.
¹⁷⁷ BNetzA, Entscheidung vom 1. Oktober 2012, BK5-12/24.

¹⁷⁸ BNetzA, Entscheidung vom 14. November 2013, BK5b-13/001; ein Entwurf der Entscheidung war zuvor öffentlich konsultiert worden; vgl. die Veröffentlichung der beabsichtigten Entscheidung über die Zusammenfassung von Dienstleistungen und Vorgabe von Maßgrößen für die Price-Cap-Regulierung für Briefsendungen bis 1.000 g ab dem 1. Januar 2014, ABl. BNetzA vom 23. Oktober 2013, S. 3273 ff.

¹⁷⁹ Vgl. BNetzA, Entscheidung vom 29. November 2013, BK5b-13/063.

¹⁸⁰ Erfasst werden neben Standardbriefen insbesondere mit Freistempler freigemachte Sendungen, Nachnahmesendungen, die Rücksendung von Infopostsendungen oder Kataloge im Rahmen von Premiumadressen, Werbeantwort national und international sowie Briefpost international zum Kilotarif.

124. Die Zurechnung der Gemeinkosten erfolgt nach nicht näher spezifizierten „betriebswirtschaftlichen Grundsätzen“, die teilweise der internen Leistungsverrechnung der DPAG entstammen. Dabei beruht die Entscheidung auch darauf, dass die DPAG „plausibel dargelegt“ habe, dass „der Briefbereich nicht unverhältnismäßig kostenseitig belastet“ würde.

125. Umfangreiche Ausführungen widmet die Entscheidung der Ermittlung des nach § 3 Abs. 2 PEntgV in den KeL enthaltenen, dem unternehmerischen Risiko angemessenen Gewinnzuschlags. Die DPAG hatte eine Orientierung an der Umsatzrendite anderer europäischer Postunternehmen beantragt, da angesichts der geringen Kapitalintensität von Postdienstleistungen eine Orientierung an der Kapitalrendite einen zu niedrigen Gewinnzuschlag ergebe. Demgegenüber hat die Bundesnetzagentur die in der Unternehmensplanung der DPAG seit 2008 als Zielgröße vorgegebene gewichtete Gesamtkapitalrendite (Weighted Average Cost of Capital, WACC) von 8,5 % vor Steuern¹⁸¹ zugrunde gelegt.

126. Als neutrale Aufwendungen oder Sonderlasten nach § 20 Abs. 2 S. 2 PostG werden Kosten für die flächendeckende Versorgung (Universaldienstlasten) und für nicht wettbewerbsübliche Personal- und Sozialkosten sowie Kosten aus der Übernahme von Versorgungslasten für die Beschäftigten der früheren Bundespost (Soziallasten) berücksichtigt. Hinsichtlich der Universaldienstlasten hatte die DPAG Kosten geltend gemacht und angerechnet bekommen, die sich als Remanenzeffekte infolge der früheren Filialorganisation ergeben. Zudem geht die Entscheidung davon aus, dass im Wettbewerb nur an fünf Werktagen eine Zustellung erfolgen würde, und setzt die Kosten des sechsten Zustelltages als Universaldienstlasten an. Die Allokation dieser Kosten auf die unterschiedlichen Produkte des Konzerns erfolgt, auf Grundlage einer möglichst verursachungsgerechten Zuordnung zu einzelnen Produkten, nach einer an Marktgegebenheiten orientierten Tragfähigkeitsbetrachtung. Dabei wird, ausgehend von der Prognose einer Umsatzverschiebung hin zu nicht regulierten Produkten, diesen ein über die Regulierungsperiode steigender Anteil der Sonderlasten zugerechnet.

127. Die jährliche Produktivitätsfortschrittsrate (X-Faktor) wird insgesamt – statt wie von 2004 bis 2011 mit 1,8 % und von 2012 bis 2013 mit 0,6 % – nur noch mit 0,2 % festgesetzt. Dem liegt zum einen die Annahme zugrunde, dass Effizienzpotenziale bei der Erstellung lizenzpflichtiger Postdienstleistungen der DPAG bereits weitgehend ausgeschöpft seien. Zum anderen sind nach Annahmen der Bundesnetzagentur in den nächsten fünf Jahren erhebliche Sendungsmengenrückgänge zu erwarten, die entsprechende Stückkostensteigerungen mit sich bringen sollen. Die Entscheidung sieht eine Berichtspflicht über Sendungsmengen und einen Widerrufsvorbehalt für den Fall vor, dass erhebliche Abweichungen der tatsächlichen Entwicklung gegenüber der Sendungsmengenprognose zu beobachten sind.

128. Eine entscheidende Nebenbedingung der Entscheidung ist die Berichtspflicht der DPAG zu Qualitätsfaktoren der Postdienstleistungen. Diese mit der letzten Maßgrößenentscheidung eingeführte Pflicht soll verhindern, dass die DPAG unbemerkt Kosten durch Qualitätsverschlechterungen einspart. Denn Grundlage der Maßgrößenentscheidung sind die Kosten des aktuellen Qualitätsniveaus. Qualitätsabsenkungen könnten dementsprechend zum Widerruf der Entscheidung nach den allgemeinen ver-

¹⁸¹ Vgl. etwa DPAG, Jahresabschluss 2012, 2013, S. 90.

waltungsverfahrensrechtlichen Regeln führen; ein Widerrufsvorbehalt ist insoweit jedoch nicht vorgesehen.

Ein Wettbewerber der DPAG hatte sich für eine Nebenbedingung ausgesprochen, die eine Änderung der (unregulierten) Teilleistungsentgelte seitens der DPAG mit einer Überprüfung der Maßgrößen verknüpft hätte. Damit sollte eine derartige Veränderung des Preis-Kosten-Gefüges bereits in der Maßgrößenentscheidung abgebildet werden. Die Entscheidung lehnt eine solche Nebenbedingung jedoch ab. Allerdings enthält sie an verschiedenen Stellen, insbesondere prominent als Nebenbedingung, die Bestimmung, dass Einzelentgelte nicht missbräuchlich im Sinne von § 20 Abs. 2 PostG sein dürfen.

129. Die Monopolkommission hält die Bestimmungen der Entscheidung grundsätzlich für geeignet, die im Gesetz vorgesehenen Ziele zu erreichen. Insbesondere decken sich die Feststellungen der Bundesnetzagentur zur marktbeherrschenden Stellung der DPAG mit denen der Monopolkommission.¹⁸² Einige Punkte erscheinen allerdings bedenklich.¹⁸³

130. Die Festlegung der Regulierungsperiode auf fünf Jahre gewährt der DPAG Planungssicherheit und setzt grundsätzlich Anreize zur Hebung von Effizienzen, da über die angenommenen Produktivitätsfortschritte von 0,2 % p.a. hinaus erzielte Kostensenkungen im Gewinn der DPAG verbleiben. Allerdings begegnet die zugrunde liegende Annahme, Produktivitätsfortschritte seien angesichts der kostensteigernden prognostizierten Sendungsmengentrübkänge kaum noch zu erwarten, Bedenken. Die DPAG hat in den vergangenen vier Jahren über 400 Mio. Euro in die Struktur ihres Briefnetzes investiert.¹⁸⁴ Die Auswirkungen dieser Investitionen auf die Produktivität dürften erheblich sein.¹⁸⁵ Die von der Behörde als entscheidende Stückkostentreiber berücksichtigten Sendungsmengentrübkänge werden seit Jahren prognostiziert; die DPAG konnte sich seit Beginn der Price-Cap-Regulierung 2004 darauf einstellen. Vor diesem Hintergrund erscheint der Monopolkommission die angenommene Produktivitätsfortschrittsrate nicht plausibel; sie kann sich aber unter Umständen durch die von der Behörde zugrunde gelegten buchhalterischen Kostenansätze mit den entsprechenden Wahlrechten des regulierten Unternehmens ergeben. Die Monopolkommission regt gegenüber der Behörde zur Verbesserung der regulatorischen Einschätzbarkeit der Effizienzpotenziale von für Regulierungszwecke angesetzten Kosten an, die regulatorische Datenerfassung umfassend zu modernisieren.¹⁸⁶

131. Auch die Übereinstimmung des Ausgangsentgelt-niveaus mit den KeL erscheint der Monopolkommission zweifelhaft. Allerdings ist der Behörde zuzugeben, dass die Ermittlung der KeL aus in diesem Fall nur zur Verfügung stehenden, von der DPAG eigens für das Regulierungsverfahren erstellten buchhalterischen „Kosten“ eine praktische

182 Vgl. eingehender Abschnitte 1.3, 1.6 und 1.7.

183 In manchen Aspekten kann die Monopolkommission die Entscheidung nur eingeschränkt würdigen, da die Bundesnetzagentur weiterhin auf ihrer Auslegung der Akteneinsichtsbestimmungen des § 44 S. 2 i.V.m. § 81 Abs. 3 TKG 1996 bzw. § 121 TKG 2004 beharrt und der Monopolkommission eine Akteneinsicht verwehrt. Hier zeigt sich erneut die Notwendigkeit einer expliziten Anpassung des Postgesetzes an das neue Telekommunikationsgesetz; vgl. eingehender Abschnitt 4.6.1.

184 Vgl. DPAG, Deutsche Post: 400 Millionen Euro in Briefnetz investiert, Pressemeldung vom 26. Juli 2012.

185 So wird dadurch etwa eine Vorsortierung der zuzustellenden Briefe auf Gangfolge ermöglicht, was nach Experten durchschnittlich 30 % des Zeitaufwandes der Zusteller einsparen soll.

186 Vgl. Abschnitte 2.5 und 4.3.

Unmöglichkeit darstellt.¹⁸⁷ Die Monopolkommission ruft die Behörde auch daher auf, die regulatorische Datenerfassung umfassend zu modernisieren.¹⁸⁸

132. Besonders bedenklich erscheint der Monopolkommission die begründungslos angesetzte gewichtete Gesamtkapitalrendite von 8,5 % vor Steuern. Dabei erfolgt keine explizite Unterteilung in Fremd- und Eigenkapitalkosten. Kritisch sieht die Monopolkommission prinzipiell, dass die Bundesnetzagentur zur Ermittlung dieses Wertes anders als in anderen regulierten Bereichen keine eigene Evaluation durchgeführt oder in Auftrag gegeben hat. Stattdessen wurde die von der Unternehmensplanung der DPAG seit 2008 selbst für alle Unternehmensbereiche formulierten Zielgröße als angemessene Rendite übernommen.¹⁸⁹ Dabei bleibt regulatorisch beispielsweise unberücksichtigt, dass in Unternehmensbereichen wie den globalen Frachtmärkten ungleich höhere Risiken vorhanden sind als im deutschen Briefmarkt. Problematisch erscheint daneben insbesondere, dass seit der dieser Zielvorgabe zugrunde liegenden relativen Hochzinsphase keine Anpassung erfolgt ist. Mit der regulatorisch zugestandenem Gesamtkapitalrendite von 8,5 % ergibt sich auf Grundlage der Bonität des Konzerns von BBB+ bzw. Baa1¹⁹⁰ und eines dementsprechenden Fremdkapitalzinssatzes von vorsichtig geschätzten 5 bis 6 %¹⁹¹ sowie der derzeitigen Eigenkapitalquote der Deutschen Post AG von 40,5 %¹⁹² eine implizit gewährte Eigenkapitalrendite von mindestens 12 bis 13,5 %.¹⁹³ Absehbare Sendungsmengentrübkänge und entsprechende Renditerückgänge werden zudem in der Produktivitätsfortschrittsrate berücksichtigt.

133. Ob eine derartige Eigenkapitalrendite unter aktuellen Kapitalmarktbedingungen als „dem unternehmerischen Risiko angemessen“ im Sinne des § 3 Abs. 2 PEntgV anzusehen ist, erscheint jedenfalls zweifelhaft.¹⁹⁴ Gleichwohl erkennt die Monopolkommission an, dass der Rückgriff auf die Zielgröße der Deutschen Post AG aus Gründen des effizienten Einsatzes von knappen Ressourcen auf Seiten der Bundesnetzagentur zielführend sein kann, zumal der Anteil der Kapital- an den Gesamtkosten im Briefbereich eher unterdurchschnittlich ist. Aufgrund der skizzierten Problematik erscheint allerdings die aktuelle Ermittlung einer angemessenen Eigenkapitalrendite etwa mithilfe des „Capital Asset Pricing Models“ (CAPM) wünschenswert.

134. Den Gewinnzuschlag, wie von der DPAG beantragt, an der Umsatzrendite zu messen, erscheint jedoch schon prinzipiell ungeeignet zur Bestimmung eines angemessenen Entgelts für das unternehmerische Risiko. Denn Umsatzrenditen stehen mit dem entscheidenden und von der Post-Entgeltregulierungsverordnung erwähnten Risiko in keiner konstanten Beziehung.

187 Vgl. Abschnitt 2.2.2.

188 Vgl. Abschnitte 2.5, 4.1 und 4.3.

189 Vgl. etwa DPAG, Jahresabschluss 2008, S. 65 f.; DPAG, Jahresabschluss 2012, S. 90.

190 Diese Bewertungen von Fitch Ratings und Moody's Investors Service gehen von einem stabilen bzw. positiven Ausblick aus und datieren von März bzw. August 2013; vgl. die Nachweise unter http://www.dpdhl.com/de/investoren/creditor_relations/kredit-ratings.html.

191 Vgl. etwa http://www.dpdhl.com/de/investoren/creditor_relations/anleihen_und_instrumente.html.

192 DPAG, Jahresabschluss 2012, S. 108; für den Konzern wird eine Eigenkapitalquote von 35,6 % ausgewiesen, DPAG, Geschäftsbericht 2012, S. 48, 49.

193 Der Gesamtkonzern Deutsche Post DHL hat mit dem Ziel einer Gesamtkapitalverzinsung von 8,5 % beispielsweise im Jahr 2012 eine Eigenkapitalrendite von 19,2 % erwirtschaftet; vgl. Geschäftsbericht 2012 S. 1.

194 Vgl. etwa zur Diskussion im Bahnbereich Monopolkommission, Sondergutachten 60, a.a.O., Abschnitt 2.1.2.4.

135. Die Bundesnetzagentur berücksichtigt bislang die vollen Kosten von Sozial- und Universaldienstlasten als neutrale Aufwendungen. Sie verzichtet jedoch darauf, die spiegelbildlichen Vorteile der mit diesen Kosten verbundenen Strukturen zu erfassen. Dies ist aus Opportunitäts Gesichtspunkten nachvollziehbar. Mittelfristig sollte jedoch die Behörde ihren Entscheidungen die Nettomehrkosten zugrunde legen, um eine Besserstellung der DPAG zu vermeiden.¹⁹⁵

136. Bedeutsam erscheint der Monopolkommission die Auferlegung von Berichtspflichten, der explizite Widerrufsvorbehalt und die vielfachen Hinweise auf die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Möglichkeiten eines Widerrufs. Dadurch wird der Vertrauensschutz für die DPAG auf ein angemessenes Maß reduziert; nicht allein auf Grundlage erheblicher Abweichungen tatsächlicher von den prognostizierten Entwicklungen wäre so die nachlaufende Korrektur der Entscheidung möglich. Die Notwendigkeit einer Rücknahme könnte sich auch insbesondere auf Grundlage späterer Kostenprüfungen oder Qualitätsverschlechterungen ergeben. Die Monopolkommission fordert die Behörde vor diesem Hintergrund auf, vor jeder Entgeltgenehmigungsentcheidung etwaige Widerrufs- und Rücknahmegründe eingehend zu prüfen.

137. Die weiterhin vorgesehenen Berichtspflichten zum Qualitätsniveau erscheinen der Monopolkommission indes als unzureichend, alle kostenrelevanten Verschlechterungen zu erfassen. Im Privatkundenbereich von herausgehobener Bedeutung sind insoweit etwa die Leerungszeiten und -häufigkeit von Briefkästen, die Wartezeiten in Filialen der DPAG und weitere, nur schwierig erfassbare Indikatoren, wie etwa die Serviceorientierung der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen und die Zuverlässigkeit von Nachsendeaufträgen. Vor diesem Hintergrund weist die Monopolkommission nicht zuletzt auf die in Art. 16 Abs. 4 der Postdiensterrichtlinie vorgesehene unabhängige Leistungskontrolle für Universaldienstleistungen hin. Die von der DPAG beim TÜV Rheinland beauftragte Bestätigung nach der Europäischen Norm EN 13850 betrifft lediglich Brieflaufzeiten und genügt daher diesen Voraussetzungen nicht.

138. Der mehrfache Verweis auf das Verbot missbräuchlicher Preisgestaltungen in der Entscheidung erscheint der Monopolkommission zur Klarstellung sinnvoll. Derartige Hinweise können eine tatsächliche Untersuchung bei Missbrauchsverdacht jedoch nicht ersetzen. Auch vor diesem Hintergrund fordert die Monopolkommission die Behörde auf, die regulatorische Datenerfassung umfassend zu modernisieren.¹⁹⁶

2.3.2.2 Entgeltregulierung für den Zugang zu Komponenten der postalischen Infrastruktur

139. Marktbeherrschende Unternehmen im Briefmarkt sind nach § 29 Abs. 1, 2 PostG verpflichtet, auf diesem Markt anderen Anbietern von Postdienstleistungen gegen Entrichtung eines Entgelts die Zuführung von Postsendungen zu den von ihnen betriebenen

¹⁹⁵ Ansätze für derartige Berechnungen finden sich etwa bei ERGP, Report on net Cost of USO – VAT exemption as a benefit or a burden, ERGP (12) 29; Frontier Economics, Study on the principles used to calculate the net costs of the postal USO, a.a.O.; Jaag, C./Koller, M./Trinkner, U., Calculating the Cost of the Universal Service Obligation: the Need for a Global Approach, in: Crew, M.A./Kleindorfer, P.R. (Hrsg.), Progress in the Competitive Agenda in the Postal and Delivery Sector, Cheltenham/Northampton 2009, S. 113-127; Cremer, H./Grimaud, A./Laffont, J.-J., The Cost of Universal Service in the Postal Sector, in: Crew, M.A./Kleindorfer, P.R. (Hrsg.), Current Directions in Postal Reform, Boston/Dordrecht/London 2000, S. 47-68, jeweils m.w.N.

¹⁹⁶ Vgl. Abschnitte 2.5 und 4.3.

Postfachanlagen zu gestatten sowie diesen vorhandene Informationen über Adressänderungen zur Verfügung zu stellen. Derartige Verträge müssen nach § 30 PostG der Bundesnetzagentur innerhalb eines Monats nach Vertragsschluss vorgelegt werden und dürfen andere Unternehmen in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten nicht unverhältnismäßig behindern (§ 7 PEntgV). Die Entgelte unterliegen, soweit sie in Allgemeinen Geschäftsbedingungen festgelegt sind, der Ex-ante-Regulierung nach §§ 19, 20 i.V.m. § 29 Abs. 1, 2 i.V.m. § 28 Abs. 2 PostG. Für individuell ausgehandelte Entgelte gilt das allgemeine Missbrauchsverbot nach § 25 i.V.m. § 20 Abs. 2 PostG.

140. Der Wettbewerberzugang zu den Postfachanlagen der DPAG ist elementar für die Wettbewerbsfähigkeit der Konkurrenz; dabei sortieren Kräfte der DPAG die von den Wettbewerbern bei der angeschriebenen Postfachanlage abgegebenen Sendungen in die einzelnen Postfächer ein. Das dafür berechnete Entgelt ist zweistufig und enthält neben einem für jede Annahme fälligen Annahmeentgelt ein sendungsbasiertes Sortierentgelt. Für das Jahr 2013 senkte die Bundesnetzagentur das Sortierentgelt von zuletzt 5 auf 3 Cent pro Sendung, genehmigte jedoch einen Anstieg des Annahmeentgelts von zuletzt 80 Cent auf 1,14 Euro.¹⁹⁷ Hintergrund des Anstiegs sind geänderte Kostenzuordnungen sowie Tariflohnsteigerungen. Für die Jahre 2014 bis 2016 hob die Bundesnetzagentur das Sortierentgelt leicht auf 3,6 Cent pro Sendung an, senkte jedoch das Annahmeentgelt auf 0,98 Euro ab.¹⁹⁸ Der darüber hinausgehende Entgeltantrag wurde auf Grundlage einer detaillierten Prozess- und Kostenprüfung abgelehnt. Dabei wurde zum einen der von der DPAG beantragte Gewinnzuschlag herabgesetzt, zum anderen wurden auch bei der Leistungserbringung durch Partnerunternehmen der DPAG die Entgelte an Produktionskosten bemessen.

141. Der Zugang zu Adressänderungsinformationen der DPAG (vor allem Nachsendeaufträge) kann Wettbewerbern aufwendige Ermittlungen oder Sendungsretouren ersparen, verliert aber zunehmend an Bedeutung, insbesondere infolge der Kostenpflichtigkeit von Nachsendeaufträgen und der Erstellung vergleichbarer Datenbanken durch Wettbewerber. Der Zugang zur Datenbank der DPAG erfolgt hier mittels spezieller Hard- und Software, die von der DPAG zur Verfügung gestellt wird. Die Entgelte sehen dementsprechend ein Installationsentgelt für diese Zugangsinfrastruktur und Einzelentgelte pro Abfrage vor. Die Höhe dieser Entgelte ist regelmäßig streitig; auch die Feststellung einiger Grundsätze zu deren Ermittlung durch Urteile des Oberverwaltungsgerichts NRW aus 2011 zu Entscheidungen aus 2004 bzw. 2006¹⁹⁹ konnte hier wenig Rechtsfrieden erzeugen. Auf dieser Grundlage hat die Bundesnetzagentur im November 2011 für den Zeitraum 2012 bis 2013 ein Installationsentgelt von 59,29 Euro und ein Abfrageentgelt von 12 Cent genehmigt, was eine leichte Steigerung gegenüber der Vorperiode bedeutete.²⁰⁰ Im November 2013 genehmigte die Bundesnetzagentur die Entgelte für den Adresszugang für die Jahre 2014 bis 2016.²⁰¹ Aufgrund der Umstellung des Adressdatenzugangs auf eine Internet-basierte Abfragemaske entfällt das Installationsentgelt. Das Abfrageentgelt wurde demgegenüber auf 18 Cent angehoben.

197 Vgl. BNetzA, Entscheidung vom 21. November 2012, BK5-12/32.

198 Vgl. BNetzA, Entscheidung vom 28. November 2013, BK5b-13/053.

199 Vgl. eingehender Monopolkommission, Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 145; die Neubescheidung führte zu geringfügig höheren Teilentgelten; vgl. BNetzA, Entscheidungen vom 3. Mai 2013, BK5-13/31, und vom 8. Mai 2013, BK5-13/32.

200 Vgl. BNetzA, Jahresbericht 2011, S. 146 f.

201 Vgl. BNetzA, Entscheidung vom 28. November 2013, BK5b-13/052.

Der darüber hinausgehende Entgeltantrag wurde insbesondere auf Grundlage einer detaillierten Kostenprüfung abgelehnt.

142. Im Berichtszeitraum sind bei den Behörden nur einzelne Beschwerden in Bezug auf die Praxis eingegangen; Branchenvertreter sagten gegenüber der Monopolkommission aus, vereinzelt auftretende Probleme hätten nur sehr selten systematische Natur.

2.3.2.3 *Entgeltregulierung für förmliche Zustellungen?*

143. Grundsätzlich ist jeder Lizenznehmer im Briefbereich verpflichtet, Schriftstücke nach den Vorschriften der Prozessordnungen und der Verwaltungszustellungsgesetze förmlich zuzustellen (Postzustellungsauftrag, PZA). Der jeweilige Lizenznehmer kann aber, soweit er nicht marktbeherrschend ist, nach § 33 Abs. 1, 2 PostG von dieser Pflicht befreit werden. Das für derartige Zustellungen berechnete Entgelt hat den Maßstäben des § 20 Abs. 2, 3 PostG zu entsprechen und bedarf der Genehmigung durch die Bundesnetzagentur (§ 34 S. 3, 4 PostG). Die Pflicht zur Entgeltgenehmigung gilt dabei nur für die Durchführung förmlicher Zustellungen in eigenem Namen, nicht jedoch als Erfüllungsgehilfe für Dritte.²⁰² Die Bundesnetzagentur genehmigt sowohl Einzel- als auch Staffeientgelte, wobei die Entgelthöhe aufgrund unterschiedlicher Skalen- und Dichteeffekte im Bereich der Abhol- und Zustelllogistik sowie unterschiedlich dicht besiedelter Zustellgebiete erhebliche Unterschiede aufweisen kann.

144. Bei grundsätzlich funktionierendem (Ausschreibungs-)Wettbewerb in diesem Bereich²⁰³ und regelmäßig bestehender Nachfragestärke der ausschreibenden Stellen erscheint der Monopolkommission eine Rückführung der allgemeinen auf eine nur auf marktbeherrschende Unternehmen beschränkte Entgeltgenehmigungspflicht sinnvoll.²⁰⁴

2.3.2.4 *(Unzureichende) Regulierung von Großkundenpreisen und Teilleistungsrabatten*

145. Im Bereich lizenzpflichtiger Postdienstleistungen muss ein marktbeherrschendes Unternehmen auf dem beherrschten Markt grundsätzlich Teile der von ihm erbrachten Beförderungsleistungen gesondert anbieten (§ 28 Abs. 1 PostG, Teilleistungen). Darunter fallen insbesondere die Zustellung vorsortierter Briefsendungen nach deren Auflieferung im Briefzentrum (BZA/BZE).

Die Grenzen zwischen Großkunden- und Teilleistungsentgelten sind in der Marketingpraxis der DPAG dabei offenbar fließend, nicht zuletzt weil Großkunden in der Regel gewisse Vorleistungen wie eine Vorsortierung selbst vornehmen. Dennoch muss hier begrifflich und rechtlich differenziert werden:

Rein mengenrabattierte Großkundenpreise (ab 50 Sendungen) unterliegen keiner Genehmigungspflicht. Teilleistungsentgelte (basierend auf Vorleistungen des Einlieferers) bedürfen nur dann der Ex-Ante-Genehmigung, wenn sie in Allgemeine Geschäftsbedingungen aufgenommen wurden, (§ 28 Abs. 2 i.V.m. §§ 19, 20 PostG).

146. Die Bundesnetzagentur übt über die Teilleistungsentgelte nach § 28 Abs. 2 PostG allein eine Ex-post-Aufsicht aus, da sie die Beschränkung der Regulierung in § 19 S. 2

202 ABl. BNetzA 08/2011, Mitteilung Nr. 202/2011; ABl. BNetzA 15/2011, Mitteilung Nr. 477/2011.

203 Vgl. Abschnitt 3.4.

204 Vgl. Abschnitt 4.6.1.

PostG auf Sendungsmengen unter 50 Stück auch insoweit anwendet. Diese Auslegung beraubt die Vorschrift des § 28 Abs. 2 PostG allerdings ihrer Wirksamkeit, da die AGB der DPAG höhere Mindestlieferungsmengen für Teilleistungen vorsehen. Die restriktive Auslegung des § 28 Abs. 2 S. 1 PostG findet jedoch keinen Anhalt in Wortlaut oder Gesetzesbegründung der Vorschrift. Vielmehr bestimmt die Vorschrift selbst – durch die Anknüpfung an Allgemeine Geschäftsbedingungen – die erfassten Entgelte. Daher handelt es sich um eine Rechtsfolgenverweisung und nicht, wie von der Bundesnetzagentur angenommen, um eine Rechtsgrundverweisung. Denn der Gesetzgeber kann keine schon zum Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens offenbar anwendungsfreie Vorschrift intendiert haben. Vor dem Hintergrund dieses Rechtsverständnisses der Bundesnetzagentur hat in diesem Bereich allein die Missbrauchsaufsicht nach § 25 PostG sowie nach GWB und AEUV, der sämtliche nicht regulierten Entgelte unterliegen, eine praktische Bedeutung.²⁰⁵

147. Erhebliche praktische Probleme ergeben sich auch daraus, dass Großkundenverträge überhaupt nicht, Teilleistungsentgelte (faktisch) ganz überwiegend nur nachträglich vorlagepflichtig sind. Die Bundesnetzagentur kann also nur mittelbar und erst nachdem sich deren Wirkungen bereits entfaltet haben, auf eventuell missbräuchliche Preisgestaltungen aufmerksam werden bzw. gegen diese vorgehen.²⁰⁶

2.3.3 Missbrauchsaufsicht

2.3.3.1 Zuständigkeiten und Tatbestände: Regulierungsdesign

148. Parallel neben der speziellen Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur nach §§ 24, 25, 32 PostG und über diese hinausreichend steht die allgemeine Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt nach GWB und AEUV sowie durch die Europäische Kommission nach AEUV. Die parallele Anwendung der Vorschriften des GWB ist umstritten, soweit die Vorschriften des Postgesetzes reichen: Einerseits stellen diese gegenüber allgemeinen Vorschriften Spezialregelungen dar, andererseits sollen nach § 2 Abs. 3 PostG die Vorschriften des GWB unberührt bleiben. Die Verbote des Gemeinschaftsrechts sind jedoch nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes unstreitig anwendbar, soweit dem marktbeherrschenden Unternehmen ein relevanter Ermessensspielraum bei der Entgeltfestsetzung bleibt²⁰⁷ und können durch nationales Recht nicht ausgeschlossen werden.

149. Die Diversität der rechtlichen Maßstäbe nach dem Postgesetz einerseits, GWB und AEUV andererseits zeigt sich auch in über die bloßen Zuständigkeiten von Regulierungs- und Kartellbehörden hinausgehenden, weiteren institutionellen Aspekten. So hat etwa die Bundesnetzagentur nach §§ 37, 45 PostG zwar Auskunftsrechte gegenüber im Postwesen tätigen Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen. Postkunden allerdings kann sie nur unverbindlich anhören, mangels entsprechender

²⁰⁵ Vgl. Abschnitte 2.3.3.3 sowie 2.3.3.4.

²⁰⁶ Vgl. zu dem Vorschlag einer Vorlagepflicht Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, a.a.O., Tz. 109 ff., sowie Abschnitt 4.6.1.

²⁰⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 14. Oktober 2010, Rs. C-280/08 P, Deutsche Telekom, Rn. 80 ff.; anders für das US-amerikanische Recht der US-Supreme Court, Urteil vom 25. Februar 2009, No. 07-512, *Pacific Bell v LinkLine*.

Kompetenzen jedoch nicht wie das Bundeskartellamt mit bußgeldbewehrten Auskunftsbefehlen befragen.

150. Eine Zusammenarbeit zwischen den Behörden ist nach § 48 PostG gesetzlich vorgesehen. So entscheidet die Bundesnetzagentur über die Abgrenzung sachlich und räumlich relevanter Märkte und über die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung im Rahmen des Postgesetzes im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt. In Entgeltgenehmigungs- und Missbrauchsverfahren hat die Bundesnetzagentur dem Bundeskartellamt vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Daneben ist auf Grundlage des § 50c Abs. 1 S. 1 GWB ein weitreichender Informationsaustausch zwischen Kartell- und Regulierungsbehörden möglich, der ein konzertiertes Vorgehen der Behörden deutlich vereinfachen kann.

2.3.3.2 Marktbeherrschung: Besondere Verantwortlichkeit des (Quasi-)Monopolisten

151. Aus dem kartellrechtlichen Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen ergibt sich eine besondere Verantwortung des marktbeherrschenden Unternehmens dafür, dass es durch sein Verhalten den wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem betroffenen Markt nicht beeinträchtigt.²⁰⁸ Bereits die einfache Marktbeherrschung, die nach § 18 Abs. 4 GWB ab einem Marktanteil von 40 % vermutet wird, bringt die Verbote nach § 19 GWB und Art. 102 AEUV mit sich. Zwar begründet die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung für sich allein keinen Vorwurf gegenüber dem betreffenden Unternehmen. Allerdings sind Verhaltensweisen eines Unternehmens in beherrschender Stellung auf einem Markt, dessen Wettbewerbsstruktur schon allein dadurch geschwächt ist, missbräuchlich, wenn sie zu einer zusätzlichen Beschränkung dieser Wettbewerbsstruktur führen.²⁰⁹

152. Ausdruck der besonderen Verantwortung des ehemaligen Monopolisten im Postsektor sind etwa auch die Vorschriften der §§ 28 ff. PostG, die diesen verpflichten, Wettbewerbern Zugang zu Teilleistungen, Informationen und Infrastruktur zu gewähren. Darüber hinaus ist das Entgeltregulierungsregime der §§ 19 ff. PostG Ausdruck der vom Gesetzgeber angesichts der Marktstruktur festgestellten Förderungsbedürftigkeit bzw. besonderen Gefährdung des Wettbewerbs.²¹⁰ Insoweit kommt es auf die einzelnen Voraussetzungen der auf ähnliche Fälle zugeschnittenen Vorschrift des § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB („essential facilities“) nicht an.

153. Im Kartellrecht ist anerkannt, dass die Reichweite des Missbrauchsverbots, das ein Unternehmen in beherrschender Stellung trifft, anhand der spezifischen Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu ermitteln ist, die eine Situation geschwächten Wettbewerbs erkennen lassen.²¹¹ Vor diesem Hintergrund kommt der besonderen Verantwortung

²⁰⁸ St. Rspr.; vgl. etwa EuGH, Urteil vom 9. November 1983, Rs. 322/81, Michelin, Rn. 57; EuGH, Urteil vom 17. Februar 2011, C-52/09, Telia-Sonera, Rn. 24; BGH, Urteil vom 4. November 2003, KZR 16/02, Strom und Telefon I; BGH, Beschluss vom 4. März 2008, KVR 21/07, Soda-Club II.

²⁰⁹ Vgl. etwa Mestmäcker/Schweitzer, EG-Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2004, § 15 Rn. 39. St. Rspr.; vgl. etwa EuGH, Urteil vom 13. Februar 1979, Rs. 85/76, Hoffmann-La Roche, Rn. 91; EuGH, Urteil vom 14. Dezember 2010, Rs. C-280/08 P, Deutsche Telekom, Rn. 174; EuGH, Urteil vom 17. Februar 2011, Rs. C-52/09, Telia-Sonera, Rn. 27.

²¹⁰ Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Postgesetz, BT-Drs. 13/7774 vom 30. Mai 1997, S. 17 ff.

²¹¹ Vgl. EuGH Urteil vom 14. November 1996, Rs. C-333/94 P, Tetra Pak, Rn. 24; EuGH, Urteil vom 16. März 2000, verb. Rs. C-395/96 P u.a., Compagnie Maritime Belge, Rn. 114; EuGH, Urteil vom

marktbeherrschender Unternehmen gesteigerte Bedeutung für die Wettbewerbsstruktur in den beherrschten Märkten zu.²¹²

154. Wenn die Marktanteile des Marktbeherrschers sich im (Quasi-)Monopolbereich bewegen und Wettbewerber entsprechend kleiner und mit erheblichen Skalennachteilen belastet sind, wirken sich typischerweise wettbewerbswidrige Verhaltensweisen des Marktbeherrschers besonders drastisch aus. Zudem sind in solchen Fällen die Wettbewerber für ihre Wettbewerbsteilnahme oftmals auf Infrastrukturen und/oder Dienstleistungen des Marktbeherrschers angewiesen („essential facilities“). Auch ist es in die Bewertung mit einzubeziehen, wenn eine marktbeherrschende Stellung nicht auf Grundlage überragender Leistungen des Unternehmens, sondern aus einem ehemaligen gesetzlichen Monopol entstanden ist.²¹³

155. Dementsprechend können etwa für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit von Preissetzungsverhalten statt der Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens die Kosten der Wettbewerber maßgeblich sein.²¹⁴ Auch erfüllen (betriebswirtschaftliche) Effizienzen bestimmter Verhaltensweisen, die grundsätzlich geeignet wären, aggressives Wettbewerbsverhalten jenseits der Missbrauchsschwelle zu rechtfertigen, bei besonders marktmächtigen Unternehmen oftmals nicht die Voraussetzungen einer Rechtfertigung.²¹⁵

156. Vor dem Hintergrund der überragenden Marktstellung der DPAG hat also deren besondere Verantwortung für die Funktionsfähigkeit der beherrschten Märkte eine hervorgehobene Bedeutung. Spiegelbildlich sollte die Verfolgung entsprechender Missbräuche durch die Behörden schnell und umfassend erfolgen, um Gefährdungen bestehenden (Rest-)Wettbewerbs effektiv und zeitnah zu begegnen.

2.3.3.3 Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur

157. Die nachträgliche Missbrauchsaufsicht gilt sowohl nach § 24 PostG für genehmigte Entgelte als auch nach § 25 PostG für nicht genehmigungsbedürftige Entgelte. Dabei werden Entgelte grundsätzlich am modifizierten KeL-Maßstab des § 20 Abs. 2 PostG überprüft.²¹⁶ Daneben gilt ein Verbot, die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Anbieter

14. Dezember 2010, Rs. C-280/08 P, Deutsche Telekom, Rn. 174; EuGH, Urteil vom 17. Februar 2011, Rs. C-52/09, Telia-Sonera, Rn. 27; st. Rspr.

212 Ob sich die besonders stark ausgeprägte Marktmacht einzelner Unternehmen bereits auf Ebene der Marktmacht erfassen lässt, ist nicht eindeutig geklärt; vgl. dafür, unter Verwendung des Begriffs „Superdominance“, etwa GA Fennelly, Anträge vom 29. Oktober 1998, verb. Rs. C-395/96 P u.a., Compagnie Maritime Belge, Rn. 137; EU-Kommission, Entscheidung vom 24. März 2004, COMP/C-3/37.792, Microsoft, Rn. 435. Kritisch etwa Kaczorowska, A., European Union Law, 3. Aufl., London 2013, S. 849; O'Donoghue, R./Padilla, A.J., The Law and Economics of Article 82, Oxford 2006, S. 166 ff. Mit Hinweis auf die daraus möglicherweise folgende gesteigerte Rechtsunsicherheit und die Tatsache, dass diese Schlussfolgerung lediglich die gesteigerten Möglichkeiten und Anreize von Unternehmen mit besonders marktbeherrschender Stellung abbildet, neutral berichtend etwa Faull, J./Nikpay, A. (Hrsg.), The EC Law of Competition, 2. Aufl., Oxford 2007, S.103 f., sowie Jones, A./Sufirin, B., EC Competition Law, Oxford 2008, S. 323 f.

213 Vgl. EuGH, Urteil vom 27. März 2012, Rs.C-209/10, Post Danmark, Rn. 23.

214 So EuGH, Urteil vom 17. Februar 2011, Telia-Sonera, Rs. C-52/09, Telia-Sonera, Rn. 45.

215 Vgl. EU-Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. EU Nr. C 45 vom 24. Februar 2009, S. 7, Rn. 30 f.

216 Eingehender zu den Kostenmaßstäben Abschnitt 2.2.

von Postdienstleistungen ohne sachlich gerechtfertigten Grund zu beeinträchtigen (§ 32 Abs. 1 PostG).

158. In jüngerer Zeit sind eine Reihe von Missbrauchsentscheidungen der Bundesnetzagentur ergangen, die teils die Geltung der Entgeltgenehmigungen für Konzern-Tochtergesellschaften der DPAG und für bestimmte Produkte, teils die Teilleistungsrabatte der DPAG zum Gegenstand hatten.

159. Die Entscheidung in der Sache „First Mail“ im Jahre 2011 stellte fest, dass auch die Tochtergesellschaften der DPAG an die genehmigten Entgelte gebunden sind und dass sie auch nicht auf Grundlage eigener Zustellnetze günstigere als die genehmigten Entgelte verlangen dürfen.²¹⁷ Nachdem Eilanträge der DPAG von Verwaltungsgericht und Oberverwaltungsgericht abgewiesen worden waren,²¹⁸ stellte First Mail den Betrieb Ende 2011 ein; die Klage ist weiterhin im Hauptsacheverfahren vor dem Verwaltungsgericht Köln anhängig.

160. Dieses Verfahren könnte die Geltung der für die DPAG relevanten Maßstäbe auch für von ihr voll kontrollierte Tochterunternehmen klären und stellt eine wichtige Grundlage für die zukünftige Regulierungs- und Missbrauchspraxis nach dem Postgesetz dar. Gleiches muss auch für Unternehmen gelten, die über strategische Beteiligungen und ähnliche Verträge eng mit der DPAG verbunden sind, ohne Teil des Konzernverbundes zu sein.

161. 2012 stellte die Bundesnetzagentur fest, dass der Versand inhaltsgleicher Rechnungen durch die DPAG als Infopost bzw. Infobrief einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 i.V.m. § 25 Abs. 2 PostG darstellt.²¹⁹ Infopost stellt wie der 2013 eingestellte, für geringere Mindesteinlieferungsmengen vorgesehene Infobrief eine besondere Briefdienstleistung der DPAG für den Versand gleichlautender Sendungen mit längerer Regellaufzeit und zu geringeren Tarifen dar. Der Versand inhaltsgleicher Rechnungen darf nach Feststellungen der Bundesnetzagentur jedoch nicht anders behandelt werden als der Versand von Rechnungen mit individualisierten Rechnungsbeträgen. Die Beförderung inhaltsgleicher Rechnungen zum Infoposttarif begünstigt daher deren Versender entgegen § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 PostG und war auch nicht nach Abs. 2 S. 1, 2. Hs. dieser Vorschrift sachlich gerechtfertigt. In Reaktion auf die Entscheidung stellte die DPAG fristgemäß Ende 2012 entsprechende Praktiken ein.

162. Die Erhöhung der von der DPAG gewährten Teilleistungsrabatte beeinflusst unmittelbar die Wettbewerbssituation konkurrierender Zustellnetze. Die DPAG hat 2008 (in zeitlichem Zusammenhang mit der vollständigen Marktliberalisierung), 2010 (ausdrücklich zur Kompensation der Umsatzsteuerpflicht) und 2012 (im Zusammenhang mit der Erhöhung der Endkumentarife zum Jahr 2013) die Teilleistungsrabatte erheblich auf aktuell bis zu 40 % angehoben. Die jüngste Rabatterhöhung vermochte jedoch die Erhöhung der Ausgangsbasis für die Endkundenentgelte nicht zu kompensieren; im Ergebnis kam es zu einer (geringfügigen) Steigerung der Teilleistungsentgelte. Die Bundesnetzagentur hat diese Rabatte 2010 und 2012 überprüft, konnte jedoch auf

²¹⁷ Vgl. eingehend Monopolkommission Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 67 ff.

²¹⁸ VG Köln, Entscheidung vom 1. September 2011, 22 L 1011/11; OVG NRW, Entscheidung vom 15. November 2011, 13 B 1082/11.

²¹⁹ BNetzA, Entscheidung vom 26. März 2012, BK5a-11/24.

Grundlage des modifizierten KeL-Maßstabs des Postgesetzes keinen Verstoß feststellen; insbesondere führten die geprüften Rabatte nach Feststellung der Behörde nicht zu einer Kostenunterdeckung.²²⁰

163. Seit Juli 2013 ermittelt die Bundesnetzagentur zum Vorwurf einer Diskriminierung von Konsolidierungsdienstleistern. Die Behörde konnte noch keine Aussagen zum Zeitablauf machen.

164. Insgesamt lässt sich festhalten, dass die Missbrauchsaufsicht der Bundesnetzagentur im Postbereich dann Wirkung zeigt, wenn sie auf strukturell wirkende Sachverhalte angewendet wird. Überprüfungen von Preisgestaltungen hingegen sind angesichts des im Postgesetz festgeschriebenen modifizierten KeL-Maßstabs regelmäßig ergebnislos.²²¹

2.3.3.4 Kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht

165. Eine gesonderte Missbrauchsaufsicht auf Grundlage des GWB und des Art. 102 AEUV durch das Bundeskartellamt bzw. durch die Europäische Kommission unterliegt nicht den auf Grundlage politischer Kompromisse speziell für den Postmarkt adaptierten Kostenmaßstäben des Postgesetzes und kann angesichts stärkerer Wettbewerbsorientierung des allgemeinen Kartellrechts grundsätzlich den Wettbewerb durch alternative Anbieter wirksamer schützen.

166. In den vergangenen Jahren hat das Bundeskartellamt jährlich zwischen ein und vier Missbrauchsverfahren im Postbereich eröffnet. Beschwerden von Wettbewerbern werden in weiteren Bereichen vorgetragen; sie sind jedoch vielfach nicht ausreichend substantiiert, um die Einleitung eines Verfahrens zu rechtfertigen. Das Amt erhält darüber hinaus auch im Postbereich regelmäßig Beschwerden von Bürgern, die sich, in der Regel jedoch ohne (kartell-)rechtliche Relevanz, über verschiedene Aspekte im Post- oder Paketbereich beschweren. Substantiierte Beschwerden hat das Bundeskartellamt insbesondere für den Bereich der Pressedistribution erhalten. Aus Prioritätsgründen wurden insoweit jedoch bislang keine Verfahren eingeleitet.

167. Gegenstand eines Verfahrens wegen des Verdachts auf missbräuchlich niedrige Preise sind seit November 2012 die effektiven Großkundenpreise der DPAG. Diese gewährt Firmenkunden, die regelmäßig große Volumina an Briefen versenden, eine Reihe von Rabatten, die von bereits niedrigen Großkundenpreisen abgezogen werden. Die 9. Beschlussabteilung hat diese Preise und zusätzliche Rabatte bei einer mittleren zweistelligen Anzahl von Großkunden erhoben. Dabei bedeutete angesichts komplexer Entgelt- und Rabattstrukturen insbesondere die Feststellung der effektiv gezahlten Entgelte einen erheblichen Aufwand. In einem ersten Schritt wurden diese effektiven Entgelte an den Teilleistungsentgelten gemessen, welche die DPAG Wettbewerbern gewährt. Dabei wurde nach den Kriterien der Preis-Kosten-Schere vorgegangen. Der Verdacht eines Missbrauchs hat sich nach Angaben des Amtes in vier Fällen erhärtet; zu Redaktionsschluss dieses Gutachtens stehen jedoch die Ergebnisse dieser Untersuchung noch aus.²²² Die Monopolkommission ermutigt das Bundeskartellamt in diesem Zu-

²²⁰ BNetzA, Einstellungsverfügung vom 15. September 2010, BK5-10/13, sowie Musterschreiben vom 21. Dezember 2012, BK5-12/37.

²²¹ Eingehender zu den Kostenmaßstäben und ihrer Kritik Abschnitt 2.2.

²²² Verfahren B9-128/12.

sammenhang, weitergehende Ermittlungen darüber anzustellen, ob die Voraussetzungen für missbräuchliche Verdrängungspreise²²³ vorlagen, insbesondere ob der Preissetzung in einzelnen Fällen eine gezielte Verdrängungsabsicht zugrunde lag. Hier sollte auch einzelnen konkreten Hinweisen mit dem gebotenen Nachdruck nachgegangen werden.

168. In Bezug auf die mit der Beteiligung der DPAG an der Compador Technologies GmbH zeitlich eng korrelierten Probleme der Durchführung von Wartungsverträgen dieses Unternehmens mit PostCon, einem Wettbewerber der DPAG,²²⁴ ermittelte das Amt wegen des Verdachts auf Behinderungsmissbrauch. Vor dem Hintergrund von Verhandlungen zwischen den Parteien ruhte das Verfahren mehrere Monate; das Bundeskartellamt begleitete jedoch die Verhandlungen intensiv. Währenddessen belieferte Compador PostCon weiter mit Ersatzteilen und führte dringende Wartungsleistungen durch. Das Verfahren wurde schließlich eingestellt, nachdem Compador ein Angebot auf Abschluss eines neuen Vertrages vorgelegt hatte, dessen Konditionen keine Hinweise auf eventuellen Missbrauch von Marktmacht ergaben; insbesondere sollte danach PostCon die Möglichkeit zum Aufbau eines Ersatzteillagers haben. Wie bekannt wurde, hat sich PostCon nach Abschluss des Verfahrens gegen den Abschluss eines neuen Wartungsvertrages mit Compador entschieden²²⁵ und stattdessen entsprechende Verträge mit einem Wettbewerber von Compador abgeschlossen.

Aus Sicht der Monopolkommission hat das Bundeskartellamt in diesem Verfahren das Mögliche und Angemessene zur Unterbindung eines Behinderungsmissbrauchs getan. Soweit PostCon ein Angebot zum Abschluss eines Rahmenvertrages vorlag, dessen Konditionen nicht missbräuchlich gewesen wäre, erscheint zweifelhaft, ob und wie weit begrenzte behördliche Kapazitäten darüber hinaus zur Verbesserung der Verhandlungsposition von PostCon eingesetzt werden sollten. Insgesamt erscheint auch eine privatinitiierte Durchsetzung von kartell- und vertragsrechtlichen Ansprüchen nicht unzumutbar.²²⁶

2.3.3.5 Aufsicht, Compliance und die Kosten unscharfer Regeln

169. Die Regulierung durch die Bundesnetzagentur erfasst nur vereinzelte Bereiche des Postmarktes. Die Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt können das regelkonforme Verhalten des betroffenen Unternehmens in aufwendigen, jahrelangen Verfahren nur punktuell erzwingen. In weiten Bereichen ist also der Wettbewerb im Postsektor davon abhängig, dass marktbeherrschende Unternehmen die Regeln des Leistungswettbewerbs aus eigenem Antrieb einhalten.

170. Eine derartige Compliance²²⁷ bedeutet, dass im Geschäftsalltag auf Marktchancen verzichtet wird, wenn dabei die gesetzlichen Regeln, nicht zuletzt die des GWB, des AEUV oder des Postgesetzes, nicht einzuhalten sind. Compliance kann daher systematisch in Spannung mit der Pflicht der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen des marktbeherrschenden Unternehmens stehen, den Gewinn zu steigern. Denn eine der-

223 Vgl. eingehend Abschnitt 2.2.

224 Vgl. Abschnitt 1.6.

225 Verfahren B9-18/13-1; vgl. dazu BKartA, Missbrauchsverfahren gegen die Compador Technologies GmbH eingestellt, Pressemitteilung vom 23. Oktober 2013

226 Vgl. Abschnitt 4.8.1.

227 Vgl. eingehender etwa Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, a.a.O., Tz. 416 ff.

artige Pflicht ergibt sich grundsätzlich aus ihren Vertragsbeziehungen mit diesem und ihrer Eigenschaft als dessen Organe.

171. Regelverstöße, die absehbar ohne Sanktion bleiben oder deren Vorteil die risikogewichteten „Kosten“ einer Sanktion überwiegt, könnten aus Sicht des gewinnmaximierenden Unternehmers bzw. Akteurs auf den ersten Blick als betriebswirtschaftlich geboten oder jedenfalls sinnvoll erscheinen.²²⁸

172. Einem derartigen, rein betriebswirtschaftlichen Kalkül steht zwar grundsätzlich die im Aktienrecht anerkannte Legalitätspflicht von Vorständen gegenüber. Diese wirkt sich mittelbar über deren Organisationspflichten auch auf die einzelnen Unternehmensmitarbeiter und -mitarbeiterinnen aus. Die Legalitätspflicht wird im Aktienrecht aus den grundsätzlichen Pflichten des Vorstands einer Aktiengesellschaft, ein Risikomanagement einzurichten (§ 91 Abs. 2 AktG) und die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden (§ 93 Abs. 1 S. 1, 2 AktG), abgeleitet.²²⁹

173. Allerdings setzen konkrete Folgerungen aus dieser Legalitätspflicht für die einzelnen Unternehmensverantwortlichen in der Praxis typischerweise klar erkennbare Rechtsregeln voraus. Dabei kann zwar der (internen) Legalitätspflicht schon durch bewussten Umgang mit Zweifeln Genüge getan sein.²³⁰ Jedoch kann auch ein qualifiziertes Rechtsgutachten den Vorwurf einer Rechtsverletzung des Unternehmens nicht beseitigen.²³¹ Insbesondere im Bereich der preisbasierten Missbrauchsaufsicht nach Postgesetz und Kartellrecht sind dabei die genauen Grenzen zulässiger Preissetzung in der Praxis nicht selten unscharf und insoweit nur von geringer Ausstrahlungswirkung für die verantwortlich Handelnden.²³²

174. Im Kartellrecht wird vor dem Hintergrund, dass die Behörden immer nur einen Bruchteil rechtswidrigen Verhaltens aufgreifen können, mit abschreckenden Bußgeldern und deren generalpräventiver Leuchtturmwirkung versucht, Unternehmen und deren Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen zur Compliance anzuhalten. Dabei sind Unter-

228 Vgl. etwa die rechtsvergleichende Übersicht bei Fleischer, H., Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 26(4), 2005, S. 141-152.

229 Vgl. etwa BGH, Urteil vom 15. Oktober 1996, VI ZR 319/95, BGHZ 133, 370 ff.; BGH, Urteil vom 10. Juli 2012, VI ZR 341/10, BGHZ 194, 26 ff.; st. Rspr. Ebenso etwa Paefgen, W.G., Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, Köln 2002, S. 17 ff.; Spindler, in: Goette, W./Habersack, M. (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Bd. 2, München 2008, § 93 Rn. 63; Hopt, in: Hopt, K.J./Wiedemann, H. (Hrsg.), Aktiengesetz, Großkommentar, 4. Aufl., Bd. 3, Berlin 2008, § 93, Rn. 98 ff.; Mertens/Cahn, in: Zöllner, W./Noack, U. (Hrsg.), Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl., Köln 2010, § 93 Rn. 71. Die Legalitätspflicht hat auch Eingang in den Deutschen Corporate Governance Kodex gefunden; vgl. Abschnitt 4.1.3 der Fassung vom 13. Mai 2013: „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance).“

230 Vgl. statt vieler Fleischer, H., Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, a.a.O., S. 150. In jüngerer Zeit werden zunehmend die sich aus Rechtsunklarheiten für die Legalitätspflicht ergebenden Probleme diskutiert; Ansätze für eine Lösung finden sich etwa bei Buck-Heeb, P., Die Haftung von Mitgliedern des Leitungsorgans bei unklarer Rechtslage, Betriebs-Berater 68(38), 2013, S. 2247-2257, und bei Langenbucher, K., Vorstandshaftung und Legalitätspflicht in regulierten Branchen, Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft 25(1), 2013, S. 16-23.

231 Vgl. EuGH, Urteil vom 18. Juni 2013, Rs. C-681/11, Schenker, Rn. 41.

232 Vgl. zur Diagnose Abschnitte 2.2, 2.3.3.3 und 2.3.3.4 sowie zu Abhilfeansätzen Abschnitte 4.1, 4.3 bis 4.5.

nehmensbußgelder bis zu 10 % des weltweiten Jahresumsatzes der betroffenen Unternehmensgruppe und bis zu 1 Mio. Euro in Bezug auf Handelnde und Organisationsverantwortliche möglich.²³³

In diesem Zusammenhang kann von Bedeutung erscheinen, dass zum einen Bußgelder wegen des Missbrauchs von Marktmacht im Postbereich bislang nur vereinzelt und in vergleichsweise geringer Höhe verhängt wurden.²³⁴ Das Postgesetz sieht Bußgelder zudem nur sehr eingeschränkt und nur in relativ geringer Höhe vor, die zusätzlich bei Wettbewerbsverstößen eine vorhergehende vollziehbare Anordnung der Bundesnetzagentur voraussetzen und dementsprechend keine Praxisbedeutung haben. Die in anderen Märkten wirksame Abschreckungswirkung hoher Bußgelder ist bislang im Postbereich nicht zu erkennen.

175. Vor dem Hintergrund des stagnierenden Wettbewerbs im Briefbereich, der zentralen Stellung der DPAG auf allen Postmärkten und der Abhängigkeit vieler Marktakteure von Verhaltensweisen der DPAG erinnert die Monopolkommission nochmals an die eminent wichtige Bedeutung, die dem Schutz des (Rest-)Wettbewerbs in diesen Märkten zukommt. Hier erscheint nicht zuletzt die besondere Verantwortung der DPAG für die Wettbewerbsstruktur in den beherrschten Märkten²³⁵ von herausgehobener Bedeutung.

176. In diesem Zusammenhang weist die Monopolkommission die Behörden und den Gesetzgeber darauf hin, dass die praktische Wirkung dieser zentralen Compliancepflichten der DPAG in dem Maße gesteigert wird, in dem eine Klärung der Unschärfen der Grenzen post- und kartellrechtlich zulässigen Verhaltens in den relevanten Normen des Postgesetzes²³⁶ und in der Praxis erfolgt.

2.3.3.6 Komplementarität regulierungs- und kartellbehördlicher Missbrauchsaufsicht

177. Die speziellen Regulierungs- und die allgemeinen kartellrechtlichen Maßstäbe gelten parallel. Das ist in Bezug auf Art. 102 AEUV in der Vorrangwirkung europäischen Rechts begründet und unstrittig.²³⁷ Das GWB bleibt durch das Postgesetz nach dessen § 2 Abs. 3 „unberührt“. Die Auslegung dieser letzteren Vorschrift ist in der Literatur umstritten, soweit das Postgesetz genaue Regelungen trifft.²³⁸ Das Bundes-

233 Vgl. eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, a.a.O., Tz. 473 ff.

234 Während eine Bußgeldentscheidung des Bundeskartellamtes gegen marktbeherrschende Unternehmen im Postbereich überhaupt nicht ersichtlich ist, liegen entsprechende Entscheidungen der Europäischen Kommission schon über ein Jahrzehnt zurück; vgl. etwa zuletzt EU-Kommission, Entscheidung vom 20. März 2001, 35.141, ABl. EG Nr. L 125 vom 5. Mai 2001, S. 27 (24 Mio. Euro für eine langandauernde, weitgehende Wettbewerberbehinderung im Paketmarkt) sowie Entscheidung vom 25. Juli 2001, 36.915, ABl. EG Nr. L 331 vom 15. Dezember 2001, S. 40 (nur „symbolisches“ Bußgeld von 1.000 Euro wegen unklarer Rechtslage bei der Behinderung von Remailing).

235 Vgl. eingehender Abschnitt 2.3.3.2.

236 Vgl. eingehender Abschnitte 2.2.1, 2.3.3.3 sowie 4.6.1.

237 Vgl. nur EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, Rs. 6/64, Costa/E.N.E.L.; EuGH, Urteil vom 13. Februar 1969, Rs. 14/68, Walt Wilhelm; BVerfG, Beschluss vom 9. Juni 1971, BVerfGE 22, 293 ff., Milchpulver; zuletzt etwa BVerfG, Beschluss vom 6. Juli 2010, 2 BvR 2661/06, Mangold.

238 Vgl. etwa Badura, in: Badura, P. (Hrsg.), Beck'scher Postgesetz-Kommentar, 2. Aufl., München 2004, § 2 Rn. 32; Sedemund, ebenda, § 19 Rn. 13 ff. gegenüber etwa Kühling, J., RegTP, BKartA, Kommission: Wettbewerb der Regulierungsbehörden auf dem Weg zur Öffnung der Postmärkte? – Anmerkungen zum Beschluss des Bundeskartellamtes wegen missbräuchlicher Marktbehinderung der DPAG vom 14. Februar 2005, InfrastrukturRecht 4/2005, S. 80-83.; ebenso zum wortlautidentischen § 2 Abs. 3 TKG 1998 etwa Schroeder, D., Telekommunikationsgesetz und GWB, Wirtschaft und

kartellamt und das Oberlandesgericht Düsseldorf jedoch gehen von einer weitgehend parallelen Anwendbarkeit des GWB aus.²³⁹ Damit wird der Gesetzesbegründung Rechnung getragen, die den Ausbau des Wettbewerbsschutzes betont.²⁴⁰

178. Eine Entgeltgenehmigung nach §§ 19, 20 PostG führt zwar dazu, dass nach § 23 Abs. 1 PostG dem Marktbeherrscher verboten ist, auf lizenzpflichtigen Märkten andere als genehmigte Entgelte zu fordern. Dieser kann sich jedoch insoweit nicht auf eine hoheitliche Anordnung berufen, die ihn möglicherweise von der kartellrechtlichen Verantwortung des Missbrauchsverbots befreien würde. Denn angesichts des Antragscharakters des Verfahrens und der bloßen „Orientierung“ der Entgelte an den KeL verbleibt dem Unternehmen durchaus ein Spielraum in Bezug auf die beantragten Entgelte, in dem es deren Kartellrechtskonformität sicherstellen kann. Vergleichbares gilt, soweit lediglich die postgesetzliche Missbrauchskontrolle eingreift. Dem Unternehmen ist ohne weiteres möglich, die Verbote missbräuchlichen Verhaltens nach Postgesetz und Kartellrecht parallel zu beachten.

179. Die gesetzlich vorgesehene und praktizierte enge Zusammenarbeit zwischen Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur verhindert, dass unnötig Verfahren dupliziert werden. In manchen Fällen jedoch können Verfahren des Bundeskartellamtes Wettbewerbsprobleme lösen, für welche die der Bundesnetzagentur zur Verfügung stehenden Werkzeuge jedenfalls praktisch unzureichend oder ungeeignet sind. Besonders drastisch hat sich dies am Beispiel der Öffnung des Zugangs zu Teilleistungen der DPAG für Konsolidierungsdienstleister durch das Bundeskartellamt im Jahr 2005 gezeigt.²⁴¹ Auch in Bezug auf die Prüfung und Verfolgung von Preis-Kosten-Scheren erscheinen insbesondere vor dem Hintergrund eines fehlenden ausdrücklichen Verbots der Preis-Kosten-Schere im Postgesetz die Kartellbehörden besser geeignet.²⁴² Daneben haben die Kartellbehörden den Vorteil, nicht auf laufende Arbeitsbeziehungen mit den regulierten Unternehmen angewiesen zu sein.²⁴³

180. Soweit das Postgesetz die Berücksichtigung von nicht (direkt) produktionsbedingten Kosten vorgibt (insbesondere Sozial- und Universaldienstlasten nach § 20 Abs. 2 S. 2 PostG), sind diese nach allgemeinem Kartellrecht zwar nicht ansatzfähig, da sie

Wettbewerb 49(1), 1999, S. 14-28; Engel, C., Der Weg der deutschen Telekommunikation in den Wettbewerb, MMR-Beilage 3/1999, S. 7-14; Möschel, W., Ist das Verhältnis von TKG und GWB neu zu durchdenken?, Kommunikation & Recht 4(12), 2001, S. 619-622 Vgl. zu der Diskussion z. B. die Übersichten bei Säcker, C., Der Einfluss der sektorspezifischen Regulierung auf die Anwendung des deutschen und gemeinschaftsrechtlichen Kartellrechts, Berlin/Münster 2006, S. 13 ff., 18 ff. Einschränkung Monopolkommission, Marktöffnung umfassend verwirklichen, Hauptgutachten 1996/97, Baden-Baden 1998, Tz. 41.

239 BKartA, Entscheidung vom 11. Februar 2005, B9-55/03, S. 20 f.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2005, VI-Kart 3/05 (V).

240 Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs zum Postgesetz, BT-Drs. 13/7774 vom 30. Mai 1997, S. 19 f., 28.

241 Vgl. BKartA, Beschluss vom 11. Februar 2005, B9-55/03, insbes. S. 41 ff.; dem Verfahren war eine entsprechende Entscheidung der Europäischen Kommission vorausgegangen, welche die Rechtswidrigkeit der von der damaligen RegTP für legal gehaltenen Praxis festgestellt hatte; vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 20. Oktober 2004, COMP/38.745. Zum Ganzen vgl. Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2005: Beharren auf alten Privilegien, Sondergutachten 44, Baden-Baden 2006, Tz. 12 ff.

242 Im Telekommunikationsbereich profitiert die Praxis der Bundesnetzagentur seit 2004 von der ausdrücklichen Regelung des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG.

243 Vgl. etwa OECD, The Relationship between Regulators and Competition Authorities, Policy Roundtable, 1998, S. 28 f. m.w.N.

sich nicht auch im Wettbewerb ergeben würden. Die Wettbewerbsbehörden werden jedoch in aller Regel die spezialgesetzlichen Wertungen in ihrem Aufgreifermessen berücksichtigen. Zudem kommt es für die Fälle des Verdrängungsmisbrauchs und der Preis-Kosten-Scheren, die den Kern der kartellbehördlichen Praxis in diesem Bereich darstellen, allein auf die Verteilung der tatsächlichen Kosten an. Insoweit gelten für die betroffenen Unternehmen rechtlich die gleichen Maßstäbe, wenn auch die Praxis der Behörden mitunter zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen kann.

2.3.4 Kartellverbot und Fusionskontrolle

181. Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Absprachen nach § 1 GWB und Art. 101 AEUV gilt selbstverständlich auch im Postbereich. Soweit Kooperationen zwischen Wettbewerbern bestehen, dürfen diese den Wettbewerb nicht mehr als notwendig beschränken.²⁴⁴ Im Berichtszeitraum sind insoweit keine Verfahren des Bundeskartellamtes oder der Europäischen Kommission ersichtlich.²⁴⁵ Allerdings gilt das Kartellverbot unmittelbar. Das Gesetz geht insoweit von einer selbstständigen Regelbefolgung durch die Unternehmen aus. Verstöße können mit Geldbußen bis zu einer Höhe von 10 % des weltweiten Umsatzes des betreffenden Unternehmens bzw. bis zu 1 Mio. Euro gegen die verantwortlich Handelnden belegt werden (§ 81 Abs. 1 Nr. 1, 2 Nr. 1, 4 GWB).

182. Die Kartellbehörden überprüfen regelmäßig auch im Postsektor Zusammenschlüsse von Wettbewerbern nach den §§ 35 ff. GWB bzw. nach der europäischen Fusionskontrollverordnung.²⁴⁶

183. Das Bundeskartellamt hat in den vergangenen Jahren jeweils zwischen zwei und fünf anmeldepflichtige Zusammenschlüsse zwischen Postdienstleistern überprüft. Fusionen im Postbereich führen jedoch in aller Regel nicht zu wettbewerbliehen Bedenken. Dies gilt zum einen für Zusammenschlüsse zwischen alternativen Zustelldiensten. Hier kann typischerweise davon ausgegangen werden, dass solche Fusionen eher wettbewerbsfördernd wirken, da in aller Regel Wettbewerber der DPAG gestärkt werden, was tendenziell zu einer Stärkung des Wettbewerbs führen kann. Aber auch Zusammenschlüsse, an denen mit der DPAG verbundene Unternehmen beteiligt waren, haben dem Bundeskartellamt in den letzten Jahren keinen Anlass zu einer eingehenden Prüfung gegeben. Solche Zusammenschlüsse betrafen etwa Märkte im Bereich der Adressermittlung und Bonitätsprüfung, auf denen die DPAG eine zwar nennenswerte, aber nicht beherrschende Marktstellung innehat. Die Untersagungsschwelle der Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung wurde jedoch in keinem Fall erreicht.

184. Der Erwerb von Minderheitsbeteiligungen an den Unternehmen Compador Technologies GmbH und Compador Dienstleistungen GmbH durch die Deutsche Post Beteiligungen GmbH wurde analysiert, war aber wegen der geringen Umsätze der Ziel-

²⁴⁴ Vgl. eingehender etwa Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, a.a.O., Tz. 455 ff., insbes. Tz. 459 f.

²⁴⁵ Die DPAG war Teil eines 2012 von der Europäischen Kommission aufgedeckten Kartells im Bereich internationaler Luftfrachtdienste, das jedoch keinen (direkten) Bezug zu Postdienstleistungen aufwies. Sie konnte jedoch von der Kronzeugenregelung profitieren und so die Verhängung eines Bußgeldes vermeiden; vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 28. März 2012, 39.462, Luftfrachtdienste.

²⁴⁶ Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG Nr. L 24 vom 29 Januar 2004, S. 1.

gesellschaften auch unter Einbeziehung des von der DPAG zusätzlich ausgereichten erheblichen Kredits nicht kontrollpflichtig, da die Fusionskontrollschwellen des § 35 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht erreicht wurden.²⁴⁷ Hier könnte sich die materiellrechtliche Wirkung dieser Umsatzschwellen zum Nachteil des Wettbewerbs ausgewirkt haben, soweit der Zusammenschluss Anlass zu wettbewerblichen Bedenken gegeben hätte.

2.4 Wettbewerbsformen und Regulierungslandschaft in den Paketmärkten

185. In den deutschen Paketmärkten ist bislang fast ausschließlich Zustellwettbewerb zu beobachten; in den einzelnen Marktsegmenten bestehen mehrere parallele bundesweite Zustellnetze,²⁴⁸ deren Betreiber bei der Paketzustellung nur in geringem Umfang kooperieren.

In den Märkten für grenzüberschreitende Paketdienstleistungen besteht zwar in nicht unerheblichem Umfang in dem Sinn Zustellwettbewerb, dass diejenigen Dienstleister, die nicht sowohl im Sitzstaat des Absenders als auch im Sitzstaat des Empfängers präsent sind, auf Dritte angewiesen sind und diese in aller Regel auch auswählen können. Allerdings existieren bei derartigen Rahmen- und langfristigen Verträgen erhebliche Pfadabhängigkeiten. Der Verdacht auf Wettbewerbsprobleme erscheint in diesem Markt angesichts der teilweise sehr unterschiedlichen Tarife und der hohen Markteintrittsbarrieren naheliegend.²⁴⁹ Die Märkte für grenzüberschreitende Paketdienstleistungen sind bislang noch nicht Gegenstand konkreter behördlicher Regulierungs- oder Missbrauchsverfahren geworden. Die Europäische Kommission ist jedoch bestrebt, den normativen Rahmen insoweit wettbewerbsfreundlicher zu gestalten.

186. In den Paketmärkten ist keine Ex-ante-Regulierung vorgesehen, auch die Zugangsvorschriften der §§ 28 ff. PostG sind insoweit unanwendbar. Die Missbrauchsvorschriften der § 25 i.V.m. 20 Abs. 2 und 32 PostG sowie § 19 GWB und Art. 102 AEUV besitzen in Bezug auf diese Märkte zwar grundsätzlich volle Geltung. Bislang ist jedoch – trotz Beschwerden aus dem Markt – nur eine geringe Praxisrelevanz der Vorschriften zu erkennen.

So betreibt die Bundesnetzagentur auf substantiierte Beschwerden von Wettbewerbern hin seit Oktober 2011 Vorermittlungen zum Vorwurf einer Kostenunterdeckung im B2C-Paketbereich.²⁵⁰ Dem vorgelagert waren eine Sondererhebung im Paketmarkt und komplexe Marktabgrenzungsfragen. Bei Redaktionsschluss war noch kein förmliches Verfahren eröffnet worden; über den Fortgang des Verfahrens hat die Bundesnetzagentur keine Angaben gemacht. Ähnliche Beschwerden wurden dem Bundeskartellamt für den Bereich der B2C-Pakete vorgetragen. Aus Prioritätsgründen wurde jedoch bislang kein Verfahren eingeleitet, was auch darauf zurückgeht, dass insoweit bereits das Verfahren bei der Bundesnetzagentur anhängig ist. Insbesondere vor dem Hintergrund der über zweijährigen Ermittlungsdauer sollten Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt den

²⁴⁷ Verfahren B9-18/13.

²⁴⁸ Vgl. Abschnitt 1.5.

²⁴⁹ Vgl. Meschi, M./Irving, T./Gillespie, M. (FTI Consulting), Intra-Community Cross-Border Parcel Delivery, a.a.O., S. 158 ff., sowie EU-Kommission, Entscheidung vom 30. Januar 2013, M.6570, UPS/TNT Express.

²⁵⁰ Die Ermittlungen werden unter dem Aktenzeichen BK5b-11/069 geführt.

relevanten Sachverhalt zeitnah umfassend ausermitteln und gegebenenfalls ein formelles Verfahren eröffnen.

187. Die Europäische Kommission hat im Januar 2013 die geplante Fusion zwischen UPS und TNT Express untersagt, da der Zusammenschluss nicht auszuräumende wettbewerbliche Bedenken aufgeworfen hatte.²⁵¹ Die Behörde stellte fest, dass der Zusammenschluss den Wettbewerb auf den Märkten für Express-Paketdienstleistungen in 15 Mitgliedstaaten (nicht jedoch in Deutschland) beeinträchtigt hätte, da dort die Zahl der großen Anbieter durch die Übernahme auf drei oder sogar auf zwei geschrumpft wäre. Sie konstatierte, dass etwaige Vorteile des Zusammenschlusses, wie an Kunden weitergegebene Kosteneinsparungen aufgrund der Zusammenführung der Luftfrachtnetze von UPS und TNT, nicht die negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb aufgewogen hätten. Die Beteiligten hatten zur Ausräumung der wettbewerblichen Bedenken angeboten, die TNT-Tochtergesellschaften in den betreffenden 15 Mitgliedstaaten sowie in zwei weiteren Ländern zu veräußern, um dem Käufer den Aufbau eines tragfähigen Express-Paketdienstgeschäfts zu ermöglichen. Dazu sollte dieser unter bestimmten Umständen für fünf Jahre Zugang zum UPS-Flugstreckennetz erhalten. Diese angebotenen Abhilfemaßnahmen vermochten die Wettbewerbsbeeinträchtigungen jedoch nicht wirksam zu beseitigen. Denn zum einen war kein konkreter Käufer für diese Unternehmen gefunden worden. Zum anderen blieb unklar, ob auf dieser Grundlage ein für den nachhaltigen Betrieb eines derartigen Netzes erforderliches Geschäftsvolumen erreicht würde.

188. In Bezug auf grenzüberschreitende Paketdienstleistungen innerhalb der Europäischen Union hat die Europäische Kommission Ende 2012 ein Grünbuch veröffentlicht, das in engem Zusammenhang mit der Initiative zur Förderung des grenzüberschreitenden Internethandels steht.²⁵² Darin werden das Marktumfeld sowie Wettbewerbshindernisse analysiert und eine Reihe von Vorschlägen zur Weiterentwicklung des Sektors gemacht. Hervorzuheben sind insbesondere Vorschläge mit Bezug auf höhere Transparenz bei Paketzustellungen, auf eine Verbesserung der Servicequalität für die Verbraucher, auf ein niedrigeres Preisniveau und auf höhere Interoperabilität zwischen einzelnen Zustelldienstbetreibern sowie zwischen Zustelldienstbetreibern und Online-Einzelhändlern.

Insbesondere soweit Transparenz für Unternehmen und Verbraucher sowie die Interoperabilität unterschiedlicher Zustellsysteme gefordert werden, fördert dies den Wettbewerb. Die Vorschläge der Europäischen Kommission finden insoweit die Unterstützung der Monopolkommission. Die vorgeschlagenen obligatorischen Zusatzleistungen sowie eine Ausweitung des Universaldienstes in seiner heutigen Form würden jedoch die Verbraucher bevormunden und den Wettbewerb beschränken. Ebenfalls erwogene Preisobergrenzen würden zu Ineffizienzen und Wettbewerbsverzerrungen führen. Diese Maßnahmen lehnt die Monopolkommission daher ab.

²⁵¹ Bis zum Redaktionsschluss dieses Gutachtens war die Entscheidung nicht im Volltext veröffentlicht: EU-Kommission, Entscheidung vom 30. Januar 2013, M.6570; vgl. die Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom gleichen Tage „Commission blocks proposed acquisition of TNT Express by UPS“, http://ec.europa.eu/competition/elojade/iseef/case_details.cfm?proc_code=2_M_6570

²⁵² Vgl. EU-Kommission, An integrated parcel delivery market for the growth of e-commerce in the EU, 29. November 2012, COM(2012) 698 final. Die darauf ausbauende öffentliche Konsultation lief bis 22. Februar 2013.

Besonders hervorzuheben sind die Vorschläge zur Steigerung der Qualität und des Umfangs von verfügbaren Marktdaten. Diese sind bislang für die Paketmärkte von nur geringer Belastbarkeit.²⁵³ Eine wesentliche Vertiefung und Verbreiterung der Datenbasis bei deren gleichzeitiger Qualitätssteigerung erscheint angesichts moderner Informationstechnologie mit überschaubarem Aufwand erreichbar und würde die Grundlage jeder Postregulierung und Postpolitik verbessern. Die Monopolkommission fordert daher die Europäische Kommission und die Bundesregierung nachdrücklich auf, entsprechende Schritte zu unternehmen. Am besten geeignet erscheint aus heutiger Sicht eine erweiterte Datenerfassung durch die nationalen Regulierungsbehörden, die europaweit zentral koordiniert werden müsste.²⁵⁴

Insgesamt erscheinen die im Grünbuch erwogenen Möglichkeiten einer Steigerung der Attraktivität grenzüberschreitender Paketsendungen überwiegend geeignet, das Wettbewerbsumfeld zu verbessern. Teilweise jedoch führt die Betonung der Aspekte einer Förderung des EU-Binnenmarktes zur Gefahr einer Überregulierung auf Kosten des Wettbewerbs und der volkswirtschaftlichen Effizienz. Die Monopolkommission warnt insoweit davor, im Interesse stärkeren grenzüberschreitenden Handels den Wettbewerb zu gefährden. Sie weist darauf hin, dass funktionierender Wettbewerb bei Paketdienstleistungen auch das beste Mittel zu einer nachhaltigen Förderung des Binnenmarktes darstellt.

2.5 Rechnungslegung, Kostendaten und Kostenprüfung

189. Grundlage jeder Behördenentscheidung über die Zulässigkeit von Entgelten sind Kostendaten, in aller Regel die des marktbeherrschenden Unternehmens. Diese werden bislang nur sehr begrenzt unmittelbar von Behördenseite erhoben. Vielmehr fordern Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur typischerweise Kostendaten von den Unternehmen an, deren Marktverhalten Verfahrensgegenstand ist. Dabei sind jedoch regelmäßig weder die vom Unternehmen selbst für eigene Zwecke verwendeten Daten (interne Rechnungslegung oder Datenhaltung)²⁵⁵ noch die Zahlen der externen Rechnungslegung²⁵⁶ direkt verwendbar. Stattdessen werden auf Grundlage vorgehaltener Einzeldaten Datensätze geschaffen (regulatorische Rechnungslegung), die den Anforderungen der Behörden bzw. Verfahren entsprechen (sollen).

190. Bislang erfolgt diese Aggregation von Einzeldaten für Regulierungszwecke in aller Regel durch die Unternehmen. So stützt sich die aktuelle Praxis der Bundesnetzagentur im Postbereich im Rahmen der Entgeltregulierung und Missbrauchsaufsicht entsprechend § 5 i.V.m. §§ 2, 3 PEntgV auf von dem marktbeherrschenden Unternehmen (nach Vorgaben der Bundesnetzagentur elektronisch) vorgelegte Unterlagen.

²⁵³ Vgl. Abschnitte 1.2 und 1.5.3.

²⁵⁴ Entscheidend dürften hier vor allem die Festlegung von Datentaxonomien und -formaten und die Ausgestaltung der Koordination sein. Institutionell kommen hier insbesondere die Europäische Kommission und die bestehenden europäischen Gremien für Postregulierung, ERGP und CEPT, aber auch und nicht zuletzt, das Technische Komitee 331 des Europäischen Komitees für Normung (CEN) in Betracht.

²⁵⁵ Etwa im Rahmen von Buchhaltung, Enterprise-Ressource-Management- bzw. Enterprise-Ressource-Planning-Software und/oder interner Kostenrechnung (Controlling) etc. vorgehaltene (Kosten-)Daten.

²⁵⁶ Insbesondere auf Grundlage von Publikationspflichten nach Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht.

191. Diese werden von der Bundesnetzagentur auf Konsistenz und Plausibilität kontrolliert, was auch einen Abgleich mit Daten aus früheren Regulierungs- und Missbrauchsverfahren beinhaltet. Soweit sich die vorgelegten Daten aus von Wirtschaftsprüfern geprüften Unterlagen ableiten, kann die Behörde zusätzlich die entsprechenden Überleitungsrechnungen überprüfen.

192. Ein wesentlicher Schwerpunkt der Unterlagenprüfung besteht darüber hinaus in der Analyse der den Kalkulationen zugrunde liegenden Wertschöpfungsprozesse. Dabei soll vor allem anhand von Prozessdokumentationen untersucht werden, ob und inwieweit bestimmte Produktionsprozesse notwendig sind, ob also Rationalisierungspotenziale ausgeschöpft wurden. Daneben wird analysiert, welche Kosten für die einzelnen Wertschöpfungsbereiche anfallen. Für jede Wertschöpfungsstufe werden separat Personal- und Sachkosten sowie Abschreibungen beziffert. Im Rahmen einer nachfolgenden Prozesskostenrechnung werden die betreffenden Kostenbeträge überprüft.

Die Bundesnetzagentur führt auf dieser Grundlage Prozess-, Potenzial- und Kostenanalysen durch. Soweit Daten disaggregiert vorliegen, wird stichprobenartig ein Abgleich mit Studienergebnissen (etwa zu Sendungsmengenrelationen und Zeitansätzen) und statistischen (insbesondere sozio-ökonomischen und demografischen) Daten vorgenommen.

Die Monopolkommission hält diese Überprüfungen für notwendig und geboten. Sie hat sich auch von dem erheblichen Aufwand überzeugt, der in der Bundesnetzagentur hierbei geleistet wird. Auf Grundlage ihres eingeschränkten Akteneinsichtsrechts²⁵⁷ konnte sie allerdings nicht feststellen, wie weit die Bundesnetzagentur tatsächlich die Notwendigkeit einzelner Kostenansätze unter Effizienzgesichtspunkten zu prüfen vermag. Die Schwierigkeiten, auf Grundlage von unternehmensseitig aggregiert vorgelegten Kosten und fortgeschriebenen Aufwandsdaten in Anwesenheit erheblicher Prozessinnovationen die tatsächliche aktuelle Kosteneffizienz zu bestimmen,²⁵⁸ drängen sich jedoch auf.

193. Die Durchführung der für diese Unterlagenprüfung grundlegenden regulatorischen Rechnungslegung durch die Unternehmen entlastet die Behörden von erheblichem Aufwand. Allerdings bietet die Datenaggregation dem Durchführenden in aller Regel erhebliche Spielräume. Daraus ergeben sich Möglichkeiten für die Unternehmen, Daten unter dem Blickwinkel des (jeweiligen) Unternehmensinteresses darzustellen.²⁵⁹ Auch mit erheblichem Aufwand wäre jedoch eine möglicherweise systematische einseitige

257 Vgl. Abschnitt 4.6.1.

258 Vgl. hierzu die eingehenden Ausführungen in der Maßgrößenentscheidung 2011, BNetzA, Entscheidung vom 14. November 2011, BK5b-11/017, S. 17 f., sowie in der Maßgrößenentscheidung 2013, BNetzA, Entscheidung vom 14. November 2013, BK5b-13/001, S. 14 ff.

259 Insoweit ist kein Vorsatz der einzelnen Unternehmensmitarbeiter und -mitarbeiterinnen erforderlich; eine (unter Umständen erhebliche) Verzerrung kann bereits durch innerhalb des Unternehmens bzw. der (Regulierungs-)Abteilung geteilte Wahrnehmungen liegen; vgl. etwa Berger/Luckmann: *The Social Construction of Reality*, 1966. Im Kontext externer Rechnungslegung wird vor allem die bewusste, strategische Ausnutzung von Spielräumen diskutiert und zwischen (legaler) Bilanzpolitik und (illegaler) Bilanzmanipulation unterschieden; vgl. jedoch Ansari, S.L./McDonough, J.J. *Intersubjectivity – the Challenge and Opportunity for Accounting*, *Accounting, Organizations and Society* 5(1)), 1980, S. 129-142; Taylor, D.M./Doria, J.R., *Self-Serving and Group-Serving Bias in Attribution*, *The Journal of Social Psychology* 113(2), 1981, S. 201-211, sowie im Überblick Schweitzer, M./Küpper, H.-U., *Systeme der Kosten- und Erlösrechnung*, 10. Aufl., München 2011, S. 610 ff.

Nutzung derartiger Spielräume und Unschärfen vielfach allenfalls teilweise zu erkennen. Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt können zwar bei der Prüfung derartiger Datensätze eine Reihe von Kontrollen vornehmen. Eine tiefgehende Verifikation von Einzeldaten ist allerdings im Rahmen der aktuellen Praxis der Behörden nur sehr eingeschränkt möglich.

194. Dabei ist die aus Unschärfen und Spielräumen bei der unternehmensseitigen Datensatzerstellung folgende Ungenauigkeit der regulatorischen Datenerfassung zwar naturgemäß schlecht zu quantifizieren. Da die regulatorische Rechnungslegung jedoch im Gegensatz zur externen Rechnungslegung nur Teilbereiche des Unternehmens erfasst, bestehen im Vergleich zu den bekannten Spielräumen des Bilanzrechts²⁶⁰ in der Regel weitere Spielräume, insbesondere in Bezug auf die Kostenerfassung und -zurechnung.²⁶¹ Schon die an sich einzeln nicht zu beanstandende Nutzung von Spielräumen bzw. ein bestimmter Umgang mit Unschärfen kann bei systematischer Einseitigkeit in der Summe erhebliche Auswirkungen für die Regulierungsentscheidung haben und insoweit die Unternehmensauskunft insgesamt unrichtig machen.

195. GWB und Postgesetz gehen mit der Möglichkeit unrichtiger Datenlieferungen unterschiedlich um: § 59 Abs. 1, 2 i.V.m. § 81 Abs. 1 Nr. 6 GWB sieht insofern grundsätzlich eine bußgeldbewehrte Pflicht zu „richtigen“ Auskünften vor.²⁶² Das Postgesetz enthält keine direkte Sanktion für unrichtige Auskünfte; allerdings kann zur Durchsetzung von Auskunftsanordnungen ein Zwangsgeld von bis zu 500.000 Euro festgesetzt werden.²⁶³ Jedenfalls bei entsprechender Konkretetheit der Auskunftsanordnung umfasst die Beantwortung der Auskunftsanordnungen auch deren Richtigkeit, sodass unrichtige Antworten die Verhängung eines Zwangsgeldes rechtfertigen können. Die in diesem Fall sanktionsähnliche Festsetzung von Zwangsgeldern setzt jedoch die ausdrückliche Androhung sowie die formgerechte Zustellung von Anordnung und Androhung voraus.²⁶⁴

196. Derartige Sanktionen haben im vorliegenden Kontext (bislang) keine praktische Bedeutung, insbesondere weil sie vom Nachweis eines zur Unrichtigkeit gesteigerten Grades an Ungenauigkeit abhängig sind.²⁶⁵ Sie könnten zwar als Drohung im Hintergrund möglicherweise disziplinierend wirken. Die Wirkung der Drohung steht dabei

260 Vgl. anschaulich etwa Schürmann, C., Dax-Konzerne: Bilanzrisiken in Milliardenhöhe, Wirtschaftswoche online, 3. August 2013. Eingehender etwa Zimmermann, R.-C., Abschlussprüfer und Bilanzpolitik der Mandanten, Eine empirische Analyse des deutschen Prüfungsmarktes, Wiesbaden 2008, insbes. S. 64 ff.; Tanski, J.S., Bilanzpolitik und Bilanzanalyse nach IFRS, München 2006; Wohlgemuth, F., IFRS: Bilanzpolitik und Bilanzanalyse: Gestaltung und Vergleichbarkeit von Jahresabschlüssen, Berlin 2006, insbes. S. 49 ff.

261 Vgl. eingehender Groom, E./Rodriguez Pardina, M.A./Rapti, R.S., Accounting for Infrastructure Regulation, Washinton 2008, insbes. S. 63 ff.

262 Die Auskunftspflicht ist allerdings nach § 59 Abs. 5 GWB, § 45 Abs. 4 PostG i.V.m. § 72 Abs. 7 TKG 1996 in Bezug auf die unmittelbar straf- bzw. bußgeldbedrohten Personen beschränkt; insbesondere vor diesem Hintergrund ist die praktische Bedeutung dieses Bußgeldtatbestands in Missbrauchsfällen sehr limitiert.

263 Vgl. § 45 PostG iVm. § 72 Abs. 10 TKG 1996 bzw. § 26 Abs. 1, 3 PostG. Entsprechendes gilt nach § 26 Abs. 2 PostG für einzelne Anordnungen im Rahmen von Regulierungs- und Missbrauchsverfahren nach § 26 Abs. 1 PostG in Verfahren nach §§ 22, 24, 25 PostG.

264 Vgl. § 13 Abs. 1, 7 Verwaltungsvollstreckungsgesetz.

265 Das Bundeskartellamt hat insoweit allein in zwei Fällen fehlerhafter Angaben in Fusionskontrollverfahren Bußgelder nach § 81 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 39 Abs. 1 GWB verhängt; vgl. BKartA, Entscheidungen vom 7. September 2005, B3-131/04, Invista (wegen vorsätzlich falscher Angaben) und vom 15. Januar 2013, B2-52/12, Tönnies (wegen unvollständiger Angaben).

allerdings in umgekehrt proportionalem Verhältnis zur Sanktionswahrscheinlichkeit.²⁶⁶ Ihre Normierung in den Gesetzen zeigt dennoch, dass der Gesetzgeber mit entsprechenden Problemen gerechnet hat. Vor diesem Hintergrund erscheint es bedenklich, dass die inhaltliche Richtigkeit von durch marktbeherrschende Unternehmen vorgelegten Unterlagen vom Postgesetz ungeschützt bleibt, wenn dem, wie etwa in Antragsverfahren, keine formgerecht zugestellte und zwangsgeldbewehrte behördliche Anordnung zugrunde liegt.

197. In der Vergangenheit bestand zu einer Datenaggregation durch die vom Verfahren betroffenen Unternehmen selbst keine praktikable Alternative. Von der nach § 10 Abs. 2 S. 3 PostG vorgesehenen Möglichkeit, die Ausgestaltung der internen Rechnungslegung für Postdienstleistungen vorzugeben, hat die Bundesnetzagentur bislang keinen Gebrauch gemacht. Neuere Entwicklungen insbesondere im Rechnungswesen und in der Datenverarbeitung²⁶⁷ eröffnen jedoch die Möglichkeit einer deutlichen Modernisierung der regulatorischen Datenerfassung. So hat die Bundesnetzagentur im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens 2013 bereits einen elektronischen Kostennachweis verwendet. Darüber hinaus erscheint vor dem Hintergrund insbesondere technischer Entwicklungen ein Datenabgleich bzw. eine Datenerfassung der Behörden unmittelbar mit bzw. auf Grundlage von internen Daten marktbeherrschender Unternehmen wünschenswert.²⁶⁸

2.6 Staatliche Vergünstigungen für die DPAG und europäisches Beihilferecht

198. Die DPAG erfährt von Seiten des Bundes eine Reihe von indirekten Zahlungen und Steuerbefreiungen, die sie gegenüber Wettbewerbern besserstellen. Dabei handelt es sich nur teilweise um Subventionen im engeren Sinn.²⁶⁹

Diese Zahlungsflüsse bzw. Einnahmenverzichte sind nur eingeschränkt transparent bzw. unmittelbar der DPAG zuzurechnen. Ein Teil dieser Zahlungen ist Gegenstand einer Reihe von Beihilfeentscheidungen der Europäischen Kommission. Wettbewerbsverzerrungen bestehen jedoch möglicherweise auch darüber hinaus.

199. So leistet der Bund erhebliche Zahlungen für die früher und aktuell im Postwesen tätigen Beamten. Die Pensionslasten für Postbeamte stellen die Kehrseite der auch von der DPAG übernommenen Aktiva dar. Sie werden jedoch von dieser für die ihr zuzuordnenden Beamten nur zu einem geringen Teil getragen.²⁷⁰

266 Vgl. Becker, G.S., Crime and Punishment: An Economic Approach, Journal of Political Economy 76(2), 1968, S. 169-217.

267 Von Bedeutung erscheinen hier etwa die Einführung der elektronischen Steuerbilanz (vgl. § 5b des Einkommensteuergesetzes in der Fassung des Art. 1 Steuerbürokratieabbaugesetz vom 20. Dezember 2008, BGBl. I S. 2850), aber auch die immer weitreichendere Durchdringung der Unternehmenspraxis mit computergestütztem Controlling und Enterprise Resource Management bzw. Enterprise Resource Planning sowie die Fortschritte mit der (automatisierten) Verarbeitung großer Datenmengen, die unter dem Schlagwort „Big Data“ diskutiert wird.

268 Vgl. im Einzelnen die Empfehlungen in Abschnitt 4.3.

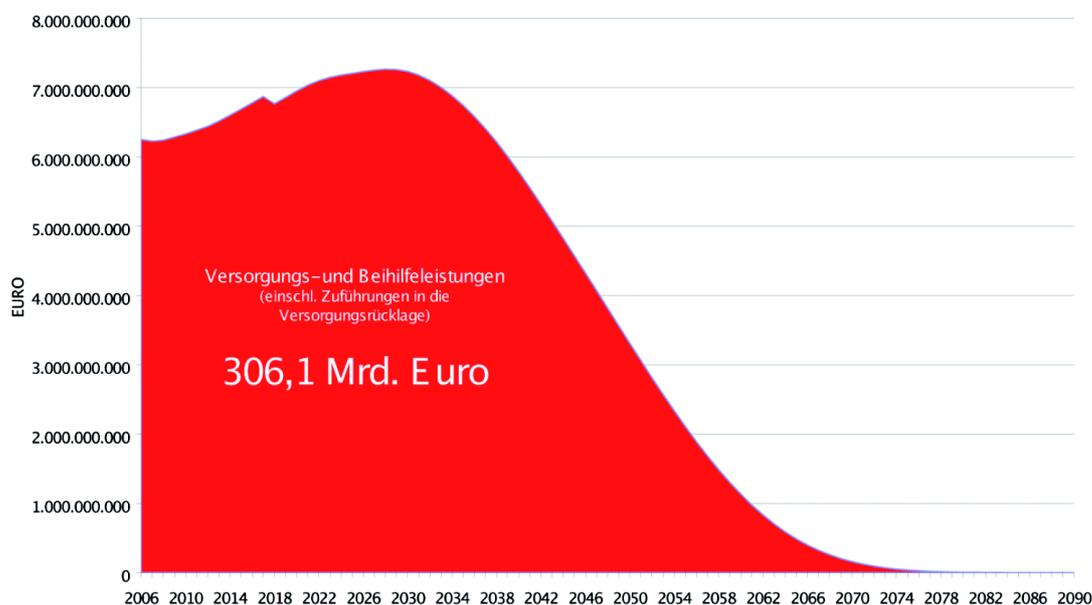
269 Vgl. etwa die Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage, BT-Drs. 17/13383 vom 6. Mai 2013, S. 2.

270 Die einzelnen Nachfolgeunternehmen der ehemaligen Bundespost tragen Anteile der Pensionslasten proportional nach der Anzahl der in den jeweiligen Bereichen Beschäftigten; vgl. § 16 Abs. 1 des Gesetzes zum Personalrecht der Beschäftigten der früheren Deutschen Bundespost (Postpersonalrechtsgesetz, PostPersRG), Art. 4 des Gesetzes vom 14. September 1994, BGBl. I S. 2325, 2353; zuletzt geändert durch Art. 16 des Gesetzes vom 19. Oktober 2013, BGBl. I S. 3836.

Die seit 2013 bei der Bundesanstalt für Post und Telekommunikation Deutsche Bundespost (BAnstPT) angesiedelte Postbeamtenversorgungskasse²⁷¹ verwaltet die Versorgungs- und Beihilfeleistungen für rund 275.000 Pensionsberechtigte der früheren Bundespost. Zur Finanzierung dieser Leistungen zahlt die DPAG Beiträge in Höhe von 33 % der Bruttobezüge ihrer aktiven und der fiktiven Bezüge ihrer ruhegehaltfähig beurlaubten Beamtinnen und Beamten.²⁷² Der weit überwiegende Finanzbedarf der Postbeamtenversorgungskasse wird vom Bund in Form von Ausgleichszahlungen gedeckt.²⁷³ Die Zuführungen des Bundes zur Postbeamtenversorgungskasse beliefen sich 2010 auf 6,205 Mrd. Euro, 2011 auf 6,340 Mrd. Euro und 2012 auf 6,755 Mrd. Euro; für 2013 sind 7,046 Mrd. Euro vorgesehen.²⁷⁴ Die Zahlungen werden noch bis etwa 2030 ansteigen und bis über 2070 hinaus die Postnachfolgeunternehmen entlasten (vgl. Abbildung 2.1).

Abbildung 2.1:

Entwicklung der Beihilfe- und Versorgungsleistungen¹



271 Vgl. Art. 1 Nr. 7, Art. 2 Nr. 2 des Gesetzes zur Neuordnung der Postbeamtenversorgungskasse (PVKNeuG), Gesetz vom 21. November 2012, BGBl. I S. 2299; §§ 9 ff. PostPersRG n.F.

272 § 16 Abs. 1 S. 1 PostPersRG.

273 Dieses Übergewicht wird in den aktuellen Zahlungsströmen noch dadurch verschärft, dass die Postbeamtenversorgungskasse 2005 auf Drängen des Bundes einen Großteil ihrer zukünftigen Forderungen gegenüber den Postnachfolgeunternehmen verkauft hat. Dadurch konnte der Bundeshaushalt 2005 und 2006 kurzfristig um 7,1 Mrd. Euro entlastet werden. Dieser Entlastung stehen jedoch für die Jahre 2007 bis 2021 erhebliche Mehrausgaben (jährlich zwischen 755 Mio. und 413 Mio. Euro) gegenüber, die jedoch keine Subventionswirkungen für die Postunternehmen haben dürften; vgl. hierzu BRH, Bericht an den Haushaltsausschuss des Deutschen Bundestages nach § 88 Abs. 2 BHO über die Verwertung der Forderungen der Postbeamtenversorgungskasse gegenüber den Postnachfolgeunternehmen, Gz. III 5 – 2005 – 1126 / I 5 – 2005 – 1214, vom 10. März 2006, HHA-Drs. 16/1525, hier zitiert nach: Der Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (Hrsg.) Die Postreform in Deutschland, Eine Rückschau, Stuttgart 2009, S. 76.

274 Vgl. zuletzt das Gesetz über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2013 (Bundeshaushaltsgesetz) vom 20. Dezember 2012, BGBl. I S. 2757, Einzelplan 60, Titel 68501 (S. 31).

1 Die Grafik geht von im Jahr 2006 errechneten Zahlen aus; die tatsächlichen Zahlungen liegen aktuell etwa 10 % höher.

Quelle: Bundesrechnungshof, 2006; hier entnommen aus: Der Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (Hrsg.) Die Postreform in Deutschland, Eine Rückschau, Stuttgart 2009, S. 76.

200. Diese Übernahme der Pensionslasten wurde von der Europäischen Kommission für den Zeitraum 1995 bis 2010²⁷⁵ als Verstoß gegen das Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV gewertet, soweit sie die von der DPAG in diesem Zeitraum zu tragenden Mehrkosten überkompensierte.²⁷⁶ Die Kommission ordnete die Rückzahlung eines entsprechenden Betrags zwischen 500 und 1.000 Mio. Euro an. Die Bundesregierung ermittelte in Anwendung der Entscheidung der Europäischen Kommission einen Rückzahlungsbetrag von 298 Mio. Euro, wobei unklar ist, ob diese Berechnungen den Vorgaben der Entscheidung entsprechen.²⁷⁷ Klagen gegen die Entscheidung sind vor dem EuG sowohl seitens der Bundesregierung²⁷⁸ als auch seitens der DPAG²⁷⁹ anhängig. Das Verfahren dauert in der Sache mit Unterbrechungen seit 1994 an und wird begleitet von einer Vielzahl von Gerichtsverfahren vor EuGH und EuG.²⁸⁰ Neben einer Reihe von Einzelfragen hat sich dabei insbesondere die Berechnung von zu kompensierenden Zusatzkosten der DPAG sowie von Direktzahlungen und staatlichen Vergünstigungen für die DPAG als schwierig erwiesen.²⁸¹

275 Die Europäische Kommission verzichtete jedoch aus Beweisschwierigkeiten auf eine ausdrückliche Entscheidung über die Zahlungsflüsse bis Ende 2002; vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 25. Januar 2012, C 36/2007, K(2012) 184, Rn. 318 ff., 329.

276 Vgl. zuletzt EU-Kommission, Entscheidung vom 25. Januar 2012, C 36/2007, K(2012) 184, Rn. 258 ff., 354 ff., 443 ff. Gegenstand der Entscheidung waren daneben unter anderem Ausgleichszahlungen, welche die DPAG für den Zeitraum von 1990 bis 1995 zum Ausgleich ihrer Mehrkosten des Universaldienstes erhalten hatte, sowie staatliche Garantien für die vor 1995 begebenen Schuldurkunden. Diese Zahlungen waren teilweise bereits Gegenstand einer ähnlichen Entscheidung von 2002, die jedoch von den Gerichten aufgehoben worden war; vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 19. Juni 2002, 2002/753/EG, dazu EuG, Urteil vom 1. Juli 2008, Rs. T-266/02; EuGH, Urteil vom 2. September 2010, Rs. C-399/08 P.

277 Vgl. etwa dpa/AFX, Deutscher Post drohen Nachforderungen aus Brüssel, Focus online vom 6. Juni 2012. Die Europäische Kommission hat in dieser Sache am 20. November 2013 Klage gegen die Bundesrepublik vor dem Europäischen Gerichtshof erhoben; vgl. „Staatliche Beihilfen: Kommission verweist Deutschland an den EuGH wegen nicht erfolgter Rückforderung rechtswidriger Beihilfen von der Deutschen Post“, Pressemitteilung vom 20. November 2013; das Verfahren wird vor dem Europäischen Gerichtshof unter dem Az. C-591/13 geführt.

278 Klage vom 30. März 2012, Az. T-143/12.

279 Klage vom 4. April 2012, Az. T-152/12.

280 Vgl. etwa die Übersicht in der Entscheidung der Europäischen Kommission vom 25. Januar 2012, C 36/2007, K(2012) 184, Rn. 49-55. Die jüngsten Entscheidungen der europäischen Gerichte haben das Gerichtsverfahren um die Entscheidung zur Verfahrenseröffnung aus dem Jahr 2007 an das EuG zurückverwiesen, vgl. Urteil vom 24. Oktober 2013, C-77/12 P, jetzt T-421/07 RENV, und die Klage gegen einen Auskunftsbefehl von 2008 erneut zurückgewiesen, vgl. EuG, Urteil vom 12. November 2013, T-570/08 RENV.

281 In dem 2012 (möglicherweise nur vorläufig) abgeschlossenen Verfahren waren eine Vielzahl von wissenschaftlichen Gutachten eingeholt worden, die sich überwiegend mit diesen Fragen beschäftigten und zu teilweise stark abweichenden Ergebnissen kamen; vgl. zum Verfahren EU-Kommission, Entscheidung vom 25. Januar 2012, C 36/2007, K(2012) 184, Rn. 1 ff. Die unzureichende Klärung dieser Fragen hatte bereits zur Aufhebung der ersten Negativentscheidung von 2002 geführt; vgl. zuletzt EuGH, Urteil vom 2. September 2010, Rs. C 399/08 P.

201. Die im Postpersonalrechtsgesetz²⁸² festgelegten Kostentragungsregeln berücksichtigen die tatsächliche Entwicklung der Anzahl der bei der DPAG beschäftigten Beamten nicht.²⁸³ Deren erheblicher Rückgang geht nicht zuletzt zurück auf stark erhöhte Pensionierungsquoten wegen Dienstunfähigkeit²⁸⁴ und besonders erleichterte Frühpensionierungen.²⁸⁵ Welche Nettovorteile der DPAG durch diese Erleichterung des Personalumbaus und die Veränderungen der Kalkulationsgrundlagen der gesetzlichen Kostentragungsregeln entstanden sind, vermag die Monopolkommission vor dem Hintergrund weitgehender Intransparenz des Zahlenmaterials und angesichts der Komplexität der notwendigen Berechnungen²⁸⁶ nicht zu klären. Sie weist jedoch darauf hin, dass insoweit wettbewerbsverzerrende Überkompensationen jedenfalls naheliegen, und regt gegenüber der Europäischen Kommission und der Bundesregierung an, unter Berücksichtigung der veränderten Situation eine (erneute) Prüfung der Nettovergünstigungen und der Kostentragungsregeln einzuleiten.

202. Zum Ausgleich hypothetischer Mehrkosten des Universaldienstes sind bestimmte Leistungen der DPAG pauschal von der Umsatzsteuer befreit.²⁸⁷ Ob und wenn ja, in welcher Höhe die Erbringung des Universaldienstes Nettomehrkosten verursacht, ist angesichts erheblicher positiver Netzwerk- und Reputationseffekte unklar.²⁸⁸ Die Umsatzsteuerbefreiung führt für die DPAG – bei nicht vorsteuerabzugsberechtigten Kunden – nicht nur zu einem Kalkulationsvorteil von aktuell 19 % gegenüber Wettbewerbern. Daraus folgt auch, dass die DPAG selbst für den Einkauf von Vorleistungen anteilig keinen Vorsteuerabzug vornehmen kann und insoweit höhere Produktionskosten hat. Gleichzeitig zu der Steuerbefreiung kann die DPAG im Rahmen der Entgeltgenehmigung Kosten einer flächendeckenden Versorgung mit Postdienstleistungen geltend machen (§ 20 Abs. 2 S. 1, 2 PostG). Derartige Bruttokosten werden anteilig

282 Gesetz zum Personalrecht der Beschäftigten der früheren Deutschen Bundespost (Postpersonalrechtsgesetz – PostPersRG), Art. 4 des Gesetzes vom 14. September 1994, BGBl. I S. 2325, 2353, zuletzt geändert durch Art. 16 des Gesetzes vom 19. Oktober 2013, BGBl. I S. 3836.

283 1995 beschäftigte die DPAG knapp 128.000 Beamte, für 2012 werden noch gut 42.000 Beamte ausgewiesen, was einen Rückgang von zwei Dritteln darstellt; vgl. Der Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (Hrsg.) Die Postreform in Deutschland, a.a.O., S. 96, sowie DPAG, Geschäftsbericht 2012, S. 70.

284 Der Anteil der wegen Dienstunfähigkeit pensionierten Beamten war bei den Postnachfolgeunternehmen zwischen 1998 und 2006 zwischen 50 und 500 % höher als im Durchschnitt der Bundesbeamten; vgl. Der Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (Hrsg.) Die Postreform in Deutschland, a.a.O., S. 70.

285 Vgl. Gesetz zur Verbesserung der personellen Struktur beim Bundeseisenbahnvermögen und in den Postnachfolgeunternehmen vom 27. Dezember 1993, BGBl. I S. 2378, 2426, zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 21. November 2012, BGBl. I S. 2299.

286 Diese Fragen sind in teilweise abgewandelter Form Gegenstand zweier Entscheidungen der EU-Kommission, mehrerer dafür eingeholter Gutachten und einer Reihe von Untersuchungen des Bundesrechnungshofes; vgl. vorhergehende Fußnoten.

287 Vgl. Abschnitte 3.3 und 4.7.

288 Eine konzeptionelle Untersuchung dieser und weiterer Vorteile des Universaldienstes bieten etwa WIK-Consult, Definition, classification and methodology for evaluating intangible benefits related to universal postal service, Studie für ARCEP, Mai 2010, insbes. S. 4 ff., 22 ff. Einen (internationalen) Überblick bietet OECD, Universal Service Obligations, Policy Roundtable 2003, 20. April 2010, insbes. S. 21 ff., 28 ff. Eine gezielte Untersuchung unter besonderer Einbeziehung von Loyalitätseffekten findet sich bei Bakhtieva, D./Kiljański, K. Universal Service Obligation and Loyalty Effects: An Agent-Based Modelling Approach, MPRA Paper No. 48549, 2013.

auch in den entsprechenden Maßgrößenentscheidungen der Bundesnetzagentur berücksichtigt.²⁸⁹

Insoweit ist angesichts der Komplexität der Berechnung von Vorteilen und Mehrkosten nicht ohne weiteres zu ermitteln, ob die DPAG insgesamt für ihre Nettomehrkosten überkompensiert wird.²⁹⁰ Auch insoweit erscheint eine ungerechtfertigte Besserstellung im Vergleich zu Wettbewerbern jedenfalls nicht fernliegend. Die Monopolkommission regt gegenüber der Europäischen Kommission und der Bundesregierung an, in Bezug auf Kosten und Vorteile des Universaldienstes eine Prüfung einzuleiten.

203. Soweit Unternehmen staatliche Mittel erhalten, ohne dafür entsprechende Leistungen zu Marktpreisen zu erbringen, kann eine nach Art. 107 Abs. 1 AEUV verbotene Beihilfe vorliegen. Soweit dadurch der Wettbewerb verzerrt sowie der Binnenhandel beeinträchtigt wird und keine Rechtfertigung vorliegt, kann die Europäische Kommission eine Rückzahlung anordnen.²⁹¹ In der Vergangenheit haben sich entsprechende Verfahren oftmals stark verzögert und verkompliziert, da die Europäische Kommission keine Daten bei den betroffenen Unternehmen direkt erheben konnte. Seit August 2013 sieht das Beihilfeverfahrensrecht jedoch entsprechende Auskunftsrechte vor, die sich an die im Kartellrecht bekannten anlehnen.²⁹² Vor dem Hintergrund dieser Auskunftsrechte und der Erfahrungen mit der Kostenberechnung in früheren Verfahren empfiehlt die Monopolkommission der Europäischen Kommission, die (indirekten) Zahlungsflüsse zwischen Bund und DPAG erneut zu überprüfen.

204. Steuervergünstigungen können grundsätzlich auch Beihilfen im Sinne von Art. 107 f. AEUV darstellen.²⁹³ Soweit die Umsatzsteuerbefreiung direkt und in vollem Umfang auf europäische Vorgaben zurückzuführen ist,²⁹⁴ kann die Begünstigung zwar möglicherweise nicht als Beihilfe erfasst werden.²⁹⁵ Eine Untersuchung der Europäischen Kommission erscheint jedoch auch insoweit wünschenswert. Es ist davon auszugehen, dass sich auf dieser Grundlage der Änderungsbedarf in Bezug auf die Vorgaben der Mehrwertsteuersystemrichtlinie für den Postuniversaldienst²⁹⁶ klären ließe.

289 Vgl. Abschnitte 2.2 und 2.3.2.1.

290 Ansätze für derartige Berechnungen finden sich etwa bei ERGP, Report on net Cost of USO – VAT exemption as a benefit or a burden, a.a.O.; Frontier Economics, Study on the principles used to calculate the net costs of the postal USO, a.a.O.; Jaag, C./Koller, M./Trinkner, U., Calculating the Cost of the Universal Service Obligation: the Need for a Global Approach, a.a.O.; Cremer, H./Grimaud, A./Laffont, J.-J., The Cost of Universal Service in the Postal Sector, a.a.O., jeweils m.w.N.

291 Vgl. Art. 14 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 659/1999 des Rates vom 22. März 1999 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 93 des EG-Vertrags, ABl. EU Nr. L 83 vom 27. März 1999, S. 1, zuletzt geändert durch Verordnung (EU) Nr. 734/2013 des Rates vom 22. Juli 2013 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 659/1999, ABl. EU Nr. L 204 vom 31. Juli 2013, S. 15.

292 Vgl. Art. 6a f. VO (EG) Nr. 659/1999.

293 Vgl. EUGH, Urteil vom 14. September 1994, verb. Rs. 278/92 u.a.; Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Vorschriften über staatliche Beihilfen auf Maßnahmen im Bereich der direkten Unternehmenssteuerung, ABl. EG Nr. C 384 vom 10. Oktober 1998, S. 3, Rn. 10.

294 Dies kann vor dem Hintergrund der deutschen gesetzlichen Regelungen und der Anwendungspraxis der DPAG zweifelhaft erscheinen; vgl. Abschnitte 3.3 und 4.7.

295 Vgl. EuG, Urteil vom 5. April 2006, T-351/02.

296 Vgl. Abschnitt 4.7.

205. Insgesamt bedauert die Monopolkommission die Intransparenz der Zahlungsflüsse und (Netto-)Vergünstigungen.²⁹⁷ Sie empfiehlt der Europäischen Kommission²⁹⁸ und den politisch Verantwortlichen, im Interesse sachgerechter Politik die relevanten Zahlen zu ermitteln bzw. ermitteln zu lassen und, soweit zulässig, transparent zu machen.²⁹⁹ Dadurch könnte die Diskussion um Wettbewerb im Postmarkt und die Belastungen der Bürger durch Subventionen im Postbereich erheblich an Sachlichkeit gewinnen.

2.7 Elektronische Post – Substitut und Gateway

206. Elektronische Kommunikation stellt teilweise eine Alternative zu physischen Briefen dar.³⁰⁰ Eine besondere Bedeutung für den Briefmarkt hat die Substitutionswirkung, die von speziell gesicherter E-Mail („Secure E-Mail“) ausgeht. Auf (sicherer) E-Mail aufbauend bietet eine Reihe von Unternehmen ihren Kunden elektronische Plattformen („Gateways“) an, die eine Erstellung von Briefsendungen mit anschließender physischer Zustellung ermöglichen.

2.7.1 Sichere E-Mail: De-Mail und Konkurrenzprodukte

207. Normale E-Mails unterliegen neben technischen Regularien vor allem den Telekommunikationsvorschriften,³⁰¹ jedoch keinen besonderen gesetzlichen Regeln. Ähnliches gilt grundsätzlich für die verschlüsselte E-Mail, bei der der Nutzer entsprechende Software einsetzt.³⁰²

Eine Reihe von Unternehmen bietet besonders gesicherte Softwarestrukturen für gesicherten E-Mail-Verkehr an.³⁰³ Dabei greifen diese entweder auf selbst entwickelte oder anderweitig bestehende Standards zurück. Typische Kennzeichen derartiger Angebote sind die eindeutige Identifizierung des Absenders und die Verschlüsselung der Nachricht.

208. Besonders hervorgehoben ist insoweit der seit 2011 durch das De-Mail-Gesetz³⁰⁴ zur Verfügung gestellte materielle und formelle Rahmen für das Angebot von sicheren E-Mails. Unternehmen, die De-Mail-Dienste anbieten wollen, müssen die Vorgaben des

297 Vgl. anschaulich auch die Limitationen bei: Der Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (Hrsg.) Die Postreform in Deutschland, a.a.O., S. 69-85.

298 Entsprechende Befugnisse ergeben sich für die Europäische Kommission neben dem Beihilferecht etwa aus Art. 14 Abs. 7 der Postdienstrichtlinie.

299 Vgl. auch Abschnitte 4.2 und 4.3.

300 Vgl. Abschnitt 1.4 sowie Riehm, U./Böhle, K., Postdienste und moderne Informations- und Kommunikationstechnologien, a.a.O., S. 56 ff., sowie die dort referierten Befragungsergebnisse, S. 120 ff.

301 Bedeutsam erscheinen insoweit insbesondere die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses nach § 88 TKG, die Datenspeicherung nach §§ 111 f. TKG sowie die Pflicht zur Vorhaltung von Überwachungsmöglichkeiten nach der Verordnung über die technische und organisatorische Umsetzung von Maßnahmen zur Überwachung der Telekommunikation (Telekommunikations-Überwachungsverordnung – TKÜV) vom 3. November 2005, BGBl. I S. 3136, zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 25. Dezember 2008, BGBl. I S. 3083.

302 Hier kann jedoch insbesondere ein verstärkter strafrechtlicher Schutz hinzukommen, vgl. §§ 202a ff. StGB.

303 Vgl. für einen (unvollständigen) Marktüberblick etwa Kafka, G., Überblick über sichere Mailverfahren, PC-Welt, 2. August 2012.

304 De-Mail-Gesetz vom 28. April 2011, BGBl. I S. 666, zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 8 des Gesetzes vom 7. August 2013, BGBl. I S. 3154.

De-Mail-Gesetzes erfüllen und benötigen insbesondere eine Zertifizierung durch den Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationssicherheit (BfDI) sowie eine Akkreditierung durch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI). Entsprechende Dienste sind untereinander kompatibel und erlauben den Austausch von Nachrichten zwischen Kunden unterschiedlicher Anbieter. Im Herbst 2013 sind vier Dienstleister für das Angebot von De-Mail zertifiziert.³⁰⁵

209. Neben den Anbietern von De-Mail-Diensten ist am Markt eine Reihe von Anbietern von mit diesem Standard inkompatiblen Secure-E-Mail-Diensten am Markt aktiv. Zu diesen gehört etwa neben dem Luxemburger Anbieter Regify und der schweizerischen Post mit Incamail unter anderem die DPAG mit dem E-Postbrief. Die Inkompatibilität dieser Angebote ist teilweise unterschiedlichen Standards und dem Zertifizierungserfordernis, teilweise jedoch auch geschäftspolitischen Entscheidungen über den Zuschnitt und die Marktpositionierung der einzelnen Dienste geschuldet.³⁰⁶

210. Die Monopolkommission begrüßt die Schaffung eines Ordnungsrahmens für Secure E-Mail durch das De-Mail-Gesetz. Die bessere Vergleichbarkeit und Kompatibilität der einzelnen Angebote gibt dem Markt teilweise Konturen und fördert insoweit den Wettbewerb in diesem Bereich durch die Schaffung eines „level playing field“. Soweit jedoch Inkompatibilitäten mit konkurrierenden Diensten bestehen, fordert die Monopolkommission die Bundesregierung und die Unternehmen auf, Möglichkeiten eines systemübergreifenden Austauschs von Nachrichten zu untersuchen.

211. Das E-Government-Gesetz von 2013 soll unter anderem die elektronische Kommunikation der Bürger mit Behörden fördern. Neben verwaltungsinternen Vorgaben gilt danach vor allem eine Pflicht der Behörden von Bund und Ländern, elektronische Dokumente anzunehmen, wenn diese mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen sind, sowie die Möglichkeit für Bürger, Online-Formulare in Verbindung mit dem elektronischen Identitätsnachweis des neuen Personalausweises zum Ersatz der Schriftform zu nutzen. Entscheidend kommt hinzu, dass im Umgang mit Bundesbehörden grundsätzlich De-Mail zum Ersatz der Schriftform eingesetzt werden kann (§ 2 Abs. 2 E-Government-Gesetz).³⁰⁷ Die Möglichkeit, in Zukunft rechtsverbindlich völlig papierlos mit (Bundes-)Behörden kommunizieren zu können, dürfte in einer zunehmenden Anzahl von Fällen die Substitution von Briefen durch elektronische Kommunikation beschleunigen. Dabei haben die Anbieter von De-Mail jedenfalls in Bezug auf Bundesbehörden einen Wettbewerbsvorteil.

212. Die Monopolkommission bedauert grundsätzlich, dass die Vorschriften des E-Government-Gesetzes nur teilweise diensteneutral ausgelegt sind, erkennt jedoch die Notwendigkeit an, eine einheitliche gesicherte Kommunikationsplattform für die Verwaltung zur Verfügung zu stellen. Dass dadurch Markteintrittsbarrieren für Anbieter

305 https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/EGovernment/DeMail/Akkreditierte_DM/DA_node.html

306 Vgl. etwa Bündler, H., Deutsche Post will keine De-Mails zustellen, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 12. April 2013; Klostermeier, J., Warum die Post die De-Mail auf Eis gelegt hat, CIO online, 8. Mai 2013, sowie etwa zum Produktumfang des E-Postbriefs <http://www.epost.de/privatkunden/epostbrief.html>.

307 Der Einsatz konkurrierender Secure-E-Mail-Dienste ist nicht vorgesehen, was die DPAG zu einer Beschwerde bei der Europäischen Kommission veranlasst hat, deren Auswirkungen jedoch offen sind; vgl. etwa Kannenberg, A., De-Mail: Deutsche Post legt Beschwerde bei EU-Kommission ein, Heise online, 19. April 2013.

entstehen, die den Vorgaben des De-Mail-Gesetzes nicht entsprechen, ist hinzunehmen. Insbesondere steht Wettbewerbern frei, De-Mail-kompatible Dienste anzubieten. Mittelfristig erscheint jedoch eine Kompatibilität der unterschiedlichen Standards bzw. die Möglichkeit eines Austauschs von Nachrichten mit konkurrierenden Secure-E-Mail-Diensten nicht ausgeschlossen und wünschenswert.

2.7.2 Sichere E-Mail als Gateway für physische Zustellung

213. Von Hybridmail wird gesprochen, wenn nur ein Teil der Übermittlungskette elektronisch stattfindet, letztlich jedoch die Zustellung der Nachricht beim Adressaten physisch als Brief erfolgt.³⁰⁸ Entsprechende elektronische Poststellenangebote der Postdienstleister bauen vielfach auf (proprietären) Secure-E-Mail-Angeboten als Zugangsplattformen („Gateways“) auf; teilweise werden hierfür spezifische elektronische Zugangsplattformen angeboten. Häufig wird dem Versender dabei eine einheitliche Oberfläche geboten, auf der sämtliche Nachrichten einheitlich verschickt werden können. Das System des Anbieters stellt dann die einzelnen Nachrichten den jeweiligen Adressaten automatisch in elektronischer (soweit eine (sichere) elektronische Adresse vorliegt) oder (als Ausdruck) in physischer Form zu. Die Auswirkungen dieser Plattformen auf den Wettbewerb zwischen den Postdienstleistern dürften mit deren zunehmender Annahme durch Unternehmen steigen.³⁰⁹

214. Für den Postmarkt wettbewerbslich relevant sind derartige Angebote besonders in zweierlei Hinsicht.

Soweit der Diensteanbieter auf dem physischen Zustellmarkt marktbeherrschend ist, unterliegt allein die physische Zustelleistung einer Regulierung.³¹⁰ Eine mögliche Missbräuchlichkeit von kombinierten Pauschaltarifen ist dabei unter Umständen erst in Verbindung mit tatsächlichen Nutzungs- und Kostendaten wie der Ausnutzung von Druckseitenbegrenzungen und dem Anteil elektronischer Zustellung feststellbar.

Zum Zweiten können durch die Integration des Poststellensystems eines Hybridmail-Anbieters in die Strukturen eines Kunden insbesondere Pfadabhängigkeiten für diesen entstehen. Dementsprechend können Wechselkosten den Wettbewerb einschränken, was Möglichkeiten zum Preishöhenmissbrauch bieten kann. Insbesondere soweit es sich um Kunden mit hohen Versandvolumina handelt, können andererseits erhebliche Anreize für den Anbieter bestehen, diesen Kunden missbräuchlich niedrige Preise anzubieten.³¹¹

215. Eine über die Regulierung der Einzeltarife der DPAG für die physische Zustellung von Hybridmail möglicherweise hinausgehende Zuständigkeit der Bundesnetzagentur wird bislang nicht wahrgenommen.³¹² Die Monopolkommission regt jedoch vor dem Hintergrund der Missbrauchspotenziale insbesondere von Pauschaltarifen für die kombinierte Zustellung von Hybridmail und der Gateway-Funktion dieser Märkte die

308 Vgl. eingehender Dieke, A.K./Junk, P./Schölermann, S., Die Entwicklung von Hybridpost: Marktentwicklungen, Geschäftsmodelle und regulatorische Fragestellungen, a.a.O..

309 Vgl. für eine Marktübersicht Abschnitt 1.4.

310 Vgl. zuletzt die Entgeltentscheidungen der Bundesnetzagentur zur Hybridmail vom 15. Juni 2012, BK5-12/17, und vom 5. Dezember 2012, BK5-12/38; hierzu Abschnitt 2.3.2.1.

311 Vgl. hierzu Abschnitt 2.2.

312 Vgl. Stellungnahme der Bundesnetzagentur zum Fragebogen der Monopolkommission 2013, S. 15 f.

Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt an, diese Märkte genauer zu beobachten.³¹³

313 Die letzte systematische Untersuchung der postalischen Annexmärkte im Auftrag der Bundesnetzagentur erfolgte vor sechs Jahren; vgl. FornefeldM./Beyer, J.-O., Analyse angrenzender Märkte des Postsektors, a.a.O.

3. Zentrale Regulierungs- und Wettbewerbsprobleme

3.1 Begriffsverwirrung und dynamische Effizienz

216. Im direkten Vergleich mit dem Telekommunikationsmarkt fällt auf, dass insbesondere im politischen Raum vielfach (mehr oder weniger ausdrücklich) Wettbewerb im Postmarkt kritisch gesehen wird. Dies dürfte, neben Denkgewohnheiten und Interessenverflechtungen, zum einen auf einen gefühlten Mangel an Beispielen gut funktionierenden Wettbewerbs in Postmärkten³¹⁴ zurückzuführen sein. Zum anderen wird hier nicht selten (implizit) angenommen, Post- (oder jedenfalls Brief-)Dienstleistungen stellten ein „natürliches Monopol“ dar, da in diesem Markt lediglich ein Anbieter dauerhaft profitabel arbeiten könne.

217. Solche wettbewerbskritischen Wahrnehmungen und Auffassungen lassen sich jedoch nicht belegen und stehen im Gegensatz zu belastbaren empirischen Erkenntnissen. Derartige statische Markt Betrachtungen berücksichtigen zudem nicht, dass sich erst im Wettbewerb zeigt, welche Marktstrukturen effizient sind.

So ist insbesondere festzuhalten, dass bereits der beschränkte Wettbewerb im deutschen Briefmarkt nicht allein die Servicequalität³¹⁵ der Postdienstleistungen und die Effizienz ihrer Erbringung teilweise erheblich gesteigert, sondern insbesondere auch neue Produkte und Dienstleistungen hervorgebracht hat. Dies wird auch von der DPAG offen konzediert. Allerdings wird in diesem Zusammenhang insbesondere von Vertretern der DPAG zuweilen behauptet, der Wettbewerb habe seine wohltätigen Effekte voll ausgewirkt und sei nunmehr verzichtbar. Diese Fehlvorstellung geht stillschweigend davon aus, dass die durch den Wettbewerb geschaffenen Anreize auch nach dessen Wegfall weiterwirken würden. Die Geschichte der Monopole lehrt das Gegenteil. Darüber hinaus ist die Anpassungsfähigkeit von wettbewerblichen Strukturen derjenigen von Monopolen deutlich überlegen, was nicht allein vor dem Hintergrund sich verändernder Kommunikations- und Einkaufsgewohnheiten zunehmende Bedeutung erlangen könnte.³¹⁶

218. Die mitunter geäußerte Vorstellung, Wettbewerb im Postmarkt führte zu „Lohndumping“ im Sinne „unsozialer“ Arbeitsverhältnisse, verkennt vor allem jüngere Entwicklungen und reduziert die Betrachtung der Arbeitsbedingungen auf die Lohnhöhe. Während in der Vergangenheit insbesondere die Nutzung von Subunternehmern auch durch die DPAG mitunter zu niedrigen Stundenlöhnen geführt hat, lässt sich jedoch seit 2012 ein stark sensibilisierter Umgang der Branche mit den Arbeitsbedingungen feststellen.³¹⁷

219. Von öffentlichen Meinungsträgern und politisch Verantwortlichen, die nicht selten mehr oder weniger transparent dem ehemaligen Monopolisten nahestehen, werden regelmäßig zur Begründung ihrer Ablehnung von Wettbewerb – mitunter parteiübergreifend – verschiedene Aspekte vermengt und Zusammenhänge einseitig und/oder

³¹⁴ Vgl. demgegenüber etwa die Übersicht bei Dieke, A.K. u.a. (WIK-Consult), Main Developments in the Postal Sector (2010-2013), a.a.O., S. 182 ff., 234 ff.

³¹⁵ Vgl. jedoch zu Anreizen der DPAG, insbesondere kostenrelevante Qualitätsverschlechterungen zuzulassen, und zu deren Abbildung in der Regulierung Abschnitt 2.3.2.1.

³¹⁶ Vgl. eingehender Abschnitt 3.1.1.

³¹⁷ Vgl. eingehender Abschnitt 3.1.2.

schief dargestellt. Dieser Abschnitt versucht einen Beitrag zur sachlichen Klärung zu leisten.

3.1.1 Postdienstleistung als „natürliches Monopol“?

220. Nicht selten wird gegen Wettbewerb im Postsektor (mehr oder weniger offen) vorgebracht, bei Postdienstleistungen handele es sich um ein natürliches Monopol, Wettbewerb erhöhe also nur die Kosten der Leistungserbringung. Dabei werden jedoch aus dem Zusammenhang gerissene Einsichten unzulässig verallgemeinert und vor allem die dynamische Komponente der Betrachtung ignoriert. Insbesondere bei mittel- und langfristiger Betrachtung und bei zusammenhängender Analyse der einzelnen Wettbewerbswirkungen auf Abschnitten der Produktionskette wird deutlich, dass nicht allein den Bürgern als Kunden des Postdienstleisters mit der Erbringung von Postdienstleistungen im offenen Wettbewerb besser gedient ist als in geschlossenen Monopolsystemen.

221. Ein natürliches Monopol liegt nach anerkannter ökonomischer Theorie³¹⁸ dann vor, wenn zum einen die Kostenfunktion der Produktion subadditiv ist, die Kosten zusätzlicher Produkte bzw. Leistungen mit zunehmender Menge also jedenfalls bis zur marktrelevanten Menge weiter sinken (Kosten-Subadditivität oder Kostendegression).³¹⁹ Das kann insbesondere bei Größen- und Verbundvorteilen³²⁰ der Fall sein.

222. Intuitiv liegt nahe, dass etwa ein Postzusteller die für die Anwohner einer Straße bestimmten Briefe kostengünstiger zustellen kann, als wenn die Briefmenge auf mehrere Postzusteller verteilt würde. Faktisch jedoch lässt sich bei der Paketzustellung beobachten, dass eine ganze Reihe von Zustellnetzen parallel profitabel arbeitet.³²¹ Die Kostenfunktionen können bei unterschiedlichen Produktbündeln (etwa der Verbundzustellung von Paketen und Briefen oder Zeitschriften und Briefen etc.) zu unterschiedlichen Bewertungen führen. Die Fachliteratur versucht bereits seit mehr als zwei Jahrzehnten, die Frage nach der Subadditivität von Kostenfunktionen im Postbereich zu klären, hat jedoch nur teilweise eindeutige Effekte finden können.³²² Dabei können sich die Kostenfunktionen zwischen den einzelnen Stufen der Wertschöpfungskette (vor allem Einsammlung, Abgangssortierung, Transport, Eingangssortierung und Zustellung) erheblich unterscheiden und hängen teilweise entscheidend von Faktoren des Einsammelungs- bzw. Zustellgebietes, wie Siedlungsdichte, -struktur etc., ab.³²³ In der

318 Vgl. im Überblick etwa Sharkey, W.W., *The theory of natural monopoly*, Cambridge 1982; Fritsch, M./Wein, T./Ewers, H.-J., *Marktversagen und Wirtschaftspolitik*, 7. Aufl., München 2007, S. 182 ff.; Knieps, J., *Wettbewerbsökonomie*, 3. Aufl., Berlin 2008, S. 21 ff.

319 Vgl. etwa Baumol, W.J., *On the Proper Cost Tests for Natural Monopoly in a Multiproduct Industry*, *American Economic Review* 67(5), 1977, S. 809-822.

320 Größen- oder Skalenvorteile bestehen dann, wenn die langfristige Durchschnittskostenfunktion bis zur relevanten Marktmenge sinkt, wenn also die Stückkosten bei größeren (ausgelasteten) Kapazitäten geringer sind als bei kleineren. Verbundvorteile sind Kostenvorteile der gemeinsamen Produktion mehrerer Produkte. Sie liegen vor, wenn die Inkrementalkosten der einzelnen Produkte geringer sind als die Summe der Kosten einer getrennten Produktion.

321 Vgl. Abschnitt 1.5.

322 Vgl. etwa die Übersichten über Forschungsergebnisse bei Dodgson, J. u.a. (NERA Economic Consulting), *Economics of Postal Services: Final Report*, Studie für die Europäische Kommission, London, Juli 2004, S. 100 ff., sowie bei El Masri, T.M., *Subadditivity and Contestability in the Postal Sector: Theory and Evidence*, University of Lüneburg Working Paper Series in Economics Nr. 195, Februar 2011, S. 33 ff.

323 Vgl. mit Hinblick auf die damalige Marktsituation Monopolkommission, *Sondergutachten 39*, a.a.O.,

Tendenz lässt sich festhalten, dass die Einsammlung offenbar durchaus wettbewerblich ausgestaltbar ist, während bei der (reinen) Briefzustellung jedenfalls bei statischer Betrachtung möglicherweise spürbare Kostensubadditivitäten bestehen.³²⁴

223. Derartigen möglichen Kostensubadditivitäten, die grundsätzlich Effizienzen monopolistischer Produktion abbilden können, stehen jedoch erhebliche dynamische Effekte gegenüber.³²⁵ Änderungen der Produktions- und/oder Produktstruktur können Kostenstrukturen erheblich verändern. Von besonderer Bedeutung sind insoweit insbesondere die stets zu beobachtenden Kostensenkungsanreize von Wettbewerb. So hat die DPAG ihre Kosten der Briefzustellung in den vergangenen Jahren erheblich gesenkt, um dem sich entwickelnden Wettbewerb alternativer Briefdienstleister gestärkt entgegenzutreten.³²⁶ Auch die teilweise zu beobachtende Qualitätsverbesserung³²⁷ etwa beim Service ist entscheidend auf den Wettbewerbsdruck zurückzuführen.

224. Diese dynamischen Effizienzgewinne sind schwer zu quantifizieren. Sie sind jedoch direkte Folge des – in weiten Bereichen eher potenziellen – Wettbewerbs im Postsektor. Die Entwicklung neuer Produkte und effizienterer Produktionsmethoden sowie (teilweise) besserer Servicequalität stellen erhebliche Wohlfahrtsgewinne dar, die auch von der DPAG offen konzediert werden.

3.1.2 Soziale Nachhaltigkeit von Wettbewerb im Postbereich

225. Gegner einer Liberalisierung des Postsektors bringen mitunter vor, Wettbewerb bei Postdiensten führte zu „prekären Arbeitsverhältnissen“ und wäre nur bei „Lohn-dumping“ möglich. Dabei wird auf Einzelfälle in der Vergangenheit verwiesen, die nicht verallgemeinerbar sind, und allein auf die Lohnhöhe, nicht jedoch auf weitere Konditionen der Arbeitsverhältnisse wie Betriebsklima, Flexibilität etc. abgestellt.

226. Die sozialpolitischen Bedenken gegen Wettbewerb im Postmarkt haben zum einen in § 6 Abs. 1, 3 S. 1 Nr. 3 PostG Niederschlag gefunden (Sozialklausel). Danach stellt die nicht unerhebliche Unterschreitung der im lizenzpflichtigen Bereich üblichen Arbeitsbedingungen einen Versagungsgrund für die Briefdienstleisterlizenz nach §§ 5 ff. PostG dar. Marktbeherrschende Unternehmen können zum anderen nach § 20 Abs. 2

Tz. 299; Sondergutachten 44, a.a.O., Tz. 44 ff. Eine Sonderstellung haben der Zugang zu Postfachanlagen (bei der Zugangsgewährung ist Wettbewerb unmöglich, nicht jedoch beim Betrieb) und zu Adressänderungsinformationen (hier wurden in der jüngeren Vergangenheit konkurrierende Adressdatenbanken aufgebaut).

324 Vgl. etwa Kruse, J./Liebe, A., Netzzugang und Wettbewerb bei Briefdiensten, HWWA Report Nr. 257, Hamburg 2005, S. 25 ff.; Wein, T., Auf der Speisekarte der DPAG: Rechtliche oder ökonomische Marktzutrittsschranken? Universität of Lüneburg Working Paper Series in Economics Nr. 121, März 2009, S. 9 ff.

325 Vgl. etwa Schumpeter, J., Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung, Leipzig 1912, S. 157; Kantzenbach, E., Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, Göttingen 1967, S. 15 ff.; Hayek, F.A. von, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Kiel 1968; Blaug, M., Is Competition Such a Good Thing? Static Efficiency versus Dynamic Efficiency, Review of Industrial Organization 19(1), 2001, S. 37-48.

326 Zu nennen sind hier insbesondere die maschinelle Vorsortierung der Briefe auf Gangfolge, die früher etwa 30 % der Arbeitszeit der Briefzusteller in Anspruch nahm, sowie die verstärkte Verwendung von Fahrzeugen bei der Briefzustellung. Experten gehen von einer Steigerung der Zustellzahlen pro Zusteller auf bis zum Vierfachen der Zahlen vor der Liberalisierung aus.

327 Qualitätsverbesserungen sind vor allem im Geschäftskundenbereich zu beobachten, während im Privatkundenbereich die von der Bundesnetzagentur vorgesehene Beibehaltung des Qualitätsniveaus aus Kapazitätsgründen faktisch bislang nur sehr oberflächlich kontrolliert wird; vgl. Abschnitt 2.3.2.1.

S. 2, 1. Hs. PostG im Rahmen der Entgeltregulierung die Kosten für die Einhaltung der im lizenzpflichtigen Bereich üblichen Arbeitsbedingungen auch dann geltend machen, wenn diese für die Leistungserstellung nicht notwendig sind.

Bereits im Vorfeld der vollständigen Postmarktliberalisierung und der Postmindestlohn-Verordnung waren 2007/2008 eine Reihe von Gutachten erstellt worden, welche die Beschäftigungsbedingungen im Briefbereich untersuchen sollten.³²⁸ Daneben stehen zwei Studien, die Inhalt und Reichweite der Sozialklausel des § 6 Abs. 1, 3 S. 1 Nr. 3 PostG untersuchen.³²⁹

Die Praxis der Bundesnetzagentur der jüngeren Jahre hat gezeigt, dass die Erfassung der im lizenzpflichtigen Bereich üblichen Arbeitsbedingungen praktisch mit einer Reihe von Schwierigkeiten verbunden ist.³³⁰ Insbesondere soweit Subunternehmer nach Produktionsmengen bzw. pauschal bezahlt werden, sind Vergleiche kaum möglich. Allerdings hat das OVG Münster festgestellt, dass die Sozialklausel auch für Subunternehmer eines Lizenznehmers gilt,³³¹ was die Erfassungsproblematik jedenfalls rechtlich vermindert.

227. Die Bundesnetzagentur wurde Anfang 2013 durch Beschluss ihres Beirates aufgefordert, „eine Vollerhebung der wesentlichen Arbeitsbedingungen bei den im Postmarkt tätigen Unternehmen in den Vorhabenplan der Bundesnetzagentur für 2013 aufzunehmen und die Ergebnisse dem Beirat zuzuleiten“.³³² Erste Ergebnisse dieser auf Grund von Kapazitätsgrenzen zunächst beschränkten Stichprobenuntersuchung werden für Ende 2013/Anfang 2014 erwartet.³³³ Allerdings werden Arbeitsbedingungen durch das Postgesetz allein in Bezug auf den lizenzpflichtigen Bereich, also für Briefe bis 1.000 g, erfasst. Die in den Medien viel besprochenen Arbeitsbedingungen bei Paketzustellern und deren Subunternehmern³³⁴ fallen jedoch nicht darunter. Insoweit kann bereits die Zuständigkeit der Bundesnetzagentur zweifelhaft erscheinen.

228. Insbesondere im Briefbereich stellen Wettbewerber der DPAG deutlich geringere Sendungsmengen als diese zu und können entsprechend weniger von Größen- und Verbundvorteilen profitieren. Aus diesem Grund sind regelmäßig deren Stückkosten der Zustellung deutlich höher. Über die in diesen Unternehmen üblichen Lohnhöhen sind bislang keine belastbaren Zahlen verfügbar.

Angesichts der mengenbedingt niedrigeren Produktivität von Zustellmitarbeitern und -mitarbeiterinnen der Wettbewerber der DPAG liegt nahe, dass diese geringere Löhne

328 Vgl. Input Consulting, Liberalisierung und Prekarisierung – Beschäftigungsbedingungen bei den neuen Briefdienstleistern in Deutschland, Stuttgart, Dezember 2006; Dieke, A.K./Zauner, M., Arbeitsbedingungen im Briefmarkt, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 295, Mai 2007. Vgl. hierzu bereits Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 59 ff.

329 Vgl. Blanke, T., Wettbewerb, Prekarität und Sozialschutz, Rechtsgutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, Berlin/Bonn, Mai 2007, sowie Säcker, F.J., Soziale Schutzstandards im Postregulierungsrecht, Rechtsgutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur, Berlin, Januar 2007.

330 Vgl. die Antwort der Bundesregierung auf eine parlamentarische Anfrage zu den Arbeitsbedingungen im Briefmarkt, BT-Drs. 17/2883 vom 9. September 2010.

331 Vgl. OVG Münster, Beschluss vom 5. Oktober 2009, 13 B 1056/09.

332 Vgl. Beschluss des Beirates bei der Bundesnetzagentur vom 28. Januar 2013.

333 Vgl. Auskunftsanordnung nach § 45 PostG vom 13. Mai 2013.

334 Vgl. etwa Stürmlinger, D., Post und Hermes tolerieren Lohndumping, Hamburger Abendblatt online, 13. Februar 2013; o.V., Deutsche Post DHL trennt sich von Subunternehmen, NDR online, 13. Februar 2012; Buß, C., Wallraff bei RTL: Einer trage des anderen Päckchen, Spiegel online, 31. Mai 2012.

als die vielfach von quasi-monopolistischen Marktstrukturen profitierende DPAG bezahlen. Dabei ist jedoch nicht ersichtlich, dass die von Wettbewerbern angebotenen Stundenlöhne unter denen vergleichbarer Arbeiten liegen würden. Vor dem Hintergrund der durch die sozialen Sicherungssysteme faktisch gesetzten Lohnuntergrenzen erscheint vielmehr wenig wahrscheinlich, dass Arbeitnehmer breitenmäßig zu Löhnen arbeiten, die unter dem Wettbewerbsniveau vergleichbar qualifizierter Arbeiten liegen.

Soweit mitunter Wettbewerber der DPAG möglicherweise ihren Angestellten nur befristete Verträge anbieten (können), ist dies eine unmittelbare Folge der Unsicherheit des politischen Umfelds des Postmarktes.³³⁵ Vor dem Hintergrund der sich bei Redaktionschluss dieses Gutachtens politisch abzeichnenden Einführung eines allgemeinen Mindestlohns könnte sich jedoch diese Unsicherheit erheblich verringern.

229. Die mitunter diskutierte Wiedereinführung eines postspezifischen Mindestlohns könnte – bei entsprechender Höhe – eine Vielzahl von Arbeitsplätzen vernichten³³⁶ und indirekt die Marktmacht der DPAG stärken. Die Monopolkommission rät vor diesem Hintergrund dringend davon ab, mit einem Postmindestlohn faktisch die überragende Stellung der DPAG weiter abzusichern³³⁷ und weist auch auf die rechtlichen Probleme einer derartigen Marktabschottung hin.³³⁸

230. Gegenüber der oft einseitig geführten Diskussion weist die Monopolkommission zum einen darauf hin, dass Vorwürfe über schlechte Arbeitsbedingungen durchaus auch gegenüber der DPAG erhoben werden.³³⁹ Auch das Phänomen der fragmentierten Arbeitsbeziehungen betrifft die DPAG in ähnlichem Maße wie die Wettbewerber.³⁴⁰ Zum anderen erscheint von erheblicher Bedeutung, dass die Branche die Bedeutung des Themas für sich erkannt hat und insoweit seit Mitte 2012 erhebliche Anstrengungen unternimmt, ihre Attraktivität für Arbeitnehmer und ihren Ruf in der Öffentlichkeit zu verbessern.³⁴¹

Hervorzuheben ist etwa das FairKEP-Siegel, das auf einem unter der Leitung des Bundesverbandes der Kurier-Express-Post-Dienste e.V. (BdKEP) entwickelten Kodex beruht. Dessen Einhaltung wird anhand eines Audits durch einen unabhängigen Zertifizierer überprüft. Im Rahmen eines jährlichen Wettbewerbs soll das nachhaltigste FairKEP- Unternehmen ermittelt und mit einem Preis ausgezeichnet werden („FairKEP-Award“). Der Kodex beinhaltet unter anderem Vorgaben zur Unterstützung von Subunternehmern bei der Einhaltung fairer Beschäftigungsstandards, zu fairer Bezahlung,

335 Vgl. Abschnitt 3.2.3.

336 Vgl. etwa die Darstellung bei Input Consulting, Die Anwendung des Postmindestlohns und seine Auswirkungen auf Löhne, Unternehmen, Wettbewerb und Arbeitsplätze in der Briefbranche, a.a.O., S. 46. Vgl. z. B. auch Busse, C./Hinze, H., So kann kein Wettbewerb entstehen, a.a.O.

337 Vgl. zu diesem Zusammenhang etwa Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a.a.O., Tz. 953 ff.

338 Vgl. eingehender Monopolkommission, Wettbewerbsentwicklung bei der Post 2007: Monopolkampf mit allen Mitteln, Sondergutachten 51, Baden-Baden 2008, Tz. 51 ff.: „grobe[r] Missbrauch rechtlicher Form“.

339 Vgl. etwa Kwasniewski, N., Überarbeitete Postboten: „Sie fallen um wie die Fliegen“, Spiegel online, 18. Dezember 2012; Tatje, C., Paketdienst DHL – Wenn der Postmann gar nicht klingelt, Die Zeit online, 9. Dezember 2012.

340 Vgl. etwa Holt, H./Singe, I., SODIPER Research Report, Precariousness and Informality – Work and Employment in the German Parcel and Delivery Industry, Studie für die Europäische Kommission, October 2011, insbes. S. 15 ff.

341 Vgl. zur Übersicht die Analysen bei: Bundesamt für Güterverkehr, Marktbeobachtung Güterverkehr – Auswertung der Arbeitsbedingungen in Güterverkehr und Logistik 2013-1, S. 32 ff., insbes. S. 40 ff.

Beteiligung und Weiterbildung von Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen, zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie und zur Work-Life-Balance.³⁴²

Nicht zuletzt der – vielfach nur potenzielle – Wettbewerb hat auch die DPAG veranlasst, entsprechende Anstrengungen zu unternehmen bzw. auszubauen.³⁴³ Das beinhaltet etwa auch Reaktionen auf einen Bericht des NDR, nach dem Arbeitsverhältnisse bei Subunternehmern grundlegende Arbeitsstandards vernachlässigten.³⁴⁴ Unklar bleibt jedoch, welche Breitenwirkung diese Bestrebungen haben.³⁴⁵

231. Die Monopolkommission weist abschließend darauf hin, dass der Übergang von einem ehemaligen Staatsmonopol zu einer wettbewerblichen Produktion zwangsläufig die Anpassung an die Arbeitsentgelte impliziert, die in vergleichbaren Arbeitsverhältnissen gezahlt werden. Suprakompetitive Lohnniveaus ließen sich dauerhaft allein unter Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen beibehalten. Die DPAG profitiert weiterhin von erheblichen Vorteilen, die ihre Stückkosten gering halten und auch im Wettbewerb zu erheblich überdurchschnittlichen Rohmargen führen. Langfristig bedeutet jedoch die Auszahlung von Löhnen an Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der DPAG, die über denen vergleichbarer Arbeitsverhältnisse liegen, die Subventionierung dieser Privilegierten auf Kosten der Gesamtheit der Versender.

Unter Monopolbedingungen sind Arbeitsumstände der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen auch nicht zwangsläufig besser. Tatsächlich scheinen die Bemühungen, attraktive Arbeitsbedingungen anzubieten, seitens der Postnachfolgeunternehmen wie der DPAG seit der Privatisierung eher zugenommen zu haben. Letztlich ist der beste Schutz für Arbeitnehmer ein funktionierender Arbeitsmarkt, der ihnen den Wechsel zu einem attraktiveren Arbeitgeber ermöglicht und den Arbeitgeber zwingt, für Arbeitssuchende attraktiv zu sein bzw. zu werden. Die Lohnhöhe ist dabei nur eines von vielen Kriterien.

Die von den Wettbewerbern der DPAG angebotenen Arbeitsbedingungen mögen in der Vergangenheit mitunter deutlich schlechter gewesen sein als die bei der DPAG, nicht jedoch zwangsläufig schlechter als die bei deren Subunternehmern. Allerdings wurde in der Diskussion häufig allein auf die Lohnhöhe abgestellt, während andere Faktoren der Arbeitsbedingungen ausgeblendet wurden. Die Branche hat jedenfalls spätestens seit Mitte 2012 ein gesteigertes Bewusstsein für die Bedeutung der Arbeitsbedingungen ihrer Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen entwickelt.

232. Die Monopolkommission begrüßt vor diesem Hintergrund grundsätzlich die von der Bundesnetzagentur unternommene Untersuchung der Arbeitsbedingungen im Postbereich. Sie weist allerdings darauf hin, dass neben der leicht messbaren Lohnhöhe eine Reihe weiterer, oftmals „weicher“ Faktoren zumindest ebenso bedeutsam sein können. Sie fordert vor diesem Hintergrund die Behörde auf, insoweit weitergehende Daten zu erfassen und so die Grundlage für die öffentliche Diskussion zu verbessern.³⁴⁶

342 Vgl. FairKEP-Kodex, 2013, verfügbar unter <http://bdkep.de/fairkep/musterf.htm>.

343 Vgl. etwa die Übersicht bei DPAG, Jahresabschluss 2012, S. 109 ff.

344 Vgl. etwa o.V., Deutsche Post DHL trennt sich von Subunternehmen, NDR online, 13. Februar 2012.

345 Vgl. afp/rtr, Briefunternehmen zahlen häufig Niedriglöhne, Handelsblatt online, 24. Oktober 2012.

346 Vgl. insoweit bereits die Fragen 8 (Urlaubsanspruch) und 9 (fachbezogene Fortbildungen) des Fragebogens zu den wesentlichen Arbeitsbedingungen im lizenzpflichtigen Bereich, Anlage zur Auskunftsanordnung nach § 45 PostG vom 13. Mai 2013.

3.1.3 Positive Wirkungen und Reichweite des Wettbewerbs

233. Die Liberalisierung im Postbereich hat nicht erst seit der vollständigen Marktöffnung 2008 zu Verbesserungen der Servicequalität in manchen Bereichen,³⁴⁷ zu niedrigeren bzw. nur geringfügig gestiegenen Preisen und auch zu neuen Produkten geführt. Die von der ökonomischen Theorie als Wirkungen des Wettbewerbs angeführten verschiedenen Formen der Effizienzsteigerung sind sämtlich zu beobachten. Insbesondere produktive und dynamische Effizienz haben zu erheblichen Vorteilen für die Versender geführt.

234. Dabei nutzt nicht zuletzt die DPAG die Möglichkeiten des Wettbewerbs. So werden Postfilialen fast ausschließlich von im Wettbewerb stehenden Dritten (wie der Postbank und Einzelhändlern, teilweise auch von der öffentlichen Hand)³⁴⁸ betrieben, die neben Postdienstleistungen noch weitere Produkte und Dienstleistungen anbieten. Die DPAG greift auch für eine Reihe weiterer Aufgaben auf im Wettbewerb stehende Subunternehmer zurück, etwa für die Briefkastenleerung, Zustelllogistik und Paketzustellung. Die DPAG erprobt auch neue Zustellmodelle, die weitgehend auf eine Zustellinfrastruktur verzichten könnten und einzelne Zustelleistungen im Wettbewerb vergeben.³⁴⁹

235. Der Universaldienst für Postdienstleistungen wird ohne gesetzliche Verpflichtung erbracht.³⁵⁰ Im Briefbereich beruht dieser weitgehend auf der DPAG und ihren Subunternehmern bzw. Vertragspartnern; allerdings stellen auch alternative Anbieter eine nahezu bundesweite Zustellung sicher.³⁵¹ Im Paketbereich erbringt neben der DPAG eine Reihe von Wettbewerbern ebenfalls bundesweit die Leistungen des Universaldienstes, freilich ohne sich nach § 4 Nr. 11b S. 2 UStG formell dazu verpflichtet zu haben. Vor dem Hintergrund der Ankündigungen der unterschiedlichen Dienstleister, allen voran der DPAG, ihre Filialstruktur weiter auszubauen, ist nicht ersichtlich, dass die Filialversorgung in der Fläche durch den Wettbewerb gefährdet wäre.³⁵²

236. Angesichts neuer Briefprodukte, neuer Zustellmodelle und zusätzlicher durch Zusteller erbrachter Dienstleistungen³⁵³ erscheint es zweifelhaft, ob die Briefzustellung noch immer die vor der Liberalisierung als wahrscheinlich erachteten Subadditivitäten aufweist und in Zukunft aufweisen wird.

237. Vor diesem Hintergrund weist die Monopolkommission darauf hin, dass keinerlei belegbare Hinweise dagegen sprechen, dass Wettbewerb im Postbereich nachhaltig möglich ist. Empirische Untersuchungen, welche die Funktionsweisen dieses Wett-

347 Qualitätsverbesserungen sind vor allem im Geschäftskundenbereich zu beobachten, während im Privatkundenbereich die von der Bundesnetzagentur vorgesehene Beibehaltung des Qualitätsniveaus aus Kapazitätsgründen faktisch bislang nur sehr oberflächlich kontrolliert wird; vgl. Abschnitt 2.3.2.1.

348 Vgl. etwa BdKEP, Kleine Postagenturen arbeiten unentgeltlich, KEP aktuell 1/2012.

349 Vgl. etwa Höwelkröger, R., DHL testet Privatleute statt Profis für die Paket-Zustellung, Heise resale online, 13. September 2013.

350 Die DPAG hat freiwillig eine Erklärung nach § 4 Nr. 11b S. 2 UStG abgegeben, nach der sie sich verpflichtet hat, Universaldienstleistungen anzubieten, könnte diese Erklärung unter Verlust der Umsatzsteuerbefreiung jedoch zurücknehmen. Vgl. zuletzt BNetzA, Jahresbericht 2012, S. 116 f.

351 Vgl. Abschnitt 1.3.

352 Vgl. Abschnitt 1.5.

353 Vgl. etwa für Frankreich La Poste, Service Plus: les nouvelles missions du facteur, Übersicht, <http://legroupe.laposte.fr/Decouverte/Service-Plus-les-nouvelles-missions-du-facteur>. Ähnliche Entwicklungen sind auch etwa aus Italien und der Schweiz bekannt geworden.

bewerbs und mögliche Beschränkungen seiner Reichweite in einzelnen Teilsegmenten beleuchten würden, sind jedoch bislang rar und leiden an geringer Datenverfügbarkeit.³⁵⁴ Entscheidend dürften dabei die Kooperationsstrukturen alternativer Anbieter untereinander und mit der DPAG sein.³⁵⁵ Auf Grundlage einer Untersuchung der Profitabilität einzelner räumlicher und/oder sachlicher Teile der Wertschöpfungskette der DPAG³⁵⁶ ließen sich einerseits zusätzliche Erkenntnisgewinne erzielen.³⁵⁷ Andererseits könnte dadurch die bislang häufig wenig sachnah geführte Diskussion um den Wettbewerb im Postsektor versachlicht werden.

3.2 Institutionelle Hintergründe der defizitären Marktordnung

238. Das rechtliche und politische Umfeld des Postmarktes behindert die Entstehung bzw. den Ausbau sowie die Sicherung von Wettbewerb noch immer erheblich. So ist die schon länger notwendige Novelle des Postgesetzes bloßer Entwurf geblieben. Die Praxis der zuständigen Behörden ist nicht allein indirekt beeinträchtigt durch das politische Klima. Als zwei zentrale Hintergründe hierfür erscheinen die Interessenvertretung der DPAG und das weiter bestehende fiskalische Interesse des Bundes an Gewinnen der DPAG.

3.2.1 Effektive Interessenvertretung und gebremste Liberalisierung

239. Die Interessenvertretung der DPAG erscheint überaus wirkungsvoll. Dadurch dürften Wahrnehmungen und Meinungsbilder insbesondere im politischen Raum teilweise nicht unerheblich beeinflusst werden. Beispielsweise erscheint es nicht ausgeschlossen, dass insoweit Kontakte verantwortlicher Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der DPAG in die Politik unmittelbar wirken. So war der aktuelle Zentralbereichsleiter Politik und Unternehmensverantwortung („Cheffobbyist“)³⁵⁸ von 2002 bis 2005 Vorsitzender des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Arbeit sowie von 2005 bis 2009 Vorstandsmitglied und wirtschaftspolitischer Sprecher einer großen Bundestagsfraktion.³⁵⁹ Dessen Vorgängerin war zuvor Vorsitzende einer großen Gewerkschaft, Mitglied der EU-Kommission sowie europapolitische Beraterin im Bundeskanzleramt.

240. Die Monopolkommission erkennt grundsätzlich die Legitimität und die Vermittlungsleistung von Interessenvertretung und Public Affairs Management an.³⁶⁰

354 Vgl. etwa Dieke, A.K./Junk, P./Thiele, S. (WIK-Consult), Universal Postal Service and Competition: Experience from Europe, Study for TNT Post UK, Final Report, Bad Honnef, 23. September 2011; El Masri, T.M., Are New German Postal Providers Successful? Empirical Evidence Based on Unique Survey Data, University of Lüneburg Working Paper Series in Economics Nr. 285, Oktober 2013.

355 Vgl. etwa Dieke, A.K./Junk, P./Zauner, M., Netzzugang und Zustellwettbewerb im Briefmarkt, a.a.O.; Bender, C.M. u.a., Netzzugang im Briefmarkt, a.a.O.; El Masri, T.M., Competition through Competition? The Case of the German Postal Market, a.a.O.

356 Vgl. Abschnitt 4.3.

357 Vgl. weitergehend Abschnitt 4.2.

358 Vgl. etwa Goffart, D., SPD-Wirtschaftsexperte wird Post-Cheffobbyist, Handelsblatt online, 8. Dezember 2008.

359 Vgl. <https://www.spdfraktion.de/abgeordnete/wend/wp=16>.

360 Vgl. etwa Strauch, M., Lobbying – die Kunst des Einwirkens, in: Strauch, M. (Hrsg.), Lobbying. Wirtschaft und Politik im Wechselspiel, Frankfurt a.M. 1993, S. 19 ff.; zusammenfassend Speth, R., Das Bezugssystem Politik – Lobby – Öffentlichkeit, Aus Politik und Zeitgeschichte 19/2010, S. 9-15; Priddat, B.P./Speth, R., Das neue Lobbying von Unternehmen: Public Affairs, Arbeitspapier 145 der Hans-Böckler-Stiftung, August 2007.

Allerdings erscheint es im Interesse einer möglichst sachgerechten Politik zumindest notwendig, dass die Beteiligten transparent damit umgehen. Insbesondere die politischen Entscheidungsträger sollten Informationen und Argumente, die von interessierten Unternehmen vorgetragen werden, nicht unkritisch übernehmen. Auch in parteiinternen Diskussionen sollte der möglichen Beeinflussung einzelner Meinungsträger Rechnung getragen werden. Die Art und Weise, wie die politische Diskussion um die Novelle des Postgesetzes in der vergangenen Legislaturperiode geführt wurde, lässt es naheliegend erscheinen, dass sachliche Argumente jedenfalls nicht allein erheblich waren.³⁶¹ Die von manchen in der Diskussion verwendeten Marktanteilszahlen der DPAG von „rund 65 %“ sind auch bei Bezugnahme auf einen (allenfalls unscharf abgrenzbaren)³⁶² „Geschäftskundenbereich“ nicht nachvollziehbar.³⁶³ Sie wurden von der DPAG in engem Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsverfahren zur Novelle des Postgesetzes in die Diskussion eingebracht³⁶⁴ und würden auch an der Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung der DPAG nichts ändern.³⁶⁵ Die Marktabgrenzung und die hierauf gründende Bestimmung von Marktanteilen sind nur Zwischenschritte bei der Bestimmung des aktuellen und potenziellen Wettbewerbsdrucks,³⁶⁶ der hier durch vielfältige Wechselwirkungen der einzelnen Märkte untereinander zugunsten der DPAG deutlich eingeschränkt ist.³⁶⁷

241. Ebenso erscheint in der Sache kaum erklärlich, dass die schon lange erforderliche Novelle des Postgesetzes erst zu einem Zeitpunkt in das Bundeskabinett eingebracht wurde, zu dem deren mangelnde Aussichten im Bundesrat bereits öffentlich geworden waren.³⁶⁸ Der Befassung des Bundeskabinetts vorangegangen waren eine besonders lange Ressortabstimmung und die öffentliche Äußerung des Führers der Oppositionsgruppe im Bundesrat, der Widerstand gegen die Novelle angekündigt hatte.³⁶⁹ Auch innerhalb der damaligen Regierungsfractionen gab es gegen die Novelle ablehnende Stimmen.³⁷⁰

242. Die Monopolkommission mahnt vor diesem Hintergrund vor allem Transparenz in der Interessenvertretung³⁷¹ und eine ausgewogene politische Diskussion an. Sie erinnert

361 Vgl. etwa Schlautmann, C., SPD will „Unsinn“ Röslers im Bundesrat blockieren, Handelsblatt online, 22. Januar 2013.

362 Vgl. Abschnitt 1.1 zu den Schwierigkeiten, einzelne Märkte im Postbereich abzugrenzen.

363 Insbesondere gehen die Bundesnetzagentur und Studien der Europäischen Kommission weiterhin von Marktanteilen der DPAG von rund 90 % auf den Briefmärkten aus; vgl. Abschnitte 1.3 und 2.3.2.1.

364 Vgl. etwa Schlautmann, C./Sigmund, T., Post wehrt sich gegen Reformpläne, Handelsblatt, 1. August 2012, S. 14; o.V., Post argumentiert mit geschönten Zahlen, Spiegel Nr. 9, 25. Februar 2013, S. 60; Bündler, H., Rechenspiele auf dem Briefmarkt – Deutsche Post und Konkurrenten streiten um Marktanteile, Frankfurter Allgemeine Zeitung, 4. März 2013, S. 25.

365 Vgl. eingehender Abschnitte 1.3 bis 1.7 sowie 2.3.3.2.

366 Vgl. zur Einordnung der Marktabgrenzung etwa zuletzt Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, a.a.O., Tz. 672 ff., sowie eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, Tz. 543 ff.

367 Vgl. eingehender Abschnitt 1.6.

368 Das Bundeskabinett hat den Entwurf am 29. Mai 2013 beschlossen; vgl. Abschnitt 4.6.1.

369 Vgl. etwa Schlautmann, C., SPD will „Unsinn“ Röslers im Bundesrat blockieren, Handelsblatt online, 22. Januar 2013.

370 Vgl. o.V., Vorerst kein neues Postgesetz, FTD online, 10. Juli 2012; dts-Nachrichtenagentur, FDP-Politiker Lindner sieht keinen „Handlungsbedarf“ für Novelle des Postgesetzes, finanznachrichten.de vom 8. März 2013.

371 Vgl. etwa die Problemanalyse bei Kolbe, A./Hönigsberger, H./Osterberg, S., Marktordnung für Lobbyisten, Wie Politik den Lobbyeinfluss regulieren kann, OBS-Arbeitsheft 70, Frankfurt a.M.

daran, dass insbesondere in sensiblen Politikbereichen für die Entscheidungsfindung verwendete Informationen kritisch geprüft, in den Kontext ihrer Herkunft gestellt und mit Informationen aus anderen Quellen abgeglichen werden sollten.

3.2.2 *Der Bund als Anteilseigner und Wettbewerbshüter*

243. Die Tatsache, dass der Bund noch einen nicht unerheblichen Anteil an der DPAG hält, beeinträchtigt möglicherweise die Neutralität der Bundesexekutive als Ganzes nicht unbedeutend.³⁷² Entsprechende Anreizverzerrungen sind zwar naturgemäß schlecht zu quantifizieren. Teilweise lässt sich auch eine gewisse Sympathie von Bundesbeamten mit ihren Kollegen, die weiterhin für die DPAG arbeiten,³⁷³ und deren Arbeitgeber als Institution nicht völlig ausschließen. Die Spannung zwischen weitgehender Liberalisierung und dem Schutz des Wettbewerbs einerseits sowie dem Erhalt des Bundesvermögens andererseits wurde mitunter etwa in der postbezogenen Zusammenarbeit zwischen dem Bundesministerium der Finanzen und dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie deutlich.³⁷⁴ Diese Spannung dürften auch an anderer Stelle tätige Politiker und Beamte bisweilen empfinden.

244. Derartige Anreizverzerrungen haben sich mit dem Abschmelzen der ursprünglichen Anteilsmehrheit³⁷⁵ in gewissem Umfang vermindert. Dennoch besteht weiterhin ein (mittelbares) finanzielles Interesse des Fiskus an der DPAG und deren Gewinnen.³⁷⁶ Die Monopolkommission hat wiederholt die vollständige Veräußerung der Anteile des Bundes an der DPAG angemahnt.³⁷⁷ Seitdem der Anteil des Bundes unter die aktienrechtliche Grenze der Sperrminorität gefallen ist,³⁷⁸ handelt es sich nurmehr um eine reine Finanzbeteiligung. Der Anreizverzerrung für den Bund und seine Beamten als Wettbewerbshüter stehen also keine wesentlichen Einflussmöglichkeiten des Bundes als Anteilseigner mehr gegenüber, die früher in den Augen mancher eine Rechtfertigung für die Anreizverzerrungen gewesen sind. Die Monopolkommission fordert insbesondere vor diesem Hintergrund die Politik nachdrücklich auf, die Konsequenzen aus dieser Veränderung zu ziehen und die verbleibenden Anteile zeitnah zu veräußern.

3.2.3 *Negative Anreizwirkungen politischer Unsicherheit*

245. Die betriebswirtschaftlichen Schwierigkeiten für Wettbewerber der DPAG, angesichts politisch unsicherer Rahmenbedingungen Eigen- und Fremdkapital anzuziehen und Preise zu kalkulieren, liegen auf der Hand. Durch die politische Unsicherheit wird

2011, S. 17 ff., insbes. S. 21 ff.

372 So ist in Bezug auf Unternehmensverflechtungen anerkannt, dass bereits sehr geringe Beteiligungen unter 10 % erhebliche Auswirkungen auf das Verhalten der Akteure haben können; vgl. etwa bereits Monopolkommission, Mehr Wettbewerb ist möglich, Hauptgutachten 1973/1975, Baden-Baden 1976, Tz. 552; zuletzt eingehender Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a.a.O., Tz. 530.

373 Vgl. Abschnitt 2.6.

374 Anschaulich etwa in: Der Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung (Hrsg.) Die Postreform in Deutschland, a.a.O., S. 60 ff.

375 Stand 19. Juli 2013: 21 %; <http://www.dpdhl.com/de/investoren/aktie/aktionaeersstruktur.html>. Die Anteile werden mittelbar über die KfW (früher Kreditanstalt für Wiederaufbau) gehalten.

376 Vgl. eingehender zu den Mechanismen der Anteilverwaltung und -veräußerung Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 53 ff.; Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 122 f.

377 Vgl. zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 123; zuvor bereits Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 53; Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 29.

378 Vgl. die Veröffentlichung der Stimmrechtsmitteilung der DPAG vom 10. April 2013.

jedoch auch auf staatlicher Seite der Schutz des Wettbewerbs im Postsektor beeinträchtigt.

Das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur treten institutionell klar für die im Postgesetz vorgesehene Förderung des Wettbewerbs ein. Die politische Unsicherheit hinsichtlich des Wettbewerbs auf den Postmärkten, nicht zuletzt die immer wieder diskutierte Wiedereinführung eines wettbewerbsbehindernden postspezifischen Mindestlohns,³⁷⁹ kann sich jedoch negativ auf die Praxis der Behörden auswirken. So kann es die Motivation der Behördenmitarbeiter und -mitarbeiterinnen beeinträchtigen, wenn diese befürchten müssen, dass etwaige Erfolge beim Wettbewerbsschutz durch politische Entscheidungen konterkariert werden.

Entsprechend fallen mitunter Effizienzerwägungen der Behörden – nach Wahrnehmung der Monopolkommission – bei einer inhaltlichen Schwerpunktsetzung zulasten des Wettbewerbs im Postsektor aus. Die Behörden entscheiden sich teilweise dafür, ihre knappen Ressourcen statt im Postbereich vorrangig in Bereichen einzusetzen, in denen mögliche Erfolge weniger der Gefahr ausgesetzt sind, von politischer Seite rückgängig gemacht zu werden. Die institutionelle Unabhängigkeit der Beschlussabteilungen des Bundeskartellamtes und der Beschlusskammern der Bundesnetzagentur nimmt zwar grundsätzlich direkten politischen Einflussnahmeversuchen den Grund. Das politische Klima, das häufig von den Wettbewerb im Postsektor ablehnenden Stimmen beherrscht zu sein scheint, behindert jedoch indirekt die effektive Durchsetzung der Ziele des GWB und des Postgesetzes.

246. Auffällig erscheint es, dass die Bundesnetzagentur in jüngerer Zeit keine (öffentlichen) Stellungnahmen mehr zu Wettbewerbsverzerrungen durch den über das Postgesetz hinausgehenden rechtlichen Rahmen abgibt, wie etwa zur zweifelhaften Besteuerungspraxis der DPAG³⁸⁰ oder zur Vergabepaxis öffentlicher Stellen. Demgegenüber erinnert die Monopolkommission daran, dass die inhaltliche Zuständigkeit der Behörde sich auch auf für die Wettbewerbsentwicklung in regulierten Bereichen essenzielle Rahmenbedingungen erstreckt. Stellt die Behörde fest, dass der Wettbewerb durch bestimmte Regelungen und Praktiken öffentlicher Stellen behindert wird, umfasst ihre fachliche Kompetenz – unter Wahrung der förmlichen Entscheidungskompetenz anderer, sachlich zuständiger staatlicher Stellen – auch das (öffentliche) Hinwirken auf wettbewerbskonforme Strukturen.³⁸¹

247. Vor diesem Hintergrund ermutigt die Monopolkommission Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur, in ihren Anstrengungen zum Schutz des Wettbewerbs im Postsektor

³⁷⁹ Vgl. zur Einführung des Postmindestlohns 2007 eingehend Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 55 ff., zu dessen Rechtswidrigkeit und Auswirkungen eingehend Monopolkommission, Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 154 ff., sowie die Darstellung bei Input Consulting, Die Anwendung des Postmindestlohns und seine Auswirkungen auf Löhne, Unternehmen, Wettbewerb und Arbeitsplätze in der Briefbranche, a.a.O., S. 46, oder etwa Busse, C./Hinze, H., So kann kein Wettbewerb entstehen, a.a.O.

³⁸⁰ Zuletzt ist eine entsprechende Stellungnahme öffentlich geworden im Jahr 2010; vgl. yes/dpa-AFX, Bundesnetzagentur: Post soll häufiger Mehrwertsteuer berechnen, Spiegel online, 9. Juli 2010. Auch in der schriftlichen Stellungnahme der Behörde auf den Fragebogen Post der Monopolkommission 2013 zeigt sich die Behörde zu wettbewerbsrelevanten Fragen der Besteuerung überaus zurückhaltend, ebenda, S. 26.

³⁸¹ Vgl. zur „Competition Advocacy“ der Kartellbehörden bzw. deren „Werben für den Wettbewerb“ etwa Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a.a.O., Tz. 370 ff.; Hauptgutachten 2010/2011, a.a.O., Tz. 419.

nicht nachzulassen. Der Wettbewerb muss auch und gerade dort geschützt werden, wo er durch die Politik eingeschränkt zu werden droht. Die Erhaltung von Wettbewerb im Postsektor wirkt über diesen hinaus, erhält die Dynamik des Branchenumbaus und rechtfertigt auch den Einsatz knapper Ressourcen. Die Monopolkommission ruft die Behörden auf, ihre Annexkompetenzen im Werben für den Wettbewerb effektiv einzusetzen und wettbewerbsmindernde Missstände transparent zu machen.

3.2.4 Ressourcenasymmetrie

248. Die Behörden haben für die Erfüllung ihrer Aufgaben begrenzte Ressourcen zur Verfügung. Gerichtsverhandlungen bedeuten bei den Behörden erheblichen Aufwand nicht allein für die Justizariate bzw. Prozessführungsabteilungen, sondern vielfach auch und vor allem für die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der sachlich zuständigen Beschlusskammer bzw. Beschlussabteilung. Denn diese sind in aller Regel zumindest entscheidend in die Erstellung von Schriftsätzen und in die Prozessführung eingebunden. So sind etwa nach Angaben der Bundesnetzagentur im Postbereich im Herbst 2013 37 Gerichtsverfahren anhängig, deren Streitgegenstand teilweise mehr als ein Jahrzehnt zurückreicht. Dadurch werden die Arbeitsabläufe in der Behörde nicht unerheblich beeinträchtigt; insbesondere wirkt sich der prozessuale Aufwand negativ auf Regulierungs- und Missbrauchsverfahren aus.³⁸²

249. Die DPAG hingegen beschäftigt neben einer Vielzahl eigener Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen für Interessenvertretung, Regulierungsmanagement und Prozessführung eine ganze Reihe von Rechtsanwälten, die praktisch jede Behördenentscheidung meist bis in die letzte Instanz anfechten.

250. Die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG gilt selbstverständlich in vollem Umfang auch für die DPAG. Auch müssen mitunter in Gerichtsverfahren Streitige Rechtsfragen einer verbindlichen Klärung zugeführt werden. Soweit Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Bundesnetzagentur, des Bundeskartellamtes und der Europäischen Kommission mit der Abfassung von Schriftsätzen für Gerichtsverfahren beschäftigt sind, bleibt diesen allerdings weniger Zeit, einzelne Untersuchungen wie etwa Kostenprüfungen vorzunehmen. Entsprechende Anreize für das regulierte Unternehmen ließen sich etwa durch eine zu anhängigen Gerichtsverfahren proportionale Aufstockung der Kapazitäten der im Einzelnen belasteten Einheiten in den Behörden kompensieren.

3.3 Umsatzsteuerbefreiung

251. Von „öffentlichen Posteinrichtungen erbrachte Dienstleistungen“ sind nach Art. 132 Abs. 1 lit. a) der Mehrwertsteuersystemrichtlinie (MwStSystRL)³⁸³ von der Umsatzsteuer befreit. Diese Befreiung gilt nach einem Urteil des Europäischen Gerichtshofes aus dem Jahr 2009 für alle öffentlichen oder privaten Postdienstleister, die sich verpflichten, postalische Dienstleistungen zu erbringen, die den grundlegenden

382 Ähnliches gilt für die Verfahren der Europäischen Kommission: Aktuell sind vier Gerichtsverfahren anhängig, 23 Entscheidungen hat die DPAG seit dem Jahr 2000 bereits vor europäischen Gerichten erstritten. Das Bundeskartellamt hat in jüngerer Zeit keine Entscheidungen gegen die DPAG erlassen.

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

Bedürfnissen der Bevölkerung entsprechen.³⁸⁴ Der auf dieser Grundlage Mitte 2010 geänderte § 4 Nr. 11b Umsatzsteuergesetz (UStG)³⁸⁵ nimmt Universaldienstleistungen nach Art. 3 Abs. 4 der Postdienstrichtlinie von der Umsatzsteuerpflicht aus,³⁸⁶ soweit sie als Standardprodukte zu allgemein für jedermann zugänglichen bzw. nach § 19 PostG genehmigten Tarifen angeboten werden. Diese Vorschrift ist seitdem nicht mehr allein auf die DPAG ausgerichtet und stellt entscheidend darauf ab, dass sich der Unternehmer (gleichgestellt sind ausdrücklich Unternehmenszusammenschlüsse) verpflichtet hat, die jeweiligen Leistungen bundesweit zu erbringen.³⁸⁷ Diese Voraussetzungen können grundsätzlich auch andere Unternehmen als die DPAG erfüllen.

252. Der – allein die Finanzverwaltung bindende – Umsatzsteuer-Anwendungserlass (UStAE) des Bundesministeriums der Finanzen (BMF) setzt jedoch über das Umsatzsteuergesetz hinaus voraus, dass zum einen die Qualitätsvorgaben der Post-Universaldienstleistungsverordnung erfüllt werden und zum anderen der Unternehmer (bzw. ein Unternehmenszusammenschluss) die Leistungen selbst erbringen muss.³⁸⁸

Verbünde und teilweise auf das Zustellnetz der DPAG angewiesene Zusteller kommen nach der Gesetzesinterpretation des Bundesfinanzministeriums nicht in den Genuss der Umsatzsteuerbefreiung. Angesichts der weitestgehenden Erbringung von Filialdiensten der DPAG durch selbstständige Agenturnehermer u.a. erbringt auch diese die entsprechenden Leistungen nicht selbst.³⁸⁹ Insoweit erscheint die Erfüllung der zweiten im Umsatzsteuer-Anwendungserlass genannten Voraussetzung durch die DPAG zweifelhaft.

Wettbewerber haben in einer Vielzahl von Fällen versucht, eine Umsatzsteuerbefreiung zu erlangen.³⁹⁰ Die Finanzverwaltung³⁹¹ hat dies jedoch bislang allein dem ehemaligen Monopolisten ermöglicht. Aktuell sind allerdings vier Verfahren zur Auslegung der Voraussetzungen mit Hinsicht auf die Erbringung der Universaldienstleistungen durch Wettbewerber der DPAG vor dem Finanzgericht Köln anhängig.³⁹²

384 Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd/The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, Rn. 36. Das Urteil erging zwar zu Art. 13 Teil A Abs. 1 lit. a) der Sechsten Richtlinie des Rates zum gemeinsamen Mehrwertsteuersystem vom 17. Mai 1977, ABl. EG Nr. L 145 vom 13. Juni 1977, S. 1, dieser hat jedoch im Wesentlichen den gleichen Wortlaut wie Art. 132 Abs. 1 lit. a) MwStSystRL. Vgl. zu diesem Urteil bereits Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 85 ff.; Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 127 ff.

385 Gesetz vom 26. November 1979, BGBl. I S. 1953, zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes vom 26. Juni 2013, BGBl. I S. 1809, 1830 ff.

386 Erfasst sind Abholung, Sortierung, Transport und Zustellung von Postsendungen bis 2 kg und von Postpaketen bis 10 kg sowie die Dienste für Einschreibe- und Wertsendungen.

387 Vgl. hierzu bereits Monopolkommission, Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 124 ff.

388 Vgl. BMF, Umsatzsteuer-Anwendungserlass, Abschnitt 4.11b.1 Umsatzsteuerbefreiung für Post-Universaldienstleistungen, Schreiben des BMF vom 21. Oktober 2010, Gz. IV D 3 – S 7167-b/10/10002, Dok. 2010/0785524

389 Vgl. etwa DPAG, Überblick über das aktuelle Verkaufstellennetz der Deutschen Post DHL, Pressemitteilung vom 21. Juni 2013.

390 Die Bundesnetzagentur war 2010/2011 in mehr als 30 hierauf gerichteten Verfahren beteiligt; vgl. BNetzA, Tätigkeitsbericht 2010/2011, S. 18.

391 Zuständig für die Feststellung der Erfüllung der Voraussetzungen ist das Bundeszentralamt für Steuern, vgl. § 4 Nr. 11b UStG.

392 Vgl. Verfahren 2 K 2529/11, 2 K 1707/11, 2 K 1708/11, 2 K 1711/11. Ein Entscheidungszeitpunkt für diese seit 2011 anhängigen Verfahren war zu Redaktionsschluss noch nicht absehbar.

253. Neben der grundlegenden Frage nach den Adressaten dieser Befreiung wirkt auch hinderlich für den Wettbewerb, dass für manche Produkte die Umsatzsteuerpflicht umstritten ist.

So haben etwa 2010 das Landgericht Hamburg³⁹³ sowie 2011 das Finanzgericht Baden-Württemberg³⁹⁴ eine Umsatzsteuerbefreiung für förmliche Zustellungen angenommen. Demgegenüber hat 2013 das Oberlandesgericht Düsseldorf umfangreich deren Umsatzsteuerpflichtigkeit begründet.³⁹⁵ Die Monopolkommission teilt die Einschätzung des Oberlandesgerichts Düsseldorf. Insbesondere erscheint nicht ersichtlich, dass für die Verwaltung durchgeführte förmliche Zustellungen grundlegenden Bedürfnissen der Bevölkerung entsprechen.

Weggefallen und offenbar dennoch (teilweise) umstritten war und ist die Umsatzsteuerbefreiung auch für weitere Produkte, insbesondere für solche, die sich an Geschäftskunden richten, wie zum Beispiel adressierte Massensendungen³⁹⁶ und Streifenbandzeitungen.

Mit Hinblick auf die Umsatzsteuerpflicht von nach Vergabeverfahren und auf an Geschäftskunden erbrachte Dienstleistungen ist nach Auffassung der Monopolkommission von besonderer Bedeutung, dass insoweit Angeboten der DPAG vielfach individuell ausgehandelte bzw. von den Standardbedingungen abweichende Preise und/oder Qualitätsbedingungen zugrunde liegen. Für derartige Leistungen ist eine Umsatzsteuerbefreiung ausgeschlossen, § 4 Nr. 11b S. 3 UStG. Dies folgt auch aus der Auslegung der zugrunde liegenden europäischen Norm durch den Europäischen Gerichtshof, nach der die Steuerbefreiung nicht gilt für spezifische, von den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse trennbare Dienstleistungen, die besonderen Bedürfnissen von Wirtschaftsteilnehmern entsprechen.³⁹⁷

254. Durch die einseitig erteilte Umsatzsteuerbefreiung verfügt die DPAG bei Kunden, die nicht vorsteuerabzugsberechtigt sind, über einen „Preisvorteil“ gegenüber Wettbewerbern in Höhe des Umsatzsteuersatzes von aktuell 19 %. Dies betrifft – neben Privatkunden – insbesondere Behörden und sonstige staatliche Einrichtungen, Kirchen und Unternehmen der Branchen, deren Lieferungen und Leistungen nach § 4 UStG steuerbefreit sind, unter anderem Banken und Versicherungen, Wohlfahrtsverbände, Krankenhäuser, Ärzte und Bildungseinrichtungen. Diese Kundengruppen versenden in der Regel viel Post; wegen der hohen Bedeutung von Größenvorteilen bei der Einsammlung und Zustellung im Briefmarkt wirkt sich dieser Wettbewerbsvorteil der DPAG indirekt auch deutlich auf den Wettbewerb um umsatzsteuerpflichtige Geschäftskunden aus. Insgesamt führt die Umsatzsteuerbefreiung für Produkte der DPAG zu erheblichen Wettbewerbsverzerrungen zulasten von Wettbewerbern.³⁹⁸

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

394 Vgl. FG Baden-Württemberg, Beschluss vom 26. April 2011, 9 V 3795/10 (Eilverfahren); das Verfahren hatte sich jedoch erledigt, sodass keine Entscheidung des Bundesfinanzhofes in der Sache vorliegt; vgl. BFH, Beschluss vom 1. August 2012, V B 59/11.

395 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Februar 2013, VII-Verg 32/12 m.w.N.; zuvor ebenso bereits als obiter dictum OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Juni 2012, VII-Verg 14/12.

396 Jedenfalls in Bezug auf Standard-Infobriefe kommt die DPAG seit Juli 2011 ihrer Umsatzsteuerpflicht jedoch offenbar nach; vgl. bereits Monopolkommission, Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 139.

397 Vgl. EuGH, Urteil vom 23. April 2009, Rs. C-357/07, TNT Post UK Ltd/The Commissioners for Her Majesty's Revenue and Customs, Rn. 46.

398 Vgl. eingehender zu den qualitativ unveränderten Wettbewerbsverzerrungen unter der früheren

3.4 Ausschreibungspflicht und Vergabepraxis

255. Die Beschaffung von Postdienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber unterliegt dem Vergaberecht nach §§ 97 ff. GWB bzw. nach den Vorschriften des Haushalts- und Zuwendungsrechts.³⁹⁹ Dadurch soll eine möglichst effiziente öffentliche Beschaffung unter Nutzung des Wettbewerbs ermöglicht werden.⁴⁰⁰ Von besonderer Bedeutung für den Wettbewerb im Postbereich ist § 97 Abs. 3 GWB, nach dem Interessen des Mittelstands bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen und Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillöse) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlöse) zu vergeben sind.

256. Befragungen von Vergabekammern und Vergabesenaten haben der Monopolkommission keine Hinweise auf eine besondere Häufung der Nachprüfungsverfahren im Postsektor in diesem Berichtszeitraum gegeben; vielfach war von einem Rückgang der Verfahrenszahlen die Rede. Allerdings sind diese Zahlen kein guter Indikator für tatsächliche Probleme.

Seit Ende 2011 wurden im Gegensatz zu früheren Berichtszeiträumen keine Berichte an die Monopolkommission herangetragen, wonach die DPAG strategisch und systematisch Nachprüfungsanträge einleite, um einen Zuschlag an Wettbewerber hinauszuzögern.⁴⁰¹ Auch sonst waren keine Hinweise ersichtlich, dass der Vergaberechtsschutz wettbewerbswidrig genutzt würde.

257. Die praktische Anwendung der Vergabevorschriften begegnet immer wieder nicht unerheblichen Hindernissen. Dabei ergibt sich ein Großteil der Probleme aus den Anforderungen an das Vergabeverfahren, das nur zu einem geringen Teil postspezifische Probleme aufwirft. Vielfach kommt es jedoch auch auf materielle Fragen an, die häufig beeinflusst sind von der Asymmetrie zwischen der DPAG und ihren Wettbewerbern.

So werden teilweise Aufträge schlichtweg nicht ausgeschrieben; teilweise ist zu beobachten, dass bestehende Verträge ohne Ausschreibung verlängert werden (sog. De-facto-Vergabe). Dies ist grundsätzlich unzulässig;⁴⁰² die Unzulässigkeit kann aber nicht immer geltend gemacht werden.⁴⁰³ Für Wettbewerber ergibt sich insbesondere die praktische Schwierigkeit, entsprechende Vergaben zu rügen, da typischerweise allenfalls eingeschränkte Transparenz besteht.⁴⁰⁴

Auch soweit zentrale Beschaffungsstellen das Beschaffungsvolumen mehrerer Auftraggeber bündeln, ist zur Berücksichtigung mittelständischer Interessen das Auftrags-

Regelung Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 74 ff.; einen Vergleich über verschiedene Branchen bietet Haucap, J., Steuern, Wettbewerb und Wettbewerbsneutralität, DICE Ordnungspolitische Perspektiven Nr. 18, Düsseldorf 2011.

399 Vgl. eingehender Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 154 ff.

400 Vgl. etwa § 97 Abs. 1, 2, 5 GWB.

401 Vgl. zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 148 ff.; die damaligen Vorwürfe ließen sich nicht erhärten.

402 Vgl. BGH, Beschluss vom 1. Februar 2005, X ZB 27/04; OLG Schleswig, Beschluss vom 7. Dezember 2011, 1 Verg 1/11; anschaulich zuletzt etwa VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 16. Januar 2013, 2 VK LSA 40/12.

403 So kann sich auf Grundlage einer Kenntnis des Wettbewerbers eine (fristgebundene) Rügepflicht ergeben; vgl. etwa OLG Brandenburg, Beschluss vom 15. September 2009, Verg W 13/08; VK Sachsen, Beschluss vom 4. April 2011, 1/SVK/002-11; VK Sachsen, Beschluss vom 12. März 2010, 1/SVK/056-09.

404 Vgl. etwa VK Brandenburg, Beschluss vom 27. Dezember 2011, VK 44/11.

volumen in einzelne Lose aufzuteilen. Insbesondere ist typischerweise die Bildung von Teillosen für einzelne Poststellen sowie die Trennung von Brief- und Paketdienstleistungen erforderlich, um Wettbewerb im Postsektor zu ermöglichen.⁴⁰⁵ Auch eine Pflicht zur Bildung von Teillosen nach Empfängeradressen (Zustellgebieten) kann in Betracht kommen.⁴⁰⁶

Mitunter werden Ausschreibungsbedingungen wenig wettbewerbsfreundlich zugeschnitten. Besonders bedeutsam sind insoweit geforderte Eignungsnachweise. Diese sollen sicherstellen, dass Anbieter auch die zur Erbringung der Leistung notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten aufweisen. Eignungsanforderungen müssen in der Vergabebekanntmachung angegeben werden; in den Verdingungsunterlagen ist lediglich deren Konkretisierung möglich; eine spätere Verschärfung ist unzulässig.⁴⁰⁷ Eignungsanforderungen müssen angemessen sein und sich an dem für die ausgeschriebene Leistung erforderlichen Leistungsbild orientieren.⁴⁰⁸ Kleinere Wettbewerber haben naturgemäß in der Regel weniger Erfahrungen als die DPAG, können aber nichtsdestoweniger durchaus nachweislich in der Lage sein, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Insoweit ist regelmäßig eine Einzelfallprüfung erforderlich.⁴⁰⁹

Bisweilen wird die Leistungsbeschreibung so abgefasst, dass allein die DPAG in der Lage ist, die Anforderungen zu erfüllen. Derartige Verstöße gegen das Gebot der Produktneutralität⁴¹⁰ können sich etwa aus der Vorgabe der (Weiter-)Nutzung bestehender, auf die DPAG zugeschnittener Strukturen oder Einrichtungen⁴¹¹ oder aus einer Referenz auf das Zustellnetz der DPAG ergeben.⁴¹²

Preisangaben in den Angeboten der Anbieter müssen transparent sein. Angebote der DPAG lassen mitunter nicht erkennen, ob der Angebotspreis Umsatzsteuer enthält, was unter Umständen das Angebot unvollständig machen kann.⁴¹³

258. Die Monopolkommission verkennt nicht, dass die Mehrzahl dieser Probleme allenfalls teilweise postspezifisch ist. Dennoch ist die vergaberechtliche wie postrechtliche Förderung von Wettbewerb angesichts der Asymmetrie zwischen der DPAG und ihren Wettbewerbern von besonderer Bedeutung. Diese wird durch die vergaberechtlich ausdrücklich vorgeschriebene Berücksichtigung mittelständischer Interessen noch verstärkt. Bereits die Unsicherheit über die rechtliche Situation kann wettbewerbsvermindernde Wirkung haben, insbesondere da die gerichtliche Klärung einzelner vergaberechtlicher Fragen in diesem Bereich selten und langwierig ist.

405 Vgl. etwa OLG Schleswig, Beschlüsse vom 30. Oktober 2012, 1 Verg 5/12, sowie vom 25. Januar 2013, 1 Verg 6/12 und 1 Verg 8/12.

406 Vgl. VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 12. Juni 2013, 1 VK 12/13; abhängig von den genauen Erfordernissen des Auftraggebers kann jedoch auch bereits eine Vorsortierung nach Postleitzahlregionen unzumutbar sein; vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Februar 2011, VII-Verg 5/11.

407 Vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. November 2009, VII-Verg 41/09; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2010, VII-Verg 18/10; OLG München, Beschluss vom 15. März 2012, Verg 2/12.

408 Vgl. etwa § 7 Abs. 1 Satz 1 VOL/A-EG; Art. 44 Abs. 2, UA 2 Richtlinie 2004/18/EG; hierzu etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2011, Verg 74/11.

409 OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 24. Februar 2009, 11 Verg 19/08.

410 Vgl. etwa § 7 Abs. 3, 8 Abs. 2 VOL/A-EG, Art. 23 Abs. 8 der Richtlinie 2004/18/EG.

411 Vgl. etwa OLG Düsseldorf, OLG Schleswig, Beschlüsse vom 25. Januar 2013, 1 Verg 6/12 und 1 Verg 8/12.

412 Vgl. etwa VK Niedersachsen, Beschluss vom 12. Dezember 2011, VgK-52/2011.

413 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Februar 2013, VII-Verg 32/12.

259. Eine Verminderung wettbewerbsverzerrender Fehler in Vergabeverfahren im Postsektor ließe sich durch eine verstärkte zentrale Unterstützung der Auftraggeber erreichen. So begrüßt die Monopolkommission, dass einzelne Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der Bundesnetzagentur bereits auf entsprechenden Veranstaltungen vortragen. Darüber hinaus erscheint die Erstellung eines postspezifischen Leitfadens für Vergabeverfahren von hoheitlicher Seite wünschenswert. Die zur vollständigen Marktliberalisierung 2008 erstellten Leitfäden des Deutschen Städte- und Gemeindebundes⁴¹⁴ und des Bundesverbandes Deutscher Postdienstleister⁴¹⁵ wurden seither nicht aktualisiert und gehen auf die im Laufe der Zeit offenbar gewordenen Vergabeprobleme nur teilweise ein. Ihnen fehlen auch die Visibilität und die Überzeugungswirkung, die von staatlicherseits erstellten Leitfäden ausgeht. Ein Beispiel für ein derartiges staatlicherseits erstelltes Instrument ist der gemeinsame Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur von 2010.⁴¹⁶ Auf Grundlage ihrer Befassung mit den Problemen des (postspezifischen) Vergaberechts kommen als Autoren bzw. Auftraggeber eines Vergabeleitfadens für Postdienste insbesondere die Kartellbehörden und die Bundesnetzagentur, aber auch das BMWi und/oder die Wirtschaftsministerien der Länder in Betracht. Nach Auffassung der Monopolkommission könnte ein derartiger Leitfaden der Ausschreibungspflicht direkt zu mehr praktischer Geltung verhelfen und dadurch den Wettbewerb fördern.

260. Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund begrüßt die Monopolkommission grundsätzlich den Vorschlag der Europäischen Kommission zur Reform des sektorspezifischen Vergaberechts.⁴¹⁷ Insbesondere die dort vorgeschlagene Einrichtung zentraler Wissensstellen ginge weit über die Erstellung von Leitfäden hinaus und adressiert die gleichen Probleme. Die Einsetzung nationaler Aufsichtsstellen für die Überwachung, Umsetzung und Kontrolle des Vergaberechts erscheint weitreichend, bei entsprechender Umsetzung jedoch erwägenswert. So ließe sich das Wissensdefizit um die Praxis öffentlicher Vergaben in diesem Bereich beheben; die Ausschreibungspflicht würde effektiviert. Die Monopolkommission bedauert, dass in der Kompromissfassung infolge des Trilogs zwischen Europäischem Rat, Europäischer Kommission und Europäischem Parlament der Kommissionsvorschlag insoweit stark reduziert wurde.⁴¹⁸ Bedenken hinsichtlich einer teilweise befürchteten Überbürokratisierung wäre ohne weiteres bei der Umsetzung der Richtlinie Rechnung zu tragen gewesen. Die Monopolkommission ruft die Politik und den europäischen Gesetzgeber auf, die notwendigen Reformschritte nicht unnötig zu verschieben. Der deutsche Gesetzgeber sollte bei einer Umsetzung des voraussichtlich in der ersten Jahreshälfte 2014 zu beschließenden Richtlinienpakets zum Vergaberecht die Modernisierungschancen für das deutsche Vergaberecht nutzen.⁴¹⁹

414 DStGB-Leitlinien für die Vergabe von Postdienstleistungen durch Kommunen, 2007.

415 Vgl. Burgi, M., Kriterien für die Vergabe von Postdienstleistungen im Gewährleistungsstaat, Rechtsgutachten, Januar 2007.

416 BKartA/BNetzA, Gemeinsamer Leitfaden zur Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen und zum Wechsel des Konzessionsnehmers, Dezember 2010.

417 Vorschlag für Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, KOM(2011) 895 endgültig, 20. Dezember 2011.

418 Dokument des Europäischen Rates 11746/13 vom 15. Juli 2013. Die Erste Lesung im Europäischen Parlament ist für den 9. Dezember geplant; vgl. [http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/0439\(COD\)#ForeCasts](http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2011/0439(COD)#ForeCasts)

419 Vgl. zu vergleichbaren Problemen im Nahverkehrsbereich und entsprechenden Lösungsansätzen

4. Zentrale Anknüpfungspunkte einer effektiveren Wettbewerbsaufsicht

4.1 Angemessene Ausgestaltung der Marktaufsicht

261. Im Bundeskartellamt sind in der 9. Beschlussabteilung mit Postthemen drei Personen intensiver beschäftigt. Diese sind allerdings noch für eine Reihe weiterer Sektoren zuständig. Dabei erscheint angesichts der vor Gericht regelmäßig nutzbar gemachten Ressourcen der DPAG⁴²⁰ nicht unerheblich, dass typischerweise Beschwerdeverfahren des Bundeskartellamtes erstinstanzlich in der Beschlusskammer selbst geführt werden.

262. Bei der Bundesnetzagentur sind sechs Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen in der Beschlusskammer 5 tätig, welche die Regulierungs- und Missbrauchsverfahren der Behörde im Postbereich führt.⁴²¹ Deren Arbeitskraft kommt zu einem Teil auch Verfahren in anderen Bereichen wie der Telekommunikationsregulierung zugute. Gerichtsverfahren werden dabei zwar zentral im Justizariat geführt, bringen jedoch für die auf Fachebene zuständigen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen trotzdem nicht unerhebliche zusätzliche Arbeitsbelastungen mit sich.⁴²² Daneben sind im marktregulatorischen Bereich acht weitere Personen beschäftigt, die unter anderem die Beschlusskammer unterstützen. Der Großteil der in der Postabteilung der Bundesnetzagentur tätigen Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen befasst sich jedoch mit Aufsichtsaufgaben.⁴²³

263. Die Monopolkommission vermag auf Grundlage der ihr vorliegenden Erkenntnisse die Angemessenheit der Personalausstattung und Ressourcenverteilung der Behörden nicht im Einzelnen zu bewerten. Nach Aussagen der Behörden wird allerdings aktuell mehreren Beschwerden aus dem Markt aus Opportunitäts Gesichtspunkten nicht nachgegangen. Angesichts der seit der Liberalisierung weitgehend konstanten Marktanteile der DPAG im Briefmarkt und der Verletzlichkeit des Wettbewerbs in diesem Bereich erscheint daher eine (zeitweilige) Aufstockung der Schlagkraft der Beschlussabteilung 9 des Bundeskartellamtes und der Beschlusskammer 5 der Bundesnetzagentur wünschenswert. Auf dieser Grundlage ließe sich Unschärfen der Grenzen des Leistungswettbewerbs nachdrücklicher begehen.

264. Die Auskunftsbefugnisse der Bundesnetzagentur nach § 45 PostG setzen keinen konkreten Verdacht auf Verstöße voraus. Es genügt zur Begründung eines Auskunftsverlangens, wenn die Behörde aus konkretem Anlass einzelne Zusammenhänge und Daten ermittelt; dabei ist ein großzügiger Maßstab anzulegen.⁴²⁴ Insoweit genügen schon schlichte Beschwerden von Wettbewerbern, wenn diese einen gewissen Substanziierungsgrad aufweisen, oder konkreter Klärungsbedarf im Rahmen einer ver-

Monopolkommission, Bahn 2013: Reform zügig umsetzen!, Sondergutachten 64, Baden-Baden 2013, Tz. 184 ff.

420 Vgl. Abschnitt 3.2.4.

421 Stand Ende Juli 2013; S. 1 ff. der Antwort der Bundesnetzagentur auf den Fragebogen Post 2013 der Monopolkommission.

422 Vgl. Abschnitt 3.2.4.

423 Insbesondere Grundsatzfragen, Prüfung und Beobachtung von Marktteilnehmern auch in der Fläche, die Kontrolle von Postgeheimnis und Datenschutz sowie Universaldienst, Verbraucherfragen und Qualitätsmessungen.

424 Vgl. eingehender und m.w.N. Badura, in: Badura, P. (Hrsg.), Beck'scher PostG Kommentar, 2. Aufl., München 2004, § 45 Rn. 15 ff.

fahrensbezogenen Marktanalyse. Vor dem Hintergrund, dass die Erfassung von Daten der DPAG regelmäßig den erheblichen Aufwand mehrfacher Nachfragen und Konkretisierungen erfordert, erscheint es bedauerlich, dass die Bundesnetzagentur ihre im Postgesetz vorgesehenen Untersuchungsbefugnisse nach § 45 Abs. 1 Nr. 2, 4 PostG i.V.m. § 72 Abs. 4 ff. TKG 1996 bislang nicht nutzt.

265. § 48 S. 1, 2 PostG sieht für einige Verfahren der Bundesnetzagentur neben Stellungnahmerechten des Bundeskartellamtes die Erzielung von Einvernehmen zwischen den Behörden bei Entscheidungen über die Marktabgrenzung und die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung vor. Die Zusammenarbeit zwischen den Behörden folgt bislang offenbar vor allem diesen vom Postgesetz gezogenen Linien und wurde insoweit von den Behörden als gut bezeichnet. Darüber hinaus sieht jedoch das GWB in § 50c Abs. 1 einen weitreichenden Informationsaustausch zwischen dem Bundeskartellamt und der Bundesnetzagentur vor. Auf dieser Grundlage wäre eine aktive Kooperation möglich, die in § 48 S. 3 PostG i.V.m. § 82 S. 6 TKG 1996 auch bereits angelegt ist. Nach dieser Vorschrift haben die Behörden einander Beobachtungen und Feststellungen mitzuteilen, die für die Erfüllung der beiderseitigen Aufgaben von Bedeutung sein können.

266. Im Interesse eines verbesserten behördlichen Verständnisses der Postmärkte empfiehlt sich parallel zu einer Modernisierung der regulatorischen Datenerfassung durch die Bundesnetzagentur⁴²⁵ und einer Vertiefung und Effektivierung der Marktdatenerfassung⁴²⁶ die Durchführung einer Sektoruntersuchung nach § 32e GWB. Diese gestattet dem Bundeskartellamt und den Landeskartellbehörden die Untersuchung eines bestimmten Wirtschaftszweiges, wenn, wie im Postsektor offensichtlich, Umstände vermuten lassen, dass der Wettbewerb im Inland möglicherweise eingeschränkt oder verfälscht ist. Eine derartige Untersuchung könnte auf den Daten der Bundesnetzagentur aufbauen. Die Bundesnetzagentur könnte parallel zusätzliche Daten erheben, die für bislang aus Opportunitätsgründen ruhende Verfahren notwendig sind. Daneben bietet sich an, solchen Vorwürfen eingehender nachzugehen, die im Rahmen der Sektoruntersuchung bekannt werden bzw. bislang nicht ausreichend substantiiert waren.

267. Das Bundeskartellamt verzichtet zwar im Postbereich bislang darauf, die Arbeitskraft Dritter in seinen Untersuchungen und Verfahren nutzbar zu machen. Dies ist jedoch in anderen Bereichen nicht unüblich. So sehen § 57 Abs. 1, 2 S. 1, 2 GWB i.V.m. §§ 402 ff. ZPO insbesondere den Sachverständigenbeweis vor. Sachverständiger darf sich das Bundeskartellamt auch bei Durchsuchungen bedienen.⁴²⁷ Ähnliches gilt für die Bundesnetzagentur, deren Befugnisnormen sogar ausdrücklich eine Kostenerstattung der Kosten für Sachverständige vorsehen.⁴²⁸ Insoweit erscheint es jedenfalls zweifelhaft, ob die Kapazitätsbeschränkungen der Behörden einer aus Sicht der Monopolkommission klar indizierten und als Grundlage für eine angemessene Wettbewerbsaufsicht im Postbereich unverzichtbaren Sektoruntersuchung entgegenstehen.

268. Eine derartige Untersuchung dürfte bei einer zeitgemäßen Ausgestaltung unter moderater Nutzung externer Sachverständiger auch mit den begrenzten Kapazitäten des

⁴²⁵ Vgl. eingehender Abschnitt 4.3.

⁴²⁶ Vgl. eingehender Abschnitt 4.2.

⁴²⁷ Vgl. § 59 Abs. 3 GWB. Hierzu etwa Klaue, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. 2: GWB, a.a.O., § 59 Rn. 52.

⁴²⁸ Vgl. § 45 Abs. 4 PostG i.V.m. § 72 Abs. 9 TKG 1996.

Bundeskartellamtes möglich sein. Dabei müsste allerdings insbesondere auf eine verstärkte Nutzung elektronischer Datenverarbeitung und der Möglichkeiten des Internet zurückgegriffen werden. Zudem sollte eine stärkere Vernetzung mit Daten aus anderen Quellen wie etwa der Europäischen Kommission, Landesministerien, zentralen Vergaberegistern und Behörden wie etwa dem Bundesamt für Güterverkehr (BAG) erfolgen.

4.2 Marktdatenerfassung und Market Monitoring

269. Grundlage politischer und behördlicher Entscheidungen im Postsektor sind die insoweit verfügbaren Informationen. Weithin fehlende oder lückenhafte Informationen beeinflussen die Qualität der öffentlichen Diskussion und der Entscheidungen von Legislative und Exekutive deutlich negativ. Bislang werden für den Postbereich jedoch nur Daten erhoben, die teils wenig weitreichend,⁴²⁹ teils (zusätzlich) wenig belastbar⁴³⁰ sind.

270. Die Bundesnetzagentur greift für ihre Marktuntersuchung des nicht lizenzpflichtigen Bereichs regelmäßig auf Dienstleister zurück, hat dies bei der Ermittlung verfahrensrelevanter Tatsachen wie Kosten etc. jedoch bislang nicht getan.

Bei der Untersuchung des nicht lizenzpflichtigen Bereichs wird bislang darauf verzichtet, die Auskunftsbefugnisse der Bundesnetzagentur nutzbar zu machen, sodass die Ergebnisse derartiger Untersuchungen regelmäßig wenig belastbar sind.⁴³¹ Die Monopolkommission fordert die Behörde auf, sich an zukünftigen, von ihr (mit-)beauftragten Untersuchungen Dritter jedenfalls soweit zu beteiligen, wie es erforderlich ist, um die Auskunftspflichten der befragten Unternehmen nach § 45 PostG nutzbar zu machen.

271. Von Interesse scheint der Monopolkommission nicht zuletzt zu sein, die verfügbaren Daten in eine einheitliche Struktur zu bringen und kommensurabel bzw. vergleichbar zu machen. Das vom Bundeswirtschaftsministerium bei WIK-Consult und TÜV Rheinland in Auftrag gegebene Postmarkt-Monitoring für 2013 und 2014 könnte insoweit in Zusammenhang mit einer Sektoruntersuchung nach § 32e GWB und zeitgemäßer regulatorischer Datenerfassung⁴³² eine gute Grundlage bieten.

272. In diesem Zusammenhang dürfte auch die aktuell vielfach drängende Frage nach den Grenzen zulässiger und erforderlicher Marktdatentransparenz (differenziert nach vertraulichkeitsverpflichteten Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen einzelner zuständiger Behörden bzw. deren im Einzelnen vertraulichkeitsverpflichteten Sachverständigen und der Öffentlichkeit)⁴³³ und den Grenzen des Eigentumsschutzes von Daten, die keine oder nur eine geringe Innovationshöhe aufweisen,⁴³⁴ zu beantworten sein. Eine Weiter-

429 Vgl. für den (lizenzpflichtigen) Briefmarkt insbesondere Abschnitt 1.2.

430 Vgl. für den nicht lizenzpflichtigen Bereich Abschnitt 1.5.3.

431 Vgl. eingehender Abschnitte 1.2 und 1.5.3.

432 Vgl. eingehender Abschnitt 4.3.

433 Vgl. etwa aus kartellrechtlicher Sicht zuletzt Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, a.a.O., Tz. 521 ff.

434 Vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 24. Mai 2004, COMP/C-3/37.792, Microsoft; hierzu EuG, Urteil vom 17. September 2007, T-201/04. Die diesem Fall zugrunde liegende Marktsituation könnte in manchen Marktsegmenten durchaus mit der im Postmarkt vergleichbar sein. Vgl. auch Foo, Yun Chee, EU ends Thomson Reuters codes probe after concessions, Reuters online, 20. Dezember 2012.

entwicklung dürfte in diesem Zusammenhang auch der bislang nach wettbewerblicher Situation und tatsächlichen legitimen Schutzinteressen wenig differenzierte Begriff des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen erfahren. Denn bei Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen handelt es sich mitnichten um aus den Persönlichkeitsgrundrechten abgeleitete, dem Datenschutz vergleichbare Unternehmensrechte. Schutzgut ist vor allem die konkrete unternehmerische Leistung, die vor Ausnutzung durch Wettbewerber geschützt werden soll. Das Geheimhaltungsinteresse von Daten zu Strukturen, die teilweise mit dem Steuerverzicht des Bundes und mit Lastenübernahmen in Höhe von mehreren hundert Milliarden Euro unterstützt werden,⁴³⁵ seitens eines vielfach vom Wettbewerb abgeschotteten Quasi-Monopolunternehmens ist insoweit mit dem Gesetzesziel des Wettbewerbsschutzes und eines „level playing field“ der Marktteilnehmer abzuwägen.

Die Normen zu Auskunftsrechten der Kartell- und Regulierungsbehörden wurden bislang vor dem Hintergrund ausgelegt, dass früher bei der Beantwortung behördlicher Auskunftsanordnungen unternehmensseitig typischerweise erheblicher Aufwand entstand. Die veränderten Modalitäten der Datenerfassung könnten insoweit zu einer Neubewertung der Grenzen behördlicher Auskunftsrechte durch Literatur und Rechtsprechung führen.⁴³⁶ Denn die (implizit) zugrunde gelegten Verhältnismäßigkeitsabwägungen können von der Entwicklung hin zu immer mächtigeren und leichter zugänglichen Datenhaltungen von (Groß-)Unternehmen nicht unberührt bleiben.⁴³⁷

4.3 Regulatorische Datenerfassung

273. Jede preis- und/oder kostenbezogene Regulierung und Missbrauchsaufsicht basiert auf der Erfassung der relevanten Unternehmensdaten, insbesondere Preis-, Kosten-, Produktions- und Umsatzdaten von marktbeherrschenden Unternehmen. Anstatt diese Daten selbst zu erheben, verlassen sich die Behörden – vor allem aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen, aber auch aus solchen der Verhältnismäßigkeit – regelmäßig auf Auskünfte von verfahrensbetroffenen Unternehmen.

274. Diese indirekte Datenerhebung hat jedoch den Nachteil erheblicher Möglichkeiten der Unternehmen, die an die Behörden weitergeleiteten Daten unter dem Blickwinkel des (jeweiligen) Unternehmensinteresses darzustellen. Insbesondere vor dem Hintergrund erheblicher Spielräume und Unschärfen bei der Erfassung und Aggregation von Einzel- bzw. Rohdaten sind zudem regelmäßig die Möglichkeiten der Behörden, die aggregiert vorgelegten Daten auf Ungenauigkeiten zu überprüfen, begrenzt. Diese Gründe sprechen grundsätzlich für eine möglichst direkte Datenerhebung durch die Behörden.⁴³⁸

435 Vgl. eingehender Abschnitte 2.6 und 3.3.

436 Vgl. zu § 59 GWB etwa bereits OLG Brandenburg, Beschluss vom 11. September 2012, Kart W 2/12; allerdings ist die Kartellbehörde verpflichtet, einen gesicherten Übertragungsweg anzubieten; vgl. BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013, KVZ 57/12.

437 Im Postsektor erscheint insoweit von besonderem Interesse, dass die DPAG ein weltweit als vorbildlich bekanntes Enterprise Resource Management System unterhält, das bereits seit mehr als zehn Jahren ausgebaut wird; vgl. etwa Machatschke, M., Klaus Zumwinkel – Der temperierte Manager, Manager Magazin online, 11. März 2004, in dem der damalige Vorstandsvorsitzende der DPAG als „sein Mantra“ zitieren lässt: „Messen, messen, messen“.

438 Vgl. eingehender Abschnitt 2.5.

275. Die direkte Datenerhebung in betroffenen Unternehmen bzw. in deren interner Datenhaltung ist im Rahmen der Kartellverfolgung substanzieller Bestandteil aller Ermittlungen. In Missbrauchs- und Regulierungsverfahren werden hingegen bislang nur selten verfahrensrelevante Informationen unmittelbar in Unternehmen erhoben. Das volle Spektrum der behördlichen Informationsgewinnung steht jedoch auch bei Missbrauchsverdacht und im Rahmen von Regulierungsverfahren zur Verfügung.⁴³⁹

276. Der rechtliche Rahmen der Ermittlungen von Bundeskartellamt und Bundesnetzagentur sieht zur Untermauerung der Auskunftspflichten der Unternehmen und zur Ermöglichung direkter Datenerfassung vor, dass die Behörden die „geschäftlichen Unterlagen“ der Unternehmen einsehen und prüfen können.⁴⁴⁰ Daneben haben die Behörden die Befugnis, die Herausgabe von Unterlagen zu verlangen⁴⁴¹ bzw. diese in Verwahrung zu nehmen⁴⁴² und gegebenenfalls (im Rahmen einer Durchsuchung) zu beschlagnahmen.⁴⁴³ Auf dieser Grundlage können die Behörden in den Unternehmen vorhandene, auf deren wirtschaftliche Verhältnisse bezogene elektronische Daten übermitteln lassen bzw. kopieren und den Unternehmen darüber hinaus Ermittlungspflichten in Bezug auf deren wirtschaftliche Verhältnisse auferlegen.⁴⁴⁴ Die Bundesnetzagentur kann darüber hinaus marktbeherrschenden Unternehmen die Ausgestaltung der internen Rechnungslegung für Postdienstleistungen vorgeben.⁴⁴⁵

277. Vor dem Hintergrund der historisch gewachsenen Praxis in Regulierung und Missbrauchsaufsicht ist bislang keine direkte Datenerfassung bei marktbeherrschenden Unternehmen im Postsektor erfolgt. Angesichts der strukturellen Komplexität der in den Unternehmen vorgehaltenen Daten ist dies auch keine einfache Aufgabe. Denn die in modernen Controlling- und Enterprise-Resource-Management- bzw. Enterprise-Resource-Planning-Systemen vorgehaltenen Daten sind zwar zunehmend umfangreich und detailliert. Die Datenhaltung und -taxonomie ist allerdings nur in wenigen Branchen standardisiert; insbesondere im Postsektor existiert insoweit bislang kein Branchenstandard. Die sinnvolle Verwertung von Daten setzt jedoch ein präzises Verständnis der in diesen Daten ausgedrückten Information voraus. Insbesondere ist eine genaue Kenntnis der zugrunde liegenden tatsächlichen (Produktions-)Strukturen unabdingbar. Vor diesem Hintergrund könnte eine (vollständige) direkte Datenerfassung seitens der Behörden zwar einen möglicherweise erheblichen behördlichen Initialaufwand zur Voraussetzung haben. Der Aufwand sinkt jedoch deutlich, soweit auf bereits existierender Software und Schnittstellen sowie Datenstandards aufgebaut werden kann. Einem möglicherweise nicht unerheblichen Initialaufwand stehen allerdings Erleichterungen bzw. Einsparungen bei Datenerfassung, -aggregation und -validierung sowie bei der regulatorischen Datenauswertung gegenüber.

439 Vgl. die Klärung von grundlegenden formellen Fragen im Verfahren der Europäischen Kommission wegen Missbrauchsverdachts gegen die Deutsche Bahn AG EuG, Urteil vom 6. September 2013, verb. Rs. T-289/11; T-290/11; T-521/11.

440 Vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 2 PostG und § 59 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GWB.

441 § 59 Abs. 1 S. 1. Nr. 1 Var. 2 GWB.

442 § 45 Abs. 5 PostG i.V.m. § 72 Abs. 6 Var. 1 TKG 1996.

443 § 59 Abs. 4 GWB bzw. § 45 Abs. 4 PostG i.V.m. § 72 Abs. 6 Var. 2 i.V.m. Abs. 5 TKG 1996.

444 Vgl. etwa zu § 59 Abs. 1 GWB OLG Brandenburg, Beschluss vom 11. September 2012, Kart W 2/12; allerdings ist die Kartellbehörde verpflichtet, einen gesicherten Übertragungsweg anzubieten; vgl. BGH, Beschluss vom 26. Februar 2013, KVZ 57/12.

445 § 10 Abs. 2 S. 3 PostG.

278. Aufbauend auf den aktuellen Regulierungsstrukturen erscheinen Stichproben auf Grundlage des internen Rechnungswesens von Verfahrensbeteiligten sinnvoll. Diese würden bei überschaubarem Aufwand eine detailliertere Plausibilisierung und Überprüfung der in laufenden Verfahren verwendeten Daten ermöglichen. Daneben würden die teilnehmenden Behörden wertvolle Erfahrungen im Umgang mit disaggregierten Unternehmensdaten im Postsektor und mit der Datenhaltung moderner Großunternehmen erlangen, die in laufenden und zukünftigen Verfahren von erheblichem Nutzen sein dürften.

279. Eine direkte regulatorische Datenerfassung in einem Unternehmen setzt dessen entsprechende Datenhaltung voraus. Dafür kann die Bundesnetzagentur nach § 10 Abs. 2 S. 3 PostG gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen für Postdienstleistungen Vorgaben machen.

Dabei ist davon auszugehen, dass die IT-Systeme moderner Großunternehmen ohne zusätzlichen Aufwand derartigen Anforderungen gewachsen sind. Denn zum einen erfolgt bei regulierten Unternehmen unternehmensintern bereits heute die Erstellung entsprechender Datensätze. Auf den dafür verwendeten Erfassungswerkzeugen und Einzeldaten könnten die Behörden (teilweise) aufbauen. Zum anderen werden in Unternehmen unabhängig von regulatorischen Vorgaben im Rahmen einer betriebswirtschaftlich verstandenen „information governance“ zunehmend „single point of truth“-Datensätze („SPOT“) generiert, die uneinheitliche und dispergierte Unternehmensdaten zentral zusammenführen und validieren.

280. Für den Zugriff der Behörden auf Einzeldaten sind spezifische Schnittstellen zu derartigen Datenhaltungen notwendig. Daneben benötigen die Behörden IT-Werkzeuge, welche eine sichere Datenübertragung und -auswertung ermöglichen. Solche Software wird teils bereits heute von den Behörden und den Unternehmen verwendet, teils existieren entsprechende Angebote am Markt, teils müssten möglicherweise einzelne Module neu entwickelt werden. Beispielhaft sind hier von Kartellbehörden bereits eingesetzte Standardwerkzeuge zu nennen, die einen umfassenden Zugang zur IT-Infrastruktur ermöglichen.⁴⁴⁶ Von Wirtschaftsprüfern wird vergleichbare Software im Rahmen von „forensic accounting“ verwendet, im US-amerikanischen Zivilprozess im Zusammenhang mit elektronischer Beweiserhebung („E-Discovery“).

281. Bei der Implementierung bzw. Entwicklung derartiger Software sollte auch auf (externe) Fachleute zurückgegriffen werden, die bereits Erfahrungen mit entsprechenden Aufgaben und Datenhaltungssystemen haben. Entscheidend für den Erfolg derartiger Bestrebungen dürfte auch die Definition von Daten- und Schnittstellenstandards sein.⁴⁴⁷ Ein in Bezug auf die technische Funktionalität vergleichbares Beispiel für Standards, die den regulatorischen Zugang zu Unternehmensdaten ermöglichen, sind die des Europäischen Instituts für Telekommunikationsnormen (ETSI) für den behördlichen Zugang zu Kommunikationsdaten.⁴⁴⁸

⁴⁴⁶ Die im Rahmen von Kartellverfolgungen eingesetzte Systemzugangssoftware und „data mining“-Werkzeuge weisen zwar teilweise eine hohe Effektivität auf, sind jedoch ganz überwiegend bislang nicht auf Zahlenwerke, sondern Begriffe hin optimiert.

⁴⁴⁷ Vgl. eingehender Groom, E./Rodriguez Pardina, M.A./Rapti, R.S., Accounting for Infrastructure Regulation, a.a.O., S. 121 ff.

⁴⁴⁸ Vgl. etwa das Handover interface for the lawful interception of telecommunications traffic, ES 201 671, RES/LI-00037 (Ver. 3.1.1 vom 29. Mai 2007), <http://www.etsi.org/index.php/techno->

282. Datenschutz- und Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten wird dabei vor allem dadurch Rechnung getragen, dass die erhobenen Daten unternehmensbezogen sind und verfahrensbezogen verwendet werden. Bei einer derartigen elektronischen Datenerfassung bleibt die Eingriffsintensität hinter den gesetzlich vorgesehenen Beschlagnahmerechten zurück, da die Daten (auch) im Unternehmen verbleiben. Der von Unternehmen in diesem Kontext oft vorgebrachte Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen kann angesichts der klaren gesetzlichen Regelungen⁴⁴⁹ und der Sicherstellung der rein verfahrensbezogenen Verwendung erhobener Daten durch das Verfahrensrecht gegenüber von im Rahmen ihrer Aufgaben handelnden Behörden nicht durchgreifen.⁴⁵⁰ In diesem Zusammenhang ist nicht zuletzt auf die strafbewehrten Vertraulichkeitspflichten der eingesetzten Behördenmitarbeiter und -mitarbeiterinnen hinzuweisen, die insbesondere im Zusammenwirken mit der Behördenorganisation einen sensiblen Umgang mit Unternehmensdaten sicherstellen.⁴⁵¹

283. Mittelfristig ist auf Grundlage derartiger Daten- und Schnittstellenstandards sowie behördlicherseits verwendeter Software die weitgehend automatisierte regulatorische Datenerfassung möglich. Der Aufwand der Datenprüfung und -auswertung wird dadurch für die Behörde deutlich verringert, die Prüfungstiefe erheblich gesteigert.⁴⁵² Der große Vorteil für die betroffenen Unternehmen ist nicht zuletzt, dass die vereinheitlichte Datenbasis die Compliance hinsichtlich gesetzlicher Entgeltvorgaben im Rahmen der Missbrauchsaufsicht erleichtert.

4.4 Nachdrückliche Durchsetzung kartellrechtlicher Maßstäbe

284. Das Bundeskartellamt und die Europäische Kommission haben in jüngerer Vergangenheit die Vorgaben des Kartellrechts gegenüber in Postmärkten marktbeherrschenden Unternehmen eher zurückhaltend durchgesetzt. Dieser Zurückhaltung lagen vor allem Überlegungen eines möglichst effizienten Einsatzes der knappen behördlichen Ressourcen zugrunde. So prüft das Bundeskartellamt bei seiner Untersuchung des Preissetzungsverhaltens der DPAG gegenüber Großkunden in einem ersten Schritt lediglich das Verbot der Preis-Kosten-Schere. Diese stellt jedoch lediglich einen besonders voraussetzungsarmen Unterfall von Verdrängungspreisen bzw. gezielter Kampfpreisunterbietung dar. Eine Prüfung von über Preis-Kosten-Scheren hinausgehenden Verstößen ist bislang nicht erfolgt.

285. Auf Grundlage einer zeitgemäßen elektronischen Datenerfassung der Behörde bei den Unternehmen würde die Schwelle des Ermittlungs- und Nachweisaufwandes ganz

logies-clusters/technologies/security/lawful-interception.

449 Vgl. etwa § 45 Abs. 1 bis 3 PostG und § 44 S. 2 PostG i.V.m. § 75a TKG 1996 sowie §§ 42 Abs. 2a, 50c Abs. 1, 59, 72 Abs. 2 GWB.

450 Vgl. etwa EuG, Urteil vom 6. September 2013, verb. Rs. T-289/11, T-290/11, T-521/11, Deutsche Bahn/Kommission.

451 Vgl. §§ 203 Abs. 1, 2 S. 1 Nr. 1 und 2; 204 Abs. 1 StGB.

452 Vgl. etwa die Erfahrungen der australischen Wettbewerbsbehörde ACCC mit entsprechenden Vorgaben im Rahmen des Regulatory accounting framework (RAF) und der Record Keeping Rule (RKR), insbesondere im Telekommunikationssektor, und die Erfahrungen der britischen Regulierungsbehörde für den Wassersektor Ofwat mit entsprechenden Rechnungslegungsregeln (regulatory accounting guidelines and regulatory accounts reporting requirements). Vergleichbar sind auch entsprechende (universaldienstzentrierte) Erfahrungen der britischen Regulierungsbehörde Ofcom im Postbereich; vgl. die Anweisung „Regulatory Accounting Guidelines (RAG)“ vom 27. März 2013.

erheblich sinken. Der Postbereich erscheint der Monopolkommission angesichts ausgezeichneter Datenhaltungssysteme der großen Unternehmen und vergleichsweise homogener Produkte als besonders geeignet für das Sammeln in der Behörde benötigter Informationen.

4.5 Kostenmaßstäbe

286. Bislang litt die Effektivität der Missbrauchsverbote des Postgesetzes und des GWB sowie des AEUV erheblich unter den Unschärfen hinsichtlich der anwendbaren Kostenmaßstäbe und Preisobergrenzen.⁴⁵³ Erhebliche Modernisierungspotenziale bei der behördlichen Datenerfassung und Kostenrechnung bedeuten jedoch die Möglichkeit, die Wirksamkeit des Wettbewerbsschutzes auch durch Abstellung bzw. Verhinderung preisbezogener Missbräuche auf eine neue Stufe zu heben.

287. Nicht allein vor dem Hintergrund der Klärung kartellrechtlicher Kostenmaßstäbe Anfang 2012 durch den Europäischen Gerichtshof⁴⁵⁴ ruft die Monopolkommission das Bundeskartellamt und die Bundesnetzagentur auf, verbleibende Unschärfen der Grenzen zulässiger Preissetzung marktbeherrschender Unternehmen im Postsektor zeitnah einer Klärung zuzuführen. Denn diese Unschärfen wirken sich in erheblichem Maße negativ auf die Kalkulationen aller Unternehmen im Postsektor und auf die Wettbewerbsfähigkeit der Postmärkte aus. Dadurch würde auch marktbeherrschenden Unternehmen die Einhaltung gesetzlicher Verbote erleichtert.

4.6 Novellierung des Postrechts

288. Zunächst erscheint aus Sicht der Monopolkommission eine Reform des Postgesetzes und der Post-Universaldienstverordnung wünschenswert. Probleme der Datenerfassung bei der Regulierungsbehörde ließen sich durch eine am Telekommunikationsrecht angelehnte Modernisierung der Kostenprüfungsmethodik beheben, die der Regulierung ein analytisches Kostenmodell zugrunde legt.

4.6.1 Postgesetznovelle

289. Mit dem Zusammentreten des am 22. September 2013 gewählten neuen Bundestages ist der zur Sitzung am 20. September 2013 in den Bundesrat eingebrachte Entwurf einer Novelle des Postgesetzes⁴⁵⁵ nach dem Grundsatz der sachlichen Diskontinuität gegenstandslos geworden.

290. Die Notwendigkeit einer Überarbeitung des geltenden Postgesetzes konstatiert die Monopolkommission seit Jahren.⁴⁵⁶ Um so dringlicher erscheint eine zeitnahe Wiederaufnahme der Novellierungsbestrebungen, um die Defizite der Regulierung jedenfalls zu mindern und die Erreichung des schon im aktuellen Postgesetz festgeschriebenen Ziels eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten des Postwesens, auch in der Fläche, zu ermöglichen.

⁴⁵³ Vgl. Abschnitte 2.2 sowie 2.3.3.

⁴⁵⁴ EuGH, Urteil vom 27. März 2012, Rs. C-209/10, Post Danmark, Rn. 29 f.

⁴⁵⁵ Vgl. den Entwurf der Bundesregierung eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Postgesetzes, BR-Drs. 627/13 vom 9. August 2013.

⁴⁵⁶ Vgl. zuletzt Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, a.a.O., Tz. 105 ff.; Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 82 ff.

Möglichkeiten zur Deregulierung sieht die Monopolkommission angesichts stagnierenden Wettbewerbs nur in sehr begrenztem Umfang.

291. Dabei sind die bestehenden materiellen Verhaltensmaßstäbe für marktbeherrschende Unternehmen für den Wettbewerbsschutz ausreichend. Um den bereits 1997 im Postgesetz festgeschriebenen Zielen näher zu kommen, ist jedoch insbesondere eine effektivere Ausgestaltung der Befugnisse der Bundesnetzagentur notwendig.

292. Obwohl bei verständiger Auslegung des § 20 Abs. 2 PostG auch Preis-Kosten-Scheren des marktbeherrschenden Unternehmens erfasst sind, setzen entsprechende Durchsetzungsakte der Regulierungsbehörde nach dem Eindruck der Monopolkommission ein vorausgehendes Verfahren der Kartellbehörden voraus.⁴⁵⁷ So hat nach jahrelangen erfolglosen Beschwerden von Wettbewerbern ein Verfahren des Bundeskartellamtes nunmehr erste belastbare Hinweise auf Preis-Kosten-Scheren der DPAG erbracht.⁴⁵⁸ Die Einführung einer § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG nachgebildeten Vorschrift könnte hier die Abschreckungswirkung des Verbots erhöhen.

293. Faktisch übt die Bundesnetzagentur über Teilleistungsentgelte nach § 28 Abs. 2 PostG allein eine Ex-post-Aufsicht aus, da sie die Beschränkung der Regulierung in § 19 S. 2 PostG auf Sendungsmengen unter 50 Stück auch insoweit anwendet. Diese Auslegung widerspricht nach der Bewertung der Monopolkommission dem Willen des Gesetzgebers sowie dem Wortlaut und der Systematik des Gesetzes.⁴⁵⁹ Eine gesetzgeberische Klärung erscheint als das probate Mittel, die Aufsicht über dieses bedeutungsvolle Marktsegment zu verbessern.

294. Großkundenverträge (Mindesteinlieferungsmenge ab 50 Sendungen) unterliegen nach § 19 S. 2 PostG keiner Regulierung. Die Bundesnetzagentur sieht keine Möglichkeit, diese wettbewerbsbedeutsamen Verträge wirksam zu erfassen; aktuell hat das Bundeskartellamt mit erheblichem Aufwand die Nettopreise bei mehr als 40 Großkunden ermittelt; das Verfahren ist noch nicht abgeschlossen. Eine gesetzliche Vorlagepflicht für diese Verträge erscheint in verfahrensrechtlicher Hinsicht notwendig, aber auch ausreichend, die Erfassung möglicher Wettbewerbsverstöße marktbeherrschender Unternehmen im Briefmarkt zu erfassen.

295. Der Zugang zu Komponenten der postalischen Infrastruktur, den Art. 11a der Postdiensterrichtlinie vorgibt, wird nach dem Postgesetz nur teilweise gewährt. So findet sich in § 29 PostG nur eine abschließende Aufzählung, die insbesondere die in der Richtlinie als Beispiele aufgeführte Umleitung von Sendungen und die Rückleitung nicht mit erfasst. Insoweit erscheint es erforderlich, die Vorschrift europarechtskonform anzupassen.

Darüber hinaus erscheint es notwendig, den Zugang von Wettbewerbern zu Adressänderungsdaten zu verbessern, da nicht allein kleineren Wettbewerbern bei der aktuellen Lösung unnötig erhebliche Mehrkosten entstehen. Insoweit erscheint die im letzten Novellenvorschlag vorgesehene Änderung des § 29 PostG als erforderlich und zweckmäßig. Eine datenschutzkonforme Ausgestaltung stellt auf Grundlage moderner Daten-

⁴⁵⁷ Die Bundesnetzagentur sah sich bislang mangels Vorlagepflichten für Großkundenverträge außerstande, entsprechenden Vorwürfen vorzugehen; vgl. Abschnitte 4.1 und 4.3.

⁴⁵⁸ Vgl. Abschnitt 2.3.3.4.

⁴⁵⁹ Vgl. Abschnitt 2.3.2.4; zuvor bereits Monopolkommission, Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen eröffnen, Sondergutachten 62, Baden-Baden 2012, Tz. 85 ff.

verarbeitungssysteme kein Hindernis für eine einheitliche anbieterübergreifende Adressdatenbank dar, die ein „level playing field“ für alle Postdienstleister schaffen würde. Insoweit wäre allerdings möglicherweise eine Anpassung der Postdienste-Datenschutzverordnung⁴⁶⁰ erforderlich. Soweit eine derartige Plattformlösung geschaffen würde, müsste ebenfalls eine Modalität zur Bestimmung der Entgelte für den Zugang bestimmt werden.

Unabhängig davon sollten die Entgelte für den Zugang zu Adressänderungen und zu Postfachanlagen vor Vertragsschluss vorgelegt werden müssen. Dadurch würde erhebliches und unnötiges Missbrauchspotenzial verhindert; die Vorschrift des § 30 PostG könnte etwa analog zum § 38 Abs. 1 TKG ausgestaltet werden.

296. Die aktuell bestehende Ex-ante-Genehmigungspflicht für Entgelte für förmliche Zustellungen (sog. Postzustellungsaufträge, PZA) unabhängig von der marktbeherrschenden Stellung des Anbieters erscheint der Monopolkommission angesichts des grundsätzlich funktionierenden (Ausschreibungs-)Wettbewerbs in diesem Bereich⁴⁶¹ und regelmäßig bestehender Nachfragestärke der ausschreibenden Stellen als verzichtbar. Sie empfiehlt eine Rückführung der Entgeltenehmigungspflicht auf marktbeherrschende Unternehmen; § 34 S. 2, 3 PostG sollten entsprechend angepasst werden.

297. Die Effektivität der Ex-ante-Entgeltregulierung und der Missbrauchsaufsicht nach dem Postgesetz leidet erheblich darunter, dass in deren Rahmen nach § 20 Abs. 2 S. 2 PostG sowie § 3 Abs. 4 S. 2, 3 PEntgV neutrale Aufwendungen bzw. Sonderlasten berücksichtigt werden, welche die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung übersteigen. Mit der Einbeziehung dieser (Brutto-)Zusatzkosten können zum einen nicht wettbewerbsübliche Löhne und Gehälter durch die DPAG weitergereicht werden; zum anderen werden Altvorteile wie Monopolgewinne nicht berücksichtigt. Zudem entstehen erhebliche Anreizverzerrungen in Bezug auf die Ressourcenallokation bei der DPAG.

Die Monopolkommission spricht sich daher erneut dafür aus, § 20 Abs. 2 S. 2 PostG sowie § 3 Abs. 4 S. 3 PEntgV ausnahmslos zu streichen.⁴⁶² Die Berücksichtigung dieser Kosten begünstigt insbesondere die DPAG als marktbeherrschenden Postdienstleister einseitig und stellt weiterhin eine erhebliche Markteintrittsbarriere dar, die eine Konkurrenz zu einem wirksamen und funktionsfähigen Wettbewerb verhindert.

298. Dass Arbeitsmarktbedingungen im Zielkatalog des Postgesetzes enthalten sind und im Rahmen postrechtlicher Lizenzvorschriften berücksichtigt werden, erscheint sachfremd und ist unpraktikabel. Diese Normen sind zudem geeignet, den Wettbewerb zu behindern. Daher sollten § 2 Abs. 2 Nr. 5 sowie § 6 Abs. 3 Nr. 3 PostG ersatzlos gestrichen werden. Soweit ein politischer Wille besteht, Arbeitsbedingungen zu regeln, ist das Postgesetz jedenfalls der falsche Ort dafür. Die Monopolkommission rät vor diesem Hintergrund auch dringend von einem Versuch ab, die überragende Stellung der DPAG

460 Verordnung über den Datenschutz bei der geschäftsmäßigen Erbringung von Postdiensten (Postdienste-Datenschutzverordnung, PDSV) vom 2. Juli 2002.

461 Vgl. Abschnitt 1.3.

462 Vgl. zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 50; Hauptgutachten 2010/2011, a.a.O., Tz. 120.

weiter abzusichern⁴⁶³ und weist auf die rechtlichen Probleme einer derartigen Markt-
abschottung hin.⁴⁶⁴

Der Übergang von einem ehemaligen Staatsmonopol zu einer wettbewerblichen
Produktion impliziert zwangsläufig die Anpassung an die Arbeitsentgelte, die in
vergleichbaren Arbeitsverhältnissen gezahlt werden. Suprakompetitive Lohnniveaus
ließen sich dauerhaft allein unter Ausnutzung marktbeherrschender Stellungen bei-
halten. Die DPAG profitiert weiterhin von erheblichen Vorteilen, die ihre Stückkosten
gering halten und auch im Wettbewerb zu erheblich überdurchschnittlichen Rohmargen
führen. Langfristig bedeutet jedoch die Auszahlung von Löhnen, die über denen
vergleichbarer Arbeitsverhältnisse liegen, an Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen der
DPAG die Subventionierung der Lohnkosten der DPAG zulasten der Gesamtheit der
Versender.

299. Die Erteilung falscher Auskünfte ist nach dem Postgesetz nur nach vorheriger
förmlicher Zustellung und Androhung eines Zwangsgeldes sanktionierbar.⁴⁶⁵ Eine § 149
Abs. 1 Nr. 1 TKG oder § 81 Abs. 2 Nr. 6 GWB nachgebildete Vorschrift, die ins-
besondere unrichtige, nicht vollständige oder nicht rechtzeitige Auskunftserteilung mit
angemessenen Bußgeldandrohungen sanktioniert, erscheint dringend erforderlich. Denn
bislang ist die Datenerfassung praktisch stark fehlerbehaftet und unnötig aufwendig, da
die Unternehmen in vielen Fällen keine, unplausible oder stark verspätete Auskünfte er-
teilen,⁴⁶⁶ eine vorherige förmliche Zustellung und Zwangsgeldandrohung erscheint
wenig praktikabel und unnötig aufwendig.

300. Zur effektiveren Ausgestaltung der Marktaufsicht der Bundesnetzagentur erscheint
es erforderlich, die Verfahrensrechte von Marktteilnehmern durch die Einräumung eines
formellen Antragsrechts zu stärken.

301. Darüber hinaus erscheint es angesichts zunehmender Verbindungen der Postmärkte
mit benachbarten Märkten⁴⁶⁷ wünschenswert, die Auskunftsbefugnisse der Bundesnetz-
agentur nach § 45 PostG an diese Entwicklungen anzupassen und den Postmärkten be-
nachbarte Märkte in die Aufzählung, etwa als Nr. 3, mit aufzunehmen. Dadurch würden
Unternehmen nicht zusätzlich belastet, da das Bundeskartellamt diese Befugnisse
unterschiedslos hat, im Zweifelsfall selbst ermitteln und im Rahmen der gesetzlich vor-
gesehenen Kooperation die Daten auch weitergeben könnte.⁴⁶⁸

302. Eine Umsetzung der seit dem 1. Januar 2011 verbindlichen Dritten
Postdiensterrichtlinie erscheint – neben den bereits aufgezählten bzw. weiter oben im
Text erwähnten Punkten – in mehreren Hinsichten erforderlich, um den Wettbewerbs-
schutz auf das europarechtlich vorgesehene Niveau zu heben und ein Vertragsver-
letzungsverfahren zu vermeiden. Einige besonders bedeutsame Beispiele seien hervor-

463 Vgl. zu diesem Zusammenhang etwa Monopolkommission, Hauptgutachten 2008/2009, a.a.O.,
Tz. 953 ff.

464 Vgl. zuletzt eingehender Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 51 ff.: „grobe[r]
Missbrauch rechtlicher Form“.

465 Vgl. eingehender Abschnitt 2.5.

466 So die wiederholte Problembeschreibung der Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen unterschiedlicher
Einheiten der Postabteilung der Bundesnetzagentur gegenüber Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen der
Monopolkommission.

467 Vgl. hierzu Abschnitte 1.4 und 1.6.

468 Vgl. Abschnitt 4.1, 4.2 und 4.3.

gehoben, die allerdings nach überzeugender Auslegung des bestehenden Postgesetzes bereits möglich wären.

Der Postuniversaldienstleister hat nach Art. 14 der Postdiensterrichtlinie seine Kostenrechnung nach bestimmten Vorgaben zu gestalten (vgl. insoweit auch § 10, insbesondere Abs. 2 S. 3 PostG). Nach Art. 14 Abs. 5 der Richtlinie hat die Bundesnetzagentur als nationale Regulierungsbehörde dafür zu sorgen, dass die Vereinbarkeit mit einem der zulässigen Kostenrechnungssysteme von einer vom Anbieter der Universaldienstleistungen unabhängigen Fachstelle überprüft wird. Zudem besteht die Verpflichtung, regelmäßig eine Konformitätsfeststellung zu veröffentlichen. Dies ist bislang nicht geschehen, könnte jedoch die regulatorische Datenerfassung erheblich vereinfachen.⁴⁶⁹

Informationsflüsse sind auch etwa nach Art. 14 Abs. 6, Art. 22a Abs. 1 der Postdiensterrichtlinie vorgeschrieben. Danach haben in Postmärkten tätige bzw. Universaldienstleistungen erbringende Unternehmen eine Reihe von Daten an die Regulierungsbehörde zu liefern. Zwar ist auf Grundlage von § 37 PostG die Erhebung dieser Daten bereits heute rechtlich möglich. Allerdings wird, wenn überhaupt, nur ein kleiner Teil dieser Daten tatsächlich erhoben.

303. Art. 16 Abs. 4 der Postdiensterrichtlinie sieht vor, dass eine unabhängige Leistungskontrolle jährlich die Qualität des Universaldienstes misst. Die von der DPAG im Rahmen der Nebenbestimmungen zu der Maßgrößenentscheidung im Price-Cap-Bereich gelieferten Daten erfüllen diese Voraussetzungen nicht. Auch die von der DPAG beim TÜV Rheinland beauftragte Bestätigung nach der europäischen Norm EN 13850 betrifft lediglich Brieflaufzeiten und genügt daher diesen Anforderungen nicht.

304. Die Verweisungen des Postgesetzes auf das Telekommunikationsgesetz von 2004 sollten aktualisiert werden. Eine Reihe von Vorschriften des Postgesetzes verweist auf Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes 1996, die jedoch 2004 teilweise in der Nummerierung verändert und teilweise grundlegend umgestaltet wurden. Dadurch wurden Unsicherheiten geschaffen, welche Regeln genau anwendbar sind.⁴⁷⁰ Aufgrund der aktuell bestehenden Unsicherheiten über die Reichweite mancher Verweisungen des Postgesetzes auf das Telekommunikationsgesetz ist es notwendig, die Verweisungsnormen anzupassen. Vor dem Hintergrund der zunehmenden Verselbstständigung des Postrechts erscheint es allerdings weitergehend vorzugswürdig, die entsprechenden Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes direkt in das Postgesetz aufzunehmen.

305. Ein besonderer Anwendungsfall einer zweifelhaften Verweisungsnorm ist § 44 S. 2 PostG. Dieser verweist insbesondere auf § 81 TKG 1996, der die Berichtspflicht der Monopolkommission regelt. Diesem entspricht weitgehend der leicht veränderte § 121 TKG 2004. Die neue Fassung regelt das in der alten Fassung implizite Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission explizit. Die Bundesnetzagentur verwehrt auf Basis einer zweifelhaften Auslegung der Vorschriften die Einsicht in Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse und eine Reihe konzeptioneller Akteninhalte, deren Schutzwürdigkeit sich vor den Verwaltungsgerichten in Klärung befindet.⁴⁷¹ Auf Nachfrage der Bundesnetzagentur hat auch die DPAG jeder Einsichtnahme der Monopolkommission in Details der Entscheidung widersprochen. Dadurch wird die Arbeit der Monopolkommission trotz

469 Vgl. eingehender Abschnitte 4.1 ff.

470 Vgl. eingehender Monopolkommission, Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 115 ff.

471 Vgl. zuletzt eingehender ebenda, Tz. 172 m.w.N.

der guten Arbeitsbeziehungen mit der Bundesnetzagentur nicht unerheblich eingeschränkt. Die Aufnahme einer das Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission eindeutig klärenden Vorschrift, die sich an den entsprechenden Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes 2004, des Energiewirtschaftsgesetzes und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen orientiert, erscheint also zur Erfüllung der (impliziten) Vorstellungen des Gesetzgebers des § 44 PostG 1998 erforderlich.

4.6.2 *Universaldienstreform*

306. Eine Reform des Universaldienstes und der Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV)⁴⁷² erscheint nicht allein vor dem Hintergrund veränderter Kommunikationsgewohnheiten, sich verschiebender Sendungsmengen und neuer technologischer Entwicklungen angezeigt. Die von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundestages und des Bundesrates erlassene Rechtsverordnung ist nach § 11 Abs. 2 PostG der „technischen und gesellschaftlichen Entwicklung nachfragegerecht anzupassen“.

307. Die Monopolkommission hat bereits in früheren Gutachten eine Rückführung der zu detaillierten Vorgaben für den Universaldienst gefordert.⁴⁷³ Diese Vorgaben können die Marktstrukturen verfestigen, da sie den Produktwettbewerb behindern und Anreize zur Schaffung innovativer Produktionsstrukturen jedenfalls deutlich abschwächen.⁴⁷⁴ Demgegenüber sind zuweilen geäußerte Befürchtungen, insbesondere in abgelegenen Regionen würde die grundlegende postalische Versorgung unzumutbar eingeschränkt, nicht belegbar.⁴⁷⁵

308. Als Grundlage für eine Reform der Post-Universaldienstleistungsverordnung erscheint allerdings eine umfassende Erhebung relevanter Faktoren wünschenswert. Ungeachtet der praktischen, in der Regel überschätzten, Schwierigkeiten einer solchen Untersuchung sollten dabei insbesondere die Präferenzen der Bürger⁴⁷⁶ zu den Kosten einzelner Dienstleistungsmerkmale und zu den Einsparpotenzialen in Relation gesetzt werden.⁴⁷⁷ In jedem Fall sollte bei einer Reform des Universaldienstes den Potenzialen des Wettbewerbs soweit als möglich Rechnung getragen werden. Beispielsweise könnten möglicherweise lokale Anbieter einzelne Leistungen deutlich effizienter erstellen, die neben reinen Postdienstleistungen noch andere Aufgaben erfüllen. So wird die Filialversorgung der DPAG bereits heute ganz überwiegend durch private Agentur-

472 Post-Universaldienstleistungsverordnung vom 15. Dezember 1999, BGBl. I S. 2418, zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 26 des Gesetzes vom 7. Juli 2005, BGBl. I S. 1970.

473 Vgl. zuletzt Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, a.a.O., Tz. 11. Zuvor bereits Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 18; Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 46; Wettbewerbsentwicklung bei Telekommunikation und Post 2001: Unsicherheit und Stillstand, Sondergutachten 33, Baden-Baden 2002, Tz. 274.

474 Vgl. zuletzt eingehend Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 18.

475 Eine konzeptionelle Untersuchung dieser und weiterer Vorteile des Universaldienstes bieten etwa WIK-Consult, Definition, classification and methodology for evaluating intangible benefits related to universal postal service, a.a.O., insbes. S. 4 ff., 22 ff. Einen (internationalen) Überblick bietet OECD, Universal Service Obligations, a.a.O., insbes. S. 21 ff., 28 ff. Eine gezielte Untersuchung unter besonderer Einbeziehung von Loyalitätseffekten findet sich bei Bakhtieva, D./Kiljański, K. Universal Service Obligation and Loyalty Effects: An Agent-Based Modelling Approach, a.a.O.

476 Vgl. eingehender Rohr, C. u.a. (RAND Europe), Study on Appropriate Methodologies to Better Measure Consumer Preferences for Postal Services, Studie für die GD Markt, 2011.

477 Vgl. etwa Dieke, A.K./Junk, P./Thiele, S. (WIK-Consult), Universal Postal Service and Competition: Experience from Europe, a.a.O., S. 8 ff.

nehmer aufrechterhalten, die neben Postdienstleistungen andere Dienste und Produkte anbieten.⁴⁷⁸

4.6.3 Kostenprüfung auf Grundlage eines analytischen Kostenmodells

309. Die Bundesnetzagentur legt ihren Regulierungsentscheidungen die von der DPAG unter Nutzung bilanzieller Spielräume und Wahlrechte vorgelegten Kostenunterlagen zugrunde (Top-down-Ansatz). Dabei wird zwar mit erheblichem Aufwand versucht, die Effizienz der geltend gemachten Kosten im Sinne des KeL-Standards zu überprüfen. Gleichwohl begegnet eine effektive Effizienzprüfung erheblichen Hindernissen.⁴⁷⁹

310. Diese Schwierigkeiten und insbesondere bestehende Informationsasymmetrien zwischen Regulierer und regulierten Unternehmen und die natürlicherweise unterschiedlichen Zielsetzungen der am Regulierungsverfahren Beteiligten haben bereits 2004 zu einer Änderung der entsprechenden Vorschrift des Telekommunikationsrechts geführt.⁴⁸⁰ § 35 Abs. S. 1 Nr. 2 TKG sieht seither explizit vor, dass – neben den auch in § 3 Abs. 3 PEntgV vorgesehenen Möglichkeiten der Prüfung der Kosten des regulierten Unternehmens und dem Vergleich mit Wettbewerbspreisen – zur Ermittlung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung auch eine von der Kostenberechnung des Unternehmens unabhängige Kostenrechnung angestellt und hierfür analytische Kostenmodelle herangezogen werden können.

Die aktuelle Entgeltregulierung im Telekommunikationssektor beruht zentral auf der Verwendung analytischer Kostenmodelle, seit 2003 im Bereich der Entgelte für die Miete der Teilnehmeranschlussleitung⁴⁸¹ und seit 2013 auch im Bereich der Mobilfunk-Terminierungsentgelte.⁴⁸²

311. Die von den regulierten Unternehmen geltend gemachten Kosten werden dabei an den rechnerischen Kosten eines hypothetischen effizienten Unternehmens gemessen.⁴⁸³ Auf diese Weise kann der Aufwand der Kostenprüfung durch die Regulierungsbehörde deutlich verringert werden. Die von buchhalterischen bzw. geltend gemachten Ist-Kosten des regulierten Unternehmens ausgehende Effizienzprüfung einzelner Kostenpositionen wird teilweise verzichtbar, teilweise in höherem Disaggregationsgrad ermöglicht und gewinnt an Transparenz und Nachvollziehbarkeit.

Im Einzelnen wird dafür das Netz konzeptionell in seine Elemente zerlegt, die nach den einzelnen Netzprozessen definiert werden. Auf Grundlage dieser Prozesse können die Kosten einzelner Leistungen separat oder die Kosten einer Netzgesamtleistung ermittelt

478 Vgl. den Vergleich von im Wettbewerb ausgebauten Filialnetzen bei Niederprüm, A. u.a., Post-Filialnetze im Branchenvergleich, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 346, September 2010, insbes. S. 8 ff.

479 Vgl. eingehender Abschnitte 2.2.2, 2.3.2.1 und 2.5.

480 Vgl. anschaulich die Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316 vom 9. Januar 2004, S. 69.

481 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 91 ff.; Wettbewerbsentwicklung bei der Telekommunikation 2005: Dynamik unter neuen Rahmenbedingungen, Sondergutachten 43, Baden-Baden 2006, Tz. 138 ff.; Telekommunikation 2009: Klaren Wettbewerbskurs halten, Sondergutachten 56, Baden-Baden 2010, Tz. 225 ff.; Telekommunikation 2013: Vielfalt auf den (Telekommunikations-)Märkten, Sondergutachten 66, Baden-Baden 2014, Abschnitt 4.2.3.

482 Vgl. eingehender Monopolkommission, Sondergutachten 66, a.a.O., Abschnitt 4.2.4.

483 Vgl. eingehender zu den Details und Variationsmöglichkeiten solcher Modelle etwa Neu, W./Neumann, K.-H./Vogelsang, I. (WIK-Consult), Analyse von alternativen Methoden zur Preisregulierung, Studie für das Bundesamt für Kommunikation, Bericht, Bad Honnef, Mai 2012, S. 31 ff., 47 ff.

werden (Bottom-up-Ansatz). Diese elementbezogene Sichtweise ermöglicht, einzelne Kostenpositionen detaillierter auf ihre Effizienz zu überprüfen und stellt teilweise überhaupt erst einen belastbaren Effizienzmaßstab zur Verfügung.

312. Eine (zusätzliche) Ermittlung der KeL auf Grundlage eines analytischen Kostenmodells erfordert keine Änderung des Postrechts. Während das Postgesetz lediglich die Orientierung der Entgelte an den KeL vorgibt, schließt § 3 Abs. 3 PEntgV die Kostenprüfung mittels eines analytischen Kostenmodells nicht aus. Insbesondere werden die einzelnen Kostenpositionen in einem solchen Kostenmodell typischerweise nach der in dieser Vorschrift vorgesehenen (disaggregierten) Vergleichsmarktmethode ermittelt. Auf ähnlicher normativer Grundlage hatte die Bundesnetzagentur bereits im Jahr 2003 – vor der gesetzlichen Klarstellung im Telekommunikationsgesetz von 2004 – für die Regulierung mit Erfolg auf ein solches Kostenmodell zurückgegriffen.⁴⁸⁴

313. Die Monopolkommission hat bereits 2009 die Kostenprüfung auf Grundlage eines Bottom-up-Kostenmodells auch für den Briefbereich dringend empfohlen.⁴⁸⁵ Die Schwierigkeiten der damals wie heute praktizierten Top-down-Kostenprüfung sind seither nicht gelöst worden.⁴⁸⁶ Auch unter Berücksichtigung des möglicherweise nicht unerheblichen Erstaufwandes für die Erstellung und Kalibrierung eines analytischen Kostenmodells für den Briefsektor empfiehlt die Monopolkommission daher erneut, den Kostenprüfungen der Bundesnetzagentur ein derartiges Kostenmodell unterstützend zugrunde zu legen. Der aktuelle Wortlaut der Post-Entgeltregulierungsverordnung deckt diese Anpassung der Regulierungspraxis zwar voll. Dennoch empfiehlt sich insoweit auch dort eine Klarstellung.

4.7 Umsatzsteuerbefreiung im Wettbewerb

314. Die Umsatzsteuerbefreiung für Universaldienstleistungen im Postbereich wird entgegen ihrem gesetzlichen Wortlaut ungleichmäßig angewendet und verzerrt den Wettbewerb zulasten kleinerer Anbieter, insbesondere des Mittelstands, erheblich,⁴⁸⁷ ohne dass dafür eine tragfähige Rechtfertigung ersichtlich wäre.⁴⁸⁸ Dabei scheinen der DPAG nicht zuletzt die Unschärfen und praktischen Schwierigkeiten einer Rechtsdurchsetzung durch die Finanzbehörden zugutezukommen.

315. Die Monopolkommission erinnert daran, dass Streitigkeiten der DPAG mit der Finanzverwaltung um die Reichweite der Umsatzsteuerbefreiung bereits unter der früheren Regelung einen erheblichen Umfang aufwiesen. So wurde 2012 eine Einigung der DPAG mit den Finanzbehörden erzielt, die eine Reihe jahrelanger Verfahren beendete und eine Steuernachzahlung der DPAG in Höhe von 516 Mio. Euro beinhaltet.⁴⁸⁹ Teilweise bestehen offenbar – trotz der im Vergleich zu der vorhergehenden nunmehr klareren Gesetzesfassung – in nicht unerheblichem Ausmaß unterschiedliche Auffassungen über die Umsatzsteuerpflichtigkeit einzelner Produkte bei der DPAG und

484 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 39, a.a.O., Tz. 91 ff.

485 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 139 f.

486 Vgl. eingehender Abschnitte 2.3.2.1 und 2.5.

487 Vgl. eingehender Abschnitt 3.3.

488 Vgl. eingehender Abschnitt 3.2.

489 Vgl. etwa ak/rtr/dpa-afx, Steuerforderung – Post muss 500 Millionen Euro nachzahlen, Manager Magazin online, 5. Juni 2012.

den Finanzbehörden weiter fort.⁴⁹⁰ Die Monopolkommission fordert die Finanzverwaltung auf, die verbleibenden Unschärfen zeitnah einer Klärung, nötigenfalls durch die Gerichte, zuzuführen. Es erscheint dringend erforderlich, den genauen Umfang der Umsatzsteuerbefreiung transparent zu machen. Denn nur so können Kunden mögliche steuerliche Probleme einzelner Angebote einschätzen. Wettbewerber der DPAG sind insbesondere für die Erstellung von wettbewerbsfähigen Angeboten darauf angewiesen, Klarheit über die Steuerpflichtigkeit einzelner Leistungen des Universaldienstes zu haben. Insoweit ist hervorzuheben, dass nicht Verhältnisse eines Steuerpflichtigen im Sinne von § 30 Abs. 2 Nr. 1 Abgabenordnung berührt sind, sondern die Steuerpflichtigkeit einzelner Produkte infrage steht, von der auch andere Bürger betroffen sind.⁴⁹¹

316. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass zum einen der Universaldienst nach der Konzeption des Postgesetzes (insbesondere §§ 11, 12 Abs. 1) und nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten freiwillig im Wettbewerb erbracht wird. So unterhält die DPAG bereits heute erheblich mehr Filialen als in der Post-Universaldienstverordnung vorgesehen und baut deren Zahl weiter aus. Zum anderen sind Nettomehrkosten des Universaldienstes bislang nicht belegt. Bruttokosten des Universaldienstes werden positiv im Rahmen der Entgeltregulierung anteilig mit berücksichtigt.⁴⁹² Universaldienstbezogenen Leistungen der DPAG, die einzeln nicht wirtschaftlich tragfähig wären, stehen insbesondere Verbund- und Reputationseffekte in erheblichem Ausmaß gegenüber.⁴⁹³ Vor diesem Hintergrund erscheint es zweifelhaft, ob die Umsatzsteuerbefreiung von Universaldiensten notwendig für deren Erbringung ist. Festzustellen ist jedenfalls, dass zwischen den Vorteilen für die DPAG durch die Umsatzsteuerbefreiung⁴⁹⁴ und deren möglichen universaldienstbezogenen Nettomehrkosten kein quantitativer Zusammenhang besteht.

317. Aus diesem Grund und wegen der wettbewerbsverzerrenden Wirkungen der Umsatzsteuerbefreiung hat sich die Monopolkommission wiederholt für deren Abschaffung ausgesprochen.⁴⁹⁵ Die gleichmäßige Besteuerung aller postalischen Dienstleistungen

490 Die Streitigkeiten unterliegen dem Steuergeheimnis nach § 30 Abgabenordnung und waren für die Monopolkommission im Einzelnen nicht transparent. Nach Hinweisen insbesondere aus dem Markt ist jedoch weiterhin von nicht unerheblichem Klärungsbedarf auszugehen.

491 Die insoweit mögliche steuerrechtliche Konkurrentenklage kann hier nur punktuell für Abhilfe sorgen, erscheint jedoch insgesamt als zu sperrig und nur in Bezug auf einzelne Fragen als geeignetes Instrument zur Klärung von Unschärfen; vgl. Abschnitt 4.8.4.

492 Die DPAG macht insoweit die beiden Infrastrukturlasten Filiale und Zustellung geltend; vgl. Abschnitt 2.3.2.1.

493 Eine konzeptionelle Untersuchung dieser und weiterer Vorteile des Universaldienstes bieten etwa WIK-Consult, Definition, classification and methodology for evaluating intangible benefits related to universal postal service, a.a.O., insbes. S. 4 ff., 22 ff. Einen (internationalen) Überblick bietet OECD, Universal Service Obligations, a.a.O., insbes. S. 21 ff., 28 ff. Eine gezielte Untersuchung unter besonderer Einbeziehung von Loyalitätseffekten findet sich bei Bakhtieva, D./Kiljański, K. Universal Service Obligation and Loyalty Effects: An Agent-Based Modelling Approach, a.a.O.

494 Der genaue Umfang der Steuervorteile ergibt sich aus den eingesparten Umsatzsteuern abzüglich der gegenüber einem vollen Vorsteuerabzug der DPAG endgültig bei dieser als Kosten verbleibenden, auf Vorprodukte und -leistungen gezahlten Umsatzsteuer. Dieke, A.K./Elixmann, D., Auswirkungen einer Aufhebung der Umsatzsteuerbefreiung für Postdienste der Deutsche Post AG: eine qualitative und quantitative Analyse, Studie für den Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste e.V., Bad Honnef 2005, insbes. S. 21 ff., haben auf damaliger Datengrundlage den Nettovorteil auf über 150 bis 330 Mio. Euro geschätzt. Die Berechnung ist allerdings notorisch schwierig; vgl. ERGP, Report on net Cost of USO – VAT exemption as a benefit or a burden, a.a.O., S. 19.

495 Vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 34 ff.; Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 98; Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 140.

würde die steuerliche Komplexität für die Marktteilnehmer deutlich verringern und vor allem die Wettbewerbsverzerrungen aufheben. Da die Steuerbefreiung auf zwingendes europäisches Recht zurückgeht, empfiehlt die Monopolkommission der Bundesregierung, sich auf europäischer Ebene für die Herstellung eines steuerlichen „level playing field“ einzusetzen. Zu bedauern ist insoweit zwar die Rücknahme eines entsprechenden Richtlinienvorschlags der Europäischen Kommission⁴⁹⁶ am 16. April 2013, der dieses Ziel anstrebte. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund verbesserter Berechnungsmöglichkeiten für die Nettomehrkosten des Universaldienstes, die es ermöglichen, steuerliche Überkompensationen zu ermitteln,⁴⁹⁷ sollte jedoch die Diskussion hierzu wieder aufgenommen werden.⁴⁹⁸

318. Die offene Formulierung des neuen § 4 Nr. 11 b UStG nimmt der Regelung zwar nach ihrem Wortlaut einen guten Teil ihrer früheren Wettbewerberdiskriminierung. Die insoweit intransparente Praxis der DPAG und der Finanzbehörden lassen jedoch die mit der Gesetzesänderung intendierte Gleichbehandlung der Postdienstleister Theorie bleiben. Insbesondere dadurch, dass statt des Bundeszentralamtes für Steuern die fachnähere Bundesnetzagentur für die Feststellung der Erfüllung der Voraussetzungen der Umsatzsteuerbefreiung zuständig würde, ließe sich mit einer begrenzten Gesetzesänderung aller Voraussicht nach zu sachgerechteren Ergebnissen kommen. Daneben sollte durch eine Gesetzesanpassung der Anwendungsbereich der Steuerausnahme für Pakete mit dem der Post-Universaldienstleistungsverordnung in Deckung gebracht werden.⁴⁹⁹

319. Die Monopolkommission betont vor diesem Hintergrund nochmals, dass auch auf Basis der bestehenden deutschen und europäischen Regelungen zur Umsatzsteuerbefreiung eine erhebliche Verminderung der Wettbewerbsverzerrungen möglich ist. So sollte, wie von § 4 Nr. 11b UStG vorgesehen und in Bezug auf die DPAG bereits Praxis, die Befreiung allen Unternehmen gewährt werden, die in Zusammenarbeit mit Verbundunternehmen und Vertragspartnern Postuniversaldienstleistungen erbringen.

4.8 Privatinitiative Durchsetzung der Marktordnungsregeln?

320. Neben der Rechtsanwendung durch Behörden kann in der Marktordnung auch der Durchsetzung drittschützender Normen durch Wettbewerber vor den Gerichten und Vergabekammern erhebliche Bedeutung zukommen. Dies ist bei der Durchsetzung und Weiterentwicklung des Vergaberechts besonders deutlich,⁵⁰⁰ gilt aber in anderen Bereichen wie dem Beihilferecht⁵⁰¹ gleichermaßen. Allerdings liegt die Vermutung nahe, dass die rechtlichen Möglichkeiten oftmals faktisch nicht ausgeschöpft werden. Hintergrund einer vergleichsweise schwachen privaten Rechtsdurchsetzung kann neben recht-

496 EU-Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Änderung der Richtlinie 77/388/EWG in Bezug auf die Mehrwertsteuerliche Behandlung von Dienstleistungen im Postsektor, KOM(2003) 234 endgültig, 5. Mai 2003.

497 Vgl. Abschnitte 4.2 und 4.3.

498 Vgl. insoweit die Analysen bei Jervelund, C. u.a. (Copenhagen Economics), VAT in the Public Sector and Exemptions in the public interest, Final Report for TAXUD/2011/DE/334, 10. Januar 2013, S. 107 ff., 173 f.

499 Vgl. zu beidem eingehender Monopolkommission, Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 135 f.

500 Vgl. Abschnitt 3.4.

501 Vgl. eingehend etwa die Bekanntmachung der Europäischen Kommission über die Durchsetzung des Beihilfenrechts durch die einzelstaatlichen Gerichte, ABl. EG Nr. C 85 vom 9. April 2009, S. 1.

lichen und faktischen Unwägbarkeiten die unterschiedliche Finanzkraft zwischen der DPAG und den regelmäßig deutlich kleineren sowie weniger finanzkräftigen Wettbewerbern sein. Jedenfalls wirkt sich auch aus, dass nahezu alle Wettbewerber im Briefgeschäft auf den Teilleistungszugang der DPAG angewiesen sind, der erhebliches, rechtlich schlecht fassbares Diskriminierungspotenzial bietet. Die Motivation für betroffene Wettbewerber, die Gerichte zur Klärung der rechtlichen Grenzen des Verhaltens der DPAG anzurufen, ist entsprechend begrenzt.

4.8.1 Durchsetzung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen

321. Das kartellrechtliche Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen gilt unmittelbar und wird vor den Zivilgerichten auch häufig im Eilverfahrens- und Klageweg durchgesetzt.⁵⁰² Dabei besteht nach § 33 Abs. 1 S. 2 GWB ein Anspruch auf Unterlassung bereits dann, wenn eine Zuwiderhandlung droht. Auf Grundlage der öffentlich verfügbaren Feststellung der marktbeherrschenden Stellung der DPAG durch die Bundesnetzagentur in einer Reihe von Märkten dürfte Wettbewerbern die Klageerhebung leicht fallen, soweit es nicht um den Vorwurf preisbasierter Missbräuche geht. Soweit jedoch für die Klagebegründung die Darlegung von Kosten und Preisen der DPAG erforderlich ist, dürfte dies auf Grundlage der sparsamen Informationspolitik der DPAG eine erhebliche Hürde darstellen.⁵⁰³ Insoweit kann ein Antrag auf Einleitung eines Verfahrens beim Bundeskartellamt erfolgversprechender sein; nach § 54 Abs. 1 S. 2 GWB kann auf entsprechendes Ersuchen zum Schutz des Beschwerdeführers ein Kartellamtsverfahren auch von Amts wegen eingeleitet werden.

4.8.2 Schadensersatzklagen beeinträchtigter Wettbewerber

322. Die Feststellung von Verstößen der DPAG gegen regulierungs- und kartellrechtliche Maßstäbe setzt in der Regel jedenfalls faktisch Entscheidungen der entsprechenden Behörden bzw. Gerichtsentscheidungen voraus. Darauf aufbauende, auf § 38 PostG und von § 33 Abs. 3 GWB gestützte Schadensersatzklagen von durch das Verhalten der DPAG geschädigten Wettbewerbern könnten jedoch unter Umständen der Implementierung einer funktionsfähigen Compliance-Kultur⁵⁰⁴ bei der DPAG förderlich sein.

323. Während derartige Klagen gegen die DPAG bislang nicht ersichtlich sind, könnte eine Klage der PIN AG auf Ersatz des durch die rechtswidrige Postmindestlohn-Verordnung entstandenen Schadens – auch ohne Klageerfolg –⁵⁰⁵ möglicherweise ein gesteigertes Bewusstsein für die Folgen rechtswidriger Verordnungen im Bundesministerium für Arbeit und Soziales ausgelöst haben.

502 Vgl. etwa Peyer, S., Myths and Untold Stories – Private Antitrust Enforcement in Germany, UEA Centre for Competition Policy Working Paper No. 10-12, Juli 2010.

503 Vgl. allgemeiner zu Schwierigkeiten der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht als regulierungsähnlicher Marktaufsicht etwa Monopolkommission, Hauptgutachten 2010/2011, a.a.O., Tz. 581 ff.

504 Vgl. hierzu eingehender ebenda, Tz. 480 ff., sowie in diesem Gutachten Abschnitt 2.3.3.5.

505 Vgl. etwa LG Berlin, Urteil vom 5. Dezember 2012, 15 O 7/12.

4.8.3 Vergaberechtsschutz

324. Nach § 97 Abs. 7 GWB haben die Unternehmen einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Daneben ergeben sich schutzfähige Rechte für an Ausschreibungen beteiligte oder interessierte Unternehmen aus Landesvergaberecht und den Grundfreiheiten des europäischen Rechts.⁵⁰⁶ Von Wettbewerbern angestrebter Rechtsschutz vor den Vergabekammern bzw. vor den Zivilgerichten ist ein wirksames Mittel zur Verfolgung individueller Konkurrenzinteressen. Daneben lassen sich so inzident auch allgemeinere Fragen des Vergaberechts sowie anderer vergaberelevanter Regeln klären. Wichtiger Nebeneffekt ist regelmäßig, dass die Vergaberechtscompliance von ausschreibungspflichtigen Auftraggebern unterstützt wird.⁵⁰⁷

325. Neben dem Vergabenachprüfungsverfahren nach §§ 107 ff. GWB bzw. nach den Landesvergabegesetzen kommen einstweiliger Rechtsschutz und Schadensersatz in Betracht. In diesem Rahmen können Wettbewerber insbesondere Ausschreibungsbedingungen sowie Zuschlagsentscheidungen überprüfen lassen. Dabei lassen sich bei Verstößen gegen die Regeln des Vergaberechts und andere Normen sowohl der Zuschlag im Vergabeverfahren verhindern⁵⁰⁸ als auch der Ersatz von Schaden infolge rechtswidriger Vergaben fordern.⁵⁰⁹

4.8.4 Steuerrechtliche Konkurrentenklage

326. Soweit Umsätze der DPAG von der Umsatzsteuer befreit werden oder die DPAG insoweit keine Umsatzsteuer abführt, ohne dass dies mit § 4 Nr. 11b UStG vereinbar wäre, wird der Wettbewerb zugunsten der DPAG verzerrt. Über die Praxis der Umsatzsteuerbefreiung bestehen vor dem Hintergrund des Steuergeheimnisses nach § 30 Abgabenordnung jedoch im Markt erhebliche Unsicherheiten. Im Rahmen einer steuerrechtlichen Konkurrentenklage können betroffene Wettbewerber in einem ersten Schritt Auskunft von der Finanzverwaltung über die Besteuerung eines Wettbewerbers erhalten;⁵¹⁰ das gilt bei möglicher Verletzung eines subjektiven Rechts des Klägers unbeschadet des Steuergeheimnisses aus § 30 Abgabenordnung.⁵¹¹ In einem zweiten Schritt kann die Steuerrechtslage geklärt und gegebenenfalls die Steuerpflicht für einzelne Produkte durchgesetzt werden.

506 Vgl. eingehender Abschnitt 3.4.

507 So ist etwa nach OLG Schleswig, Beschluss vom 7. Oktober 2011, 1 Verg 1/11 Vergaberechtsschutz auch bei Unterlassung einer eigentlich gebotenen Ausschreibung möglich.

508 Vgl. § 115 Abs. 1 GWB. Zum Vergaberechtsschutz allgemein etwa Bayerisches Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie, Vergabe und Nachprüfung öffentlicher Aufträge nach dem GWB, 2010, S. 6 ff., sowie BKartA, Informationsblatt zum Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2013 [beide online verfügbar]. Bei Vergaben unterhalb der Vergabeschwellen kommt nach überzeugender Auffassung einstweiliger Rechtsschutz vor den Zivilgerichten in Betracht; vgl. OLG Düsseldorf, Urteil vom 13. Januar 2010, 27 U 1/09; OLG Hamm, Urteil vom 12. Februar 2008, 4 U 190/07, gegenüber OLG Brandenburg, Beschluss vom 10. Dezember 2012, 6 U 172/12. Vgl. eingehender etwa Summa in: jurisPK-VergR, 4. Aufl., 2013, VT zu § 100 GWB.

509 Vgl. § 126 GWB; eingehender etwa Dippel in: jurisPK-VergR, 4. Aufl., 2013, § 126 GWB.

510 Vgl. eingehender etwa Englisch, J., Die negative Konkurrentenklage im Unternehmenssteuerrecht, Steuer und Wirtschaft 85(1), 2008, S. 43-61.

511 Vgl. hierzu BFH Urteile vom 5. Oktober 2006 VII R 24/03 sowie vom 26. Januar 2012, VII R 4/11.

327. In diesem Rahmen kann jeder Konkurrent, der durch eine Umsatzsteuerbefreiung für die DPAG bzw. die Praxis der DPAG, für bestimmte Produkte keine Umsatzsteuer abzuführen, „Wettbewerbsnachteile von erheblichem Gewicht“ erleidet, dagegen vor dem zuständigen Finanzgericht klagen, wenn die Praxis nicht mit europäischem und/oder deutschem Recht vereinbar ist. Bislang ist insoweit keine auf den Postsektor bezogene Rechtsprechung ersichtlich; das für diese Art der Rechtsverfolgung erforderliche subjektive Recht der Wettbewerber dürfte sich jedoch aus der Zweckbindung der Umsatzsteuerbefreiung für die Förderung des Universaldienstes ergeben (§ 4 Nr. 11b S. 1 UStG),⁵¹² gegebenenfalls in Verbindung mit dem durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Recht auf Teilnahme am freien Wettbewerb.⁵¹³

4.8.5 Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb?

328. Soweit Wettbewerber gezielt behindert werden, etwa durch planmäßige Abwerbung von Personal, Geschäftspartnern oder Kunden, kommt neben dem Kartellrecht auch das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb in Betracht, insbesondere die Wettbewerberbehinderung nach § 4 Nr. 10 i.V.m. § 3 UWG. Bislang wurden diese Vorschriften jedoch nur in geringem Umfang zur Klärung der Grenzen des von der DPAG ausgeübten Wettbewerbsverhaltens nutzbar gemacht.⁵¹⁴ Dies mag zum einen an Beweisschwierigkeiten und der Unschärfe der Abgrenzung zwischen erfasstem und nicht mehr erfasstem Verhalten in diesem Bereich liegen,⁵¹⁵ zumal Abwerbungen grundsätzlich das Wesen des Wettbewerbs ausmachen. Zudem berücksichtigt das UWG die Asymmetrie zwischen Wettbewerbern bei seinen Wertungen nur sehr eingeschränkt.⁵¹⁶ Zum anderen dürften sich hier besonders die Abhängigkeit kleinerer Wettbewerber von der DPAG und die Unterschiede in der Finanzkraft zwischen dieser und jenen erheblich auswirken.

4.9 Vollständige Privatisierung der DPAG

329. Die Monopolkommission erinnert erneut daran, dass auch der Restanteil des Bundes von 21 % am Aktienkapital der DPAG⁵¹⁷ die Neutralität der Bundesexekutive

512 Ähnlich etwa BFH, Urteil vom 26. Januar 2012, VII R 4/11

513 Ähnlich etwa BFH, Urteil vom 15. Dezember 1997, I R 10/92, unter Berufung auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

514 Vgl. allerdings etwa LG Hamburg, Urteil vom 19. April 2005, 312 O 105/05 (irreführende Werbung). Teilweise wurde auch (durch Abweisung von Klagen der DPAG) die lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit von durch die DPAG angegriffenen Wettbewerber-Verhaltensweisen geklärt; vgl. etwa BGH, Urteil vom 12. Mai 2010, I ZR 214/07, Rote Briefkästen; hierzu eingehender Monopolkommission, Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 162 ff. Von den verfügbaren Gerichtsentscheidungen in diesem Bereich liegen zum Großteil jedoch erfolgreiche Klagen der DPAG bzw. erfolglose Klagen von Wettbewerbern zugrunde.

515 Klare Grenze ist die Verleitung zum Vertragsbruch; vgl. anschaulich etwa BGH, Urteile vom 11. Januar 2007, I ZR 96/04, Außendienstmitarbeiter, sowie vom 8. November 2001, I ZR 124/99, Mietwagenkostensatz. Zu einer bloßen Abwerbung müssen für deren Unlauterkeit auch bei zielbewusstem und planmäßigem Handeln besondere Umstände hinzukommen (vgl. etwa BGH, Urteil vom 27. Februar 1986, I ZR 210/83, Handzettelwerbung), wie insbesondere fehlende eigene Nutzungsmöglichkeiten bei Mitarbeiterabwerbung und Verwertung von Geschäftsgeheimnissen bei Kundenabwerbung.

516 Vgl. etwa die Literaturübersicht bei Lux, J., Der Tatbestand der allgemeinen Marktbehinderung: ein Beitrag zu den Grenzen des Lauterkeitsrechts, Tübingen 2006, S. 222 ff.

517 Stand 19. Juli 2013; vgl. <http://www.dpdhl.com/de/investoren/aktie/aktionaersstruktur.html>. Die Anteile werden mittelbar über die KfW (früher Kreditanstalt für Wiederaufbau) gehalten.

möglicherweise beeinträchtigt.⁵¹⁸ Diese Anreizverzerrungen haben sich mit der weitgehenden Veräußerung der ursprünglich gehaltenen Anteile möglicherweise vermindert. Dennoch bestehen weiterhin manifeste, interessengeleitete Beziehungen zwischen der öffentlichen Hand und der DPAG. Die Monopolkommission hat wiederholt die vollständige Veräußerung der Anteile des Bundes an der DPAG angemahnt.⁵¹⁹ Seitdem in diesem Jahr der Anteil des Bundes unter die aktienrechtliche Grenze der Sperrminorität gefallen ist, ist die letzte Rechtfertigung für die damit verbundenen Anreizverzerrungen weggefallen. Bei dem Anteilspaket handelt es sich nurmehr um eine reine Finanzbeteiligung, die keine wesentlichen Einflussmöglichkeiten des Bundes mehr mit sich bringt. Die Monopolkommission fordert insbesondere vor diesem Hintergrund die Politik nachdrücklich auf, die verbleibenden Anteile zeitnah zu veräußern.

518 Vgl. eingehender Abschnitt 3.2.2. So ist in Bezug auf Unternehmensverflechtungen anerkannt, dass bereits sehr geringe Beteiligungen unter 10 % erhebliche Auswirkungen auf das Verhalten der Akteure haben können; vgl. etwa bereits Monopolkommission, Hauptgutachten 1973/1975, a.a.O., Tz. 552; zuletzt Hauptgutachten 2008/2009, a.a.O., Tz. 530.

519 Vgl. zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 62, a.a.O., Tz. 123; zuvor bereits Sondergutachten 57, a.a.O., Tz. 53; Sondergutachten 51, a.a.O., Tz. 29.

5. Ausblick und Empfehlungen

330. Die Entwicklung des Wettbewerbs im Briefmarkt stagniert mit geringen Schwankungen praktisch seit der vollständigen Liberalisierung des Postmarktes im Jahr 2008. Eine substanzielle Vergrößerung des Wettbewerbermarktanteils an den Sendungsmengen erscheint jedenfalls in einem Großteil der einzelnen räumlichen und sachlichen Märkte möglich, wenn die weiter bestehenden, erheblichen Wettbewerbs-hindernisse abgebaut werden.

331. Priorität auf politischer Ebene sollte dabei zum Ersten die Auflösung der Verflechtung der öffentlichen Hand mit dem Unternehmen Deutsche Post AG durch Verkauf der beim Bund verbliebenen 21 % an dessen Aktienkapital haben.

332. Zum Zweiten erscheint politisch zunächst eine diskriminierungsfreie Gewährung der Umsatzsteuerbefreiung für Universaldienstleistungen und langfristig ein Hinwirken auf deren Abschaffung wünschenswert.

Zum Dritten erscheint aus den Erfahrungen der Regulierungspraxis und zur Umsetzung gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben eine eingehende Reform des Postrechts erforderlich.

333. Auf weniger politischer Ebene erscheint vor allem eine Effektivierung der Wettbewerbsaufsicht auf bestehenden Grundlagen erfolgversprechend. Dabei sollte auch die Zusammenarbeit zwischen Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt ausgebaut werden.

334. Die Datenerfassung durch die Behörden für Zwecke der Regulierung und Missbrauchsaufsicht könnte an Effektivität gewinnen, wenn sie die Weiterentwicklungen der Informationstechnologie, der Datenhaltung in den Unternehmen und der telekommunikatorischen Vernetzung integrieren würde.

335. Ein möglichst umfassendes Market Monitoring auf Grundlage bestehender und zu schaffender behördlicher Datensätze sowie der wirksamen Einbindung Dritter könnte die Marktübersicht der Behörden entscheidend verbessern. Auch die politische und die wissenschaftliche Diskussion könnten von einer solchen Datengrundlage profitieren.

336. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass beide Formen des Wettbewerbs im Briefmarkt (Konsolidierung und Zustellung) – jedenfalls aus heutiger Sicht – eigenständige Bedeutung haben. Der in vielen Teilsegmenten des Briefmarktes nurmehr verbleibende Restwettbewerb ist besonders schutzwürdig. Die Monopolkommission ruft daher insbesondere Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt auf, die Vorschriften zum Wettbewerbsschutz ungeachtet etwaiger politischer Widerstände effektiv durchzusetzen und die verbleibenden Unschärfen hinsichtlich der Grenzen post- und kartellrechtlich zulässigen Verhaltens möglichst zeitnah einer Klärung zuzuführen.

Bonn, im Dezember 2013



.....
Daniel Zimmer



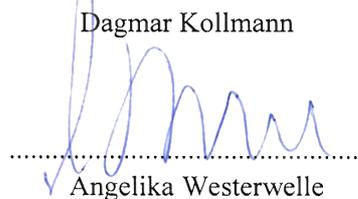
.....
Justus Haucap



.....
Thomas Nöcker



.....
Dagmar Kollmann



.....
Angelika Westerwelle