

Deutscher Bundestag
19. Wahlperiode
Ausschuss für Wirtschaft und Energie

Ausschussdrucksache 19(9)947
8. Februar 2021



Rheinische
Friedrich-Wilhelms-
Universität Bonn

Prof. Zimmer □ Handels- u. Wirtschaftsrecht □ Adenauerallee 24 - 42 □ 53113 Bonn

Prof. Dr. Daniel Zimmer

Direktor des Instituts für
Handels- und Wirtschaftsrecht
Postanschrift: 53113 Bonn
Sitz: Adenauerallee 24 - 42
Tel.: 0228/73-91 08
Fax: 0228/73-91 11
daniel.zimmer@jura.uni-
bonn.de

Bonn, 07.02.2021

Stellungnahme zum Änderungsantrag der Fraktionen von CDU/CSU und SPD (Ausschussdrucksache 19(9)933(neu)) zu dem Gesetzentwurf des Bundesrates (Drucksache 19/20347)

Der Änderungsantrag der Fraktionen von CDU/CSU und SPD (Ausschussdrucksache 19(9)933(neu)) zu dem Gesetzentwurf des Bundesrates (Drucksache 19/20347) hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck. Einzelne Vorschläge des Änderungsantrages sind aus Sicht von Wettbewerb und Verbraucherschutz zu begrüßen. Dies gilt für den Vorschlag der verpflichtenden Teilnahme von Postdienstleistungsunternehmen an Schlichtungsverfahren (Entwurf eines § 18a im Änderungsantrag) und für die Einführung einer Vermutung der Missbräuchlichkeit in Fällen einer sog. Preis-Kosten-Schere (Entwurf eines § 20 Abs. 4 im Änderungsantrag). In anderen Hinsichten sind die Vorschläge **mit Wettbewerbsprinzipien nicht zu vereinbaren**. Zudem fehlt es im Änderungsantrag wie im Gesetzentwurf des Bundesrates an wichtigen neuen Regelungen zur Belebung des Wettbewerbs. Im Einzelnen ist das Folgende festzustellen.

I. Zum Vorschlag zur Entgeltregulierung (§ 20 Abs. 2 im Änderungsantrag)

Ausgangspunkt einer Bewertung des Vorschlags müssen die Zwecke der Postregulierung sein: Wegen des weitgehenden Fehlens wirksamen Wettbewerbs unterliegen die Entgelte der Post bei Briefen bis 1000 Gramm einer Ex-ante-Regulierung. Bis 2015 war der Maßstab für die Höhe genehmigungsfähiger Entgelte derselbe wie in anderen regulierten Bereichen: Die Post durfte im Monopolbereich Entgelte in Höhe der „Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung“ erheben, wobei zu diesen Kosten auch ein – so wörtlich - „dem unternehmerischen Risiko angemessener Gewinnzuschlag“ gehörte.

2015 kam es zu einem Systemwechsel. Mit der neuen Post-Entgeltregulierungsverordnung wurde der Deutsche Post AG ein Gewinnzuschlag zugestanden, der sich an den „Gewinnmargen solcher Unternehmen“ orientiert, die „in anderen europäischen Ländern auf den mit dem lizenzierten Bereich vergleichbaren Märkten tätig sind“. Allerdings bestehen auf solchen vergleichbaren Märkten im Ausland oft vergleichbare Marktstrukturen wie im Inland: Auch dort hat oft ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung inne und erzielt auf dieser Grundlage Monopolgewinne. Dass diese neue Regel die **Regulierung ad absurdum** führte, lag auf der Hand. Die Entgelte unterliegen der Genehmigungspflicht ja gerade deshalb, weil es in Deutschland an Wettbewerb fehlt. Ausgesprochenes Ziel der Regulierung war es seit ihrer Schaffung im Jahr 1997, Entgelte zu erreichen, die denen bei wirksamem Wettbewerb entsprechen. Stattdessen sollte mit der Verordnung von 2015 dem inländischen Marktbeherrscher erlaubt werden, Gewinne in der Höhe zu erzielen, die andere Marktbeherrscher im Ausland erwirtschaften. Weil diese – komplett sinnwidrige – Verordnung mittlerweile vor dem Bundesverwaltungsgericht gescheitert ist, soll die gleiche Regelung nun auch noch durch Erhebung in den Rang eines förmlichen Gesetzes gerettet werden. Dies steht **in klarem Widerspruch zu den Zwecken der Regulierung**, die auf die Herstellung wettbewerblicher Verhältnisse und nicht auf eine Festschreibung wettbewerbswidriger Marktergebnisse gerichtet sein muss.

Eine Analyse der vorgeschlagenen Regelung ergibt, dass der Änderungsantrag auf die Herstellung einer **in sich widersprüchlichen Gesetzeslage** gerichtet ist. Einerseits soll am Begriff der *Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung* festgehalten werden. Andererseits soll eine Entgeltbemessung erlaubt werden, die mit dem Konzept der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung *nicht vereinbar* ist. Das würde wohl auch das Bundesverwaltungsgericht so sehen, das in seinem Urteil von 2020 in nicht zu überbietender Klarheit die Unvereinbarkeit der beiden Konzepte festgestellt hat:

Das Gericht führte aus (Leitsatz 4): „Der Effizienzkostenmaßstab des § 20 Abs. 1 PostG verlangt die Ermittlung des Gewinns des regulierten Unternehmens nach der **Verzinsung des eingesetzten Kapitals**. Daher war § 3 Abs. 2 Satz 2 der Preis-Entgeltregulierungsverordnung i.d.F. vom 29. Mai 2015 unwirksam, der die Ermittlung des Gewinns aufgrund einer Vergleichsbetrachtung der Umsatzrenditen vergleichbarer europäischer Postunternehmen vorgesehen hat.“

Randnummer 54 des Urteils: „Der Effizienzkostenbegriff des § 20 Abs. 1 PostG umfasst einen Gewinnzuschlag, der die zu erwartende **Kapitalrendite** des regulierten Unternehmens abbildet. Es ist die **angemessene Verzinsung des Kapitals** zu ermitteln, das das regulierte Unternehmen einsetzt, um die Postdienstleistung zu erbringen. **Dieses Verständnis folgt aus der Gesetzessystematik und dem Normzweck des § 20 Abs. 1 PostG.**“

Randnummer 57 des Urteils: „**Dieses Verständnis des Effizienzkostenbegriffs** nach § 20 Abs. 1 PostG in Bezug auf den Gewinnzuschlag **entspricht auch dem Zweck der Entgeltregulierung** nach §§ 20 ff. PostG. Wie unter 3. c) und 4. c) dargelegt, soll dadurch der Wettbewerb auf den Postmärkten gestärkt werden. Die Entgelte des marktbeherrschenden Unternehmens sollen die Höhe nicht übersteigen, die das Unternehmen in einem funktionierenden Wettbewerbsmarkt unter Marktbedingungen verlangen könnte.“

Falls der Änderungsantrag zu § 20 PostG beschlossen wird, ist mit Spannung zu erwarten, wie das Bundesverwaltungsgericht im nächsten Verfahren zu § 20 PostG urteilt. Hier ist zu besorgen, dass das Gericht einer Gesetzesregelung, die in sich widersprüchlich ist, die Wirksamkeit abspricht. Zudem bestehen Zweifel an der Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht: Die europäische Postdienste-Richtlinie von 1997 (Richtlinie 97/67/EG) bestimmt in ihrem Artikel 12: „Die Preise müssen kostenorientiert sein.“

Aus den genannten Gründen ist dem Deutschen Bundestag **zu empfehlen**, von dem Weg abzugehen, der 2015 mit der – wie das Bundesverwaltungsgericht festgestellt hat: rechtswidrigen – Regelung in § 3 Abs. 2 Satz 2 Post-Entgeltregulierungsverordnung beschränkt wurde und **es bei der Regel zu belassen**, die seit 1997 im Postgesetz festgeschrieben ist: **Maßstab der Entgeltbemessung sind die Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung, die wettbewerbskonform ermittelt werden.**

II. Zum Fehlen weitergehender Regelungen zur Wettbewerbsbelebung (insbes. Ausbau des Teilleistungszugangs)

Was sowohl im Gesetzentwurf des Bundesrates als auch im Änderungsantrag fehlt, ist eine echte Postreform. Die Monopolkommission hat dazu seit langem wichtige Vorschläge gemacht, das Bundeswirtschaftsministerium hat 2019 in einem Eckpunktepapier einigen Ehrgeiz für eine wettbewerbsfördernde Reform gezeigt, und ein in der laufenden Wahlperiode im Ministerium erarbeiteter Referentenentwurf enthielt Ansätze, die in die richtige Richtung gingen. Das betraf namentlich den Ausbau von Zugangsansprüchen von Wettbewerbern des Marktbeherrschers zu Teilleistungen. Bestünde ein solcher Teilleistungszugang auch jenseits des Bereichs von Briefen bis 1000 Gramm, könnte dies neue Wettbewerbskräfte entfachen. So könnte es namentlich bei der Warenpost und bei der Beförderung von Zeitungen und Zeitschriften zur Belebung der Konkurrenz kommen. Auch die Abschaffung der Lizenzpflicht auf dem Markt für Briefdienstleistungen und die Überarbeitung der Bußgeldvorschriften könnten

dem Wettbewerb wichtige Impulse geben. Aus dem Blickwinkel von Wettbewerb und Verbraucherschutz ist sehr **zu bedauern, dass die Bundesregierung ihre Pläne für eine Postreform nicht fortführt.**