

# Post 2017: Privilegien abbauen, Regulierung effektiv gestalten!

Sondergutachten 79

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

2017

---

## Inhaltsverzeichnis

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Vorwort</b> .....   | <b>1</b>  |
| <b>Kurzfassung</b> .....   | <b>3</b>  |
| <b>Kapitel 1</b> .....   | <b>13</b> |
| <b>Markt- und Wettbewerbsentwicklung</b> .....   | <b>13</b> |
| 1.1 National .....   | 13        |
| 1.1.1 Lizenzpflichtige Postdienstleistungen .....  | 13        |
| 1.1.1.1 Briefdienste werden weiterhin von der Deutschen Post AG dominiert .....                  | 13        |
| 1.1.1.2 Sachliche Marktintegration von Brief- und E-Mail-Diensten verläuft schleppend .....      | 19        |
| 1.1.2 Nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen .....  | 23        |
| 1.1.2.1 Kurier-, Express- und Paketdienste sind konzentriert, aber wettbewerbsintensiv .....     | 23        |
| 1.1.2.2 Sachliche Marktintegration von Online-Handel und Paketdiensten nimmt weiter zu .....     | 27        |
| 1.2 International .....  | 28        |
| 1.2.1 Räumliche Marktintegration von Postdiensten verläuft schleppend .....                      | 28        |
| 1.2.2 Preise grenzüberschreitender Postdienstleistungen sind intransparent .....                 | 33        |
| 1.3 Robotik könnte den Wettbewerb beeinflussen .....   | 36        |
| <b>Kapitel 2</b> .....   | <b>38</b> |
| <b>Rechts- und Regulierungsrahmen</b> .....  | <b>38</b> |
| 2.1 National/Supranational .....   | 38        |
| 2.1.1 Ex ante-Regulierung .....  | 38        |
| 2.1.1.1 Rückführung der Ex ante-Regulierung ist nicht zu empfehlen .....                         | 38        |
| 2.1.1.2 Genehmigungsverfahren sind unter Vorbehalten zu begrüßen .....                           | 39        |
| 2.1.1.3 Großkunden- und Teilleistungsentgelte sind wirksam zu beaufsichtigen .....               | 43        |
| 2.1.2 Missbrauchsaufsicht ist zu stärken .....   | 44        |
| 2.1.3 Öffentliche und private Rechtsdurchsetzung .....   | 50        |
| 2.1.3.1 Bußgelder haben keine sanktionierende und abschreckende Wirkung .....                    | 50        |
| 2.1.3.2 Schadenersatzpflicht besteht faktisch nicht .....  | 51        |
| 2.1.4 Kostenmaßstab ist effizienter zu gestalten .....   | 52        |
| 2.1.5 Universaldienst .....  | 55        |
| 2.1.5.1 Reform des Universaldienstes ist geboten .....   | 55        |
| 2.1.5.2 Mehrwertsteuerbefreiung verzerrt den Wettbewerb .....                                    | 59        |
| 2.1.6 Behördliche Untersuchungen .....   | 63        |
| 2.1.6.1 Kostenprüfung und regulatorische Datenerfassung sind auszuweiten .....                   | 63        |
| 2.1.6.2 Marktaufsicht und -beobachtung sind zu intensivieren .....                               | 64        |
| 2.1.7 Anteilseignerschaft des Bundes bevorteilt Deutsche Post AG .....                           | 68        |
| 2.2 International .....  | 69        |
| 2.2.1 Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste ist ineffektiv .....              | 69        |
| 2.2.2 Internationale Organisationen .....  | 73        |
| 2.2.2.1 Weltpostverein beeinflusst insbesondere außereuropäischen Postverkehr .....              | 73        |
| 2.2.2.2 International Post Corporation beeinflusst vor allem innereuropäischen Postverkehr ..... | 76        |
| 2.2.2.3 Wettbewerbsverzerrungen: ökonomische Aspekte .....                                       | 78        |
| 2.2.2.4 Wettbewerbsverzerrungen: rechtliche Aspekte .....  | 83        |
| <b>Kapitel 3</b> .....   | <b>90</b> |
| <b>Handlungsempfehlungen</b> .....   | <b>90</b> |

---

## Abbildungsverzeichnis

|  |    |
|--|----|
| Abbildung 1.1: Sendungsmengen und Umsätze auf Briefmärkten seit 1998.....            | 15 |
| Abbildung 1.2: Teilleistungssendungen und Rabatte auf Standardbriefe seit 2014 ..... | 19 |
| Abbildung 1.3: Wettbewerbs- und Marktentwicklung bei Paketdiensten seit 2006.....    | 25 |

## Vorwort

Der Monopolkommission legt mit diesem Bericht ihr zehntes Sondergutachten zur Wettbewerbsentwicklung auf den deutschen Postmärkten vor und erfüllt damit den gesetzlichen Auftrag nach § 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 Änderungen im Postgesetz, in der Post-Entgeltregulierungsverordnung sowie in der Post-Universaldienstleistungsverordnung hin.

Zur Vorbereitung ihres Gutachtens zum Postwesen hat die Monopolkommission am 12. Oktober 2017 in einer nicht öffentlichen mündlichen Anhörung mit Marktteilnehmern und Verbänden über die Wettbewerbsentwicklung und die Effektivität des geltenden Rechts- und Regulierungsrahmens im Postwesen diskutiert. In der Anhörung vertreten waren:

- Bundesverband Briefdienste e. V.
- Bundesverband der Kurier-Express-Post-Dienste e. V.
- Bundesverband Paket und Expresslogistik e. V.
- Deutsche Post AG
- Postcon Deutschland B. V. & Co. KG.

Die Teilnehmer der Anhörung haben ihre mündlichen Beiträge z. T. durch schriftliche Stellungnahmen ergänzt. Darüber hinaus haben die folgenden Unternehmen und Verbände jeweils eine schriftliche Stellungnahme abgegeben: Bundesverband Deutscher Postdienstleister e. V., Hermes Germany GmbH, Zalando SE. Ferner haben das Wissenschaftliche Institut für Infrastruktur und Kommunikationsdienste eine mündliche sowie Herr Professor Dr. Ludwig Gramlich eine schriftliche Stellungnahme abgegeben.

Die Vizepräsidenten der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Herr Peter Franke und Herr Dr. Wilhelm Eschweiler, sowie Mitarbeiter dieser Behörde haben mit der Monopolkommission am 18. Juli 2017 Fragen zur Wettbewerbsentwicklung auf den Postmärkten und insbesondere Fragen zur Anwendung des Regulierungsrahmens erörtert.

Des Weiteren gab es Kontakte zwischen Mitarbeitern der Monopolkommission und Mitarbeitern des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, der Bundesnetzagentur, des Bundeskartellamtes und Vertretern von Unternehmen und Verbänden. Die Monopolkommission dankt allen Beteiligten für ihre Mitwirkung.

Die Monopolkommission bedankt sich bei ihrem wissenschaftlichen Mitarbeiter Herrn Dr. Oliver Bischoff, der das Gutachten federführend betreut hat.

---

\* 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 bislang nicht gekommen. Die Monopolkommission geht für die vorliegende Stellungnahme davon aus, dass der gesetzliche Auftrag für das Sondergutachten im Postsektor inhaltlich unverändert fortbesteht.

Bonn, im Dezember 2017

  
.....  
Achim Wambach

  
.....  
Dagmar Kollmann

  
.....  
Jürgen Kühling

  
.....  
Thomas Nöcker

  
.....  
Angelika Westerwelle

## Kurzfassung

### Markt- und Wettbewerbsentwicklung

#### Briefdienstleistungen werden weiterhin von der Deutschen Post AG dominiert

**K1.** Die Monopolkommission stellt auch in diesem Sondergutachten fest, dass sich auf dem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen kein funktionsfähiger Wettbewerb entwickelt hat. Obwohl die Wettbewerber der Deutschen Post AG (DPAG) ihre Umsätze und die von ihnen beförderten Sendungsmengen in den letzten Jahren kontinuierlich steigern konnten, verfügt die DPAG weiterhin über eine marktbeherrschende Stellung auf den Briefmärkten mit einem umsatzbezogenen Marktanteil im Jahr 2016 von durchschnittlich ca. 85 Prozent. Für 2017 wird ein Rückgang auf ca. 83,5 Prozent erwartet. Im Markt für Privatkunden hat die DPAG eine Quasi-Monopolstellung mit einem Marktanteil von über 90 Prozent inne. Im Markt für Geschäftskunden besitzt sie eine marktbeherrschende Stellung mit einem Marktanteil von schätzungsweise 70 Prozent.

**K2.** Die Marktdominanz der DPAG auf den Briefmärkten beruht insbesondere darauf, dass sie als Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost als einziger Briefdienstleister über ein flächendeckendes Zustellnetz verfügt, mit dem sie auf den Märkten für Privat- und Geschäftskunden gleichermaßen tätig ist. Aus dem Umstand, dass Wettbewerber für die Sicherstellung einer flächendeckenden Briefzustellung Teilleistungen der DPAG in Anspruch nehmen müssen, ergeben sich Abhängigkeiten und Anreize für die DPAG zum Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung.

**K3.** Damit sich ein funktionsfähiger Wettbewerb auf den Briefmärkten entwickeln kann, bedarf es einer Effektivierung der rechtlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen. Erst die Implementierung eines Regulierungsrahmens, der eine effektive Sanktionierung missbräuchlichen Verhaltens zulässt, legt die Grundlage für wettbewerbliche Strukturen, vornehmlich gekennzeichnet durch eine Vielzahl unterschiedlicher Beförderungangebote.

**K4.** Der Umsatz im Briefmarkt betrug 2016 ca. EUR 9,2 Mrd. und lag damit merklich über dem Umsatz des Vorjahres von ca. EUR 8,9 Mrd. Damit trug der Briefmarkt zu ungefähr einem Drittel zum Gesamtumsatz im Postwesen in Höhe von ungefähr 30 Mrd. bei. Für 2017 wird ein Umsatzanstieg auf ca. EUR 9,3 Mrd. prognostiziert. Das Sendungsvolumen von Briefen blieb in den Jahren 2015 und 2016 mit ca. 15,8 Mrd. Stück zwar konstant, soll 2017 jedoch auf ca. 16 Mrd. Stück ansteigen. Ungeachtet dessen wird in den nächsten Jahren gemeinhin von einem Rückgang der Sendungsmengen wegen des sich ändernden Kommunikationsverhaltens im Zuge der Digitalisierung ausgegangen.

#### Sachliche Marktintegration von Brief- und E-Mail-Diensten verläuft schleppend

**K5.** Die sachliche Marktintegration von Brief- und E-Mail-Diensten verläuft bislang schleppend. Hierfür ursächlich ist insbesondere der Markt für De-Mail-Dienste, der sich weiterhin in der Entwicklungsphase befindet. Hybridpost wird als Brückentechnologie angesehen. In den nächsten Jahren kann sich der Integrationsprozess allerdings beschleunigen, sofern wesentliche Entwicklungen beim Datenschutz und bei der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung eintreten.

**K6.** Die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt sollten die Marktentwicklungen bei elektronischen Postdienstleistungen und Hybridpost weiter intensiv beobachten. Abhängig von den zukünftigen Marktentwicklungen könnte Hybridpost gegebenenfalls als eigener sachlich relevanter Markt erfasst werden. Die Monopolkommission begrüßt die Bestrebungen der Bundesregierung, weitere Anstrengungen im Bereich E-Government zu unternehmen. Die 2018 zur Anwendung kommende Datenschutz-Grundverordnung und der von der Europäischen Kommission veröffentlichte eGovernment-Aktionsplan 2016-2020 bieten Anlass, den Digitalisierungsprozess insbesondere in der öffentlichen Verwaltung voranzutreiben.

### **Kurier-, Express- und Paketdienste sind konzentriert, aber wettbewerbsintensiv**

**K7.** Bei Kurier-, Express- und Paketdiensten (KEP) herrscht zum Teil eine hohe Marktkonzentration trotz Wettbewerb vor. So besteht im Markt für Geschäftskundenpakete ein Oligopol aus fünf Dienstleistern fort, in dem alleine die DPAG mit einem Marktanteil von ca. 45 Prozent über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Im Vergleich hierzu ist bei Expressdiensten die Konzentration zwar geringer. Es besteht jedoch eine große Diskrepanz zwischen dem führenden Unternehmen mit einem Marktanteil von weniger als 30 Prozent und dessen engsten Wettbewerber mit 10 Prozent. Bei Kurierdiensten liegen dagegen polypolistische Marktstrukturen mit räumlich stark begrenzten Geschäftsgebieten vor.

**K8.** Die Umsatz- und Sendungsvolumina der KEP-Dienste sind in den letzten Jahren deutlich angestiegen. Die KEP-Dienste erwirtschafteten 2015 ca. EUR 20 Mrd., wovon über die Hälfte die Paketdienste, gut ein Drittel die Expressdienste und etwa ein Fünftel die Kurierdienste generierten. Die KEP-Dienste beförderten ca. 2,8 Mrd. Sendungen, davon stellten über 80 Prozent Paketsendungen dar. Die Umsatz- und Sendungsvolumina werden auch in den kommenden Jahren insbesondere wegen des Wachstums des Online-Handels weiter steigen. Das Potenzial für grundlegende Änderungen der Markt- und Wettbewerbsstrukturen besitzen die zunehmende sachliche Marktintegration von Online-Handel und Paketdiensten sowie der Einsatz von Robotik.

**K9.** Die demographische Entwicklung und die Urbanisierung führen seit Jahren zu einem stark ansteigenden Sendungsmengenaufkommen von Paketen in Agglomerationszentren und zu einem stark sinkenden Sendungsmengenaufkommen in den ländlichen Gebieten. Wegen des zunehmenden Verkehrsaufkommens in den Innenstädten und der abnehmenden Beförderungsmengen im ländlichen Raum, steigen die Zustellkosten für die Postdienstleister immer weiter an. Zur Senkung der Kosten auf der letzten Meile könnte eine Kooperation von Postdienstleistern prinzipiell sinnvoll erscheinen, sofern die Voraussetzungen der §§ 2 Abs. 1, 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) einschlägig sind. Ebenfalls könnten diese eine stärkere Kooperation mit Gewerbetreibenden eingehen, die von den Postdienstleistern wirtschaftlich und rechtlich unabhängig sind und als anbieterneutrale Annahme- und Abholstationen fungieren können, die Angebotseffizienz und die Wettbewerbsintensität erhöhen. Sofern Online-Vermittlungsdienste für Privatfahrer in Deutschland zulässig sind, könnten diese das Dienstleistungsangebot bei der Paketzustellung in den ländlichen Gebieten verbessern.

### **Sachliche Marktintegration von Online-Handel und Paketdiensten nimmt weiter zu**

**K10.** Die sachliche Marktintegration von Online-Handel und Paketdiensten schreitet immer weiter voran. Insbesondere Online-Plattformen und Paketdienstleister übernehmen zunehmend sowohl Vertriebs- wie auch Beförderungsleistungen selbst, sodass vertikal integrierte Logistik- und Handelskonzerne entstehen, die in direkten Wettbewerb zueinander treten. Bei Online-Plattformen besteht dabei grundsätzlich vor allem wegen Netzwerkeffekten und Größenvorteilen die Gefahr einer hohen Marktkonzentration. Bei intensivem Wettbewerb dürfte jedoch in absehbarer Zeit die Dienstleistungsqualität und -quantität weiter steigen, was positive Wohlfahrtseffekte zur Folge hat.

**K11.** Bei einer Marktintegration von Online-Handel und Paketdiensten besteht aufgrund einer unterschiedlichen Regulierung die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen zulasten der Paketdienstleister. Soweit Online-Plattformen Beförderungsdienstleistungen in Eigenleistung erbringen, unterliegen sie nicht der Regulierung, sondern ausschließlich der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt. Paketdienstleister hingegen erbringen Beförderungsdienstleistungen – auch wenn sie eine Online-Plattform betreiben – in der Regel geschäftsmäßig und können der sektorspezifischen Regulierung durch die Bundesnetzagentur, sofern sie marktbeherrschend sind, sowie der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt unterliegen. Auch wenn Paketdienstleister einer sektorspezifischen Regulierung de jure nur dann unterliegen, wenn sie marktbeherrschend sind, könnte eine Wettbewerbsverzerrung insoweit bereits bestehen, wenn ihr Anreiz gemindert würde, eine marktbeherrschende Stellung zu erlangen, um einer Regulierung zu entgehen.

## **Räumliche Marktintegration von Postdiensten verläuft schleppend**

**K12.** Die räumliche Marktintegration von Postdiensten in Europa verläuft nur schleppend. Bislang hat sich kein Binnenmarkt für Postdienste entwickelt. Die Brief- und Paketmärkte sind weiterhin national fragmentiert und von den in den EU-Mitgliedstaaten unterschiedlichen sozioökonomischen und rechtlichen sowie regulatorischen Rahmenbedingungen geprägt. Kennzeichnend für den Wettbewerb bei grenzüberschreitenden Postdienstleistungen soweit ist, dass dieser einerseits auf die bilaterale Relation von Einlieferungs- und Bestimmungsland begrenzt ist und andererseits durch eine geringe Wettbewerbsintensität auf den nationalen Postmärkten beschränkt wird.

**K13.** Eine räumliche Marktintegration von Postdiensten wird prinzipiell zu einer Intensivierung des Wettbewerbs führen. Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich die Bestrebungen der Europäischen Kommission, mittels Erhöhung der Markttransparenz und Schaffung einheitlicher Rahmenbedingungen für grenzüberschreitende Paketdienste die Errichtung eines (digitalen) Binnenmarktes zu fördern. Insbesondere begrüßt sie die jüngsten Initiativen der Europäischen Kommission zur Steigerung der Interoperabilität und Erhöhung des Standardisierungsgrades europäischer Postnetze. Einer räumlichen Marktintegration können hingegen die Vereinbarungen der nationalen Postgesellschaften sowie der DPAG in der International Post Corporation entgegenstehen.

## **Preise grenzüberschreitender Postdienstleistungen sind intransparent**

**K14.** Es besteht Intransparenz bei den Preisen für grenzüberschreitende Postdienstleistungen. Die nationalen Regulierungsbehörden verfügen zum einen über keine Kenntnis bezüglich der Endvergütungen, welche die Universaldienstleister im Bestimmungsland für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen erhalten. Zum anderen haben sie keine Kenntnis über die Preise für die grenzüberschreitende Beförderung von Massensendungen, die zwischen den Postdienstleistern und deren Großkunden in bilateralen Verhandlungen vereinbart werden und für den grenzüberschreitenden (Online-)Handel maßgeblich sind. Für das Informationsdefizit der Regulierungsbehörden ursächlich sind vornehmlich fehlende Auskunftsbefugnisse gegenüber ausländischen Postdienstleistern und nicht im Postwesen tätigen Unternehmen.

## **Robotik könnte den Wettbewerb beeinflussen**

**K15.** In der Postlogistik spielt der Einsatz von Robotik eine immer größere Rolle zur Erreichung eines höheren Automatisierungs- und Standardisierungsgrades. Die Automatisierung ist zugleich Ausdruck eines strukturellen Wandels. Einerseits werden vornehmlich monoton ablaufende Tätigkeiten, die bislang von Arbeitskräften durchgeführt worden sind, zunehmend von Maschinen übernommen. Die Prozesse sollen effizienter ablaufen und die Produktivität erhöht werden. Andererseits werden Tätigkeiten für Arbeitskräfte mit einem höherwertigen Qualifikationsprofil geschaffen.

**K16.** Die Robotik stellt eine Zukunftstechnologie mit großen Potenzialen zur Verbesserung der Qualität und zur Steigerung der Quantität von Postdienstleistungen dar. Mithilfe der Robotik können sich die Geschäftsmodelle der Postdienstleister grundlegend verändern und neue Märkte entstehen. So könnte z. B. die sachliche Marktintegration von Online-Handel und Paketdiensten durch den vermehrten Einsatz von Robotik vorangetrieben werden. Dadurch könnte wiederum der Wettbewerb auf den Postmärkten stimuliert werden.

## **Rechts- und Regulierungsrahmen**

### **Rückführung der Ex ante-Regulierung ist nicht zu empfehlen**

**K17.** In jüngster Zeit ist eine Diskussion um eine Rückführung der Ex ante-Regulierung aufgekommen. Begründet wird ein solcher Vorschlag vor allem mit einer Reduzierung des Ressourcenaufwandes für die Bundesnetzagentur und die DPAG und der Förderung des Wettbewerbs auf den Briefmärkten, indem der hierdurch erhöhte Entgeltspielraum für die DPAG auch weniger effizienten Wettbewerbern zugutekäme. Die Monopolkommission spricht sich gegen eine Rückführung der Ex ante-Regulierung bei den gegenwärtigen Markt- und Wettbewerbsverhältnissen aus. Ihrer Auffassung nach würde eine Rückführung zentralen Zielen der Regulierung, namentlich der Wah-

rung der Interessen der Kunden gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 Postgesetz (PostG), der Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 PostG und der Sicherstellung der Erschwinglichkeit der Preise gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 PostG, entgegenstehen.

**K18.** Mit der Einführung der Ex ante-Regulierung für den Briefmarkt, in dem Privatpersonen und Kleinversender die Kunden darstellen, wurden insbesondere die Förderung des Wettbewerbs auf dem damals weitgehend monopolisierten Postmarkt und der Schutz der Kunden vor Preishöhenmissbrauch bezweckt. Bisher hat sich allerdings kein funktionsfähiger Wettbewerb entwickelt. Die DPAG verfügt weiterhin über eine Quasi-Monopolstellung. Ein chancengleicher und funktionsfähiger Wettbewerb ist somit im ex ante regulierten Markt nicht sichergestellt, wie es § 2 Abs. 2 Nr. 2 PostG erfordert. Auch zukünftig ist mit Blick auf die geringen sowie wegen der E-Substitution weiter sinkenden Mindesteinlieferungsmengen und die im Vergleich zum Geschäftskundenbereich höheren Kosten der postalischen Infrastruktur nicht mit Wettbewerb zu rechnen.

**K19.** Um Markteintritte anzureizen, müssten die Entgelte derart ansteigen, dass der Anstieg den Interessen der Kunden und einer Sicherstellung der Erschwinglichkeit der Preise und damit den §§ 2 Abs. 2 Nr. 1, 3 PostG voraussichtlich zuwiderläuft. Denn mit einer Aufhebung der Ex ante-Regulierung würde grundsätzlich der Anreiz für die DPAG steigen, von den tendenziell von einer geringen Preissensibilität gekennzeichneten Privatkunden hohe Preise zu verlangen. Um die im Zuge einer Aufhebung der Ex ante-Regulierung gestiegenen Anreize zum Preishöhenmissbrauch zu mindern, müsste die Missbrauchsaufsicht substantiell verbessert werden. Hierzu müsste die Bundesnetzagentur ihre behördliche Missbrauchsaufsicht intensivieren, was mit einem höheren Verwaltungsaufwand verbunden wäre, weshalb es fraglich erscheint, inwieweit sich dieser Aufwand bei einer Rückführung der Ex ante-Regulierung reduzieren könnte.

### **Genehmigungsverfahren sind unter Vorbehalten zu begrüßen**

**K20.** Es besteht ein Anreiz für die DPAG zum nicht-preisbezogenen Behinderungsmissbrauch bei der Zugangsgewährung zu ihren Postfachanlagen und der Bereitstellung von Informationen über Adressänderungen. Die Befugnisse der Bundesnetzagentur sollten daher gemäß § 29 PostG um die Vorgabe wesentlicher Verfahrensregeln für den Zugang zu Postfachanlagen und die Bereitstellung von Informationen über Adressänderungen erweitert werden. Darüber hinaus sollten diese Verträge gemäß § 30 Abs. 1 PostG der Bundesnetzagentur nicht mehr innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss, sondern spätestens zwei Monate vor der geplanten Einführung vorgelegt werden.

**K21.** Ferner sollte die Genehmigungspflicht auf Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen beschränkt werden. Mit Blick auf die weiterhin gesicherte flächendeckende Beförderung von Postzustellungsurkunden, einer zukünftig vermehrten E-Substitution bei einer konsequenten Umsetzung des E-Government-Gesetzes sowie einer ab 2018 verpflichtenden Durchführung elektronischer Vergabeverfahren könnte hierdurch der Prüfaufwand der Regulierungsbehörde und der Verwaltungsaufwand für die vornehmlich kleinen und mittelständischen Briefdienstleister gemindert werden.

### **Großkunden- und Teilleistungsentgelte sind wirksam zu beaufsichtigen**

**K22.** Aufgrund der vertikal integrierten Unternehmensstruktur der DPAG und der fehlenden Transparenz bei den Verträgen mit Großkunden hat die DPAG erhebliche Anreize zum Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung. Als starkes Indiz für ein solches Verhalten können die in den letzten Jahren gegen die DPAG fast ausnahmslos im Segment Geschäftskundenbriefe geführten Missbrauchsverfahren gewertet werden. Zur Verminderung von Fehlansätzen und zur Verbesserung der Missbrauchsaufsicht sollten die individuell ausgehandelten Verträge zwischen der DPAG und Großkunden i. S. d. § 19 Satz 2 PostG einer Vorlagepflicht analog zu § 38 Abs. 1 Satz 3 Telekommunikationsgesetz (TKG) unterliegen. Danach sind Verträge der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsabschluss zur Kenntnis zu geben.

**K23.** Des Weiteren sollte die Vorlagepflicht für Verträge über Teilleistungsentgelte gemäß § 30 Abs. 1 PostG an § 38 Abs. 1 Satz 1 TKG angepasst werden. Danach hätte die DPAG als marktbeherrschendes Unternehmen der

Bundesnetzagentur die Verträge nicht mehr innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss, sondern spätestens zwei Monate vor der geplanten Einführung vorzulegen. Zudem sollte die Bundesnetzagentur die Einführung der Teilleistungsentgelte entsprechend § 38 Abs. 1 Satz 2 TKG innerhalb von zwei Wochen nach Vorlage bis zum Abschluss ihrer Prüfung untersagen können, wenn es überwiegend wahrscheinlich ist, dass die geplanten Teilleistungsentgelte nicht mit den §§ 19, 20 PostG vereinbar sind.

### **Missbrauchsaufsicht ist zu stärken**

**K24.** Die Monopolkommission hat wiederholt auf die dringende Notwendigkeit einer Verbesserung der sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht hingewiesen. Der ineffektive Regulierungsrahmen und der Umstand, dass die Bundesnetzagentur ihn nicht ausschöpft, setzen Fehlanreize für die DPAG, ihre marktbeherrschende Stellung auf den Briefmärkten durch missbräuchliches Verhalten auszubauen. Die Monopolkommission empfiehlt eine Reihe von Verfahrensänderungen, mit denen die Missbrauchsaufsicht gestärkt werden kann. Insbesondere sollten die Auskunftsrechte der Bundesnetzagentur gegenüber Großversendern von Briefen und Paketen sowie gegenüber nicht im Postwesen tätigen Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen ausgeweitet werden. Daneben sollte Dritten ein Antragsrecht im Postgesetz analog zu § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG eingeräumt werden, das auf die Eröffnung eines Missbrauchsverfahrens gerichtet ist. Die Frist für die nachträgliche Überprüfung genehmigter Entgelte sollte gemäß § 24 Abs. 2 PostG von zwei Monaten beispielsweise auf drei Monate verlängert werden. Mit Blick auf die besondere Problematik von Preis-Kosten-Scheren auf den netzgebundenen Briefmärkten sollten ein Preis-Kosten-Scheren-Test analog zu § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG sowie ein Entgelt-Konsistenzgebot analog zu § 27 Abs. 2 TKG in das Postgesetz aufgenommen werden.

**K25.** Die Bundesnetzagentur sollte den ihr gesetzlich eingeräumten Ermessensspielraum zukünftig in Gänze nutzen. Die Bundesnetzagentur sollte der DPAG zur zeitnahen Unterbindung etwaigen missbräuchlichen Verhaltens Vorgaben über die Ausgestaltung der internen Rechnungslegung gemäß § 10 Abs. 2 Satz 3 PostG machen, um relevante Kostendaten bei der DPAG jederzeit selbst erheben zu können. Die so gewonnenen Unternehmensinformationen einschließlich relevanter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse könnte sie mit dem Bundeskartellamt gemäß § 50c Abs. 1 GWB, unabhängig von der jeweils gewählten Verfahrensart, austauschen, soweit dies zur Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben erforderlich ist, und in ihren Verfahren verwerten.

### **Bußgelder haben keine sanktionierende und abschreckende Wirkung**

**K26.** Mit der Ausgestaltung des Sanktionsrahmens kann der Anreiz eines marktbeherrschenden Unternehmens für missbräuchliches Verhalten grundsätzlich gemindert werden. Die Tatbestände gemäß § 49 Abs. 1 PostG, die eine Ahndung vonseiten der Bundesnetzagentur nach sich ziehen können, sind begrenzt. Nicht erfasst sind beispielsweise Verstöße gegen die Maßstäbe für genehmigungsbedürftige Entgelte in § 20 Abs. 2 PostG. Demnach kann die Bundesnetzagentur ein missbräuchliches Verhalten als solches nicht mit einem Bußgeld ahnden, da § 20 Abs. 2 i. V. m. § 49 Abs. 1 PostG nicht bußgeldbewehrt ist. Aber nicht nur die relevanten Bußgeldtatbestände sind begrenzt, sondern auch die Bußgeldhöhe gemäß § 49 Abs. 2 PostG. So liegt die mögliche Höchstbuße bei gerade einmal EUR 500.000. Hiervon dürfte nur eine geringe Abschreckungswirkung ausgehen.

**K27.** Die in § 49 Abs. 1 PostG normierten Tatbestände sollten daher durch eine allgemeine Formulierung ähnlich wie in § 81 GWB, wonach die Bundesnetzagentur wegen eines Verstoßes gegen die Vorschriften des Postgesetzes Bußgelder verhängen kann, ersetzt werden. Ferner sollten die Vorgaben im Postgesetz zur Bußgeldhöhe an die Vorgaben im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und in Art. 23 VO 1/2003 angepasst werden.

### **Schadenersatzpflicht besteht faktisch nicht**

**K28.** Das Postgesetz enthält in § 38 PostG eine Rechtsgrundlage für Schadenersatzansprüche, die eine Verletzung einer Norm mit einem drittschützenden Charakter voraussetzt. Einen drittschützenden Charakter wird den meisten Rechtsvorschriften im Postgesetz gleichwohl abgesprochen. Die Vorschrift des § 38 PostG unterscheidet sich gegenwärtig etwa von den entsprechenden Schadenersatznormen des Telekommunikationsgesetzes (§ 44 TKG)

und des Kartellrechts (§ 33a GWB). Diese forderten zwar für die Geltendmachung von Schadenersatz zunächst ebenfalls einen Bezug zu Schutzgesetzen; diese Anspruchsvoraussetzung ist jedoch zwischenzeitlich entfallen, während der Passus zur Verletzung einer Schutznorm im 3. Halbsatz von § 38 PostG bis heute enthalten ist.

**K29.** Der 3. Teilsatz des § 38 PostG sollte ersatzlos gestrichen werden, womit es für eine Schadenersatzpflicht nicht mehr auf den drittschützenden Charakter der verletzten Norm im Postgesetz ankäme. Damit würde § 38 PostG zugleich an § 44 TKG sowie § 33a GWB angepasst werden. Darüber hinaus sollten die gesetzgebenden Körperschaften den Zugang zu Beweismitteln für Ersatzberechtigte erleichtern. Ihnen sollten Beweismittel auf Antrag beim zuständigen Gericht offengelegt werden müssen. § 38 PostG müsste diesbezüglich ergänzt werden. Die genannten Änderungen des § 38 PostG wären konform mit der Richtlinie 2014/104/EU.

### **Kostenmaßstab ist effizienter zu gestalten**

**K30.** Die Anrechnung von neutralen Aufwendungen in der Entgeltregulierung gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG sowie § 3 Abs. 4 Satz 3 PEntgV steht prinzipiell den Zielen der Regulierung entgegen, gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 PostG die Interessen der Kunden zu wahren und gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 PostG eine flächendeckende Grundversorgung mit Postdienstleistungen zu erschwinglichen Preisen sicherzustellen. Neutrale Aufwendungen umfassen dabei Aufwendungen der DPAG als reguliertem Briefdienstleister für die Bezahlung von über dem Niveau vergleichbarer Arbeitsverhältnisse liegenden Löhnen, sog. Soziallasten, und für die Erbringung von Universaldienstleistungen, sog. Universaldienstlasten. Eine Überwälzung der „Soziallasten“ auf die Briefentgelte führt beispielsweise zu überhöhten, nicht im Wettbewerb entstandenen Entgelten zulasten der Privatkunden. Für die Berücksichtigung von „Universaldienstlasten“ gibt es hingegen keine Rechtfertigung. Die DPAG unterliegt keiner rechtlichen Verpflichtung gemäß § 13 Abs. 2 Satz 2 bzw. § 13 Abs. 3 Satz 1 PostG, sondern erbringt Universaldienstleistungen insofern freiwillig. § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG sowie § 3 Abs. 4 Satz 3 PEntgV sind deswegen ersatzlos zu streichen.

**K31.** Die Verordnung zur ersten Änderung der Post-Entgeltregulierungsverordnung im Jahr 2015 hat die Gewinnerzielung für die DPAG wesentlich zulasten der Verbraucher im Briefbereich erleichtert. Während vorher der angemessene Gewinnzuschlag der DPAG als regulierter Briefdienstleister am unternehmerischen Risiko zu bestimmen war, ist dieser nunmehr orientiert an den Umsatzrenditen ausländischer Postgesellschaften zu ermitteln, die größtenteils über eine monopolähnliche Stellung verfügen. Die Post-Entgeltregulierungsverordnung ist daher zur alten Fassung des § 3 Abs. 2 PEntgV zurückzuführen. Soweit der Ordnungsgeber diese Empfehlung nicht umsetzt, sollte die Bundesnetzagentur bei der nächsten Maßgrößenentscheidung 2018 den angemessenen Gewinnaufschlag – i. S. d. Verordnungsbegründung – orientiert am unternehmerischen Risiko gemäß § 3 Abs. 2 PEntgV a. F. vornehmen. Die Höhe eines genehmigungsfähigen Gewinnaufschlages sollte an das unternehmerische Risiko geknüpft werden, um eine marktadäquate Entlohnung sicherzustellen. Als Bestimmungsgröße ist das von den Kapitalgebern eingesetzte Kapital heranzuziehen. Die Bundesnetzagentur könnte die risikospezifische Kapitalverzinsung anhand des Weighted Average Cost of Capital-Ansatzes auf Grundlage von Asset-Pricing-Modelle zur Bestimmung der Eigenkapitalverzinsung selbst schätzen oder von externen Gutachtern schätzen lassen.

### **Reform des Universaldienstes ist geboten**

**K32.** Die zunehmende Digitalisierung gesellschaftlichen Lebens und die damit einhergehende Änderung des Kommunikationsverhaltens wirkt sich auf die Postmärkte unterschiedlich aus: Einerseits reduziert sie die Menge physischer Briefsendungen, andererseits erhöht sie die Menge physischer KEP-Sendungen. Die Vorgaben zum Post-Universaldienst sind an diese technische und gesellschaftliche Entwicklung bislang nicht nachfragegerecht i. S. d. § 11 Abs. 2 Satz 2 PostG angepasst worden. Der Ordnungsgeber sollte die Universaldienstvorgaben auf Grundlage von Umfragen unter Marktteilnehmern bedarfsgerecht anpassen. Wegen der möglichen disruptiven Entwicklungen auf den Postmärkten sollte die Bundesnetzagentur auch zukünftig Verbraucher, Postdienstleister und Sachverständige zur Angemessenheit der Universaldienstvorgaben in regelmäßigen Abständen befragen.

**K33.** Die Bundesregierung und die Bundesnetzagentur sollten i. S. d. Art. 16 Abs. 4 EU-Postdiensterrichtlinie dafür Sorge tragen, dass unabhängige Prüfer eine jährliche Leistungskontrolle zur Messung der Qualität des Universal-

dienstes, d. h. von inländischen sowie grenzüberschreitenden Brief- und Paketdiensten, durchführen. Die Bundesnetzagentur sollte zur frühzeitigen Identifizierung etwaiger Mängel beim Universaldienst die Berichtspflicht um qualitative Indikatoren zur Messung der Kundenzufriedenheit i. S. d. Art. 16 Abs. 2 EU-Postdiensterrichtlinie erweitern. Die Auswahl an qualitativen Indikatoren könnte durch Umfragen unter Marktteilnehmern bestimmt werden. Ferner sollte sie die Nettokosten des Universaldienstes der DPAG für verschiedene Referenzszenarien berechnen und der Bundesregierung diese mitteilen, weil es sich bei der exklusiven Befreiung der von der DPAG erbrachten Universaldienstleistungen von der Mehrwertsteuer um einen beihilfenrechtsrelevanten (Preis-)Vorteil handeln könnte.

### **Mehrwertsteuerbefreiung verzerrt den Wettbewerb**

**K34.** Die exklusive Befreiung der von der DPAG erbrachten Universaldienstleistungen von der Mehrwertsteuer führt zu Wettbewerbsverzerrungen auf den Postmärkten. Zur Beseitigung dieser Wettbewerbsverzerrungen sollte kurzfristig die Mehrwertsteuerbefreiung allen Postdienstleistern diskriminierungsfrei gewährt werden. Hierfür ist Abschnitt 4.11b.1 Abs. 4 Umsatzsteueranwendungserlass (UStAE) so zu ändern, dass alle Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüsse, die sich verpflichten, alle Post-Universaldienstleistungsbereiche bzw. einen Teilbereich der Post-Universaldienstleistungsbereiche ständig und flächendeckend im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland anzubieten, zum begünstigten Unternehmerkreis gehören. Es sollte nicht danach unterschieden werden, ob der betreffende Postdienstleister die Post-Universaldienstleistung(en) in Gänze selbst erbringt, mithilfe zivilrechtlicher Kooperationen oder durch Inanspruchnahme von Teilleistungen der DPAG. Grundvoraussetzung sollte stattdessen sein, dass die Qualitätsmerkmale gemäß den §§ 2 und 3 Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV) in Deutschland insgesamt eingehalten werden. Hierüber sollte die Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde zu befinden haben, weshalb auch sie – und nicht das Bundeszentralamt für Steuern – die für eine Befreiung von der Mehrwertsteuer notwendige Bescheinigung ausstellen sollte. Diesbezüglich bedarf es einer Anpassung von § 4 Nr. 11b Satz 2 UStG. Im Ergebnis sollte die Mehrwertsteuerbefreiung jedoch ganz abgeschafft werden. Das erfordert eine Anpassung von Art. 132 Abs. 1 lit. a Mehrwertsteuer-systemrichtlinie. Die Bundesregierung sollte im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Einführung eines sog. endgültigen Mehrwertsteuersystems aktiv für eine Abschaffung der Mehrwertsteuerbefreiung für Postdienstleistungen und eine entsprechende Änderung dieser EU-Richtlinie eintreten.

**K35.** Es sollte überprüft werden, inwieweit die Finanzbehörden gemäß Abschnitt 4.11b.1 Abs. 8 UStAE die Mehrwertsteuer auf Postzustellungsaufträge bei der DPAG in den letzten Jahren eingefordert haben. Die DPAG führt seit September 2016 die Mehrwertsteuer für Postzustellungsaufträge ab. Der für die Finanzverwaltung bindende Umsatzsteueranwendungserlass regelt mit Abschnitt 4.11b.1 Abs. 8 allerdings bereits seit Ende 2010 eindeutig, dass die förmliche Zustellung i. S. d. § 33 PostG nicht unter die Steuerbefreiung des § 4 Nr. 11b UStG fällt, weil diese Leistung keine Post-Universaldienstleistung darstellt. Sofern keine Steuerzahlung vonseiten der DPAG erfolgt ist, könnte weiterhin eine Steuerschuld bestehen.

### **Kostenprüfung und regulatorische Datenerfassung sind auszuweiten**

**K36.** Zum Abbau von Informationsasymmetrien zwischen der DPAG und der Bundesnetzagentur sollte die Bundesnetzagentur Daten bei der DPAG als marktbeherrschendes Unternehmen auf den Märkten für Briefdienstleistungen und Standard-Paketdienstleistungen direkt erheben, soweit diese im Zusammenhang mit der Erbringung der Postdienstleistungen stehen. Hierzu sollte die Bundesnetzagentur ein IT-Netzwerk einrichten, mit dem eine rechtskonforme Datenübertragung zwischen ihr und der DPAG sichergestellt wird. Außerdem sollte die Bundesnetzagentur der DPAG Vorgaben zur internen Rechnungslegung gemäß § 10 Abs. 2 Satz 3 PostG machen, um eine effiziente Datenauswertung zu gewährleisten.

**K37.** Zur Erhöhung der Transparenz bei der Regulierung der Briefmärkte sollte die Bundesnetzagentur ein analytisches Kostenmodell für die Prüfung der von der DPAG dargelegten Kosten analog zur Regulierungspraxis auf den Telekommunikationsmärkten anwenden. Danach würden die Kosten eines hypothetischen effizienten Unterneh-

mens im Wettbewerb modellbasiert ermittelt. Die konkrete Spezifikation des Kostenmodells könnte in Abstimmung mit Marktteilnehmern und unabhängigen Sachverständigen ermittelt werden.

### **Marktaufsicht und -beobachtung sind zu intensivieren**

**K38.** Es besteht Bedarf an einer Ausweitung und Intensivierung der Marktbeobachtung. Die Bundesnetzagentur sollte die Marktberichterstattung im lizenzpflichtigen Briefbereich beispielsweise um umsatzbezogene Statistiken zu Privat- und Geschäftskundenmärkten sowie einzelnen Briefdienstleistungen erweitern. Diese Statistiken sollten zudem regional differenziert sein z. B. auf der Ebene von Regierungsbezirken („Nomenclature des unités territoriales statistiques II“ bzw. „NUTS II“). Bei etwaigen Bedenken über eine Verletzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sollten diese Statistiken nur den öffentlichen Auftraggebern sowie Vergabestellen auf individuelle Anfrage mitgeteilt werden, sofern dies im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2016/943/EU möglich wird. Für den Bereich nicht lizenzpflichtiger Kurier-, Express- und Paketdienste (KEP) sollte die Bundesnetzagentur etwa Statistiken zu grenzüberschreitenden Paketdiensten veröffentlichen, soweit sie Universaldienstleistungen darstellen. Im Hinblick auf die weitgreifenden Veränderungsprozesse im KEP-Bereich, die bislang fehlenden Legaldefinitionen relevanter KEP-Dienstleistungen und die uneinheitlichen Definitionen in der Branche könnte die Bundesnetzagentur einen Leitfaden in Kooperation mit Marktteilnehmern und -beobachtern erstellen. Ein solcher Leitfaden könnte der Bundesnetzagentur bei der Abgrenzung der KEP-Märkte helfen und zugleich die Transparenz in den Märkten sowie bezüglich ihrer Entscheidungen erhöhen.

**K39.** Mit Blick auf den eingeschränkten und zum Teil verfälschten Wettbewerb auf den Postmärkten, die bestehenden Missbrauchspotenziale, die disruptiven Entwicklungen auf den Postmärkten und die unzureichenden Auskunftsbefugnisse der Bundesnetzagentur sollte das Bundeskartellamt eine Sektoruntersuchung im Postwesen gemäß § 32e GWB durchführen. Die so gewonnenen Unternehmensinformationen einschließlich relevanter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse könnte sie der Bundesnetzagentur gemäß § 50c Abs. 1 GWB übermitteln, sofern dies zu deren ordnungsgemäßer Aufgabenerfüllung erforderlich ist.

**K40.** Seit der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) 2004 besteht Rechtsunsicherheit wegen der starren Verweisung des geltenden Postgesetzes auf die Vorschriften des 1996 in Kraft getretenen Telekommunikationsgesetzes. Dies betrifft die Marktaufsicht der Bundesnetzagentur und die Marktberichterstattung der Monopolkommission. Wie bereits im Gesetzentwurf zur Novellierung des Postgesetzes 2013 vorgesehen, sollte zum Abbau von Rechtsunsicherheit eine Aktualisierung der Verweise des Postgesetzes auf das Telekommunikationsgesetz und die Einfügung einer Vorschrift in § 47 PostG analog zu § 121 Abs. 2 TKG, die den Gesetzesauftrag der Monopolkommission definiert, vorgenommen werden.

### **Anteilseignerschaft des Bundes bevorteilt Deutsche Post AG**

**K41.** Die Anteilseignerschaft des Bundes wirkt sich positiv auf die Bonität und damit auf die Refinanzierungskonditionen der DPAG aus. Hierdurch erlangt die DPAG gegenüber ihren Wettbewerbern (Kosten-)Vorteile. Ferner führt die Anteilseignerschaft für die Bundesregierung zu einem Interessenkonflikt. Einerseits gestaltet sie den Ordnungsrahmen maßgeblich mit und beaufsichtigt die Bundesnetzagentur sowie das Bundeskartellamt, andererseits hat sie ein Interesse an marktüblichen Dividenden sowie an der zukünftigen Ertragskraft der DPAG. Gäbe es ein solches Interesse nicht, bestünde ein Risiko von Verstößen gegen das Beihilfeverbot und gegen die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit. Der Bund sollte deshalb seine Anteile an der DPAG in Höhe von 20,9 Prozent veräußern.

### **Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste ist ineffektiv**

**K42.** Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich die Bestrebung der Europäischen Kommission, mit einer Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste die Transparenz bei grenzüberschreitenden Paketdiensten zur Förderung des grenzüberschreitenden Online-Handels zu erhöhen. Den aktuellen Entwurf der Verordnung

hält sie gleichwohl für nicht ausreichend, da hiervon keine signifikanten Impulse für den Wettbewerb bei grenzüberschreitenden Paketzustelldiensten ausgehen dürften.

**K43.** Für eine Stimulierung grenzüberschreitender Paketzustelldienste bedarf es die Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen, d. h. eines transparenten und diskriminierungsfreien Zugangs für Postdienstleister zur postalischen Infrastruktur der Universaldienstleister und zu Vereinbarungen der Universaldienstleister über die Endvergütungen für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen. Ferner sind den Regulierungsbehörden eindeutige Vorgaben zur Prüfung der Erschwinglichkeit von Tarifen bzw. Preisen für grenzüberschreitende Postdienstleistungen, beispielsweise orientiert an den Kriterien in Art. 12 EU-Postdienstrichtlinie sowie am regulatorischen Kostenmaßstab des Postgesetzes, zu machen. Hierfür sollten die Universaldienstleister alle Tarife zu den von der Verordnung vorgegebenen Kategorien von Postsendungen an die Regulierungsbehörden zu übermitteln haben. Die Endvergütungen sollten ebenfalls von den Regulierungsbehörden unter Einbeziehung der Europäischen Kommission überprüft werden. Die Berichte der Regulierungsbehörden über die Prüfung der Erschwinglichkeit sollten anschließend obligatorisch an die europäischen Kartellbehörden übermittelt werden. Zur Erfüllung der sich aus der Verordnung für sie ergebenden Pflichten müssten die Auskunftsbefugnisse der Regulierungsbehörden eindeutig und umfassend definiert werden. Dabei sollten die Regulierungsbehörden auch die durchschnittlichen Preise bzw. Tarife von Massensendungen, die marktbeherrschende Paketdienstleister in bilateralen Verhandlungen mit ihren Großkunden vereinbaren, erheben dürfen.

**K44.** Die Bundesregierung sollte bei der Ausgestaltung des Sanktionsrahmens sicherstellen, dass Verstöße gegen die Verordnung als Ordnungswidrigkeiten behandelt und von der Bundesnetzagentur sanktioniert werden können. Die Bemessung der Bußgeldhöhe sollte sich am Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und an Art. 23 VO 1/2003 orientieren. Ferner sollte der Bundesnetzagentur die Befugnis zur Verhängung von Zwangsmitteln nach den Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes eingeräumt werden.

### **Internationale Organisationen – Außereuropäischer Postverkehr**

**K45.** Die Regeln des Weltpostvereins prägen insbesondere den außereuropäischen Postverkehr. Als UN-Sonderorganisation legen die Mitgliedsstaaten die Regeln im Weltpostverein fest, die exklusiv den grenzüberschreitenden Postverkehr zwischen den von ihnen als Designated Operators benannten nationalen Postgesellschaften steuern. Für die Bundesrepublik Deutschland nimmt einzig die DPAG als benannte nationale Postgesellschaft die Rechte und Pflichten im Weltpostverein wahr. Das Vergütungssystem des Weltpostvereins für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen, das nicht kostenorientiert ausgestaltet ist, könnte zu Wettbewerbsverzerrungen ebenso führen wie die Entwicklung von proprietären technischen Standards für die Sendungsbeförderung zwischen den benannten nationalen Postgesellschaften. Hierbei könnte gegen Art. 106 Abs. 1 AEUV und Art. 101, 102 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV verstoßen werden.

**K46.** Die Bundesregierung sollte Postdienstleister, die sich auf Antrag zum Angebot grenzüberschreitender Postdienstleistungen bereit erklären und einen Antrag nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1 Gesetz zu den Verträgen vom 15. September 1999 des Weltpostvereins (WPostVtr1999G) stellen, als Designated Operators gegenüber dem Weltpostverein benennen. Die erforderlichen Einzelheiten einer Zulassung sollte die Bundesregierung durch eine Rechtsverordnung gemäß § 4 Abs. 2 Satz 3 WPostVtr1999G bestimmen. Damit würden die Anreize für die Designated Operators zur missbräuchlichen Ausnutzung etwaiger marktbeherrschender Stellungen bei grenzüberschreitenden Postdienstleistungen erheblich vermindert. Des Weiteren könnte die Mitarbeit weiterer Postdienstleister an technischen und logistischen Lösungskonzepten zur Steigerung der Interoperabilität der Postnetze die Marktentwicklung substantiell beschleunigen.

**K47.** Ferner sollte sich die Bundesregierung im Weltpostverein dafür einsetzen, dass zum einen die Vergütungssysteme des Weltpostvereins, sofern sie den Postverkehr im Binnenmarkt betreffen, derart ausgestaltet werden, dass diese die Anforderungen der EU-Postdienstrichtlinie und des europäischen Wettbewerbsrechts erfüllen. Zum anderen sollte sie darauf hinwirken, dass die Entscheidungskompetenzen der Vertreter der nationalen Regierungen der Mitgliedsstaaten ausschließlich auf rechtliche und regulatorische Angelegenheiten sowie die der Vertreter

der Designated Operators ausschließlich auf operative Angelegenheiten beschränkt werden. Hierdurch könnten bestehende Interessenkonflikte aufgelöst werden. Bei Entscheidungen über rechtliche und regulatorische Angelegenheiten sollte sich die Bundesregierung mit den Regierungsvertretern anderer europäischer Mitgliedsstaaten unter Einbeziehung der Europäischen Kommission i. S. d. Art. 34 EUV umfassend abstimmen.

### **Internationale Organisationen – Innereuropäischer Postverkehr**

**K48.** Die multilateralen Vereinbarungen der International Post Corporation (IPC) prägen insbesondere den inner-europäischen Postverkehr. Gegenwärtig sind 24 Postdienstleister aus Europa, Nordamerika und Australien Mitglieder der IPC, darunter auch die DPAG. Eine Mitgliedschaft in der IPC setzt insbesondere eine Benennung als Designated Operator gegenüber dem Weltpostverein und eine Verpflichtung zur Erbringung von Universaldienstleistungen voraus. Die Mitgliedsunternehmen der IPC treffen – parallel zu den Vereinbarungen im Weltpostverein – exklusive Vereinbarungen vor allem über Endvergütungen für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen und über die Entwicklung proprietärer technischer Standards für die Sendungsbeförderung. Diese Vereinbarungen könnten unvereinbar mit der EU-Postdiensterrichtlinie sowie mit Art. 101, 102 AEUV sein und der Vollendung eines (digitalen) Binnenmarktes in Europa entgegenstehen.

**K49.** Die durch die International Post Corporation koordinierten multilateralen Vereinbarungen über Endvergütungen für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen und über die Entwicklung sowie Anwendung technischer Standards für den grenzüberschreitenden Postverkehr sollten von den zuständigen Wettbewerbsbehörden kartellrechtlich geprüft werden.

## Kapitel 1

### Markt- und Wettbewerbsentwicklung

#### 1.1 National

##### 1.1.1 Lizenzpflichtige Postdienstleistungen

###### 1.1.1.1 Briefdienste werden weiterhin von der Deutschen Post AG dominiert

1. Nach dem Postgesetz (PostG) lassen sich die Postmärkte in Deutschland allgemein in Märkte für lizenzpflichtige Postdienstleistungen und nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen unterteilen. Auf dem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen erfolgt gemäß §§ 4 Nr. 1 lit. a, Nr. 2 Satz 1, 5 Abs. 1 PostG die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen, d. h. adressierten schriftlichen Mitteilungen mit einem Gewicht bis 1.000 g. Mit dem Inkrafttreten des Postgesetzes 1998 und der Liberalisierung des Marktes für lizenzpflichtige Postdienstleistungen, dem Briefmarkt, ist zugleich eine Ex ante-Regulierung von Entgelten der Deutsche Post AG (DPAG)<sup>1</sup> als Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost für lizenzpflichtige Postdienstleistungen und marktbeherrschendes Unternehmen i. S. d. § 4 Nr. 6 PostG i. V. m. § 18 Abs. 1 GWB eingeführt worden, um den Wettbewerb auf dem damals weitgehend monopolisierten Postmarkt zu fördern und die Kunden vor Preishöhenmissbrauch zu schützen.<sup>2</sup> Die Bundesnetzagentur als zuständige Regulierungsbehörde begrenzt die Ex ante-Regulierung auf Entgelte für Briefdienstleistungen mit einer Mindesteinlieferungsmenge von weniger als 50 Stück (Markt für Privatkunden).<sup>3</sup> Die für Geschäfts- insbesondere Großkunden relevanten Entgelte für Briefdienstleistungen mit einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Stück (Markt für Geschäftskunden), unterliegen dagegen ausschließlich der Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt.<sup>4</sup> Ferner grenzt die Bundesnetzagentur den Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen räumlich in Teilmärkte für inländische und grenzüberschreitende Standard-Briefdienstleistungen ab.<sup>5</sup> Des Weiteren unterliegt der Markt für die förmliche Zustellung den Vorschriften, welche die Verwaltungszustellung regeln.<sup>6</sup>

2. Seit Beginn der Regulierung und Liberalisierung der Briefmärkte 1998 haben sich die Umsätze fast kontinuierlich verringert, während die Sendungsmengen über dem ursprünglichen Niveau geblieben sind (vgl. Abbildung 1.1). So sank der Gesamtumsatz zwischen 1998 und 2016 von ca. EUR 9,8 Mrd. auf ca. EUR 9,2 Mrd. Die Sendungsmengen stiegen hingegen zunächst bis 2007 von ursprünglich ca. 15,0 Mrd. Stück auf ca. 17,7 Mrd. Stück an, um seitdem auf ca. 15,8 Mrd. Stück zu sinken. Die Briefmärkte trugen näherungsweise zu einem Drittel zum Gesamtumsatz im Postwesen in Höhe von ungefähr EUR 30 Mrd. bei. Für 2017 wird ein Anstieg der Sendungsmenge auf ca. 16 Mrd. Stück und des Umsatzes auf ca. EUR 9,3 Mrd. prognostiziert.<sup>7</sup>

<sup>1</sup> In diesem Gutachten wird als Firmenname aus Gründen der Übersichtlichkeit die Bezeichnung Deutsche Post AG (bzw. DPAG) verwendet.

<sup>2</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Postgesetzes, BT-Drs. 13/7774 vom 30. Mai 1997, S. 18. Zur Ex ante-Regulierung vgl. Tz. 63 ff. in diesem Gutachten.

<sup>3</sup> Gemäß § 48 Satz 1 PostG entscheidet die Bundesnetzagentur im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt über die Abgrenzung sachlich und räumlich relevanter Märkte und die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung. Für eine Marktabgrenzung sind die allgemeinen kartellrechtlichen Grundsätze zu beachten, nach denen primär die nachfrageseitigen und sekundär die angebotsseitigen Substitutionsbeziehungen zu untersuchen sind.

<sup>4</sup> Zur Missbrauchsaufsicht Tz. 88 ff. in diesem Gutachten.

<sup>5</sup> BNetzA, Beschluss vom 23. November 2015, BK5-15/012, S. 10 ff. Zum Markt für grenzüberschreitenden Briefdienstleistungen vgl. Tz. 44 in diesem Gutachten.

<sup>6</sup> Tz. 3 und 79 f. in diesem Gutachten.

<sup>7</sup> Die in diesem Gutachten verwendeten Prognosen zum Briefmarkt für 2017 sind allesamt Angaben der Bundesnetzagentur gegenüber der Monopolkommission.

**3.** Der Großteil des Umsatzes und der Sendungsmenge entfällt auch weiterhin auf die DPAG. Sie besitzt 2016 über alle Briefmärkte hinweg einen umsatzbezogenen Marktanteil von über 85 Prozent und einen sendungsmengenbezogenen Marktanteil von etwa 84 Prozent. Die Wettbewerber sind nahezu ausschließlich im Markt für Geschäftskunden tätig, der etwa die Hälfte des Umsatzes und den Großteil des Sendungsvolumens im Briefmarkt ausmacht.<sup>8</sup> Die DPAG bedient den Markt für Privatkunden – abgesehen von wenigen, vornehmlich regional tätigen Wettbewerbern – allein. Im Markt für Geschäftskunden verfügt die DPAG über einen Marktanteil von ungefähr 70 Prozent.<sup>9</sup> Speziell im Markt für die förmliche Zustellung von sog. Postzustellungsaufträgen besitzt die DPAG einen mengenbezogenen Marktanteil von ca. 84 Prozent.<sup>10</sup> Fast 600 Briefdienstleister sind im eigenen Namen im lizenzpflichtigen Bereich tätig.<sup>11</sup>

**4.** Dass Wettbewerber der DPAG bislang fast ausnahmslos auf dem Markt für Geschäftskunden tätig sind, hat mehrere Gründe. Erstens hat die DPAG bis 2007 eine gesetzliche Exklusivlizenz für die Beförderung von Briefsendungen und adressierten Katalogen bis 50 g besessen, sodass eine vollständige Liberalisierung des Marktes für Privatkundenbriefe erst mit Verzögerung vollzogen worden ist. Zweitens ist die Mindesteinlieferungsmenge je Sendung bei der Geschäftspost höher als bei der Privatpost, sodass die Briefdienstleister bei der Beförderung von Geschäftskundenbriefen vergleichsweise höhere Erträge bei zugleich niedrigeren Stückkosten erwirtschaften können. Drittens müssen die Briefdienstleister für die Beförderung von Geschäftskundenbriefen keine umfangreiche postalische Infrastruktur wie z. B. Briefkästen und Filialen betreiben, weil sie die Sendungen gewöhnlich bei den Geschäftskunden direkt abholen oder von ihnen bei sich einliefern lassen. Viertens sollen die Sendungsmengen bei der Privatpost zukünftig stärker sinken als bei der Geschäftspost, was den Anreiz für Briefdienstleister zum Eintritt auf dem Markt für Privatkundenbriefe aufgrund der schnelleren Marktschrumpfung mindert bzw. Anreize zum Austritt erhöht.<sup>12</sup> Zwar betrifft die mit einer voranschreitenden Digitalisierung verbundene zunehmende Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel anstelle physischer Briefsendungen, sog. E-Substitution, den Briefmarkt insgesamt.<sup>13</sup> Obwohl sich die fortschreitende Digitalisierung auch bei den Geschäftskundenbriefen bemerkbar macht, versenden insbesondere Online-Händler aus Kostengründen vermehrt kleinformatige sowie leicht gewichtige Pakete („Päckchen“) als Briefe und nicht als Pakete.<sup>14</sup> Zudem lassen Gewerbetreibende zunehmend adressierte Werbebriefe als Dialogmarketing zustellen. Bislang fielen die Auswirkungen zunehmender E-Substitution in Deutschland im Vergleich zum europäischen Ausland gering aus.<sup>15</sup>

**5.** Die überwiegend kleinen und mittelständischen Briefdienstleister unterhalten vornehmlich regionale eigene Zustellnetze, über die sie die Beförderung vom Absender bis zum Empfänger vollumfänglich abwickeln. Über den Zusammenschluss zu Verbänden stellen sie zum Teil eine überregionale Zustellung sicher. So hat zwischen den beiden Briefdienstverbänden Mail Alliance und P2 Die Zweite Post GmbH & Co. KG seit 2015 eine Kooperation

<sup>8</sup> Die Bundesnetzagentur veröffentlicht bislang nicht gesondert Umsatz- und Sendungsvolumina zu den Märkten für Privat- und Geschäftskunden. Die DPAG geht von einem Umsatzvolumen des Marktes für Geschäftskunden für 2015 in Höhe von ca. EUR 4,4 Mrd. aus, wobei hierin auch Umsätze zu Briefsendungen über 1.000 g enthalten sind; DPAG, Geschäftsbericht 2015, März 2016, S. 25. Im Vergleich dazu betrug der Gesamtumsatz des Briefmarktes 2015 ca. EUR 8,7 Mrd. Das Sendungsvolumen im Markt für Geschäftskunden soll dagegen bei über 80 Prozent liegen; WIK Consult/TÜV Rheinland, Monitoring Brief- und KEP-Markt 2014, Ein Projekt des BMWi, Mai 2015, S. 7.

<sup>9</sup> Auf Grundlage der Umsatzzahlen der Bundesnetzagentur und DPAG sowie der Berücksichtigung etwaiger Überschätzungen in den Zahlen der DPAG. Die DPAG selbst beziffert ihren Marktanteil auf 62 Prozent; DPAG, Geschäftsbericht 2015, März 2016, S. 25.

<sup>10</sup> Angaben der Bundesnetzagentur gegenüber der Monopolkommission.

<sup>11</sup> BNetzA, Jahresbericht 2016 – Märkte im digitalen Wandel, Mai 2017, S. 96.

<sup>12</sup> Angaben von Marktteilnehmern gegenüber der Monopolkommission. Des Weiteren vgl. etwa Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 18/10040 vom 13. Oktober 2016, Rn. 87 und 109; BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2014/2015 – Bericht gemäß § 47 Absatz 1 Postgesetz, Dezember 2015, S. 44 und Beschluss vom 23. November 2015, BK5-15/012, S. 47; WIK Consult/TÜV Rheinland, Monitoring Brief- und KEP-Markt 2014, a. a. O., S. 79. Vgl. zudem Tz. 19 in diesem Gutachten.

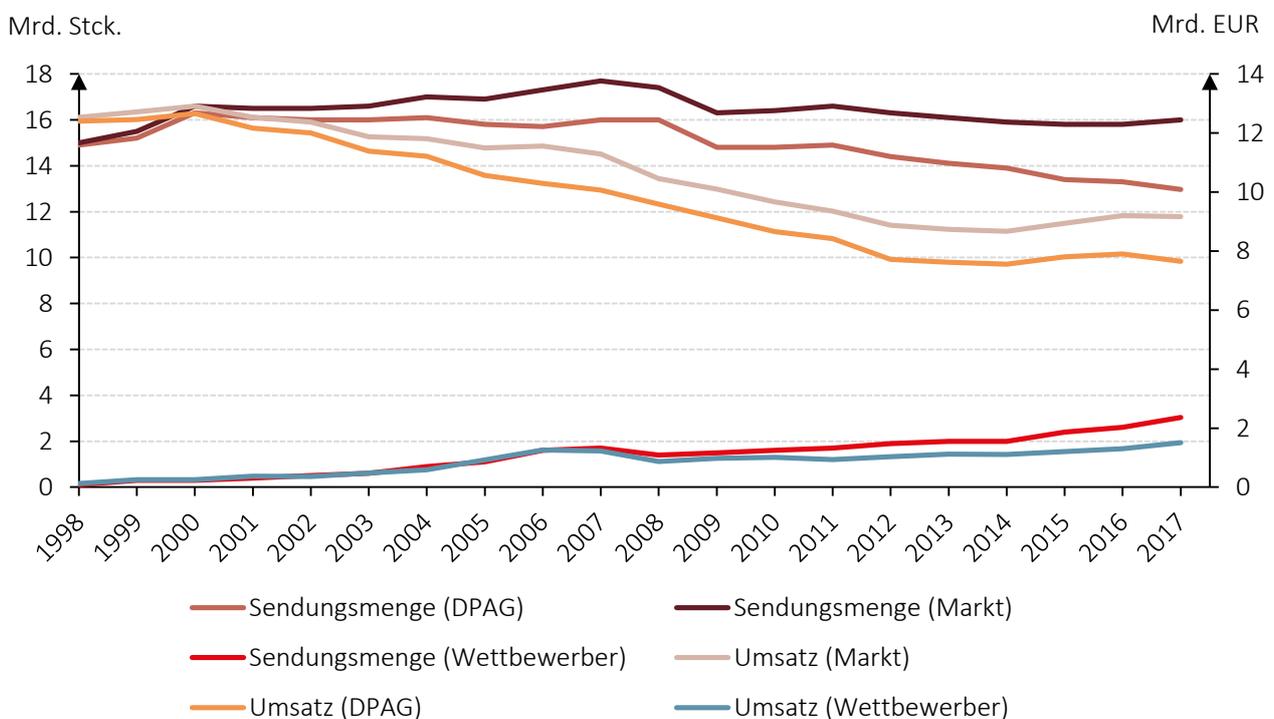
<sup>13</sup> Abschnitt 1.1.1.2 in diesem Gutachten.

<sup>14</sup> Beispielsweise existiert für die Beförderung von Briefsendungen anders als für Paketsendungen ein Haftungsprivileg, §§ 425, 449 Handelsgesetzbuch.

<sup>15</sup> BNetzA, Jahresbericht 2016 – Märkte im digitalen Wandel, a. a. O., S. 95; Tz. 41 in diesem Gutachten.

bestanden, die eine Zustellung von Sendungen aus dem jeweils anderen Verbundnetz vorsah.<sup>16</sup> Beide Verbünde haben im Auftrag ihrer Mitglieder den Austausch überregionaler Briefsendungen koordiniert und dadurch einen flächendeckenden Abdeckungsgrad bei Haushalten in Höhe von ca. 75 Prozent erreicht. Ende des Jahres 2016 hat Postcon Deutschland B. V. & Co. KG (Postcon), ein Tochterunternehmen der niederländischen PostNL und umsatzstärkster Wettbewerber der DPAG auf dem Markt für Geschäftskunden, alle Anteile an der PIN Mail AG und die Mehrheit der Anteile an der Mail Alliance erworben.<sup>17</sup> Ein bundesweit flächendeckendes Parallelnetz zu dem der DPAG ist durch die Übernahmen nicht entstanden. Auf dem Markt für Geschäftskunden vollzieht sich demnach eine Konsolidierung allmählich hin zu einem Duopol. Die Wettbewerber stellten 2016 ca. 2,6 Mrd. Sendungen im Wert von ca. EUR 1,3 Mrd. über ihre eigenen Netze zu. Deren Sendungsmenge soll 2017 auf ca. 3 Mrd. Stück und Umsatz auf ca. EUR 1,5 Mrd. ansteigen. Damit konnten sie ihren Marktanteil weiter steigern. Die DPAG verfügt auch weiterhin als einziger Briefdienstleister über ein flächendeckendes Briefnetz, das sie unter Mitwirkung von Subunternehmen betreibt.<sup>18</sup> Sie beförderte 2016 ca. 13,3 Mrd. Sendungen über ihr Briefnetz im Wert von ca. EUR 7,9 Mrd. In diesem Jahr soll sie ca. 13 Mrd. Sendungen im Wert von ca. EUR 7,8 Mrd. befördern. Damit ist ihr Briefgeschäft – bezogen auf die Sendungszustellung – weiter rückläufig.

**Abbildung 1.1: Sendungsmengen und Umsätze auf Briefmärkten seit 1998**



Anmerkungen: Die inflationsbereinigten Umsätze zu Preisen von 2016 sind in EUR angegeben und auf der rechten Achse erfasst. Die Sendungsmengen sind in Mrd. Stück angegeben und auf der linken Achse erfasst. Die Teilleistungen sind der DPAG zugerechnet worden, die Sendungsmenge der DPAG umfasst die des Gesamtkonzerns. Hierin inbegriffen sind die Umsätze und Sendungsmengen grenzüberschreitender Briefsendungen. Für 2017 wird eine Inflationsrate in Höhe von 1,8 Prozent unterstellt

Quellen: Herbstprojektion der Bundesregierung vom 11. Oktober 2017; Angaben der Bundesnetzagentur; BNetzA, Jahresbericht 2016 – Märkte im digitalen Wandel, Mai 2017, S. 94 f.; Marktuntersuchung – Bericht über den lizenzpflichtigen Briefbereich 2015, März 2016, S. 6, 8, 11; Lizenzpflichtige Briefdienstleistungen – Marktdaten 2008-2012, März 2014, S. 7, 9, 14; Zwölfte Marktuntersuchung – Lizenzpflichtige Postdienstleistungen, September 2009, S. 20, 26; Elfte Marktuntersuchung – Lizenzpflichtige Postdienstleistungen, September 2008, S. 15, 19; Statistisches Bundesamt, Verbraucherpreisindizes für Deutschland – Lange Reichen ab 1948, Wiesbaden 2017; eigene Darstellung und Berechnungen

<sup>16</sup> N. N., Briefmarkt: Mail Alliance und P2 kooperieren, dnv-online.net, 26. November 2015.

<sup>17</sup> BKartA, Beschluss vom Januar 2017, B9-189/16.

<sup>18</sup> Tz. 128 in diesem Gutachten.

**6.** Soweit die Wettbewerber der DPAG Briefsendungen nicht über eigene Zustellnetze befördern können, z. B. bei bundesweiten Zustellungen, nehmen sie Beförderungsdienstleistungen der DPAG, sog. Teilleistungen, in Anspruch. Teilleistungen können prinzipiell das gesamte Spektrum an Beförderungsdienstleistungen vom Absender bis zum Empfänger umfassen, jedoch handelt es sich gewöhnlich um Leistungen im Rahmen der Endzustellung. Die DPAG ist als marktbeherrschendes Unternehmen auf den Briefmärkten gemäß § 28 Abs. 1 PostG zum Angebot von Teilleistungen grundsätzlich verpflichtet. In Anspruch genommen werden Teilleistungen der DPAG von den Wettbewerbern, von Kunden mit einer großen Einlieferungsmenge wie z. B. Behörden, Konzerne und von Tochterunternehmen der DPAG. Die Großkunden werden von der DPAG und ihren Wettbewerbern umworben.<sup>19</sup> Die DPAG stellte 2015 ca. 10,1 Mrd. Sendungen als Teilleistungen zu, 2008 waren es noch ca. 12,2 Mrd. Stück<sup>20</sup> Der Großteil entstammt von Großkunden und von Tochterunternehmen der DPAG.<sup>21</sup> Die Wettbewerber selbst erbringen auch Teilleistungen. Ihr Umsatz beläuft sich seit Jahren auf fast EUR 0,1 Mrd. Die DPAG erwirtschaftete 2015 durch die Erbringung von Teilleistungen einen Umsatz von ca. EUR 4,5 Mrd., 2008 waren es noch ca. EUR 6,0 Mrd. Demnach verringerte sich der Anteil der beförderten Teilleistungssendungen an der gesamten Briefsendungsmenge ebenso wie der Anteil des hierdurch erwirtschafteten Umsatzes am Gesamtumsatz des Briefmarktes in den letzten Jahren.

**7.** Bevor die Wettbewerber der DPAG Briefsendungen in das Zustellnetz der DPAG einspeisen, sammeln sie zunächst die Sendungen in aller Regel im Wege der Direktabholung (Geschäftskunden) sowie aus Briefkästen (Privatkunden) ein. Die Abholung bei Geschäfts- bzw. Großkunden besorgen häufig darauf spezialisierte Briefdienstleister, sog. Konsolidierer. Hierzu zählt etwa die Compador Dienstleistungs GmbH, an der die DPAG einen Anteil in Höhe von 26 Prozent hält. Die Compador Dienstleistungs GmbH übergibt die bei Großkunden eingesammelten Sendungen an die Deutsche Post InHaus Services GmbH.<sup>22</sup> Diese ist wiederum ein 100-prozentiges Tochterunternehmen der DPAG, das die konsolidierten Sendungen in ein Briefzentrum der DPAG einspeist und Teilleistungen von der DPAG beansprucht. Des Weiteren erbringen die Wettbewerber und auch Großkunden postvorbereitende Leistungen. Bei postvorbereitenden Leistungen handelt es sich um z. B. die Vorsortierung, Kuvertierung und Frankierung der Briefsendungen und die Abholung, Sortierung und Einlieferung der Briefsendungen in Briefzentren der DPAG.<sup>23</sup> Die DPAG gewährt bislang Rabatte, die sowohl vom Umfang der postvorbereitenden Leistungen wie auch von der Einlieferungsmenge abhängen, sog. operative Rabatte. Dabei berechnet die DPAG die Rabatte in Höhe der kumulierten Einlieferungsmenge.<sup>24</sup>

<sup>19</sup> Teilleistungen stellen ein Vorprodukt dar, das von der DPAG auf der vorgelagerten Marktstufe angeboten und von Wettbewerbern bzw. Großkunden nachgefragt wird. Auf der nachgelagerten Marktstufe, der Ende-zu-Ende-Beförderung, konkurrieren die DPAG und ihre Wettbewerber um die (Groß-)Kunden. Dass die vorgelagerten Teilleistungen zeitlich nach den Eigenleistungen der Briefdienstleister erbracht werden, ist für die Einteilung der einzelnen Marktstufen unerheblich. Zur Regulierung von Großkunden- und Teilleistungsentgelte siehe Abschnitt 2.1.1.3 in diesem Gutachten.

<sup>20</sup> BNetzA, Jahresbericht 2016 – Märkte im digitalen Wandel, a. a. O., S. 96; Tätigkeitsbericht Post 2012/2013 – Bericht gemäß § 47 Absatz 1 Postgesetz, a. a. O., S. 30 f.

<sup>21</sup> BNetzA, Jahresbericht 2015 – Wettbewerb fördern. Netze ausbauen. Verbraucherinnen und Verbraucher schützen., April 2016, S. 93.

<sup>22</sup> Zur Beteiligung der DPAG an Compador vgl. Compador, <https://www.compador.de/unternehmen/beteiligungsstruktur/>, Abruf am 9. August 2017. Zur Deutschen Post InHaus Services GmbH vgl. Tz. 71 f. in diesem Gutachten.

<sup>23</sup> Postvorbereitenden Leistungen unterliegen nicht den Bestimmungen des Postgesetzes und bedürfen keiner Lizenz gemäß §§ 5 ff. PostG; BKartA, Beschluss vom 11. Februar 2005, B9-55/03, S. 32. Vergabestellen und öffentliche Auftraggeber sind jedoch zur Ausschreibung von postvorbereitenden Leistungen verpflichtet; OLG Düsseldorf, Urteil vom 9. April 2014, VII-Verg 8/14.

<sup>24</sup> Von operativen Rabatten sind sog. Mengenrabatte zu unterscheiden, deren Höhe sich ausschließlich nach der Einlieferungsmenge bemisst. Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs im Verfahren *bpost* können Mengenrabatte prinzipiell in Höhe der individuellen Einlieferungsmenge der Absender oder in Höhe der kumulierten Einlieferungsmenge gewährt werden; EuGH, Urteil vom 11. Februar 2015, C-340/13 – *bpost*, ECLI:EU:C:2015:77 und Monopolkommission, Sondergutachten 74, Post 2015: Postwendende Reform – Jetzt!, Baden-Baden 2016, Tz. 11, 18, 147 f. und 157. Über Pläne der DPAG zu einer Umstellung ihres Rabattsystems, ausschließlich Mengenrabatte und zwar in Höhe der individuellen Einlieferungsmenge zu gewähren, ist nichts öffentlich bekannt. Auch in den meisten anderen europäischen Ländern scheint es bislang keine Hinweise darauf zu geben, dass die hiesigen Unversaldienstleister eine Umstellung ihrer Rabattsysteme planen und anstelle operativer Rabatte zukünftig Mengenrabatte gewähren wollen; ERGP, An ERGP report on the possible impact of Article 12 application after ECJ C-340/13, Dezember 2015.

**8.** Die Marktdominanz der DPAG auf den Briefmärkten beruht insbesondere darauf, dass sie als Nachfolgeunternehmen der Deutschen Bundespost als einziger Briefdienstleister über ein flächendeckendes Zustellnetz verfügt, mit dem sie auf den Märkten für Privat- und Geschäftskunden gleichermaßen tätig ist. Aus dem Umstand, dass Wettbewerber für die Sicherstellung einer flächendeckenden Briefzustellung Teileleistungen der DPAG in Anspruch nehmen müssen, ergeben sich Abhängigkeiten und prinzipiell Möglichkeiten für die DPAG zum Missbrauch ihrer marktdominanten Stellung.

**9.** Die Höhe der Rabatte für Teileleistungen spielt für die Entwicklung des Wettbewerbs auf den Briefmärkten eine wesentliche Rolle. Sowohl Teileleistungsentgelte wie auch Rabatte für Briefdienstleister veröffentlicht die DPAG in aller Regel unter Kenntnisnahme der Bundesnetzagentur in Preislisten. Preise und Rabatte für Großkunden verhandelt die DPAG hingegen mit diesen individuell und ohne Kenntnisnahme der Bundesnetzagentur.<sup>25</sup> Gewährt die DPAG den Großkunden höhere Rabatte als den Wettbewerbern, die für eine flächendeckende Briefzustellung Teileleistungen der DPAG in Anspruch nehmen, verringert sich der Spielraum der Wettbewerber, Großkunden kompetitive und dennoch profitable Angebote zu unterbreiten. Sind die Teileleistungsentgelte aufgrund der gewährten Rabatte im Vergleich zu den Teileleistungsentgelten der Wettbewerber nur geringfügig höher oder sogar niedriger, werden preissensitive Großkunden ihre Sendungen vornehmlich von der DPAG befördern lassen. Hierdurch können sich eine Bindungswirkung und damit ein Verdrängungswettbewerb entfalten, der zu Marktaustritten von Wettbewerbern führen und die marktbeherrschende Stellung der DPAG zementieren würde.<sup>26</sup> Marktberichten zufolge hatte die DPAG Großkunden nach der Portoanhebung Anfang 2016 höhere Rabatte gewährt, um diese ein Jahr später wieder zu reduzieren.<sup>27</sup> Dies habe zu einer höheren Wechselbereitschaft der Kunden von der DPAG hin zu den Wettbewerbern geführt.<sup>28</sup> Sind dagegen die Rabatte für die Wettbewerber vergleichsweise höher und damit deren Teileleistungsentgelte niedriger, steigt deren Spielraum, Großkunden wettbewerbsfähige Angebote zu unterbreiten. Für sie würde jedoch gleichzeitig der Anreiz zur Aufrechterhaltung und zum Ausbau der eigenen Zustellnetze gemindert und ihre Abhängigkeit zur DPAG vergrößert. Ein positiver Zusammenhang zwischen der Höhe der Rabatte und der von den Wettbewerbern ins Briefnetz der DPAG eingespeisten Sendungen von Standardbriefen ist beispielsweise seit 2014 festzustellen (vgl. Abbildung 1.2).

**10.** Die DPAG, die einziger Eigentümer eines flächendeckenden Briefnetzes ist, steht mit ihren Tochter- und Beteiligungsgesellschaften bei der Briefkonsolidierung im Wettbewerb zu anderen Briefdienstleistern.<sup>29</sup> Das von der DPAG betriebene Geschäftsmodell der Eigenkonsolidierung, wonach Tochterunternehmen der DPAG ausschließlich im Bereich der Konsolidierung tätig sind, ist nach Auffassung der Bundesnetzagentur zwar mit dem Postgesetz vereinbar, birgt im Hinblick auf die Konzernverbundenheit und der Abhängigkeit der Wettbewerber aber ein erhebliches Potenzial für Behinderungsmissbräuche.<sup>30</sup> In der Vergangenheit hatte die Bundesnetzagentur gegen die DPAG diesbezüglich mehrmals ermittelt.<sup>31</sup>

<sup>25</sup> DPAG, Gesamtpreisliste, [https://www.deutschepost.de/content/dam/dpag/images/G\\_g/Gesamtpreisliste/dp\\_leistungen-und-preise-2017.pdf](https://www.deutschepost.de/content/dam/dpag/images/G_g/Gesamtpreisliste/dp_leistungen-und-preise-2017.pdf), Abruf am 9. August 2017. Zur Regulierung von Großkunden- und Teileleistungsentgelten vgl. Abschnitt 2.1.1.3 in diesem Gutachten.

<sup>26</sup> Beispiele für Verdrängungswettbewerb sind Verdrängungspreise und Preis-Kosten-Scheren. Als Verdrängungspreise werden typischerweise Preise angesehen, die als Endpreise eines Produktes oder einer Dienstleistung – gewöhnlich von einem marktbeherrschenden Unternehmen – unterhalb der durchschnittlichen variablen Kosten der Wettbewerber angesetzt werden; EuGH, Urteil vom 27. März 2012, C-209/10 – Post Danmark, EuZW 2012, 540, ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 29 f. Mit einer derartigen temporären Kostenunterbietung soll die eigene Nachfrage gebunden und die der Wettbewerber absorbiert werden, um den Marktaustritt der Wettbewerber herbeizuführen. Nach dem Marktaustritt der Wettbewerber wird anschließend die Marktmacht des den Missbrauch betreibenden Unternehmens mittels überproportionalen Preiserhöhungen und der Erzielung erheblicher Marktrenten ausgenutzt. Zu Preis-Kosten-Scheren vgl. Tz. 105 in diesem Gutachten.

<sup>27</sup> N. N., Deutsche Post will Geschäftskunden stärker zur Kasse bitten, Deutsche Wirtschafts Nachrichten, 12. Oktober 2016.

<sup>28</sup> Bündler, H., Der Deutschen Post laufen die Großkunden davon, FAZ.net, 8. Dezember 2016.

<sup>29</sup> Tz. 6 f. und Fn. 19 in diesem Gutachten.

<sup>30</sup> BNetzA, Beschluss vom 14. Dezember 2016, BK5-16/029, S. 24; Beschluss vom 18. Dezember 2015, BK5-15/032, S. 28 ff. Zu potenziellen Markteffekten einer vertikalen Integration vgl. etwa Rey, P./Tirole, J., The logic of vertical restraints, American Economic

**11.** Die DPAG ist nicht nur der einzige Briefdienstleister, der über ein flächendeckendes Briefnetz verfügt, sondern auch der einziger Postdienstleister, der zugleich auf den Märkten für lizenzpflichtige und nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen tätig ist.<sup>32</sup> Daraus erwachsen Möglichkeiten zur Quersubventionierung.<sup>33</sup> Im Markt für Privatkundenbriefe erwirtschaftete Gewinne könnten zur Finanzierung des operativen Geschäfts in den wettbewerbsintensiveren Märkten für Geschäftskundenbriefe sowie Express- und Paketdienste verwendet werden.<sup>34</sup> Dabei ist das Potenzial zur Quersubventionierung zwischen den Briefmärkten für Privat- und Geschäftskunden nicht eindeutig zu bestimmen. Einerseits sollten Entgeltsteigerungen auf dem Markt für Privatkunden die Finanzierung reduzierter Teilleistungsentgelte im Markt für Geschäftskunden erleichtern. Andererseits stellen die Entgelte für Einzelsendungen auf dem Markt für Privatkunden eine faktische Preisobergrenze für die Entgelte für Massensendungen auf dem Markt für Geschäftskunden dar. Denn in den Entgelten für Einzelsendungen, die ex ante anhand des regulatorischen Kostenmaßstabes reguliert werden, sind anders als in den Entgelten für Massensendungen geringere kostensenkende Skaleneffekte und Größenvorteile berücksichtigt.<sup>35</sup> Vergrößert sich nunmehr das Differenzial zwischen den Entgelten für Einzelsendungen und Massensendungen nach einer Erhöhung des Entgeltes für Einzelsendungen im Zuge eines Ex ante-Regulierungsverfahrens, würden die Entgelte für Massensendungen – bei konstanter Sendungsmenge – missbräuchlich i. S. d. regulatorischen Kostenmaßstabes werden.<sup>36</sup>

**12.** Von der Marktdominanz der DPAG im Briefmarkt profitieren potenziell auch die im Markt vertretenen Wettbewerber. Denn infolge von Entgelterhöhungen der DPAG wechselt ein Teil der Kunden zu den Wettbewerbern. Ähnlich einem Preisschirmeffekt steigt zwar nunmehr deren Preisgestaltungsspielraum an, darauf reagieren die Wettbewerber aber für gewöhnlich mit verzögerten Preisanpassungen.<sup>37</sup> Dies könnte die Wettbewerbsentwicklung bremsen, weil sich zwischen der DPAG und ihren Wettbewerbern ein sequenzielles Parallelverhalten einstellen könnte.

**13.** Die Monopolkommission stellt auch in diesem Sondergutachten fest, dass sich auf dem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen kein funktionsfähiger und wirksamer Wettbewerb entwickelt hat. Die DPAG verfügt weiterhin über eine marktbeherrschende Stellung auf den Briefmärkten mit einem umsatzbezogenen Marktanteil im Jahr 2016 in Höhe von durchschnittlich 85 Prozent. Die Wettbewerber konnten ihre Umsätze und die von ihnen beförderten Sendungsmengen in den letzten Jahren gleichwohl kontinuierlich steigern. Im Markt für Privatkunden hat die DPAG eine Quasi-Monopolstellung mit einem Marktanteil von über 90 Prozent inne; im Markt für Geschäftskunden besitzt sie eine marktbeherrschende Stellung mit einem Marktanteil von ungefähr 70 Prozent.

---

Review 76(5), 1986, S. 921-939 und Hart, O./Tirole, J., Vertical integration and market foreclosure, *Brookings Papers on Economic Activity, Microeconomics* 1990, S. 205-268.

<sup>31</sup> Tz. 88 ff. in diesem Gutachten und Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 150; Sondergutachten 67, Post 2013: Wettbewerbsschutz effektivieren, Baden-Baden 2014, Tz. 163; BNetzA, Beschluss vom 14. Juni 2011, BK5b-11/018; Beschluss vom 15. September 2010, BK5b-10/013.

<sup>32</sup> Nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen umfassen die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen über 1.000 g, adressierten Paketen bis 20 kg und Massendrucksachen; Abschnitt 1.1.2 in diesem Gutachten.

<sup>33</sup> Zu potenziellen Markteffekten von Quersubventionierung vgl. etwa Brennan, T. J., Cross-Subsidization and Cost Misallocation by Regulated Monopolists, *Journal of Regulatory Economics* 2(1), 1990, S. 37-51 und Bailey, E./Friedlaender, A., Market Structure and Multiproduct Industries, *Journal of Economic Literature* 20(3), 1982, S. 1024-1048.

<sup>34</sup> Hierzu ausführlicher Tz. 146 in diesem Gutachten. Die Bundesnetzagentur hatte 2015 ein Vorermittlungsverfahren gegen ein Tochterunternehmen der DPAG wegen des Verdachts der Quersubventionierung von Paketdiensten eingestellt; Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 149. Das WIK-Institut taxierte eine Kostenunterdeckung zwischen der DPAG und diesem Tochterunternehmen in Millionenhöhe; WIK-Consult, Kostenentwicklung in der Paketbeförderung der Deutsche Post AG, Studie für die Hermes Germany GmbH, Oktober 2016.

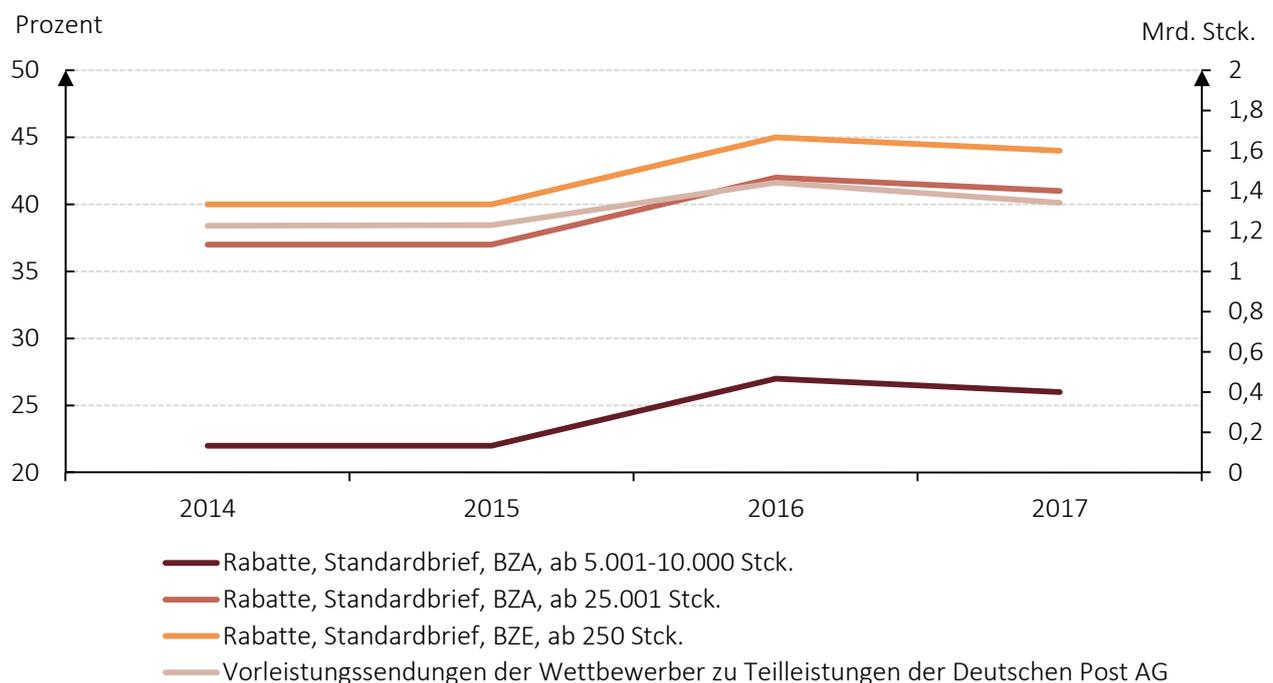
<sup>35</sup> Hiervon unberücksichtigt bleiben Fixkostensteigerungen, die sich bei der Ausweitung der postalischen Infrastruktur aufgrund des Erreichens von Kapazitätsgrenzen bei steigenden Sendungsmengen eher einstellen können.

<sup>36</sup> Hierbei wird unterstellt, dass die im Rahmen des Ex ante-Regulierungsverfahrens geltend gemachten Kostensteigerungen mengenunabhängig anfallen und damit auch für die Entgelte von Massensendungen von Bedeutung sind.

<sup>37</sup> Vgl. etwa Inderst, R./Maier-Rigaud, F./Schwalbe, U., Umbrella Effects, *Journal of Competition Law and Economics* 10(3), 2014, S. 739-763 sowie Preisschirmeffekte, *Wirtschaft und Wettbewerb* 11, 2014, S. 1043-1056.

**14.** Damit sich ein funktionsfähiger und wirksamer Wettbewerb auf den Briefmärkten überhaupt entwickeln kann, bedarf es nach Auffassung der Monopolkommission einer Effektivierung der rechtlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen.<sup>38</sup> Erst die Implementierung eines Regulierungsrahmens, der eine effektive Sanktionierung missbräuchlichen Verhaltens zulässt, legt die Grundlage für wettbewerbliche Strukturen, vornehmlich gekennzeichnet durch eine Vielzahl unterschiedlicher Beförderungsangebote. Die Monopolkommission verkennt dabei nicht, dass die Schaffung einheitlicher Wettbewerbsbedingungen eine notwendige, aber keine hinreichende Bedingung für Wettbewerb ist, gerade in einem Netzmarkt wie dem Briefmarkt. Besonders die Digitalisierung bietet aber eine Chance, die Wettbewerbsverhältnisse auf dem Briefmarkt nachhaltig zu verändern – diese sollte von den (potenziellen) Wettbewerbern und der Politik genutzt werden.<sup>39</sup>

**Abbildung 1.2: Teilleistungssendungen und Rabatte auf Standardbriefe seit 2014**



Anmerkungen: Die Rabatte sind in Prozent angegeben und auf der linken Achse erfasst, die Vorleistungssendungen sind in Mrd. Stück angegeben und auf der rechten Achse erfasst. Bei den Rabatten handelt es sich um Nachlässe für Briefsendungen im Format Standard in das Briefzentrum-Abgangsbearbeitung (BZA) bei einer Einlieferungsmenge zwischen 5.001 Stück und 10.000 Stück sowie ab 25.001 Stück und in das Briefzentrum-Eingangsbearbeitung (BZE) bei einer Einlieferungsmenge ab 250 Stück. Die Rabatte beziehen sich auf Teilleistungen, die in den AGB der Teilleistungsverträge enthalten sind. Die amtliche Statistik zu den Vorleistungssendungen für die Jahre 2008 bis 2013 weist nach Angabe der Bundesnetzagentur überhöhte Werte aus, weshalb eine Darstellung der Zeitreihen bis 2008 – wie in Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Abbildung 1.3 – nicht aussagekräftig wäre

Quellen: Angaben der Bundesnetzagentur gegenüber der Monopolkommission; DPAG, Teilleistungen Brief, [https://www.deutschepost.de/de/b/brief\\_postkarte/teilleistungen\\_brief.html](https://www.deutschepost.de/de/b/brief_postkarte/teilleistungen_brief.html), Abruf am 2. November 2017; BNetzA, Jahresbericht 2014 – Netze ausbauen. Zukunft sichern. Infrastrukturausbau in Deutschland., Februar 2015, S. 109; eigene Darstellung

### 1.1.1.2 Sachliche Marktintegration von Brief- und E-Mail-Diensten verläuft schleppend

**15.** Die fortschreitende Digitalisierung im Postwesen trägt zu einer zunehmenden sachlichen Marktintegration von E-Mail- und Briefdiensten bei. Zum einen stellen elektronische und hybride Dienstleistungen ein komplementäres Angebot zu den klassischen Briefdienstleistungen dar, das das Spektrum an Beförderungsleistungen erweitert.<sup>40</sup>

<sup>38</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 20.

<sup>39</sup> Abschnitt 1.1.1.2 in diesem Gutachten.

<sup>40</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 28.

Zum anderen bietet die Digitalisierung eine große Chance, nachhaltigen Wettbewerb auf den Briefmärkten auszulösen. Denn hierdurch könnten die hohen Markteintrittsbarrieren wie z. B. Fixkosten für die Errichtung und Betrieb eines (flächendeckenden) Zustellnetzes größtenteils abgebaut werden und sich (potenzielle) Briefdienstleister im Markt behaupten.

**16.** Bei De-Mail-Diensten, die einen sicheren, vertraulichen und nachweisbaren E-Mail-Verkehr i. S. d. 2011 in Kraft getretenen De-Mail-Gesetzes gewährleisten sollen, haben sich keine wesentlichen Entwicklungen in den letzten zwei Jahren ergeben. Amtliche Statistiken zur Marktentwicklungen sind zwar bisher nicht veröffentlicht worden. Weder das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI), das gemäß §§ 20, 21 De-Mail-Gesetz für die Akkreditierung von De-Mail-Diensten zuständig ist, noch die Bundesnetzagentur nach § 45 PostG und § 127 Telekommunikationsgesetz (TKG) verfügen über eine Rechtsgrundlage zur Erhebung von Marktdaten von De-Mail-Diensten. Die Bundesregierung hat 2015 in ihrem Zwischenbericht zur Regelung von De-Mail-Diensten jedoch festgestellt, dass die für die Entstehung von Netzwerkeffekten erforderliche „kritische Masse“ von Nutzern wegen der verzögerten Markteinführung von De-Mail noch nicht erreicht worden sei.<sup>41</sup> Auch habe sich die Einführung von De-Mail im Bereich der Bundesverwaltung trotz des 2013 in Kraft getretenen E-Government-Gesetzes erheblich verzögert. Derzeit gibt es weiterhin vier Anbieter von De-Mail-Diensten, von denen drei Tochterunternehmen von Telekommunikationskonzernen und eines ein Tochterunternehmen eines auf Konsolidierungsdienstleistungen spezialisierten Briefdienstleisters sind.

**17.** Ein zur De-Mail ähnliches, aber technisch inkompatibles E-Mail-System, bietet die DPAG mit der sog. E-Post, ehemals E-Postbrief, an. Hierfür benötigt sie keine Akkreditierung durch das BSI, da die E-Post nicht dem De-Mail-Standard i. S. d. De-Mail-Gesetzes entspricht. Die DPAG vertreibt die E-Post mittlerweile mit kostenfreien, nicht postspezifischen Zusatzdienstleistungen wie z. B. eine Identitätsfeststellung zur Legitimationsprüfung, E-Invoicing und Archivierung von Dokumenten. Die DPAG bietet die E-Post in zwei Varianten an: als klassischen E-Mail-Dienst für die ausschließlich elektronische Korrespondenz zwischen registrierten Nutzern der E-Post und als Hybridpost. Bei der Hybridpost wird die Nachricht vom Versender zum Empfänger sowohl auf elektronischem als auch auf physischem Wege befördert. Gewöhnlich übermittelt der Absender die Nachricht zunächst elektronisch an einen Dienstleister, der diese anschließend ausdruckt und als Brief dem Empfänger physisch zustellt oder zustellen lässt.<sup>42</sup> Die E-Post als Hybridpost-Variante soll vor allem von Geschäftskunden erfolgreich nachgefragt werden.<sup>43</sup>

**18.** Die Bundesnetzagentur geht bislang nicht von einem eigenen sachlich relevanten Markt für Hybridpost aus. Sie grenzt elektronische Sendungsbeförderungsleistungen einschließlich Druck- und Konfektionierungsleistungen von der physischen Beförderungsleistung ab. Die physische Beförderungsleistung rechnet sie dem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen zu, während sie die elektronische Sendungsbeförderungsleistung einschließlich Druck- und Konfektionierungsleistungen als eigenständiges Marktsegment deklariert.<sup>44</sup> Als Begründung für diese Marktabgrenzung führt die Bundesnetzagentur an, dass beide Produkte aus Sicht der Nachfrager nicht austauschbar seien. In der Praxis würden die Dienstleistungen zudem von verschiedenen spezialisierten Unternehmen erbracht. In der Folge dieser Marktabgrenzung unterliegen die elektronischen Sendungsbeförderungsleistungen keiner Regulierung, während die Entgelte der E-Post ex ante reguliert werden.<sup>45</sup> Nach Schätzungen haben im Jahr

<sup>41</sup> Unterrichtung durch die Bundesregierung, Zwischenbericht der Bundesregierung nach Art. 4 des Gesetzes zur Regelung von De-Mail-Diensten und zur Änderung weiterer Vorschriften, BT-Drs. 18/4042 vom 16. Februar 2015, S. 2.

<sup>42</sup> Erfolgt zunächst die Zusendung physisch und die Zustellung elektronisch, wird von einer „inversen Hybridpost“ gesprochen.

<sup>43</sup> Bündler, H., Netzagentur erzwingt höheren Preis für E-Postbrief, FAZ.net, 19. Dezember 2016; Gerdes, J.: „Sieben unserer größten Briefkunden sind E-Post-Kunden. Das funktioniert so hervorragend, dass von denen keiner mehr auf die Idee kommt, Rechnungen oder andere Schreiben auf E-Mail-Versand umzustellen.“ in: N. N., Amazon wird bei der Post immer beliebter, FAZ vom 4. August 2016.

<sup>44</sup> BNetzA, Beschluss vom 14. Dezember 2016, BK5-16/029, S. 8 ff.

<sup>45</sup> Bei dem regulierten Unternehmen handelt es sich um die Deutsche Post Inhaus Services GmbH, eine einhundertprozentige Tochtergesellschaft der DPAG; Tz. 71 f. in diesem Gutachten.

2015 mindestens 20 Briefdienstleister ca. 1,5 Mrd. Hybrid-Sendungen im Wert von ca. EUR 780 Mio. zugestellt.<sup>46</sup> Etwa je die Hälfte der zugestellten Hybridsendungen entfallen auf adressierte Werbesendungen und Transaktionspost. Dabei sind adressierte Werbebriefe weiterhin dem lizenzpflichtigen Briefmarkt und nicht dem Markt für E-Mail-Marketing und Online-Werbung zuzuordnen.<sup>47</sup> Die Bundesnetzagentur geht davon aus, dass sich das Marktsegment für Hybridpost nach wie vor in der Entwicklungsphase befindet.<sup>48</sup> Das Marktpotenzial von Hybridpost wird gemeinhin als begrenzt eingeschätzt, weshalb es als Brückentechnologie angesehen wird.<sup>49</sup>

**19.** In den nächsten Jahren kann sich der Digitalisierungsprozess beschleunigen und die Sendungsmengen können vor allem auf dem Markt für Geschäftskunden stärker zurückgehen als bislang. Für eine höhere E-Substitution wesentlich sind Entwicklungen beim Datenschutz und bei der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung.<sup>50</sup>

**20.** Für mehr Rechtssicherheit bei der digitalen Kommunikation wird die im Mai 2016 in Kraft getretene und von den EU-Mitgliedsstaaten ab Mai 2018 anzuwendende Datenschutz-Grundverordnung der Europäischen Union sorgen.<sup>51</sup> Die Verordnung schafft einheitliche Vorgaben zur Verarbeitung personenbezogener Daten vor allem für Unternehmen und im Ansatz auch für Behörden in der EU. Des Weiteren gelten seit Juli 2016 innerhalb der EU einheitliche Sicherheitsstandards für den elektronischen Geschäftsverkehr.<sup>52</sup>

**21.** Nicht nur in Deutschland, auch in den meisten anderen Ländern in der Europäische Union verläuft der Prozess der Digitalisierung öffentlicher Dienste schleppend, weshalb die Europäische Kommission im April 2016 einen Aktionsplan vorgelegt hat.<sup>53</sup> Im Wesentlichen zielt sie mit dem sog. eGovernment-Aktionsplan 2016-2020 darauf ab, Grundsätze für Modernisierungsmaßnahmen in der öffentlichen Verwaltung zu formulieren, die EU-Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung dieser koordinierend zu unterstützen und Maßnahmen zur Beseitigung bestehender Barrieren für den digitalen Binnenmarkt einzuleiten. In Deutschland gelten speziell die Regelungen zur elektronischen Vergabe ab Oktober 2018 vollumfänglich für alle öffentlichen Auftraggeber und Bieter.<sup>54</sup> Darüber hinaus sind ab 2019 alle Bundesbehörden bei Auftragsvergaben verpflichtet, elektronische Rechnungen anzunehmen und zu verarbeiten.<sup>55</sup>

<sup>46</sup> MRU/IAL, Digitalisierung im Postmarkt: Neue Entwicklungen in den Bereichen KEP und Brief sowie deren Auswirkungen auf die Regulierung, Gutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur, April 2017, S. 140 ff. Die Menge an, der erwirtschaftete Umsatz mit und die Anzahl an Dienstleistern von hybriden Briefsendungen sollen faktisch deutlich höher sein, weil mehrere Anbieter mit signifikanten Volumina nicht erfasst wurden.

<sup>47</sup> BNetzA, BK5-16/012, Beschluss vom 28. Juni 2016, S. 19 ff. und Tz. 88 in diesem Gutachten.

<sup>48</sup> BNetzA, Beschluss vom 14. Dezember 2016, BK5-16/029, S. 26.

<sup>49</sup> Ebenda, S. 153.

<sup>50</sup> Der Nationale Normenkontrollrat und die Expertenkommission Forschung und Innovation sprechen sich für eine Forcierung der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung aus; Nationaler Normenkontrollrat, Mehr Leistung für Bürger und Unternehmen: Verwaltung digitalisieren. Register modernisieren., Oktober 2017; Expertenkommission Forschung und Innovation, Jahresgutachten zu Forschung, Innovation und technologischer Leistungsfähigkeit Deutschlands 2017, Februar 2017.

<sup>51</sup> EU-Verordnung 2016/679 vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG, ABl. EU L 119/1 vom 4. Mai 2016.

<sup>52</sup> EU-Verordnung, 910/2014 vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG, ABl. EU L 257/73 vom 28. August 2014.

<sup>53</sup> Mitteilung der Kommission, EU-eGovernment-Aktionsplan 2016-2020, Beschleunigung der Digitalisierung der öffentlichen Verwaltung, COM(2016) 179 final vom 19. April 2016. Hierzu der vom Europäischen Parlament angenommene Text; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 16. Mai 2017. Bereits 2010 hatte die Europäische Kommission einen Aktionsplan vorgelegt; EU-Kommission, Digitale Agenda: eGovernment-Aktionsplan für einen reibungslosen Zugang zu öffentlichen Diensten in der gesamten EU, Pressemitteilung vom 15. Dezember 2010.

<sup>54</sup> §§ 53 Abs. 1, 81 Vergabeverordnung. Dies geht zurück auf die im April 2014 in Kraft getretene Richtlinie 2014/25/EU vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. EU 94/243 vom 28. März 2014; Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 199 ff.

<sup>55</sup> Richtlinie 2014/55/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über die elektronische Rechnungsstellung bei öffentlichen Aufträgen, ABl. EU L 133/1 vom 6. Mai 2014; Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur

**22.** Die Monopolkommission stellt fest, dass die Marktentwicklung bei De-Mail-Diensten noch schleppend verläuft. Bislang bieten vorwiegend Telekommunikationsdienstleister De-Mail-Dienste an, die bereits wichtige Erfahrungen sammeln und die ihnen zu einem späteren Zeitpunkt bei entsprechender Marktreife Wettbewerbsvorteile verschaffen können. Um die Chance der Digitalisierung zu nutzen, könnte es sich für die Wettbewerber der DPAG auf den Briefmärkten gegebenenfalls anbieten, i. S. d. §§ 2 Abs. 1, 3 GWB zu kooperieren.<sup>56</sup> Sie begrüßt die Bestrebungen der Bundesregierung, weitere Anstrengungen im Bereich E-Government unternehmen zu wollen.<sup>57</sup> Die 2018 zur Anwendung kommende Datenschutz-Grundverordnung und der von der Europäischen Kommission veröffentlichte eGovernment-Aktionsplan 2016-2020 bieten Anlass, den Digitalisierungsprozess insbesondere in der öffentlichen Verwaltung voranzutreiben.<sup>58</sup>

**23.** Die DPAG ist mit der E-Post und den integrierten nicht postdienstleistungsspezifischen Zusatzfunktionen innovativ. Problematisch ist, dass die E-Post Potenzial für missbräuchliches Verhalten bietet. Denn wegen den nicht postdienstleistungsspezifischen Zusatzfunktionen, der technischen Inkompatibilität mit De-Mail-Diensten und der fortgeschrittenen Marktreife könnte die DPAG die E-Post zu einem One-Stop-Shop-Produkt ausbauen.<sup>59</sup> Ist die E-Post erst einmal in die IT-Infrastruktur der Nutzer eingebunden und werden im Zuge einer zunehmenden Marktdurchdringung positive Netzwerkeffekte erzeugt, sinken deren Anreize zu einem Anbieterwechsel, womit eine Bindungswirkung entfaltet bzw. ein Lock-in-Effekt ausgelöst wird. Dies könnte mittels besonders niedrigen Nutzungsentgelten zur Verdrängung von Wettbewerbern führen.<sup>60</sup> Die Monopolkommission hatte bereits in ihrem letzten Sondergutachten zum Wettbewerb auf den Postmärkten auf das Missbrauchspotenzial bei der E-Post hingewiesen und der Bundesnetzagentur und dem Bundeskartellamt empfohlen, insbesondere vor diesem Hintergrund die Entwicklungen bei der Hybridpost intensiver zu beobachten.<sup>61</sup> Die Bundesnetzagentur kann allerdings derzeit keine „gesteigerte Gefahr“ für Lock-in-Effekte erkennen.<sup>62</sup> Sie hat aber angekündigt, die Entwicklung der hybriden Postdienstleistungen in den kommenden Jahren verstärkt untersuchen zu wollen. Die Monopolkommission begrüßt die Ankündigung der Bundesnetzagentur zu einer umfassenderen Marktbeobachtung und weist daraufhin, dass abhängig von den Marktentwicklungen die Abgrenzung von Hybridpost als eigenen sachlich relevanten

---

Umsetzung der Richtlinie 2014/55/EU über die elektronische Rechnungsstellung im öffentlichen Auftragswesen, BT-Drs. 18/9945 vom 12. Oktober 2016. Der Bundestag hat am 1. Dezember 2016 das Gesetz verabschiedet. Für die von der Richtlinie betroffenen Landes- bzw. Kommunalstellen bedarf es einer ergänzenden Gesetzgebung durch die Länder. Auch Lieferanten der öffentlichen Verwaltung sollen zur Sendung elektronischer Rechnungen verpflichtet werden; Referentenentwurf des Bundesministeriums des Innern, Verordnung über die elektronische Rechnungsstellung im öffentlichen Auftragswesen des Bundes vom 22. Juni 2017.

<sup>56</sup> Gemäß § 2 Abs. 1 GWB sind Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen oder aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen vom Verbot des § 1 GWB freigestellt, die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne dass den beteiligten Unternehmen Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind, oder Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Gemäß § 3 GWB erfüllen Vereinbarungen zwischen miteinander im Wettbewerb stehenden Unternehmen und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, die die Rationalisierung wirtschaftlicher Vorgänge durch zwischenbetriebliche Zusammenarbeit mit Gegenstand haben, die Voraussetzungen des § 2 Absatz 1 GWB, wenn dadurch der Wettbewerb auf dem Markt nicht wesentlich beeinträchtigt wird und die Vereinbarung oder der Beschluss dazu dient, die Wettbewerbsfähigkeit kleiner oder mittlerer Unternehmen zu verbessern.

<sup>57</sup> Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 18/10040 vom 13. Oktober 2016, Rn. 109.

<sup>58</sup> In Dänemark etwa sind Bürger und Unternehmen seit November 2014 zur Eröffnung einer digitalen Mailbox verpflichtet, um hierüber mit der öffentlichen Verwaltung zu korrespondieren; Danish Business Authority, <https://danishbusinessauthority.dk/mandatory-mailbox>, Abruf am 9. Juni 2017; Universal Postal Union, Union Postale No. 4, Dezember 2014, S. 22. In Estland erfolgt die Korrespondenz nicht nur mit der Verwaltung, sondern auch zwischen Bürgern und Unternehmen vorwiegend digital. Die Bürger und Unternehmen verfügen über digitale Identifikationszertifikate, mit denen sie Dokumente digital signieren und einen Großteil der Transaktionen elektronisch abwickeln können; <https://estonia.ee/>, Abruf am 9. Juni 2017.

<sup>59</sup> Als One-Stop-Shop wird gemeinhin die Möglichkeit verstanden, Bedürfnisse durch die Nutzung einer Ware oder Inanspruchnahme von Dienstleistungen einer Einrichtung z. B. Plattform, Institution und Unternehmen allesamt zu befriedigen.

<sup>60</sup> Zu Netzwerkeffekten vgl. Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, Baden-Baden 2015, Abschnitte 2.2.1 und 2.2.2.

<sup>61</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 29.

<sup>62</sup> BNetzA, Beschluss vom 14. Dezember 2016, BK5-16/029, S. 10.

ten Markt angezeigt sein könnte. Dies gilt vor dem Hintergrund, dass es das Bedürfnis der Versender elektronischer Nachrichten ist, die sich für die Sendungsbeförderung via Hybridpost entschieden haben, dass die Sendung erfolgreich physisch zugestellt wird. Weniger von Bedeutung für ihre Entscheidung sollte hingegen sein, ob die Sendungsbeförderung „aus einer Hand“ oder von mehreren Dienstleistern erbracht wird.

**24.** Sofern Entgelte von De-Mail-Diensten und von De-Mail ähnlichen Diensten von der Bundesnetzagentur zukünftig reguliert werden sollen, müssten die Begriffsbestimmungen zu Postdienstleistungen in § 4 Nr. 1 PostG entsprechend erweitert werden.

## **1.1.2 Nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen**

### **1.1.2.1 Kurier-, Express- und Paketdienste sind konzentriert, aber wettbewerbsintensiv**

**25.** Der Markt für nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen umfasst gemäß § 4 Nr. 1 lit. b und c PostG die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen über 1000 g, adressierten Paketen bis 20 kg und Massendrucksaften wie z. B. Bücher, Zeitungen und Zeitschriften. Gewöhnlich werden nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen untergliedert in teil- und unadressierte Werbesendungen einschließlich Werbebeilagen und Anzeigenblätter, in adressierte Zeitungen und Zeitschriften sowie in Paketsendungen. Paketsendungen im dienstleistungsspezifischen Sinne werden wiederum in Kurier-, Express- und Paketsendungen (KEP) segmentiert, wobei insbesondere bei Paketsendungen zusätzlich noch nach den folgenden Sendungsströmen unterschieden wird: Business-to-Business (B2B), Business-to-Consumer (B2C), Consumer-to-Business (C2B) sowie Consumer-to-Consumer (C2C).<sup>63</sup> Anders als beim Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen unterliegen Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen ausschließlich der Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur und dem Bundeskartellamt. Die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt grenzen einen Markt für die gewerbliche Beförderung von Geschäftskundenpakete bundesweit ab.<sup>64</sup>

**26.** Der im Markt für nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen einschließlich postnahe Beförderungsleistungen erwirtschaftete Umsatz macht weiterhin den Großteil des Gesamtumsatzes im Postwesen aus. Vom Gesamtumsatz der Postmärkte in 2015 in Höhe von ungefähr EUR 30 Mrd. entfiel mit ca. EUR 21 Mrd. über zwei Drittel auf dem Markt für nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen. KEP-Dienstleistungen machten mit ca. EUR 20,3 Mrd. den Großteil aus.<sup>65</sup> Der Gesamtumsatz im Postwesen ist seit 2008 von ca. EUR 27,1 Mrd. um etwa 10 Prozent angestiegen, während im selben Zeitraum der Umsatz mit KEP-Sendungen von ca. EUR 15,3 Mrd. um ca. 33 Prozent wuchs. Auf adressierte Zeitungen und Zeitschriften entfiel 2015 ein Umsatz von ca. EUR 0,7 Mrd., was einen Rückgang zu 2008 um ca. 25 Prozent entspricht.

<sup>63</sup> Zur Unterscheidung von Kurier-, Express- und Paketsendungen vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 32 ff.; BIEK, Wachstum über Grenzen hinweg, KEP-Studie 2017 – Analyse des Marktes in Deutschland, Juni 2017, S. 9.

<sup>64</sup> BNetzA, Beschluss vom 23. März 2015, BK5-11/069 und Beschluss vom 16. August 2000, BK5d-99/014; BKartA, Beschluss vom 20. November 2001, B9-88/99 und B9-100/01. Eine weitere Abgrenzung zwischen B2B- und B2C-Sendungen wurde nicht vorgenommen. Anders die Europäische Kommission, nach deren Auffassung die Beförderung von B2B- und B2C-Paketen signifikant voneinander verschieden ist; vgl. etwa Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 36 f., 236 f. und EU-Kommission, Entscheidung vom 21. April 2009, M.5152 – Posten AB/Post Danmark A/S, Tz. 61 ff.

<sup>65</sup> BNetzA, Jahresbericht 2016, a. a. O., S. 94. Hierin inbegriffen sind insbesondere Umsätze zu teil- und unadressierten Werbesendungen einschließlich Werbebeilagen und Anzeigenblätter. Die ausgewiesenen Statistiken zu KEP-Diensten in diesem Sondergutachten sind mit denen zum letzten Sondergutachten nur bedingt vergleichbar, da die Bundesnetzagentur den Auftrag zur Erstellung von Marktstudien zu nicht lizenzpflichtigen Postdienstleistungen anderweitig vergeben hat. Hieraus ergeben sich Abweichungen aufgrund unterschiedlicher Marktdefinition; MRU/IAL, Digitalisierung im Postmarkt: Neue Entwicklungen in den Bereichen KEP und Brief sowie deren Auswirkungen auf die Regulierung, a. a. O., S. 19 ff. Zur Problematik um die Vergleichbarkeit von Studien zum Markt für nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen vgl. ferner Tz. 157 in diesem Gutachten und Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 216 m. w. N.

**27.** Nahezu die Hälfte des Umsatzes bei KEP-Diensten tragen die Paketdienste bei, gefolgt von Expressdiensten mit gut einem Drittel und den Kurierdiensten mit etwa einem Fünftel.<sup>66</sup> Der Umsatzanteil der Paketdienste nimmt dabei seit Jahren zu. Vorwiegend werden Umsätze immer noch mit B2B-Sendungen erwirtschaftet, obwohl vermehrt Umsätze mit der Beförderung von B2C-Sendungen generiert werden. So entfallen ca. zwei Drittel des Umsatzes in den KEP-Märkten auf B2B-Sendungen, annähernd ein Drittel auf B2C-Sendungen und ein geringfügiger Anteil auf C2B- und C2C-Sendungen. Das Sendungsvolumen im KEP-Bereich lag 2015 bei insgesamt ca. 2,8 Mrd. Sendungen. Die Sendungsmengen sind somit in jüngerer Vergangenheit – bis auf die rezessiven Phasen zu Hochzeiten der Finanz- und Wirtschaftskrise 2008 und 2009 – deutlich angestiegen. Von den beförderten Sendungen entfallen mit ca. 2,3 Mrd. Stück über 80 Prozent auf Paketdienste, Tendenz steigend. Im Vergleich hierzu haben Expressdienstleister ca. 0,3 Mrd. und Kurierdienstleister ca. 0,2 Mrd. Sendungen befördert. Erstmals machen B2B-Sendungen mit ca. 1,37 Mrd. Stück bzw. 49 Prozent weniger als die Hälfte aller beförderten KEP-Sendungen aus. Demgegenüber stieg der Anteil an B2C-Sendungen wie in den Jahren zuvor mit nunmehr ca. 1,3 Mrd. Stück auf 46 Prozent weiter an. Das Aufkommen an C2B- und C2C-Sendungen ist vergleichsweise gering und weiter rückläufig. Für die nächsten Jahre wird bei den KEP-Diensten mit weiteren Anstiegen beim Umsatz- und Sendungsvolumen mit jährlichen Wachstumsraten von jeweils rund 6 Prozent gerechnet.<sup>67</sup>

**28.** Anders als die Briefmärkte sind die KEP-Märkte wettbewerbslich geprägt. Trotz eines intensiven Wettbewerbs besteht seit Jahren eine hohe Konzentration in den Express- und Paketmärkten.<sup>68</sup> Wesentlich für die Wettbewerbsentwicklung in den KEP-Märkten ist, dass die KEP-Dienstleister die Sendungsbeförderung überwiegend über eigene flächendeckende Zustellnetze sicherstellen und nicht auf Teilleistungen eines Dienstleisters zur Leistungserbringung angewiesen sind. Sie sind damit unabhängig voneinander und können einen Preis- und Qualitätswettbewerb führen, der auch durch Effizienzsteigerungen aufgrund Optimierungen der eigenen Netze geprägt ist.

**29.** Das Kurier-Segment ist durch eine große Anzahl von klein- und mittelständischen Unternehmen geprägt, die vornehmlich lokal tätig sind und sich in Teilen zu Netzwerken zusammenschließen. Nur wenige Anbieter verfügen über einen umsatz- und sendungsmengenbezogenen Marktanteil von über ein Prozent, wobei kein Unternehmen über eine über das lokale Geschäftsgebiet hinausgehende dominante Position besitzt.<sup>69</sup> Das Express-Segment ist von den drei sog. Integratoren – DPAG, UPS und FedEx – geprägt, d. h. von Postdienstleistern, die jeweils über eine logistische Infrastruktur verfügen, welche prinzipiell weltweit eine End-to-End-Zustellung ermöglicht. Hinzu kommen viele mittelständische Anbieter wie z. B. Spediteure, die sich mitunter zu Verbänden zusammenschließen. Eine marktbeherrschende Stellung ist im Express-Segment momentan nicht festzustellen. Der führende Expressdienstleister in Deutschland hat einen Marktanteil von weniger als 30 Prozent, der zweitgrößte rund 10 Prozent.<sup>70</sup> Die neun größten Anbieter vereinen auf sich einen Umsatzanteil von ca. 65 Prozent, während die restlichen 35 Prozent auf viele kleine und spezialisierte Anbieter entfallen. Im Paketsegment, indem über 90 Prozent des Umsatzes mit Geschäftskunden erzielt werden, verfügt die DPAG mit derzeit 45 Prozent Marktanteil über eine marktbeherrschende Stellung, Tendenz steigend (vgl. Abbildung 1.3).<sup>71</sup> Engste Wettbewerber der DPAG sind Hermes, DPD,

<sup>66</sup> MRU/IAL, Digitalisierung im Postmarkt: Neue Entwicklungen in den Bereichen KEP und Brief sowie deren Auswirkungen auf die Regulierung, a. a. O., S. 24.

<sup>67</sup> BIEK, Wachstum über Grenzen hinweg, a. a. O., S. 13 f.; MRU/IAL, Digitalisierung im Postmarkt: Neue Entwicklungen in den Bereichen KEP und Brief sowie deren Auswirkungen auf die Regulierung, a. a. O., S. 77 ff.

<sup>68</sup> MRU/IAL, Digitalisierung im Postmarkt: Neue Entwicklungen in den Bereichen KEP und Brief sowie deren Auswirkungen auf die Regulierung, a. a. O., S. 19; MRU, Marktuntersuchung und Entwicklungstrends von Kurier-, Express- und Paketdienstleistungen 2015, Gutachten im Auftrag der Bundesnetzagentur, August 2015, S. 15; WIK-Consult, Postmarkterhebung 2014 – Nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen und postnahe Beförderungsleistungen, Studie im Auftrag der Bundesnetzagentur, September 2014, S. 13 f. Der Durchschnittserlös pro KEP-Sendung schwankt seit 2000 um ca. EUR 6; BIEK, Wachstum über Grenzen hinweg, KEP-Studie 2017 – Analyse des Marktes in Deutschland, a. a. O., S. 15.

<sup>69</sup> Angaben der Bundesnetzagentur gegenüber der Monopolkommission.

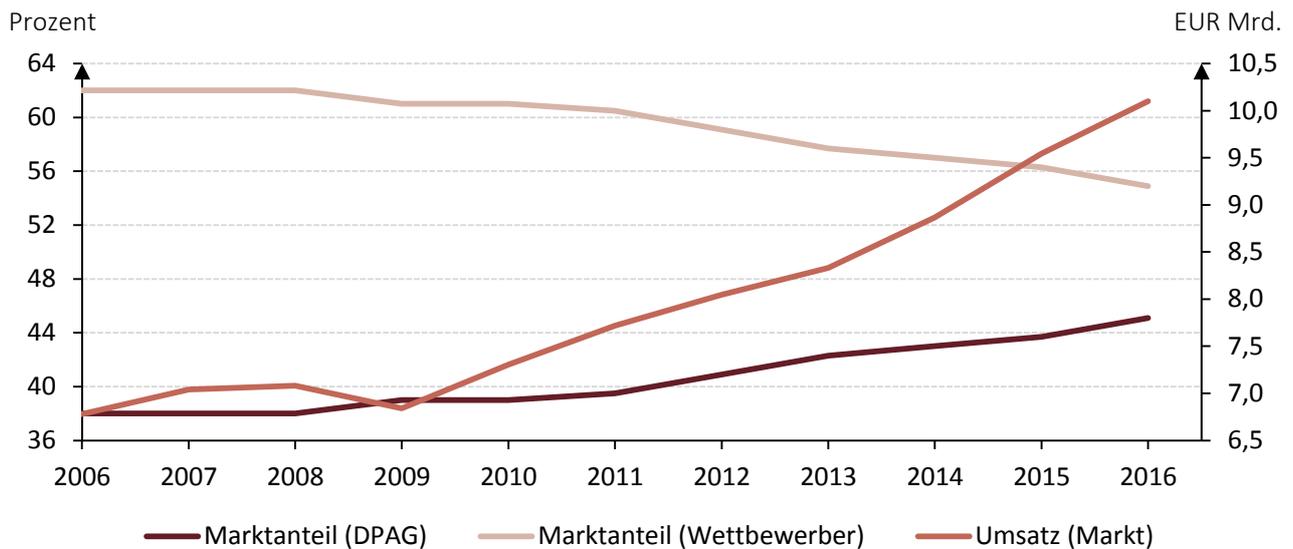
<sup>70</sup> Angaben der Bundesnetzagentur gegenüber der Monopolkommission. In den von der Bundesnetzagentur in Auftrag gegebenen Studien zur Marktberichterstattung zu nicht lizenzpflichtigen Postdienstleistungen werden bislang anonymisierte Statistiken veröffentlicht; Tz. 156 in diesem Gutachten.

<sup>71</sup> BNetzA, Beschluss vom 23. März 2015, BK5-11/069 und Jahresbericht 2016 – Märkte im digitalen Wandel, a. a. O., S. 98.

UPS und GLS mit Marktanteilen von zwischen 17 Prozent und 8 Prozent.<sup>72</sup> Ein beachtlicher Teil der Beförderung bei Paketdiensten wird in Kooperationen mit Subunternehmern erbracht. Beispielsweise werden Paketshops i. d. R. nicht selbst betrieben, sondern von Dienstleistern anderer Wirtschaftsbranchen wie etwa Supermärkten, Kiosken und Tankstellen. Einige Paketdienstleister haben die Paketzustellung gänzlich auf Subunternehmen ausgelagert. Gegenwärtig sind ca. 13.000 KEP-Dienstleister in Deutschland tätig.<sup>73</sup>

**30.** Anders als bei den Briefmärkten hat die Digitalisierung auf die KEP-Märkte bislang einen insgesamt positiven Effekt gehabt. Insbesondere die Paketdienste profitieren von dem Trend zum Online-Handel und dem Mengenwachstum bei B2C-Sendungen.<sup>74</sup> Hierfür ursächlich ist zum einen, dass für die Online-Händler die Versendung der Produkte als Standardpaket eine kostengünstigere Versandoption darstellt als per Express- oder Kuriersendung. Zum anderen gewährleisten Paketdienste mittlerweile eine hohe Leistungsqualität.<sup>75</sup> Mit der Digitalisierung entstehen aber auch disruptive Entwicklungen bei den KEP-Diensten. So vollzieht sich innerhalb der Paketbranche bereits eine Harmonisierung bei der Logistik. Wegen der Wachstumsaussichten im Online-Handel und dem vermehrten Aufkommen an B2C-Sendungen passen die B2B-Dienstleister ihre Infrastruktur immer stärker an eine Beförderung von B2C-Paketen an. Zudem treten Betreiber von Online-Plattformen durch den Aufbau eigener Lieferketten zunehmend in Wettbewerb zu den Paketdienstleistern, was den Innovations- und Effizienzdruck auf die Paketdienstleister erhöht.

**Abbildung 1.3: Wettbewerbs- und Marktentwicklung bei Paketdiensten seit 2006**



Anmerkungen: Die Marktanteile sind in Prozent angegeben und auf der linken Achse erfasst, der inflationsbereinigte Umsatz zu Preisen in 2016 ist auf der rechten Achse erfasst. Die für die Abbildung verwendeten Daten der DPAG sind nur bedingt vergleichbar mit den Daten in der von der Bundesnetzagentur in Auftrag gegebenen Studie; Tz. 156 in diesem Gutachten

Quellen: DPAG, Geschäftsbericht 2016, Februar 2017, S. 25; Geschäftsbericht 2015, März 2016, S. 26; Geschäftsbericht 2014, März 2015, S. 25; Deutsche Post DHL, Geschäftsbericht 2012, März 2013, S. 53; Geschäftsbericht 2011, März 2012, S. 63; Geschäftsbericht 2010, März 2011, S. 53; Geschäftsbericht 2008, März 2009, S. 54; Geschäftsbericht 2007, März 2008, S. 49; Statistisches Bundesamt, Verbraucherpreisindizes für Deutschland – Lange Reichen ab 1948, Wiesbaden 2017; eigene Darstellung und Berechnungen

<sup>72</sup> DPAG, Investor Relations, Mai 2017, S. 9, 28 und BNetzA, Jahresbericht 2016 – Märkte im digitalen Wandel, a. a. O., S. 98.

<sup>73</sup> BNetzA, Jahresbericht 2016 – Märkte im digitalen Wandel, a. a. O., S. 99.

<sup>74</sup> Der Trend zum Online-Handel wird durch das weiter anhaltende positive Konsumklima in Deutschland begünstigt; vgl. etwa bevhw, Die Wirtschaftslage im deutschen Interaktiven Handel B2C 2016/2017, Juli 2017. Die Sparquote privater Haushalte ist in Deutschland zwischen 2008 und 2016 von 10,5 Prozentpunkte auf 9,7 Prozentpunkte gesunken; Deutsche Bundesbank, Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung – Private Konsumausgaben und Verfügbares Einkommen, 1. Vierteljahr 2017, Juni 2017, S. 12.

<sup>75</sup> Zu Beschwerden über Paketdienste vgl. Tz. 127 in diesem Gutachten.

**31.** Für die Sicherstellung einer hohen Leistungsqualität ist die Identifizierung und Befriedigung der Zustellpräferenzen der Sendungsempfänger notwendig. Hierzu investieren die KEP-Dienstleister in erheblichem Maße in den Bestand und Ausbau ihrer Zustellnetze sowie in eine für die Paketzustellung geeignete Informationstechnologie. Für eine passgenaue Zustellung in Anwesenheit des Sendungsempfängers bieten Paketdienstleister inzwischen an, die Sendung außerhalb der üblichen Geschäftszeiten, z. B. abends und am Wochenende, oder taggleich entsprechend den via Smartphones und Internet vorgegebenen Zeit- und Ortsvorgaben des Empfängers zuzustellen. Für eine passgenaue Zustellung in Abwesenheit des Sendungsempfängers bauen Paketdienstleister ihr Netz an Annahme- und Abholstationen vor allem mittels vollautomatischer Packstationen, Paketshops und Paketkästen flächendeckend aus.<sup>76</sup> Mit einer passgenauen Zustellung verbunden sind zugleich Kostensenkungen bei der Endzustellung. Auf die Sendungszustellung werden die demographische Entwicklung und die Urbanisierung einen nachhaltigen Einfluss haben. Denn während die Zustellung in Agglomerationszentren aufgrund der hohen Populationsdichte zwar attraktiv, sich aber wegen dem hohen Verkehrsaufkommen auf den Straßen immer schwieriger gestaltet, führt eine schrumpfende Bevölkerung in ländlichen Gebieten zu erheblich höheren Zustellkosten.<sup>77</sup> Als Zustellung in Innenstädten und ländlichen Gebieten werden rechtlich zulässige Kooperationen angeführt.<sup>78</sup>

**32.** Die Monopolkommission stellt auch in diesem Sondergutachten fest, dass in den KEP-Märkten trotz intensiven Wettbewerbs eine zum Teil hohe Marktkonzentration vorherrscht. So besteht im Markt für Geschäftskundenpakete ein Oligopol aus fünf Dienstleistern fort, auf dem alleine die DPAG mit einem Marktanteil von ca. 45 Prozent über eine marktbeherrschende Stellung verfügt. Sie konnte ihren Marktanteil in den letzten Jahren zunehmend steigern und überproportional vom Trend zum Online-Handel und dem Anstieg an versendeten Paketen profitieren. Im Vergleich hierzu ist bei Expressdiensten die Konzentration zwar geringer. Es besteht jedoch bereits eine große Diskrepanz zwischen dem führenden Unternehmen mit einem Marktanteil von weniger als 30 Prozent und dessen engsten Wettbewerber mit 10 Prozent. Eine Identifizierung der führenden Unternehmen ist wegen den anonymisierten Statistiken nicht möglich. Bei Kurierdiensten liegen dagegen polypolitische Marktstrukturen mit räumlich stark begrenzten Geschäftsgebieten vor. Die Umsatz- und Sendungsvolumina in den KEP-Märkten werden auch in den kommenden Jahren insbesondere wegen des Wachstums des Online-Handels weiter steigen. Inwieweit diese Entwicklung Veränderungen bei den Wettbewerbsverhältnissen vor allem bei den Paketdiensten hervorrufen wird, ist im Hinblick auf die die Märkte prägende Stellung der DPAG nicht abzuschätzen. Das Potenzial für grundlegende Änderungen der Markt- und Wettbewerbsstrukturen besitzen perspektivisch die zunehmende sachliche Marktintegration von Online-Handel und Paketdiensten sowie der Einsatz von Spitzentechnologien wie z. B. von Robotik.

**33.** Da der Wettbewerb auf den KEP-Märkten deutlich intensiver ist als auf den Briefmärkten und die DPAG als einziger Postdienstleister in all diesen Märkten gleichzeitig tätig ist, besteht für sie potenziell der Anreiz, die in den Briefmärkten erwirtschafteten Erträgen zur Quersubventionierung ihres Express- und Paketgeschäfts zu verwenden.<sup>79</sup> Hierbei könnte die DPAG beispielsweise Bewertungsspielräume bei der verursachungsgerechten Verrechnung von im Rahmen der Verbundzustellung von Briefen und Paketen entstandenen Gemeinkosten ausnutzen. Mit einer solchen Quersubventionierung könnte sich die DPAG einen nachhaltigen Wettbewerbsvorteil bei der Paketbeförderung verschaffen, der durch eine Niedrigpreispolitik zur Verdrängung von Wettbewerbern führen könnte.

**34.** Im Hinblick auf die demographische Entwicklung sowie die Urbanisierung und die damit verbundene diametrale Entwicklung des Sendungsmengenaufkommens von Paketen in Agglomerationszentren und ländlichen Gebieten würde eine Kooperation von Unternehmen zur Senkung der Kosten auf der letzten Meile prinzipiell sinnvoll erscheinen, sofern die Voraussetzungen der §§ 2 Abs. 1, 3 GWB einschlägig sind. Ebenfalls sieht sie in einer stärkeren

<sup>76</sup> Zu Paketkästen vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 114 ff.

<sup>77</sup> Zu Konzepten der City-Logistik vgl. BIEK, Innovationen auf der letzten Meile, Bewertung der Chancen für die nachhaltige Stadtlogistik von morgen, Nachhaltigkeitsstudie 2017 im Auftrag des BIEK, März 2017.

<sup>78</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 175; BNetzA, Herausforderungen des Post-Universaldienstes: Vorbereitung einer Stellungnahme gemäß § 47 Abs. 1 Satz 2 PostG – Impulspapier –, 12. November 2014, S. 4.

<sup>79</sup> Tz. 11 und Abschnitt 2.1.6.1 in diesem Gutachten.

Kooperation mit Gewerbetreibenden, die von den Postdienstleistern wirtschaftlich und rechtlich unabhängig sind und als anbieterneutrale Annahme- und Abholstationen fungieren können, Potenzial zur Steigerung der Angebots-effizienz und der Wettbewerbsintensität.<sup>80</sup> Außerdem könnten prinzipiell – sofern in Deutschland zulässig – Online-Vermittlungsdienste für Privatfahrer das Dienstleistungsangebot im Rahmen der Paketzustellung in den ländlichen Gebieten verbessern.<sup>81</sup>

### 1.1.2.2 Sachliche Marktintegration von Online-Handel und Paketdiensten nimmt weiter zu

**35.** Die KEP-Dienstleister haben bislang vom stark wachsenden Online-Handel und den damit verbundenen steigenden Paketaufkommen profitiert. Denn dieser hat für sie zu hohen Auftragsvolumina und eine entsprechende Auslastung ihrer Zustellnetze geführt. Entlang der Wertschöpfungskette des Handels, d. h. zwischen Herstellern und Endkunden, haben sich die Online-Händler und -plattformen auf den Vertrieb der Produkte und die KEP-Dienstleister auf die Sendungsbeförderung konzentriert.<sup>82</sup> In jüngerer Vergangenheit ist gleichwohl festzustellen, dass insbesondere Online-Plattformen und Paketdienstleister Vertriebs- und Beförderungsleistungen zunehmend selbst übernehmen.<sup>83</sup> Infolge dessen entstehen vertikal integrierte Logistik- und Handelskonzerne, die in direkten Wettbewerb zueinander treten. Die sachliche Marktintegration von Online-Handel und Paketdiensten vollzieht sich demnach beidseitig. Die Bundesnetzagentur sieht bereits ein Erfordernis, die Marktabgrenzung zu überdenken.<sup>84</sup>

**36.** Vor allem in populationsreichen Industrie- und Schwellenländern, wie z. B. in den USA, in China, Großbritannien und Deutschland, bauen Suchmaschinen und Online-Plattformen zunehmend eigene Lieferdienste und -strukturen auf. Dabei gehen sie auch Kooperationen mit (Lebensmittel-)Einzelhändlern ein, deren Produkte sie über ihre Plattformen vertreiben.<sup>85</sup> Sie testen ihre Lieferdienste noch vornehmlich im Rahmen von Pilotprojekten, meist auf ausgewählte Metropolen beschränkt. In Deutschland hat die Online-Plattform Amazon bereits landesweit Logistikzentren errichtet, von denen aus es eine zeitnahe Zustellung zu gewährleisten plant. Amazon lässt die Pakete in Ballungszentren durch eigene oder fremde Kurierdienste, in ländlichen Gebieten von Paketdienstleistern zustellen. Darüber hinaus investiert Amazon in Paketboxen und vollautomatische Packstationen.<sup>86</sup> Zudem verfügt der Otto-Konzern als Online-Händler mit seiner 100-prozentigen Tochtergesellschaft Hermes Europe bereits über einen eigenen Paketdienst mit einer flächendeckenden postalischen Infrastruktur.

**37.** Die Paketdienstleister, allen voran die DPAG und die International Post Corporation (IPC), erweitern ihr Dienstleistungsportfolio durch den Aufbau von Online-Plattformen.<sup>87</sup> So hat die IPC 2013 damit begonnen, eine digitale

<sup>80</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 182.

<sup>81</sup> Borsenberger, C., The Sharing Economy and the “Uberization” Phenomenon: What Impacts on the Economy in General and for the Delivery Operators in Particular?, in: Crew, M./Parcu, P. L./Brennan, T. (Hrsg.), The Changing Postal and Delivery Sector – Towards a Renaissance, Topics in Regulatory Economics and Policy, Springer 2017, S. 191 ff. In Deutschland sind (Online-) Vermittlungsdienste für Privatfahrer bislang nicht zulässig; Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, Wettbewerb 2016, Baden-Baden 2016, Tz. 1242 ff. In der Schweiz befördern beispielsweise Privatfahrer Kartoffeln in Ballungsgebiete; <http://www.kartoffeltaxi.ch/>, Abruf am 17. August 2017.

<sup>82</sup> Dabei verfügen große Online-Händler bzw. -Plattformen, insbesondere Amazon, aufgrund ihrer großen Sendungsmengen über eine hohe Verhandlungsmacht gegenüber den KEP-Dienstleistern. Beispielsweise soll jedes siebte von der DPAG beförderte Paket von Amazon stammen; Schlautmann, C., Etappensieg gegen Amazon, Handelsblatt, 26. April 2017, S. 22 f.

<sup>83</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 49 ff.

<sup>84</sup> BNetzA, Digitale Transformation in den Netzsektoren – Aktuelle Entwicklungen und regulatorische Herausforderungen, a. a. O., S. 49 ff. und 134.

<sup>85</sup> Vgl. etwa Janssen, L., Wie Amazon die Deutschen umkrempeln will, Spiegel Online, 11. September 2017. Google beispielsweise bietet in den USA mit „Google Express“ seit 2013 einen Lieferservice für Lebensmittel in Ballungsgebieten an; vgl. etwa Schmidbauer, J., Google kooperiert mit weltgrößter Supermarktkette, Süddeutsche Zeitung, 23. August 2017. Außerdem vgl. Murphy, M., Google wants to deliver packages from self-driving trucks, 9. Februar 2016; Meola, A., Alibaba has an ambitious plan to handle delivery logistics, Business Insider Deutschland, 5. Juli 2016.

<sup>86</sup> Vgl. etwa Kwasniewski, N., Auf dem Weg zum Überall-Konzern, Spiegel Online, 4. Mai 2017.

<sup>87</sup> Ohnehin diversifizieren die nationalen Postgesellschaften ihr Dienstleistungsangebot; IPC, 2016 Key Findings – Global Postal Industry Report, Dezember 2016, S. 14.

Plattform zu entwickeln, auf der Postdienstleister den Online-Händlern ihre Beförderungsdienstleistungen anbieten können.<sup>88</sup> Auch die DPAG führt und entwickelt bereits in Deutschland Plattformen für Händler und Transportdienstleister.<sup>89</sup> Zudem betreibt sie seit Jahren Online-Plattformen für Gebrauchsgüter (Möbel, technische Haushaltsgeräte etc.) und Verbrauchsgüter (Lebensmittel, Drogerieartikel etc.) des täglichen privaten Bedarfs, auf denen namenhafte Hersteller ihre Produkte anbieten können und für diese die DPAG die Zustellung übernimmt.

**38.** Es ist somit eine zunehmende Marktintegration von Online-Handel und Paketdiensten festzustellen. Hierdurch könnte kurz- bis mittelfristig der Wettbewerb bei den KEP-Diensten stimuliert werden. Denn die KEP-Dienstleister sollten dazu angereizt werden, stärker als bislang Effizienzen zu heben und in Innovationen zu investieren, wenn Online-Händler und -plattformen vermehrt eigene Lieferdienste aufbauen. Auch dürfte die sachliche Marktintegration ausreichend Chancen für Spezialisierungen bieten, was wiederum Markteintritte branchenfremder Dienstleister tendenziell begünstigt. Des Weiteren könnte langfristig – bei einer vollkommenen Marktintegration – der Wettbewerb zwischen Online-Plattformen stimuliert werden, wenn vertikal voll integrierte Logistik- und Handelskonzerne miteinander im Wettbewerb stehen. Es besteht aber bei Online-Plattformen grundsätzlich vor allem wegen Netzwerkeffekten und Größenvorteilen die Gefahr einer hohen Marktkonzentration.<sup>90</sup> Durch einen intensiveren Wettbewerb zwischen KEP-Dienstleistern und Online-Händlern sowie -plattformen dürfte in absehbarer Zeit die Dienstleistungsqualität und -quantität weiter steigen, was positive Wohlfahrtseffekte generiert.

**39.** Bei der zunehmenden Marktintegration von Online-Handel und Paketdiensten besteht aufgrund einer unterschiedlichen Regulierung die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen zulasten der Paketdienstleister. Während Online-Händler und -plattformen ausschließlich der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt unterliegen, unterliegen Paketdienstleister der sektorspezifischen Regulierung durch die Bundesnetzagentur und der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt. Denn insbesondere Online-Plattformen erbringen Beförderungsdienstleistungen zunehmend in Eigenleistung, die nicht reguliert werden. Paketdienstleister hingegen erbringen Beförderungsdienstleistungen – auch wenn sie eine Online-Plattform betreiben – in der Regel geschäftsmäßig i. S. v. § 4 Nr. 4 PostG. Die Paketdienstleister unterliegen zwar einer sektorspezifischen Regulierung de jure nur dann, wenn sie marktbeherrschend i. S. d. § 18 Abs. 4 GWB sind. Allerdings könnte bei einer vollkommenen Marktintegration ein unterschiedlicher für die Marktteilnehmer geltender Rechtsrahmen bereits eine Wettbewerbsverzerrung auslösen, wenn der Anreiz für Paketdienstleister gemindert wird, eine marktbeherrschende Stellung zu erlangen, um einer sektorspezifischen Regulierung zu umgehen. Sofern Online-Händler und Paketdienstleister regulatorisch gleich behandelt werden sollen, müssten prinzipiell die Begriffsbestimmungen zu Postdienstleistungen um Beförderungsdienstleistungen von Online-Händlern und -plattformen in § 4 Nr. 1 PostG entsprechend angepasst werden.

## 1.2 International

### 1.2.1 Räumliche Marktintegration von Postdiensten verläuft schleppend

**40.** In Europa hat sich bislang kein Binnenmarkt für Postdienste entwickelt. Die Brief- und Paketmärkte sind weiterhin national fragmentiert und von den in den EU-Mitgliedstaaten unterschiedlichen sozioökonomischen und rechtlichen sowie regulatorischen Rahmenbedingungen geprägt. So unterscheiden sich die Regelungen zum Universaldienst und die Regulierungspraxis mitunter wesentlich, da die EU-Postdiensterichtlinie nur regulatorische Mindestvorgaben setzt.<sup>91</sup> Zudem vollzieht sich die Anpassung der Lebensverhältnisse in Europa nur langsam.<sup>92</sup>

<sup>88</sup> Zur IPC und der digitalen Plattform vgl. Abschnitt 2.2.2.2 in diesem Gutachten.

<sup>89</sup> DPAG, DHL Paket entwickelt Online-Marktplatz für Bonner Einzelhändler, Pressemitteilung vom 13. Juli 2017; WIK, Auswirkungen der Digitalisierung auf die Zustellogistik, Endpräsentation, 13. März 2017, S. 21.

<sup>90</sup> Monopolkommission, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, Sondergutachten 68, Baden-Baden 2015, Tz. 34 ff. Zudem vgl. ebenda, Abschnitte 5 und 7.4.1.

<sup>91</sup> Richtlinie 97/67/EG vom 15. Dezember 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität, ABl. L 15 vom 21. Januar 1998, S. 14; ERGP, Report on the development of end-to-end competition and access regulation across the EU Member States in the light of recent jurisprudence

Auch ist der Digitalisierungsprozess unterschiedlich fortgeschritten.<sup>93</sup> Die nationalen Postmärkte in Europa sind sich gleichwohl insoweit ähnlich, als sie alle hoch konzentriert sind.

**41.** Auf den nationalen Briefmärkten haben die nationalen Postgesellschaften mit einem durchschnittlichen Marktanteil von ca. 90 Prozent jeweils eine Quasi-Monopolstellung inne.<sup>94</sup> Wettbewerb findet – sofern überhaupt existent – vornehmlich über den Zugang zum flächendeckenden Postnetz der nationalen Postgesellschaften und nahezu ausschließlich um Geschäftskunden statt. Zudem hat die Liberalisierung der nationalen Briefmärkte zu verschiedenen Zeitpunkten begonnen.<sup>95</sup> Anders als in Deutschland sind die nationalen Postgesellschaften in vielen EU-Mitgliedsstaaten bis heute noch vollständig in Staatsbesitz und gesetzlich zum Universaldienst verpflichtet.<sup>96</sup> Ein weiterer wesentlicher Unterschied zwischen den Briefmärkten Deutschlands und den der anderen EU-Mitgliedsstaaten ist bei der Entwicklung der Sendungsmenge festzustellen. Während in Deutschland die Sendungsmengen relativ stabil sind, sinken sie den anderen EU-Mitgliedsstaaten zum Teil deutlich.<sup>97</sup>

**42.** Auf den nationalen KEP-Märkten ist die Marktstellung der nationalen Postgesellschaften größtenteils deutlich schwächer als in den Briefmärkten. Bei Paketdiensten haben sie einen durchschnittlichen Marktanteil von unter 40 Prozent und bei Expressdiensten von unter 20 Prozent.<sup>98</sup> Wegen ihres flächendeckenden Zustellnetzes und der Möglichkeit der Verbundzustellung verfügen sie gleichwohl über grundlegende Wettbewerbsvorteile. Der Wettbewerb bei Expressdiensten ist zwar überwiegend intensiver als bei Paketdiensten, jedoch werden die Paket- und Expressmärkte in vielen Ländern von wenigen Anbietern dominiert. Der kumulierte Marktanteil der drei größten Paket- und Expressdienstleister beträgt oftmals über 60 Prozent.<sup>99</sup> Eine wesentliche Rolle spielen hierbei die drei Integratoren DHL, UPS und FedEx sowie die Töchterunternehmen der britischen und französischen nationalen Postgesellschaften DPD und GLS.<sup>100</sup> Die Mengen an Paket- und Expresssendungen steigen in den einzelnen Staaten durch den wachsenden Online-Handel seit Jahren an.

**43.** Eine Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse bei grenzüberschreitenden Postdienstleistungen in Europa ist anhand von relativen Kennziffern wie z. B. Marktanteilen und absoluten Kennziffern wie z. B. Umsatz- und Sendungsvolumina nur begrenzt möglich.<sup>101</sup> Hierfür ursächlich sind zum einen fehlende repräsentative Marktuntersu-

---

concerning discount regimes in the postal sector, 2016, S. 25 ff.; Report on tariff regulation in a context of declining volumes, November 2014.

<sup>92</sup> Vgl. etwa EU-Kommission, European Economic Forecast, Spring 2017, Institutional Paper 053, Mai 2017; EZB, Real convergence in the euro area: evidence, theory and policy implications, ECB Economic Bulletin 5, 2015, S. 30-45.

<sup>93</sup> Tz. 19 in diesem Gutachten.

<sup>94</sup> ERGP, Report on core indicators for monitoring the European postal market, Dezember 2016, S. 39 ff.

<sup>95</sup> ERGP, Report on tariff regulation in a context of declining volumes, November 2014, S. 21 ff.

<sup>96</sup> ERGP, Report on specific issues related to cost allocation, November 2013, S. 29 f. sowie Tz. 130, 159 ff. und 175 in diesem Gutachten.

<sup>97</sup> ERGP, Report on Universal Services in light of changing postal end users' needs, 2016, S. 33 f.; Report on core indicators for monitoring the European postal market, 2016, S. 48.

<sup>98</sup> Ebenda, S. 41 f.; Thiele, S./Dieke, A. K., The impact of competition on consumer prices for cross-border parcels, 25<sup>th</sup> Conference on Postal and Delivery Economics, Barcelona 26. Mai 2017, S. 4.

<sup>99</sup> WIK-Consult, Main Developments in the Postal Sector (2010-2013), Study for the European Commission, Directorate General for Internal Market and Services, Bad Honnef, August 2013, S. 237 ff.

<sup>100</sup> Durch die Übernahme von TNT Express durch FedEx soll sich der Wettbewerb zwischen den Integratoren nach Aussagen von Marktteilnehmern gegenüber der Monopolkommission nicht wesentlich verändern; EU-Kommission, Entscheidung vom 8. Januar 2016, Case M.7630 FedEx/TNT Express, C(2015) 9826 final.

<sup>101</sup> EU-Kommission, Commission Staff Working Document, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of the Postal Services Directive (Directive 97/67/EC as amended by Directive 2002/39/EC and Directive 2008/6/EC), SWD(2015) 207 final, 17. November 2015, S. 58 f. Zur Problematik der Marktabgrenzung vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 57.

chungen von den nationalen Regulierungsbehörden sowie der Europäischen Kommission<sup>102</sup> und zum anderen eine fehlende kohärente sachliche Marktabgrenzung bei KEP-Diensten.<sup>103</sup> Für den Wettbewerb bei grenzüberschreitenden Postdienstleistungen ist kennzeichnend, dass dieser zum einen wegen den landesspezifischen Gegebenheiten auf die jeweilige bilaterale Relation von Einlieferungs- und Bestimmungsland begrenzt ist.<sup>104</sup> Zum anderen wird der Wettbewerb bei grenzüberschreitenden Postdienstleistungen durch die Quasi-Monopolstellung der nationalen Postgesellschaften auf den lokalen Briefmärkten sowie durch die Marktkonzentration auf den Paket- und Expressmärkten beschränkt.

**44.** Der Wettbewerb bei grenzüberschreitenden Briefdiensten ist in den einzelnen EU-Mitgliedsstaaten zwar unterschiedlich ausgeprägt, aber aufgrund der hohen Marktkonzentration überwiegend gleichermaßen beschränkt. Im Vergleich zum Wettbewerb auf den nationalen Märkten für Briefdienste, in denen die nationalen Postgesellschaften Quasi-Monopolisten sind, ist der Wettbewerb bei grenzüberschreitenden Briefdiensten in einigen Ländern wie z. B. in Deutschland, wo mehrere Dienstleister tätig sind, stärker ausgeprägt.<sup>105</sup> Während die grenzüberschreitende Beförderung von Einzelsendungen von Privatkunden nahezu ausnahmslos die nationale Postgesellschaft des jeweiligen EU-Mitgliedsstaates übernimmt, konkurriert bei Massensendungen von Geschäftskunden die nationale Postgesellschaft mit Tochtergesellschaften der nationalen Postgesellschaften anderer EU-Mitgliedsstaaten. Generell sind im grenzüberschreitenden Briefgeschäft vornehmlich nationale Postgesellschaften mit ihren Tochtergesellschaften tätig. Es gibt nur wenige von den nationalen Postgesellschaften unabhängige Briefdienstleister. In einigen europäischen Ländern gibt es überhaupt keinen alternativen Anbieter zur nationalen Postgesellschaft für die grenzüberschreitende Beförderung von Briefen. Über die Wettbewerbsverhältnisse bei grenzüberschreitenden Briefdiensten speziell in Deutschland sind bislang keine (amtlichen) Statistiken veröffentlicht worden. Die Bundesnetzagentur weist der DPAG gleichwohl eine marktbeherrschende Stellung mit einem überwiegenden Beförderungsanteil zu, die insbesondere durch ihr flächendeckendes Zustellnetz und den Regelungen des Weltpostvertrags bedingt wird.<sup>106</sup> Die Umsatz- und Sendungsvolumina blieben in den letzten Jahren stabil. Im Jahr 2015 sind ca. 630 Mio. Sendungen im Wert von fast EUR 330 Mio. aus dem Ausland nach Deutschland und ca. 620 Mio. Sendungen im Wert von ca. EUR 320 Mio. von Deutschland ins Ausland befördert worden.<sup>107</sup>

**45.** Die Märkte für grenzüberschreitende Express- und Paketdienste sind von einer hohen Konzentration gekennzeichnet und von den drei Integratoren DHL, FedEx und UPS stark dominiert.<sup>108</sup> Die Integratoren verfügen jeweils über eine logistische Infrastruktur, die ihnen prinzipiell eine End-to-End-Zustellung weltweit ermöglicht, ohne dafür im Wesentlichen die Dienste von Kooperationspartnern in Anspruch nehmen zu müssen. Sofern sie eine eigene Zustellung nicht sicherstellen können, nehmen sie – wie alle anderen Postdienstleister – die Dienste der über ein flächendeckendes Paketnetz verfügenden nationalen Postgesellschaften oder die lokaler Kurier- und Expressdienstleister in Anspruch. Die Integratoren treten vor allem in den Wettbewerb zu den nationalen Postgesellschaften und den wenigen privaten Paketdienstleistern, die entweder mithilfe von ausländischen Tochtergesellschaften und Subunternehmern oder mithilfe von pan-europäischen Bündnissen eine Sendungsbeförderung innerhalb

<sup>102</sup> Dies war ein wesentlicher Grund für die Europäische Kommission für die Veröffentlichung eines Entwurfs einer Verordnung über Paketzustelldienste; Abschnitt 2.2.1 in diesem Gutachten.

<sup>103</sup> KEP-Dienstleistungen sind einerseits nicht legaldefiniert, andererseits unterliegt die KEP-Branche wegen der zunehmenden Digitalisierung weitgreifenden Veränderungsprozessen, sodass eine kohärente Marktabgrenzung schwierig ist; Tz. 157 in diesem Gutachten.

<sup>104</sup> Relation beschreibt die Gesamtheit aller Verkehrsverbindungen zwischen zwei Orten.

<sup>105</sup> WIK-Consult, *Main Developments in the Postal Sector (2010-2013)*, a. a. O., S. 189.

<sup>106</sup> BNetzA, Beschluss vom 23. November 2015, BK5-15/012, S. 13. Zum Weltpostverein vgl. Abschnitt 2.2.2 in diesem Gutachten.

<sup>107</sup> Angaben der Bundesnetzagentur gegenüber der Monopolkommission.

<sup>108</sup> Für Expressdienste vgl. DPAG, *Deutsche Post DHL Group, Investor Relations Presentation*, Mai 2017, S. 38. Für Paketdienste vgl. Borbon-Galvez, Y. u. a., *Cross-Border Parcel Logistics – Cross-Border Parcel Delivery Operations and its Cost Drivers*, University of Antwerpen, Oktober 2015, S. 6 ff. Grenzüberschreitende Kurierdienste sind quasi nicht existent.

Europas gewährleisten können.<sup>109</sup> Die Wettbewerbsintensität bei grenzüberschreitenden Paketdiensten ist in den meisten EU-Mitgliedsstaaten niedriger als bei inländischen Paketdiensten.<sup>110</sup> Über die Wettbewerbsverhältnisse bei grenzüberschreitenden KEP-Diensten speziell in Deutschland sind bislang keine amtlichen Statistiken veröffentlicht worden. Das Umsatzvolumen grenzüberschreitender Sendungen für Deutschland in 2015 wird auf ca. EUR 4,65 Mrd., das Sendungsvolumen auf ca. 350 Mio. Stück geschätzt, wobei über zwei Drittel auf das Export- und ein Drittel auf das Importgeschäft zurückgehen.<sup>111</sup> Hiervon entfallen etwa 50 Mio. Sendungen im Wert von über EUR 2,3 Mrd. auf das Expressgeschäft und ca. 300 Mio. Sendungen im Wert von rund EUR 2,3 Mrd. auf das Paketgeschäft. Grenzüberschreitende Sendungen werden in Deutschland vorrangig durch Express- und Paketdienstleister befördert und zwar von denselben, die auf nationaler Ebene marktprägend sind.

**46.** Der grenzüberschreitende Online-Handel wird eine räumliche Marktintegration und damit auch den Wettbewerb bei grenzüberschreitenden Postdienstleistungen weiter befördern. Gegenwärtig bauen Integratoren und nationale Postgesellschaften ihre Infrastruktur verstärkt aus, indem sie zunächst in Anrainerstaaten Paketannahme- und -abgabestellen errichten. Sie treten somit verstärkt in Wettbewerb zu den inländischen Paketdienstleistern. Potenziell eine räumliche Marktintegration und den Wettbewerb bei grenzüberschreitenden Postdienstleistungen behindernd wirken einige in der International Post Corporation (IPC) und dem Weltpostverein getroffenen Vereinbarungen, an denen die nationalen Postgesellschaften einschließlich der DPAG exklusiv mitwirken.<sup>112</sup> So können Vereinbarungen über die Vergütung der Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen, die nicht kostendeckend sind, den Wettbewerb zwischen den nationalen Postgesellschaften beeinträchtigen und eine marktverschließende Wirkung gegenüber (potenziellen) Wettbewerbern entfalten.<sup>113</sup> Ebenso können Vereinbarungen über die Implementierung technischer und logistischer Standards bei der grenzüberschreitenden Sendungsbeförderung den Wettbewerb beschränken. Denn der Ausschluss von Postdienstleistern vom Prozess einer Harmonisierung internationaler Postnetze erhöht zum einen deren Abhängigkeit zu den nationalen Postgesellschaften, da sie für die grenzüberschreitende Sendungszustellung oftmals auf die Nutzung der flächendeckenden Postnetze der nationalen Postgesellschaften angewiesen sind, und benachteiligt sie zum anderen in zeitlicher, technologischer und finanzieller Hinsicht.<sup>114</sup>

**47.** Die Europäische Kommission versucht seit Jahren, die räumliche Marktintegration von Postdiensten voranzutreiben. So ist sie seit 2010 bestrebt, den grenzüberschreitenden Online-Handel im Interesse eines digitalen Binnenmarktes zu fördern. Dazu geht sie gegen Hemmnisse einer räumlichen Marktintegration von Paketdiensten in Europa und beim grenzüberschreitenden Online-Handel vor. In ihrem Strategiepapier „Eine Digitale Agenda für Europa“ vom Mai 2010 hatte sie ein Konzept zur Entwicklung eines digitalen Binnenmarktes in Europa veröffentlicht, das als ein wichtiges Leistungsziel die Beteiligung von 20 Prozent der EU-Bevölkerung am grenzüberschreitenden Online-Handel bis 2015 vorsah.<sup>115</sup> Dieses Ziel wurde mit ca. 16 Prozent nicht erreicht.<sup>116</sup> Die Entwicklung

<sup>109</sup> Der Großteil der Transportdienstleistungen bei Standardpaketen wird von Subunternehmen erbracht; AECOM, *Collection and Analysis of Data on the Structure of the Road Haulage Sector in the European Union*, 2014, S. 8 ff. Überwiegend nur bei hochwertigen und bei zeitlich fixierten Sendungen übernehmen die Paketdienstleister den Transport selbst.

<sup>110</sup> Thiele, S./Dieke, A. K., *The impact of competition on consumer prices for cross-border parcels*, a. a. O., S. 6.

<sup>111</sup> MUR/IAL, *Digitalisierung im Postmarkt: Neue Entwicklungen in den Bereichen KEP und Brief sowie deren Auswirkungen auf die Regulierung*, a. a. O., S. 57 ff.

<sup>112</sup> Ausführlicher zum Weltpostverein und zur IPC vgl. Abschnitte 2.2.2.1 und 2.2.2.2 in diesem Gutachten. Zu den Wettbewerbsbeschränkungen vgl. 2.2.2.3 Abschnitt in diesem Gutachten.

<sup>113</sup> Dass die vereinbarten Vergütungen nicht kostendeckend sind, vgl. Abschnitt 2.2.2 in diesem Gutachten.

<sup>114</sup> Laffont, J.-J./Tirole, J., *Creating Competition through Interconnection: Theory and Practice*, *Journal of Regulatory Economics* 10(3), 1996, S. 227-256.

<sup>115</sup> EU-Kommission, *Eine Digitale Agenda für Europa*, KOM/2010/0245 endg. vom 19. Mai 2010, Anhang 2, S. 47.

<sup>116</sup> EU-Kommission, *Europe's Digital Progress Report 2016 – Use of Internet*, 20. Mai 2016, S. 12. Die Zahlen beruhen auf Verbraucherumfragen, die verzerrt sein können, da für Verbraucher nicht erkennbar ist, ob es sich um inländische oder grenzüberschreitende Transaktionen handelt. So bauen international operierende Online-Händler ihr Distributionsnetzwerk zunehmend in Kundennähe aus, sodass vermeintlich grenzüberschreitende Einkäufe durch Zustellung der Waren inländischen Lagerhäusern bedient

des grenzüberschreitenden Online-Handels hat sich in den EU-Mitgliedsstaaten bislang unterschiedlich vollzogen.<sup>117</sup> Als wesentliche Hemmnisse für den grenzüberschreitenden Online-Handel gelten aus Sicht der Privatkunden hohe Versandkosten, lange Zustellzeiten und Unsicherheit über Verbraucherrechte, aus Sicht insbesondere kleiner und mittlerer Online-Händler hohe Lieferkosten, unterschiedliche Mehrwertsteuersätze und zum Teil niedrige Leistungsqualität.<sup>118</sup> In ihrem im November 2012 veröffentlichten Grünbuch hatte die Europäische Kommission als Defizite bei grenzüberschreitenden Paketdienstleistungen vor allem fehlende Informationstransparenz über die angebotenen Dienstleistungen, hohe Preise für Privatkunden und Online-Händler mit kleinen Sendungsvolumina sowie geringe Interoperabilität der Paketnetze festgestellt.<sup>119</sup> Daraufhin hatte sie in ihrem im Dezember 2013 erschienen „Fahrplan für die Vollendung des Binnenmarkts für die Paketzustellung“ auf Eigeninitiative hinwirkende, nicht legislative Maßnahmen an die Paketdienstleister, Online-Händler, Regulierungsbehörden und Mitgliedstaaten zur Erhöhung der Markttransparenz, der Dienstleistungsqualität und der Sicherstellung von erschwinglichen Preisen adressiert.<sup>120</sup> Wesentliche Verbesserungen haben sich hierdurch nicht eingestellt, weshalb die Europäische Kommission im Mai 2015 eigene Maßnahmen zur Verbesserung der Preistransparenz und der regulatorischen Aufsicht bei grenzüberschreitenden Paketzustelldiensten angekündigt hat.<sup>121</sup> Daraufhin hat die Europäische Kommission im Mai 2016 ein Maßnahmenpaket zur Stimulierung des grenzüberschreitenden Online-Handels in Europa veröffentlicht. Neben dem Entwurf eines Vorschlages zur Verhinderung von Geoblocking und Vorschlägen zur Überarbeitung der Verordnung über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz hatte die Europäische Kommission einen Entwurf eines Vorschlages einer Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste veröffentlicht.<sup>122</sup> Zuvor im April 2016 hatte die Europäische Kommission bereits einen Aktionsplan zur Modernisierung des EU-Mehrwertsteuersystems vorgelegt.<sup>123</sup> Im August 2016 bekräftigte die Europäische Kommission mit einem Auftrag an das Europäische Komitee für Normung (CEN), der die Entwicklung von Standards für den Postsektor unter anderem in den Bereichen Interoperabilität und physische Prozessdaten betraf, die Notwendigkeit einer technischen Normierung für den Ausbau und für die Vernetzung der Postnetze.<sup>124</sup>

**48.** Die Monopolkommission stellt fest, dass die räumliche Marktintegration von Postdiensten in Europa nur schleppend voranschreitet. Kennzeichnend für den Wettbewerb bei grenzüberschreitenden Postdienstleistungen bislang ist, dass dieser einerseits auf die bilaterale Relation von Einlieferungs- und Bestimmungsland begrenzt ist

---

werden. Ferner werden mitunter vermeintlich inländische Einkäufe aufgrund von Engpässen in der Lagerbestandhaltung durch im Ausland gelagerte Waren bedient; Copenhagen Economics, Principles of e-commerce delivery prices, a. a. O., S. 11 ff.

<sup>117</sup> Vgl. etwa Ecommerce Europe, European B2C E-Commerce Report 2016, Juli 2016.

<sup>118</sup> EU-Kommission, Flash Eurobarometer 413 – Companies engaged in online activities report, 13. November 2015.

<sup>119</sup> EU-Kommission, Grünbuch: Ein integrierter Paketzustellungsmarkt für das Wachstum des elektronischen Handels in der EU, COM(2012) 698 final, 29. November 2012.

<sup>120</sup> EU-Kommission, Mitteilung der Kommission, Fahrplan für die Vollendung des Binnenmarkts für die Paketzustellung – Stärkung des Vertrauens in die Zustelldienste und Förderung des Online-Handels, COM(2013) 886 final, 16. Dezember 2013.

<sup>121</sup> EU-Kommission, Mitteilung der Kommission, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015) 192 final vom 6. Mai 2015.

<sup>122</sup> Zu einer Übersicht über alle Maßnahmen vgl. EU-Kommission, IP/16/1887, Pressemitteilung vom 25. Mai 2016. Geoblocking beeinflusst ebenfalls grenzüberschreitende Paketdienste. So behindert Geoblocking unmittelbar den grenzüberschreitenden Online-Handel und damit mittelbar grenzüberschreitende Paketdienste.

<sup>123</sup> EU-Kommission, IP/16/1022, Pressemitteilung vom 7. April 2016 und Tz. 142 in diesem Gutachten.

<sup>124</sup> EU-Kommission, Durchführungsbeschluss der Kommission vom 1.8.2016, M/548, C(2016) 4876 final, Rn. 6 f. Im CEN ist ein Technischer Ausschuss (TC 331) mit der Entwicklung von europäischen Normen für Postdienste betraut. Mitglieder sind vor allem Vertreter von Regulierungsbehörden, Postdienstleistern, Online-Händlern, Verbänden und Verbraucherorganisationen, die in verschiedenen Gremien beispielsweise an offenen internationalen Standards für eine physische Kennzeichnung von Paketsendungen und einen elektronischen Informationsaustausch zwischen Onlinehändlern und Logistikunternehmen arbeiten. Dabei kooperieren sie mit dem Weltpostverein mit dem Ziel einer Zusammenführung proprietärer Standards sowie dazugehöriger Daten des Weltpostvereins mit den im TC 331 entwickelten nicht proprietären Standards; Tz. 182 und Tz. 190 in diesem Gutachten.

und andererseits durch eine geringe Wettbewerbsintensität auf den nationalen Postmärkten beschränkt wird.<sup>125</sup> Sie begrüßt daher die Bestrebungen der Europäischen Kommission, mittels Erhöhung der Markttransparenz und Schaffung einheitlicher Rahmenbedingungen für grenzüberschreitende Paketdienste die Errichtung eines (digitalen) Binnenmarkts zu fördern. Insbesondere begrüßt sie die jüngsten Initiativen der Europäischen Kommission zur Steigerung der Interoperabilität und Erhöhung des Standardisierungsgrades europäischer Postnetze. Da die Vorschläge des CEN für die EU-Mitgliedsstaaten nicht bindend sind, müssten technische Normen und Standards z. B. bei einer erneuten Überarbeitung der EU-Postdiensterrichtlinie Berücksichtigung finden.

**49.** Eine räumliche Marktintegration von Postdiensten wird prinzipiell zu einer Intensivierung des Wettbewerbs führen. Grundvoraussetzungen für einen funktionsfähigen und wirksamen Wettbewerb bei grenzüberschreitenden Postdiensten sind sowohl ein diskriminierungsfreier Zugang zu wichtigen postalischen Infrastrukturen und Institutionen wie auch ein funktionsfähiger und wirksamer Wettbewerb auf den jeweiligen nationalen Märkten. Beides ist bislang nicht gegeben. So verschaffen insbesondere die Exklusivmitgliedschaften im Weltpostverein sowie in der IPC der DPAG und den nationalen Postgesellschaften bedeutende Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen Postdienstleistern. Diese Vorteile betreffen z. B. die Entwicklung technischer Standards zur Steigerung der Interoperabilität grenzüberschreitender Postnetze und die Einflussnahme auf die Zustellvergütungen für eingehende grenzüberschreitende Postsendungen. Die Monopolkommission hat hierzu Vorschläge in Abschnitt 2.2.2.4 dieses Gutachtens ausgearbeitet.

### 1.2.2 Preise grenzüberschreitender Postdienstleistungen sind intransparent

**50.** Die Preise für die grenzüberschreitende Brief- und Paketsendungen innerhalb Europas sind höher als für eine vergleichbare inländische Sendungsbeförderung.<sup>126</sup> Dabei gibt es erhebliche Preisunterschiede zwischen den einzelnen EU-Mitgliedsstaaten und zwischen der Versendung von Briefen und Paketen.<sup>127</sup> Auch Studien, in denen mithilfe von ökonomischen Methoden nachfrage- und angebotsspezifische Gegebenheiten in den Ländern herausgerechnet worden sind, weisen auf signifikante Preisunterschiede hin.<sup>128</sup>

**51.** Für die Preisunterschiede werden verschiedene Ursachen angeführt. Dass grundsätzlich die Preise für die grenzüberschreitende Beförderung beispielsweise von Paketen deutlich über denen für die inländische Sendungsbeförderung liegen, wird zum einen der geringen Preissensibilität von Verbrauchern und kleinen Online-Händlern zugeschrieben, die über unvollkommene Informationen über die Qualität und Quantität des Beförderungsangebots alternativer Postdienstleister verfügen sollen. Zum anderen soll die höhere Marktkonzentration bei grenzüberschreitenden Paketdienstleistungen für derartige Preisunterschiede verantwortlich sein. Für die relativen Preisunterschiede zwischen den europäischen Mitgliedsstaaten bezüglich grenzüberschreitender Postdienstleistungen wird vor allem das Volumen grenzüberschreitender Sendungen ursächlich gemacht. Dadurch sind die Aufschläge für die grenzüberschreitende Sendungsbeförderung in kleinen und zumeist wirtschaftlich schwächeren

<sup>125</sup> Dass der Wettbewerb bei grenzüberschreitenden Postdienstleistungen weiterhin auf die bilaterale Relation von Einlieferungs- und Bestimmungsland begrenzt und damit keinen räumlichen Externalitäten wie z. B. der Wettbewerbssituation bei Anrainerstaaten ausgesetzt ist, ist ein Indiz für eine räumliche Fraktionierung der Postmärkte.

<sup>126</sup> Vgl. etwa ERGP, Report on core indicators for monitoring the European postal market, 15. Dezember 2016, S. 30 f. bzw. S. 34 ff.

<sup>127</sup> Marcus, S. J./Petropoulos, G., E-Commerce in Europe: Parcel Delivery Prices in a Digital Single Market, Bruegel Policy Contribution 9, 2016, S. 9. „Rund 80 % aller adressierten Postsendungen, die heute im Rahmen des Online-Handels verschickt werden, wiegen weniger als zwei Kilogramm und werden häufig auf dem gleichen Weg bearbeitet wie Briefsendungen“; EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste, COM(2016) 285 final vom 25. Mai 2016, Rn. 7. Aus diesem Grund und wegen der Bedeutung des Online-Handels für Paketdienstleister sowie der Tatsache, dass nationale Postgesellschaften, einschließlich die DPAG, grenzüberschreitende Brief- und Paketdienstleistungen als Bestandteil des Universaldienstes gleichermaßen erbringen, wird in diesem Abschnitt zwischen der grenzüberschreitenden Beförderung von Briefen und Paketen nicht eingehend differenziert. Stattdessen werden die Begriffe „Postdienstleistungen“ und „Postdienstleister“ verwendet.

<sup>128</sup> Borsenberger, C./Chever, L., The Drivers of Cross-Border Parcel Delivery Prices: An Econometric Study at the EU Level, Le Groupe La Poste, Juli 2016; Claes, A./Vergote, W., Econometric study on parcel list prices, study prepared for the European Commission, 2016; FTI Consulting, Intra-Community cross-border parcel delivery – A study for the European Commission, Ref. Ares(2015)5412659 - 27/11/2015, 2011.

Ländern Europas höher als in den wirtschaftlich stärkeren Ländern, in denen die sozioökonomischen Strukturen, wie z. B. das durchschnittliche Haushaltseinkommen und die Demographie, bessere Voraussetzungen für den grenzüberschreitenden Online-Handel und für Wettbewerb bieten.<sup>129</sup>

**52.** Die Aussagekraft der angeführten Studien ist begrenzt. So liegen allen bekannten Untersuchungen die von den Postdienstleistern veröffentlichten Listenpreise zugrunde. Diese Listenpreise gelten für Verbraucher und Unternehmen mit geringen Sendungsmengen. Preise und Rabatte, über welche die Postdienstleister mit Großversendern z. B. mit Online-Händlern bilateral verhandeln, werden vonseiten der Unternehmen nicht veröffentlicht und von den nationalen Regulierungsbehörden insbesondere wegen fehlender Auskunftsbefugnisse zum Zwecke einer Marktbeobachtung nicht erhoben.

**53.** In den letzten Jahren kam eine Vielzahl von repräsentativen Umfragen unter Online-Händlern<sup>130</sup> und Verbrauchern<sup>131</sup> zu dem Ergebnis, dass insbesondere die Preise für die grenzüberschreitende Beförderung von Paketen als Hemmnis für den grenzüberschreitenden Online-Handel angesehen werden. Während sich die Preistransparenz im Online-Handel in den letzten Jahren verbessert hat, besteht bei der Preistransparenz bei Paketdiensten aus Sicht der Europäischen Kommission Handlungsbedarf.<sup>132</sup> Aus Sicht der Postdienstleister hingegen verhindern hohe Markteintrittskosten wie z. B. der Aufbau von Reputation, die unterschiedlichen nationalen Rechts- und Regelungsrahmen sowie ein hoher logistischer Aufwand etwa bei Retoursendungen ein höheres Angebot an grenzüberschreitenden Paketdienstleistungen.<sup>133</sup> Zur Förderung des grenzüberschreitenden Online-Handels mit dem Zweck der Vollendung eines digitalen Binnenmarktes hat die Europäische Kommission unter anderem wegen der Unterschiede zwischen den Listenpreisen für inländische und grenzüberschreitende Postsendungen eine Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste geplant.<sup>134</sup>

**54.** Die meisten Postdienstleister wie z. B. die DPAG bieten ihren Privat- und Geschäftskunden einen einheitlichen Preis für die grenzüberschreitende Sendungsbeförderung an.<sup>135</sup> Eine derartige uniforme Preissetzung ist für die Postdienstleister und ihre Kunden insoweit vorteilhaft, als dass (hohe) Transaktionskosten vermieden werden.<sup>136</sup> Ein wesentlicher Bestandteil der Preise für die grenzüberschreitende Sendungsbeförderung stellt die sog. Endvergütung dar, welche die Postdienstleister an die nationalen Postgesellschaften für die Endzustellung der Sendung im Bestimmungsland zu entrichten haben. Denn für die Endzustellung von grenzüberschreitenden Brief- und Paketsendungen müssen die Postdienstleister gewöhnlich Teilleistungen der jeweils nationalen Postgesellschaften in Anspruch nehmen, sofern sie im Bestimmungsland der Sendung nicht selbst über eine postalische Infrastruktur verfügen.

<sup>129</sup> Vgl. etwa WIK-Consult, Grenzüberschreitende Pakete im europäischen Binnenmarkt. Ein Bericht aus dem Monitoring der Brief- und KEP-Märkte in Deutschland, Oktober 2015.

<sup>130</sup> EU-Kommission, Final report on the E-commerce Sector Inquiry, SWD(2017) 154 final, 10. Mai 2017; Companies engaged in online activities, Flash Eurobarometer 413, 2015.

<sup>131</sup> ANEC, Cross-Border Online Shopping Within the EU – Learning from Consumer Experiences, 2. Dezember 2015, S. 33 f.

<sup>132</sup> Ebenda, S. 4 ff. und Tz. 47 und Abschnitt 2.2.1 in diesem Gutachten.

<sup>133</sup> Accenture, Cross-Border Ecommerce – High Performance. Delivered., 2016, S. 5.

<sup>134</sup> Abschnitt 2.2.1 in diesem Gutachten.

<sup>135</sup> Bei einer uniformen Preissetzung ist für die Postdienstleister nicht die kürzeste Routendistanz zwischen Sender und Empfänger entscheidend, sondern die Auslastungsquoten aller Routen im In- und Ausland. Im Wesentlichen versuchen die Postdienstleister, die Auslastung ihrer Zustellnetze zu optimieren und damit die Durchschnittskosten zu minimieren. Dies kann dazu führen, dass die (grenzüberschreitenden) Postsendungen nicht über die kürzeste Route befördert werden. Die unmittelbare Distanz zwischen Sender und Empfänger spielt somit eine weitaus geringere Rolle als die beförderten Sendungsmengen im In- und Ausland, weshalb die Preise für die (grenzüberschreitende) Sendungsbeförderung gewöhnlich jeweils nicht kostenorientiert sind.

<sup>136</sup> Beispielsweise sparen Postdienstleister Kosten der Marktforschung für die Ermittlung von Preisen ein, während den Kunden ihre Entscheidungsfindung über die Wahl des Postdienstleisters bei einheitlichen Preisen erleichtert wird.

**55.** Die Endvergütung für Teilleistungen, d. h. für die Endzustellung der Sendung im Bestimmungsland, bestimmt sich in Europa vornehmlich nach bilateralen und multilateralen Vereinbarungen.<sup>137</sup> Im Wesentlichen wirken die nationalen Postgesellschaften in internationalen Organisationen wie der IPC und dem Weltpostverein exklusiv an den multilateralen Vereinbarungen über die Endvergütung für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen mit. Die Endvergütung soll all die Kosten des zustellenden Postdienstleisters abdecken, die ihm bei der Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen im Bestimmungsland entstehen. Neben der klassischen Beförderungsleistung umfasst das Leistungsspektrum an Teilleistungen alle logistischen und organisatorischen Dienstleistungen, die für die Beförderung der eingehenden grenzüberschreitenden Postsendung notwendig sind. Kosten, die dem Postdienstleister im Einlieferungsland bei der Konsolidierung der grenzüberschreitenden Postsendungen bis hin zur Einspeisung in das Netz des Postdienstleisters im Bestimmungsland entstehen, gehen nicht in die Endvergütung ein, sondern als weiterer Faktor in die Preise für grenzüberschreitende Postdienstleistungen. Hierbei spielt der Grad der Interoperabilität der Postnetze eine große Rolle. Soweit die Zustellnetze der Postdienstleister unterschiedlichen technischen und logistischen Prozessen unterliegen, entstehen dem Postdienstleister im Einlieferungsland bei der Sendungsüberführung an die nationale Postgesellschaft im Bestimmungsland zusätzliche Kosten. Die nationalen Postgesellschaften profitieren daher bislang von den exklusiven Vereinbarungen über technische und logistische Normen für die Sendungsbeförderung im Weltpostverein und in der IPC.

**56.** Die Preise für die grenzüberschreitende Sendungsbeförderung beeinflussen den Online-Handel aber nur mittelbar. Die für die Kaufentscheidung der Kunden im Online-Handel bedeutsamen Versandkosten werden von den Online-Händlern festgesetzt. Die Online-Händler bieten den Kunden ihre Produkte entweder in- oder exklusive der Versandkosten an.<sup>138</sup> Das von den Online-Händlern zu entrichtende Entgelt an die Postdienstleister hängt neben den von ihnen erbrachten Vorleistungen wie z. B. die Adressierung und Etikettierung, der Größe und dem Gewicht der Sendungen vor allem von der Sendungsmenge ab. Online-Händler mit hohen Sendungsmengen verfügen im Vergleich zu Online-Händlern mit deutlich geringeren Sendungsmengen über eine größere Verhandlungsmacht gegenüber den Paketdienstleistern. Dadurch sind sie in der Lage, höhere Rabatte auszuhandeln. Die Verhandlungsmacht eines Online-Händlers beruht zum einen auf dem höheren Ertragsvolumen und den geringeren Stückkosten, mit denen die Paketdienstleister nach Vertragsabschluss rechnen können. Zum anderen besitzen sie aufgrund ihrer Größe eine höhere Finanzkraft, mit der sie alternative Zustellwege nutzen können wie z. B. durch den Aufbau eigener Zustellwege und kundennaher Warenlager. Mitunter bestehen auch Informationsasymmetrien zwischen großen und kleinen Online-Händlern, die dazu führen, dass Letztere nicht über ausreichende Marktinformationen verfügen, um den für sie preisgünstigsten Anbieter auszuwählen. Demgegenüber beruht die Verhandlungsmacht der Paketdienstleister vor allem auf ihrer Marktstellung, dem Flächendeckungsgrad ihres Zustellnetzes und gegebenenfalls ihres exklusiven Zugangs zu Postnetzen ausländischer nationaler Postgesellschaften.

**57.** Die bilateralen Verhandlungen insbesondere zwischen nationalen Postgesellschaften bzw. Integratoren und Großversendern, die aufgrund ihrer Sendungsmenge über Markt- und Verhandlungsmacht verfügen, können zum Missbrauch anreizen. Denn beide Verhandlungspartner sehen sich innerhalb ihres Dienstleistungssektors Wettbewerb ausgesetzt. Während Online-Händler versuchen, die jeweils preisgünstigsten Konditionen mit den Postdienstleistern auszuhandeln, um einen Preisvorteil gegenüber anderen Online-Händlern zu erzielen, liegt es im Interesse der Postdienstleister, durch preisgünstige Konditionen Online-Händler mit hohen Sendungsmengen langfristig an sich zu binden und für eine hohe Auslastung des eigenen Postnetzes zu sorgen. Dabei haben die Online-Händler und Postdienstleister gleichermaßen Anreize zur Vereinbarung besonders niedriger Preiskonditionen, die

<sup>137</sup> Tz. 182 und ausführlicher Abschnitt 2.2.2.2 in diesem Gutachten.

<sup>138</sup> Aus Marketingzwecken und wegen des Wettbewerbsdrucks bieten Online-Händler ihren Kunden oftmals eine versandkostenfreie Zustellung an; IPC, Cross-Border E-Commerce Shopper Survey, 2016. Die Online-Händler preisen die Kosten für die Zustellung bzw. die an die Postdienstleister zu entrichtenden Preise für die Zustellung jedoch ein, wobei der Grad der Überwälzung der Zustellkosten auf die Verbraucher wiederum von deren Preissensibilität abhängt. Danach wählen sie aus, ob sie entweder höhere Produktpreise oder höhere Versandkosten ansetzen. Die Preissetzung der Online-Händler ist nur eingeschränkt von den Preisen der Sendungsbeförderung beeinflusst; Copenhagen Economics, Principles of e-commerce delivery prices, Studie im Auftrag von PostEurop, 9. Februar 2016, S. 6.

aufgrund einer fehlenden Regulierung missbräuchlich ausgestaltet sein und zu einer Verdrängung von Wettbewerbern aus den Märkten führen könnten. Die Verhandlungsmacht von Paketdienstleistern und Großversendern verändert sich jedoch gegenwärtig durch die sachliche Marktintegration von Online-Handel und Paketdiensten.<sup>139</sup> Während einige wenige große Online-Händler vermehrt eigene Lieferstrukturen versuchen aufzubauen, gründen und betreiben Postdienstleister zunehmend eigene digitale Plattformen.

**58.** Die Monopolkommission weist auf die Intransparenz bei den Preisen für grenzüberschreitende Postdienstleistungen hin. Die nationalen Regulierungsbehörden verfügen zum einen über keine Kenntnis bezüglich der Endvergütungen, welche die Universaldienstleister im Bestimmungsland für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen erhalten. Zum anderen haben sie keine Kenntnis über die Preise für die grenzüberschreitende Beförderung von Massensendungen, die zwischen den Postdienstleistern und deren Großkunden in bilateralen Verhandlungen vereinbart werden und für den grenzüberschreitenden (Online-)Handel maßgeblich sind. Für das Informationsdefizit der Regulierungsbehörden ursächlich sind vornehmlich fehlende Auskunftsbefugnisse gegenüber ausländischen Postdienstleistern und nicht im Postwesen tätige Unternehmen. Eine derartige Intransparenz schafft Anreize zum Missbrauch einer marktprägenden Stellung und kann zur Marktkonzentration beitragen. Die Monopolkommission hat hierzu Vorschläge in den Abschnitten 2.2.1 und 2.2.2.4 dieses Gutachtens ausgearbeitet.

### 1.3 Robotik könnte den Wettbewerb beeinflussen

**59.** In der Postlogistik spielt der Einsatz von Robotik<sup>140</sup> eine immer größere Rolle zur Erreichung eines höheren Automatisierungs- und Standardisierungsgrades.<sup>141</sup> So werden in den Distributionszentren von Paketdienstleistern und Online-Plattformen – vornehmlich noch in Pilotprojekten – Roboter<sup>142</sup>, aber auch Datenbrillen<sup>143</sup> und Drohnen<sup>144</sup> zum Zwecke der Lagerung, Kommissionierung und Verpackung von Waren eingesetzt. Im Briefbereich sind die Sortierzentren bereits heute überwiegend automatisiert. Intelligente technische Lösungen können hier unter anderem das Lesen von Anschriften und das Ermitteln von Adressen erleichtern. Künftig sollen sowohl in der Brief- wie auch in der Paketzustellung Roboter unterstützend zum Einsatz kommen.<sup>145</sup>

**60.** Die Automatisierung in der Postlogistik ist Ausdruck eines strukturellen Wandels. Einerseits werden vornehmlich monoton ablaufende Tätigkeiten, die bislang von Arbeitskräften durchgeführt worden sind, zunehmend von Maschinen übernommen. Die Prozesse sollen effizienter ablaufen und die Produktivität erhöht werden. Andererseits werden Tätigkeiten für Arbeitskräfte mit einem höherwertigen Qualifikationsprofil geschaffen. Dabei handelt es sich nicht nur um Tätigkeiten, welche die Steuerung der Maschinen umfassen, sondern vor allem neuartige

<sup>139</sup> Abschnitt 1.1.2.2 in diesem Gutachten.

<sup>140</sup> Das Europäische Parlament schlägt vor, Roboter grundlegend als intelligent, als autonom sowie als intelligent und autonom zu klassifizieren. Ein als intelligent und autonom klassifizierter Roboter solle beispielsweise über (1) Sensoren zum Zwecke des Informationsaustausches und der Informationsauswertung mit seiner Umgebung, über die Fähigkeit zum (2) Selbstlernen sowie zur (3) Anpassung seines Verhaltens an die Geschehnisse in seiner Umgebung und über einen (4) physischen Korpus verfügen; Europäisches Parlament, Directorate-General For International Policies, Policy Department C, Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Civil Law Rules in Robotics, Oktober 2016, S. 8 ff. Im Folgenden wird dieser Definition gefolgt.

<sup>141</sup> Vgl. etwa WIK-Consult/ITA-Consulting, Technology and change in postal services – impacts on consumers, Januar 2016.

<sup>142</sup> Vgl. etwa DPAG, Neuer Zustell-Roboter unterstützt Postboten beim Austragen ihrer Sendungen, Pressemitteilung vom 4. Oktober 2017; Baxter und Sawyer sind die neuen Helfer in DHL Warenlagern, Pressemitteilung vom 21. Juni 2016; Knop, C./Jansen, J., Der Herr der Amazon-Roboter, FAZ Online, 5. Mai 2017.

<sup>143</sup> Vgl. etwa DPAG, DHL Supply Chain etabliert Datenbrillen als neuen Standard in der Logistik, Pressemitteilung vom 2. August 2017; Lindner, R., Google Glass versucht Comeback, FAZ, 19. Juli 2017.

<sup>144</sup> Vgl. etwa DPAG/DTAG/DFS, Kooperation auf hohem Niveau, Pressemitteilung vom 15. November 2016.

<sup>145</sup> Vgl. etwa von Petersdorff, W., Die Pizza bringt der Roboter, FAZ Online, 9. März 2017; Nicolai, B., Paketboten bekommen einen elektrischen Begleiter, Welt Online, 8. November 2016; Schumacher, F., Roboterboten im Test: Achtung, Rollpost, Spiegel Online, 5. Oktober 2016.

Tätigkeiten, welche den Einsatz von Maschinen voraussetzt.<sup>146</sup> Mit einer zunehmenden Automatisierung sind – seit jeher – insbesondere Sorgen verbunden, dass der Verlust der Arbeitsplätze die Schaffung neuer Arbeitsplätze per Saldo deutlich übersteigt und dass infolge das Sozialversicherungssystem nicht weiter finanziert werden kann. Letzteres finanziert sich in Deutschland über Abgaben auf die Wertschöpfung von Arbeitskräften, d. h. auf die Lohnsumme der sozialversicherungspflichtig Beschäftigten. Die empirische Evidenz spricht bislang nicht – per Saldo – für eine unverhältnismäßig starke Verdrängung von Arbeitskräften durch Roboter in Deutschland.<sup>147</sup> Dies könnte sich allerdings in Zukunft ändern.

**61.** Um die gesellschaftliche Akzeptanz für den strukturellen Wandel und insbesondere den Einsatz von Robotern zu fördern, ist in den letzten Jahren vermehrt über eine Besteuerung der durch Roboter generierten Wertschöpfung auf internationaler und nationaler Ebene diskutiert worden.<sup>148</sup> So hatte der Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments in den letzten zwei Jahren über die Belastung der Wertschöpfung von Robotern mit Abgaben zur Finanzierung von Unterstützungs- und Umschulungsmaßnahmen von Arbeitslosen, deren Stellen im Zuge des strukturellen Wandels abgebaut werden, beraten.<sup>149</sup> Das Europäische Parlament hat Anfang 2017 in einer Abstimmung allerdings gegen die Prüfung einer Einführung einer solchen Abgabe votiert.<sup>150</sup> Auch der Ausschuss Digitale Agenda des Deutschen Bundestages hat sich im Juni 2016 in einer Anhörung mit einer Besteuerung von Robotern befasst.<sup>151</sup> Der Vorstandsvorsitzende der DPAG hat im Juli 2016 den Vorschlag geäußert, zukünftig nicht mehr die von Arbeitskräften erzeugten Waren und Dienstleistungen mit der Mehrwertsteuer zu belasten und stattdessen ausschließlich die von Robotern generierte Wertschöpfung zu besteuern.<sup>152</sup>

**62.** Die Robotik stellt eine Zukunftstechnologie mit großen Potenzialen zur Verbesserung der Qualität und zur Steigerung der Quantität von Postdienstleistungen dar. Mithilfe der Robotik können sich die Geschäftsmodelle der Postdienstleister grundlegend verändern und neue Märkte entstehen. So könnte z. B. die sachliche Marktintegration von Online-Handel und Paketdiensten durch den vermehrten Einsatz von Robotik vorangetrieben werden.<sup>153</sup> Dadurch könnte wiederum der Wettbewerb auf den Postmärkten stimuliert werden. Es ist darauf hinzuweisen, dass eine Besteuerung oder eine Belastung der Wertschöpfung von Robotik mit Sozialabgaben etwa zur Finanzierung der Sozialversicherungssysteme den Anreiz zum Einsatz von Robotik mindern und damit den Digitalisierungsprozess verlangsamten dürfte.

<sup>146</sup> Zum Potenzial von Robotik vgl. etwa McKinsey Global Institute, *A Future That Works: Automation, Employment, And Productivity*, Januar 2017.

<sup>147</sup> Dauth, W. u. a., *German robots – The impact of industrial robots on workers*, CEPR Discussion Paper 12306, 2017. Zum Risiko einer Automatisierung von Arbeitsplätzen in den OECD-Ländern vgl. Arntz, M./Gregory, T./Zierahn, U., *The Risk of Automation for Jobs in OECD Countries*, OECD Social, Employment and Migration Working Papers No. 189, OECD Publishing, Paris, Mai 2016. Anders in den USA vgl. etwa Frey, C. B./Osborne, M. A., *The Future of Employment: How susceptible are jobs to computerization?*, *Technological Forecasting and Social Change* 114, 2017, S. 254-280; Acemoglu, D./Restrepo, P., *Robots and jobs: Evidence from US labor markets*, NBER Working paper no. 23285, 2017.

<sup>148</sup> Auf internationaler Ebene vgl. etwa Delany, K. J., *The robot that takes your job should pay taxes, says Bill Gates*, *Quartz*, 17. Februar 2017. In der Vergangenheit erfolgte in Deutschland bereits ein gesellschaftlicher Diskurs über eine Besteuerung der Wertschöpfung von Maschinen unter den Begriffen „Maschinensteuer“, „Wertschöpfungsabgabe“ und „Automatisierungsdividende“; vgl. etwa Gundlach, J./Rudzio, K./Schieritz, M., *Ab zum Finanzamt, Kollege!*, *Die Zeit*, 21. Juli 2016; Rieger, F., *Roboter müssen unsere Rente sichern*, *FAZ Online*, 18. Mai 2012.

<sup>149</sup> European Parliament, *Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL))*, Motion for a European Parliament Resolution, A8-0005/2017, 27. Januar 2017, Rn. K.

<sup>150</sup> European Parliament, *Report with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics (2015/2103(INL))*, A8-0005/2017, 27. Januar 2017, Result of Final Vote in Committee Responsible (12.1.2017).

<sup>151</sup> Bundestag, <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2016/kw25-pa-digitale-agenda/427996>, Abruf am 1. Juli 2017.

<sup>152</sup> Appel, F. in: Gersemann, O./Nicolai, B., *„Wofür steht die Europäische Union eigentlich?“*, *Welt am Sonntag*, 10. Juli 2016: „Man könnte zum Beispiel bei Arbeit, die von Menschen geleistet wurde, auf die Mehrwertsteuer verzichten – und nur die Arbeit von Robotern besteuern“.

<sup>153</sup> Abschnitt 1.1.2.2 in diesem Gutachten.

## Kapitel 2

### Rechts- und Regulierungsrahmen

#### 2.1 National/Supranational

##### 2.1.1 Ex ante-Regulierung

###### 2.1.1.1 Rückführung der Ex ante-Regulierung ist nicht zu empfehlen

**63.** In jüngster Zeit und zuletzt auf dem Postmarktforum 2017 der Bundesnetzagentur ist eine Diskussion um eine Rückführung der Ex ante-Regulierung aufgekommen.<sup>154</sup> Anstatt die Entgelte für Briefdienstleistungen mit einer Mindesteinlieferungsmenge von weniger als 50 Stück ex ante zu regulieren, sollen sie zukünftig nur noch der Missbrauchsaufsicht unterliegen. Im Wesentlichen wird ein solcher Vorschlag zum einen mit einer Reduzierung des Ressourcenaufwands sowohl für die Bundesnetzagentur als auch für die DPAG begründet. Zum anderen soll der Entgeltspielraum für die DPAG erhöht werden, der wegen des engen Zusammenhangs zwischen den Entgelten für Brief- und Geschäftskundenbriefen sowie Preisschirmeffekten weniger effizienten Wettbewerbern zugutekäme und somit zu einer Stimulierung des Wettbewerbs auf den Briefmärkten insgesamt führen könnte.<sup>155</sup>

**64.** Die Monopolkommission spricht sich gegen eine Rückführung der Ex ante-Regulierung bei den gegenwärtigen Markt- und Wettbewerbsverhältnissen aus. Ihrer Auffassung nach würde eine Rückführung zentralen Zielen der Regulierung, namentlich der Wahrung der Interessen der Kunden gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 PostG, die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 PostG und der Sicherstellung der Erschwinglichkeit der Preise gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 PostG, entgegenstehen. Der Gesetzgeber ist zwar dazu verpflichtet, die Ex ante-Regulierung stets auf ihre Notwendigkeit hin zu überprüfen und sie aufzuheben, sobald die Regulierungsziele als erfüllt angesehen werden.<sup>156</sup> Die Monopolkommission sieht jedoch nicht alle Regulierungsziele, insbesondere § 2 Abs. 2 Nr. 2 PostG, als erfüllt an.

**65.** So weist sie zunächst daraufhin, dass mit der Einführung der Ex ante-Regulierung insbesondere die Förderung des Wettbewerbs auf dem damals weitgehend monopolisierten Postmarkt und der Schutz der Kunden vor Preishöhenmissbrauch bezweckt worden sind.<sup>157</sup> Im ex ante regulierten Markt für Briefdienstleistungen, in dem überwiegend Privatpersonen die Kunden darstellen, verfügt die DPAG aber bislang über eine Quasi-Monopolstellung mit einem Marktanteil von über 90 Prozent. Ein chancengleicher und funktionsfähiger Wettbewerb ist somit im ex ante regulierten Markt nicht sichergestellt, wie es § 2 Abs. 2 Nr. 2 PostG erfordert. Auch zukünftig sind wettbewerbsähnliche Zustände im ex ante regulierten Briefbereich nicht zu erwarten. Zwar wird eine Rückführung der Ex ante-Regulierung auch mit der Förderung des Wettbewerbs begründet, als dass weniger effiziente Wettbewerber im Markt verbleiben oder eintreten können. Dies erscheint vor allem mit Blick auf die geringen sowie zukünftig wegen der E-Substitution weiter sinkenden Mindesteinlieferungsmengen der Privatkunden und die im Vergleich zum Geschäftskundenbereich höheren (Fix-)Kosten der postalischen Infrastruktur (z. B. Betrieb von Briefkästen und Filialen) aber äußerst unwahrscheinlich.

**66.** Um Markteintritte anzureizen, müssten die Entgelte derart ansteigen, dass der Anstieg den Interessen der Kunden und einer Sicherstellung der Erschwinglichkeit der Preise und damit den §§ 2 Abs. 2 Nr. 1, 3 PostG voraussichtlich zuwiderläuft. Denn mit einer Aufhebung der Ex ante-Regulierung würde grundsätzlich der Anreiz für die DPAG steigen, von den tendenziell von einer geringen Preissensibilität gekennzeichneten Privatkunden hohe Preise

<sup>154</sup> BNetzA, Postmarktforum 2017 – 20 Jahre Postgesetz – Regulierung auf dem Prüfstand, Berlin, 27. April 2017. Ausführlich zu Ex ante-Regulierungsverfahren der Bundesnetzagentur vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 66 ff.

<sup>155</sup> Zum Zusammenhang der Entgelte für Privat- und Geschäftskundenbriefen und zum Preisschirmeffekt vgl. Tz. 11 f. in diesem Gutachten.

<sup>156</sup> Sedemund, in: Beck'scher PostG-Kommentar 2. Aufl., 2004, § 19 Rn. 4.

<sup>157</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Postgesetzes, BT-Drs. 13/7774 vom 30. Mai 1997, S. 18 und 24.

zu verlangen.<sup>158</sup> Diesbezüglich wäre auch nicht zu rechtfertigen, dass infolge von Preissteigerungen im „Privatkundenbereich“ – wegen des Zusammenhangs zwischen den Entgelten für Privat- und Geschäftskundenbriefe – gegebenenfalls auch das Preisniveau im „Geschäftskundenbereich“ ansteigen würde, wovon weniger effiziente Wettbewerber der DPAG profitieren und im Markt für Geschäftskundenbriefe verbleiben könnten. Der Wettbewerb im Privatkundenbereich wäre nämlich davon zumindest kurzfristig nicht beeinflusst. Derartige Entgeltsteigerungen müssten ohnehin mit dem regulatorischen Kostenmaßstab, der ebenfalls bei der Missbrauchsaufsicht Anwendung findet, vereinbar sein. Es ist aber fraglich, ob dies möglich ist. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur stellt der im Postgesetz definierte Kostenmaßstab auf die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens und nicht auf die von hinreichend effizienten Wettbewerbern ab. Deshalb bewertet die Bundesnetzagentur höhere Entgelte als gemäß diesem Kostenmaßstab als missbräuchlich überhöht.<sup>159</sup>

**67.** Um die im Zuge einer Aufhebung der Ex ante-Regulierung gestiegenen Anreize zum Preishöhenmissbrauch zu mindern, müsste die Missbrauchsaufsicht substantiell verbessert werden. Hierzu müssten die Befugnisse der Bundesnetzagentur ausgeweitet werden. Daraufhin müsste die Bundesnetzagentur ihre behördliche Missbrauchsaufsicht intensivieren. Letzteres wäre wiederum mit einem höheren Verwaltungsaufwand verbunden, weshalb es fraglich erscheint, inwieweit sich dieser Aufwand bei einer Rückführung der Ex ante-Regulierung reduzieren könnte.

**68.** Dass die Entgelte für Standardbriefe in Deutschland im internationalen Vergleich niedrig sind<sup>160</sup>, dass andere Güter und Dienstleistungen des täglichen Bedarfs in den letzten Jahren im Durchschnitt vergleichsweise stärker gestiegen sind und dass der Anteil der monatlichen Ausgaben eines repräsentativen Haushalts für Briefsendungen relativ gering ist, sind ebenfalls keine Gründe für eine Aufhebung der Ex ante-Regulierung.<sup>161</sup> Vielmehr spricht dies für die Beibehaltung der Ex ante-Regulierung.<sup>162</sup>

**69.** Die Monopolkommission weist ferner darauf hin, dass die Bundesnetzagentur mithilfe der Ex ante-Regulierung bisher Informationen über die Kostenstruktur der DPAG gewinnt, die sie bei Missbrauchsverfahren gegen die DPAG verwenden kann. Die Befugnisse der Bundesnetzagentur für die sektorspezifische Missbrauchsaufsicht sind allerdings stark beschränkt und behindern bereits jetzt eine effektive Regulierung der DPAG als marktbeherrschendes Unternehmen.<sup>163</sup> Eine Rückführung oder gar Aufhebung der Ex ante-Regulierung und die damit verbundene Beschränkung der Bundesnetzagentur in ihrer Möglichkeit der Informationsgewinnung würde eine effektive Regulierung zusätzlich und – zwar in erheblichem Maße – erschweren.

### 2.1.1.2 Genehmigungsverfahren sind unter Vorbehalten zu begrüßen

**70.** Im aktuellen Berichtszeitraum dieses Gutachtens hat die Bundesnetzagentur Entgelte ausschließlich anhand von sog. Einzelgenehmigungsverfahren ex ante reguliert.<sup>164</sup> Zuletzt hatte die Bundesnetzagentur Entgelte anhand

<sup>158</sup> Die DPAG konnte bereits zwischen 2011 und 2015 Rückgänge in den Sendungsvolumina durch Preissteigerungen kompensieren, was als starkes Indiz zumindest für eine preisunelastische Nachfrage gedeutet werden kann; United States Postal Service, Mail Profitability in International Posts, RARC Report, RARC-WP-17-008, Mai 2017, S. 9 f.

<sup>159</sup> Tz. 73 und 98 in diesem Gutachten. Zum Kostenmaßstab vgl. Tz. 115 ff. in diesem Gutachten.

<sup>160</sup> DPAG, Briefpreise in Europa – Aktueller Internationaler Vergleich, März 2017.

<sup>161</sup> Gerdes, J.: „Die Leute geben im Durchschnitt weniger als 2 Euro im Monat für Briefmarken aus. Da ist die Portohöhe für die Kunden nicht wirklich kritisch. Und mit 70 Cent liegen wir in Deutschland immer noch deutlich unter dem europäischen Durchschnitt.“; in: Astheimer, S./Bünder, H., Die Post will mehr Porto und weniger Regulierung, FAZ vom 20. November 2017.

<sup>162</sup> Dass die Porto für den Standardbrief zu Zeiten der Deutsche Bundespost stärker gestiegen sind als nach der Privatisierung der Deutsche Bundespost und der Liberalisierung der Briefmärkte vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 7.

<sup>163</sup> Zur Effektivierung der sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht vgl. Tz. 104 ff. und Tz. 106 in diesem Gutachten.

<sup>164</sup> Zur Systematik von Einzelgenehmigungsverfahren vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 67 ff. Neben den ab Tz. 71 in diesem Gutachten beschriebenen Briefdienstleistungen hat die Bundesnetzagentur die Entgelte für die Zusatzleistung „Prio“ genehmigt, welche die dokumentierte Annahme und in Teilen prioritäre Bearbeitung von Einzelbriefsendungen umfasst; BNetzA, Beschluss vom 2. Januar 2017, BK5-16/033.

des Price-Cap-Verfahrens im Dezember 2015 genehmigt. Diesem Verfahren ging die sog. Maßgrößenentscheidung voraus, welche die Bundesnetzagentur für den Zeitraum von Januar 2016 bis Dezember 2018 erlassen hat.<sup>165</sup>

### **E-Postbrief mit klassischer Zustellung**

**71.** Die Bundesnetzagentur hat im Dezember 2015 und Dezember 2016 Genehmigungen für die physische Zustellung von elektronischen Briefsendungen für einen Zeitraum von jeweils einem Jahr erlassen.<sup>166</sup> Die Deutsche Post E-Post Solutions GmbH, eine Tochtergesellschaft der DPAG, hatte Entgeltänderungen für die von ihr angebotene Postdienstleistung „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ beantragt.<sup>167</sup> Bei dieser Dienstleistung handelt es sich um eine Form der Hybridpost, bei welcher der Absender seine Mitteilung zunächst elektronisch an ein von der Deutschen Post E-Post Solutions GmbH betriebenes Online-Portal übermittelt. Anschließend wird die Mitteilung ausgedruckt und als klassischer Brief der Deutschen Post InHaus Services GmbH, einer weiteren Tochtergesellschaft der DPAG, zur Konsolidierung sowie Beförderung in ein Briefzentrum der DPAG übergeben. Die Sendungszustellung erfolgt schließlich durch die DPAG.<sup>168</sup> Die regulierten Entgelte betreffen nur den Teil der gesamten Beförderungsdienstleistung, der auf die physische Beförderung gerichtet ist. Sie umfassen damit nicht die insgesamt dem Kunden in Rechnung gestellten Entgelte für den Hybridpostdienst.

**72.** Im Rahmen beider Genehmigungsverfahren hat die Bundesnetzagentur Wettbewerber der Deutschen Post E-Post Solutions GmbH beigeladen. Diese haben vorgebracht, dass es für die Entgeltkalkulation nicht auf die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens selbst ankomme. Diesen Einwand haben sie mit Verweis auf das 2015 getroffene Urteil des Europäischen Gerichtshofes im Verfahren Post Danmark begründet, wonach die Kosten eines sog. hinreichend effizienten Wettbewerbers zugrunde zu legen seien.<sup>169</sup> Die Deutsche Post E-Post Solutions GmbH habe Kostenvorteile, welche die Wettbewerber nicht nachbilden könnten. Deshalb könne sie vergleichbare Dienstleistungen zu niedrigeren Preise anbieten und damit sowohl ebenso effiziente Wettbewerber verdrängen als auch deren Markteintritte verhindern. Die Kostenvorteile der Deutsche Post InHaus Services GmbH seien strukturell bedingt und entstünden ihr dadurch, dass sie ihre Konsolidierungsdienstleistung in der Nähe der Briefzentren der DPAG erbringt.<sup>170</sup> Die Bundesnetzagentur müsste daher die faktischen Kosten der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH um einen fiktiven Aufschlag erhöhen, um so etwaige Kostenvorteile zu kompensieren. Nur mit einem solchen Aufschlag könnte die Kostenstruktur von hinreichend effizienten Wettbewerbern der Deutschen Post E-Post Solutions GmbH, die nicht über ähnliche strukturelle Vorteile aus einem ehemaligen staatlichen Monopol verfügen, nachgebildet werden. Die Berücksichtigung der Kostenunterschiede würde erst die Voraussetzung für einen chancengleichen Wettbewerb schaffen und stünde zudem im Einklang mit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofes im Verfahren „Post Danmark II“.

<sup>165</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 72 ff.

<sup>166</sup> BNetzA, Beschluss vom 14. Dezember 2016, BK5-16/029 und Beschluss vom 18. Dezember 2015, BK5-15/032.

<sup>167</sup> Seit 2017 vertreibt die DPAG die Briefdienstleistung unter dem Namen „E-Post“.

<sup>168</sup> Für die Einlieferung in ein Briefzentrum erhält die Deutsche Post InHaus Services GmbH von der DPAG einen Teilleistungsrabatt, den sie an die Deutsche Post E-Post Solutions GmbH weiterreicht. Im Gegenzug vergütet die Deutsche Post E-Post Solutions GmbH die Deutsche Post InHaus Services GmbH für die teilleistungskonforme Aufbereitung und Einlieferung der Briefsendung.

<sup>169</sup> EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, C-23/14 – Post Danmark II, ECLI:EU:C:2015:651. Zum Verfahren „Post Danmark II“ vgl. Tz. 99 ff. in diesem Gutachten. Die Kosten eines hinreichend effizienten Wettbewerbers liegen prinzipiell über den Kosten eines ebenso effizienten Wettbewerbers des regulierten Unternehmens und damit über den Kosten des regulierten Unternehmens. Das folgt daraus, dass die Wettbewerber über keine vergleichbaren Kostenvorteile wie das regulierte Unternehmen verfügen, das von Skalener-, Lern-, Verbund- und Netzwerkeffekten profitieren kann. Die Bestimmung eines angemessenen Aufschlags auf die effizienten Kosten des regulierten Unternehmens gestaltet sich als schwierig; Meyer, M., Die Preis-Kosten-Schere im Europäischen Wettbewerbs- und im nationalen Postrecht, Baden-Baden 2015, S. 36 f. Hierzu auch de Ghellinck, E., The As-Efficient-Competitor Test: Necessary or Sufficient to Establish an Abuse of Dominant Position?, Journal of European Competition Law & Practice 7(8), 2016, S. 544–548. Zum Prinzip eines „ebenso effizienten Wettbewerbers“ vgl. Fn. 26 in diesem Gutachten. Zum Kostenmaßstab nach dem Postgesetz vgl. Abschnitt 2.1.4 in diesem Gutachten.

<sup>170</sup> Hierzu auch Koenig, C./Meyer, M., Genehmigungsfähigkeit der regulierten Elemente des Produktes „E-Postbrief“ trotz Preis-Kosten-Scheren?, N&R 2/16.

**73.** Die Bundesnetzagentur hat den von den beigeladenen Wettbewerbern vorgebrachten Einwand zurückgewiesen und die Entgelte anhand der vorgelegten Kosten der Deutschen Post E-Post Solutions GmbH genehmigt. Nach Auffassung der Bundesnetzagentur sind die Bedingungen auf dem Briefmarkt in Deutschland nicht mit denen im Verfahren „Post Danmark II“ vergleichbar. So handle es sich bei der regulierten Briefdienstleistung insbesondere um eine Konsolidierungsdienstleistung, die ausschließlich Investitionen in Sortieranlagen erfordere. Insoweit bestünden keine historisch bedingten strukturellen Nachteile für die Wettbewerber als Folge eines Monopols. In Deutschland bestehe auch kein Monopol, anders als zu Zeiten des Missbrauchs, der Gegenstand des Verfahrens des Europäischen Gerichtshofes war. Des Weiteren lasse sich aus dem Urteil im Verfahren „Post Danmark II“ nicht ableiten, dass der Kostenmaßstab zwangsläufig an einem hinreichend effizienten Wettbewerber ausgerichtet sein müsse. Das Postgesetz und die Post-Entgeltregulierungsverordnung gäben mit den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) vielmehr den Kostenmaßstab vor, der nach dem – insoweit abschließenden – deutschen Recht bei Beurteilung der Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens anzuwenden sei.<sup>171</sup> Das Bundesverwaltungsgericht habe zudem bereits in einem Verfahren gegen die Bundesnetzagentur entschieden, dass der in § 20 Abs. 1 PostG vorgegebene Kostenmaßstab zugleich den Inhalt des Aufschlagsverbots aus § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 PostG bestimme und insoweit – vorbehaltlich der Erweiterung durch § 20 Abs. 2 Satz 1 a. E. und Satz 2 PostG – eine bindende Entgeltobergrenze definiere.<sup>172</sup> Das OVG Nordrhein-Westfalen hat den Beschluss der Bundesnetzagentur vom Dezember 2015 letztinstanzlich bestätigt, gegen den Beschluss vom Dezember 2016 sind bereits Rechtsmittel (Beschwerden) eingelegt worden.<sup>173</sup>

**74.** Die Monopolkommission hält die Entgeltregulierung des E-Postbriefes mit klassischer Zustellung der Bundesnetzagentur auf Grundlage des KeL-Maßstabes für angemessen. Die KeL als relevanter Kostenmaßstab für die Entgeltregulierung eines marktbeherrschenden Unternehmens im Postwesen ergeben sich aus § 20 Abs. 1, 2 PostG i. V. m. § 3 PEntgV. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofes im Verfahren „Post Danmark II“ hätte nur dann einschlägig sein können, wenn die DPAG bei der in Rede stehenden Briefdienstleistung über strukturelle Vorteile aufgrund ihres ehemaligen gesetzlichen Monopols verfügt hätte. Der von den beigeladenen Wettbewerbern vorgebrachte Einwand zu den strukturellen Kostenvorteilen bezog sich auf die Konsolidierungsdienstleistungen. Die Bundesnetzagentur hat insofern auf die Möglichkeit der Nachbildung der Konsolidierungsdienstleistung hingewiesen.<sup>174</sup>

**75.** Ungeachtet dessen weist die Monopolkommission erneut auf das Missbrauchspotenzial beim Vertrieb der E-Post hin.<sup>175</sup> Die DPAG erbringt in diesem Rahmen zusätzliche Angebote an nicht postspezifischen Dienstleistungen. Außerdem bestehen technische Inkompatibilitäten zu De-Mail-Diensten. Deshalb könnte für die DPAG der Anreiz bestehen, die E-Post als One-Stop-Shop-Produkt zu konzipieren, um Geschäftskunden an sich zu binden (Lock-in-Effekt). Damit könnte die DPAG Ziele der Marktverdrängung und -verschließung verfolgen. Vor diesem Hintergrund sollten elektronische Sendungen mittels De-Mail-Dienste und E-Post sowie Hybridpost-Dienstleistungen durch die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt weiter intensiv beobachtet werden.<sup>176</sup>

### Zugang zu Komponenten der postalischen Infrastruktur

**76.** Als marktbeherrschendes Unternehmen auf den Briefmärkten ist die DPAG gemäß § 29 Abs. 1, 2 PostG verpflichtet, Wettbewerbern den Zugang zu den von ihr betriebenen Postfachanlagen und zu den von ihr gesammel-

<sup>171</sup> Dem gegenüber sieht beispielsweise Meyer die Anwendung des Konzeptes eines hinreichend effizienten Wettbewerbers durch § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG auf Grundlage von systematisch-teleologischen Argumenten gedeckt; Meyer, M., Die Preis-Kosten-Schere im Europäischen Wettbewerbs- und im nationalen Postrecht, Baden-Baden 2015, S. 166 ff.

<sup>172</sup> BVerwG, Urteil vom 5. August 2015, 6 C 8.14, NVwZ 2016, 535; Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 108.

<sup>173</sup> OVG NRW, Beschluss vom 19. Dezember 2016, 13 B 936/16; Meyer, M., Anmerkung zum Beschluss des OVG Münster vom 19. Dezember 2016, 13 B 936/16, N&R 2/17, S. 126 ff.

<sup>174</sup> Tz. 103 in diesem Gutachten.

<sup>175</sup> Tz. 21 in diesem Gutachten und Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 29.

<sup>176</sup> Tz. 24 in diesem Gutachten.

ten Informationen über Adressänderungen von Kunden zu gewähren. Die entsprechenden Verträge hat die DPAG der Bundesnetzagentur gemäß § 30 Abs. 1 PostG innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss vorzulegen. Die Entgelte sind von der Bundesnetzagentur zu genehmigen.

**77.** Der Zugang zu Postfachanlagen und Informationen über Adressänderungen scheint für die Mehrheit der Wettbewerber der DPAG nicht von Bedeutung zu sein. So sollen ca. 60 Prozent bzw. ca. 75 Prozent der Briefdienstleister in Deutschland die Möglichkeit einer Zustellung an Postfachadressen bzw. die Verwendung von Adressinformationen für die Zustellung vormals falsch adressierter Briefsendungen nicht nutzen.<sup>177</sup> Hinsichtlich der Nichtnutzung von Postfachanlagen wird dies vor allem mit der Übernahme der Endzustellung durch Dritte begründet. Für Adressänderungsinformationen stünden andere Informationsquellen zur Verfügung. Ungeachtet dessen wird zumindest der Zugang zu Postfachanlagen vonseiten der Bundesnetzagentur weiterhin als „ein wichtiges Element zur Wettbewerbsförderung auf dem Postmarkt“ angesehen.<sup>178</sup> Zuletzt hat die Bundesnetzagentur im Oktober 2016 über die Entgelte für den Zugang zu Postfachanlagen und zu Adressänderungen entschieden.<sup>179</sup>

**78.** Die Monopolkommission empfiehlt der Bundesregierung, an ihren Gesetzentwurf zur Novellierung des Postgesetzes von 2013 anzuknüpfen und die Befugnisse der Bundesnetzagentur gemäß § 29 PostG um die Vorgabe wesentlicher Verfahrensregeln für den Zugang zu Postfachanlagen und die Bereitstellung von Informationen über Adressänderungen zu erweitern.<sup>180</sup> Hierdurch würde der Anreiz zum Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung mittels eines nicht-preisbezogenen Behinderungsmisbrauchs z. B. durch eine verzögerte Umleitung der Sendungen von Wettbewerbern erheblich minimiert. Darüber hinaus sollten analog zu den Teilleistungsentgelten entsprechende Änderungen bei § 30 Abs. 1 PostG vorgenommen werden.<sup>181</sup> Danach sind derartige Verträge der Bundesnetzagentur nicht mehr innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss, sondern spätestens zwei Monate vor der geplanten Einführung vorzulegen.

### Förmliche Zustellungen

**79.** Alle Lizenznehmer in Deutschland sind gemäß § 33 Abs. 1 PostG mit der Pflicht und hoheitlichen Aufgabe beauftragt, amtliche Schriftstücke nach den Vorschriften der Prozessordnungen und der Verwaltungszustellungsgesetze mittels Postzustellungsurkunde (PZU) zuzustellen. Die Bundesnetzagentur hat sie von dieser Pflicht auf Antrag gemäß § 33 Abs. 2 PostG zu befreien, sofern der Antragsteller nicht marktbeherrschend ist, es sei denn, dass eine flächendeckende Beförderung nicht mehr gewährleistet werden könnte. Bei nicht befreiten Lizenznehmern bedürfen die Entgelte für die Beförderung von PZU gemäß § 34 Satz 4 PostG grundsätzlich einer Genehmigung durch die Bundesnetzagentur.

**80.** Die Zahl der Anträge auf Genehmigung von Entgelten ist mit 15 in 2016 unverändert geblieben.<sup>182</sup> Einen positiven Einfluss auf den zukünftigen Bieterwettbewerb in öffentlichen Vergabeverfahren von Beförderungsdienstleistungen von PZU könnte die geänderte Preispolitik der DPAG haben. Während die DPAG, deren Postdienstleistungen exklusiv von der Mehrwertsteuer befreit sind, soweit sie Post-Universaldienstleistungen darstellen, für die Beförderung von PZU bis September 2016 keine Mehrwertsteuer berechnet hat, hat sie ihre Praxis seitdem geändert. Sie orientiert sich nunmehr an der Rechtsprechung, die bereits 2013 die Beförderung von PZU nicht als Uni-

<sup>177</sup> BNetzA, Studie – Zugang zu Adressänderungsinformationen, April 2016 und Studie – Zugang zu Postfachanlagen, März 2016.

<sup>178</sup> BNetzA, Jahresbericht 2016 – Märkte im digitalen Wandel, 8. Mai 2017, S. 108.

<sup>179</sup> BNetzA, Beschluss vom 28. Oktober 2016, BK5-16/023 und Beschluss vom 21. Oktober 2016, BK5-16/019.

<sup>180</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Postgesetzes, BR-Drs. 627/13 vom 9. August 2013, S. 3. Nach Art. 11a EU-Postdienstrichtlinie gewährleisten die Mitgliedstaaten transparente, nicht diskriminierende Zugangsbedingungen für Komponenten der postalischen Infrastruktur oder der Dienste, die im Rahmen des Universaldienstes bereitgestellt werden.

<sup>181</sup> Tz. 87 in diesem Gutachten.

<sup>182</sup> BNetzA, Jahresbericht 2016 – Märkte im digitalen Wandel, 8. Mai 2017, S. 108.

versaldienstleistung anerkannt hat.<sup>183</sup> Somit hat die umsatzsteuerliche Sonderbehandlung der DPAG keinen unmittelbaren Einfluss mehr auf den Bieterwettbewerb um Aufträge für die Beförderung von PZU.

**81.** Die Monopolkommission empfiehlt der Bundesregierung, an ihren Gesetzentwurf zur Novellierung des Postgesetzes von 2013 anzuknüpfen und die Genehmigungspflicht auf Entgelte von marktbeherrschenden Unternehmen zu beschränken.<sup>184</sup> Mit Blick auf die weiterhin gesicherte flächendeckende Beförderung von PZU, einer zukünftig vermehrten E-Substitution bei einer konsequenten Umsetzung des E-Government-Gesetzes sowie einer ab 2018 verpflichtenden Durchführung elektronischer Vergabeverfahren könnte hierdurch der Prüfaufwand der Regulierungsbehörde und der Verwaltungsaufwand für die vornehmlich kleinen und mittelständischen Briefdienstleister gemindert werden.

### 2.1.1.3 Großkunden- und Teilleistungsentgelte sind wirksam zu beaufsichtigen

**82.** Wettbewerb auf den Briefmärkten findet nur um Geschäftskunden statt. Da weiterhin ausschließlich die DPAG über ein flächendeckendes Briefnetz verfügt, müssen ihre Wettbewerber für die Endzustellung der Briefsendungen Beförderungsdienstleistungen der DPAG in Anspruch nehmen. Die DPAG ist gemäß § 28 Abs. 1 PostG verpflichtet, derartige Beförderungsdienstleistungen für Wettbewerber, sog. Teilleistungen, auf dem Markt für lizenzpflichtige Briefdienstleistungen anzubieten, sofern ihr dies wirtschaftlich zuzumuten ist.<sup>185</sup> Als Entlohnung erhält die DPAG von den Wettbewerbern sog. Teilleistungsentgelte. Teilleistungen werden auch direkt von Geschäftskunden nachgefragt. Das gilt insbesondere für Großversender wie z. B. Behörden, Finanzinstitute und Telekommunikationsunternehmen, die Verträge mit der DPAG über die bundesweite Endzustellung abschließen.

**83.** Großkunden und Wettbewerber können die von ihnen zu entrichtenden Entgelte durch von der DPAG gewährte Rabatte abhängig von der kumulierten Einlieferungsmenge und dem Umfang der von ihnen erbrachten Vorleistungen reduzieren.<sup>186</sup> Als solche Vorleistungen übernehmen sie z. B. die Kuvertierung und Frankierung von Briefsendungen oder die Abholung, Sortierung und Einlieferung der Briefsendungen in die Briefzentren der DPAG. Während für Wettbewerber grundsätzlich die in den AGB der DPAG vorgegebenen Teilleistungsentgelte sowie Rabatte gelten, handeln die Großkunden die Entgelte mit der DPAG gewöhnlich individuell aus. Eine Obergrenze für die Großkunden- und Teilleistungsentgelte stellen die in den Price-Cap-Verfahren ex ante regulierten Entgelte für Einzelbriefsendungen dar.<sup>187</sup>

**84.** Die von der DPAG in ihren AGB aufgeführten Teilleistungsentgelte sind der Bundesnetzagentur innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss zur Kenntnisnahme vorzulegen. Für individuell ausgestaltete Verträge mit Großkunden existiert keine vergleichbare Regelung. Informationen über den Inhalt derlei Verträge erlangt die Bundesnetzagentur erst, wenn sie auf konkrete Hinweise von Dritten von Amts wegen ein Vorermittlungsverfahren gegen die DPAG einleitet. Dieses ist auf die Prüfung eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung der DPAG in Form eines Verstoßes gegen die Maßstäbe des § 20 Abs. 2 PostG gerichtet.

**85.** Aufgrund der vertikal integrierten Unternehmensstruktur der DPAG und der fehlenden Transparenz bei den Verträgen mit Großkunden hat die DPAG erhebliche Anreize zum Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung. Als starkes Indiz für ein solches Verhalten können die in den letzten Jahren gegen die DPAG fast ausnahmslos im Segment Geschäftskundenbriefe geführten Missbrauchsverfahren gewertet werden. Der Fehlanreiz konzentriert

<sup>183</sup> FG Köln, Urteil vom 9. Dezember 2015, 2 K 1715/11; FG Baden-Württemberg, Urteil vom 17. August 2015, 9 K 403/12 und OLG Düsseldorf, Urteil vom 6. Februar 2013, VII-Verg 32/12; Tz. 141 in diesem Gutachten.

<sup>184</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Postgesetzes, BR-Drs. 627/13 vom 9. August 2013, S. 3.

<sup>185</sup> Teilleistungen stellen die um relevante Eigenleistungen des Nachfragers verminderten Teile der vom marktbeherrschenden Unternehmen ansonsten als Ganzes erbrachten Beförderungsdienstleistung dar.

<sup>186</sup> Die DPAG bietet ausschließlich Rabatte an, die mengen- und zugleich funktionsbezogen sind. Ferner vergibt sie Rabatte bislang ausschließlich in Höhe der kumulierten Einlieferungsmenge und nicht in Höhe der individuellen Einlieferungsmenge; Tz. 7 in diesem Gutachten.

<sup>187</sup> Tz. 11 in diesem Gutachten.

sich bei Teilleistungen auf einen preisbezogenen und weniger auf einen nicht-preisbezogenen Behinderungsmissbrauch, da ein Großteil der Wettbewerber den Zugang zu Teilleistungen gegenwärtig als „reibungslös“ bewertet.<sup>188</sup>

**86.** Zur Verminderung der genannten Anreize und zur Verbesserung der Missbrauchsaufsicht empfiehlt die Monopolkommission, auch individuell ausgehandelte Verträge der DPAG und Großkunden i. S. d. § 19 Satz 2 PostG einer Vorlagepflicht analog zu § 38 Abs. 1 Satz 3 TKG zu unterwerfen. Danach sind Verträge der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsabschluss zur Kenntnis zu geben. Die Bundesnetzagentur hat sich ebenfalls für eine generelle Vorlagepflicht von Verträgen der ex post zu kontrollierenden Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens ausgesprochen.<sup>189</sup>

**87.** Des Weiteren empfiehlt sie, die Vorlagepflicht für Verträge über Teilleistungsentgelte gemäß § 30 Abs. 1 PostG an § 38 Abs. 1 Satz 1 TKG anzupassen. Danach hätte die DPAG als marktbeherrschendes Unternehmen der Bundesnetzagentur die Verträge nicht mehr innerhalb eines Monats nach Vertragsabschluss, sondern spätestens zwei Monate vor der geplanten Einführung vorzulegen. Zudem sollte die Bundesnetzagentur die Einführung der Teilleistungsentgelte entsprechend § 38 Abs. 1 Satz 2 TKG innerhalb von zwei Wochen nach Vorlage bis zum Abschluss ihrer Prüfung untersagen können, wenn es überwiegend wahrscheinlich ist, dass die geplanten Teilleistungsentgelte nicht mit §§ 19, 20 PostG vereinbar sind.

### 2.1.2 Missbrauchsaufsicht ist zu stärken

**88.** In den letzten Jahren haben die Bundesnetzagentur im Rahmen der sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht und das Bundeskartellamt im Rahmen der kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht Verfahren gegen die DPAG geführt. Diese betrafen vor allem den Markt für Geschäftskundenbriefe und den Vorwurf missbräuchlicher Entgelte bzw. Rabatte.<sup>190</sup> Soweit die Behörden ein missbräuchliches Verhalten festgestellt haben, ist die DPAG zwar zur Abstellung des beanstandeten Missbrauchs verpflichtet, aber nicht mit Geldbußen belegt worden.<sup>191</sup>

**89.** Die Intransparenz der Märkte für Geschäftskundenbriefe und KEP-Dienste erschwert die behördliche Prüfung. Damit es überhaupt zur Prüfung im Rahmen eines Missbrauchsverfahrens kommt, bedarf es gewöhnlich substantiierte Hinweise bzw. Beschwerden von Dritten.<sup>192</sup> Mitunter eröffnet die Bundesnetzagentur zwar auch Verfahren von Amts wegen.<sup>193</sup> Wegen begrenzter behördlicher Ressourcen und teilweise fehlenden Auskunftsbefugnissen kann sie jedoch nicht allen Hinweisen eingehend nachgehen.

**90.** Im Berichtszeitraum dieses Sondergutachtens hat die Bundesnetzagentur in den Missbrauchsverfahren „Impulspost“ und „Rückvergütungen aus Teilleistungsvertrag“ gegen die DPAG entschieden. In aktuellen Entgeltgenehmigungsverfahren der Bundesnetzagentur war das Urteil des Europäischen Gerichtshofes im Missbrauchsverfahren „Post Danmark II“ von Bedeutung. Gegenwärtig führt die Bundesnetzagentur gegen die DPAG und ihre Tochterunternehmen Vorermittlungen zu unterschiedlichen Missbrauchsverdachtsfällen. So untersucht sie etwa die Mengenrabatte der DPAG, die sie Geschäftskunden für Investitionen in neue Software und Technik gewährt.<sup>194</sup> Des Weiteren prüft sie, ob das Angebot der DPAG von Werbekooperationen mit ausgesuchten Werbepartnern

<sup>188</sup> BNetzA, Studie – Zugang zu Teilleistungen, Mai 2017, S. 11.

<sup>189</sup> BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2012/2013 – Bericht gemäß § 47 Absatz 1 Postgesetz, a. a. O., S. 52.

<sup>190</sup> Eine parallele Anwendung postrechtlicher Normen ist nicht unumstritten; Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Fn. 323 und 324 m. w. N. Zu den institutionellen Vorgaben der sektorspezifischen und kartellrechtlichen Missbrauchsaufsicht vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 144 ff. sowie Tz. 158. Zu den Missbrauchsverfahren der Bundesnetzagentur und des Bundeskartellamtes der letzten Jahre vgl. ebenda, Tz. 149 ff. und Tz. 160 f.; Sondergutachten 67, a. a. O., Tz. 157 ff.; Sondergutachten 62, a. a. O., Tz. 68 ff.

<sup>191</sup> Abschnitt 2.1.3 in diesem Gutachten.

<sup>192</sup> Tz. 144 in diesem Gutachten.

<sup>193</sup> Die DPAG hat die Bundesnetzagentur über die Konditionen der Briefdienstleistung „Impulspost“ informiert, woraufhin die Bundesnetzagentur nach Prüfung des Sachverhalts ein Verfahren eingeleitet hat.

<sup>194</sup> N. N., Portorabatt für Großkunden: Ermittlungen gegen die Deutsche Post, FAZ.net, 5. November 2017.

eine missbräuchliche Wettbewerbsbeeinträchtigung darstellt.<sup>195</sup> Ein Verfahren der Bundesnetzagentur wegen des Verdachts des Verstoßes gegen das Diskriminierungsgebot beim Angebot von Briefdienstleistungen für Geschäftskunden ist weiterhin rechtshängig.<sup>196</sup> Parallel hat das Bundeskartellamt gegen die DPAG ein Verfahren wegen des Verdachts auf missbräuchlich hohe Rabatte und Exklusivverträge mit Verlagen und Versendern von adressierten Zeitungen sowie Zeitschriften eingeleitet.<sup>197</sup>

### **Rückvergütungen aus Teilleistungsvertrag**

**91.** Im Verfahren „Rückvergütungen aus Teilleistungsvertrag“ hat die Bundesnetzagentur im August 2017 einen Missbrauch der DPAG festgestellt.<sup>198</sup> Die Bundesnetzagentur hat die DPAG aufgefordert, den beanstandeten Missbrauch, d. h. die Einbehaltung der zahlenden Vergütungen, bis zum 30. August 2017 abzustellen.

**92.** Der Missbrauch betrifft die Vergütung von Teilleistungen der DPAG, die Postcon für die bundesweite Zustellung von Briefen in Anspruch nimmt. Postcon sammelt unter Zuhilfenahme weiterer Unternehmen, sog. Kollektoren, Briefsendungen bei den Geschäftskunden ein und liefert die konsolidierten Briefsendungen in ein Briefzentrum der DPAG ein. Die Versender treten dabei in Vorleistung, indem sie die Briefe zum Vollentgelt freimachen, d. h. zum Standardporto, obwohl sie grundsätzlich nur das wesentlich niedrigere Teilleistungsentgelt schulden. Die DPAG zahlt Postcon den durch die Versender gezahlten Betrag abzüglich der Teilleistungsentgelte zurück, sog. Teilleistungsrabatt. Postcon erstattet wiederum den Versendern den Teilleistungsrabatt abzüglich der eigenen Vergütung und der Vergütung der Kollektoren. In der Praxis sollen einige Kollektoren unter Verwendung der Konsolidiererkennziffer von Postcon und in deren Namen und auf deren Rechnung die Einlieferung von Sendungen in die Briefzentren der DPAG fingiert haben. Die DPAG hat zunächst wie gewohnt die Teilleistungsrabatte an Postcon überwiesen. Bei Aufdeckung der Täuschung hat die DPAG die Zahlung für den Monat April 2017 eingestellt und gegenüber Postcon Gegenforderungen aus den in der Vergangenheit rechtsgrundlos erhaltenen Zahlungen erhoben.

**93.** Daraufhin hat die Bundesnetzagentur im Juni 2017 ein Verfahren wegen des Verdachts einer missbräuchlichen Behinderung nach § 32 PostG eröffnet.<sup>199</sup> Die Bundesnetzagentur kommt zu dem Schluss, dass die DPAG Postcon als Wettbewerber der DPAG durch die Zurückbehaltung bzw. Aufrechnung behindert hat. Denn Postcon habe mangels Liquidität entweder seinen vertraglichen Verpflichtungen gegenüber den Geschäftskunden nicht nachkommen können oder alternative Finanzierungsquellen, d. h. die Aufnahme von Fremd- und/oder Eigenkapital, nutzen müssen. Sofern Postcon die Rückvergütung an seine Vertragspartner erst verzögert oder überhaupt nicht entrichten könne, könnten Geschäftskunden von Postcon zu Wettbewerbern wechseln. Zudem könnte der Konsolidierungswettbewerb insgesamt gefährdet werden, sofern Konsolidierer den Einbehalts der Rückvergütung durch die DPAG zum Anlass nehmen, das Konsolidierungsgeschäft aufzugeben und zukünftig nur noch Leistungen der DPAG in Anspruch zu nehmen. Die Aufrechnungserklärung der DPAG sei wegen Fehlens einer konstitutiven materiellen Wirksamkeitsanforderung nicht hinreichend bestimmt gewesen und habe somit den vertraglich geregelten Zahlungsanspruch von Postcon nicht zum Erlöschen bringen können. Des Weiteren habe sich die DPAG durch den Einbehalt von Umsatzsteuerüberzahlungsbeträgen missbräuchlich verhalten. Auch hier zahlen die Versender zunächst generell den vollen Umsatzsteuersatz, der Privatkunden bei Einlieferung von Einzelsendungen berechnet wird.

<sup>195</sup> Die gegenwärtige Prüfung der Bundesnetzagentur geht auf einen Antrag von Postcon zur Anordnung eines Teilleistungszugangs für Werbekooperationen zurück; BNetzA, Beschluss vom 15. Februar 2016, BK5-15/043.

<sup>196</sup> VG Köln, 22 K 3396/12; BNetzA, Beschluss vom 26. März 2012, BK5a-11/024.

<sup>197</sup> Handelsblatt, Kartellamt ermittelt gegen Deutsche Post, 17. Februar 2017. Bereits in der Vergangenheit hatte es Beschwerden beim Bundeskartellamt im Bereich der Pressedistribution gegeben, die jedoch aus Prioritätsgründen nicht zu einer Verfahrenseröffnung geführt hatten; Monopolkommission, Sondergutachten 67, a. a. O., Tz. 166. Die feststellende Entscheidung des Bundeskartellamtes gegen die DPAG im Verfahren B9-128/12 ist vom OLG Düsseldorf bestätigt worden; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. April 2016, VI-Kart 9/15 (V).

<sup>198</sup> BNetzA, BK5-17-025, Beschluss vom 15. August 2017.

<sup>199</sup> Gegenstand gegenwärtiger staatsanwaltschaftlicher Ermittlungen sind zum einen die von den Kollektoren eingelieferten Sendungsmengen und zum anderen die Vorgehensweise der Mitarbeiter der DPAG.

## Impulspost

**94.** Im Verfahren „Impulspost“ hat die Bundesnetzagentur im Juni 2016 entschieden, dass die Entgelte der DPAG für adressierte Werbebriefe trotz Online-Werbung und E-Mail-Marketing weiterhin der postgesetzlichen Kontrolle unterliegen und dass ausschließlich der im Postgesetz definierte Kostenmaßstab KeL für die Missbrauchsaufsicht im Postwesen zulässig ist.<sup>200</sup> Ferner hat die Bundesnetzagentur festgestellt, dass die DPAG das Briefprodukt „Impulspost“ kostenunterdeckend i. S. d. KeL und diskriminierend gegenüber ihren Geschäftskunden angeboten hat. Sie hat deswegen der DPAG aufgegeben, die Entgelte und Bedingungen des Produkts „Impulspost“ anzupassen. Die DPAG ist der Aufforderung der Bundesnetzagentur zunächst nicht nachgekommen und hat das Briefprodukt „Impulspost“ unverändert vertrieben, da sie der Auffassung war, dass mit dem Beschluss zwar keine weiteren Kunden mehr angeworben werden, aber bereits akquirierte Kunden die noch nicht verbrauchten Sendungskontingente zu den unveränderten Konditionen nutzen können.

**95.** Daraufhin hat die Bundesnetzagentur im Juli 2016 „erstmalig eine Entscheidung auf der zweiten Stufe der Eskalationsleiter“ erlassen.<sup>201</sup> Sie hat der DPAG die weitere Beförderung von Sendungen auf Grundlage der beanstandeten Konditionen des Briefprodukts „Impulspost“ untersagt und die Entgelte für unwirksam erklärt.<sup>202</sup> Ferner hat sie eine Auskunftsanordnung erlassen und ein Zwangsgeld in Höhe von EUR 250.000 angedroht, da sich die DPAG bis dahin geweigert hatte, die am Briefprodukt „Impulspost“ partizipierenden Geschäftskunden zu benennen. Die von der DPAG eingereichten Klagen gegen die Anpassungs- und Untersagungsverfügung der Bundesnetzagentur sind gerichtlich zurückgewiesen worden.<sup>203</sup>

**96.** Die DPAG hatte die Briefdienstleistung „Impulspost“ Anfang 2016 als adressierte Werbebriefe für Geschäftskunden zum Zwecke der Neukundenwerbung eingeführt und einem halbjährigen Markttest unterzogen. Mit diesem Produkt hatte die DPAG ihr Portfolio für den Bereich Dialog-Marketing erweitert. Sie bietet ihren Geschäftskunden bereits mit der Briefdienstleistung „Dialogpost“ die Möglichkeit zur Versendung adressierter Werbebriefe zum Zwecke der Bestandskundenwerbung an. Der maßgebliche Unterschied zwischen den Briefdienstleistungen „Impulspost“ und „Dialogpost“ besteht in dem intendierten Verwendungszweck, zwischen Bestands- und Neukunden zu unterscheiden. Die DPAG hatte die Preise für „Impulspost“ gegenüber denen für „Dialogpost“ um weniger als die Hälfte der Preise für vergleichbare Sendungsformate angesetzt.

**97.** Die Bundesnetzagentur hat den Markt für die physische Beförderung adressierter Werbebriefe, entgegen der Auffassung der DPAG, von den Märkten für zielgerichtete digitale Werbung abgegrenzt. Die DPAG hat die Auffassung vertreten, dass der sachlich relevante Markt für die Briefdienstleistung „Impulspost“ eben nicht der Markt für lizenzpflichtige Standardbriefdienstleistungen sei, sondern der Markt für E-Mail-Marketing und Online-Werbung. Die Bundesnetzagentur hat sich dagegen bei der Marktabgrenzung und in Rücksprache mit dem Bundeskartellamt auf die Entscheidungspraxis nationaler Gerichte, der Europäischen Kommission und des Bundeskartellamtes berufen, nach der kein einheitlicher Werbemarkt existiere sowie physische Werbung von Online-Werbung zu trennen sei.<sup>204</sup> Als Begründung hat sie unter anderem die von den Werbeformen unterschiedlich ausgehenden haptischen Effekte und die unterschiedlichen Möglichkeiten der (Kunden-)Interaktionen im Zuge der Werbemaßnahmen angeführt.

**98.** Der für die Briefdienstleistung „Impulspost“ relevante sachliche Markt sei hingegen der Markt für lizenzpflichtige Standardbriefdienstleistungen, auf dem die DPAG über eine marktbeherrschende Stellung verfüge und einer

<sup>200</sup> BNetzA, Beschluss vom 28. Juni 2016, BK5-16/012.

<sup>201</sup> BNetzA, Jahresbericht 2016 – Märkte im digitalen Wandel, a. a. O., S. 106 f.

<sup>202</sup> BNetzA, Beschluss vom 26. Juli 2016, BK5-16/012.

<sup>203</sup> Für eine Kommentierung des Beschlusses der Bundesnetzagentur vgl. etwa Koenig, C., Anmerkung zum Beschluss der Bundesnetzagentur vom 28. Juni 2016 – Az. BK5-16/012, N&R 1/17, 60-63.

<sup>204</sup> EU-Kommission, Entscheidung vom 11. März 2008, M.4731 – Google/DoubleClick und Entscheidung vom 13. Oktober 1999, M.1439 – Telia/Telenor; BKartA, Entscheidung vom 11. Juni 2015, B6-22/15; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. April 2002; VI-Kart 1/01 (V).

Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur unterliege. Mit Verweis auf die nationale Rechtsprechung hat die Bundesnetzagentur klargestellt, dass ausschließlich der im Postgesetz definierte Kostenmaßstab für die Missbrauchsaufsicht relevant und eine Verwendung anderer Kostenmaßstäbe unzulässig ist.<sup>205</sup> Die DPAG hatte als Kalkulationsgrundlage für die Preise inkrementelle Kosten<sup>206</sup> und nicht die vergleichsweise höheren KeL zugrunde gelegt und sich dabei auf die Rechtsprechung zum europäischen Kartellrecht<sup>207</sup> und auf die Regulierung im Telekommunikationssektor<sup>208</sup> berufen. Durch die Anrechnung von inkrementellen Kosten hatte die DPAG implizit Abschläge auf die KeL vorgenommen.<sup>209</sup> Die Abschläge waren aus Sicht der Bundesnetzagentur derart hoch, dass sie den Wettbewerb beeinträchtigen konnten. Etwaige Effizienzvorteile zur Rechtfertigung der wettbewerbsbeeinträchtigenden Abschläge hat die DPAG nicht vorgetragen. Auch Gründe zur Rechtfertigung der unterschiedlichen Behandlung der Geschäftskunde von „Impulspost“ und „Dialogpost“ hat die DPAG nicht vorgebracht.

## Post Danmark II

**99.** Im Oktober 2015 hat der Europäische Gerichtshof im Verfahren „Post Danmark II“ den Beurteilungsmaßstab missbräuchlichen Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens bei der Verwendung eines Rabattsystems konkretisiert.<sup>210</sup> Er hat klargestellt, dass die Anwendung des Kriteriums des „ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers“ prinzipiell keine notwendige Voraussetzung ist, um den missbräuchlichen Charakter eines Rabattsystems im Hinblick auf Art. 102 AEUV festzustellen.<sup>211</sup> Dieses Kriterium ist nur ein Instrument unter anderen.<sup>212</sup> In einem Markt wie dem im Ausgangsverfahren, indem das marktbeherrschende Unternehmen sowohl über einen

<sup>205</sup> BVerwG, Urteil vom 5. August 2015, 6 C 8.14, NVwZ 2016, 535; Urteil vom 29. Mai 2013, 6 C 10. 11, BVerwGE 146, 325; Urteil vom 2. April 2008, 6 C 15.07, BVerwGE 131, 41; Urteil vom 28. März 2006, 6 C 13.05, NVwZ-RR 2006, 580; Urteil vom 10. Oktober 2002, 6 C 8.01, BVerwGE 117, 93.

<sup>206</sup> Inkrementalkosten sind die Kosten, welche durch die Bereitstellung eines Inkrements, d. h. – je nach Definition – einer oder mehrerer zusätzlicher Postdienstleistungen, entstehen. Die DPAG hatte zunächst die Inkrementalkosten berechnet, die innerhalb eines Zeitraums von drei bis fünf Jahren wegfallen, wenn das Briefprodukt „Impulspost“ eingestellt würde. Darauf basierend hatte sie die langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten ermittelt, die alle variablen Kosten und anteilig zurechenbaren sowie reduzierbaren Fixkosten umfassen. Ausführlicher zum Kostenmaßstab im Postsektor vgl. Abschnitt 2.1.4 in diesem Gutachten.

<sup>207</sup> EuGH, Urteil vom 27. März 2012, C-209/10 – Post Danmark, GRUR int 2012, 922, ECLI:EU:C:2012:172. Zum Verfahren „Post Danmark I“ vgl. etwa Monopolkommission, Sondergutachten 67, a. a. O., Tz. 82 ff.

<sup>208</sup> Etwa BVerwG, Urteil vom 5. August 2015, 6 C 8.14, NVwZ 2016, 535; Urteil vom 29. Mai 2013, 6 C 10. 11, BVerwGE 146, 325. Seit der Novellierung des TKG 2004 gelten im Rahmen der Entgeltgenehmigung mit dem KeL-Maßstab und in der Ex post-Kontrolle mit dem LRAIC-Maßstab unterschiedliche Prüfungsmaßstäbe. Hierzu Monopolkommission, Zur Reform des Telekommunikationsgesetzes, Sondergutachten 40, Baden-Baden 2004, Tz. 75 ff.

<sup>209</sup> Fn. 211 in diesem Gutachten.

<sup>210</sup> EuGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, C-23/14 – Post Danmark II, ECLI:EU:C:2015:651.

<sup>211</sup> Beim Kriterium des „ebenso effizienten Wettbewerbers“ ist zu prüfen, ob die Preispolitik eines Marktbeherrschers geeignet ist, einen ebenso effizienten Wettbewerber vom Markt zu verdrängen. Dies ist zu vermuten, wenn ein beherrschendes Unternehmen den Preis unterhalb seiner durchschnittlichen variablen Kosten bzw. durchschnittlichen Inkrementalkosten für die entsprechende Leistung festlegt. Liegt der Preis oberhalb der durchschnittlichen variablen Kosten, aber unterhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten, ist zu prüfen, ob diese Preissetzung zu einer tatsächlichen oder wahrscheinlichen Verdrängung dieses Wettbewerbers führt; EuGH, Urteil vom 27. März 2012, C-209/10 – Post Danmark, GRUR int 2012, 922, ECLI:EU:C:2012:172. Liegt dagegen der Preis auf Höhe oder oberhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten, wird gewöhnlich ein missbräuchliches Verhalten ausgeschlossen, obgleich in Netzmärkten mit erheblichen Skaleneffekten auch Preise oberhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten eine Verdrängungswirkung entfalten können; EuGH, Urteil vom 16. März 2000, C-395/96 P u. a. – Compagnie maritime belge transports SA, ECLI:EU:C:2000:132, Rn. 117. Das Kriterium des „ebenso effizienten Wettbewerbers“ wird vom EuGH speziell auf Niedrigpreispraktiken bei selektiven Preisen und Kampfpreisen sowie Margenbeschneidungen angewandt. Ausführlicher vgl. etwa Rummel, P., Rechtssicherheit bei der Anwendung des equally efficient competitor-Tests, Würzburg 2015.

<sup>212</sup> Sowohl der Europäische Gerichtshof wie auch die Europäische Kommission wenden den Equally efficient competitor-Test prioritär im Rahmen der Analyse missbräuchlichen Verhaltens einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 102 AEUV an; EuGH, Urteil vom 14. November 1996, C-333/94 P – Tetra Pak, Slg. 1996 I-5951, ECLI:EU:C:1996:436; EuGH, Urteil vom 2. April 2009, C-202/07 P – France Télécom, Slg. 2009, I-2369, ECLI:EU:C:2009:214; EU-Kommission, Entscheidung vom 21. Mai 2003 – Deutsche Telekom, ABl. L 263/9 vom 14. Oktober 2003; Entscheidung vom 4. Juli 2007 – Wanadoo Espana/Telefónica, COMP/38.784; 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 45/7 vom 24. Februar 2009.

sehr großen Marktanteil als auch über strukturelle Vorteile aufgrund eines gesetzlichen Monopols verfügt, ist die Anwendung des Kriteriums des „ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers“ möglicherweise nicht sachgerecht, da die Struktur des Marktes den Eintritt eines ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers praktisch unmöglich macht.

**100.** Art. 102 AEUV ist nach dem Europäischen Gerichtshof dahin auszulegen, dass die wettbewerbsschädigende Wirkung eines von einem Unternehmen in beherrschender Stellung angewandten Rabattsystems schon dann nach Art. 102 AEUV relevant ist, wenn sie wahrscheinlich ist. Es muss nicht nachgewiesen werden, dass sie auch schwerwiegend oder bedeutend ist. Die wettbewerbsschädigende Wirkung darf aber nicht rein hypothetischer Natur sein. Bei der Beurteilung, ob ein von einem Marktbeherrscher angewandtes Rabattsystem geeignet ist, auf dem relevanten Markt eine relevante Verdrängungswirkung zu entfalten, sind daher sämtliche Umstände der marktbeherrschenden Stellung einschließlich der Wettbewerbsbedingungen zu prüfen. Darüber hinaus hat der Europäische Gerichtshof angemerkt, dass ein weniger leistungsfähiger Wettbewerber auf einem Markt wie dem im Ausgangsverfahren zur Erhöhung des Wettbewerbsdrucks beitragen und damit Druck auf das Verhalten des Marktbeherrschers ausüben könnte.<sup>213</sup>

**101.** Als Besonderheit der konkreten Marktverhältnisse ist freilich zu beachten, dass Post Danmark das zu beanstandende Rabattsystem 2003 eingeführt hatte, als alle Briefe mit einem Gewicht von bis zu 100 g noch unter einem gesetzlichen Monopol für Briefsendungen fielen. Post Danmark verfügte auch über ein gesetzliches Monopol für Briefsendungen einschließlich Massenbriefsendungen mit einem Gewicht von bis zu 50 g. Zwischen 2007 und 2010 gab es für Post Danmark nur einen einzigen ernsthaften Wettbewerber auf dem Markt für Massenbriefe, der sich durch hohe Zugangsschranken und Skaleneffekte auszeichnete. Post Danmark hatte einen Marktanteil von 95 Prozent und insbesondere aufgrund des gesetzlichen Monopols erhebliche strukturelle Vorteile gegenüber Wettbewerbern, zumal über 70 Prozent aller Massenbriefsendungen in Dänemark unter dieses Monopol fielen.

**102.** Die nationalen Regulierungsbehörden der EU-Mitgliedsstaaten bewerten das Urteil des Europäischen Gerichtshofes im Verfahren „Post Danmark II“ insoweit als positiv, als dass dadurch eine höhere Planungssicherheit für die Bewertung von Niedrigpreisstrategien marktbeherrschender Unternehmen in Missbrauchsverfahren geschaffen worden sei.<sup>214</sup> Gerade in Zeiten sinkender Sendungsmengen aufgrund elektronischer Substitution von klassischen Briefsendungen sei die Wahrscheinlichkeit für Niedrigpreisstrategien vonseiten der Unternehmen weiterhin hoch und daher eine Konkretisierung des Beurteilungsmaßstabes bezüglich des Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung durch Verwendung von Rabattsystemen hilfreich.

**103.** Inwieweit sich das Urteil des Europäischen Gerichtshofes im Verfahren „Post Danmark II“ auf die Entscheidungspraxis im Postwesen auswirken wird, bleibt im Übrigen abzuwarten. Es ist offen, inwieweit die gegenwärtigen Wettbewerbsbedingungen auf den deutschen Briefmärkten mit denen im besagten Verfahren vergleichbar sind. Denn die DPAG ist anders als Post Danmark abgesehen von einer Minderheitsbeteiligung nicht weiter in Staatsbesitz, unterliegt bereits seit Jahren keiner Universaldienstleistungsverpflichtung und verfügt über kein gesetzliches Monopol mehr. Zudem liegt der Marktanteil der DPAG bei Geschäftskundenbriefen nach Eigenangaben mit ca. 60 Prozent zurzeit deutlich unter dem Marktanteil von Post Danmark. Inwiefern die DPAG weiterhin über bestehende strukturelle Vorteile aufgrund des ehemaligen gesetzlichen Monopols verfügt, ist sachverhaltsspezifisch zu prüfen. Allerdings gibt es Anzeichen für eine institutionell bedingte Privilegierung der DPAG, beispielsweise durch die Berücksichtigung neutraler Aufwendungen im legislativ vorgegebenen Kostenmaßstab und in der Anteilseignerschaft des Bundes an der DPAG.<sup>215</sup>

**104.** Die Monopolkommission hat wiederholt auf die dringende Notwendigkeit einer Verbesserung der Missbrauchsaufsicht hingewiesen.<sup>216</sup> Der ineffektive Regulierungsrahmen und der Umstand, dass die Bundesnetzagen-

<sup>213</sup> Tz. 99 ff. und Fn. 169 in diesem Gutachten.

<sup>214</sup> ERGP, Report on the development of end-to-end competition and access regulation across the EU Member States in the light of recent jurisprudence concerning discount regimes in the postal sector, 2016, S. 50.

<sup>215</sup> Zu den neutralen Aufwendungen vgl. 115 ff. und zur Anteilseignerschaft des Bundes vgl. Tz. 2.1.7 in diesem Gutachten.

<sup>216</sup> Tz. 13 in diesem Gutachten und zuletzt Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 153 ff. m. w. N.

tur ihn nicht ausschöpft, setzen Fehlanreize für die DPAG als marktbeherrschendes Unternehmen, ihre marktbeherrschende Stellung auf den Briefmärkten durch missbräuchliches Verhalten auszubauen. Wie das Verfahren „Impulspost“ verdeutlicht, versucht die DPAG, den sich ihr bietenden Handlungsspielraum auszunutzen, um Geschäftskunden an sich zu binden und sich damit Wettbewerbsvorteile zu verschaffen. Durch den Aufbau nachhaltiger Kundenbeziehungen mittels missbräuchlich niedriger Konditionen kann die DPAG prinzipiell Wettbewerber vom Markt verdrängen. Mit Konsequenzen außer einer Untersagung des missbräuchlichen Verhaltens musste die DPAG bislang nicht rechnen.

**105.** Die Monopolkommission empfiehlt zur Verbesserung der Missbrauchsaufsicht der Bundesnetzagentur,

- Dritten im Postgesetz entsprechend § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG ein Antragsrecht einzuräumen, das auf die Eröffnung eines Missbrauchsverfahrens gerichtet ist. Eröffnungsvoraussetzung wären substantiierte Verdachtsmomente zu einem missbräuchlichen Verhalten. Dadurch wären Dritte nicht mehr von einer Verfahrenseinleitung von Amts wegen abhängig. Die Bundesnetzagentur wäre zur Einleitung eines Verfahrens verpflichtet. Langwierige Entscheidungsprozesse über eine Verfahrenseinleitung könnten somit verkürzt werden. Auch die Bundesnetzagentur spricht sich für ein solches Antragsrecht aus<sup>217</sup>;
- mit Blick auf die besondere Problematik von Preis-Kosten-Scheren auf den netzgebundenen Briefmärkten, in das Postgesetz einen Preis-Kosten-Scheren-Test entsprechend § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG sowie eines Entgelt-Konsistenzgebotes entsprechend § 27 Abs. 2 TKG aufzunehmen. Ergänzend zu der empfohlenen Einführung einer Vorlagepflicht von individuell ausgehandelten Verträgen zwischen der DPAG und ihren Großkunden könnten eine im Postgesetz legaldefinierte Preis-Kosten-Schere sowie ein Konsistenzgebot der Entgelte flankierend wirken und die Missbrauchsaufsicht der Bundesnetzagentur effektivieren;
- die Auskunftsbefugnisse der Bundesnetzagentur mit dem Ziel einer Verbesserung der Missbrauchsaufsicht gegenüber Großversendern von Briefen und Paketen sowie gegenüber nicht im Postwesen tätigen Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen auszuweiten.<sup>218</sup> Das „Impulspost“-Verfahren hat einmal mehr verdeutlicht, wie notwendig umfassende Auskunftsbefugnisse für die Bundesnetzagentur sind, damit diese ihrem gesetzlichen Auftrag in Zeiten des digitalen Wandels nachkommen kann. Darüber hinaus hat das Verfahren gezeigt, wie zunehmend komplex die zu prüfenden Sachverhalte in Zeiten des digitalen Wandels werden;
- die Frist für die nachträgliche Überprüfung genehmigter Entgelte von zwei Monaten beispielsweise auf drei Monate zu verlängern und § 24 Abs. 2 PostG entsprechend anzupassen. Die bisher vorgegebene Verfahrensfrist von zwei Monaten lässt mitunter keine der wirtschaftlichen Tragweite der Entscheidung angemessene Prüftiefe zulasten sowohl der Antragssteller wie auch der Antragsgegner zu;
- der Bundesnetzagentur, den ihr gesetzlich eingeräumten Ermessensspielraum zukünftig in Gänze zu nutzen. Zur zeitnahen Unterbindung etwaigen missbräuchlichen Verhaltens der DPAG sollte die Bundesnetzagentur dieser Vorgaben über die Ausgestaltung der internen Rechnungslegung gemäß § 10 Abs. 2 Satz 3 PostG machen, um relevante Kostendaten bei der DPAG jederzeit selbst erheben zu können. Auf dieser Grundlage könnte die Bundesnetzagentur auch die Angemessenheit einer verursachungsgerechten Verrechnung von Gemeinkosten überprüfen, die durch die Verbundzustellung von Briefen und Paketen erschwert wird. Die so gewonnenen Unternehmensinformationen einschließlich relevanter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse könnte die Bundesnetzagentur außerdem mit dem Bundeskartellamt gemäß § 50c Abs. 1 GWB, unabhängig von der jeweils gewählten Verfahrensart, austauschen, soweit dies zur Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben erforderlich ist, und in ihren Verfahren verwerten.

<sup>217</sup> BNetzA, Tätigkeitsbericht Post 2012/2013 – Bericht gemäß § 47 Absatz 1 Postgesetz, a. a. O., S. 52.

<sup>218</sup> Tz. 150 in diesem Gutachten.

## 2.1.3 Öffentliche und private Rechtsdurchsetzung

### 2.1.3.1 Bußgelder haben keine sanktionierende und abschreckende Wirkung

**106.** Die Effektivität der Missbrauchsaufsicht der Bundesnetzagentur im Postwesen hängt davon ab, inwieweit auf Grundlage des Postgesetzes der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung festgestellt werden kann.<sup>219</sup> Mit der Ausgestaltung des Sanktionsrahmens kann dabei der Anreiz eines marktbeherrschenden Unternehmens für missbräuchliches Verhalten grundsätzlich gemindert werden. Bußgelder spielen im Rahmen der postrechtlichen Regulierung bislang keine Rolle. Seit dem Inkrafttreten des Postgesetzes und der Liberalisierung der Briefmärkte sind im Zuge der Missbrauchsverfahren gegen die DPAG als marktbeherrschendes Unternehmen keine Bußgelder verhängt worden.

**107.** Der Sanktionsrahmen ist in § 49 PostG formuliert.<sup>220</sup> Danach kann die Bundesnetzagentur Verstöße eines marktbeherrschenden Unternehmens gegen das Postgesetz und gegen ihre Anordnungen gemäß 49 Abs. 1 PostG mit einem Bußgeld als Ordnungswidrigkeiten ahnden. Die Tatbestände, die eine solche Ahndung nach sich ziehen können, sind gleichwohl begrenzt. Nicht erfasst sind beispielsweise Verstöße gegen die Maßstäbe für genehmigungsbedürftige Entgelte in § 20 Abs. 2 PostG. Zwar kann die Bundesnetzagentur in einem Missbrauchsverfahren wegen eines Verstoßes gegen die Maßstäbe des § 20 Abs. 2 PostG das betroffene Unternehmen gemäß §§ 24 Abs. 3 Satz 1, 25 Abs. 2 Satz 1 PostG auffordern, die erforderlichen Anpassungen vorzunehmen. Sie kann bei einer Zuwiderhandlung das beanstandete Verhalten gemäß §§ 24 Abs. 4, 25 Abs. 3 PostG untersagen und damit verbunden ein Bußgeld gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 3 PostG erheben oder Zwangsmittel gemäß §§ 6, 9, 14 Verwaltungsvollstreckungsgesetz festsetzen. Sie kann jedoch ein missbräuchliches Verhalten nicht als solches mit einem Bußgeld ahnden, denn § 20 Abs. 2 ist i. V. m. § 49 Abs. 1 PostG nicht bußgeldbewehrt. Die DPAG kann sich nach der bestehenden Rechtslage somit durch missbräuchliches Verhalten – wenn auch nur temporär – einen Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen Wettbewerbern verschaffen, in der sicheren Erwartung, nicht mit einem Bußgeld sanktioniert zu werden. Demgegenüber kann die Bundesnetzagentur im Energiesektor missbräuchliches Verhalten eines Netzbetreibers gemäß § 30 Abs. 1 Satz 1 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) i. V. m. § 95 Abs. 1 Nr. 4 EnWG mit einem Bußgeld ahnden.<sup>221</sup> Ferner kann das Bundeskartellamt gemäß § 81 Abs. 1 Nr. 2 GWB missbräuchliches Verhalten mit einem Bußgeld sanktionieren.

**108.** Des Weiteren sieht das Postgesetz nicht vor, dass unzureichende Auskünfte mit einem Bußgeld nach § 49 Abs. 1 PostG belegt werden können. Dies betrifft nicht richtige, nicht vollständige, nicht rechtzeitig übermittelte oder gänzlich fehlende Auskünfte der im Postwesen tätigen Unternehmen, die die Bundesnetzagentur auf Grundlage ihrer Auskunfts- und Prüfungsrechte nach § 45 PostG einholt. Dagegen kann das Bundeskartellamt gemäß § 59 Abs. 1, 2 i. V. m. § 81 Abs. 2 Nr. 6 GWB unzureichende Auskünfte ihr gegenüber mit einem Bußgeld ahnden.

**109.** Aber nicht nur die relevanten Bußgeldtatbestände sind begrenzt, sondern auch die Bußgeldhöhe gemäß § 49 Abs. 2 PostG. So liegen die möglichen Höchstbußen bei EUR 10.000, EUR 50.000 und EUR 500.000.<sup>222</sup> Dagegen kann das vom Bundeskartellamt gemäß § 81 Abs. 4 GWB deutlich höherer Bußgelder verhängen, nämlich bis zu 10 Prozent des weltweiten Jahresumsatzes des vorausgegangenen Geschäftsjahres des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung.<sup>223</sup> Zudem können Ordnungswidrigkeiten von natürlichen Personen mit einer Geldbuße

<sup>219</sup> Zur Missbrauchsaufsicht der Bundesnetzagentur vgl. Tz. 88 ff. in diesem Gutachten.

<sup>220</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 163 ff.

<sup>221</sup> Missbräuchliches Verhalten im Telekommunikationssektor ist nach §§ 28, 42 TKG i. V. m. § 149 Abs. 1 TKG nicht bußgeldbewehrt. Stattdessen sehen §§ 37 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2; 38 Abs. 4 TKG für die Bundesnetzagentur Anordnungs- und Verfügungsbefugnisse vor.

<sup>222</sup> Die Bußgeldhöhe kann bei fahrlässigem Handeln gemäß § 17 Abs. 4 OWiG überschritten werden.

<sup>223</sup> Zur aktuellen Bußgeldpraxis des Bundeskartellamtes vgl. Monopolkommission, Wettbewerb 2016, XXI. Hauptgutachten, Baden-Baden 2016, Kapitel IV.

bis zu EUR 1 Mio. geahndet werden. Das maximal zu bemessene Bußgeld nach § 49 Abs. 2 PostG ist zu gering, um die von dem Gesetzgeber mit der Norm intendierte Abschreckungswirkung zu entfalten.<sup>224</sup>

**110.** Die Monopolkommission empfiehlt, die in § 49 Abs. 1 PostG normierten Tatbestände durch eine allgemeine Formulierung ähnlich wie in § 81 GWB, wonach die Bundesnetzagentur wegen eines Verstoßes gegen die Vorschriften des Postgesetzes Bußgelder verhängen kann, zu ersetzen. Ferner empfiehlt sie der Bundesregierung, die Vorgaben im Postgesetz zur Bußgeldhöhe an die Vorgaben im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und in Art. 23 VO 1/2003 anzupassen.<sup>225</sup>

### 2.1.3.2 Schadenersatzpflicht besteht faktisch nicht

**111.** Geschädigte eines missbräuchlichen Verhaltens können erst aufgrund der Missbrauchsfeststellungen der Bundesnetzagentur Schadenersatzansprüche gegenüber dem hierfür verantwortlichen marktbeherrschenden Unternehmen geltend machen.<sup>226</sup> Seit dem Inkrafttreten des Postgesetzes und der Liberalisierung der Briefmärkte sind im Zuge der Missbrauchsverfahren gegen die DPAG als marktbeherrschendes Unternehmen jedoch keine Schadenersatzansprüche geltend gemacht worden.

**112.** Neben der allgemeinen Anspruchsgrundlage für Schadenersatz, § 823 Abs. 2 BGB, sieht das Postgesetz mit § 38 PostG eine eigene Anspruchsgrundlage vor.<sup>227</sup> Danach sind zum Schadenersatz prinzipiell diejenigen verpflichtet, die gegen das Postgesetz, eine auf Grundlage dieses Gesetzes erlassene Rechtsverordnung, eine mit einer Lizenz verbundene Auflage oder eine sonstige Anordnung der Bundesnetzagentur verstoßen haben, sofern die betreffende Rechtsvorschrift, die Auflage oder die Anordnung den Schutz eines Dritten bezweckt. Ersatzberechtigte sind diejenigen, deren Schutz die verletzte Rechtsvorschrift bezweckt. Sie tragen die Beweislast für den aus einer Rechtsverletzung entstandenen Schaden und den Tatsachen, aus denen sich die drittschützende Wirkung der verletzten Rechtsvorschrift ergibt.<sup>228</sup> Die Berechnung der Höhe des Schadenersatzes bestimmt sich nach §§ 249 ff. BGB.<sup>229</sup> Die Verjährungsfrist beträgt analog zu § 31 Abs. 2 Nr. 1 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) drei Jahre.

**113.** Ein wesentliches Problem von § 38 PostG liegt in der Bedingung der Verletzung einer Norm mit drittschützendem Charakter. Denn ein drittschützender Charakter wird den meisten Rechtsvorschriften im Postgesetz abgesprochen. Stattdessen sollen sie ausgehend von den in den §§ 1, 2 PostG formulierten Zwecken und Zielen des Regulierungsrahmens nur einen objektivrechtlichen Charakter besitzen.<sup>230</sup> § 38 PostG unterscheidet sich damit gegenwärtig in dessen Ausgestaltung etwa von den Anspruchsgrundlagen des Telekommunikationsgesetzes (§ 44 TKG) und des Kartellrechts (§ 33a GWB). Während § 38 PostG einst an § 40 TKG 1996 und § 33 GWB a. F. angelehnt war und der Passus zur Verletzung einer Schutznorm infolge der Novellierungen des Telekommunikationsge-

<sup>224</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Postgesetzes, BT-Drs. 13/7774 vom 30. Mai 1997, S. 32 f.

<sup>225</sup> Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln vom 4. Januar 2003, ABl. L 1, S. 1.

<sup>226</sup> Darüber hinaus können Geschädigte von missbräuchlichem Verhalten des marktbeherrschenden Unternehmens Schadenersatzansprüche stellen, soweit das Bundeskartellamt oder gegebenenfalls die Europäische Kommission im Rahmen der allgemeinen Missbrauchsaufsicht ein missbräuchliches Verhalten festgestellt hat.

<sup>227</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 166 ff.

<sup>228</sup> Den Ersatzberechtigten steht grundsätzlich eine Möglichkeit der Akteneinsicht nach § 1 Informationsfreiheitsgesetz (IFG) und, soweit die Bundesnetzagentur ein Verfahren eröffnet hat, nach § 29 Verwaltungsverfahrensgesetz, in Bußgeldverfahren nach § 46 OWiG i. V. m. § 406e Strafprozessordnung sowie in Verträge i. S. v. §§ 28, 29 PostG nach § 30 Abs. 2 PostG zu. Nach § 3 Nr. 1d IFG besteht der Anspruch auf Informationszugang jedoch nicht, wenn das Bekanntwerden der Information nachteilige Auswirkungen auf Kontroll- oder Aufsichtsaufgaben der Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden haben kann.

<sup>229</sup> Ein Einwand der Schadensüberwälzung des Ersatzverpflichteten, sog. Passing-on-Defence, ist nicht im PostG vorgesehen. Eine Passing-on-Defence schützt Ersatzverpflichtete vor mehrfacher Inanspruchnahme in den Fällen, indem unmittelbar geschädigte Marktteilnehmer einen Anspruch auf Schadenersatz erheben, obgleich sie den Schaden bereits an Dritte überwälzt haben.

<sup>230</sup> Lemberg, in: Groebel/Katzschmann/Koenig/Lemberg, Postrecht 1. Aufl., 2014, § 32 Rn. 924 ff. und Stern, in: Beck'scher PostG-Kommentar, § 38 Rn. 9 ff.

setzes 2004 und des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen 2005 jeweils gestrichen wurde, ist der Passus zur Verletzung einer Schutznorm im 3. Halbsatz von § 38 PostG bis heute enthalten.

**114.** Die Monopolkommission empfiehlt, den 3. Teilsatz<sup>231</sup> des § 38 PostG ersatzlos zu streichen, womit es für eine Schadenersatzpflicht nicht mehr auf den drittschützenden Charakter der verletzten Norm im Postgesetz ankäme. Damit würde § 38 PostG zugleich an § 44 TKG sowie § 33a GWB angepasst werden. Darüber hinaus sollten die gesetzgebenden Körperschaften den Zugang zu Beweismitteln für Ersatzberechtigte erleichtern. Ihnen sollten Beweismittel auf Antrag beim zuständigen Gericht offengelegt werden müssen. § 38 PostG müsste diesbezüglich ergänzt werden. Mit den genannten Änderungen des § 38 PostG würde die Bundesregierung außerdem i. S. d. Richtlinie 2014/104/EU handeln.<sup>232</sup>

#### 2.1.4 Kostenmaßstab ist effizienter zu gestalten

**115.** Die Frage nach der Anwendung des angemessenen Kostenmaßstabes kam im Berichtszeitraum sowohl in der Ex ante-Regulierung der Entgelte für den „E-Postbrief mit klassischer Zustellung“ als auch in der sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht im Verfahren „Impulspost“ auf.<sup>233</sup> Während Wettbewerber der DPAG im Genehmigungsverfahren zum „E-Postbrief mit klassischer Zustellung“ einen Aufschlag auf die KeL zur Simulierung einer Kostenstruktur eines hinreichend effizienten Wettbewerbers mit Verweis auf das Urteil im Verfahren „Post Danmark II“ gefordert hatten, hatte die DPAG im Missbrauchsverfahren „Impulspost“ unter anderem mit Verweis auf die Regulierung im Telekommunikationssektor und der Ansetzung von inkrementellen Kosten einen Abschlag zu den KeL vorgenommen. Die Bundesnetzagentur hat die KeL als Kostenmaßstab der Entgeltgenehmigung und der Missbrauchsaufsicht in allen Verfahren mit Verweis auf das Postgesetz und die Post-Entgeltregulierungsverordnung (PEntgV) zugrunde gelegt.

**116.** Die KeL ergeben sich gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 PEntgV aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung (Long Run Incremental Costs, LRIC) und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, jeweils einschließlich eines angemessenen Gewinnzuschlags, soweit diese Kosten jeweils für die Leistungsbereitstellung notwendig sind. Die LRIC repräsentieren solche Kosten, die bei einer effizienten Produktionsstruktur und einer effizienten Betriebsführung anfallen und damit für die Leistungsbereitstellung notwendig bzw. nicht vermeidbar sind. Seit der Überarbeitung der Post-Entgeltregulierungsverordnung 2015 ist der Gewinnzuschlag nicht mehr an dem unternehmerischen Risiko auszurichten, sondern gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 PEntgV insbesondere an Gewinnmargen solcher Unternehmen, die in anderen europäischen Ländern auf den mit dem lizenzierten Bereich vergleichbaren Märkten tätig sind.<sup>234</sup> Zusätzlich zu den KeL können nach § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG i. V. m. § 3 Abs. 4 Satz 2 und 3 PEntgV Kosten einer flächendeckenden Versorgung mit Postdienstleistungen (sog. Universaldienstlasten) sowie 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 (sog. Soziallasten) berücksichtigt werden. Voraussetzung für eine Anrechnung der Universaldienstleistungs- und Soziallasten, der sog. neutralen Aufwendungen, ist nach § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG, dass insofern eine rechtliche Verpflichtung besteht oder eine sonstige

<sup>231</sup> „[...] sofern die Rechtsvorschrift, die Auflage oder die Anordnung den Schutz eines anderen bezweckt“.

<sup>232</sup> EU Kommission, Richtlinie 2014/104 vom 26. November 2014 über bestimmte Vorschriften für Schadenersatzklagen nach nationalem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, 5. Dezember 2014, ABl. 5.12.2014, L 349/1. Zur Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU in nationales Recht vgl. Monopolkommission, XXI. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 38 ff. Änderungsbedarf ergäbe sich auch bei der im OWiG geregelten und für Ansprüche nach dem PostG anwendbaren Verjährungsfrist; diese ist gemäß Art. 10 Abs. 3 der Richtlinie 2014/104/EU von drei auf fünf Jahre zu erhöhen.

<sup>233</sup> Zu den Verfahren zum „E-Postbrief mit klassischer Zustellung“ vgl. Tz. 71 ff. und zum Verfahren „Impulspost“ vgl. Tz. 91 ff. in diesem Gutachten.

<sup>234</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Abschnitt 2.1.6.

Rechtfertigung nachgewiesen wird.<sup>235</sup> Die KeL zuzüglich der neutralen Aufwendungen werden mitunter auch als „modifizierter KeL“ bezeichnet (im Folgenden jedoch nur „KeL“). Die KeL sind gemäß § 20 Abs. 1 PostG der relevante Kostenmaßstab der Entgeltgenehmigung. Die für eine Missbrauchsaufsicht von Entgelten maßgeblichen Anspruchsgrundlagen §§ 24, 25 PostG verweisen dagegen „nur“ auf die in § 20 Abs. 2 PostG geregelten Maßstäbe eines Aufschlags-, Behinderungs- und Diskriminierungsverbots. Nichtsdestoweniger wird gemeinhin ein systematischer Zusammenhang zwischen § 20 Abs. 1 PostG und § 20 Abs. 2 PostG unterstellt – eine Überprüfung missbräuchlicher Entgelte kann ohne einen (Kosten-)Vergleichsmaßstab nicht erfolgen.<sup>236</sup>

**117.** Die Bundesnetzagentur vertritt die Auffassung, dass die KeL im Rahmen der Regulierung der Entgelte im Postwesen auf die Kosten des regulierten Unternehmens abzielen.<sup>237</sup> Zentraler Prüfungsmaßstab der Entgeltgenehmigung sei der Effizienzbegriff des Postgesetzes und der Post-Entgeltregulierungsverordnung. Die KeL anderer Unternehmen wie z. B. die eines „ebenso effizienten Wettbewerbers“ oder eines „hinreichend effizienten Wettbewerbers“ fallen ihrer Ansicht nach nicht unter die § 19 ff. PostG und sind in der Entgeltregulierung folglich nicht zu berücksichtigen. Die Bundesnetzagentur prüft dabei zunächst die übermittelten buchhalterischen Kosten auf Plausibilität, Widerspruchsfreiheit und Nachvollziehbarkeit beispielsweise anhand von Überleitungsrechnungen ausgehend von Daten aus Gewinn- und Verlustrechnungen und Kostendaten vorangegangener Verfahren. Anschließend prüft sie die in jeder Prozessstufe der postalischen Wertschöpfungskette anfallenden Personal- und Materialaufwendungen hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit den KeL.<sup>238</sup>

**118.** Die Monopolkommission hat bereits in früheren Gutachten die Auffassung vertreten, dass die KeL der relevante Kostenmaßstab für die Entgeltregulierung und für die sektorspezifische Missbrauchsaufsicht sind.<sup>239</sup> Des Weiteren hat sie die Auffassung vertreten, dass die KeL wie die LRIC, am Leitbild eines hypothetischen Wettbewerbsmarktes ausgerichtet sind.<sup>240</sup> Die Monopolkommission weist daraufhin, dass ein wesentliches Ziel der Regulierung gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 PostG die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs, auch in der Fläche, auf den Märkten des Postwesens ist. Daher sollte der „Regulierer einem marktbeherrschenden Unternehmen das Entgelt ex ante vorgeben, das sich langfristig in einem Wettbewerbsmarkt einstellt, sodass die Marktkräfte angereizt werden, in die richtige Richtung zu „marschieren“, nämlich auf das Wettbewerbsgleichgewicht zu“.<sup>241</sup>

<sup>235</sup> Im Folgenden wird begrifflich nicht zwischen Aufwendungen und Kosten unterschieden. Während Kosten ausschließlich im Prozess der betrieblichen Leistungserstellung und unmittelbar entstehen, können Aufwendungen ebenso aus nicht betrieblichen Gründen und zeitlich unabhängig von der Auszahlung anfallen.

<sup>236</sup> Sedemund, in: Beck'scher PostG-Kommentar, § 20 Rn. 18; Lübbig, in: Beck'scher PostG-Kommentar, § 25 Rn. 9. Darüber hinaus besteht nach § 32 PostG eine besondere Missbrauchsaufsicht.

<sup>237</sup> BNetzA, Beschluss vom 14. Dezember 2016, BK5-16/029, S. 22 ff.: „Nach dem Postgesetz und der PEntgV sind der Entgeltgenehmigung ausschließlich die KeL der Antragstellerin zugrunde zu legen. Für die Anwendung eines hiervon abweichenden Maßstabs findet sich in den §§ 19 ff. PostG keine Grundlage. Die KeL anderer Unternehmen, wie sie in ökonomischen Modellen des „ebenso effizienten Wettbewerbers“ (equal efficient operator = EEO) oder des „hinreichend effizienten Wettbewerbers“ (reasonable efficient operator = REO) abgebildet werden, fallen nicht unter § 19 ff. PostG. Auch die §§ 2, 3 PEntgV stellen ausschließlich auf die Kosten des regulierten Unternehmens ab. Die Entgeltregulierungsvorschriften bieten daher keinen Ansatz, andere Entgelte zu genehmigen als solche, die den KeL der Antragstellerin entsprechen. [...] Abzustellen ist daher auf die Kosten der Antragstellerin und nicht auf die eines Wettbewerbers.“; Beschluss vom 18. Dezember 2015, BK5-15/032, S. 23 f. Für die Anwendung eines sog. Ingenieursansatzes, wonach ausschließlich die Kosten berücksichtigt werden, die hypothetisch bei einem funktionsfähigen Wettbewerb anfallen würden, sieht die Bundesnetzagentur keine Grundlage; für eine ähnliche Sichtweise vgl. Sedemund, in: Beck'scher PostG-Kommentar, § 20 Rn. 37 ff. Eine andere Auffassung vertreten etwa Groebel, in: Groebel/Katzschmann/Koenig/Lemberg, Rz. 562; Gersdorf, ZWeR 2/2016, S. 120; Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften. Auflage 2004, S. 290. Zur Interpretation der KeL im Telekommunikationsgesetz vgl. etwa Kühling/Winzer, in: Beck'scher TKG Kommentar 2013, § 32, Rn. 16 m. w. N.

<sup>238</sup> Tz. 147 in diesem Gutachten.

<sup>239</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 126; Sondergutachten 67, a. a. O., Tz. 76.

<sup>240</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 67, a. a. O., Tz. 91 und 100.

<sup>241</sup> Groebel, in: Groebel/Katzschmann/Koenig/Lemberg, Rz. 562.

**119.** Die Monopolkommission kritisiert hingegen seit Jahren, dass zu den KeL noch die sog. neutralen Aufwendungen im Rahmen von Entgeltgenehmigungsverfahren im lizenzpflichtigen Briefbereich angerechnet werden können.<sup>242</sup> Bei der Anrechnung neutraler Aufwendungen ist grundsätzlich zu berücksichtigen, dass

- der DPAG als Rechtsnachfolger der Deutschen Bundespost (Verfügungs-)Rechte zugewiesen wurden – wie etwa die bis Ende 2007 geltende Exklusivlizenz für Standardbriefe. Diese Rechtezuweisung erfolgte zur Kompensation der Kosten für etwaige Verbindlichkeiten wegen des Versorgungsauftrags der DPAG. Zudem beteiligt sich der Bund in hohem Maße an der Finanzierung der Postbeamtenversorgungskasse<sup>243</sup>;
- in den neutralen Aufwendungen Kostenbestandteile des nicht lizenzpflichtigen Bereichs enthalten sein können. Wegen der Verbundzustellung von Briefen und Paketen kann sich eine verursachungsgerechte Verrechnung insbesondere von Gemeinkosten als schwierig erweisen. Somit wird die DPAG nicht notwendigerweise von gesetzgeberischer Seite zur Quersubventionierung der eigenen Marktposition in dem vergleichsweise von hoher Wettbewerbsintensität gekennzeichneten Paketmarkt durch Zurechnung der dort anfallenden Kosten in einem von einer geringeren Wettbewerbsintensität gekennzeichneten Briefmarkt angereizt;
- der Anreiz für die DPAG erhöht wird, bestehende ineffiziente Strukturen des Universaldienstes weiter aufrechtzuerhalten und sogar zu erweitern, da die hierfür anfallenden Kosten nunmehr als für die effiziente Leistungsbereitstellung notwendig erachtet werden können. Dass sie etwa trotz zunehmender E-Substitution immer mehr Filialen mittels zivilrechtlicher Kooperationen unterhält, als in §§ 2, 3 PUDLV vorgesehen sind, lässt auf anderweitige Vorteile schließen, welche die mit einem erhöhten Filialbetrieb verbundenen Kosten kompensieren.

Aus diesen Gründen bewertet die Monopolkommission den von der Bundesnetzagentur in ihren Maßgrößenentscheidungen von 2013 und 2015 zur Diskussion gestellten Vorschlag, die Universaldienstlasten zukünftig als Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung i. S. d. § 3 Abs. 2 PEntgV anstatt, wie bislang, als neutralen Aufwand i. S. d. § 3 Abs. 4 PEntgV zu bewerten, umso kritischer.<sup>244</sup>

**120.** Die Monopolkommission empfiehlt, § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG sowie § 3 Abs. 4 Satz 3 PEntgV ersatzlos zu streichen. So steht etwa die Anrechnung von neutralen Aufwendungen in der Entgeltregulierung prinzipiell den Zielen der Regulierung entgegen, gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 1 PostG die Interessen der Kunden zu wahren und gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 3 PostG eine flächendeckende Grundversorgung mit Postdienstleistungen zu erschwinglichen Preisen (Universaldienst) sicherzustellen. Beispielsweise führt eine Überwälzung der „Soziallasten“ auf die Entgelte, die von der DPAG selbst als „nicht wettbewerbsübliche Personalkosten“ bezeichnet werden, zu überhöhten, nicht im Wettbewerb entstandenen Entgelten zulasten der Privatkunden. Für die Berücksichtigung von „Universaldienstlasten“ gibt es keine Rechtfertigung. Denn die DPAG unterliegt insofern keiner rechtlichen Verpflichtung gemäß § 13 Abs. 2 Satz 2 bzw. § 13 Abs. 3 Satz 1 PostG, sondern erbringt Universaldienstleistungen freiwillig. Von ihrem Diskussionsvorschlag, die Universaldienstlasten zukünftig nicht mehr als Bestandteil der neutralen Aufwendungen i. S. d. § 3 Abs. 4 PEntgV, sondern als Bestandteil der KeL i. S. d. § 3 Abs. 2 PEntgV zu bewerten, sollte die Bundesnetzagentur dagegen Abstand nehmen.

**121.** Des Weiteren empfiehlt die Monopolkommission der Bundesregierung, die 2015 in Kraft getretene Verordnung zur Änderung der Post-Entgeltregulierungsverordnung zur alten Fassung des § 3 Abs. 2 PEntgV zurückzuführen. Eine Abkoppelung des Gewinnaufschlages vom unternehmerischen Risiko erleichtert die Gewinnerzielung für die DPAG erheblich zulasten des Wettbewerbs und der Verbraucher im Briefbereich.

<sup>242</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 130 f. m. w. N.

<sup>243</sup> Ebenda, Tz. 235 ff.

<sup>244</sup> Ebenda, Tz. 128 sowie BNetzA, Beschluss vom 23. November 2015, BK5-15/012, S. 48 und Beschluss vom 14. November 2013, BK5b-13/001, S. 22.

**122.** Ferner ist eine Zurückführung des § 3 Abs. 2 PEntgV zur alten Fassung angezeigt, weil der Kostenmaßstab „KeL“ auch für die Missbrauchsaufsicht der Bundesnetzagentur für den nicht lizenzpflichtigen Bereich maßgeblich ist. Demzufolge ist der dem Marktbeherrscher zustehende Gewinn nunmehr ebenfalls nach § 3 Abs. 2 Satz 2 PEntgV zu ermitteln, wonach insbesondere die Gewinnmargen solcher Unternehmen als Vergleich heranzuziehen sind, die in anderen europäischen Ländern auf den mit dem lizenzierten Bereich vergleichbaren Märkten tätig sind. Da der lizenzierte und der nicht lizenzierte Bereich sowohl im In- wie auch im Ausland nicht miteinander vergleichbar sind, müsste die Bundesnetzagentur in entsprechenden Missbrauchsverfahren zum nicht lizenzpflichtigen Bereich den angemessenen Gewinnzuschlag des Marktbeherrschers anhand eines anderen Kriteriums bestimmen. Auch hier bietet sich an, für die Ermittlung des Gewinnzuschlags gemäß § 3 Abs. 2 PEntgV a. F. das unternehmerische Risiko zugrunde zu legen.

**123.** Soweit der Verordnungsgeber diese Empfehlung nicht umsetzt, spricht sich die Monopolkommission dafür aus, dass die Bundesnetzagentur bei der nächsten Maßgrößenentscheidung 2018 den angemessenen Gewinnaufschlag gleichwohl nicht auf Grundlage einer internationalen Vergleichsmarktbetrachtung bestimmt. Vergleiche mit ausländischen Postgesellschaften schließen sich wegen erheblicher Unterschiede in der Markt- und Wettbewerbsentwicklung und der rechtlichen sowie regulatorischen Rahmenbedingungen bislang ebenso aus wie Vergleiche mit alternativen Briefdienstleistern. Stattdessen sollte die Bundesnetzagentur gemäß den durch die Verordnung vorgegebenen Rahmen auf „sonstige übliche Verfahren der Bestimmung maximal genehmigungsfähiger Gewinnmargen“ abstellen.<sup>245</sup> Hierzu sollte sie die Bestimmung des Gewinnaufschlages orientiert am unternehmerischen Risiko gemäß § 3 Abs. 2 PEntgV a. F. vornehmen. Die Höhe eines genehmigungsfähigen Gewinnaufschlages sollte an das unternehmerische Risiko geknüpft werden, um eine marktdäquate Entlohnung sicherzustellen. Als Bestimmungsgröße ist das von den Kapitalgebern eingesetzte Kapital heranzuziehen, weil die Kapitalgeber das unternehmerische Risiko, d. h. etwa Verluste, tragen. Zudem sind es die Kapitalgeber, die eine angemessene Verzinsung bzw. Dividende für das eingesetzte Kapital erhalten und darauf basierend maßgeblich ihre Investitionsentscheidung treffen. Die Bundesnetzagentur könnte die risikospezifische Kapitalverzinsung anhand des Weighted Average Cost of Capital-Ansatzes auf Grundlage von Asset-Pricing-Modelle zur Bestimmung der Eigenkapitalverzinsung selbst schätzen oder von externen Gutachtern schätzen lassen.

## 2.1.5 Universaldienst

### 2.1.5.1 Reform des Universaldienstes ist geboten

**124.** Die zunehmende Digitalisierung gesellschaftlichen Lebens wirkt sich auf die Postmärkte unterschiedlich aus: Einerseits reduziert sie die Menge physischer Briefsendungen, andererseits erhöht sie die Menge physischer KEP-Sendungen. Die Vorgaben zum Post-Universaldienst sind an diese technische und gesellschaftliche Entwicklung bislang nicht nachfragegerecht i. S. d. § 11 Abs. 2 Satz 2 PostG angepasst worden. Die Bundesregierung „sieht derzeit keinen akuten Bedarf für eine Änderung der Universaldienstvorgaben. Sie hält es daher nicht für zielführend, zum jetzigen Zeitpunkt konkrete Vorschläge einzelner Vorschriften zum Universaldienstumfang zu unterbreiten. [...] Allerdings sieht sie es aufgrund der durch die Digitalisierung induzierten Veränderungen im Postmarkt als unvermeidlich an, die gesetzliche Vorgabe, den Universaldienst der technischen und gesellschaftlichen Entwicklung anzupassen, verstärkt in den Fokus zu rücken.“<sup>246</sup> Auch die Bundesnetzagentur sieht dringenden Bedarf, die Universaldienstvorgaben zu überprüfen.<sup>247</sup> Sie hat zwischenzeitlich eine Verbraucherumfrage zur Feststellung des

<sup>245</sup> In dem Fall, dass keine Vergleichsmärkte gefunden werden können, sieht der Verordnungsgeber vor: „Wenn keine geeigneten Vergleichsmärkte vorliegen, können sonstige übliche Verfahren der Bestimmung maximal genehmigungsfähiger Gewinnmargen zum Einsatz kommen. Entscheidend ist dabei, dass auch absehbare größere Strukturänderungen auf den relevanten Briefmärkten adäquat berücksichtigt werden.“; Verordnungsentwurf der Bundesregierung, Erste Verordnung zur Änderung der Post-Entgeltregulierungsverordnung, a. a. O., S. 6 f. und Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 101 ff.

<sup>246</sup> Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 18/10040 vom 13. Oktober 2016, Rn. 129 f.

<sup>247</sup> BNetzA, Konferenz – „Digitale Transformation in netzgestützten Industriesektoren“, Pressemitteilung vom 9. November 2016 und Tätigkeitsbericht – Post 2014/2015, a. a. O., S. 47.

Bedarfs an Post-Universaldienstleistungen durchgeführt. Die Ergebnisse sollen mit dem im Dezember erscheinenden Tätigkeitsbericht, indem sie die Vorgaben zum Post-Universaldienst gemäß § 47 Abs. 1 Satz 2 PostG zu würdigen hat, veröffentlicht werden.

**125.** Die Diskussion um eine Reform des Universaldienstes in den EU-Mitgliedsstaaten wird auch auf europäischer Ebene geführt. Die nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten, die sich 2010 durch einen Beschluss der Europäischen Kommission in der European Regulators Group for Postal Services (ERGP) konstituiert haben und die Europäische Kommission im Bereich der Postdienste beraten, haben beispielsweise eine öffentliche Konsultation zur Ausgestaltung des Universaldienstes innerhalb der Europäischen Union geführt.<sup>248</sup> Hieraus hat die ERGP den Rückschluss gezogen, dass der Universaldienst prinzipiell weniger spezifische Vorgaben umfassen könnte und dass die Regulierungsbehörden mehr Spielraum bei der Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen. Infolge dessen hat die ERGP die Ergebnisse einer Auswertung von ihr zur Verfügung stehenden nationalen Verbraucherumfragen zur Feststellung des nachfrageseitigen Bedarfs an Universaldienstleistungen veröffentlicht.<sup>249</sup> Danach sind die Verbraucher der EU-Mitgliedsstaaten größtenteils mit der Leistungserbringung des Post-Universaldienstes zufrieden. Die Nachfrage nach einem sechstägigen Universaldienst und einer Briefzustellung am nächsten Werktag ist gering. Stattdessen bestehe Bedarf an einer Flexibilisierung der Zustellzeiten insbesondere für Pakete und der Öffnungszeiten von Annahmestellen. Inwieweit sich aus diesen Ergebnissen ein Anpassungsbedarf bei den Universaldienstvorgaben in der EU-Postdiensterrichtlinie ableiten lässt, ist für die ERGP nicht offensichtlich. Die ERGP hat bereits in der Studie angekündigt, die Postdienstleister zu den geltenden Universaldienstvorgaben zu konsultieren, um den Bedarf an Universaldienstleistungen abschließend feststellen zu können.

**126.** Die EU-Postdiensterrichtlinie gibt den EU-Mitgliedsstaaten in Art. 3 die Mindestanforderungen zur Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Post-Universaldienstleistungen vor. Danach soll in jedem Mitgliedsstaat mindestens gewährleistet sein, dass Postsendungen bis 2 kg und Postpaketen bis 10 kg abgeholt, sortiert, transportiert und zugestellt werden und dass es ein Angebot von Diensten für Einschreib- und Wertsendungen gibt.<sup>250</sup> Der Umfang des Post-Universaldienstes variiert in den Mitgliedstaaten zum Teil, umfasst aber zumindest allorts Einzelsendungen von Briefen und Paketen.<sup>251</sup> In einigen Mitgliedstaaten werden bereits Anpassungen des Universaldienstes an die jetzige technische und gesellschaftliche Entwicklung vorgenommen.<sup>252</sup> In Deutschland sind die Vorgaben zum Post-Universaldienst gemäß § 11 Abs. 2 PostG in der Post-Universaldienstleistungsverordnung (PUDLV) geregelt, die seit ihrem Inkrafttreten 1998 nahezu unverändert geblieben ist. Der Post-Universaldienst umfasst gemäß § 1 PUDLV die gewerbsmäßige Beförderung von Briefen bis 2.000 g, von adressierten Paketen bis 20 kg und von Massendrucksachen im In- und Ausland. Spezifische Kriterien, sog. Qualitätsmerkmale, sind in den §§ 2 und 3 PUDLV festgelegt. Diese machen sowohl für die Brief- wie auch für die Paketbeförderung Vorgaben zum bundesweiten Betrieb von mindestens 12.000 stationären Einrichtungen, d. h. Filialen bzw. Agenturen; einer ausreichenden Anzahl an Briefkästen, sodass Kunden diese innerhalb eines Radius von 1 km erreichen können; zuletzt einer Auslieferung von mindestens 80 Prozent der inländischen Briefe am nächsten Werktag und mindestens 80 Prozent der inländischen Pakete am übernächsten Werktag. Nicht vorge-

<sup>248</sup> ERGP, Discussion Paper on the implementation of Universal Service in the postal sector and the effects of recent changes in some countries on the scope of the USO, September 2014.

<sup>249</sup> BNetzA, Zusammenfassung des ERGP-Reports 2016 zur Entwicklung der Bedürfnisse der Postkunden, Juni 2017; ERGP, ERGP Report on Universal Services in light of changing postal end users' needs, Dezember 2016.

<sup>250</sup> Nach Art. 2 Nr. 6 EU-Postdiensterrichtlinie stellt eine Postsendung eine adressierte Sendung in der endgültigen Form, in der sie von einem Postdiensteanbieter übernommen wird. Es handelt sich dabei neben Briefsendungen z. B. um Bücher, Kataloge, Zeitungen und Zeitschriften sowie um Postpakete, die Waren mit oder ohne Handelswert enthalten. Nach Art. 2 Nr. 10 EU-Postdiensterrichtlinie ist eine Wertsendung eine Postsendung, die durch den Diensteanbieter in Höhe des vom Absender angegebenen Wertes gegen Verlust, Entwendung oder Beschädigung versichert wird.

<sup>251</sup> ERGP, ERGP Report on the benchmarking of the universal service tariffs, November 2014, S. 7 f.

<sup>252</sup> Vgl. etwa Cape, S./Groves, P., Changes to the Universal Service: Influencing Factors, Impacts and Regulatory Implications, in: Crew, M./Parcu, P. L./Brennan, T. (Hrsg.), The Changing Postal and Delivery Sector – Towards a Renaissance, a. a. O., S. 257-269; Scarfiglieri, G., Universal Postal Service Reform in Italy, 16<sup>th</sup> WIK Königswinter Postal Seminar, November 2016.

schrieben ist, dass jeder Postdienstleister alle Qualitätsmerkmale zu erfüllen hat. Die Zustellung von Briefen und Paketen hat aber mindestens einmal werktätlich zu erfolgen.

**127.** Die Bundesnetzagentur sieht die Kriterien der Qualitätsmerkmale im gesamten Bundesgebiet als erfüllt an. Trotzdem gibt es eine zunehmende Zahl an schriftlichen Beschwerden von Verbrauchern über eine eingeschränkte Briefzustellung an Montagen sowie Samstagen und darüber, dass wiederkehrend über einen längeren Zeitraum keine Zustellung erfolgt oder dass Zustellversuche bei Paketen unterbleiben.<sup>253</sup> Die Bundesnetzagentur sieht keine Veranlassung, einen oder mehrere Postdienstleister gemäß den §§ 12 ff. PostG zum Universaldienst zu verpflichten. Folglich erbringen alle Postdienstleister in Deutschland gemeinsam den Post-Universaldienst ohne eine entsprechende explizite Verpflichtung.

**128.** Den größten Beitrag bei der Briefbeförderung leistet die DPAG. Sie betreibt in Kooperation mit selbstständigen Postagenturbetreibern über 13.000 Filialen und Agenturen und damit mehr als die von der PUDLV mindestens vorgesehenen 12.000 stationären Einrichtungen. Außerdem unterhält sie über 110.000 Briefkästen, wobei die Briefkastenentleerung größtenteils Subunternehmer durchführen. Nach Einschätzung der Bundesnetzagentur übererfüllt die DPAG die Anforderungen der PUDLV in Bezug auf die Anzahl an Briefkästen und stationären Einrichtungen.<sup>254</sup> Die Zahl der Briefkästen soll sich laut der DPAG in den letzten zehn Jahren sogar erhöht haben.<sup>255</sup> Ferner erfüllt die DPAG die vorgegebenen Brieflaufzeiten, die der TÜV Rheinland jährlich in ihrem Auftrag misst.<sup>256</sup> Zwischen Juli und September 2017 hat die DPAG in einem Pilotprojekt eine Briefzustellung an Privatkunden mit einer geringeren wöchentlichen Frequenz getestet, als es § 2 PUDLV mit einer sechs-tägigen Zustellung vorsieht.<sup>257</sup> Hierzu hat sie in ausgewählten Zustellgebieten den Kunden angeboten auszuwählen zwischen einer einmal wöchentlichen Zustellung am Samstag, einer dreimal wöchentlichen Zustellung am Dienstag, Donnerstag und Samstag sowie einer fünftägigen Zustellung am Arbeitsplatz.

**129.** Für die Paketbeförderung stehen zurzeit über 55.000 Annahme- und über 44.000 Abgabestellen zur Verfügung und somit deutlich mehr als die von der PUDLV geforderten 12.000 stationären Einrichtungen.<sup>258</sup> Sie werden von den fünf großen Paketdienstleistern Deutsche Post DHL, Hermes Logistik Gruppe, GLS Germany, DPD und UPS betrieben, die dafür mehrheitlich Subunternehmen beauftragen. Die DPAG verfügt dabei über die größte Infrastruktur. Eine Laufzeitmessung zur Paketbeförderung ist nur vereinzelt durchgeführt worden, obwohl Art. 16 Abs. 4 EU-Postdiensterrichtlinie eine jährliche Leistungskontrolle zur Messung der Qualität des Universaldienstes von unabhängigen Prüfern vorsieht.<sup>259</sup> Eine Qualitätsmessung von grenzüberschreitenden Universaldienstleistungen ist bislang nicht vorgenommen worden.

**130.** Die Monopolkommission betont, dass der Post-Universaldienst stets nachfragegerecht an die technische und gesellschaftliche Entwicklung i. S. d. § 11 Abs. 2 Satz 2 PostG anzupassen ist. Sie spricht sich bereits seit Jahren für eine Rückführung der Vorgaben zum Post-Universaldienst aus.<sup>260</sup> Die seit Inkrafttreten der Post-

<sup>253</sup> BNetzA, Jahresbericht 2016 – Märkte im digitalen Wandel, a. a. O., S. 102 ff. Die ansteigenden Beschwerdezahlen können nach Ansicht der Bundesnetzagentur nicht zwangsläufig mit einer sinkenden Qualität der Postdienstleistern begründet werden. Vielmehr seien auch andere Faktoren zu berücksichtigen wie z. B. die zunehmende Bekanntheit der Bundesnetzagentur als Ansprechpartner für Verbraucher bei Problemen mit der Postbeförderung, etwa im Rahmen der Bürgereingabe gemäß § 5 PUDLV, und als Schlichtungsstelle.

<sup>254</sup> Einschätzung der Bundesnetzagentur gegenüber der Monopolkommission. Des Weiteren vgl. BNetzA, Jahresbericht 2016 – Märkte im digitalen Wandel, a. a. O., S. 104.

<sup>255</sup> N. N., Briefkästen in Deutschland: Gelber Klassiker trotz digitalem Wandel, FAZ.net., 1. August 2016.

<sup>256</sup> DPAG, [https://www.deutschepost.de/content/dam/dpag/images/Q\\_q/Hoechste-Qualitaet/zertifikat\\_messverfahren\\_brieflaufzeiten\\_EN-13850-201702.pdf](https://www.deutschepost.de/content/dam/dpag/images/Q_q/Hoechste-Qualitaet/zertifikat_messverfahren_brieflaufzeiten_EN-13850-201702.pdf), Abruf am 24. Juli 2017.

<sup>257</sup> Mahnke, C., Briefe nur einmal die Woche, General-Anzeiger, 2. September 2017.

<sup>258</sup> MRU/IAL, Digitalisierung im Postmarkt: Neue Entwicklungen in den Bereichen KEP und Brief sowie deren Auswirkungen auf die Regulierung, a. a. O., S. 64 ff.

<sup>259</sup> Zuletzt 2013; WIK, Postmarkterhebung 2014, Nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen und postnahe Beförderungsleistungen, Studie für die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, September 2014, S. 9 ff.

<sup>260</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 178 ff. m. w. N.

Universaldienstleistungsverordnung 1998 nahezu unveränderten Vorgaben der §§ 2 und 3 PUDLV scheinen, im Hinblick auf die technische und gesellschaftliche Entwicklung, nicht mehr der Nachfrage i. S. v. § 11 Abs. 2 Satz 2 PostG zu entsprechen. Eine bislang ausbleibende bedarfsgerechte Anpassung der Vorgaben belastet finanziell die Verbraucher, hemmt den Wettbewerb und behindert Innovationen. Denn auch ohne eine gesetzliche Verpflichtung zur Erbringung des Universaldienstes gemäß § 13 Abs. 2 und 3 PostG sind die Postdienstleister, die allesamt gemeinsam den Post-Universaldienst in Deutschland erbringen, an die Vorgaben der Post-Universaldienstleistungsverordnung gebunden. Vor allem die DPAG, die marktbeherrschend auf den Märkten für lizenzpflichtige Postdienstleistungen und auf dem Markt für Paketdienste ist, hat Anreize, die Vorgaben zu erfüllen. Zum einen kann sie so eine Bescheinigung vom Bundeszentralamt für Steuern erhalten, wodurch die von ihr angebotenen Universaldienstleistungen von der Umsatzsteuer ausgenommen werden können. Dies verschafft ihr einen preislichen Wettbewerbsvorteil.<sup>261</sup> Zum anderen kann sie über die flächendeckende Erbringung des Universaldienstes ihr Image fördern und sie die Kosten für den Brief-Universaldienst im Rahmen von Ex ante-Regulierungsverfahren geltend machen.<sup>262</sup> Hierdurch wird zugleich der Ausbau und die Aufrechterhaltung einer möglicherweise ineffizienten Netzstruktur zulasten der Verbraucher gefördert, welche die Kosten über die höheren Briefentgelte und Paketpreise zu tragen haben. Die in das Bestandsnetz getätigten Investitionen binden wiederum Ressourcen, die anstelle in Forschung und Entwicklung und in eine Verbesserung einer effizienten Leistungserbringung hätten investiert werden können. Dass die DPAG jüngst in einem Pilotprojekt eine geringer frequentierte Briefzustellung getestet hat, lässt darauf schließen, dass der gegenwärtige Umfang des Universaldienstes und die von der DPAG betriebene postalische Infrastruktur möglicherweise nicht nachfragegerecht an die technische und gesellschaftliche Entwicklung angepasst sind und einer Reduzierung bedürfen.

**131.** Die Monopolkommission begrüßt, dass die Bundesnetzagentur der Empfehlung der Monopolkommission aus ihrem letzten Sondergutachten nachgekommen ist, eine Durchführung einer repräsentativen Verbraucherumfrage zur Bestimmung des Umfangs der Rückführung der Universaldienstvorgaben durchzuführen. Wegen der möglichen disruptiven Entwicklungen auf den Postmärkten sollte die Bundesnetzagentur auch zukünftig Verbraucher, Postdienstleister und Sachverständige zur Angemessenheit der Universaldienstvorgaben in regelmäßigen Abständen befragen. Die Monopolkommission empfiehlt dem Ordnungsgeber, die Universaldienstvorgaben auf Grundlage von Umfragen unter Marktteilnehmern bedarfsgerecht anzupassen. Bevor jedoch der Universaldienst beispielsweise auf elektronische Postdienstleistungen ausgeweitet wird, müssen die rechtlichen und infrastrukturellen Voraussetzungen geschaffen werden, also z. B. die Gleichstellung des elektronischen Briefverkehrs mit dem physischen Briefverkehr, die Sicherstellung eines Internetzugangs samt elektronischem Postfach für jeden Bürger etc.<sup>263</sup>

**132.** Die Bundesregierung und die Bundesnetzagentur sollten ferner dafür Sorge tragen, dass unabhängige Prüfer eine jährliche Leistungskontrolle zur Messung der Qualität des Universaldienstes, d. h. von inländischen sowie grenzüberschreitenden Brief- und Paketdiensten, durchführen, wie Art. 16 Abs. 4 EU-Postdiensterrichtlinie dies vorsieht.<sup>264</sup> Zurzeit beauftragt die DPAG den TÜV Rheinland mit der Prüfung von Brieflaufzeiten der DPAG. Laufzeitmessungen von Paketsendungen wurden in der Vergangenheit nur vereinzelt vorgenommen, eine Qualitätsüberprüfung von grenzüberschreitenden Universaldienstleistungen unterblieb gänzlich.<sup>265</sup> Ferner könnte die seit der Maßgrößenentscheidung von 2011 eingeführte Berichtspflicht der DPAG gegenüber der Bundesnetzagentur zu den Qualitätsmerkmalen der Briefbeförderung nach § 2 PUDLV erweitert werden. So sieht Art. 16 Abs. 2 EU-Postdiensterrichtlinie die Erfassung von Qualitätsmerkmalen vor, die vor allem die Laufzeiten, die Regelmäßigkeit

<sup>261</sup> Tz. 136 ff. in diesem Gutachten.

<sup>262</sup> Tz. 116 ff. in diesem Gutachten.

<sup>263</sup> Vgl. etwa Bericht des Ausschusses für Bildung, Forschung und Technikfolgenabschätzung (18. Ausschuss) gemäß § 56a der Geschäftsordnung – Postdienste und moderne Informations- und Kommunikationstechnologien, BT-Drs. 18/582 vom 18. Februar 2014, S. 148 ff.

<sup>264</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 180 f.; zur Postdiensterrichtlinie vgl. Fn. 91 in diesem Gutachten.

<sup>265</sup> Zur Qualitätsprüfung in anderen EU-Mitgliedsstaaten vgl. ERGP, Report on the quality of service, consumer protection and complaint handling – an analysis of trends, Dezember 2016, S. 53 ff.

und die Zuverlässigkeit der Dienste betreffen. Bislang hat die DPAG der Bundesnetzagentur jeweils zum Quartalsende insbesondere georeferenzierte Daten zu Filialstandorten und Briefkästen einschließlich der Leerungszeiten sowie Informationen zur Brieflaufzeitmessung zu übermitteln, damit die Bundesnetzagentur die Einhaltung der Universaldienstvorgaben überprüfen kann. Somit werden überwiegend quantitative Indikatoren zur Qualitätsprüfung erfasst, qualitative Indikatoren wie z. B. Wartezeiten in den Filialen und die Zuverlässigkeit von Nachsendeaufträgen hingegen nicht. Demgegenüber erheben bereits in einigen europäischen Ländern die nationalen Regulierungsbehörden derartige qualitative Indikatoren.<sup>266</sup> Die Monopolkommission empfiehlt daher der Bundesnetzagentur, zur frühzeitigen Identifizierung etwaiger Mängel beim Universaldienst, die Berichtspflicht um qualitative Indikatoren zur Messung der Kundenzufriedenheit i. S. d. Art. 16 Abs. 2 EU-Postdiensterrichtlinie zu erweitern. Die Auswahl an qualitativen Indikatoren könnte durch Umfragen unter Marktteilnehmern bestimmt werden.

**133.** Nach Auffassung der Monopolkommission sollte die Bundesnetzagentur die Nettokosten des Universaldienstes der DPAG berechnen und der Bundesregierung diese mitteilen, weil es sich hierbei um einen beihilfenrechtsrelevanten (Preis-)Vorteil handeln könnte.<sup>267</sup> Denn die DPAG genießt, auch wenn sie seit dem Auslaufen der gesetzlichen Exklusivlizenz 2007 nicht mehr zur Erbringung des Universaldienstes verpflichtet ist, regulatorische Privilegien, die ihr Wettbewerbsvorteile verschaffen können. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, dass sie beispielsweise die Kosten für den auf Briefdienstleistungen bezogenen Universaldienst im Rahmen von Entgeltgenehmigungsverfahren durch die Bundesnetzagentur anrechnen lassen kann.<sup>268</sup> Dies dürfte dazu beitragen, dass die DPAG in zivilrechtlichen Kooperationen prinzipiell mehr Post-Filialen und Briefkästen unterhält, als die Post-Universaldienstleistungsverordnung verlangt. Hiermit eng verbunden ist die der DPAG vom Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) ausgegebene Bescheinigung, welche die DPAG exklusiv in die Lage versetzt, Universaldienstleistungen ohne Mehrwertsteuer anbieten zu können. Hierdurch erlangt die DPAG insbesondere in Vergabeverfahren einen Preisvorteil gegenüber ihren Wettbewerbern. Vor diesem Hintergrund erscheint es fraglich, inwieweit z. B. die Umsatzsteuerbefreiung von Universaldiensten überhaupt notwendig für deren Erbringung ist. Zur Beantwortung dieser Frage sollte die Bundesnetzagentur die Nettokosten des Universaldienstes der DPAG für verschiedene Referenzszenarien ermitteln.<sup>269</sup>

### 2.1.5.2 Mehrwertsteuerbefreiung verzerrt den Wettbewerb

**134.** Seit Jahren vertreten die Bundesregierung und Monopolkommission unterschiedliche Auffassungen über die wettbewerblichen Effekte der umsatzsteuerlichen Behandlung von Postdienstleistungen und die ihr zugrunde liegende Auslegung der Kriterien für eine Befreiung von Post-Universaldienstleistungen von der Mehrwertsteuer.

**135.** So ist die Bundesregierung der Ansicht, „dass die Befreiung für Universaldienstleistungen keine pauschale Besserstellung der Deutschen Post AG oder Benachteiligung weiterer Anbieter darstellt.“<sup>270</sup> Mit einer Befreiung von der Umsatzsteuer ergebe sich für die DPAG kein pauschaler unternehmerischer Vorteil in Hinblick auf den Vorsteuerabzug.<sup>271</sup> Demgegenüber vertritt die Monopolkommission die Ansicht, dass der DPAG durch die exklusive Gewährung einer Befreiung von Universaldienstleistungen von der Mehrwertsteuer ein Preisvorteil gegenüber ihren Wettbewerbern bei nicht umsatzsteuerpflichtigen und damit nicht vorsteuerabzugsberechtigten Kunden in Höhe des Umsatzsteuersatzes von 19 Prozent zuteil wird. Die DPAG erbringt die relevanten Universaldienstleistungen sowohl an Privatkunden als auch an Geschäftskunden mit besonders großen Sendungsmengen wie etwa öf-

<sup>266</sup> Ebenda, S. 40 ff. und report on the quality of service, consumer protection and complaint handling – an analysis of trends, Dezember 2015, S. 35 ff. und 61 ff.; Hillebrand, A./Zauner, M., Qualitätsindikatoren im Brief- und Paketmarkt, 2015, WIK-Diskussionsbeitrag Nr. 398.

<sup>267</sup> Tz. 168 in diesem Gutachten und Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 190.

<sup>268</sup> Tz. 119 in diesem Gutachten.

<sup>269</sup> ERGP, Exploration of challenges to overcome when implementing a net cost calculation methodology based on a reference scenario – Benchmark of experiences, November 2014.

<sup>270</sup> Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 18/10040 vom 13. Oktober 2016, Rn. 136.

<sup>271</sup> Ebenda, Rn. 140 f.

fentliche Einrichtungen, Banken und Versicherungen. Insbesondere der Preisvorteil bei Großversendern, die nach § 4 Umsatzsteuergesetz (UStG) nicht vorsteuerabzugsberechtigt sind, verstärkt die Kundenbindung an die DPAG, was zu einem höheren Auslastungsgrad ihrer Brief- und Paketnetze und schlussendlich zu kostensenkenden Skaleneffekten führen kann.<sup>272</sup> Den hierdurch erzeugten Preisspielraum kann die DPAG beispielsweise an umsatzsteuerpflichtige bzw. vorsteuerabzugsberechtigte Geschäftskunden weitergeben, bei denen sie gegenüber ihren Wettbewerbern bislang einen Preisnachteil hatte.<sup>273</sup> Der Preisvorteil der DPAG gegenüber ihren Wettbewerbern bei nicht vorsteuerabzugsberechtigten Privatkunden und Geschäftskunden dürfte, in Verbindung mit der Möglichkeit zur Quersubventionierung der Entgelte bzw. Preise für vorsteuerabzugsberechtigten Geschäftskunden, den Preisnachteil bei vorsteuerabzugsberechtigte Geschäftskunden übersteigen. Selbst wenn der Preisvorteil bei nicht vorsteuerabzugsberechtigten Kunden dem Preisnachteil bei vorsteuerabzugsberechtigten Kunden der Höhe nach entspräche, bestünden für die Postdienstleister jeweils kundenspezifische Preisvor- und -nachteile, die sich auf den Postmärkten unterschiedlich auswirken. In jedem Fall würde der Wettbewerb auf den Postmärkten durch die exklusive Gewährung einer Befreiung von Post-Universaldienstleistungen verzerrt. Diese Ansicht teilen die Europäische Kommission und ERGP.<sup>274</sup>

**136.** Die Bundesregierung vertritt des Weiteren die Ansicht, dass bislang nur die DPAG die Kriterien zur Mehrwertsteuerbefreiung i. S. d. § 4 Nr. 11b Satz 2 UStG erfüllt. Nach dieser Vorschrift muss jeder Postdienstleister eine Verpflichtungserklärung gegenüber dem Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) abgeben, Post-Universaldienstleistungen in ihrer Gesamtheit oder einen Teilbereich davon flächendeckend im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland anzubieten.<sup>275</sup> Die Bundesregierung begründet ihre Position wie folgt: „Soweit ein Unternehmer dieser Verpflichtung umfassend und flächendeckend – auch über zivilrechtliche Kooperationsverträge – nachkommt, werden die Voraussetzungen für eine Erteilung der Bescheinigung und die Inanspruchnahme der Umsatzsteuerbefreiung erfüllt. Davon zu unterscheiden – und von der Umsatzsteuerbefreiung folgerichtig auszunehmen – sind hingegen Unternehmen, die die in der Verpflichtungserklärung maßgeblichen Kriterien nicht erfüllen können, weil sie nicht über die notwendigen Strukturen – weder auf Grund des eigenen Unternehmensaufbaus noch in vertraglicher Kooperation mit Drittunternehmen – verfügen. Ein bloßer Rückgriff auf allgemein zugängliche Dienstleistungen eines Drittanbieters entspricht nicht Sinn und Zweck der Befreiungsvorschrift, die eine Begünstigung lediglich für den Unternehmer ermöglichen soll, der selbst – ggf. auch in vertraglicher Bindung zu anderen Unternehmen – ein aufwendiges und kostenintensives System vorhält.“

**137.** Dabei hat der Europäische Gerichtshof 2009 in Bezug auf Art. 132 Abs. 1 lit. a Mehrwertsteuersystemrichtlinie (MwStSystRL) bereits entschieden, dass eine Mehrwertsteuerbefreiung für alle öffentlichen und privaten Postdienstleister gleichermaßen zu gewähren ist, soweit sich diese zur Erbringung von Post-Universaldienstleistungen verpflichten.<sup>276</sup> Prinzipiell sind all jene Post-Universaldienstleistungen gemäß § 4 Nr. 11b UStG von der Mehrwert-

<sup>272</sup> Beispielsweise unterliegen Behörden, die hoheitliche Aufgaben übernehmen, grundsätzlich keiner Umsatzsteuerpflicht. Zudem sind Umsätze von Banken und Versicherungen, die durch Dienstleistungen gemäß § 4 Nr. 8, 10 und 11 UStG erwirtschaftet worden sind, steuerfrei.

<sup>273</sup> Bei umsatzsteuerpflichtigen und damit vorsteuerabzugsberechtigten Geschäftskunden kann den Wettbewerbern, deren Universaldienstleistungen nicht umsatzsteuerbefreit sind, hingegen ein Vorteil gegenüber der DPAG in Höhe der Umsatzsteuer auf Vorleistungen entstehen, sofern die Vorsteuer vollständig überwältigt wird. Denn umsatzsteuerpflichtige Kunden haben die Möglichkeit des Vorsteuerabzugs und können die Umsatzsteuer im Rahmen des Vorsteuerabzugs geltend machen, für nicht umsatzsteuerpflichtige Kunden besteht diese Möglichkeit nicht; Monopolkommission, Sondergutachten 57, Post 2009: Auf Wettbewerbskurs gehen, Baden-Baden 2010, Tz. 74 ff. Sowohl im Brief- wie auch im Paketgeschäft setzen die DPAG und ihre Wettbewerber jeweils Subunternehmer ein; Tz. 128 f. in diesem Gutachten.

<sup>274</sup> EU-Kommission, Commission Staff Working Document, Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the application of the Postal Services Directive (Directive 97/67/EC as amended by Directive 2002/39/EC and Directive 2008/6/EC), a. a. O., S. 38 ff. sowie S. 79 und ERGP, Discussion paper on the implementation of Universal Service in the postal sector and the effects of recent changes in some countries on the scope of the USO, 18. September 2014, S. 13.

<sup>275</sup> Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 18/10040 vom 13. Oktober 2016, Rn. 136 ff.

<sup>276</sup> EuGH, Urteil vom 23. April 2009, C-357/07 – TNT Post UK, Slg. 2009, I-3025, ECLI:EU:C:2009:248, Rz. 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. der Richtlinie

steuer befreit, die nach Art. 3 Abs. 4 EU-Postdiensterichtlinie als Standardprodukte zu allgemein für jedermann zugänglichen bzw. nach § 19 PostG genehmigten Tarifen angeboten werden. Ausgenommen sind lediglich Leistungen gemäß § 4 Nr. 11 b Satz 3 UStG, die aufgrund individuell ausgehandelter Vereinbarungen und aufgrund von den Standardbedingungen abweichender Preise sowie Qualitätsbedingungen erbracht werden.

**138.** Das BZSt, das bislang nur der DPAG eine exklusive Bescheinigung ausstellt, ist gleichwohl an den Umsatzsteuer-Anwendungserlass (UStAE) des Bundesministeriums der Finanzen gebunden.<sup>277</sup> Danach setzt eine Bescheinigung vor allem voraus, dass die Qualitätsmerkmale gemäß §§ 2 und 3 PUDLV erfüllt sind und dass die Leistungen nicht auf individuellen Vereinbarungen beruhen.<sup>278</sup> Es ist aber darauf hinzuweisen, dass die Regelung des Universaldienstes in § 52 PostG seit der Liberalisierung der Briefmärkte wirkungslos ist. Vielmehr erbringen nun alle in Deutschland tätigen Postdienstleister Universaldienstleistungen im Brief- und Paketbereich, ohne dazu nach § 13 Abs. 2 PostG rechtlich verpflichtet zu sein. Alle Postdienstleister sorgen insoweit aus Eigeninteresse für die Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung mit Postdienstleistungen in Deutschland und die Erfüllung der Qualitätsmerkmale nach §§ 2 und 3 PUDLV. Ferner ist zu bedenken, dass weder § 4 Nr. 11b UStG, Art. 132 Abs. 1 lit. a MwStSystRL noch das Urteil des Europäischen Gerichtshofes im Verfahren „TNT Post UK“ für eine Befreiung von der Mehrwertsteuer voraussetzen, dass etwaige Qualitätsmerkmale von einem Postdienstleister isoliert erfüllt werden. Einzig Abschnitt 4.11b.1 Abs. 4 UStAE setzt die Erfüllung der Qualitätsmerkmale nach §§ 2 und 3 PUDLV durch einen jeden Postdienstleister voraus. Die Vorschrift ist für das BZSt bei der Entscheidung über die Erteilung einer für die Mehrwertsteuerbefreiung notwendigen Bescheinigung bindend. Schließlich lässt § 4 Nr. 11b Satz 2 UStG keine Differenzierung dahin gehend erkennen, ob der Universaldienst mit oder ohne Inanspruchnahme von Teilleistungen bzw. zivilrechtlichen Kooperationen erbracht werden muss.

**139.** Die Auffassung der Bundesregierung, dass nur die DPAG alle Qualitätsmerkmale nach §§ 2 und 3 PUDLV erfüllt, ist auf Basis der vorliegenden Informationen nicht nachvollziehbar. Denn wenn nur mit der Erfüllung der Voraussetzungen der §§ 2 und 3 PUDLV die Sicherstellung einer flächendeckenden Grundversorgung mit Postdienstleistungen in Deutschland gewährleistet werden sollte, würde die Auffassung der Bundesregierung implizieren, dass die Inanspruchnahme des flächendeckenden Briefnetzes der DPAG durch Wettbewerber eben nicht eine flächendeckende Grundversorgung im gesamten Bundesgebiet gewährleisten könnte. Das widerspräche aber ihrer Auffassung, dass die DPAG durch Inanspruchnahme ihres eigenen Briefnetzes die Qualitätsmerkmale gemäß den §§ 2 und 3 PUDLV erfüllt.

**140.** Des Weiteren teilt die Bundesregierung nicht die Auffassung der Monopolkommission, die Kompetenzen für die Feststellung der Erfüllung der Voraussetzungen der Mehrwertsteuerbefreiung nach § 4 Nr. 11b UStG von dem BZSt seien auf die Bundesnetzagentur zu übertragen.<sup>279</sup> Zwar sei im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Einführung des jetzt geltenden § 4 Nr. 11b UStG die Möglichkeit geprüft worden, die Bescheinigung durch die Bundesnetzagentur erteilen zu lassen. Doch wäre dies nicht „ohne weiteres möglich gewesen, da die Behörde neben der ihr ursprünglich gesetzlich zugewiesenen übertragenen Aufgabenwahrnehmung keine turnusmäßige Überprüfung der Zugangsvoraussetzungen für einzelne Unternehmen und eine entsprechende Meldung der berechtigten Unternehmen unter umsatzsteuerlichen Aspekten durchführen kann.“ Es ist aber darauf hinzuweisen, dass nicht die „umsatzsteuerlichen Aspekte“ für eine Mehrwertsteuerbefreiung gemäß § 4 Nr. 11b UStG von Bedeutung sind, sondern vielmehr die Prüfung der Leistungsfähigkeit des betreffenden Postdienstleisters, Universaldienstleistungen flächendeckend in Deutschland anzubieten. Die Bundesnetzagentur verfügt im Gegensatz zum BZSt über die notwendigen umfassenden Kompetenzen und Marktkenntnisse, zumal sie die Bundesregierung und gesetzgebenden Körperschaften gemäß § 47 Abs. 1 Satz 1 und 2 PostG „über die Lage und die Entwicklung auf

---

2006/112/EG des Rates vom 28. November 2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (MwStSystRL), ABl. L 347 vom 11. Dezember 2006, S. 1.

<sup>277</sup> An der Auslegung des UStAE des BZSt orientieren sich wiederum die Finanzgerichte; BFH, Urteil vom 2. März 2016, V R 20/15, BB 2016, 1366. Hierzu auch Günther, A. G., Anmerkung zum Urteil des BFH vom 2. März 2016 – Az. V R 20/15, N&R 5/16, S. 251-255.

<sup>278</sup> Abschnitt 4.11b.1 Abs. 4 UStAE bzw. Abschnitte 4.11b.1 Abs. 6 und 7 UStAE mit Verweis auf § 4 Nr. 11 b Satz 3 UStG.

<sup>279</sup> Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 18/10040 vom 13. Oktober 2016, Rn. 142 ff.

dem Gebiet des Postwesens“ informiert und zu der Frage berät, ob „eine Änderung der Festlegung, welche Postdienstleistungen als Universaldienstleistungen i. S. d. § 11 gelten“ notwendig ist. Ohnehin erscheint fraglich, inwieweit das BZSt überprüfen kann, ob die Kriterien nach §§ 2 und 3 PUDLV erfüllt werden.

**141.** In diesem Zusammenhang ist ebenso darauf hinzuweisen, dass die DPAG seit September 2016 die Mehrwertsteuer für Postzustellungsaufträge abführt.<sup>280</sup> Als Begründung für die Abführung der Mehrwertsteuer vertritt die DPAG die Auffassung der Finanzgerichte und -verwaltung, dass die Beförderung von Postzustellungsaufträgen nicht zum Post-Universaldienst gehört.<sup>281</sup> Dieses Vorgehen erscheint insoweit bemerkenswert, als der zumindest für die Finanzverwaltung bindende Umsatzsteueranwendungserlass mit Abschnitt 4.11b.1 Abs. 8 bereits seit Ende 2010 eindeutig regelt, dass die förmliche Zustellung i. S. d. § 33 PostG nicht unter die Steuerbefreiung des § 4 Nr. 11b UStG fällt, „weil diese Leistung nicht unter die in § 1 PUDLV genannten Post-Universaldienstleistungen fällt“. Inwieweit die Finanzbehörden gemäß Abschnitt 4.11b.1 Abs. 8 UStAE die Mehrwertsteuer auf Postzustellungsaufträge bei der DPAG in den letzten Jahren eingefordert haben, ist nicht bekannt. Sofern keine Steuerzahlung vonseiten der DPAG erfolgt ist, könnte weiterhin eine Steuerschuld bestehen.<sup>282</sup> Dass durch die unterlassene Abführung der Mehrwertsteuer die von der DPAG gewonnen Vergabeverfahren für die Zustellung von Postzustellungsaufträgen nunmehr neu ausgeschrieben werden müssen, ist zwar nicht zu erwarten. Denn die einer Neuausschreibung vorausgehende Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens setzt sowohl einen begründeten Nachprüfungsantrag als auch eine unverzügliche Rüge gemäß § 160 GWB voraus. Bieter könnten jedoch prinzipiell Schadenersatzforderungen gegenüber der DPAG geltend machen.<sup>283</sup>

**142.** Die Monopolkommission hatte empfohlen, dass sich die Bundesregierung auf europäischer Ebene für die Abschaffung der Umsatzsteuerbefreiung einsetzen solle, da § 4 Nr. 11b UStG auf Art. 132 Abs. 1 lit. a MwStSystRL zurückgeht. Die Bundesregierung sieht hierfür geringe Erfolgsaussichten.<sup>284</sup> Die Europäische Kommission hatte bereits 2013 einen Richtlinienvorschlag zurückgenommen, der im Wesentlichen eine Aufhebung der Steuerbefreiung vorsah. Es ist jedoch auf den Aktionsplan 2016 der Europäischen Kommission zu verweisen, gemäß dem diese 2017 die Vorlage eines Gesetzesvorschlags zur Einführung eines endgültigen Mehrwertsteuersystems für den grenzüberschreitenden Handel plant.<sup>285</sup> Bereits 2014 hatte die Europäische Kommission zudem in einem Arbeitspapier Vorschläge zur Harmonisierung der Mehrwertsteuerregelungen in der Europäischen Union ausgearbeitet.<sup>286</sup>

**143.** Die Monopolkommission spricht sich weiterhin dafür aus, die Wettbewerbsverzerrungen auf den Postmärkten abzubauen, die aus der exklusiven Befreiung der von der DPAG erbrachten Universaldienstleistungen von der Mehrwertsteuer folgen. Hierzu sollte zunächst kurzfristig die Mehrwertsteuerbefreiung allen Postdienstleistern diskriminierungsfrei gewährt werden. Da weder § 4 Nr. 11b UStG, Art. 132 Abs. 1 lit. a MwStSystRL noch das Urteil des Europäischen Gerichtshofes im Verfahren „TNT Post UK“ für eine Befreiung von der Mehrwertsteuer voraussetzen, dass etwaige Qualitätsmerkmale gemäß den §§ 2 und 3 PUDLV von einem Postdienstleister isoliert erfüllt werden müssen, empfiehlt die Monopolkommission der Bundesregierung, Abschnitt 4.11b.1 Abs. 4 UStAE so zu ändern, dass alle Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüsse, die sich verpflichten, alle Post-Universaldienstleistungsbereiche bzw. einen Teilbereich der Post-Universaldienstleistungsbereiche ständig und flächendeckend im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland anzubieten, zum begünstigten Unterneh-

<sup>280</sup> DPAG, [https://www.deutschepost.de/de/p/pza\\_postzustellungsauftrag.html](https://www.deutschepost.de/de/p/pza_postzustellungsauftrag.html), Abruf am 6. November, 2017; Gramlich, L., Das Postrecht in den Jahren 2015/2016, N&R 6/16, S. 300; Bündler, H., Wer darf die Knöllchen zustellen?, FAZ.net, 19. Juli 2016.

<sup>281</sup> Tz. 80 in diesem Gutachten.

<sup>282</sup> Nach § 228 Satz 2 Abgabenordnung beträgt die Verjährungsfrist grundsätzlich fünf Jahre.

<sup>283</sup> OLG Köln, Urteil vom 23. Juli 2014, 11 U 104/13, ZfBR 2015, 101; OLG Hamm, Urteil vom 6. August 2015, 17 U 130/12.

<sup>284</sup> Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 18/10040 vom 13. Oktober 2016, Rn. 145 ff.

<sup>285</sup> EU-Kommission, Mehrwertsteuer-Aktionsplan: Kommission stellt Maßnahmen zur Modernisierung des EU-Mehrwertsteuersystems vor, Pressemitteilung vom 7. April 2016.

<sup>286</sup> EU-Kommission, Commission Staff Working Document on the implementation of the definitive VAT regime for intra-EU trade, SWD(2014) 338 final vom 29. Oktober 2014.

merkreis gehören. Insbesondere sollte nicht danach unterschieden werden, ob der betreffende Postdienstleister die Post-Universaldienstleistung(en) in Gänze selbst erbringt, mithilfe zivilrechtlicher Kooperationen oder durch Inanspruchnahme von Teilleistungen der DPAG. Grundvoraussetzung sollte stattdessen sein, dass die Qualitätsmerkmale gemäß den §§ 2 und 3 PUDLV in Deutschland insgesamt eingehalten werden (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 3 PostG). Hierüber hat die Bundesnetzagentur als Regulierungsbehörde zu befinden, weshalb auch sie die für eine Befreiung von der Mehrwertsteuer notwendige Bescheinigung ausstellen sollte. Die Monopolkommission empfiehlt daher der Bundesregierung erneut, die Kompetenzen für die Feststellung der Erfüllung der Voraussetzungen der Mehrwertsteuerbefreiung vom BZSt auf die Bundesnetzagentur zu übertragen. Hierfür bedarf es einer Anpassung von § 4 Nr. 11b Satz 2 UStG. Langfristig sollte die Mehrwertsteuerbefreiung jedoch ganz abgeschafft werden. Das erfordert eine Anpassung von Art. 132 Abs. 1 lit. a MwStSystRL. Die Monopolkommission empfiehlt der Bundesregierung diesbezüglich, im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Einführung eines endgültigen Mehrwertsteuersystems aktiv für eine Abschaffung der Mehrwertsteuerbefreiung für Postdienstleistungen und eine entsprechende Änderung der MwStSystRL einzutreten.

**144.** Schließlich weist die Monopolkommission darauf hin, dass die Mehrwertsteuerbefreiung für die DPAG Anlass zu beihilfenrechtlichen Bedenken gibt.<sup>287</sup> Nach Art. 107 Abs. 1 AEUV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, grundsätzlich mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Die Übertragung von staatlichen Mitteln kann in vielerlei Form erfolgen, auch gegenüber im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse tätigen Unternehmen und auch in der Form selektiv gewährter Steuervergünstigungen.<sup>288</sup> Bei einem pauschalen Ausgleich, wie er mit der Mehrwertsteuerbefreiung verbunden ist, dürften die Voraussetzungen, unter denen staatliche Ausgleichsleistungen nach Art. 106 Abs. 2 AEUV von den Beihilfavorschriften ausgenommen sind, im Zweifel nicht erfüllt sein.<sup>289</sup> Die DPAG erhält die Mehrwertsteuerbefreiung nach dem zuvor Ausgeführten für Post-Universaldienstleistungen, jedoch ohne dass sie zu diesen Dienstleistungen verpflichtet ist. Die Beschränkung der Mehrwertsteuerbefreiung auf die DPAG ist auch nicht direkt und in vollem Umfang auf europäische Vorgaben zurückzuführen, da Art. 132 Abs. 1 lit. a MwStSystRL zwar eine Privilegierung von Postdienstleistungen vorsieht, aber nicht, dass diese Privilegierung faktisch auf den Marktbeherrscher beschränkt wird.<sup>290</sup> Insofern ergibt sich ein selektiver Vorteil zugunsten der DPAG. Eine Rechtfertigung der Privilegierung zugunsten der DPAG ist auf Basis der insoweit verfügbaren Informationen nicht erkennbar.

## 2.1.6 Behördliche Untersuchungen

### 2.1.6.1 Kostenprüfung und regulatorische Datenerfassung sind auszuweiten

**145.** Damit die vorhandenen Anreize für die DPAG zum Missbrauch ihrer marktbeherrschenden Stellung auf den Postmärkten vermindert werden, müssen die bestehenden Informationsasymmetrien zwischen der DPAG und der Bundesnetzagentur abgebaut werden. Gegenwärtig sind insbesondere die Märkte für Geschäftskundenbriefe und

<sup>287</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 187; Sondergutachten 67, a. a. O., Tz. 203 f.

<sup>288</sup> EU-Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften auf Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. C 8 vom 11. Januar 2012, S. 1, Rz. 32; EuGH, Urteil vom 15. Juli 2004, C-501/00 – Spanien/Kommission, Slg. 2004, I-6717, ECLI:EU:C:2004:438, Rz. 115-117.

<sup>289</sup> Zu den relevanten Voraussetzungen siehe EU-Kommission, Beschluss vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl. L 7 vom 11. Januar 2012, S. 3, Erwägungsgrund 4 f.; Mitteilung über die Anwendung der Beihilfavorschriften auf Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. C 8 vom 11. Januar 2012, S. 1, Tz. 42 ff., 54 ff.; jeweils mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, C-280/00 – Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg, Slg. 2003, I-7747, ECLI:EU:C:2003:415.

<sup>290</sup> Tz. 139 in diesem Gutachten; Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 187; Sondergutachten 67, a. a. O., Tz. 204 und EuG, Urteil vom 5. April 2006, T-351/02, Slg. 2006, II-1047, ECLI:EU:T:2006:104.

KEP-Dienste für die Behörden intransparent. Diese Märkte unterliegen ausschließlich der Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt. Gerade auf dem Markt für Geschäftskundenbriefe sind in den letzten Jahren Missbrauchsverfahren gegen die DPAG geführt worden. Der Abbau von Informationssymmetrien ist durch eine Stärkung der Befugnisse der Bundesnetzagentur und komplementär dadurch zu erreichen, dass die Bundesnetzagentur den geltenden Regulierungsrahmen ausnutzt. Die Monopolkommission hat bereits in der Vergangenheit der Bundesnetzagentur empfohlen, die regulatorische Datenerfassung auf Grundlage des geltenden Postgesetzes zu erneuern.

**146.** Die Monopolkommission hält eine direkte Datenerhebung der Bundesnetzagentur bei der DPAG als marktbeherrschendem Unternehmen auf den Märkten für Briefdienstleistungen und Standard-Paketdienstleistungen für notwendig. Sie hat eine regulatorische Datenerfassung erstmals in ihrem Sondergutachten 67 im Jahr 2013 empfohlen.<sup>291</sup> Hierdurch würde die Bundesnetzagentur unmittelbar Zugriff auf interne (Roh-)Daten der DPAG erhalten, sofern diese im Zusammenhang mit der Erbringung von Postdienstleistungen stehen. Sie könnte Kostendaten, vor allem zu Dienstleistungen der ex post regulierten Postmärkte, analysieren und so den Anreiz der DPAG zur Ausnutzung von Bewertungsspielräumen bei der Zurechnung von Gemeinkosten im Rahmen der gemeinsamen Beförderungen von Briefen (Trennung zwischen Privat- und Geschäftskundenbriefen) und Paketen (Trennung zwischen Briefen und Paketen) mindern. Damit würde einer Quersubventionierung von Bereichen, in denen die DPAG anders als im Privatkundenbriefgeschäft im Wettbewerb steht, vorgebeugt. Bislang verwendet die Bundesnetzagentur für Entgeltprüfungen ausschließlich die ihr von der DPAG übermittelten (Kosten-)Daten. Für die Umsetzung einer regulatorischen Datenerfassung sollte die Bundesnetzagentur hingegen ein IT-Netzwerk einrichten, mit dem eine rechtskonforme Datenübertragung zwischen der Bundesnetzagentur und der DPAG sichergestellt wird. Außerdem sollte die Bundesnetzagentur der DPAG Vorgaben zur internen Rechnungslegung gemäß § 10 Abs. 2 Satz 3 PostG machen, um eine effiziente Datenauswertung zu gewährleisten.<sup>292</sup>

**147.** Um die Transparenz bei der Regulierung der Briefmärkte zu erhöhen und damit die Identifizierung von Verstößen gegen § 20 Abs. 2 PostG zu erleichtern, empfiehlt die Monopolkommission der Bundesnetzagentur die Anwendung eines analytischen Kostenmodells für die Prüfung der von der DPAG dargelegten Kosten analog zur Regulierungspraxis auf den Telekommunikationsmärkten.<sup>293</sup> Danach würden die Kosten eines hypothetischen effizienten Unternehmens im Wettbewerb modellbasiert ermittelt.<sup>294</sup> Die konkrete Spezifikation des Kostenmodells könnte in Abstimmung mit Marktteilnehmern und unabhängigen Sachverständigen ermittelt werden. Für die Verwendung eines analytischen Kostenmodells wäre keine Änderung der Post-Entgeltregulierungsverordnung notwendig, da § 3 Abs. 3 PEntgV ein solches methodisches Vorgehen nicht ausschließt. Ungeachtet dessen erscheint der bislang von der Bundesnetzagentur betriebene Prüfaufwand angemessen und notwendig.

### 2.1.6.2 Marktaufsicht und -beobachtung sind zu intensivieren

**148.** Grundlegende Voraussetzung für eine effektive Regulierung von (Post-)Märkten ist der Zugang der Regulierungsbehörde zu (Kosten-)Daten der auf den (Post-)Märkten operierenden (marktbeherrschenden) Unternehmen. Wesentliche Informationen über den Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen bezieht die Bundesnetzagentur zum einen von der DPAG im Rahmen der Entgeltgenehmigungsverfahren und zum anderen von den Wettbewerbern der DPAG im Rahmen der jährlichen Befragungen zum Zwecke der Erstellung entsprechender Marktberichte. Die jährlichen Berichte über die Märkte für nicht lizenzpflichtige Postdienstleistungen lässt sie bislang von externen Sachverständigen erstellen. Die wesentlichen Erkenntnisse aus beiden Marktberichten fließen in den

<sup>291</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 213; Sondergutachten 67, a. a. O., Tz. 273 ff. Der Bundesverband Briefdienste e. V. hat 2015 ähnelnd der Empfehlung der Monopolkommission die Einrichtung einer Markttransparenzstelle Brief empfohlen; Bundesverband Briefdienste e. V., BBD fordert Markttransparenzstelle Brief, Pressemitteilung vom 7. Dezember 2015; <http://briefdienste-online.de/media/Markttransparenzstelle-Brief-einrichten.pdf>, Abruf am 13. Juli 2017.

<sup>292</sup> Tz. 105 in diesem Gutachten.

<sup>293</sup> Tz. 117 in diesem Gutachten und Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 209 ff.

<sup>294</sup> ERGP, Exploration of challenges to overcome when implementing a net cost calculation methodology based on a reference scenario – Benchmark of experiences, a. a. O.

Jahresbericht sowie in den alle zwei Jahre veröffentlichten Tätigkeitsbericht ein, in dem die Bundesnetzagentur unter anderem auch zur Änderung der Festlegung der Universaldienstleistungen Stellung zu nehmen hat. Ferner führt sie bedarfsorientiert Marktuntersuchungen zu spezifischen Themenkomplexen durch wie z. B. im aktuellen Berichtszeitraum mit der Erstellung von Studien zum Zugang zu Teilleistungen, Adressänderungsinformationen, Postfachanlagen sowie mit einer Verbraucherbefragung zur Feststellung des Bedarfs an Postdienstleistungen.<sup>295</sup>

**149.** Darüber hinaus können die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt gemäß § 50c Abs. 1 GWB unabhängig von der jeweils gewählten Verfahrensart untereinander Informationen einschließlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen austauschen, soweit dies zur Erfüllung ihrer jeweiligen Aufgaben erforderlich ist, sowie diese Informationen in ihren Verfahren verwerten. Hiervon kann grundsätzlich insbesondere die Bundesnetzagentur profitieren, da das Bundeskartellamt anders als die Bundesnetzagentur über umfassende Auskunftsbefugnisse und die Befugnis zur Durchführung einer Sektoruntersuchung verfügt. Zwischen der Bundesnetzagentur und dem Bundeskartellamt findet ein regelmäßiger Informationsaustausch statt. Die Bundesnetzagentur entscheidet zudem gemäß § 48 Satz 1 PostG im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt über die Abgrenzung sachlich und räumlich relevanter Märkte und die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung. Nach § 48 Abs. 2 PostG gibt sie dem Bundeskartellamt vor Abschluss eines Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme.

**150.** Im Hinblick auf die sich wegen der Digitalisierung bereits vollziehenden dynamischen, größtenteils disruptiven Veränderungen der Postmärkte stehen die beschränkten Auskunftsbefugnisse der Bundesnetzagentur einer effektiven Regulierung i. S. d. § 2 Abs. 2 PostG und ihrer Berichtspflichten gegenüber den gesetzgebenden Körperschaften über die Lage und Entwicklung im Postwesen gemäß § 47 Abs. 1 Satz 1 PostG sowie gegenüber der Europäischen Kommission i. S. d. § 37 PostG entgegen. Die Bundesnetzagentur ist im Rahmen ihrer regulierungsrechtlichen Zuständigkeiten nicht in der Lage, Informationen z. B. zur sachlichen Marktintegration von physisch erbrachten und elektronischen Briefdienstleistungen sowie von Paketdiensten und E-Business-Diensten von allen relevanten Marktteilnehmern auf der Nachfrage- und Angebotsseite anzufordern. Denn gemäß § 45 PostG besitzt die Bundesnetzagentur ein Auskunfts- und Prüfungsrecht nur gegenüber im Postwesen tätigen Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, nicht jedoch gegenüber Unternehmen und Vereinigungen, die nicht im Postwesen tätig sind.<sup>296</sup> Insoweit ist es der Bundesnetzagentur nicht möglich, wesentliche Marktprozesse zu beobachten und in den von ihr durchgeführten Verwaltungsverfahren alle Informationen zu erheben, die notwendig sind, um die Postmärkte entsprechend den Marktgegebenheiten abzugrenzen und effektiv zu regulieren. Im Gegensatz hierzu räumt § 59 GWB dem Bundeskartellamt eine umfassende Auskunftsbefugnis ein. Die Monopolkommission empfiehlt daher die in § 45 PostG geregelten Auskunftsbefugnisse der Bundesnetzagentur in Anlehnung an § 59 GWB anzupassen.<sup>297</sup> Damit hätte die Bundesnetzagentur etwa auch eine Auskunftsbefugnis gegenüber Großversendern von Briefen und Paketen sowie gegenüber nicht im Postwesen tätige Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen, die sie in den Grenzen der Verhältnismäßigkeit nutzen könnte.

**151.** Seit der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes (TKG) 2004 besteht außerdem Rechtsunsicherheit wegen der starren Verweisung des geltenden Postgesetzes auf die Vorschriften des 1996 in Kraft getretenen Telekommunikationsgesetzes.<sup>298</sup> Dies betrifft insbesondere die Verweisungen des § 44 Satz 2 PostG auf §§ 66 bis 71, 74 bis 81, 83 und 84 TKG 1996, die aufgrund der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes veraltet sind. Hier von betroffen ist zum einen die von der Monopolkommission zu erfüllende Berichtspflicht, welche in § 44 Satz 2 PostG i. V. m. § 81 Abs. 3 TKG 1996 geregelt ist. Nach der Änderung der Nummerierung müsste sich die Berichtspflicht der Monopolkommission nunmehr aus § 44 Satz 2 PostG i. V. m. § 121 Abs. 2 TKG ergeben. Zudem anderen

<sup>295</sup> Zur Studie zum Zugang zu Adressänderungsinformationen und Postfachanlagen vgl. Tz. 77, zum Zugang zu Teilleistungen vgl. Tz. 82 und zur Verbraucherbefragung vgl. Tz. 124 in diesem Gutachten.

<sup>296</sup> Die in der Vorschrift des § 37 PostG geregelte Berichtspflicht stellt keine selbständig nutzbare Ermächtigungsgrundlage für die BNetzA dar, sondern setzt eine informationelle Inanspruchnahme durch die Europäische Kommission voraus; Katzschmann, in: Groebel/Katzschmann/Koenig/Lemberg, Rn. § 37 D.1043.

<sup>297</sup> Tz. 24, 39 und 105 in diesem Gutachten und bereits Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 223.

<sup>298</sup> Telekommunikationsgesetz vom 22. Juni 2004, BGBl. I S. 1190, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 27. Juni 2017 (BGBl. I S. 1963) geändert worden ist, mit Telekommunikationsgesetz vom 25. Juli 1996, (BGBl. I S. 1120).

tangiert die starre Rechtsverweisung das Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission. Zwar hat der Gesetzgeber 2007 in einer weiteren Novellierung des Telekommunikationsgesetzes mit § 121 Abs. 2 Satz 3 TKG eine Vorschrift hinzugefügt, nach der die Monopolkommission Einsicht nehmen kann „in die bei der Bundesnetzagentur geführten Akten einschließlich der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, soweit dies zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlich ist.“<sup>299</sup> Das Bundesverwaltungsgericht hat gleichwohl entschieden, dass neu eingefügte Vorschriften nicht von einer zuvor bestehenden Verweisung im Postgesetz erfasst und somit von einer Anwendung ausgenommen sind.<sup>300</sup> Deshalb verwehrt die Bundesnetzagentur der Monopolkommission den Zugang zu Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthaltenden Akten. Ohne die Ausübung ihres Akteneinsichtsrechts bei der Bundesnetzagentur ist die Monopolkommission aber nur bedingt in der Lage, ihrem gesetzlichen Auftrag nachzukommen. Im Gegensatz hierzu definiert § 46 Abs. 2a GWB das Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission beim Bundeskartellamt.<sup>301</sup> Wie bereits im Gesetzentwurf zur Novellierung des Postgesetzes 2013 vorgesehen, empfiehlt die Monopolkommission zum Abbau von Rechtsunsicherheit eine Aktualisierung der Verweise des Postgesetzes auf das Telekommunikationsgesetz und die Einfügung einer Vorschrift in § 47 PostG analog zu § 121 Abs. 2 TKG, die den Gesetzesauftrag der Monopolkommission definiert.<sup>302</sup>

**152.** Wie die Monopolkommission sehen die Bundesregierung und auch die Bundesnetzagentur Bedarf an einer Ausweitung und Intensivierung der Marktbeobachtung.<sup>303</sup> Von einer umfassenderen Berichterstattung über die hoch konzentrierten Postmärkte würden die Bundesregierung, die gesetzgebenden Körperschaften und die Regulierungs- und Kartellbehörden wie auch die Vergabestellen bzw. öffentlichen Auftraggeber, Postdienstleister, Geschäftskunden und (potenzielle) Investoren profitieren.

**153.** Im Bereich lizenzpflichtiger Postdienstleistungen besteht beispielsweise wegen der von der Mindesteinlieferungsmenge abhängigen Abgrenzung der Briefmärkte in „Privatkunden“ und „Geschäftskunden“ die Notwendigkeit, getrennten Statistiken insbesondere zum Umsatzvolumen beider Briefmärkte zu führen, aus denen der für eine Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung notwendige umsatzbezogene Marktanteil abgeleitet werden kann. Gegenwärtig weist nur die DPAG in ihren jährlichen Geschäftsberichten den Gesamtumsatz und ihren umsatzbezogenen Anteil auf dem Markt für Geschäftskundenbriefe aus, wobei sie auch Umsätze von Briefsendungen über 1.000 g berücksichtigt.<sup>304</sup> Die Bundesnetzagentur könnte zusätzlich jährlich Marktdaten zu den einzelnen, den z. T. unterschiedlichen sachlich relevanten Märkten angehörenden Briefdienstleistungen veröffentlichen. Dies entspräche ihrem Vorgehen bis 2009.<sup>305</sup>

**154.** Die Veröffentlichung von regional differenzierten Statistiken durch die Bundesnetzagentur könnte in vielerlei Hinsicht sinnvoll sein. Die Bundesregierung, gesetzgebenden Körperschaften und Bundesnetzagentur könnten hierdurch wertvolle Informationen über den regionalen Bedarf an postalischen Universaldienstleistungen gewinnen. Für öffentliche Auftraggeber und Vergabestellen wären Statistiken zur regionalen Verteilung von zugestellten Briefsendungen von Interesse, um Kenntnis über die Anzahl an Briefdienstleistern, abgesehen von der DPAG, und deren Leistungsfähigkeit zu erlangen. Insbesondere wenn die Informationsasymmetrien zwischen Vergabestellen bzw. öffentlichen Auftraggebern und Briefdienstleistern über die Eignung der Briefdienstleister zur Leistungser-

<sup>299</sup> Telekommunikationsgesetz vom 18. Februar 2007 (BGBl. I S. 106).

<sup>300</sup> BVerwG, Beschluss vom 31. Januar 2006, 6 B 78.05; Beschluss vom 28. März 2006, 6 C 13.05.

<sup>301</sup> Zum Zugang der Monopolkommission zu elektronischen Daten beim Bundeskartellamt vgl. BKartA, Tätigkeitsbericht 2015/2016, BT-Drs. 18/12760 vom 15. Juni 2017, S. 24.

<sup>302</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Vierten Gesetzes zur Änderung des Postgesetzes, BR-Drs. 627/13 vom 9. August 2013; ebenfalls bereits Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 219 und 221 f.; Sondergutachten 67, a. a. O., Tz. 304 f.; Sondergutachten 62, a. a. O., Tz. 115 ff. und 172 m. w. N.

<sup>303</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 224 f.; Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 18/10040 vom 13. Oktober 2016, Rn. 91; BNetzA, Digitale Transformation in den Netzsektoren – Aktuelle Entwicklungen und regulatorische Herausforderungen, a. a. O., S. 103.

<sup>304</sup> Tz. 3 in diesem Gutachten.

<sup>305</sup> BNetzA, Zwölfte Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, Bonn 2009.

bringung abgebaut würden, könnte dies die Auftragsvergabe positiv beeinflussen und den Wettbewerb stimulieren.<sup>306</sup>

**155.** Derzeit veröffentlicht die Bundesnetzagentur gemäß ihrer Abgrenzung der Briefmärkte ausschließlich Statistiken auf Bundesebene bzw. auf der Ebene „NUTS 0“.<sup>307</sup> Stattdessen könnte die Bundesnetzagentur Statistiken z. B. auf der Ebene „NUTS II“ publizieren, d. h. auf Ebene von Regierungsbezirken. Etwasige Bedenken über die Verletzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der Briefdienstleister durch eine Veröffentlichung von Umsatz- und Absatzzahlen, die gegebenenfalls eine unternehmensspezifische Zuordnung ermöglichen, könnten dadurch beseitigt werden, dass im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2016/943/EU vorgesehen wird, dass solche Informationen den öffentlichen Auftraggebern und Vergabestellen nur auf individuelle Anfrage mitgeteilt werden können.<sup>308</sup>

**156.** Die Monopolkommission begrüßt die Bestrebung der Bundesnetzagentur, zukünftig eigene Erhebungen im Bereich nicht lizenzpflichtiger Postdienstleistungen durchzuführen.<sup>309</sup> Bislang hat die Bundesnetzagentur externe Sachverständige beauftragt, die, anders als sie selbst, über keine Auskunftsbefugnisse gegenüber Postdienstleistern verfügen. Deshalb decken deren Studien nicht den gesamten Markt ab, da kleine und innovative Dienstleister gegebenenfalls nicht erfasst werden. Die enthaltenen Statistiken sind zudem grundsätzlich anonymisiert.<sup>310</sup> Durch eine Eigenerhebung könnte die Bundesnetzagentur von ihrem Auskunfts- und Prüfungsrecht gemäß § 45 PostG Gebrauch machen, um etwa zur Lage und Entwicklung auf dem Gebiet des Postwesens gemäß § 47 Abs. 1 Satz 1 PostG Stellung zu nehmen und eine etwaige marktbeherrschende Stellung eines Dienstleisters i. S. d. § 25 Abs. 1 Satz 1 PostG feststellen zu können. Auf die Expertise externer Sachverständiger könnte sie weiterhin ergänzend zurückgreifen.

**157.** Im Hinblick auf die weitgreifenden Veränderungsprozesse im KEP-Bereich, die bislang fehlenden Legaldefinitionen relevanter KEP-Dienstleistungen und die uneinheitlichen Definitionen in der Branche könnte die Bundesnetzagentur einen Leitfaden in Kooperation mit Marktteilnehmern und -beobachtern erstellen. In diesem könnten zunächst Branchenstandards zu zentralen KEP-Dienstleistungen formuliert und später an die Marktgegebenheiten angepasst werden. Ein solcher Leitfaden könnte der Bundesnetzagentur bei der Abgrenzung der KEP-Märkte helfen und zugleich die Transparenz in den Märkten sowie bezüglich ihrer Entscheidungen erhöhen.<sup>311</sup>

**158.** Mit der Durchführung einer Sektoruntersuchung im Postwesen gemäß § 32e GWB und der Nutzung ihrer umfassenden Auskunftsbefugnisse gemäß § 59 GWB könnte das Bundeskartellamt wertvolle Informationen zu Wettbewerbsverzerrungen sammeln. Das Bundeskartellamt lehnt bislang eine Sektoruntersuchung insbesondere mit der Begründung eines fehlenden Anfangsverdachts für wettbewerbsschädigendes Verhalten der DPAG ab.<sup>312</sup>

<sup>306</sup> Öffentliche Auftraggeber und Vergabestellen haben mittelständische Interessen bei der Auftragsvergabe gemäß § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB vornehmlich zu berücksichtigen. Dies lässt sich gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB durch eine entsprechende Fragmentierung des Gesamtauftrages in mehrere Teil- und Fachlose gewährleisten, die getrennt ausgeschrieben werden. Teil- und Fachlose können dabei nach sachlichen und räumlichen Maßstäben unterschieden werden. Die Losaufteilung kann somit von der Kenntnis über die Anzahl an Briefdienstleistern und deren Leistungsbereitstellung abhängig gemacht werden. Hierzu auch Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 193.

<sup>307</sup> Die NUTS-Klassifikation (Systematik der Gebietseinheiten für die Statistik) ist ein hierarchisches System zur Untergliederung des EU-Wirtschaftsraums; Eurostat, <http://ec.europa.eu/eurostat/de/web/nuts/overview>, Abruf am 20. Juli 2017.

<sup>308</sup> Art. 1 Abs. 2 lit. b Richtlinie 2016/943/EU über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung, 8. Juni 2016, ABl. L 157/1 vom 15. Juni 2016, S. 1.

<sup>309</sup> Angabe der Bundesnetzagentur gegenüber der Monopolkommission. Vgl. hierzu die Empfehlung der Monopolkommission im letzten Sondergutachten, Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 48.

<sup>310</sup> Laut einer aktuellen Studie für die Bundesnetzagentur beträgt die Marktdeckung unter Berücksichtigung der größten KEP-Dienstleister 80 Prozent; MRU und IAL, Digitalisierung im Postmarkt: Neue Entwicklungen in den Bereichen KEP und Brief sowie deren Auswirkungen auf die Regulierung, a. a. O., S. 18.

<sup>311</sup> Zur Marktangrenzung bei KEP-Diensten; Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 30 ff.

<sup>312</sup> Vgl. etwa DVZ, Ernüchterung bei Konkurrenz der Deutsche Post, 24. Februar 2016.

Dem ist entgegenzuhalten, dass § 32e Abs. 1 GWB für eine Sektoruntersuchung die Vermutung eines eingeschränkten oder verfälschten Wettbewerbs voraussetzt und dass das Bundeskartellamt selbst in den letzten Jahren Missbrauchsverfahren gegen die DPAG geführt hat. Auch die Erwägung, dass die Marktbeobachtung und -regulierung der Postmärkte vornehmlich im Aufgabenbereich der Bundesnetzagentur und nicht in dem des Bundeskartellamtes liegt, greift wegen der parallelen Anwendung der Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen und denen des Postgesetzes gemäß § 2 Abs. 3 PostG nicht durch. Eine Sektoruntersuchung könnte sich zum einen auf die möglichen disruptiven Entwicklungen auf den Postmärkten und ihre Bedeutung für die Marktabgrenzung und zum anderen auf ein mögliches missbräuchliches Verhalten der DPAG beziehen. Die Erkenntnisse könnten in zukünftige Entgeltgenehmigungs- und Missbrauchsverfahren einfließen. Die ermittelten Informationen könnte das Bundeskartellamt mit der Bundesnetzagentur gemäß § 50c Abs. 1 GWB austauschen. Die Monopolkommission empfiehlt dem Bundeskartellamt daher auch weiterhin, mit Blick auf den eingeschränkten und zum Teil verfälschten Wettbewerb auf den Postmärkten, die bestehenden Missbrauchspotenziale und die unzureichenden Auskunftsbefugnissen der Bundesnetzagentur, eine Sektoruntersuchung durchzuführen.<sup>313</sup>

### 2.1.7 Anteilseignerschaft des Bundes bevorteilt Deutsche Post AG

**159.** Seit Jahren weist die Monopolkommission auf einen bestehenden Interessenkonflikt des Bundes durch dessen Anteilseignerschaft bei der DPAG hin.<sup>314</sup> Der Bund gestaltet maßgeblich den Ordnungsrahmen für die Postmärkte. Federführend ist insofern das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, das unmittelbar die Post-Entgeltregulierungsverordnung und die Post-Universaldienstleistungsverordnung erlassen sowie mittelbar durch ins Parlament eingebrachte Entwürfe das Postgesetz modifizieren kann. Ferner übt das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie die Aufsicht über die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt aus, die für die öffentliche Rechtsdurchsetzung verantwortlich sind und dadurch wesentlich die Entwicklungen auf den Postmärkten beeinflussen. Dasselbe gilt für das Bundesministerium für Finanzen die Aufsicht hinsichtlich der Aufsicht über das BZSt.

**160.** Zugleich hält der Bund über die KfW Bankengruppe derzeit noch ca. 254 Mio. Aktien bzw. 20,9 Prozent am Grundkapital der DPAG.<sup>315</sup> Der Marktwert des Aktienbestandes des Bundes beläuft sich Mitte November 2017 auf ca. EUR 10 Mrd.<sup>316</sup> Dabei besteht für den Bund als Anteilseigner ein Interesse an marktüblichen Dividenden sowie an der zukünftigen Ertragskraft der DPAG, zumal die ausgeschütteten Dividenden zu einer Entlastung des Bundeshaushaltes führen. Gäbe es ein solches Interesse nicht, bestünde ein Risiko von Verstößen gegen das Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV und gegen die Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit nach Art. 114 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz, § 6 Haushaltsgrundsätzegesetz und § 7 Bundeshaushaltsordnung.

**161.** Die DPAG profitiert von der Beteiligung des Bundes, was den Wettbewerb auf den Postmärkten erheblich verzerrt. So wirkt sich die Anteilseignerschaft des Bundes positiv auf die Bewertung der Bonität und damit auf die Refinanzierungskonditionen der DPAG aus.<sup>317</sup> Die ohnehin mit einer hohen Finanzkraft ausgestatteten DPAG erfährt somit gegenüber ihren Wettbewerbern auf den Postmärkten eine zusätzliche Unterstützung durch den Bund.

<sup>313</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 226.

<sup>314</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 241 ff.; Sondergutachten 67, a. a. O., Tz. 243 f. und Tz. 329; Sondergutachten 62, a. a. O., Tz. 123.

<sup>315</sup> Bundesministerium der Finanzen, Beteiligungen des Bundes – Beteiligungsbericht 2016, 22. Februar 2017, S. 38; DPAG, <http://www.dpdhl.com/de/investoren/aktie/aktionarsstruktur.html>, Abruf am 20. Juli 2017.

<sup>316</sup> Die Marktkapitalisierung der DPAG beträgt bei einem Aktienkurs von EUR 39,65 (Stand: 21. November 2017, Schlusskurs Xetra) und einem Volumen gehandelter Aktien von 1.213.640.151 ca. EUR 48,12 Mrd.

<sup>317</sup> Moody's Investor Service, Deutsche Post AG: Update Following Recent Affirmation at A3, 14. September 2016, S. 1: "In addition, Deutsche Post's overall rating is driven by our assessment of the default dependence between the group and the German state, and of the probability of Deutsche Post receiving government support in the event of need, which results in a one-notch uplift from the baseline credit assessment (BCA) of baa1." Zudem bewertet es FitchRatings als positiv, dass die Aktionärsstruktur der DPAG konzentriert ist; FitchRatings, Full Rating Report, Deutsche Post AG, 7. November 2016, S. 9.

**162.** Die Bundesregierung teilt auch weiterhin nicht die von der Monopolkommission wiederholt geäußerte Sorge, dass die Aufgabe des Bundes als Regulierer und die an einer Dividendenausschüttung interessierten Eigentümerstellung zu Interessenkonflikten führen.<sup>318</sup> Entscheidungen der Bundesregierung, die den Umgang mit Beteiligungen des Bundes tangieren, würden ausschließlich nach fachlichen Kriterien getroffen. Sollten im Einzelfall etwaige Interessenkonflikte zu Tage treten, wären diese nach Auffassung der Bundesregierung nach den einschlägigen Vorschriften zu behandeln.

**163.** Die Monopolkommission bezweifelt keineswegs, dass die Entscheidungen der Bundesregierung bezüglich ihrer Beteiligungen nicht ausschließlich nach fachlichen Kriterien getroffen werden. Ein Interessenkonflikt besteht aber ungeachtet dessen fort. Die Monopolkommission empfiehlt der Bundesregierung somit auch weiterhin, die Anteil des Bundes an der DPAG vollständig zu veräußern.

## 2.2 International

### 2.2.1 Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste ist ineffektiv

**164.** Die Europäische Kommission hatte am 25. Mai 2016 einen Entwurf einer Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste veröffentlicht.<sup>319</sup> Die Verordnung ist Bestandteil eines Maßnahmenpakets zur Stimulierung des grenzüberschreitenden Online-Handels in Europa mit dem übergeordneten Ziel einer Vollendung eines digitalen Binnenmarktes.<sup>320</sup> Mit dem ursprünglichen Entwurf der Verordnung hatte die Europäische Kommission bezweckt, die Regulierungsaufsicht über Paketzustelldienste wirksamer zu gestalten, die Transparenz der Tarife und Endgebühren für bestimmte grenzüberschreitende Paketzustelldienste zu erhöhen, die Erschwinglichkeit bestimmter grenzüberschreitender Tarife zu bewerten sowie einen transparenten und nicht diskriminierenden Zugang zur Infrastruktur der nationalen Postgesellschaften bzw. Universaldienstleister für grenzüberschreitende Paketzustelldienste sicherzustellen. Die Europäische Kommission hatte sich zeitgleich mit der Veröffentlichung des Entwurfs zunächst ausdrücklich gegen eine Preisregulierung ausgesprochen.<sup>321</sup>

**165.** Der ursprüngliche Entwurf ist mittlerweile mehrmals überarbeitet worden und befindet sich weiterhin in Konsultation.<sup>322</sup> Der aktuelle öffentlich zugängliche Entwurf datiert vom 31. Mai 2017.<sup>323</sup> Die mit einem Entwurf ursprünglich verfolgten Ziele haben sich im Zuge der Überarbeitung geändert. Denn mit dem aktuellen Entwurf soll nunmehr nur noch eine Verbesserung der Regulierungsaufsicht und einer Erhöhung der Transparenz von Tarifen für grenzüberschreitende Paketdienste bewirkt werden. Hierdurch sollen weiterhin die Marktbedingungen verbessert, die Wettbewerbsintensität erhöht und ungerechtfertigte Preisunterschiede zwischen in- und grenz-

<sup>318</sup> Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 18/10040 vom 13. Oktober 2016, Rn. 161 f.

<sup>319</sup> EU-Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste, COM(2016) 285 final vom 25. Mai 2016.

<sup>320</sup> Zu einer Übersicht über alle Maßnahmen vgl. EU-Kommission, IP/16/1887, Pressemitteilung vom 25. Mai 2016; Tz. 47 in diesem Gutachten.

<sup>321</sup> EU-Kommission, Den Online-Handel in der EU ankurbeln, Factsheet, 25. Mai 2016.

<sup>322</sup> Der ursprüngliche Entwurf ist insoweit begrüßt worden, als dass dieser prinzipiell zu einer höheren Preis- und Markttransparenz sowie zu einer intensiveren Kooperation zwischen Paketdienstleistungen beitragen könne. An der Effektivität dieses Entwurfsvorschlages ist aber gemeinhin gezwifelt worden, weshalb unisono Änderungen gefordert worden sind; vgl. etwa ERGP, Technical input paper on the European Commission's „Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on cross-border parcel delivery services“, 9. November 2016; Dieke, A., Completing the Internal Market for Parcel Delivery and E-Commerce – State of Play and Possible Reforms, In-Depth Analysis for the IMCO Committee, September 2016. Demgegenüber haben etwa die DPAG und andere nationale Postgesellschaften den Entwurf grundsätzlich in Frage gestellt. Ihrer Auffassung nach bestehe keine Notwendigkeit für Markteingriffe und einer zusätzlichen Regulierung; Wrap-up from stakeholder workshop on the European Regulators Group for Postal Services (ERGP) mid-term strategy (Pravets, 30/06/2016), <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/20629/attachments/4/translations/>, Abruf am 24. Juli 2017 und Post Europe, PostEurop position paper on the ERGP Medium Term Strategy 2017-2019 Discussion Paper for Public Consultation, 22. Juni 2016.

<sup>323</sup> Rat der Europäischen Union, Vorschlag für eine Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste, 9674/17 vom 31. Mai 2017.

überschreitenden Paketdiensten abgebaut werden. Dagegen sollen nicht mehr – wie ursprünglich vorgesehen – einheitliche Rahmenbedingungen für die Erbringung grenzüberschreitender Paketdienstleistungen zum Zwecke einer „Ankurbelung des Wettbewerbs“ geschaffen werden. Auf Bestrebungen der EU-Mitgliedstaaten hin soll die Gewährleistung eines transparenten und nicht diskriminierenden Zugangs Dritter zur postalischen Infrastruktur der Universaldienstleister im Land des Empfängers und zu multilateralen Vereinbarungen der Universaldienstleister ersatzlos gestrichen worden sein.<sup>324</sup>

**166.** Im aktuellen Entwurf vom Mai 2017 sind in Art. 2 i. V. m. Erwägungsgrund 8 konkrete Begriffsbestimmungen von Paketen und Paketzustelldiensten enthalten.<sup>325</sup> Danach ist ein Paket eine Postsendung mit einer Dicke von mehr als 20 Millimeter und einem Höchstgewicht von 31,5 kg, soweit es keine Briefsendung ist.<sup>326</sup> Paketzustelldienste umfassen die Abholung, Sortierung und Zustellung von Paketen, einschließlich Leistungen im Zusammenhang mit der Abholung durch den Empfänger.<sup>327</sup> Hierzu zählen auch Anbieter, die alternative Geschäftsmodelle z. B. E-Commerce-Plattformen zum Zwecke der Paketzustellung nutzen. Von dieser Verordnung ausgenommen sind nach dem Entwurf dagegen Unternehmen, die nur über inländische Zustellnetze verfügen, um selbst verkaufte Waren zuzustellen. Im Gegensatz hierzu fallen Anbieter unter diese Verordnung, die über eigene inländische Zustellnetze von Dritten verkaufte Waren zustellen.

**167.** Zur Verbesserung der Regulierungsaufsicht sieht Art. 3 i. V. m. Erwägungsgründen 11a und 12 Informationspflichten für die Paketdienstleister vor.<sup>328</sup> Paketdienstleistern mit mindestens 50 Beschäftigten und grundsätzlich auch deren Subunternehmer sollen der jeweiligen nationalen Regulierungsbehörde jährlich sowohl grundlegende Unternehmensinformationen (z. B. über die Art der erbrachten Dienste, d. h. Konsolidierung, Sortierung, Beförderung und Zustellung) wie auch operative Kennzahlen (z. B. den Jahresumsatz, Anzahl der Beschäftigten und die Anzahl der Postsendungen außer Briefsendungen und Sendungen mit höchstens 31,5 kg) übermitteln. Dabei haben sie die Daten zum einen dahin gehend räumlich aufzuschlüsseln, inwieweit sie die Dienste regional, landesweit und grenzüberschreitend erbracht haben. Zum anderen haben sie die Daten dahin gehend sachlich aufzuschlüsseln, inwieweit diese Post-Universaldienstleistungen und Mehrwertdienste (z. B. „Sendungsverfolgung“ und „Einschreiben“) sind. Den Paketdienstleistern soll es freigestellt werden, Tarife zu übermitteln. Die nationalen Regulierungsbehörden sollen ermächtigt werden, über die zu übermittelnden hinaus gehende Informationen anfordern zu können.

<sup>324</sup> Europäischer Rat, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on cross-border parcel delivery services – Progress report, 14401/16 vom 18. November 2016, S. 8 f.

<sup>325</sup> In diesem Teilkapitel wird die Vergütung von Beförderungsleistungen der nationalen Postgesellschaften, die größtenteils – z. B. abgesehen von der DPAG – einer gesetzlichen Verpflichtung zur Erbringung von Universaldienstleistungen unterliegen und deswegen als Universaldienstleister bezeichnet werden, als Tarife und die von privaten Paketdienstleistern als Preise bezeichnet. Universaldienstleister werden im aktuellen Entwurf, Erwägungsgrund 5a, wie folgt definiert: „Universal service provider refers to a postal operator that provides a universal postal service or parts thereof within a specific Member State. Universal service providers who operate in more than one Member State should be classified as a universal service provider only in the Member State(s) in which they provide a universal postal service“.

<sup>326</sup> Anders als Pakete bzw. Paketsendungen ist eine Briefsendung bereits in Art. 2 Nr. 7 Richtlinie 97/67/EG definiert. Danach ist eine Briefsendung eine Mitteilung in schriftlicher Form auf einem physischen Träger jeglicher Art, die befördert und an die vom Absender auf der Sendung selbst oder ihrer Verpackung angegebene Anschrift zugestellt wird; Bücher, Kataloge, Zeitungen und Zeitschriften gelten nicht als Briefsendungen.

<sup>327</sup> Der reine Transport, der nicht in Verbindung mit diesen Dienstleistungen erfolgt, zählt nicht als Paketzustelldienst.

<sup>328</sup> Nach Art. 3 Abs. 7 i. V. m. Art. 22a der EU-Postdienstrichtlinie umfasst der Universaldienst Inlandsleistungen sowie grenzüberschreitende Leistungen. Die Mitgliedsstaaten sind dazu verpflichtet sicherzustellen, dass die Postdiensteanbieter insbesondere den nationalen Regulierungsbehörden alle Informationen, einschließlich finanzieller Angaben und Angaben zur Bereitstellung des Universaldienstes, liefern. Trotzdem verfügen nicht alle Regulierungsbehörden der EU-Mitgliedsstaaten über dieselben Auskunftsbefugnisse. Zudem konzentriert sich die Datenerhebung bei den meisten Regulierungsbehörden auf die zum Universaldienst gehörenden Briefdiensten; ERGP, European cross-border e-commerce parcels delivery 2014 ERGP opinion to the European Commission on a better understanding of European cross-border e-commerce parcels delivery markets and the functioning of competition on these markets, 4. Dezember 2015, S. 22 ff.

**168.** Zur Schaffung von mehr Markttransparenz bei grenzüberschreitenden Paketpreisen sollen gemäß Art. 4 grundsätzlich alle Paketdienstleister mit mindestens 50 Beschäftigten, die grenzüberschreitende Paketdienstleistungen anbieten, der nationalen Regulierungsbehörde Tarife für die inländische und grenzüberschreitende Beförderung von in 15 Kategorien unterteilten Postsendungen mit einem Gewicht von zwischen 500 g und 5 kg inklusive jeglicher Sondernachlässe übermitteln. Paketdienstleister, die mehr als eine Postdienstleistung in einer Kategorie anbieten, sollen den günstigsten Tarif melden können. Von dieser Verordnung werden nur Tarife für Einzelsendungen erfasst, Tarife für Massensendungen sind hiervon ausgenommen. Die Regulierungsbehörden haben danach die Tarife an die Europäische Kommission zu übermitteln, die anschließend die Tarife veröffentlichen soll.

**169.** Zur Bewertung der Angemessenheit der grenzüberschreitenden Paketpreise sieht Art. 5 des aktuellen Entwurfs vor, dass die nationalen Regulierungsbehörden Tarife der Universaldienstleister für ausgehende grenzüberschreitende Postsendungen nur dann eingehend prüfen sollen, soweit sie diese als für zu hoch ansehen und soweit diese Universaldienstleistungen sind. Hierzu sollen die Regulierungsbehörden zunächst eine Vorabprüfung für alle Tarife für die grenzüberschreitende Beförderung der in die 15 Kategorien unterteilten Postsendungen vornehmen. Dem aktuellen Entwurf nach könnte der insoweit nicht vorgegebene Schwellenwert in der Vorabprüfung z. B. ein spezifischer Anteil an den höchsten innerhalb der Europäischen Union veranschlagten Tarife oder die Summe der inländischen Tarife im Bestimmungs- und im Einlieferungsland sein. Die Europäische Kommission plant für die Durchführung der Vorabprüfung eine Veröffentlichung von Leitlinien. Sollten die Regulierungsbehörden die Tarife als für zu hoch einschätzen, sind eingehende Prüfungen einzuleiten. Danach sollen die Regulierungsbehörden Prüfungen auf Grundlage von Einheitstarifen, die in mehr als zwei EU-Mitgliedstaaten zur Anwendung kommen, und von inländischen Tarifen im Bestimmungs- und im Einlieferungsland durchführen. Des Weiteren sollen die Prüfungen auf bilateralen Sendungsvolumina, Kosten und Qualitätsstandards basieren. Zudem werden den nationalen Regulierungsbehörden hierfür umfassende Auskunftsbefugnisse gegenüber ihren jeweiligen nationalen Universaldienstleistern eingeräumt. Die Regulierungsbehörden sollen ihre Prüfungsberichte an die Europäische Kommission und auf Anfrage an die Regulierungsbehörden der anderen EU-Mitgliedsstaaten übermitteln.

**170.** In dem aktuellen Entwurf sind keine Sanktionsvorschriften ausformuliert worden. Stattdessen werden die EU-Mitgliedsstaaten nach Art. 7 dazu verpflichtet, Vorschriften für Sanktionen selbst festzulegen. Die einzige Vorgabe ist, dass die Sanktionen einen wirksamen, verhältnismäßigen und abschreckenden Charakter haben müssen. Nach Art. 10 haben sie die Vorschriften binnen eineinhalb Jahre nach Inkrafttreten der zugrunde liegenden Verordnung festzulegen.

**171.** Des Weiteren soll die Anwendungspraxis der Verordnung kontinuierlich evaluiert werden. Die Europäische Kommission hat gemäß Art. 8 einen Bericht über die Anwendung dieser Verordnung erstmalig zwei Jahre nach Inkrafttreten dieser Verordnung und anschließend alle zwei Jahre anzufertigen und dem Europäischen Rat, dem Europäischen Parlament und dem Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss vorzulegen.

**172.** Die Monopolkommission begrüßt grundsätzlich die Bestrebung der Europäischen Kommission mit einer Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste, die Transparenz bei grenzüberschreitenden Paketdiensten zur Förderung des grenzüberschreitenden Online-Handels zu erhöhen. Eine Forcierung einer räumlichen Marktintegration hin zu einem Binnenmarkt für Paketzustellungen könnte prinzipiell zu einer Intensivierung des Wettbewerbs zwischen den Paketdienstleistern insbesondere in Deutschland, wo der Online-Handel stark wächst, führen. Dadurch könnten die Qualität und Quantität der Dienstleistungen, die nach Art. 3 Abs. 7 EU-Postdienstleistungsrichtlinie und § 1 Abs. 4 PUDLV Post-Universaldienstleistungen darstellen, im Zuge von Produktivitätssteigerungen erhöht und Preissenkungen veranlasst werden. Hierdurch könnten insbesondere Verbraucher sowie kleine und mittelgroße Online-Händler Anreize zum grenzüberschreitenden Online-Handel erhalten.

**173.** Die Monopolkommission bewertet den aktuellen Entwurf der Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste gleichwohl als nicht ausreichend. Ihrer Auffassung nach werden von der Verordnung keine signifikanten Impulse für den Wettbewerb bei grenzüberschreitenden Paketzustelldiensten und damit für den grenzüberschreitenden Online-Handel ausgehen. Denn es dürfte für eine Stimulierung des grenzüberschreitenden Online-Handels nicht ausreichen, „nur“ die Preistransparenz bei grenzüberschreitenden Paketzustelldiensten zu er-

höhen. Daneben erscheint es erforderlich, gleiche Wettbewerbsbedingungen für Paketdienstleister zu schaffen, Tarife bzw. Preise für Massensendungen zu prüfen und die Entwicklung von Versandkosten zu beobachten.

**174.** Aus Sicht der Monopolkommission schafft der aktuelle Entwurf der Verordnung insbesondere keine einheitlichen Rahmenbedingungen für den Wettbewerb bei grenzüberschreitenden Paketzustelldiensten. Wesentliche Voraussetzung für einen funktionsfähigen Wettbewerb wäre, dass (potenzielle) Wettbewerber der Universaldienstleister einen transparenten und nicht diskriminierenden Zugang zur postalischen Infrastruktur der Universaldienstleister im Bestimmungsland und zu Vereinbarungen der Universaldienstleister über die Endvergütungen für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen erhalten. Gegenwärtig können Wettbewerber zwar über bilaterale Vereinbarungen einen Zugang zur postalischen Infrastruktur der Universaldienstleister erlangen. Jedoch ist wegen der fehlenden Transparenz nicht überprüfbar, ob ihnen dieser diskriminierungsfrei gewährt wird. Die Monopolkommission spricht sich unter anderem deswegen für eine kartellrechtliche Prüfung der Vereinbarungen der Universaldienstleister der EU-Mitgliedsstaaten über die Endvergütungen für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen durch die Europäische Kommission aus, soweit diese den Binnenmarkt betreffen.<sup>329</sup>

**175.** Die Verordnung sollte außerdem eindeutige Vorgaben zur Prüfung der Erschwinglichkeit der Tarife für grenzüberschreitende Postdienstleistungen machen. Andernfalls ergäbe sich ein großer Interpretationsspielraum für die nationalen Regulierungsbehörden, der zu unterschiedlichen Bewertungen und damit womöglich zu Verzerrungen im Wettbewerb bei grenzüberschreitenden Postdiensten führen könnte. Es bietet sich an, sich an Art. 12 EU-Postdienterichtlinie zu orientieren, wonach Tarife für die einzelnen Universaldienstleistungen erschwinglich, kostenorientiert, transparent und nicht diskriminierend sein sollen. Darauf gründend könnte die Erschwinglichkeit von Tarifen anhand des in Deutschland zur Anwendung kommenden Kostenmaßstabs KeL bemessen werden, der neben der Erfassung aller relevanten Kostenfaktoren auch einen Gewinnzuschlag vorsieht.

**176.** Ungeachtet dessen dürfte sich eine sachgemäße Prüfung der Erschwinglichkeit von Tarifen bereits dahingehend problematisch gestalten, als wesentliche Bestandteile der Tarife höchstwahrscheinlich selbst nicht kostenorientiert sind. Die Endvergütungen, die Universaldienstleister einander für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen zahlen, sind allen Indizien nach nicht kostenorientiert.<sup>330</sup> Demnach bedarf es für eine Prüfung der Erschwinglichkeit von Tarifen zuvor einer Prüfung der Endvergütungen. Die Endvergütungen müssen nun aber nicht mehr wie im ursprünglichen Entwurf den nationalen Regulierungsbehörden übermittelt werden. Zwar sieht die Verordnung Auskunftsbefugnisse für die Regulierungsbehörden gegenüber ihren nationalen Universaldienstleistern vor. Jedoch ist fraglich, inwieweit sich diese auch auf ausländische Universaldienstleister erstrecken. Dem Wortlaut nach könnten die nationalen Regulierungsbehörden Informationen über Tarife sowie Kosten etc. der ausländischen Universaldienstleister nur über den jeweils nationalen Universaldienstleister bekommen. Die Auskunftsbefugnisse sollten eindeutig und in Bezug auf die Erfüllung der sich aus der Verordnung ergebenden Pflichten für die nationalen Regulierungsbehörden umfassend sein. Dies ist erforderlich, um nicht Rechtsunsicherheit zu schaffen und eine Prüfung der Endvergütungen zu gewährleisten. Bei der Prüfung der Endvergütungen sollte die Europäische Kommission mit eingebunden werden.<sup>331</sup>

**177.** Des Weiteren wird die Prüfung der Erschwinglichkeit dadurch erschwert, dass Universaldienstleister, die mehr als ein Sendungsprodukt je vorgegebene Kategorie von Postsendungen anbieten, den Regulierungsbehörden nur den niedrigsten Tarif übermitteln müssen. Dies könnte die Vergleichbarkeit der inländischen und ausländischen Postsendungsdienstleistungen und deren Tarife beeinträchtigen. Zur Gewährleistung der Vergleichbarkeit sollten vielmehr alle Tarife gemeldet werden, soweit sie unter die Verordnung fallen.

**178.** Zu kritisieren ist ferner, dass die Berichte der Regulierungsbehörden über die Prüfung der Erschwinglichkeit nicht auch an die Kartellbehörden übermittelt werden sollen. Gerade im Hinblick auf die Intransparenz und die

<sup>329</sup> Tz. 220 in diesem Gutachten.

<sup>330</sup> Abschnitt 2.2.2 und insbesondere Tz. 199 ff. in diesem Gutachten.

<sup>331</sup> 174 in diesem Gutachten.

Missbrauchspotenziale im Postsektor wären ein umfänglicher Informationsaustausch und eine intensive Zusammenarbeit zwischen Regulierungs- und Kartellbehörden notwendig.

**179.** Da sich die Erschwinglichkeitsprüfung ausschließlich auf die Tarife der Universaldienstleister konzentrieren soll, scheint zumindest in Bezug auf Deutschland unklar, welche Tarife von welchen Postdienstleistern überhaupt einer Erschwinglichkeitsprüfung unterzogen werden sollen. Denn anders als in allen anderen Ländern erbringen die Postdienstleister in Deutschland gemeinsam und ohne gesetzliche Verpflichtung Universaldienstleistungen. Dem Wortlaut der Verordnung nach könnte die Erschwinglichkeitsprüfung alle Postdienstleister betreffen, die grenzüberschreitende Postdienstleistungen anbieten.

**180.** Für den Fall, dass die Verordnung erlassen wird, empfiehlt die Monopolkommission den gesetzgebenden Körperschaften, Verstöße gegen die Verordnung als Ordnungswidrigkeiten zu behandeln und sie von der Bundesnetzagentur als zuständige Behörde mit Bußgeldern sanktionieren zu lassen. Eine Orientierung an dem Sanktionsrahmen nach dem geltenden Postgesetz ist wegen dessen äußerst begrenzter Wirksamkeit nicht zu empfehlen.<sup>332</sup> Es bietet sich bei der Bestimmung der angemessenen Höhe von Bußgeldern vielmehr an, sich am Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und an Art. 23 VO 1/2003 zu orientieren. Hiernach richtet sich das verhängte Bußgeld nach der Schwere und Dauer des Verstoßes und kann bis zu 10 Prozent des weltweiten Jahresumsatzes des vorausgegangenen Geschäftsjahres des Unternehmens oder der Unternehmensvereinigung betragen. Zudem können Ordnungswidrigkeiten von natürlichen Personen mit einer Geldbuße bis zu EUR 1 Mio. geahndet werden. Der Bundesnetzagentur sollte darüber hinaus die Befugnis zur Verhängung von Zwangsmitteln nach den Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes eingeräumt werden, damit sie zeitnah die ihr aus der Verordnung auferlegten Pflichten durchsetzen kann. Es ist darauf hinzuweisen, dass in dem Zeitraum zwischen dem Inkrafttreten der Verordnung und der Implementierung eines Sanktionsrahmens in nationales Recht etwaige Verstöße gegen die Verordnung nicht sanktioniert werden können. Aus diesem Grund bedarf es einer umgehenden Ausarbeitung des Sanktionsrahmens.

**181.** Zur Stimulierung des Wettbewerbs bei grenzüberschreitenden Paketzustelldiensten und damit des grenzüberschreitenden Online-Handels ist es darüber hinaus geboten, die Preise bzw. Tarife für die grenzüberschreitende Beförderung von Massensendungen zur Beurteilung ihrer Erschwinglichkeit zu erheben. Vor allem für die Universaldienstleister besteht ein Anreiz zum Missbrauch ihrer meist marktbeherrschenden Marktstellung und der vorherrschenden Markttransparenz, indem sie unangemessen hohe Rabatte für die Einlieferung großer Sendungsmengen gewähren. Aus pragmatischen Gründen könnten die Paketdienstleister, soweit sie marktbeherrschend sind, zur Übermittlung der durchschnittlichen Preise für die grenzüberschreitende Beförderung von Massensendungen verpflichtet werden, die sie in bilateralen Verhandlungen mit ihren Großkunden vereinbaren.<sup>333</sup> Es würde sich aufgrund der zunehmenden Marktintegration von Online-Handel und Paketdiensten anbieten, dass die nationalen Regulierungsbehörden mit einer derartigen Marktbeobachtung betraut werden.<sup>334</sup> Hierfür müssten die Auskunftsbefugnisse der nationalen Regulierungsbehörden, die sich bislang auf Postdienstleister beschränken, auf nicht im Postwesen tätige Unternehmen und Vereinigungen sowie auf Großversender erweitert werden. Eine solche Ausweitung der Auskunftsbefugnisse könnte den Regulierungsbehörden generell bei der Regulierung der Postmärkte im Hinblick auf die zunehmende Digitalisierung helfen.

## 2.2.2 Internationale Organisationen

### 2.2.2.1 Weltpostverein beeinflusst insbesondere außereuropäischen Postverkehr

**182.** Trotz der politischen Bestrebung zur Errichtung eines europäischen Binnenmarktes bedarf es für die Zustellung grenzüberschreitender Brief- und Paketsendungen oftmals der Inanspruchnahme von Teilleistungen der je-

<sup>332</sup> Abschnitt 2.1.3 in diesem Gutachten.

<sup>333</sup> WIK-Consult, Design and development of initiatives to support the growth of e-commerce via better functioning parcel delivery systems in Europe, August 2014, S. 141.

<sup>334</sup> Abschnitt 1.1.2.2 in diesem Gutachten.

weils über landesweite Postnetze verfügenden nationalen Postgesellschaften. Demnach können grenzüberschreitende Universaldienstleistungen i. S. d. Art. 3 Abs. 7 EU-Postdienstrichtlinie und § 1 Abs. 4 PUDLV nur in Zusammenarbeit mit ausländischen Postgesellschaften erbracht werden. Die grundsätzlichen Regeln für den internationalen Postverkehr werden im Weltpostverein festgelegt.<sup>335</sup> Der Weltpostverein ist eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen, der insbesondere die Förderung der Kommunikation zwischen Privatpersonen und der Herstellung eines einheitlichen Postmarktes als Ziele verfolgt.<sup>336</sup> In den Gremien des Weltpostvereins vertreten Abgesandte der Regierungen der einzelnen Mitgliedsstaaten die nationalen Interessen. In diesen entscheiden sie zum einen über regulatorische und zwischenstaatliche Sachverhalte wie z. B. die Benennung nationaler Postgesellschaften bzw. Universaldienstleister als sog. Designated Operators und die Festlegung von Regeln für die zwischenstaatliche Sendungsbeförderung. Zum anderen entscheiden sie über operative Angelegenheiten wie z. B. über die Vergütung der designierten Universaldienstleister für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen und über technische sowie logistische Standards für die Sendungsbeförderung<sup>337</sup> innerhalb der Netze der designierten Universaldienstleister. Unterstützt werden sie dabei von Vertretern der von den nationalen Regierungen jeweils benannten Universaldienstleister.

**183.** Die Regeln des Weltpostvereins gelten exklusiv für den grenzüberschreitenden Postverkehr der designierten Universaldienstleister. Nach den Statuten des Weltpostvereins können die designierten Universaldienstleister zusätzlich gesonderte Vereinbarungen treffen.<sup>338</sup> Die Aufsichtsfunktion über die Einhaltung der Vorschriften nimmt der Weltpostverein selbst wahr.<sup>339</sup> Wegen kartellrechtlichen Überprüfungen, die Anfang der 1990er Jahre in Bezug auf die Vereinbarungen über die Vergütungen für den innereuropäischen Postverkehr zwischen sechs europäischen Postverwaltungen vorgenommen wurden, finden die Vergütungsregelungen des Weltpostvereins in Europa überwiegend keine Anwendung.<sup>340</sup> Für den Postverkehr zwischen europäischen und nicht-europäischen Universaldienstleistern sollen die Vergütungsregelungen des Weltpostvereins gleichwohl zur Anwendung kommen.<sup>341</sup>

**184.** Für die Bundesrepublik Deutschland nimmt einzig die DPAG als Designated Operator die Rechte und Pflichten im Weltpostverein wahr. Rechtsgrundlage ist Art. 4 Abs. 1 Satz 1 Gesetz zu den Verträgen vom 15. September 1999 des Weltpostvereins (WPostVtr1999G).<sup>342</sup> Von der Ermächtigung nach Art. 4 Abs. 2 Satz 3 WPostVtr1999G, durch eine Rechtsverordnung die erforderlichen Einzelheiten der Zulassung zum Weltpostverein einschließlich des Auswahlverfahrens zu bestimmen, hat das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie bislang keinen Gebrauch gemacht. Nach den Statuten des Weltpostvereins ist eine Benennung mehrerer Designated Operators nicht ausgeschlossen.

<sup>335</sup> Der Großteil der Beförderung grenzüberschreitender Briefsendungen weltweit erfolgt zwischen Industrieländern; UNCTAD, In Search of Cross-border E-commerce Trade Data, April 2016, S. 14 ff. Dies ist weitere empirische Evidenz dafür, dass Außenhandel vor allem zwischen Unternehmen aus Ländern mit einem ähnlich hohen Wirtschaftsniveau stattfindet; WTO, World Trade Statistical Review 2016, 21. Juli 2016. Theoretisch fundiert wird ein solcher intrasektoraler Handel grundlegend durch Melitz, M., The impact of trade on aggregate industry productivity and intra-industry reallocations, *Econometrica* 71(6), 2003, S. 1695-1725.

<sup>336</sup> Weltpostverein, Präambel, Weltpostvertrag 2016.

<sup>337</sup> Weltpostverein, <http://www.upu.int/en/activities/standards/upu-technical-standards.html>, Abruf am 2. Oktober 2017.

<sup>338</sup> Weltpostverein, Art. 8 Abs. 1 Satzung des Weltpostvereins 2016: "... designated operators may make Special Agreements concerning the international postal service, provided that they do not introduce provisions less favorable to the public than those provided for by the Acts."

<sup>339</sup> Weltpostverein, Art. 135.2 Allgemeine Bestimmungen des Weltpostvereins: "... the International Bureau shall see that the Special Agreements do not include conditions less favorable to the public than those which are provided for in the Acts of the Union." Das International Bureau ist die Hauptzentrale des Weltpostvereins. Dem Weltpostverein wird dennoch die Aufsichtskompetenz insbesondere über Vereinbarungen zwischen den designierten Universaldienstleistern und Dritten abgesprochen; Vivet, E./Leray, R., Is the Universal Postal Union still relevant?, in Crew, M./Parcu, P. L./Brennan, T. (Hrsg.), *The Changing Postal and Delivery Sector – Towards a Renaissance*, a. a. O., S. 342.

<sup>340</sup> Tz. 194 ff. in diesem Gutachten.

<sup>341</sup> Dieke, A./Niederprüm, A./Thiele, S., UPU-Endvergütungen und internationaler E-Commerce, WIK-Diskussionspapier Nr. 412, 2016.

<sup>342</sup> Gesetz zu den Verträgen vom 15. September 1999 des Weltpostvereins vom 18. Juni 2002, BGBl. 2002 II S. 1446, zuletzt geändert durch Art. 455 der Verordnung vom 31. August 2015, BGBl. I S. 1474.

**185.** Der Weltpostverein hat ein Vergütungssystem für den grenzüberschreitenden Postverkehr zwischen den Mitgliedsstaaten erlassen. Dieses System gibt die Entgelte vor, die designierte Universaldienstleister, die zunächst für die Beförderung der ausgehenden grenzüberschreitenden Postsendungen im Einlieferungsland verantwortlich sind, an andere designierte Universaldienstleister für die Beförderung der eingehenden grenzüberschreitenden Postsendungen im Bestimmungsland zu entrichten haben. Das Vergütungssystem ist insoweit ein Transferzahlungssystem zwischen designierten Universaldienstleistern für die Erbringung von Teilleistungen, in dem Fall die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen. Die Endvergütungen bzw. Entgelte für Briefsendungen werden als „Terminal Dues“, die für Paketsendungen als „Inward Land Rates“ bezeichnet. Als Briefsendungen gelten Sendungen mit einem Gewicht von bis zu 2 kg, während Sendungen mit einem Gewicht von 2 kg bis 20 kg als Paketsendungen abgerechnet werden. Die Gebühren für den Transit und die Luftbeförderung sind separat geregelt. Die Kosten für die Konsolidierung der ausgehenden grenzüberschreitenden Postsendungen werden hingegen nicht vorgegeben, sondern unterliegen der eigenen Preissetzung des designierten Universaldienstleiters oder der nationalen Entgeltregulierung.

**186.** Das Vergütungssystem für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Briefsendungen ist mehrgliedrig aufgebaut orientiert an der Wirtschaftskraft der Mitgliedsstaaten des Weltpostvereins.<sup>343</sup> Terminal Dues für Briefsendungen zwischen Industrie- und ausgewählten Schwellenländern werden nach dem sog. Zielsystem (target system), Terminal Dues für Briefsendungen zu, von und zwischen Schwellen- und Entwicklungsländern werden dagegen nach dem sog. Übergangssystem (transitional system) kalkuliert. Im Zielsystem werden die Mitgliedsstaaten weiter nach Dauer der Zugehörigkeit zum selbigen System gruppiert.<sup>344</sup> Die Terminal Dues nach dem Zielsystem werden für vier Formate von Briefen bzw. Päckchen anteilig in Höhe von 70 Prozent an den Entgelten, die für die inländische Beförderung vergleichbarer Briefsendungen mit 20 g, 175 g und 375 g in den jeweiligen Mitgliedsstaaten berechnet. Für die Terminal Dues des Zielsystem gelten zusätzlich fixe Preisober- und untergrenzen. Im Übergangssystem sind die Terminal Dues hingegen fest vorgeschrieben. Die Terminal Dues des Zielsystems sind höher als die des Übergangssystems, wobei die Höhe der Terminal Dues des target system von der Dauer der Zugehörigkeit eines Mitgliedstaats zum Zielsystem abhängt. Grundsätzlich werden die Terminal Dues allesamt pro Sendung und pro Kilogramm taxiert, die schlussendliche Höhe ist zudem an die Qualität der Sendungsbeförderung geknüpft.

**187.** Das Vergütungssystem für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Paketsendungen ist, anders als bei Briefsendungen, nicht in Ländergruppen unterteilt. Die Inward Land Rates bemessen sich in Höhe von 71,4 Prozent nach den im Jahr 2004 von den designierten Universaldienstleistern jeweils verrechneten Inward Land Rates, einschließlich eines Inflationsausgleichs sowie eines Aufschlags für Dienstleistungsinnovationen. Dabei darf eine einheitlich vorgegebene Preisgrenze pro Sendung und pro Kilogramm nicht unterschritten werden. Des Weiteren existiert für die Vergütung bei Paketsendungen kein Qualitätssystem, d. h., die Höhe der Inward Land Rates ist nicht wie die der Terminal Dues an die Qualität der Sendungsbeförderung geknüpft. Auch sind die Inward Land Rates, anders als die Terminal Dues, nicht verpflichtend anzuwenden, wenn keine gesonderten Vereinbarungen getroffen werden.

<sup>343</sup> Weltpostverein, Statistics and Accounting Guide, January 2017 Edition. Das langfristige Ziel ist es, alle Mitgliedstaaten in ein einheitliches Vergütungssystem zu integrieren; Weltpostverein, Pressemitteilung vom 29. September 2016. Die unterschiedliche Höhe der Terminal Dues soll mit dazu beitragen, die Funktionsfähigkeit des internationalen Postverkehrs mit den wirtschaftlich schwächeren Ländern der Erde sicherzustellen.

<sup>344</sup> In Gruppe I sind all jene Mitgliedsstaaten des Weltpostvereins erfasst, die vor 2010 bereits dem Zielsystem zugeordnet worden sind. Hierzu zählen Belgien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Deutschland, das Vereinigte Königreich, Griechenland, Irland, Italien, Luxemburg, die Niederlande, Spanien, Schweden, Portugal und Österreich. Zu den Gruppen II und III gehören die Mitgliedstaaten, die ab 2010 und 2012 sowie ab 2016 dem Zielsystem zugeordnet worden sind. Hierzu zählen Slowenien, Kroatien, Zypern, Tschechien, Estland, Ungarn, Lettland, Malta, Polen und die Slowakei sowie Bulgarien, Litauen und Rumänien.

### 2.2.2.2 International Post Corporation beeinflusst vor allem innereuropäischen Postverkehr

**188.** Für den grenzüberschreitenden Postverkehr innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums findet das Vergütungssystem des Weltpostvereins überwiegend keine Anwendung.<sup>345</sup> Stattdessen wird die Vergütung über die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen in einem europäischen Bestimmungsland zwischen den Postdienstleistern in bilateralen Vereinbarungen und anderweitigen multilateralen Vereinbarungen festgelegt. Die für den europäischen Postverkehr bislang bedeutendsten multilateralen Vereinbarungen werden von den Mitgliedern der International Post Corporation (IPC) getroffen. Diese beeinflussen wiederum maßgeblich den Umfang von grenzüberschreitenden Universaldienstleistungen i. S. d. Art. 3 Abs. 7 EU-Postdiensterrichtlinie und § 1 Abs. 4 PUDLV.

**189.** Die IPC ist 1989 aus einer Arbeitsgruppe der European Conference of Postal and Telecommunications Administrations (CEPT) hervorgegangen. Dabei handelte es sich um eine Organisation zur Zusammenarbeit der nationalen Postverwaltungen der europäischen Staaten im Bereich der Post- und Telekommunikationsregulierung. Mittlerweile vereint die IPC 24 – teilweise privatisierter – Postdienstleister aus Europa, Nordamerika und Australien. Auch die DPAG ist Mitglied der IPC.<sup>346</sup> Eine Mitgliedschaft in der IPC setzt insbesondere die Mitgliedschaft im Weltpostverein und eine Verpflichtung zur Erbringung von Universaldienstleistungen voraus.

**190.** Wie im Weltpostverein treffen die Mitglieder der IPC Vereinbarungen über technische Standards für die grenzüberschreitende Beförderung von Postdienstleistungen und zur Messung deren Qualität. Das hiermit verbundene Ziel ist es, die Interoperabilität der Postnetze zu erhöhen. Ein Beispiel ist das von der IPC 2013 lancierte „INTERCONNECT“-Programm zur Errichtung eines weltweiten Zustellnetzwerkes für den E-Commerce.<sup>347</sup> Im Zentrum steht die Entwicklung einer digitalen Plattform, auf der die am „INTERCONNECT“-Programm teilnehmenden Postdienstleister den Online-Händlern sowie kleinen und mittelständischen Unternehmen vollumfängliche, auf dem neuesten technologischen Stand basierende Zustelllösungen anbieten können. Über 30 Postdienstleister haben sich dem Programm bereits angeschlossen. Insgesamt partizipieren über 180 weitere Postdienstleister bzw. designierte Universaldienstleister an Innovationen der IPC, z. B. ein einheitliches Barcode-System und Sendungsverfolgungssystem.

**191.** Der wesentliche Zweck der IPC ist es sicherzustellen, dass die Mitglieder Vereinbarungen über die Vergütungen für den internationalen Postverkehr treffen. Die Mitglieder der IPC haben hierzu die sog. REIMS-Vereinbarung (Remuneration of Mandatory Deliveries of Cross-Border Mails) entwickelt. In der REIMS-Vereinbarung wird die Vergütung für die grenzüberschreitende Beförderung von Briefen geregelt. Die REIMS-Vereinbarung ist zwischenzeitlich mehrfach überarbeitet worden (REIMS I-REIMS V). Die REIMS-Vereinbarung gilt seit Jahren als zentrales Vergütungssystem für den europäischen Postverkehr. Schätzungen zufolge wird etwa ein Drittel des bilateralen Postverkehrs zwischen den designierten Universaldienstleistern in Europa auf Grundlage der REIMS V-Vereinbarung abgewickelt.<sup>348</sup>

**192.** Zusätzlich zu der REIMS-Vereinbarung hat die IPC 2015 das sog. INTERCONNECT Remuneration Agreement – Europe (IRA-E) zum INTERCONNECT-Programm aufgesetzt, das die Vergütung für Brief- und Paketsendungen regeln soll. Ein vornehmliches Ziel der IRA-E-Vereinbarung besteht darin, die Wettbewerbsfähigkeit der Postdienst-

<sup>345</sup> Der wesentliche Grund hierfür sind die kartellrechtlichen Bewertungen der Europäischen Kommission bezüglich der bis Anfang der 1990er Jahre zwischen sechs europäischen Postverwaltungen geltenden Vereinbarungen über die Vergütung für den inner-europäischen Postverkehr; Tz. 194 in diesem Gutachten.

<sup>346</sup> Nach eigenen Angaben befördern sie 80 Prozent des weltweiten Aufkommens von mehr als 420 Mrd. Postsendungen und erwirtschaften zusammen einen Umsatz von mehr als EUR 210 Mrd.

<sup>347</sup> Vgl. etwa IPC, Annual Review 2016, Mai 2017.

<sup>348</sup> Vgl. etwa Belgian Post International, Need for a Clearer Regulatory Framework For Terminal Dues, Presentation, Valencia 29.-30. April 2010, S. 9.

leister beim Online-Handel durch eine Absenkung der „Terminal Dues“ zu steigern.<sup>349</sup> Weitere Informationen sind darüber nicht öffentlich bekannt.

**193.** Die IPC unterstützt außerdem die European Parcel Group (EPG), einen Verbund designierter Universaldienstleister aus Europa und den USA, bei der Errichtung eines integrierten Zustellnetzes für Paketdienste. Sie unterstützt ferner den Express Mail Service (EMS) bei der Verbesserung internationaler Expressdienste. Über das Vergütungssystem der EPG für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Paketsendungen sind zwar wie zu den REIMS-Vereinbarungen keine Details bekannt. Jedoch soll es, anders als im System der Inward Land Rates des Weltpostvereins, Mengenrabatte vorsehen und die Höhe der Vergütung an die Qualität der Beförderungsleistung knüpfen.<sup>350</sup> Die Vergütung für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Expresssendungen richtet sich laut der EMS-Standardvereinbarung grundsätzlich nach den individuellen Kosten des Postdienstleisters und erfordert eine Notifizierung.<sup>351</sup>

**194.** Die REIMS-Vereinbarung war in der Vergangenheit schon mehrfach Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Überprüfungen. Die Europäische Kommission hat 1993 in einer Mitteilung von Beschwerdepunkten (Statement of Objections) gegenüber sechs Postverwaltungen<sup>352</sup> die zwischen den Postverwaltungen vereinbarten Vergütungen für den innereuropäischen Postverkehr (= Terminal Dues) als Verstoß gegen Art. 85 EWGV (= Art. 101 AEUV) gewertet, weil von ihnen eine marktverschließende Wirkung ausgehe.<sup>353</sup> Zwar hat die Europäische Kommission nur die spezifischen Vereinbarungen der europäischen Postverwaltungen untersucht, allerdings zog sie auch in Zweifel, dass das Vergütungssystem des Weltpostvereins mit dem europäischen Wettbewerbsrecht vereinbar sei.<sup>354</sup> Des Weiteren sah sie bestimmte Klauseln des Weltpostvertrags (1989) als missbräuchlich i. S. v. Art. 86 EWGV (= Art. 102 AEUV) an. Daraufhin haben 1995 nahezu alle Postverwaltungen bzw. öffentliche Postbetreiber der EU-Mitgliedsstaaten eine Vereinbarung über die Vergütung verpflichtender grenzüberschreitender Briefdienstleistungen getroffen<sup>355</sup>, sog. REIMS I, in denen sie sich insbesondere auf eine Indexierung der Terminal Dues in Höhe von bis zu 80 Prozent an die Entgelte vergleichbarer inländischer Postdienstleistungen verständigt haben. Zwei Jahre später haben die öffentlichen Postbetreiber eine neue Vereinbarung aufgesetzt, sog. REIMS II, die sie bis 2003 mehrmalig modifizierten.

**195.** Die Europäische Kommission hat die Vereinbarung zu REIMS II erstmalig 1999 freigestellt.<sup>356</sup> Die Indexierung der Terminal Dues an die Entgelte für vergleichbare inländische Postdienstleistungen hat sie als Wettbewerbsbeschränkung i. S. v. Art. 85 EWGV (= Art. 101 Abs. 1 AEUV) angesehen, da eine solche einer kooperativen Preisfixierung gleichkomme.<sup>357</sup> Durch die Indexierung an die Entgelte für inländische Postdienstleistungen, die von den

<sup>349</sup> IPC, Managing intercompany pricing, [https://www.ipc.be/en/services/Intercompany\\_pricing/Managing\\_pricing](https://www.ipc.be/en/services/Intercompany_pricing/Managing_pricing), "One of the main objectives targeted under the IRA-E was to lower the Terminal Dues level in order for postal operators to be more competitive on the e-Commerce market.", Abruf am 25. April 2017.

<sup>350</sup> FTI Consulting, Intra-Community cross-border parcel delivery – A study for the European Commission, a. a. O., S. 134 f.

<sup>351</sup> Weltpostverein, EMS Standard Agreement, <https://www.prc.gov/sites/default/files/uspreports/2014-10-02%20EMS%20Std%20-%20St%20Maarten.pdf>, Abruf am 25. April 2017. Die Notifizierung erfolgt durch eine administrative Einrichtung des International Bureau des Weltpostvereins; EMS, <http://www.ems.post/faq>, Abruf am 25. April 2017.

<sup>352</sup> Es handelte sich um Postverwaltungen aus Schweden, dem Vereinigten Königreich, Frankreich, Belgien, Finnland und der Schweiz.

<sup>353</sup> EU-Kommission, Statement of Objections, 32.791 – Remail, 5. April 1993, Rn. 62 ff.

<sup>354</sup> Ebenda, Rn. 70: "This document deals primarily with the CEPT agreement which is subject of the complaint. It does not examine the compatibility of the terminal dues arrangements of the 1984 or 1989 UPU Conventions with the EC Treaty. It is sufficient to say here that the effects of these arrangements would be very likely to raise similar competition issues."

<sup>355</sup> In diesem Abschnitt werden vornehmlich die von der Europäischen Kommission in ihren jeweiligen Entscheidungen verwendeten Bezeichnungen übernommen. Die sich ändernden Bezeichnungen berücksichtigen den Umstand der zwischenzeitlich z. T. stattgefundenen Reorganisation und Privatisierung der Postverwaltungen.

<sup>356</sup> EU-Kommission, Entscheidung vom 15. September 1999, COMP/36.748 – REIMS II, ABl. L 275 vom 26. Oktober 1999.

<sup>357</sup> Ebenda, Rn. 19: „In der Regel gibt es unterschiedliche Tarife je nach Gewichtsstufe (z. B. für Briefe von 20, 50 und 100 g). Zur Berechnung der Endvergütungen werden gemäß der REIMS-II-Vereinbarung die für die einzelnen Gewichtsstufen geltenden Tarife auf der Grundlage von Standardgrößen in so genannte lineare Tarife umgewandelt. Briefe bis Format C5 mit einem Höchstgewicht

inländischen und nicht von den internationalen Markt- und Wettbewerbsverhältnissen geprägt würden, sei die Preissetzung in erheblichem Maße beeinträchtigt. Dennoch hat sie die Freistellungstatbestände des Art. 85 Abs. 3 EWGV (= Art. 101 Abs. 3 AEUV) als erfüllt angesehen, da sie wegen unzureichender Daten keine Kostenprüfung vornehmen konnte. Sie hat die Freistellung der REIMS II-Vereinbarung allerdings an die Auflage einer Einführung eines transparenten Kostenrechnungssystems nach Maßgabe von Art. 14 Richtlinie 97/67/EG geknüpft. Zudem hat sie eine Anhebung der Terminal Dues auf 70 Prozent begrenzt, da ihr keine ausreichenden Belege für eine Kostenorientierung der Terminal Dues vorgelegt wurden.

**196.** Vier Jahre später hat die Europäische Kommission die mittlerweile überarbeiteten REIMS II-Vereinbarung erneut freigestellt.<sup>358</sup> Die REIMS-II-Vereinbarung habe wettbewerbsbeschränkende Wirkungen, die über die in der Freistellungsentscheidung von 1999 genannte Preisfestsetzung hinausgehen und sich auf den Wettbewerb zwischen den öffentlichen Postbetreibern auf dem Markt für in ein anderes Land abgehende grenzüberschreitende Postsendungen erstreckten. Die Freistellungstatbestände des Art. 85 Abs. 3 EWGV (= Art. 101 Abs. 3 AEUV) seien unter Auflagen aber noch anwendbar.

**197.** Seit der Freistellung 2003 sind die Vereinbarungen mehrmals überarbeitet und zuletzt 2012 durch die REIMS V-Vereinbarung ersetzt worden. Die Rechtskonformität dieser Vereinbarungen ist vonseiten der Europäischen Kommission nicht überprüft worden, da sie seit 2004 ohne hinreichende Indizien für Rechtsverstöße kein Verfahren mehr zur Prüfung der EU-Wettbewerbsregeln einleitet.<sup>359</sup> Über die Inhalte der Nachfolgevereinbarungen REIMS III, Reims IV und REIMS V sind keine öffentlichen Informationen bekannt. Ebenso ist nicht bekannt, zwischen welchen designierten Universaldienstleistern die seit 2012 geltende REIMS V-Vereinbarung Anwendung findet.

### 2.2.2.3 Wettbewerbsverzerrungen: ökonomische Aspekte

**198.** Für den außereuropäischen Postverkehr gelten grundsätzlich die Regeln des Weltpostvereins, die von den Mitgliedsstaaten vereinbart worden sind. Für den innereuropäischen Postverkehr gelten dagegen sowohl für den Brief- wie auch für den Paketverkehr unterschiedliche Vereinbarungen. Diese Vereinbarungen werden von den nationalen Postgesellschaften und Postdienstleistern selbst getroffen, weshalb die Inhalte der Vereinbarungen, vor allem die Höhe der Vergütung für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen im Bestimmungsland, aus unternehmensstrategischen Gründen in engem Zusammenhang zueinander stehen können.

**199.** Für den inner-europäischen Briefverkehr werden zum einen multilaterale Vereinbarungen, REIMS V und IRA-E von Mitgliedern der IPC, und bilaterale Vereinbarungen, zwischen Mitgliedern der IPC und Nicht-Mitgliedern sowie zwischen Nicht-Mitgliedern, über die Vergütung der Beförderung eingehender grenzüberschreitender Sendungen getroffen.<sup>360</sup> Das Vergütungssystem des Weltpostvereins soll, obwohl es aus kartellrechtlichen Gründen nicht explizit zur Anwendung kommt, einen Einfluss auf die in den bi- und multilateralen Verhandlungen vereinbarten Vergütungen haben.<sup>361</sup> Dabei ist anzunehmen, dass die Terminal Dues des Weltpostvereins als Drohpunkt bzw.

---

von 100 g; Flachsendungen bis Format C4 mit einem Höchstgewicht von 500 g; Pakete jeden Formats bis zu den vom Weltpostverein festgelegten Größen- und Gewichtsbegrenzungen.“

<sup>358</sup> EU-Kommission, Entscheidung vom 23. Oktober 2003, COMP/C/38.170 — REIMS II renotification, ABl. L 56 vom 24. Februar 2004. Zur Einordnung vgl. etwa Baratta, R. The REIMS II exemption decision: enhancing competition in the cross-border mail market through third party access, Competition Policy Newsletter (1), Spring 2004.

<sup>359</sup> EU-Kommission, Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. Dezember 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 vom 4. Januar 2003.

<sup>360</sup> Nicht-Mitglieder der IPC können nationale Postgesellschaften, private Postdienstleister und prinzipiell auch Großkunden sein. Denn nicht alle nationalen Postgesellschaften, die Mitglieder im Weltpostverein sind, sind zugleich Mitglied der IPC. Wegen der Bedeutung der IPC für den innereuropäischen Briefverkehr und der Mitgliedschaft der DPAG in der IPC, werden Vergütungen, die zwischen Nicht-Mitgliedern vereinbart werden, im Folgenden nicht weiter thematisiert.

<sup>361</sup> Die Mehrheit der europäischen Regulierungsbehörden gab in einer Befragung an, dass ihrer Auffassung nach die Terminal Dues des Weltpostvereins und nicht die der IPC die „default rates“ für bilaterale Vereinbarungen darstellen; WIK-Consult, Main Developments in the Postal Sector (2010-2013) – Final Report, a. a. O., S. 95.

Default für die Terminal Dues nach der REIMS-Vereinbarung fungieren.<sup>362</sup> Denn die Mitglieder der IPC sind zugleich Designated Operators des Weltpostvereins und diese haben grenzüberschreitende Postsendungen zu den Terminal Dues des Weltpostvereins zu befördern, sofern nicht anderweitige bilaterale oder multilaterale Vereinbarungen getroffen werden. Die Terminal Dues des Weltpostvereins liegen deutlich unterhalb der faktischen Kosten für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen.<sup>363</sup> Der Weltpostverein selbst bestätigte 2016, dass die Terminal Dues insbesondere die Kosten der designierten Universaldienstleister von Industrieländern nicht decken.<sup>364</sup> Auch die letztmalig von der Europäischen Kommission überprüften Terminal Dues nach der REIMS II-Vereinbarung sind nicht kostendeckend.<sup>365</sup> Es ist daher gut möglich, dass die Terminal Dues nach der aktuellen REIMS-Vereinbarung zwar über den Terminal Dues des Weltpostvereins, aber nicht über den faktischen Kosten für die Sendungsbeförderung im Bestimmungsland liegen.<sup>366</sup> Die Terminal Dues nach der IRA-E-Vereinbarung sollten hingegen wegen des originären Zwecks der IRA-E-Vereinbarung niedriger sein als die Terminal Dues nach der REIMS-Vereinbarung, zugleich aber höher als die Terminal Dues des Weltpostvereins.<sup>367</sup> Die Vergütungen, die in bilateralen Verhandlungen zwischen den Mitgliedern der IPC und Nicht-Mitgliedern vereinbart werden, sollten erwartungsgemäß mindestens der Höhe der Terminal Dues nach der REIMS-Vereinbarung entsprechen. Andernfalls würden sie Nicht-Mitgliedern einen relativen Kostenvorteil zukommen lassen, die sie zu tragen hätten. Ob die Vergütung oberhalb oder unterhalb der faktischen Kosten für die Beförderung im Bestimmungsland liegen, ist ohne Kenntnis der Vergütungshöhe nicht einzuschätzen.

**200.** Für den inner-europäischen Postverkehr von Sendungen mit einem Gewicht von bis zu 2 kg lassen sich die Ungleichverhältnisse vereinbarter Vergütungen wie folgt zusammenfassen:

$$\text{Vergütung (Weltpostverein)} \leq \text{Vergütung (IRA-E)} \leq \text{Vergütung (REIMS)} \leq \text{Vergütung (bilateral)} \geq \text{Kosten.} \quad (1)$$

Die Wettbewerbsverzerrungen sollten umso geringer ausfallen, je näher die Terminal Dues an den faktischen Kosten der Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen im Bestimmungsland liegen.<sup>368</sup> Die in

<sup>362</sup> Vgl. etwa Okholm, H. B. u. a., *An Economic Perspective on Terminal Dues*, in: Crew, S./Parcu, P. L./Brennan, T. (Hrsg.), *The Changing Postal and Delivery Sector – Towards a Renaissance*, a. a. O., S. 80. Die Vereinbarungen des Weltpostvereins insbesondere über die Terminal Dues gelten als glaubwürdige Drohung, obgleich sie nicht konform zum europäischen Wettbewerbsrecht sind, soweit sie als (hypothetische) Preisuntergrenze verstanden werden.

<sup>363</sup> Marktstudien beziffern bezüglich des internationalen Postverkehrs zwischen Industriestaaten eine Differenz zwischen den Entgelten für inländische Briefsendungen und Terminal Dues in Höhe von etwa durchschnittlich 40 Prozent; vgl. etwa Campbell, J. I. jr., *Quantifying the Distortive Effects of UPU Terminal Dues*, in: Crew, M. A./Brennan, T. J. (Hrsg.), *The Future of the Postal Sector in a Digital World*, Springer 2016, S. 320 f.; WIK-Consult, *Main Developments in the Postal Sector (2010-2013) – Final Report*, a. a. O., S. 99 ff.

<sup>364</sup> Weltpostverein, *Research on Postal Markets – Trends and Drivers for International Letter Mail, Parcels, and Express Mail Services*, Bern 2016, S. 23: „In Dcs, the DOs’ rates for packets in the cross-border letter stream face very little if any price-based competition. International letter post up to 2 kg is underpinned by UPU terminal dues and favours the flow from developed countries, since the costs are usually lower than the true operational costs in advanced Posts (see Figure 12).“

<sup>365</sup> Bereits 1992 hatte die Europäische Kommission in ihrem Grünbuch auf nicht kostendeckende Terminal Dues hingewiesen; EU Kommission, *Green Paper on the Development of the Single Market for Postal Services*, 1992, COM(91) 476 final, S. 111 f.: „However, because of the imbalance in the current terminal dues system [...] between delivery unit costs and compensation received, most Member States find that their unit costs for delivering this traffic are not covered. [...] If terminal dues continue to under-compensate delivery unit costs, there might well have to be real increases in the tariffs for domestic mail.“

<sup>366</sup> Zur Kostenunterdeckung der Terminal Dues des Weltpostvereins vgl. Tz. 198 ff. in diesem Gutachten. Die Anreize für designierte Universaldienstleister, sich der REIMS-Vereinbarung anstelle der Vereinbarung des Weltpostvereins anzuschließen, liegen in der prinzipiell anzunehmenden Konformität mit dem europäischen Wettbewerbsrecht und den durch die technischen und logistischen Innovationen der IPC erzeugten Effizienzgewinnen, die ihnen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen.

<sup>367</sup> Bezugnehmend auf den originären Zweck der IRA-E-Vereinbarung; Tz. 192 in diesem Gutachten. Die Tarife der IRA-E unterhalb der bereits kostenunterdeckenden Terminal Dues des Weltpostvereins anzusetzen, wäre nach dem europäischen Wettbewerbsrecht nur zulässig, sofern Effizienzgewinne in entsprechendem Ausmaße dies rechtfertigen. Im Hinblick auf die bereits von der Europäischen Kommission geführten Notifizierungsverfahren samt den Auflagen und dem erst 2013 implementierten INTERCONNECT-Programm ist eine Senkung der Tarife unterhalb der Terminal Dues des Weltpostvereins aber eher unwahrscheinlich.

<sup>368</sup> Zu den Wettbewerbsverzerrungen vgl. Tz. 203 ff. in diesem Gutachten.

den bilateralen und multilateralen Verhandlungen vereinbarten Terminal Dues lösen im Vergleich zu den Terminal Dues des Weltpostvereins somit geringere preisbezogene Wettbewerbsverzerrungen aus. Bezogen auf den außer-europäischen Briefverkehr, bei denen vornehmlich die Terminal Dues des Weltpostvereins Anwendung finden, können demnach die Verzerrungen größer sein.

**201.** Für den inner-europäischen Paketverkehr sollen vorrangig die multilateralen Vereinbarungen der EPG und IPC sowie bilaterale Vereinbarungen gelten.<sup>369</sup> Die Vergütung nach der IRA-E-Vereinbarung sollte aus anreizkompatiblen Gründen höchstens der Vergütung entsprechen, die bereits nach der Vereinbarung der EPG gilt.<sup>370</sup> Demgegenüber sollten die Inward Land Rates des Weltpostvereins höher sein als die Vergütung, welche die Vereinbarung der EPG vorsieht. Denn die Inward Land Rates gelten für die europäischen Postgesellschaften, die Designated Operators des Weltpostvereins sind, als zu hoch, weshalb sie sich bei der Vergütungsfestlegung größtenteils nicht an den Inward Land Rates orientieren.<sup>371</sup> Inwieweit die Inward Land Rates niedriger oder höher als die faktischen Kosten für die Sendungsbeförderung im Bestimmungsland sind, lässt sich anhand der öffentlich zugänglichen Informationen nicht abschließend klären.<sup>372</sup> Zumindest in einigen Ländern liegen die Inward Land Rates teilweise deutlich über den Preisen für vergleichbare inländische Postdienstleistungen.<sup>373</sup> Die Vergütungen, die in bilateralen Verhandlungen zwischen den Mitgliedern der IPC sowie EPG einerseits und Nicht-Mitgliedern andererseits vereinbart werden, sollten erwartungsgemäß mindestens der Vergütung entsprechen, die in der EPG vereinbart worden ist.<sup>374</sup> Andernfalls würden sie Nicht-Mitgliedern einen relativen Kostenvorteil zukommen lassen. Ob diese Vergütung oberhalb oder unterhalb der Inward Land Rates und der faktischen Kosten für die Beförderung im Bestimmungsland liegt, ist ohne Kenntnis der Vergütungshöhe nicht einzuschätzen.

**202.** Für den inner-europäischen Postverkehr von Sendungen mit einem Gewicht von mehr als 2 kg lassen sich die Ungleichverhältnisse vereinbarter Vergütungen wie folgt zusammenfassen<sup>375</sup>:

$$\text{Vergütung (IRA-E)} \leq \text{Vergütung (EPG)} \leq \text{Vergütungen (Weltpostverein, bilateral)} \gtrsim \text{Kosten.} \quad (2)$$

Die Wettbewerbsverzerrungen sollten umso geringer ausfallen, je näher die Entgelte an den faktischen Kosten der Beförderung eingehender grenzüberschreitender Paketsendungen liegen.<sup>376</sup> Die in den bilateralen und multilatera-

<sup>369</sup> IPC, [https://www.ipc.be/en/services/Intercompany\\_pricing/Managing\\_pricing](https://www.ipc.be/en/services/Intercompany_pricing/Managing_pricing), Abruf am 30. April 2017; FTI Consulting, Intra-Community cross-border parcel delivery – A study for the European Commission, a. a. O., S. 133 ff.

<sup>370</sup> Bezugnehmend auf den originären Zweck der IRA-E-Vereinbarung; Fn. 367 in diesem Gutachten. Anders als bei den multilateralen Vereinbarungen zur Briefbeförderung, die von den Mitgliedern der IPC getroffen werden, werden die multilateralen Vereinbarungen zur Paketbeförderung von Mitgliedern der IPC und EPG getroffen. Zwar sind nicht alle Mitglieder der EPG auch Mitglieder der IPC, jedoch sollte es zumindest für die Mitglieder der IPC nicht anreizkompatibel sein, ein neues Vergütungssystem mit einer höheren Vergütung einzuführen, sofern hierfür keine rechtliche Notwendigkeit besteht.

<sup>371</sup> FTI Consulting, Intra-Community cross-border parcel delivery – A study for the European Commission, a. a. O., S. 135. Hierzu der Weltpostverein, Market Research on International Letters and Lightweight Parcels and Express Mail Service Items – Report, a. a. O., S. 61: "Nonetheless, it appears that the higher in-land rates are encouraging operators to form alliances with their key trading partners, and agree on exchange rates outside of the UPU system of remunerations".

<sup>372</sup> Tz. 198 in diesem Gutachten.

<sup>373</sup> Vgl. etwa Weltpostverein, Market Research on International Letters and Lightweight Parcels and Express Mail Service Items – Report, Bern 2010, S. 30 ff. und S. 60 f. sowie Parcel Post Remuneration Group (PPRG), APPU Member Country Meeting Kolkata – 22. January 2016, Präsentation, S. 20: "... based on a survey, the domestic rates are predominantly lower for IC's and DC's but reducing the floor rates would impact DC's significantly and the minimum income guarantee is important for infrastructure investment and quality improvement". Dass die Inward Land Rates über den Terminal Dues gleichgewichtiger Sendungen liegen, könnte auf das zusätzliche Dienstleistungsangebot wie z. B. Versicherungsschutz zurückzuführen sein. Weitere Erklärungsansätze hierfür sind bisher nicht bekannt; Wojtek, R., UPU Compensation Rates for Packages Under EU Competition Law: Are There Lessons to Be Learned from Other International Fee Arrangements?, in: Crew, M. A./Brennan, T. J. (Hrsg.), The Future of the Postal Sector in a Digital World, a. a. O., S. 333.

<sup>374</sup> Tz. 199 in diesem Gutachten.

<sup>375</sup> Für Expresssendungen erscheint eine Differenzierung nicht notwendig, da die Mitglieder des EMS bereits ca. 97 Prozent des globalen Sendungsmengenaufkommens befördern und sie nach den EMS-Statuten kostenorientierte Entgelte verlangen können; EMS, Members of the EMS Cooperative, <http://www.ems.post/members-ems-cooperative>, Abruf am 25. April 2017.

len Verhandlungen vereinbarten Entgelte scheinen im Vergleich zu den Inward Land Rates des Weltpostvereins somit größere preisbezogene Wettbewerbsverzerrungen auszulösen. Bezogen auf den außereuropäischen Paketverkehr können demnach die Verzerrungen bei einer Anwendung der Inward Land Rates geringer sein.

**203.** Aus dem Ungleichverhältnis der vereinbarten Vergütungen und deren Kostenunterdeckung können sich eine Vielzahl an preisbezogenen Wettbewerbsverzerrungen für den grenzüberschreitenden Postverkehr ergeben<sup>377</sup>:

- im Wettbewerb zwischen Postdienstleistern um die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Sendungen;
- im Wettbewerb zwischen Postdienstleistern um die Beförderung ausgehender grenzüberschreitender Sendungen;
- zwischen den Nachfragern nach einer Beförderung von grenzüberschreitender Brief- und Paketsendungen;
- zwischen den Nachfragern nach einer inländischen und grenzüberschreitenden Beförderung von Postsendungen;
- im Wettbewerb zwischen in- und ausländischen (Online-)Händlern sowie zwischen denen in Industrie- und denen in Schwellen- und Entwicklungsländern;
- des Weiteren durch Transferzahlungen zwischen designierten Universaldienstleistern.

**204.** Verzerrungen zwischen Postdienstleistern im Wettbewerb um die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Briefsendungen („Letzte Meile“) können dann ausgelöst werden, wenn die Vergütung niedriger ist als die faktischen Kosten der Beförderung. Wettbewerber des designierten Universaldienstleisters im Bestimmungsland, die selbst nicht designiert und damit keine Mitglieder des Weltpostvereins sind, könnten bei einer nicht kostendeckenden Vergütung langfristig sogar vom Markt verdrängt werden. Denn im Gegensatz zum designierten Universaldienstleister, der bei der Erbringung des Universaldienstes entstehende Verluste zumindest teilweise gegenüber dem Staat oder im Rahmen der Entgeltregulierung zulasten der Verbraucher geltend machen kann, erhalten die Wettbewerber prinzipiell keine vergleichbare Kompensation für entstehende Verluste, die bei einem Wettbewerb zu nicht kostendeckenden Preisen entstehen.<sup>378</sup>

**205.** Des Weiteren können Verzerrungen zwischen Postdienstleistern im Wettbewerb im Einlieferungsland um die Beförderung ausgehender grenzüberschreitender Briefsendungen („Erste Meile“) entstehen. Eine solche Verzerrung entsteht dann, wenn designierte Universaldienstleister im Vergleich zu ihren Wettbewerbern einen Kostenvorteil in der Höhe haben, in welcher der Preis, den die Wettbewerber mit dem jeweils designierten Universaldienstleister des Bestimmungslandes in bilateralen Verhandlungen für die ausländische Zustellung vereinbaren, die Terminal Dues übersteigt. Grundsätzlich ergibt sich für einen designierten Universaldienstleister im Einlieferungsland der Preisaufschlag aus einer grenzüberschreitenden Sendungsbeförderung aus der Differenz von dem von ihm veröffentlichten Listenpreis für die grenzüberschreitende Sendungsbeförderung und den von ihm an den im Bestimmungsland ansässigen Universaldienstleister zu zahlenden Terminal Dues abzüglich der Kosten, die bei der grenzüberschreitenden Sendungsbeförderung durch die Erbringung zusätzlicher vorbereitender Leistungen

<sup>376</sup> Zu den Wettbewerbsverzerrungen vgl. 203 ff. in diesem Gutachten.

<sup>377</sup> Copenhagen Economics, The Economics of Terminal Dues – Final Report, U. S. Postal Regulatory Commission, 30. September 2014. Die im Folgenden beschriebenen Wettbewerbsverzerrungen können umso größer ausfallen, je höher die Entgelte für die inländische Sendungsbeförderung als die faktischen Kosten hierfür sind. Aus Gründen der Übersichtlichkeit und wegen der Bedeutung der Briefpost für den internationalen Postverkehr sollen die skizzierten Verzerrungen beispielhaft anhand von Briefentgelten näher beschrieben werden. Dabei wird unterstellt, dass die Entgelte für die inländische Sendungsbeförderung (von Briefen) bei einer effektiven Regulierung kostenorientiert sind.

<sup>378</sup> Universaldienstleister erhalten in der Regel einen finanziellen Ausgleich für entstandene Verluste, die bei der Erfüllung ihrer Universaldienstleistungsverpflichtung entstanden sind. In Deutschland kann die DPAG als designiertes, aber nicht zu Universaldienstleistungen verpflichtetes Unternehmen die Kosten des Universaldienstes von der Bundesnetzagentur im Rahmen der Ex-ante-Regulierung angerechnet bekommen; Abschnitt 2.1.4 in diesem Gutachten.

anfallen.<sup>379</sup> Je niedriger die Terminal Dues sind, umso größer ist zum einen die Marge und zum anderen der Anreiz zum Verdrängungswettbewerb. Werden die Terminal Dues individuell ausgehandelt und liegen sie unterhalb der Kosten der Beförderung im Land des Sendungsempfängers, profitieren die designierten Universaldienstleister im Wettbewerb mit alternativen Postdienstleistern um Großversender wie z. B. führende Online-Händler, indem sie nicht kostenorientierte Rabatte gewähren. Sofern den alternativen Postdienstleistern, die ebenfalls auf die Inanspruchnahme von Teilleistungen für die Endzustellung angewiesen sind, nicht dieselben Konditionen gewährt werden, sondern ihnen eine vergleichsweise höhere Vergütung für dieselbe Leistung abverlangt wird, entsteht ihnen ein Wettbewerbsnachteil in Form eines geringeren Spielraums für Preisauflagen für dieselbe Dienstleistung. Dieser Spielraum könnte soweit vermindert werden, dass eine grenzüberschreitende Sendungsbeförderung für die alternativen Postdienstleister unrentabel wird.

**206.** Ferner erhöhen kostenunterdeckende Terminal Dues z. B. für Online-Händler mit einem internationalen Vertriebsnetz den Anreiz, Waren mit einem Gewicht von bis zu 2 kg als Brief- und nicht als Paketsendung aufzugeben, sodass die Terminal Dues anstelle der vergleichsweise höheren Entgelte für Paketdienste Anwendung finden. Hierdurch werden Briefdienstleister gegenüber Paketdienstleistern bei der Beförderung eingehender grenzüberschreitender Sendungen bevorzugt. Außerdem ergeben sich Anreize für einen ineffizienten Ausbau der Briefnetze.

**207.** Nicht kostendeckende Terminal Dues erhöhen im Vergleich zu einer kostendeckenden Vergütung den Anreiz, Waren aus dem Ausland zu importieren, anstelle sie im Inland zu erwerben. Voraussetzung hierfür ist, dass die designierten Universaldienstleister die Terminal Dues in voller Höhe an Ihre Kunden z. B. Online-Händler weitergeben. Dieser Anreiz wird umso größer, je weniger die designierten Universaldienstleister den Online-Händlern von den Terminal Dues in Rechnung stellen. Sofern der finanzielle Anreiz ausreichend groß ist, können Online-Händler dazu veranlasst werden, ihre Warendepots ins Ausland, insbesondere in Transitländer, zu verlagern und ihre Waren von dort aus zu exportieren. Ohnehin steigt durch eine Kostenunterdeckung der Anreiz, Postsendungen zunächst ins Ausland zu befördern und anschließend wieder ins Inland einführen zu lassen, sog. Remailing.<sup>380</sup> Beides erhöht künstlich die Nachfrage nach grenzüberschreitenden Postdienstleistungen und schafft Anreize für einen im Grunde ineffizienten Ausbau der internationalen Briefnetze.

**208.** Wegen des höheren Anreizes bei nicht kostendeckenden Terminal Dues, Waren zu importieren, haben (Online-)Händler, die ihre Waren im Inland vertreiben, gegenüber im Ausland ansässigen (Online-)Händlern in Bezug auf die Sendungsbeförderung im Bestimmungsland, ceteris paribus, einen Kostennachteil. Dieser beläuft sich auf den Betrag, zu dem die kostenbasierenden Entgelte für die inländische Sendungsbeförderung die nicht kostendeckenden Terminal Dues übersteigen. Wie stark der Anreiz durch die nicht kostendeckenden Terminal Dues ist, hängt davon ab, inwieweit die Terminal Dues von den Universaldienstleistern auf die (Online-)Händler überwältigt werden.

**209.** Soweit die Terminal Dues nicht kostendeckend sind, entsteht dem die grenzüberschreitende Sendung zustellenden Universaldienstleister im Bestimmungsland ein Verlust in Höhe der Differenz zwischen den Terminal Dues und den faktischen Kosten der inländischen Sendungsbeförderung.<sup>381</sup> Dieser Verlust entspricht einer impliziten Transferzahlung an den die grenzüberschreitende Sendung aufgebenden Universaldienstleister. Die Verluste muss der Universaldienstleister zulasten der Verbraucher refinanzieren z. B. durch Quersubventionierung von gewinnträchtigen Postdienstleistungen. Alternativ kann er sie gegenüber dem Staat oder im Rahmen der Entgeltregulierung geltend machen, sofern die Verluste im Rahmen der Erfüllung der Universaldienstpflichten entstanden sind.

<sup>379</sup> Z. B. Steuern und Abgaben auf Wareneinfuhren in die Europäische Union. So sollen die Umsatzsteuer und Einfuhrzölle auf die von den Designated Operators beförderten Pakete aus Nicht-EU-Mitgliedsstaaten geringer sein als die von Expressdienstleistern beförderten Pakete; Copenhagen Economics, E-Commerce Imports into Europe: VAT and Customs Treatment, Mai 2016.

<sup>380</sup> Remailing wird durch den Weltpostverein mit Art. 12 Weltpostvertrag 2016 versucht zu unterbinden und ist in Deutschland zumindest bei Massensendungen nicht zulässig; BGH, Urteil vom 10. Oktober 2002, III ZR 248/00, BGHZ 152, 198. Demgegenüber siehe EU-Kommission, Mitteilung der Beschwerdepunkte (Statement of Objections) vom 5. April 1993, 32.791 – Remail, Rz. 80.

<sup>381</sup> Vgl. etwa Copenhagen Economics, Quantification of financial transfers caused by Universal Postal Union terminal dues – Final Report, Postal Regulatory Commission, 3. November 2015.

Demnach stellen derartige implizite Transferzahlungen ausländische Staatshilfen dar, die – i. S. d. originären Vereinszwecks des Weltpostvereins – vornehmlich Industrieländer an Schwellen- und Entwicklungsländer leisten.

**210.** Ungeachtet einer Kostenunterdeckung der Terminal Dues ergeben sich bereits aus der vorgesehenen Indexierung an die Entgelte vergleichbarer inländischer Briefdienstleistungen Markt- und Wettbewerbsverzerrungen. So mindert eine Indexierung der Entgelte für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen an die Entgelte für vergleichbare inländische Briefsendungen, auch wenn diese aufgrund der jeweiligen nationalen Regulierung kostenorientiert sein sollten, den Anreiz, Effizienzgewinne zu erzielen. Zwar besteht prinzipiell ein Anreiz, die Kosten zur Steigerung der Marge zu senken, aber nicht in derselben Höhe wie bei einem unverfälschten Preiswettbewerb ohne jegliche Preisgrenzen. Ferner spiegeln die Entgelte für vergleichbare inländische Briefsendungen nicht den Wettbewerbsdruck wieder, der auf Märkten für grenzüberschreitende Briefdienstleistungen besteht. Grundsätzlich konterkariert eine derartige Preisbindung die vornehmliche und originäre marktspezifische Funktion von Preisen, die Knappheit von Ressourcen, in dem Fall vom Angebot an grenzüberschreitenden Briefdienstleistungen, anzuzeigen. Hiermit gehen gewöhnlich Wohlfahrtsverluste, d. h. Verluste für Verbraucher und Unternehmen, einher.

#### 2.2.2.4 Wettbewerbsverzerrungen: rechtliche Aspekte

**211.** Neben ökonomischen Verwerfungen können Vereinbarungen insbesondere über Vergütungssysteme und technische Standards für die Sendungsbeförderung in der IPC und im Weltpostverein unvereinbar mit der EU-Postdienstrichtlinie und mit Art. 101, 102 AEUV sein.<sup>382</sup> Der AEUV und die EU-Postdienstrichtlinie finden grundsätzlich auf den grenzüberschreitenden Postverkehr innerhalb und außerhalb der Europäischen Union Anwendung.<sup>383</sup> Soweit es um die Vereinbarungen im Weltpostverein geht, können auch Art. 106 Abs. 1 AEUV und Art. 101 f. AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV einschlägig sein, da im Weltpostverein die EU-Mitgliedsstaaten und nicht die designierten Universaldienstleister die Vereinbarungen treffen.<sup>384</sup> Sollte sich herausstellen, dass die genannten Vereinbarungen gegen europäisches Recht verstoßen, sind diese rechtskonform anzupassen.

#### Innereuropäischer Postverkehr

**212.** In Bezug auf den innereuropäischen Postverkehr ist fraglich, inwieweit die multilateralen Vergütungsvereinbarungen der IPC, REIMS und IRA-E, mit der EU-Postdienstrichtlinie vereinbar sind. Nach Art. 12, 13 EU-Postdienstrichtlinie müssen die Preise bzw. Tarife bzw. Endvergütungen für den grenzüberschreitenden Postverkehr insbesondere kostenorientiert, transparent und nicht-diskriminierend sein. Es ist möglich, dass die Vergütun-

<sup>382</sup> Im Folgenden wird insbesondere WIK-Consult, Main Developments in the Postal Sector (2010-2013) – Final Report, a. a. O., S. 89 ff.; Geradin, D., Legal Opinion on the Compatibility of the Proposed Target System for Terminal Dues with EU Law, 29. April 2012; WIK-Consult, Study on the External Dimension of the EU Postal Acquis – Final Report, Study for the European Commission, Directorate General for Internal Market and Services, Bad Honnef, November 2010 gefolgt.

<sup>383</sup> Während in Art. 13 EU-Postdienstrichtlinie Grundsätze für Vereinbarungen über Endvergütungen für grenzüberschreitende innergemeinschaftliche Universaldienstleistungen und in Art. 2 Abs. 15 Endvergütungen als „die Vergütungen für die Zustellung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen aus einem anderen Mitgliedstaat oder einem Drittland“ beschrieben sind, sind in Art. 12 allgemeine Tarifierungsgrundsätze für Universaldienstleistungen angeführt, die nach Art. 3 Abs. 7 einschließlich Erwägungsgrund 13 „Inlandsdienste als auch grenzüberschreitende Dienste umfassen“, wobei „grenzüberschreitende Post“ nach Art. 2 Abs. 11 als „eine Post aus oder nach einem anderen Mitgliedstaat oder aus oder nach einem Drittland“ definiert ist. Für die Anwendung europäischen Wettbewerbsrechts ist es jedoch unerheblich, ob die Vereinbarungen zwischen europäischen Unternehmen sowie zwischen europäischen und nicht europäischen Unternehmen zustande kommen, sofern die Vereinbarungen den Binnenmarkt beeinflussen; EuGH, Urteil vom 25. November 1971, 22/71 – Béguelin Import v G.L. Import Export, Slg. 1971, 949, ECLI:EU:C:1971:113, Rz. 10/12: „Dass einer der Vertragspartner in einem dritten Land ansässig ist, steht der Anwendung dieser Vorschrift nicht entgegen, wenn die Wirkungen der Vereinbarung sich auf das Hoheitsgebiet des gemeinsamen Marktes erstrecken.“

<sup>384</sup> Das Kartellverbot nach Art. 101 Abs. 1 AEUV richtet sich zwar gegen Unternehmen. Die EU-Mitgliedsstaaten haben jedoch nach Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 106 Abs. 1 und 2 AEUV alle Maßnahmen zu unterlassen oder dürfen solche nicht beibehalten, die den Wettbewerbsregeln und insbesondere Art. 101 AEUV widerstreben; hierzu auch EuGH, Urteil vom 11. April 1989, C-66/86 – Ahmed Saeed, Slg. 1989, 803, ECLI:EU:C:1989:140, Rz. 48; hierzu auch EuGH, Urteil vom 9. September 2003, C-198/01 – Consorzio Industrie Fiammiferi, Slg. 2003, I-8055, ECLI:EU:C:2003:430, Rz. 54.

gen nach den REIMS- und IRA-E-Vereinbarungen nicht kostendeckend sind, da dies schon bei früheren Fassungen der REIMS-Vereinbarung nicht der Fall war. Detaillierte Informationen über die Vereinbarungen, sowohl über die Höhe der Vergütungen wie auch über anderweitige Konditionen, sind allerdings nicht öffentlich bekannt. Zudem gelten sie exklusiv für die Mitgliedsunternehmen. Für eine grenzüberschreitende Sendungsbeförderung müssen Wettbewerber die Vergütung bilateral mit den Mitgliedsunternehmen aushandeln, was Wettbewerber prinzipiell benachteiligen könnte.

**213.** Ebenso ist fraglich, ob die multilateralen Vereinbarungen der IPC, REIMS und IRA-E, mit den EU-Wettbewerbsregeln vereinbar sind. Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV sind grundsätzlich alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten. Hiervon ausgenommen sind nach Art. 101 Abs. 3 AEUV solche Vereinbarungen, die zu Effizienzgewinnen führen, an denen die Verbraucher angemessen beteiligt werden, und die hierfür unerlässlich sind, ohne den Wettbewerb auszuschalten.

**214.** Die REIMS- und IRA-E-Vereinbarungen über Vergütungen für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen sind Vereinbarungen zwischen Mitgliedern der IPC, d. h. zwischen Unternehmen, die zugleich Designated Operators sind. Diese Vereinbarungen können den Handel zwischen den EU-Mitgliedstaaten beeinträchtigen und eine Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes bewirken.<sup>385</sup> Denn aufgrund der bislang vorherrschenden räumlichen Fraktionierung der Postmärkte, die sich vornehmlich auf die jeweiligen Landesgrenzen beschränkt, wird durch diese Vereinbarungen der Wettbewerb zwischen den Mitgliedern einerseits und den zwischen ihnen und den Nicht-Mitgliedern andererseits behindert.

**215.** Die Europäische Kommission hatte daher bereits bei der letzten Freistellung der REIMS II-Vereinbarung 2003 „neue Wettbewerbsbedenken“ geäußert, die gegenüber denen bei ihrer Entscheidung im Notifizierungsverfahren 1999 hinzugekommen waren. Diese beruhten darauf, dass die Indexierung der Terminal Dues an die Entgelte für vergleichbare inländische Postdienstleistungen einer kooperativen Preisfixierung gleichkomme.<sup>386</sup> Auch die Indexierung an die Entgelte für inländische Postdienstleistungen, die von den inländischen und nicht von den internationalen Markt- und Wettbewerbsverhältnissen geprägt würden, beeinträchtigte die freie Preissetzung erheblich.<sup>387</sup> Die wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen erstreckten sich auch auf den Wettbewerb auf dem Markt für in ein anderes Land abgehende grenzüberschreitende Postsendungen, in dem ein öffentlicher Postbetreiber als designierter Universaldienstleister tätig ist. In diesem Rahmen sah die Europäische Kommission unter anderem Risiken, dass die REIMS-Vereinbarung auf dritte Postdienstleister, die im Wettbewerb zu den designierten Universaldienstleistern um die Beförderung ausgehender grenzüberschreitender Postsendungen stehen, in diskriminierender Weise angewendet werde.

<sup>385</sup> Zu den Wettbewerbsverzerrungen vgl. Tz. 203 ff., zur Beeinträchtigung des Handels der durch die Vergütungssysteme unmittelbar und mittelbar ausgelösten Preiseffekte vgl. Abschnitt 1.2.2 in diesem Gutachten.

<sup>386</sup> EU-Kommission, Entscheidung vom 15. September 1999, COMP/36.748 – REIMS II, ABl. L 275 vom 26. Oktober 1999, Rn. 19: „In der Regel gibt es unterschiedliche Tarife je nach Gewichtsstufe (z. B. für Briefe von 20, 50 und 100 g). Zur Berechnung der Endvergütungen werden gemäß der REIMS-II-Vereinbarung die für die einzelnen Gewichtsstufen geltenden Tarife auf der Grundlage von Standardgrößen in so genannte lineare Tarife umgewandelt. Briefe bis Format C5 mit einem Höchstgewicht von 100 g; Flachsungen bis Format C4 mit einem Höchstgewicht von 500 g; Pakete jeden Formats bis zu den vom Weltpostverein festgelegten Größen- und Gewichtsbegrenzungen.“

<sup>387</sup> In einer Stellungnahme hat die Europäische Kommission darauf hingewiesen, dass ihr 1992 veröffentlichtes Grünbuch mitsamt der Empfehlung einer Orientierung der Terminal Dues an den Entgelten inländischer Postdienstleistungen keine tragfähigen Lösungen präsentiere, sondern vielmehr als eine „source of inspiration“ zu interpretieren sei; EU-Kommission, E-Mail an International Express Carriers Conference vom 17. November 1995, Case IV/32.791 – Remail, Rn. 6 f.: „The Commission accepted that these costs could be difficult to calculate precisely and stated that domestic letter tariffs could be deemed an adequate indication of these costs. [...] You are quite to observe that the Green Paper does not provide an enforceable solution to your complaint. However, it is a source of inspiration that adequately identifies the features required for a cost regime to be acceptable ...“ Vgl. auch EU Kommission, Green Paper on the Development of the Single Market for Postal Services, 1992, COM(91) 476 final.

**216.** Die Weitergabe von Effizienzgewinnen wird bereits wegen der Indexierung der ausgehandelten Vergütung an die Entgelte vergleichbarer inländischer Postdienstleistungen bzw. historischer Preise behindert. Selbst wenn die Verbraucher von einer etwaigen Weitergabe der – nicht kostendeckenden – Vergütung kurzfristig zulasten des Wettbewerbs profitieren, müssen sie langfristig wegen des verfälschten Wettbewerbs tendenziell höhere Preise für grenzüberschreitende Postdienstleistungen zahlen als bei einem funktionsfähigen und unverfälschten Wettbewerb, der zur Effizienz anreizt. Außerdem wird der Wettbewerb i. S. v. Art. 101 Abs. 3 AEUV ausgeschaltet, weil die Nachteile für den Onlinehandel es den Marktteilnehmern erschweren, dynamische Effizienzen zu generieren.<sup>388</sup>

**217.** Nach Art. 102 Satz 1 AEUV ist ferner die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verboten. Dies trifft gemäß Art. 102 Satz 2 lit. c AEUV explizit auf eine Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern zu, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden. Wie bereits dargelegt, verfügen die Mitglieder der IPC zumindest bei der grenzüberschreitenden Briefbeförderung über eine marktbeherrschende Stellung.<sup>389</sup> Die Mitgliedschaft in der IPC setzt insbesondere die Mitgliedschaft im Weltpostverein und eine Verpflichtung zur Erbringung von Universaldienstleistungen voraus, sodass ein Beitritt der Wettbewerber der designierten Universaldienstleister bislang ausgeschlossen ist. Die Vergütungsvereinbarungen der IPC, REIMS und IRA-E, können, wenn sie nicht kostendeckend sind, für die Mitgliedsunternehmen unter diesen Bedingungen zu Fehlanreizen führen, sodass die Mitglieder der IPC ihre Marktstellung zuungunsten ihrer Wettbewerber ausnutzen.<sup>390</sup>

**218.** Auch die exklusiven Vereinbarungen über die Entwicklung und Implementierung technischer und logistischer Normen für die grenzüberschreitende Sendungsbeförderung könnten es den Mitgliedsunternehmen ermöglichen, ihre Wettbewerber zu benachteiligen. Die Entwicklung dieser Normen steigert die Interoperabilität der Postnetze. Das ist grundsätzlich positiv zu bewerten, denn für den grenzüberschreitenden Postverkehr ist eine hohe Interoperabilität der nationalen Postnetze notwendig. Die Entwicklung von Normen in der IPC erfolgt zugleich jedoch ohne Einbeziehung der Wettbewerber. Diese dürfen die entwickelten Standards z. B. für ein einheitliches Barcode-System zudem nicht übernehmen.<sup>391</sup> Der Ausschluss anderer Marktteilnehmer bei der Entwicklung und Anwendung technischer und logistischer Normen fördert deren Abhängigkeit von den Postnetzen der Mitgliedsunternehmen der IPC und benachteiligt sie in zeitlicher, technologischer und finanzieller Hinsicht.

**219.** Ebenso weist das jüngst implementierte „INTERCONNECT“-Programm der IPC, das den Aufbau einer digitalen Plattform zum Angebot von Zustelllösungen für den weltweiten E-Commerce bezweckt, Missbrauchspotenziale auf. Die Auswertung der erhobenen Daten ermöglicht es den an dem Programm teilnehmenden Postdienstleistern, ihre Dienstleistungsangebote zeitnah an die Bedürfnisse der Kunden anzupassen. Außerdem können sie Dienstleistungen zu Werbezwecken an Dritte vertreiben und damit sonstige betriebliche Erträge erwirtschaften. Wettbewerber der designierten Universaldienstleister, die keinen Zugang zum „INTERCONNECT“-Programm erhalten, haben hierdurch freilich erhebliche Wettbewerbsnachteile und können sogar vom Markt verdrängt werden. Ferner könnte von dem Programm eine marktverschließende Wirkung ausgehen, da potenzielle Wettbewerber nunmehr zu höheren Informationskosten in den Markt eintreten müssen. Inwieweit mit einer Exklusivmitgliedschaft der designierten Universaldienstleister in der IPC der Zugang für Wettbewerber zu wesentlichen Einrichtungen oder Informationen i. S. einer „essential facility“ gemäß Art. 102 AEUV behindert wird, sollte geprüft werden.

**220.** Es ist festzustellen, dass die durch die IPC koordinierten multilateralen Vereinbarungen, REIMS und IRA-E, in gravierendem Ausmaß kartellrechtliche Fragen aufwerfen. Seit der Notifizierung der REIMS II-Vereinbarung 2003 und dem Inkrafttreten der VO 1/2003 hat die Europäische Kommission keine Vereinbarungen mehr zwischen desi-

<sup>388</sup> EU-Kommission, Bekanntmachung zu Art. 81 Abs. 3 EG, 2004/C 101/08, Tz. 105 ff. zur Bedeutung dynamischer Effizienzen.

<sup>389</sup> Zu den Wettbewerbsverhältnissen bei grenzüberschreitenden Postsendungen vgl. Tz. 40 ff. in diesem Gutachten.

<sup>390</sup> Tz. 203 ff. in diesem Gutachten.

<sup>391</sup> Tz. 190 und Tz. 46 in diesem Gutachten; Angaben von Marktteilnehmern gegenüber der Monopolkommission. Alternativ setzt sich beispielsweise die Organisation GS1 für weltweit diskriminierungsfrei zugängliche technische Standards in der Logistik ein z. B. für eine Vergabe von unternehmensneutralen Transportnummern für Waren und Güter (Global Trade Item Number) sowie für weitere eindeutige Kennzeichnungen von Transportobjekten.

gnierten Post-Universaldienstleistern geprüft. Die Bedenken gegenüber diesen Vereinbarungen werden dadurch verstärkt, dass sich mit dem Inkrafttreten der zweiten und dritten EU-Postdiensterrichtlinie 2002 bzw. 2008 der Rechtsrahmen geändert hat. Die Briefmärkte in allen Mitgliedsstaaten der Europäischen Union sind infolgedessen bis Ende 2012 liberalisiert worden sind. Die Marktliberalisierung hat dazu geführt, dass die designierten Universal-dienstleister bei grenzüberschreitenden Postdienstleistungen nunmehr in direktem Wettbewerb zueinander und gegenüber anderen Postdienstleister auf ihren jeweiligen Inlandsmärkten stehen. Die potenziell wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen der Vereinbarungen können nun umso mehr zum Tragen kommen. Die Monopolkommission spricht sich daher für eine kartellrechtliche Prüfung der durch die IPC koordinierten multilateralen Vereinbarungen durch die zuständigen Wettbewerbsbehörden aus.

### **Außereuropäischer Postverkehr**

**221.** In Bezug auf den außereuropäischen Postverkehr ist zweifelhaft, inwieweit die Terminal Dues und Inward Land Rates des Weltpostvereins mit der EU-Postdiensterrichtlinie vereinbar sind. Nach Art. 12, 13 EU-Postdiensterrichtlinie müssen die Preise bzw. Tarife bzw. Endvergütungen für den grenzüberschreitenden Postverkehr insbesondere kostenorientiert, transparent und nicht-diskriminierend sein. Dass die Terminal Dues des Zielsystems, in welches das Gros der EU-Mitgliedsstaaten eingruppiert sind, gerade nicht kostenorientiert sind, hat der Weltpostverein in einer aktuellen Marktstudie selbst konstatiert. Zudem verhindern die vorgegebenen Preisgrenzen ohnehin einen kostenbasierenden Preiswettbewerb. Auch die Inward Land Rates, die zwar eine länderspezifische, aber dennoch indexierte Vergütung darstellen, ermöglichen keine vollständige kostenbasierte Vergütung von grenzüberschreitenden Paketdienstleistungen. Ferner können die Vereinbarungen über die Vergütung im Weltpostverein in mindestens dreierlei Hinsicht diskriminierend sein:

- Erstens müssen die designierten Universal-dienstleister der EU-Mitgliedsstaaten für dieselbe grenzüberschreitende Postdienstleistung innerhalb der Europäischen Union gegebenenfalls unterschiedliche Terminal Dues entrichten – je nachdem, wie lange der eigene EU-Mitgliedsstaat bereits dem Zielsystem angehört.
- Zweitens unterscheiden sich die zu entrichtenden Entgelte für grenzüberschreitende Postdienstleistungen von denen für vergleichbare inländische Postdienstleistungen wegen der fehlenden Kostenorientierung der Terminal Dues und Inward Land Rates.
- Drittens gelten die Terminal Dues und Inward Land Rates nur für grenzüberschreitende Postdienstleistungen zwischen designierten Universal-dienstleistern. Für grenzüberschreitende Postdienstleistungen zwischen designierten Universal-dienstleistern und alternativen Postdienstleistern müssen bilaterale Vereinbarungen getroffen werden.

Zumindest sind die Terminal Dues insoweit transparent, als dass die Tarife und die dazugehörigen Berechnungskriterien auf der Internetseite des Weltpostvereins veröffentlicht werden. Konkrete Werte für die Inward Land Rates werden hingegen nicht ausgewiesen.

**222.** Des Weiteren könnten die Vereinbarungen im Weltpostverein vor allem über Terminal Dues mit den EU-Wettbewerbsregeln unvereinbar sein.

- Das Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV betrifft grundsätzlich nur Unternehmen. Der Europäische Gerichtshof hat jedoch entschieden, dass Maßnahmen der Mitgliedsstaaten der Anwendung der Wettbewerbsregeln des Vertrages nicht vorgehen dürfen. Die öffentliche Hand darf somit grundsätzlich auch keine Regelung treffen, die Kartellabsprachen vorschreibt, erleichtert oder deren Auswirkungen verstärkt oder der dadurch ihr staatlicher Charakter genommen wird, dass die öffentliche Hand die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt.<sup>392</sup>

<sup>392</sup> EuGH, Urteil vom 17. Januar 1984, 43/82 – VBVB und VBBB, Slg. 1984, 19, ECLI:EU:C:1982:119, Rz. 40; Urteil vom 10. Januar 1985, 229/83 - Leclerc, Slg. 1985, 1, ECLI:EU:C:1985:1, Rz. 14; Urteil vom 21. September 1988, 267/86 – Van Eycke/ASPA, Slg. 1988, 4769, ECLI:EU:C:1988:427, Rz. 16.

- Nach Art. 106 Abs. 1 AEUV dürfen die Mitgliedstaaten zudem in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine den EU-Verträgen und insbesondere den Wettbewerbsregeln widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten.

Insoweit bestehen ähnliche Bedenken wie hinsichtlich der Vereinbarungen der IPC. Die für die designierten Universaldienstleister (Designated Operators) der EU-Mitgliedsstaaten relevanten Vergütungssysteme für Briefe und Pakete werden von den im Weltpostverein vertretenen Staaten unter Beteiligung der Universaldienstleister erarbeitet und von den Mitgliedstaaten sodann beschlossen. Selbst wenn die Verbraucher von einer etwaigen Weitergabe der – nicht kostendeckenden – Terminal Dues und Inward Land Rates kurzfristig zu profitieren scheinen, müssen sie langfristig wegen des verfälschten Wettbewerbs tendenziell höhere Preise für grenzüberschreitende Postdienstleistungen zahlen als bei einem funktionsfähigen und unverfälschten Wettbewerb, der zur Effizienz anreizt.

**223.** Nach Art. 102 Satz 1 AEUV ist ferner die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung verboten. Es wurde bereits hinsichtlich der Vereinbarungen der IPC darauf hingewiesen, dass die internationalen Vergütungssysteme vielfach zu einer Ungleichbehandlung führen.<sup>393</sup> Das gilt auch für die im Weltpostverein vereinbarten Vergütungssysteme. So bemisst sich etwa die Höhe der Terminal Dues für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Briefdienstleistungen nach der Zugehörigkeit des jeweiligen EU-Mitgliedsstaates im Zielsystem, aus dem der Brief stammt.<sup>394</sup> Da die Terminal Dues und Inward Land Rates nicht kostenorientiert ausgestaltet sind, entsprechen die Entgelte für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen gewöhnlich nicht den für vergleichbare inländische Postsendungen. Dass die Terminal Dues und Inward Land Rates exklusiv für die designierten Universaldienstleister gelten, benachteiligt zunächst die nicht designierten Postdienstleister. Ebenfalls werden Sendungen von den Betriebsstätten bzw. sog. Auswechslungsämtern der designierten Universaldienstleister benachteiligt.<sup>395</sup> Darüber hinaus werden die nicht designierten Postdienstleister dahin gehend benachteiligt, als dass sie nicht an und von den im Weltpostverein entwickelten technologischen Normen für die Sendungsbeförderung mitarbeiten bzw. profitieren können. Hierdurch steigt deren Abhängigkeit von den Postnetzen der Designated Operators beträchtlich.

**224.** Diese Ungleichbehandlungen werfen auch nach den EU-Beihilfenvorschriften (Art. 107 ff. AEUV) Fragen auf. Die EU-Mitgliedstaaten wirken im Weltpostvereins an Vergütungsregeln mit, welche die Finanzierung ausschließlich der Designated Operators verbessern und diesen somit im Wettbewerb mit anderen Postdienstleistern innerhalb der Europäischen Union Vorteile verschaffen. Dies erscheint zumindest dann problematisch, wenn einzelne Unternehmen wie die DPAG von den Vergütungsregeln profitieren, die keinerlei Verpflichtung unterliegen, Post-Universaldienste zu erbringen.

**225.** Nach Art. 34 EUV sind die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union dazu verpflichtet, ihr Handeln in internationalen Organisationen und auf internationalen Konferenzen zu koordinieren und dort für die Standpunkte der Union einzutreten. Die für den Postsektor relevanten und die Aktivitäten im Weltpostverein tangierenden Standpunkte der Union ergeben sich aus der EU-Postdienstlerichtlinie und aus einer gemeinsamen Handelspolitik nach Art. 207 AEUV sowie der AETR-Doktrin.<sup>396</sup> Im Wesentlichen zielen die genannten Standpunkte der Union auf die Implementierung eines Ordnungsrahmens zur Verwirklichung eines Binnenmarktes für Postdienstleistungen unter

<sup>393</sup> Zu den Wettbewerbsverhältnissen bei grenzüberschreitenden Postsendungen vgl. Tz. 40 ff. in diesem Gutachten.

<sup>394</sup> Eine Diskriminierung aufgrund der Nationalität durch ein marktbeherrschendes Unternehmen stellt einen Verstoß gegen Art. 102 AEUV dar; EuGH, Urteil vom 2. März 1983, C-7/82 – GLV/Kommission, Slg. 1983, 483, ECLI:EU:C:1983:52, Rn. 56. Zudem vgl. EU-Kommission, Entscheidung vom 25. Juli 2001, COMP/C-1/36.915 – Deutsche Post AG/Aufhaltung grenzüberschreitender Postsendungen, ABl. L 331 vom 15. Dezember 2001, Rn. 129.

<sup>395</sup> Weltpostverein, Art. 13 Abs. 7 Weltpostvertrag 2016.

<sup>396</sup> Die AETR-Doktrin geht auf ein Urteil des Europäischen Gerichtshofes zurück, wonach der Europäischen Union Außenkompetenzen auch in den Bereichen implizit zugesprochen werden, die zur Ausübung ihrer explizit zugeschriebenen Außenkompetenzen – z. B. der Herstellung eines Binnenmarktes – erforderlich sind. Hierdurch werden der Europäischen Union keine neue Außenkompetenzen zugewiesen, sondern nur die nötigen Zuständigkeiten eingeräumt, damit sie die ihr ausdrücklich zuerkannten Kompetenzen ausüben kann; EuGH, Urteil vom 31. März 1971 – 22/70 (ERTA/AETR), Slg. 1971, 263, ECLI:EU:C:1971:32.

Berücksichtigung der geltenden europäischen Wettbewerbsvorschriften ab. Die Kompetenzen der Union im Weltpostverein – und damit der Mitgliedsstaaten bei der Wahrnehmung von Unionsinteressen – beschränken sich ausschließlich auf die Ausgestaltung des Rechts- und Regulierungsrahmens für den internationalen Postverkehr, soweit dieser den Binnenmarkt betrifft. Hiervon abzugrenzen sind operative Angelegenheiten wie z. B. die Ausgestaltung der Vergütungssysteme für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen. Dass die Abgesandten der europäischen Mitgliedsstaaten bislang über regulatorische und operative Maßnahmen gleichermaßen Entscheidungen treffen, birgt aber jedenfalls das Risiko von Interessenkonflikten in sich.<sup>397</sup> Daran hat auch die gemeinsame Erklärung der Vertreter der europäischen Mitgliedsstaaten auf dem 2008 stattgefundenen Kongress des Weltpostvereins, den sich aus dem Vertrag der Europäischen Union ergebenden Verpflichtungen nachzukommen, nichts geändert.<sup>398</sup> Immerhin haben sich die Vertreter der deutschen Delegation im Jahr 2016 für eine unabhängige Untersuchung der Satzung des Weltpostvereins mit dem Ziel eingesetzt, eine Trennung der Verfahrensabläufe bezüglich der Abstimmung zu regulatorischen und operativen Sachverhalten zu prüfen.<sup>399</sup>

**226.** Die Monopolkommission begrüßt vor diesem Hintergrund, dass die Bundesregierung den Zugang zum Weltpostverein auch für Wettbewerber der DPAG prüft.<sup>400</sup> Die Bundesregierung konstatiert, dass im internationalen Postverkehr kein „Level-Playing-Field“ existiert, soweit designierte Universaldienstleister, die überwiegend noch in Staatsbesitz sind, ihre Interessen im Weltpostverein wahrnehmen können. Die Monopolkommission empfiehlt der Bundesregierung, ihrerseits alle Postdienstleister, die sich zum Angebot grenzüberschreitender Postdienstleistungen bereit erklären und einen Antrag nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1 WPostVtr1999G stellen, als „Designated Operators“ gegenüber dem Weltpostverein zu benennen.<sup>401</sup> Die erforderlichen Einzelheiten einer Zulassung sollte das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie durch eine Rechtsverordnung gemäß § 4 Abs. 2 Satz 3 WPostVtr1999G bestimmen. Alternativ könnte die Interessenvertretung und Mitwirkung der Bundesrepublik Deutschland im Weltpostverein temporär unter allen in Deutschland tätigen Postdienstleistern ausgeschrieben werden. Eine wettbewerbsfreundliche Zulassungsregelung zum Weltpostverein könnte zugleich beispielhaft auch für andere EU-Mitgliedsstaaten sein und die Grundlage für europaweit einheitliche Wettbewerbsbedingungen mit einem diskriminierungsfreien Zugang zu wichtigen Infrastrukturen und Institutionen schaffen. Damit würden die Anreize für die designierten Universaldienstleister zur missbräuchlichen Ausnutzung etwaiger marktbeherrschender Stellungen bei grenzüberschreitenden Postdienstleistungen, insbesondere bei Brief- und B2C-Sendungen, erheblich vermindert. Die Mitarbeit der Wettbewerber der DPAG an technischen und logistischen Lösungskonzepten zur Steigerung der Interoperabilität der Postnetze könnte die Marktentwicklung substantziell beschleunigen.

**227.** Darüber hinaus empfiehlt die Monopolkommission der Bundesregierung, sich im Weltpostverein dafür einzusetzen, dass die Vergütungssysteme des Weltpostvereins, sofern sie den Postverkehr im Binnenmarkt betreffen, derart ausgestaltet werden, dass sie die Anforderungen der EU-Postdienstrichtlinie und des europäischen Wettbewerbsrechts erfüllen. Das bedeutet:

- Die Vereinbarungen über die Vergütung einer Beförderung eingehender grenzüberschreitender Brief- und Paketsendungen sollten demnach nicht diskriminierend sein, d. h., für alle (designierten) Postdienstleister der EU-Mitgliedsstaaten gleichermaßen gelten.
- Des Weiteren sollte die Vergütung – zumindest innerhalb Europas – kostenorientiert ausgestaltet sein. Sie sollte also ausschließlich jene Kosten erfassen, die bei einer Beförderung eingehender grenzüberschreiten-

<sup>397</sup> Zum Interessenkonflikt des Bundes durch dessen Anteilseignerschaft an der DPAG vgl. Abschnitt 2.1.7 in diesem Gutachten.

<sup>398</sup> Weltpostverein, Decisions of the 2016 Istanbul Congress, Bern 2017, S. 113: “The delegations of the member countries of the European Union hereby declare that their countries will apply the Acts adopted by this Congress in accordance with their obligations pursuant to the Treaty on European Union, the Treaty on the functioning of the European Union and the General Agreement on Trade in Services (GATS) of the World Trade Organization.”

<sup>399</sup> Campbell, J. I. jr., Major Decisions of the 2016 UPU Istanbul Congress and Implications for International package Delivery Services, 16<sup>th</sup> WIK Königswinter Postal Seminar, November 2016, S. 11.

<sup>400</sup> Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 18/10040 vom 13. Oktober 2016, Rn. 116 f.

<sup>401</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 65 und 247.

der Postsendungen in dem jeweiligen EU-Mitgliedsland unter Wettbewerbsbedingungen entstehen würden. Um dies zu gewährleisten, wären die bestehenden Preisschranken und die Indexierung aufzuheben. Zwar erscheint eine derartige Reform des Vergütungssystems mit Blick auf den Vereinszweck nicht ohne Weiteres umsetzbar. Dann sollten aber zumindest die Preisgrenzen aufgehoben werden.

- Außerdem könnte als Kompensation zugunsten der Entwicklungsländer für ansteigende Terminal Dues und Inward Land Rates ein Fonds eingerichtet werden, in den die Mitglieder des Weltpostvereins entsprechend ihrer Wirtschaftskraft einzahlen.
- Ferner sollte die Vergütung für ausgehende grenzüberschreitende Postsendungen in Länder außerhalb der Europäischen Union kostenorientiert ausgestaltet werden, um einen wirtschaftlichen Nachteil bei der Erfüllung etwaiger Universaldienstpflichten auszuschließen. Darüber hinaus sollte die Vergütung transparent sein, was die Bereitstellung umfassender Informationen voraussetzt.

Von einer solchen Reform der Vergütungssysteme würden nicht nur die Postdienstleister profitieren, sondern insbesondere auch die Verbraucher und die (Online-)Händler, was i. S. d. Digitalen Binnenmarktstrategie der Europäischen Kommission wäre. Die Notwendigkeit einer Anpassung der geltenden Regelungen des Weltpostvereins könnte auch insoweit angezeigt sein, als dass diese möglicherweise Tatbestände des Beihilfenrechts erfüllen.

**228.** Sollte eine kostenorientierte Ausgestaltung der Endvergütung zunächst nicht möglich sein, dürfte ein diskriminierungsfreier Zugang der Wettbewerber zur postalischen Infrastruktur der Universaldienstleister und der Vergütungssysteme ausreichen. Denn dadurch würden die Wettbewerber gegenüber den Universaldienstleistern einen entscheidenden Kostenvorteil erlangen. Sie könnten nunmehr die flächendeckende inländische Zustellung zu nicht kostendeckenden Entgelten zulasten der Universaldienstleister anbieten, die als Marktbeherrscher Teilleistungen für ihre Wettbewerber, d. h. die Endzustellung von inländischen und eingehenden grenzüberschreitenden Postsendungen gleichermaßen, zu nicht kostendeckenden Entgelten übernehmen müsste. Ferner könnten die Wettbewerber versuchen, Arbitragegewinne zu erzielen. So könnte es für sie preiswerter sein, die für die inländische Beförderung bestimmten Sendungen zunächst ins Ausland zu transferieren, um sie anschließend wieder zu nicht kostendeckenden Tarifen ins Inland zurückzuholen und zustellen zu lassen. Das Marktmachtpotenzial würde sich also deutlich verändern. Die Universaldienstleister hätten nunmehr einen Anreiz, die Endvergütung kostenorientiert auszugestalten.

**229.** Die Monopolkommission sieht in der Kompetenz der Mitgliedstaaten, über rechtliche bzw. regulatorische Angelegenheiten wie auch über operative Angelegenheiten gleichermaßen zu entscheiden, eine Ursache für erhebliche Interessenkonflikte. Sie empfiehlt daher der Bundesregierung, sich für eine strikte Trennung der Entscheidungskompetenzen der Vertreter der nationalen Regierungen der Mitgliedsstaaten auf ausschließlich rechtliche und regulatorische Angelegenheiten sowie der Vertreter der designierten Universaldienstleister auf ausschließlich operative Angelegenheiten einzusetzen. Bei Entscheidungen über rechtliche und regulatorische Angelegenheiten sollte sich die Bundesregierung mit den Regierungsvertretern anderer europäischer Mitgliedsstaaten i. S. d. Art. 34 EUV umfassend abstimmen. Hierbei sollte die Europäische Kommission stets begleitend mit eingebunden werden.

## Kapitel 3

### Handlungsempfehlungen

**230.** Die Monopolkommission stellt auch in diesem Sondergutachten fest, dass sich auf den nationalen Briefmärkten weiterhin kein funktionsfähiger Wettbewerb entwickelt hat, während auf den nationalen Paketmärkten eine hohe Unternehmenskonzentration fortbesteht. Der Wettbewerb auf den Märkten für grenzüberschreitende Postdienste wird durch eine geringe Wettbewerbsintensität auf den nationalen Postmärkten und durch exklusive Vereinbarungen des Weltpostvereins und der International Post Corporation beschränkt.

**231.** Zur Stärkung des Wettbewerbs auf den nationalen und grenzüberschreitenden Postmärkten ist die Herstellung einheitlicher Wettbewerbsbedingungen notwendig. Die Monopolkommission begrüßt daher die Entscheidung der Bundesregierung, einen Diskussionsprozess zur Prüfung des nationalen und europäischen Postrechtsrahmens unter Einbeziehung von Unternehmen, Verbrauchern, Gewerkschaften und Wissenschaft einzuleiten.<sup>402</sup> Die Monopolkommission hatte der Bundesregierung und den gesetzgebenden Körperschaften zuvor empfohlen, an die von ihnen 2013 gegenstandslos gewordenen Novellierungsbestrebungen anzuknüpfen und eine neue Reforminitiative zur Verbesserung der rechtlichen und regulatorischen Rahmenbedingungen anzugehen.<sup>403</sup> An dieser grundsätzlichen Empfehlung hält sie fest. Der Bundesnetzagentur und dem Bundeskartellamt empfiehlt sie, die sich für sie durch den geltenden Rechts- und Regulierungsrahmen bietenden Möglichkeiten auszuschöpfen.

#### Ex ante-Regulierung und Missbrauchsaufsicht

**232.** Die Ex ante-Regulierung sollte bei den gegenwärtigen Markt- und Wettbewerbsverhältnissen nicht rückgeführt werden. Zur Verbesserung der Ex ante-Regulierung und der Missbrauchsaufsicht durch die Bundesnetzagentur empfiehlt die Monopolkommission der Bundesregierung und den gesetzgebenden Körperschaften:

- Die Post-Entgeltregulierungsverordnung sollte zur alten Fassung zurückgeführt werden, sodass der Gewinnzuschlag wieder ausschließlich orientiert an dem unternehmerischen Risiko zu bestimmen ist.
- Neutrale Aufwendungen, d. h. Aufwendungen für die Bezahlung von über dem Niveau vergleichbarer Arbeitsverhältnisse liegenden Löhnen und für die Erbringung von Universaldienstleistungen, sollten zukünftig nicht mehr Bestandteil des regulatorischen Kostenmaßstabes sein. Demnach sind § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG sowie § 3 Abs. 4 Satz 3 PEntgV ersatzlos zu streichen.
- Für individuell ausgehandelte Verträge zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und Großkunden i. S. d. § 19 Satz 2 PostG sollte eine Vorlagepflicht analog zu § 38 Abs. 1 Satz 3 TKG eingeführt werden. Danach sind Verträge der Bundesnetzagentur unmittelbar nach Vertragsabschluss vorzulegen.
- Verträge über Teilleistungen nach § 28 PostG sowie Verträge über eine Mitbenutzung von Postfachanlagen und den Zugang zu Adressänderungen nach § 29 PostG sollten der Bundesnetzagentur analog zu § 38 Abs. 1 Satz 1 TKG spätestens zwei Monate vor der geplanten Einführung vorgelegt werden müssen.
- § 30 Abs. 1 PostG sollte analog zu § 38 Abs. 1 Satz 2 TKG dahin gehend erweitert werden, dass die Bundesnetzagentur innerhalb von zwei Wochen nach Zugang der Anzeige der Entgeltmaßnahme die Einführung des Entgelts bis zum Abschluss ihrer Prüfung untersagen kann, wenn es überwiegend wahrscheinlich ist, dass die geplante Entgeltmaßnahme nicht mit den §§ 19, 20 PostG vereinbar ist.

<sup>402</sup> Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 18/10040 vom 13. Oktober 2016, Rn. 91: "Aufgrund der absehbaren deutlichen Strukturänderungen im Postsektor spricht einiges dafür, den nationalen und europäischen Postrechtsrahmen einer generellen Überprüfung zu unterziehen. Die Bundesregierung wird hierzu in 2017 einen Diskussionsprozess einleiten und unter Einbeziehung von Unternehmen, Verbrauchern, Gewerkschaften und Wissenschaft prüfen, ob und in welchem Umfang Änderungen angezeigt sind. Auch muss in diesem Zusammenhang die Marktbeobachtung ausgeweitet und intensiviert werden. Die Vorschläge und Empfehlungen der Monopolkommission werden dabei ebenfalls berücksichtigt."

<sup>403</sup> Monopolkommission, Sondergutachten 74, a. a. O., Tz. 244.

- Der Bundesnetzagentur sollten Befugnisse zur Vorgabe wesentlicher Verfahrensregeln für die Bereitstellung von Informationen über Adressänderungen und den Zugang zu Postfachanlagen in § 29 PostG zugewiesen werden.
- Die Ex ante-Genehmigungspflicht von Entgelten für die förmliche Zustellung von Schriftstücken gemäß § 34 PostG sollte auf die Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens beschränkt werden.
- Die Auskunftsbefugnisse der Bundesnetzagentur nach § 45 PostG sollten auf Großversender von Briefen und Paketen i. S. d. § 19 Satz 2 PostG sowie auf nicht im Postwesen tätige Unternehmen und Vereinigungen von Unternehmen orientiert an § 59 GWB ausgeweitet werden.
- Ein Antragsrecht für Dritte auf Eröffnung eines Missbrauchsverfahrens analog zu § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG sollte in das Postgesetz aufgenommen werden, sodass Dritte, insbesondere Marktteilnehmer, die Bundesnetzagentur zu einer Verfahrenseinleitung auf Grundlage von substantiierten Verdachtsmomenten über ein missbräuchliches Verhalten zeitnah zu einer eingehenden Prüfung verpflichten können.
- Ein Preis-Kosten-Scheren-Test analog zu § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG sowie ein Entgelt-Konsistenzgebot analog zu § 27 Abs. 2 TKG sollten in das Postgesetz aufgenommen werden.
- Die Frist für die nachträgliche Überprüfung genehmigter Entgelte gemäß § 24 Abs. 2 PostG sollte von zwei Monaten beispielsweise auf drei Monate verlängert werden.

### Öffentliche und private Rechtsdurchsetzung

**233.** Zur Verbesserung der öffentlichen und privaten Rechtsdurchsetzung empfiehlt die Monopolkommission der Bundesregierung und den gesetzgebenden Körperschaften:

- Verstöße gegen die Vorschriften des Postgesetzes sollten von der Bundesnetzagentur grundsätzlich mit einem Bußgeld sanktioniert werden können, sodass die in § 49 Abs. 1 PostG normierten Tatbestände durch eine allgemeine Formulierung orientiert an § 81 GWB ersetzt werden sollten.
- Die Vorgaben im Postgesetz zur Ermittlung der Bußgeldhöhe gemäß § 49 Abs. 2 PostG sollten an die Vorgaben im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und in Art. 23 VO 1/2003 angepasst werden.
- Der 3. Teilsatz des § 38 PostG sollte ersatzlos gestrichen werden, womit es für eine Schadenersatzpflicht nicht mehr auf den drittschützenden Charakter der verletzten Norm im Postgesetz ankäme.
- Der Zugang zu Beweismitteln für Geschädigte sollte durch Ergänzung des § 38 PostG dahin gehend erleichtert werden, dass ihnen Beweismittel auf Antrag beim zuständigen Gericht offengelegt werden müssen.

### Universaldienst

**234.** Zur Sicherstellung einer nachfragegerechten Anpassung des Post-Universaldienstes an die technische und gesellschaftliche Entwicklung und zur Schaffung einheitlicher Wettbewerbsbedingungen bei der Erbringung von Post-Universaldienstleistungen empfiehlt die Monopolkommission der Bundesregierung und den gesetzgebenden Körperschaften:

- Die Universaldienstvorgaben in §§ 2, 3 PUDLV sollten auf Grundlage von Umfragen unter Marktteilnehmern bedarfsgerecht angepasst werden. Sofern die Vorgaben auf elektronische Dienste ausgeweitet werden sollen, müssen zuvor die rechtlichen und infrastrukturellen Voraussetzungen geschaffen werden wie z. B. die Gleichstellung des elektronischen Briefverkehrs mit dem physischen Briefverkehr, die Sicherstellung eines Internetzugangs samt elektronischem Postfach für jeden Bürger etc.
- Es sollte dafür Sorge getragen werden, dass unabhängige Prüfer eine jährliche Leistungskontrolle zur Messung der Qualität des Universaldienstes i. S. d. Art. 16 Abs. 4 EU-Postdiensterrichtlinie durchführen.

- Es sollte überprüft werden, inwieweit die Finanzbehörden gemäß Abschnitt 4.11b.1 Abs. 8 UStAE die Mehrwertsteuer auf Postzustellungsaufträge bei der DPAG in den letzten Jahren eingefordert haben. Sofern keine Steuerzahlung vonseiten der DPAG erfolgt ist, könnte weiterhin eine Steuerschuld bestehen.
- Kurzfristig sollte die Mehrwertsteuerbefreiung für Universaldienstleistungen allen Postdienstleistern – und nicht wie bislang exklusiv der DPAG – diskriminierungsfrei gewährt werden. Hierzu bedarf es einer Änderung des Abschnitts 4.11b.1 Abs. 4 UStAE insoweit, als dass alle Unternehmen und Unternehmenszusammenschlüsse, die sich verpflichten, alle Post-Universaldienstleistungsbereiche bzw. einen Teilbereich der Post-Universaldienstleistungsbereiche ständig und flächendeckend im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland anzubieten, zum begünstigten Unternehmerkreis gehören sollten. Es sollte nicht danach unterschieden werden, ob der betreffende Postdienstleister die Post-Universaldienstleistung(en) in Gänze selbst erbringt, mithilfe zivilrechtlicher Kooperationen oder durch Inanspruchnahme von Teilleistungen der Deutschen Post AG.
- Im Ergebnis sollte die Mehrwertsteuerbefreiung abgeschafft werden, weshalb die Bundesregierung im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur Einführung eines endgültigen Mehrwertsteuersystems für Postdienstleistungen auf europäischer Ebene auf eine entsprechende Anpassung von Art. 132 Abs. 1 lit. a Mehrwertsteuersystemrichtlinie hinwirken sollte.
- Die Befugnisse für die Feststellung der Erfüllung der Voraussetzungen der Mehrwertsteuerbefreiung sollten vom Bundeszentralamt für Steuern auf die Bundesnetzagentur übertragen werden, wofür es eine Anpassung von § 4 Nr. 11b Satz 2 UStG bedarf.

### **Interessenkonflikt und Rechtssicherheit**

**235.** Zur Auflösung von Interessenkonflikten und zur Schaffung von Rechtssicherheit empfiehlt die Monopolkommission der Bundesregierung und den gesetzgebenden Körperschaften:

- Die Anteile des Bundes an der DPAG, welche von der KfW gehalten werden, sollten veräußert werden.
- Die Verweisungen des Postgesetz auf das Telekommunikationsgesetz, insbesondere des § 44 Satz 2 PostG auf §§ 66 bis 71, 74 bis 81, 83 und 84 TKG 1996, sollten aktualisiert werden.
- Das Akteneinsichtsrecht der Monopolkommission sollte durch eine Einfügung einer Vorschrift in § 47 PostG analog zu § 121 Abs. 2 TKG geregelt werden.

### **Grenzüberschreitende Postdienste**

**236.** Zur Herstellung einheitlicher Wettbewerbsbedingungen bei grenzüberschreitenden Postdiensten empfiehlt die Monopolkommission insbesondere der Bundesregierung:

- Postdienstleister, die sich auf Antrag zum Angebot grenzüberschreitender Postdienstleistungen bereit erklären und einen Antrag nach Art. 4 Abs. 2 Satz 1 WPostVtr1999G stellen, sollten von der Bundesregierung als „Designated Operators“ gegenüber dem Weltpostverein benannt werden. Die erforderlichen Einzelheiten einer Zulassung sollte die Bundesregierung durch eine Rechtsverordnung gemäß § 4 Abs. 2 Satz 3 WPostVtr1999G bestimmen.
- Die Vergütungssysteme des Weltpostvereins, sofern sie den Postverkehr im Binnenmarkt betreffen, sollten derart ausgestaltet werden, dass sie die Anforderungen der EU-Postdiensterrichtlinie und des europäischen Wettbewerbsrechts erfüllen.
- Die Entscheidungskompetenzen der Vertreter der nationalen Regierungen der Mitgliedsstaaten sollten ausschließlich auf rechtliche und regulatorische Angelegenheiten sowie die der Vertreter der Designated Operators ausschließlich auf operative Angelegenheiten beschränkt werden. Bei Entscheidungen über rechtliche und regulatorische Angelegenheiten sollte sich die Bundesregierung mit den Regierungsvertretern an-

derer europäischer Mitgliedsstaaten unter Einbeziehung der Europäischen Kommission i. S. d. Art. 34 EUV umfassend abstimmen.

- Die durch die International Post Corporation koordinierten multilateralen Vereinbarungen über Endvergütungen für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen und über die Entwicklung sowie Anwendung technischer und logistischer Normen für den grenzüberschreitenden Postverkehr sollten von den zuständigen Wettbewerbsbehörden kartellrechtlich geprüft werden.
- Die Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste der Europäischen Kommission sollte des Weiteren vorsehen bzw. gewährleisten:
  - einen transparenten und diskriminierungsfreien Zugang für Postdienstleister zur postalischen Infrastruktur der Universaldienstleister und zu Vereinbarungen der Universaldienstleister über die Endvergütungen für die Beförderung eingehender grenzüberschreitender Postsendungen;
  - eindeutige Vorgaben für die Regulierungsbehörden zur Prüfung der Erschwinglichkeit von Tarifen für grenzüberschreitende Postdienstleistungen beispielsweise orientiert an den Kriterien in Art. 12 EU-Postdienstrichtlinie sowie am regulatorischen Kostenmaßstab KeL;
  - eine Überprüfung der Endvergütungen durch die Regulierungsbehörden unter Einbeziehung der Europäischen Kommission;
  - eine Übermittlung aller Tarife der Universaldienstleister zu den von der Verordnung vorgegebenen Kategorien von Postsendungen an die Regulierungsbehörden;
  - eine Übermittlung der Berichte der Regulierungsbehörden über die Prüfung der Erschwinglichkeit an die europäischen Kartellbehörden;
  - Erhebung von durchschnittlichen Preisen bzw. Tarifen von Massensendungen, die marktbeherrschende Paketzustelldienstleister in bilateralen Verhandlungen mit ihren Großkunden vereinbaren;
  - eindeutig und umfassend definierte Auskunftsbefugnisse der Regulierungsbehörden zur Erfüllung der sich aus der Verordnung für sie ergebenden Pflichten;
- Die Bundesregierung sollte bei der Ausgestaltung des Sanktionsrahmens zur Verordnung über grenzüberschreitende Paketzustelldienste der Europäischen Kommission sicherstellen, dass Verstöße gegen die Verordnung als Ordnungswidrigkeiten behandelt und von der Bundesnetzagentur sanktioniert werden können. Die Bemessung der Bußgeldhöhe sollte sich am Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und an Art. 23 VO 1/2003 orientieren. Ferner sollte der Bundesnetzagentur die Befugnis zur Verhängung von Zwangsmitteln nach den Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes eingeräumt werden.

### **Behördliche Zusammenarbeit**

**237.** Komplementär zur Überarbeitung des Postrechtsrahmens empfiehlt die Monopolkommission der Bundesnetzagentur und dem Bundeskartellamt die Ausschöpfung geltenden Rechts:

- Die Zusammenarbeit zwischen der Bundesnetzagentur und dem Bundeskartellamt sollte auf Grundlage von § 50c Abs. 1 GWB intensiviert werden. Hiernach können beide Behörden 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, und in ihren Verfahren verwerten.

## Regulierungspraxis

**238.** Zur Verbesserung der Regulierungspraxis empfiehlt die Monopolkommission der Bundesnetzagentur:

- Bei der Ermittlung genehmigungsfähiger Entgelte sollte gemäß der Post-Entgeltregulierungsverordnung auf „sonstige übliche Verfahren der Bestimmung maximal genehmigungsfähiger Gewinnmargen“ abgestellt werden. Als übliches Verfahren hatte sich in der Vergangenheit die Bestimmung des Gewinnaufschlages orientiert am unternehmerischen Risiko gemäß § 3 Abs. 2 PEntgV a. F. bewährt. Die maximale Höhe eines genehmigungsfähigen Gewinnaufschlages und damit einer Gewinnmarge sollte an das unternehmerische Risiko geknüpft werden. Als Bestimmungsgröße für die Gewinnmarge ist das von den Kapitalgebern eingesetzte Kapital heranzuziehen. Zwecks Bestimmung einer dem Unternehmensrisiko der DPAG angemessenen Kapitalverzinsung anhand des Weighted Average Cost of Capital-Ansatzes könnte die Bundesnetzagentur beispielsweise Asset Pricing-Modelle verwenden. Sie könnte die risikospezifische Kapitalverzinsung ebenso von externen Gutachtern schätzen lassen.
- Die regulatorische Datenerfassung sollte dergestalt ausgeweitet werden, dass die Bundesnetzagentur unmittelbar und permanent Zugang zu den internen, unbearbeiteten (Einzel-)Daten der DPAG als marktbeherrschendes Unternehmen im lizenzierten Bereich erhält. Hierfür sollten zum einen ein IT-Netzwerk zur rechtskonformen Datenübertragung und -auswertung zwischen der Bundesnetzagentur und der DPAG eingerichtet werden und zum anderen der DPAG Vorgaben über die Ausgestaltung der internen Rechnungslegung gemäß § 10 Abs. 2 Satz 3 PostG gemacht werden.
- Für die Prüfung der von der DPAG als marktbeherrschendes Unternehmen dargelegten Kosten sollte ein analytisches Kostenmodell wie bei der Regulierung der Telekommunikationsmärkte verwendet werden. Die konkrete Spezifikation des Kostenmodells könnte in Abstimmung mit Marktteilnehmern und unabhängigen Sachverständigen ermittelt werden.

## Marktaufsicht

**239.** Zur Verbesserung der Marktaufsicht empfiehlt die Monopolkommission der Bundesnetzagentur und dem Bundeskartellamt:

- Die Bundesnetzagentur und das Bundeskartellamt sollten die Entwicklungen bei der sachlichen Marktintegration sowohl von Brief- und E-Mail-Diensten wie auch der von Paketdiensten und Online-Handel zum Zwecke der Marktabgrenzung und aufgrund zahlreicher Missbrauchspotenziale intensiv beobachten.
- Das Bundeskartellamt sollte eine Sektoruntersuchung im Postwesen gemäß § 32e GWB durchführen.
- Die Bundesnetzagentur sollte die Marktberichterstattung ausweiten
  - Veröffentlichung von Statistiken zum lizenzierten Bereich insbesondere zu Umsatzvolumina der Privatkunden- und Geschäftskundenmärkte und einzelnen Briefdienstleistungen. Diese Statistiken sollten ferner regional differenziert sein z. B. auf der Ebene von Regierungsbezirken („NUTS II“). Bei etwaigen Bedenken über eine Verletzung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sollten diese Statistiken nur den öffentlichen Auftraggebern sowie Vergabestellen auf individuelle Anfrage mitgeteilt werden, sofern dies im Rahmen der Umsetzung der Richtlinie 2016/943/EU möglich wird;
  - Veröffentlichung von Statistiken zu grenzüberschreitenden Paketdiensten, soweit sie Universaldienstleistungen darstellen;
  - Veröffentlichung eines Leitfadens, indem Branchenstandards zu KEP-Dienstleistungen formuliert werden. Dieser könnte in Kooperation mit Marktteilnehmern erstellt und stets an die Marktgegebenheiten angepasst werden.

- 
- Die Bundesnetzagentur sollte die Nettokosten des Universaldienstes der DPAG zur Prüfung etwaiger beihilfenrechtsrelevanter Vorteile für verschiedene Szenarien berechnen und der Bundesregierung mitteilen.
  - Die Bundesnetzagentur sollte die Berichtspflicht der DPAG um qualitative Indikatoren zur Messung der Kundenzufriedenheit i. S. d. Art. 16 Abs. 2 EU-Postdiensterrichtlinie erweitern. Die Auswahl an qualitativen Indikatoren könnte durch Umfragen unter Marktteilnehmern bestimmt werden.