

**RECHTS- UND WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFTLICHES**

**GUTACHTEN**

ZU DER AUSLEGUNG DER MISSBRAUCHSVERMUTUNG „PREIS-  
KOSTEN-SCHERE“ NACH § 20 ABS. 4 POSTG UND DEREN  
ANWENDUNGSPERSPEKTIVEN IN DER REGULIERUNGSPRAXIS

IM AUFTRAG DES

BUNDESVERBAND BRIEFDIENSTE E. V.

ERSTELLT VON

RECHTSANWALT DR. THOMAS BRACH

PARTNER DER DAMM & MANN RECHTSANWÄLTE, HAMBURG

UNIV.-PROF. DR. JUSTUS HAUCAP

DÜSSELDORF INSTITUTE FOR COMPETITION ECONOMICS (DICE)

HEINRICH-HEINE-UNIVERSITÄT DÜSSELDORF

UNIV.-PROF. DR. IUR. CHRISTIAN KOENIG LL.M. (LSE)

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE INTEGRATIONSFORSCHUNG (ZEI) DER RHEINISCHEN FRIEDRICH-  
WILHELMS-UNIVERSITÄT BONN

31. MAI 2021

## Inhaltsverzeichnis

<b>A. Executive Summary .....</b>	<b>4</b>
<b>B. Einführung.....</b>	<b>11</b>
<b>I. Ausgangslage.....</b>	<b>11</b>
<b>II. Endkundenentgelte für die Basisprodukte der Deutsche Post AG im Verhältnis zu Konsolidierer-Teilleistungsentgelten .....</b>	<b>11</b>
<b>III. Großversender-Teilleistungsentgelte im Verhältnis zu Konsolidierer-Teilleistungsentgelten.....</b>	<b>15</b>
<b>IV. Endkundenentgelte für Eigenkonsolidierung im Verhältnis zu Konsolidierer-Teilleistungsentgelten.....</b>	<b>16</b>
<b>V. Endkundenentgelte für hybride Dienstleistungen im Verhältnis zu Eigenkonsolidierungsentgelten und Konsolidierer-Teilleistungsentgelten.....</b>	<b>17</b>
<b>VI. Weitere Fallkonstellationen.....</b>	<b>17</b>
<b>C. Der Regulierungsimperativ „Preis-Kosten-Schere“ im Postsektor aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht .....</b>	<b>18</b>
<b>D. Die Preis-Kosten-Schere als Marktmachtmissbrauch nach Art. 102 AEUV .....</b>	<b>20</b>
<b>I. Die Rechtsprechung der Unionsgerichte.....</b>	<b>20</b>
<b>II. Der Beschluss des Bundeskartellamts vom 02.07.2015 – B9-128/12 (Deutsche Post AG – Großkundenpreise für den Briefversand) .....</b>	<b>24</b>
<b>III. Der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 06.04.2016 – VI-Kart 9/15 (V) .....</b>	<b>24</b>
<b>E. Analyse und Auslegung des Wortlauts, der Systematik und des Regulierungszwecks von § 20 Abs. 4 PostG .....</b>	<b>27</b>
<b>I. Die Tatbestandsvoraussetzungen.....</b>	<b>27</b>
<b>1. Marktbeherrschender Lizenznehmer .....</b>	<b>27</b>
<b>2. Zugangsleistung nach § 28 PostG .....</b>	<b>30</b>
<b>3. Die Spanne zwischen dem Zugangsentgelt und dem Endkundenentgelt.....</b>	<b>30</b>
<i>a) Informationsasymmetrie sowie Darlegungs- und Beweislast bei der Bestimmung von PKS-relevanten Entgeltabschlägen bzw. der Spannenberechnung .....</i>	<i>30</i>
<i>b) PKS Typ 1: Endkundenentgelt – Vorleistungsentgelt = 0 oder negativ (Negation einer Gewinnmarge).....</i>	<i>32</i>
<i>c) PKS Typ 2: Endkundenentgelt – Vorleistungsentgelt &gt; 0 .....</i>	<i>34</i>
<b>4. Eigenanteil des Zugangspetenten an der Wertschöpfung.....</b>	<b>36</b>
<i>a) Eigenanteil an der Wertschöpfung .....</i>	<i>36</i>
<i>b) Eigenanteil an der Wertschöpfung als Bezugsgröße für die angemessene Gewinnmarge.....</i>	<i>37</i>
<b>5. Unauskömmlichkeit der Gewinnmarge für ein effizientes Unternehmen .....</b>	<b>38</b>
<i>a) Der anzulegende Effizienzmaßstab .....</i>	<i>38</i>

b) <i>Die Herstellung funktionsfähigen Wettbewerbs als teleologische Auslegungsdirektive für die Margenauskömmlichkeit</i> .....	40
c) <i>Wirtschaftswissenschaftliche Parameter zur Bestimmung eines (hinreichend) effizienten Wettbewerbers</i> .....	42
aa) <i>Operationalisierung eines Kostentests.</i> .....	48
bb) <i>Kostenstrukturen eines wirklichen oder hypothetischen hinreichend effizienten Wettbewerbers unter angemessener Berücksichtigung der Maßstabsgrößen kleiner und mittlerer Unternehmen</i> .....	50
cc) <i>Höhe des geeigneten Zuschlags</i> .....	51
dd) <i>Zwischenfazit</i> .....	52
<b>II. Die Rechtsfolge der Missbrauchsvermutung</b> .....	<b>53</b>
<b>F. Konkrete Anwendungsperspektiven von § 20 Abs. 4 PostG in der Regulierungspraxis und in gerichtlichen Verfahren</b> .....	<b>55</b>
<b>I. Regulierungsperspektiven zur Preis-Kosten-Schere in denkbaren Fallkonstellationen</b> .....	<b>55</b>
<b>II. Kein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbares Regulierungsermessen der BNetzA im Rahmen der Bestimmung und Anwendung von Bezugsgrößen für Preis-Kosten-Scheren</b> .....	<b>57</b>
<b>G. Fazit</b> .....	<b>57</b>

## **A. Executive Summary**

### **I.**

#### **Gesetzliche Ermächtigung und Regulierungsauftrag der BNetzA zur effektiven PKS-Entgeltkontrolle**

Mit § 20 Abs. 4 PostG wird endlich eine gesetzliche Ermächtigung der BNetzA zur effektiven PKS-Entgeltkontrolle eingeführt, bei der ein Marktmachtmissbrauch zu vermuten ist, wenn die Spanne zwischen dem Entgelt, das ein marktbeherrschender Anbieter Wettbewerbern für eine Zugangsleistung nach § 28 PostG in Rechnung stellt, und dem entsprechenden Endkundenentgelt nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu ermöglichen.

Hierzu verpflichtet der gesetzliche Regulierungsauftrag die BNetzA zur effektiven PKS-Entgeltkontrolle nach § 20 Abs. 4 PostG gerade auch mit Blick auf die sektorspezifische Ausgangslage, dass im Postsektor die PKS-induzierten Probleme der Wettbewerber noch größer sind als im Telekommunikationssektor. Während die Wettbewerber der Deutsche Telekom AG aufgrund der Digitalisierung sowie der Netzkonvergenz und damit einhergehenden Innovationstreibern – unterstützt durch eine asymmetrische Regulierung – recht bald in der Lage gewesen sind, die aus der vertikalen Integration des marktbeherrschenden Unternehmens resultierenden Wettbewerbsprobleme auf der Vorleistungs- und der Endkundenebene zumindest teilweise zu überwinden, erweisen sich die Skalen- und Verbundvorteile der Deutsche Post AG (DPAG) im personalintensiven und an Realanlagen gebundenen Postsektor als erheblich hinderlicher.

### **II.**

#### **Die PKS als Spezialfall des Marktmachtmissbrauchs**

Die PKS stellt aus ökonomischer Perspektive einen Spezialfall des Marktmachtmissbrauchs, einer Verdrängungspreis-Strategie, dar. Als Verdrängungspreis-Strategie wird die Preissetzung eines Unternehmens bezeichnet, bei der kurzfristige Verluste in Kauf genommen werden, um einen oder mehrere Wettbewerber aus dem Markt zu verdrängen. Langfristig kann das marktbeherrschende Unternehmen somit auf Grund des geringeren Wettbewerbsdrucks der nun reduzierten oder gar ausgeschalteten Wettbewerber höhere Gewinne einfahren als zuvor und die kurzfristigen Verluste ausgleichen. Ziel des marktbeherrschenden Unternehmens ist es folglich, seine Wettbewerber aus dem Markt zu verdrängen, um langfristig den eigenen Gewinn zu maximieren.

### III.

#### **Besondere Verantwortung des marktbeherrschenden Unternehmens zur Gewährleistung auskömmlicher Wettbewerbermargen**

Das sektorenübergreifende Verbot des Marktmachtmissbrauchs (Art. 102 AEUV) leitet als EU-primärrechtlicher PKS-Überwachungsauftrag auch die sektorspezifischen Regulierungsaufgaben der Mitgliedstaaten. Der deutsche Gesetzgeber ist dem nun mit seiner Kodifikation der PKS-Missbrauchsvermutung in § 20 Abs. 4 PostG nachgekommen.

Jetzt liegt die Regulierungsaufgabe bei der BNetzA, aufgrund von § 20 Abs. 4 PostG und dem in ständiger Rechtsprechung des EuGH formulierten PKS-Überwachungsauftrag entsprechend an die besondere Verantwortung des marktbeherrschenden Unternehmens, das seine überragende Marktmacht aus dem ehemaligen staatlichen Monopol ausgebaut hat und fortwährend seine historisch und strukturell bedingten Skalen- und Verbundvorteile weiter auszubauen vermag, zur Gewährleistung auskömmlicher Wettbewerbermargen selbst anzuknüpfen.

Die DPAG ist in der Lage, ihre Marktmacht von dem vorgelagert beherrschten Teilleistungsmarkt auf den nachgelagerten End-to-End-Beförderungsmarkt durch entsprechende Strategien bei der Gestaltung und Darstellung der Großkunden-Teilleistungsentgelte bzw. der Großkundenentgelte zu hebeln und damit ihre Marktmacht auf dem End-to-End-Markt missbräuchlich auszuspielen. Danach ist die DPAG durch ihre Anbieterpräsenz auf allen vor- und nachgelagerten relevanten Märkten in der Lage, die Daten für die Entgeltspannen nach § 20 Abs. 4 PostG von den Teilleistungsentgelttarifen bis zu den Endkundenentgelten für die gesamte Beförderungskette auch unabhängig von ihrer beherrschenden Stellung auf dem nachgelagerten End-to-End-Beförderungsmarkt so zu justieren, dass insbesondere den Konsolidierern die wettbewerbliche Grundlage für eine auskömmliche Gewinnmarge entzogen wird.

### IV.

#### **Einsatz von Tochtergesellschaften zur Verfolgung von PKS-Strategien**

Im Rahmen ihrer vielfältigen Strategien, ihre Marktmacht von dem vorgelagerten Teilleistungsmarkt auf den nachgelagerten End-to-End-Beförderungsmarkt zu hebeln, setzt die DPAG insbesondere Tochtergesellschaften ein. Die marktbeherrschende Stellung der DPAG ist ihren Tochtergesellschaften zuzurechnen. Bei den Dienstleistungen unter anderem der Deutsche Post InHaus Services GmbH (DPIHS) handelt es sich um Endkundenleistungen. Sofern die DPAG ihren Tochtergesellschaften bei Erbringung der erforderlichen Eigenleistungen dieselben Teilleistungsentgelte abverlangt, die sie ihren Wettbewerbern in Rechnung stellt, ist es für die Wettbewerbsmöglichkeiten der Konsolidierer wie auch jeglicher sonstiger Wettbewerber der DPAG von entscheidender Bedeutung, welche Entgelte die Tochtergesellschaften der DPAG ihren Kunden für die von ihnen erbrachten Dienstleistungen abverlangen. Reicht die Spanne zwischen den Entgelten für die von der DPAG erbrachten Teilleistungen und den Entgelten für die Endkundenleistungen der Tochtergesellschaften nicht aus, um Wettbewerbern die Erzielung

einer angemessenen Gewinnmarge zu ermöglichen, kann funktionsfähiger Wettbewerb gar nicht erst entstehen.

## V.

### **Informationsasymmetrie zulasten der BNetzA und der Wettbewerber**

Die erhebliche Informationsasymmetrie zulasten der BNetzA und der Wettbewerber wurde im Rahmen der Novellierung des PostG leider nicht durch die Einführung geeigneter Monitoringinstrumente, wie etwa durch eine Erweiterung der Vorlagepflicht (§ 30 PostG) auf individuelle Entgeltvereinbarungen mit Großkunden, behoben. Um einem Leerlaufen des neuen Missbrauchsvermutungstatbestandes nach § 20 Abs. 4 PostG entgegenzuwirken, sind im Rahmen der Bestimmung von PKS-relevanten Entgeltabschlägen bzw. der Spannenbezugsgrößen deshalb materiell geeignete Maßstäbe sowie Darlegungs- und Beweislastregeln zu entwickeln und anzuwenden, die das Fehlen spezifischer verfahrensrechtlicher Monitoringinstrumente kompensieren.

Dabei sind die Maßstäbe zur Bestimmung der Spannenbezugsgrößen entscheidend, um den tatsächlichen mannigfaltigen Verdrängungstechniken und -effekten von Preis-Kosten-Scheren als Marktmachtmissbrauch nach Art. 102 AEUV im Sinne der ständigen Rechtsprechung der Unionsgerichte zur gesteigerten Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen für den bestehenden Restwettbewerb praktisch wirksam zu begegnen. Ein aufgrund von Informationsasymmetrien, Darlegungs- und Beweislastproblemen verspätetes Eingreifen im Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle (§ 25 PostG) vermag insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen, die mit existenzbedrohenden Folgen aus einem relevanten Markt verdrängt werden, nicht mehr zu helfen.

Mithin muss die Darlegungs- und Beweislast für die Widerlegung einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere sowohl im Regulierungsverfahren als auch im gerichtlichen Verfahren grundsätzlich bei dem marktbeherrschenden Unternehmen liegen, welches die Daten für den PKS-relevanten Spannentatbestand des Verhältnisses zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelten gesetzt hat.

Mangels vorhandener Praxis zum gerade erst neu eingeführten § 20 Abs. 4 PostG im Hinblick auf die anzulegenden Darlegungs- und Beweislastmaßstäbe an eine Widerlegung der gesetzlichen Missbrauchsvermutung ist eine Orientierung an den für § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG geltenden Maßstäben sinnvoll.

## VI.

### **Preisdruck auf Wettbewerber zur Überwindung der Goodwill-Vorteile „der guten alten Post“**

Im Hinblick auf die dem Vorleistungsentgelt gegenüber anzusetzende Spannenbezugsgröße scheint § 20 Abs. 4 PostG an den Test anzuknüpfen, ob ein effizienter Wettbewerber bei einer Gleichpreisigkeit mit dem Endkundenentgelt des vertikal integrierten marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Endkundenmarkt nicht in der Lage ist, seine Kosten zu decken. Allerdings ist bereits die Prämisse der wettbewerblichen Gleichpreisigkeit regelmäßig kaum realistisch, da Wettbewerber in der Praxis das – aus einem staatlichen Monopol hervorgegangene – marktbeherrschende Unternehmen preislich unterbieten müssen, um dessen Goodwill-Vorteile („Zuverlässigkeit der guten alten Post“) zu überwinden. Dieser Umstand ist im Rahmen der Bewertung der Margenauskömmlichkeit nach § 20 Abs. 4 PostG zu berücksichtigen, damit die Kodifikation der PKS-Missbrauchsvermutung nicht praktisch leerläuft.

## VII.

### **Das Margendilemma für einen „Reasonably Efficient Competitor“**

Auf dem Markt für lizenzpflichtige Briefdienstleistungen ist nach § 20 Abs. 4 PostG das Endkundenentgelt, das die DPAG bzw. ihre Tochtergesellschaften in Rechnung stellen, in Relation zu den Kosten des Wettbewerbers zu setzen, die sich aus den Teilleistungsentgelten für die (bundesweite) Zustellung, den Kosten für die gesamte Sendungsaufbereitung (Frankieren, Sortieren, Konsolidieren etc.) und den leistungsmengenneutralen Kosten, die anteilmäßig veranschlagt werden, zusammensetzen. Liegt das Endkundenentgelt, das die DPAG in Rechnung stellt, über diesen Kosten, so kann zwar eine Marge erzielt werden. Gleichwohl kann diese Marge aufgrund vorgenannter Kostenpositionen als unauskömmlich zu qualifizieren sein, da die Wettbewerber keine – mit denjenigen der vertikal integrierten DPAG vergleichbaren – Skalen- und Verbundvorteile in ihrer Kostenrechnung ausnutzen können. In diesem Falle wäre folglich das Endkundenentgelt für einen *As Efficient Competitor* profitabel nachbildbar, nicht jedoch für einen *Reasonably Efficient Competitor*.

Da für die PKS charakteristisch ist, dass selbst effiziente Wettbewerber mangels vergleichbarer vertikaler Integrations-, Skalen- und Verbundvorteile nicht in der Lage sind, bei Gleichpreisigkeit mit dem marktbeherrschenden Unternehmen auf dem Endkundenmarkt ihre Kosten zu decken, hängt die margenprofitable Nachbildbarkeit des Endkundenentgelts des marktbeherrschenden Unternehmens durch die Wettbewerber von der Bestimmung eines für diese Wettbewerber realistischen Effizienzmaßstabs ab.

## VIII.

### **Bildung von realistischen Effizienzmaßstäben für Wettbewerber zur Herstellung funktionsfähigen Wettbewerbs**

Das postgesetzliche Ziel der Sicherstellung funktionsfähigen Wettbewerbs beschränkt sich nicht auf dessen Erhaltung. Vielmehr ist § 1 PostG („zu fördern“) auf die Herstellung der einem funktionsfähigen Wettbewerb vorgelagerten Bedingungen zum Nutzen der Verbraucher ausgerichtet. Danach kann die Bestimmung eines für Wettbewerber realistischen Effizienzmaßstabs je nach den vorherrschenden konkreten Marktverhältnissen auf der Skala eines um die vertikalen Integrations-, Skalen- und Verbundvorteile des marktbeherrschenden Unternehmens bereinigten ebenso effizienten Wettbewerbers bis zu einem unter Berücksichtigung anderer hinderlicher Marktrealitäten hinreichend effizienten Wettbewerber variieren. Mit anderen Worten gilt es, die insbesondere in der Literatur vorherrschende Polarisierung zwischen dem *As-Efficient-Competitor*- und dem *Reasonably-Efficient-Competitor*-Test zur praktisch wirksamen Erreichung der postgesetzlichen Ziele (§ 1 PostG) aufzulösen.

## IX.

### **Prüfungsschritte des PKS-Tests**

Zur Durchführung eines den postgesetzlichen Zielen entsprechenden PKS-Tests, welcher die Förderung des Wettbewerbs nach § 1 PostG gewährleistet, sollte die BNetzA in folgenden Schritten vorgehen:

In einem ersten Schritt sollten die Kosten der Leistungsbereitstellung der in einem betroffenen Markt tätigen Wettbewerber für ein Produkt oder eine Dienstleistung auf Basis der Kostendaten der Wettbewerber ermittelt werden.

Aus den Wettbewerbern ist im zweiten Schritt eine Gruppe von hinreichend effizienten Wettbewerbern auszuwählen, die hinreichend hohe Effizienzwerte aufweisen. Die Größe dieser Gruppe kann von Fall zu Fall verschieden sein und hängt von der Anzahl der Marktteilnehmer ab.

Im dritten Schritt sind die Wettbewerbsverhältnisse im Markt anhand von Angebotsdaten der Wettbewerber zu ermitteln, um (a) die Höhe der notwendigen Preisnachlässe zu ermitteln, die zur Überwindung von Kundenwechselkosten und Goodwill-Vorteilen des marktbeherrschenden Unternehmens notwendig sind, und um (b) so bereits eine Indikation für den notwendigen Kostenaufschlag auf der Seite von hinreichend effizienten Wettbewerbern zu erhalten, der zu einer Förderung des Wettbewerbs führt.

Im vierten Schritt sind die Kapitalkosten zu ermitteln, wobei die Eigenkapitalrendite des Marktbeherrschers anzulegen ist, während die Fremdkapitalkosten der Wettbewerber anzulegen sind, da diese im Falle der DPAG durch die staatliche Beteiligung und die marktbeherrschende Stellung nicht repräsentativ für einen effizienten Wettbewerber sein können.



Im fünften Schritt ist der Zuschlag auf die Kosten festzulegen, durch welchen eine Förderung des Wettbewerbs sichergestellt werden kann. Es spricht einiges dafür, diesen Zuschlag in Abhängigkeit davon zu differenzieren, wie ausgeprägt der Wettbewerb in einem Marktsegment bereits ist. Bei bereits stark ausgeprägtem Wettbewerb sind geringere Zuschläge in Form von „Sicherheitsabständen“ notwendig als auf Märkten, auf denen bisher noch kein oder kaum Wettbewerb entstanden ist.

Im sechsten Schritt sind die Auswirkungen der sich aus den vorstehenden Betrachtungen ergebenden Folgen auf die Positionen sämtlicher relevanter Wettbewerber zu bewerten und in geeigneter, eine konsistente Preisgestaltung bewirkender Weise bei der Entgeltbestimmung zu berücksichtigen, um dem Förderauftrag nach § 1 PostG zu entsprechen.

## X.

### **Keine überhöhten Anforderungen an die Einleitung eines nachträglichen Entgeltüberprüfungsverfahrens**

Der neue gesetzliche PKS-Tatbestand ist von der BNetzA sowohl in ex-ante-Entgeltgenehmigungsverfahren (§§ 19 bis 22 PostG) als auch in Verfahren der nachträglichen Entgeltüberprüfung (§§ 24 und 25 PostG) zu beachten.

Umso wichtiger ist es, dass die BNetzA die Anforderungen an die Einleitung eines nachträglichen Überprüfungsverfahrens nach den §§ 24 oder 25 PostG nicht überspannt, sondern das von ihr durchweg bestätigte Fehlen eines wirksamen Wettbewerbs auf den Briefmärkten als Tatsache anerkennt, die im Sinne der §§ 24 Abs. 1, 25 Abs. 1 PostG die Annahme rechtfertigt, dass die Entgelte des Marktbeherrschers nicht den Anforderungen des § 20 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 PostG entsprechen.

Legte die BNetzA einen strengeren Maßstab an, wäre eine dem Wettbewerbsförderungsziel des § 1 PostG genügende Entgeltkontrolle faktisch ausgehebelt. Im ex-ante-Entgeltgenehmigungsverfahren müsste eine solche Entgeltkontrolle am Offenkundigkeitsprinzip scheitern. Zu einem ex-post-Überprüfungsverfahren würde es nicht kommen.

In jedem Fall wird die Behörde eine Marktanalyse vornehmen müssen, die es ihr ermöglicht, die Wettbewerber und deren Geschäftsmodelle zu identifizieren und zu kategorisieren. Auf dieser Grundlage wird die Behörde die maßgeblichen Kostensituationen zu bewerten und die Gewinnmargen zu ermitteln haben, die es den jeweiligen Wettbewerbergruppen ermöglichen, wirksamen Wettbewerb gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen zu leisten. Auf diese Weise wird die Preiskonsistenz gewährleistet, die § 20 Abs. 4 PostG bezweckt.

## XI.

### **Kein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbares Regulierungsermessen hinsichtlich der Bestimmung und Anwendung der PKS-Bezugsgrößen**

Soweit die Verwaltungsgerichte über die Anwendung des PKS-Tatbestands des § 20 Abs. 4 PostG zu befinden haben werden, werden sie der BNetzA kein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbares Regulierungsermessen hinsichtlich der Bestimmung und Anwendung der PKS-Bezugsgrößen einräumen, um einen effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) zu gewährleisten.

## **B. Einführung**

### **I. Ausgangslage**

Die Regulierung der Preis-Kosten-Schere (PKS) ist ein zentrales Instrument zur Förderung des wirksamen Wettbewerbs auf den Postmärkten und damit des Verbraucherschutzes vor den Wohlfahrtsnachteilen durch monopolistische Strukturen. Nur durch eine effektive PKS-Entgeltkontrolle lässt sich eine Wettbewerbskonsistenz gewährleisten. Diese Wettbewerbskonsistenz gebietet eine für die Wettbewerber des vertikal integrierten, marktbeherrschenden Unternehmens überlebensnotwendige Spanne im Sinne der Auskömmlichkeit des Verhältnisses zwischen Vorleistungsentgelten (für beim marktbeherrschenden Unternehmen eingekaufte Vorleistungen/Teilleistungen) und wettbewerblich erzielbaren Endkundenentgelten.

Während im Telekommunikationssektor § 27 Abs. 2 des Telekommunikationsgesetzes (TKG) mit dem Entgelt-Konsistenzgebot und § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG mit dem Preis-Kosten-Scheren-Test seit Langem gewährleisten, dass Vorleistungs- und Endkundenentgelte regulatorisch so aufeinander abgestimmt werden, dass den Wettbewerbern eine ausreichende Marge verbleibt, fehlte dem Postgesetz (PostG) bisher sowohl ein entsprechendes ausdrückliches regulatorisches Konsistenzgebot als auch ein ausdrücklich angeordneter Preis-Kosten-Scheren-Test. Ohne eine Kodifikation im PostG sah sich die Bundesnetzagentur (BNetzA) mangels einer expliziten Ermächtigungsgrundlage (Vorbehalt des Gesetzes) nicht in der Lage, die PKS angemessen regulatorisch aufzugreifen.<sup>1</sup> Darin sah sie sich bestärkt durch die Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts Münster.<sup>2</sup> Damit fehlte aus Sicht der BNetzA ein wirksames Instrument zur Verhinderung einer missbräuchlichen strategischen Verquickung von Vorleistungs- und Endkundenmärkten durch das marktbeherrschende Unternehmen.

Mit § 20 Abs. 4 PostG wird nun eine effektive PKS-Entgeltkontrolle eingeführt, bei der ein Marktmissbrauch zu vermuten ist, wenn die Spanne zwischen dem Entgelt, das ein marktbeherrschender Anbieter Wettbewerbern für eine Zugangsleistung nach § 28 PostG in Rechnung stellt, und dem entsprechenden Endkundenentgelt nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu ermöglichen.

### **II. Endkundenentgelte für die Basisprodukte der Deutsche Post AG im Verhältnis zu Konsolidierer-Teilleistungsentgelten**

Gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 PostG hat ein Lizenznehmer, der auf einem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen marktbeherrschend ist, auf diesem Markt Teile der von ihm erbrachten Beförderungsleistungen (Teilleistungen) gesondert anzubieten, soweit dies nachgefragt wird

---

<sup>1</sup> BNetzA, Beschl. v. 30.11.2017 – BK5-17/048.

<sup>2</sup> OVG Münster, Beschl. v. 19.12.2016 – 13 B 936/16, N&R 2017, 123, 125.

und dem marktbeherrschenden Lizenznehmer wirtschaftlich zumutbar ist. Die Entgelte für die danach zu erbringenden Teilleistungen unterliegen gemäß § 28 Abs. 2 PostG der Entgeltkontrolle durch die BNetzA nach Maßgabe der §§ 19 ff. PostG.

§ 4 Nr. 3 PostG definiert die Beförderung als das Einsammeln, Weiterleiten oder Ausliefern von Postsendungen an den Empfänger. Ein Zugang zu Teilleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens kommt danach grundsätzlich an jeder Stelle der Beförderungskette vom Absender einer Briefsendung, deren Gewicht nicht mehr als 1.000 Gramm beträgt (vgl. § 5 Abs. 1 PostG), bis zum Empfänger in Betracht.

Etabliert hat sich bislang in erster Linie der Zugang zu Beförderungsleistungen der Deutsche Post AG (DPAG) ab deren Großannahmestellen (Briefzentren BZA und BZE). Der Teilleistungszugang an den Briefzentren der DPAG setzt bestimmte Mindestbriefmengen und die Erbringung von Eigenleistungen (Vorsortierung etc.) voraus, welche es der DPAG ermöglichen, die Briefe in ihr Beförderungsnetz aufzunehmen und weiter bis zum Empfänger zu befördern, ohne dass dadurch die Betriebsabläufe der DPAG wesentlich beeinträchtigt werden und zusätzliche Kosten entstehen, die die Teilleistungen so verteuern, dass deren Inanspruchnahme wirtschaftlich nicht mehr sinnvoll ist.

Nach dem Inkrafttreten des Postgesetzes 1997 am 01.01.1998 wurden die ersten Teilleistungszugänge von der BNetzA (seinerzeit RegTP) gemäß § 31 Abs. 2 PostG zugunsten von Großversendern, welche keine gewerbsmäßigen Briefbeförderungsleistungen erbrachten (Versicherungen etc.), sowie zugunsten von Wettbewerbern, die Briefe außerhalb des Gewichtsbereichs des Restmonopols der DPAG (Exklusivlizenz gemäß § 51 Abs. 1 PostG) beförderten, angeordnet und preislich reguliert.<sup>3</sup> Die Teilleistungsentgelte bedurften seinerzeit unstreitig einer Genehmigung der BNetzA. § 19 Satz 2 PostG, der Entgelte solcher Briefbeförderungsleistungen, die ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Briefsendungen angewendet werden, von der Genehmigungspflicht ausnimmt, fand gemäß § 52 Satz 2 PostG während der Dauer der Exklusivlizenz der DPAG keine Anwendung. Auf die seit dem Auslaufen der Exklusivlizenz am 31.12.2007 relevante Frage, ob ein Genehmigungserfordernis unmittelbar aus § 28 Abs. 2 Satz 1 PostG folgt oder nur dann besteht, wenn nicht die Voraussetzungen des § 19 Satz 2 PostG erfüllt sind (siehe dazu sogleich), kam es nicht an.

In den ersten Jahren nach dem Inkrafttreten des PostG 1997 war umstritten, ob Wettbewerber der DPAG, welche in den Gewichtsbereich der Exklusivlizenz der DPAG fallende Briefe ihrer Kunden bündeln und nach Erbringung der für den Teilleistungszugang generell vorausgesetzten Eigenleistungen in das Briefnetz der DPAG einspeisen wollten (Konsolidierer), ebenso wie sonstige Großkunden einen Anspruch auf Zugang zu den Teilleistungen der DPAG geltend machen konnten. Die DPAG bestritt dies, insbesondere unter Verweis darauf, dass keiner der

---

<sup>3</sup> Vgl. z.B. RegTP, Beschl. v. 15.09.2000 – BK5b-00/076; Beschl. v. 18.09.2000 – BK5a-00/065; Beschl. v. 26.09.2000 – BK5b-00/089; Beschl. v. 16.10.2000 – BK5a-00/114.

Tatbestände des § 51 Abs. 1 Satz 2 PostG, welche ausnahmsweise die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen im Gewichtsbereich der Exklusivlizenz der DPAG erlaubten, erfüllt sei.

Die BNetzA schloss sich dieser Betrachtung an und lehnte es folglich ab, gemäß § 31 Abs. 2 PostG zugunsten von Konsolidierern Teilleistungszugänge und die dafür geltenden Bedingungen anzuordnen.<sup>4</sup> Das daraufhin von den Konsolidierern angerufene Verwaltungsgericht Köln legte die Sache dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) zur Vorabentscheidung vor. Der EuGH befand, dass Konsolidierer nach dem maßgeblichen Richtlinienrecht einen Anspruch auf Teilleistungszugang hätten.<sup>5</sup> Daraufhin verpflichtete das Verwaltungsgericht Köln die BNetzA, einen Teilleistungszugang zugunsten der Konsolidierer gegenüber der DPAG anzuordnen.<sup>6</sup> Ihren zunächst gestellten Antrag auf Zulassung der Berufung nahm die DPAG zurück.

Parallel zu der verwaltungsrechtlichen Geltendmachung des Teilleistungszugangsanspruchs riefen diverse Wettbewerber der DPAG das Bundeskartellamt mit dem Ersuchen an, die DPAG zur Gewährung des Teilleistungszugangs für Konsolidierer zu verpflichten. Das Bundeskartellamt stellte daraufhin fest, dass die DPAG durch die Weigerung, ihren Wettbewerbern den Teilleistungszugang zu gewähren, ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Briefmarkt missbraucht habe (§ 20 GWB, Art. 82 EGV), und untersagte der DPAG, ihre Wettbewerber zukünftig anders als sonstige Großkunden zu behandeln.<sup>7</sup> Das Oberlandesgericht Düsseldorf lehnte den von der DPAG dagegen beantragten Eilrechtsschutz ab.<sup>8</sup> Die DPAG nahm ihre Beschwerde in der Hauptsache zurück. Seitdem nehmen Konsolidierer die von der DPAG ab deren Briefzentren erbrachten Teilleistungen grundsätzlich zu den Konditionen in Anspruch, die für Großversender gelten, die keine gewerbsmäßigen Briefdienstleistungen für andere erbringen.

Die für die Teilleistungen der DPAG zu zahlenden Entgelte werden üblicherweise durch so genannte „Teilleistungsrabatte“ definiert, deren Bezugsgrößen die von der BNetzA genehmigten Entgelte für die sogenannten Basisprodukte der DPAG, also die im Universaldienst für Einzelsendungen geltenden Endkundenentgelte, sind. Der Begriff der „Teilleistungsrabatte“ ist insofern irreführend, als er keine echten Rabatte bezeichnet, sondern Komponenten der für die Teilleistungen zu zahlenden Entgelte, und zwar in Gestalt von Prozentwerten, um welche die Teilleistungsentgelte geringer als die Entgelte der so genannten Basisprodukte der DPAG (Standardbrief, Kompaktbrief, Großbrief und Maxibrief) sind.<sup>9</sup>

Orientiert an der Maßgabe des § 28 Abs. 2 Satz 3 PostG, dass bei der Regulierung der Teilleistungsentgelte die anteiligen Kosten der gesamten Beförderungskette angemessen zu berücksichtigen sind, schlüsselte die BNetzA bei der Anordnung der ersten Teilleistungszugänge (s.o.)

---

<sup>4</sup> Vgl. z.B. RegTP, Beschl. v. 05.09.2001 – BK5a-01/075.

<sup>5</sup> EuGH, Urt. v. 06.03.2008 – Rs. C-287/06 bis C-292/06 – Deutsche Post etc.

<sup>6</sup> VG Köln, Urt. v. 02.09.2008 – 22 K 7464/01.

<sup>7</sup> BKartA, Beschl. v. 11.02.2005 – B9 – 55/03, N&R 2005, 82-88.

<sup>8</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.04.2005 – VI Kart 3/05 (V).

<sup>9</sup> Vgl. RegTP, Beschl. v. 16.10.2000 – BK 5a-00/114, S. 20 ff.

anhand des ihr seinerzeit zur Verfügung stehenden Datenmaterials die Kosten der einzelnen Abschnitte der Beförderungskette auf. Kosten der Basisprodukte, welche aufgrund der Eigenleistungen der Großversender bei den Teilleistungen nicht anfielen, quantifizierte die BNetzA in Form eines Prozentwerts von den Entgelten der Basisprodukte der DPAG. Soweit die Behörde für unterschiedliche Briefmengen unterschiedliche „Rabatte“ festlegte („Rabattstaffel“), beruhte das auf ihrer Annahme, dass die betreffenden Briefmengen wegen unterschiedlicher Auslastungseffekte unterschiedlich effizient bzw. kostenwirksam verarbeitet werden konnten. Größere Sendungsmengen rechtfertigen danach aus Sicht der Behörde höhere „Rabatte“.<sup>10</sup>

Seit dem Auslaufen der Exklusivlizenz der DPAG am 31.12.2007 bedürfen die Teilleistungsentgelte nach Ansicht der BNetzA nicht mehr der Genehmigung durch die Behörde. Die BNetzA sieht in § 28 Abs. 2 Satz 1 PostG, der eine Genehmigungspflicht für Teilleistungsentgelte nach den §§ 19, 20 PostG statuiert, eine Rechtsgrundverweisung.<sup>11</sup> Nach § 19 Satz 2 PostG gilt die Entgeltgenehmigungspflicht gemäß § 19 Satz 1 PostG nicht für Entgelte solcher Briefbeförderungsleistungen, die ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Briefsendungen angewendet werden. Da die Teilleistungsverträge BZA und BZE ausnahmslos größere Einlieferungsmengen als 50 Briefsendungen vorsehen, besteht nach § 19 Satz 2 PostG keine Genehmigungspflicht für die Teilleistungsentgelte.

Dass die Interpretation des § 28 Abs. 2 Satz 1 PostG durch die BNetzA, wonach es sich bei der Norm um eine Rechtsgrundverweisung handelt, der Intention des Gesetzgebers entspricht, lässt sich bezweifeln. Die große Bedeutung des Teilleistungszugangs für den Wettbewerb auf dem Briefmarkt<sup>12</sup> spricht eher für eine Rechtsfolgenverweisung, also die generelle Genehmigungsbedürftigkeit von in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des marktbeherrschenden Unternehmens aufgenommen Teilleistungsentgelten.

Geht man davon aus, dass die Teilleistungsentgelte nicht genehmigungsbedürftig sind, unterliegen sie jedenfalls der nachträglichen Entgeltkontrolle gemäß § 25 PostG. Die Pflicht der BNetzA zur Überprüfung der Teilleistungsentgelte entsteht, wenn der BNetzA Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass die Teilleistungsentgelte nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 3 PostG entsprechen, etwa weil sie Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt für Postdienstleistungen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen (§ 20 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 PostG).

Bei einer Überprüfung der Teilleistungsentgelte im Jahr 2010, die durch eine Erhöhung der „Teilleistungsrabatte“ der DPAG als Reaktion auf die in jenem Jahr erfolgte Erhöhung der Umsatzsteuer veranlasst war und mit einer Einstellungsverfügung endete,<sup>13</sup> gelangte die Behörde zu der Bewertung, dass die neuen Teilleistungsentgelte nach der „Rabatterhöhung“ weiterhin sämtliche relevanten Kosten im Zusammenhang mit der Briefbeförderung abdeckten. Aus den

<sup>10</sup> Vgl. RegTP, Beschl. v. 16.10.2000 – BK 5a-00/114, S. 20 ff.

<sup>11</sup> BNetzA, Beschl. v. 07.11.2007 – BK5b-07/068, S. 9.

<sup>12</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.04.2016 – VI – Kart 9/15 (V), N&R 2016, 313, 318.

<sup>13</sup> BNetzA, Einstellungsverfügung v. 15.09.2010 – BK5b-10/013.

von der DPAG vorgelegten Unterlagen gehe hervor, dass neben den Kosten der Wertschöpfung für Briefbeförderung, wie Sortierung, Transport und Zustellung, anteilig auch die mittelbaren Kostenpositionen wie Gemein- und Vertriebskosten kalkulatorisch einbezogen worden seien. Diese seien nach allgemein anerkannten betriebswirtschaftlichen Methoden verursachungsgerecht mittels einer differenzierten Zuschlagskalkulation den jeweiligen Produkten/Produktgruppen zugerechnet worden. Dadurch, dass die Kosten nach einer für sämtliche Segmente einheitlichen Allokationsmethode zugeschlüsselt würden, werde dem Verursachungsprinzip Rechnung getragen. Soweit Wettbewerberpreise unter den Teilleistungsentgelten lägen, indiziere das nicht, dass die Teilleistungsentgelte kostendeckend seien, sondern lasse sich unter anderem mit Größen- und Verbundvorteilen der DPAG erklären. Dem Berücksichtigungsgebot des § 28 Abs. 2 Satz 3 PostG sei genüge getan.

In preislicher Hinsicht stehen die Leistungen der Konsolidierer so gut wie gar nicht in Konkurrenz mit den Basisprodukten der DPAG, sondern in erster Linie mit den Beförderungsleistungen, die die DPAG oder ihre Tochtergesellschaften gegenüber Geschäftskunden, also Versendern mit im Regelfall größeren Sendungsmengen, als sie bei den sogenannten Privatkunden anfallen, erbringen. Daher ist der PKS-Tatbestand im Verhältnis der Entgelte der Basisprodukte der DPAG zu den Konsolidierer-Entgelten von vergleichsweise geringer Bedeutung.

### **III. Großversender-Teilleistungsentgelte im Verhältnis zu Konsolidierer-Teilleistungsentgelten**

Zu den Beförderungsleistungen, die die DPAG oder ihre Tochtergesellschaften gegenüber Geschäftskunden, also Versendern mit im Regelfall größeren Sendungsmengen, als sie bei den sogenannten Privatkunden anfallen, erbringen, gehören unter anderem die Teilleistungen, welche die DPAG Großversendern in derselben Weise anbietet, wie sie dies gegenüber ihren Wettbewerbern (Konsolidierern) tut.

Aus Sicht der Versender handelt es sich um Endkundenleistungen, eben weil sie unmittelbar gegenüber den Versendern erbracht werden. Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Großversender-Teilleistungsentgelten und Konsolidierer-Teilleistungsentgelten kann es kein PKS-Szenario im Sinne des § 20 Abs. 4 PostG geben. Die Großversender-Teilleistungsentgelte sind schlicht keine Entgelte für Endkundenleistungen mit Wertschöpfungsstufen, die über die Zugangsleistungen im Sinne von § 20 Abs. 4 Nr. 1 PostG hinausgehen.

In der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Energie (9. Ausschuss) zum Gesetzentwurf des Bundesrats („Gesetz zur Verbesserung der Strafverfolgung hinsichtlich des Handels mit inkriminierten Gütern unter Nutzung von Postdienstleistungen“, BR-Drucks. 19/20347) heißt es demgemäß, es sei kein missbräuchliches Verhalten im Sinne des § 20 Abs. 4 PostG, wenn der marktbeherrschende Lizenznehmer Endkunden und Wettbewerbern Zugangsleistungen nach § 28 PostG zu gleichen Entgelten anbiete, wenn diese

Sendungen unter gleichen Bedingungen einlieferten. Insoweit fordere die PKS keinen pauschalen Wettbewerber- oder Großhandelsrabatt.<sup>14</sup>

#### **IV. Endkundenentgelte für Eigenkonsolidierung im Verhältnis zu Konsolidierer- Teilleistungsentgelten**

Die Wettbewerber der DPAG konkurrieren in preislicher Hinsicht insbesondere mit Tochtergesellschaften der DPAG, welche die sogenannte Eigenkonsolidierung anbieten. Bei der Eigenkonsolidierung handelt es sich um Dienstleistungsangebote von DPAG-Tochtergesellschaften, insbesondere der Deutsche Post InHaus Services GmbH (DPIHS). Diese sammelt, ebenso wie Konsolidierer, die im Wettbewerb zur DPAG stehen, Briefe bei ihren Kunden ein und übergibt sie der DPAG zu den Bedingungen des Teilleistungszugangs in den Briefzentren der DPAG zur Zustellung an die Adressaten. Von der Eigenkonsolidierung ist die Rede, weil die DPAG – mittels einer Tochtergesellschaft – selbst Konsolidierungsdienstleistungen erbringt.

Die postrechtliche Zulässigkeit der Eigenkonsolidierung ist fraglich. Von Seiten der Wettbewerber wird insbesondere eingewandt, dass § 28 PostG als Mittel zur Wettbewerbsförderung konterkariert werde, wenn die DPAG durch ihre Tochtergesellschaften selbst Teilleistungen der DPAG in Anspruch nehme. Dem sind die BNetzA und die Gerichte bislang nicht gefolgt, insbesondere unter Verweis darauf, dass § 28 PostG nur einen Anspruch der Wettbewerber auf Zugang zu Teilleistungen der DPAG begründe, nicht jedoch dieser bzw. deren Tochtergesellschaften verbiete, ihrerseits Teilleistungen für eigene Leistungsangebote zu nutzen.<sup>15</sup>

Da die marktbeherrschende Stellung der DPAG ihren Tochtergesellschaften zuzurechnen ist und es sich bei deren Dienstleistungen um Endkundenleistungen handelt, ist es, sofern die DPAG ihren Tochtergesellschaften bei Erbringung der erforderlichen Eigenleistungen dieselben Teilleistungsentgelte abverlangt, die sie ihren Wettbewerbern in Rechnung stellt, für die Wettbewerbsmöglichkeiten der Konsolidierer wie auch jeglicher sonstiger Wettbewerber der DPAG von entscheidender Bedeutung, welche Entgelte die Tochtergesellschaften der DPAG ihren Kunden für die von ihnen erbrachten Dienstleistungen abverlangen. Reicht die Spanne zwischen den Entgelten für die von der DPAG erbrachten Teilleistungen und den Entgelten für die Endkundenleistungen der Tochtergesellschaften nicht aus, um Wettbewerbern die Erzielung einer angemessenen Gewinnmarge zu ermöglichen, kann es funktionsfähigen Wettbewerb nicht geben.

---

<sup>14</sup> BT-Drucks. 19/26583, S. 18.

<sup>15</sup> Vgl. BNetzA, Beschl. v. 27.11.2018 – BK5-18/018, S. 21; OVG Münster, Beschl. v. 19.12.2016 – 13 B 936/16, N&R 2017, 123, 125.



## **V. Endkundenentgelte für hybride Dienstleistungen im Verhältnis zu Eigenkonsolidierungsentgelten und Konsolidierer-Teilleistungsentgelten**

Die Wettbewerber der DPAG konkurrieren auch mit Dienstleistungen einer weiteren Tochtergesellschaft der DPAG, der Deutsche Post E-POST-Solutions GmbH (DPEPS), soweit diese im Rahmen ihres Produkts „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ Briefbeförderungsleistungen erbringt.

Beim „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ handelt es sich um ein so genanntes Hybridprodukt. Der Absender übermittelt der DPEPS elektronisch Sendungsinhalte, aus denen die DPEPS (physische) Briefe erzeugt, welche sie der DPIHS zur Konsolidierung und zur Einlieferung bei der DPAG mittels des Teilleistungszugangs übergibt.

Beim physischen Teil des „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ handelt es sich um eine Endkundenleistung. Im Hinblick auf jene Endkundenleistung stellen sich die Leistungen der DPIHS und der DPAG jeweils als Zugangsleistungen im Sinne des § 20 Abs. 4 Nr. 1 PostG dar. Die Zugangsleistungen der DPIHS nimmt die DPEPS unmittelbar in Anspruch. Die Zugangsleistungen der DPAG nutzt die DPEPS durch die Inanspruchnahme der Konsolidierungsleistungen der DPIHS (s.o.).

In einem Beschluss vom 23.04.2021, mit dem die BNetzA der DPEPS im Hinblick auf den Zeitraum vom 01.06.2021 bis zum 31.12.2021 Entgelte für den physischen Teil des „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ genehmigt hat, ist die Behörde erstmals der Frage nach einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere im Sinne des neuen § 20 Abs. 4 PostG nachgegangen und zu dem Ergebnis gelangt, dass ein – für die Versagung der Entgeltgenehmigung vorausgesetzter (vgl. § 21 Abs. 3 Satz 2 PostG) – offenkundiger Verstoß gegen das Abschlagsverbot gemäß § 20 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 PostG nicht festzustellen sei.<sup>16</sup>

## **VI. Weitere Fallkonstellationen**

PKS kommen bei jeglichen sonstigen Vereinbarungen in Betracht, die die DPAG oder Tochtergesellschaften der DPAG abweichend von den standardisiert angebotenen Verträgen insbesondere mit großen Geschäftskunden treffen.

Zu denken ist insbesondere an Vereinbarungen, nach denen Großversender komplette End-to-end-Beförderungsleistungen zu Entgelten erhalten, die niedriger als die Teilleistungsentgelte oder jedenfalls so niedrig sind, dass Wettbewerber keine rentablen Dienstleistungsangebote am Markt platzieren können, wenn sie Teilleistungen der DPAG in Anspruch nehmen.

Derartige Preispraktiken zu ermitteln, gestaltet sich in der Praxis äußerst schwierig, insbesondere dann, wenn sie das Ergebnis von Vertragsgeflechten sind, die die wahren Entgelte verschleiern.

---

<sup>16</sup> BNetzA, Beschl. v. 23.04.2021 – BK5-21/005, S. 20 ff.

### C. Der Regulierungsimperativ „Preis-Kosten-Schere“ im Postsektor aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht

PKS stellen aus ökonomischer Perspektive einen Spezialfall eines klassischen Marktmachtmissbrauchs, einer Verdrängungspreis-Strategie, dar. Als Verdrängungspreis-Strategie wird die Preissetzung eines Unternehmens bezeichnet, bei der kurzfristige Verluste in Kauf genommen werden, um einen oder mehrere Wettbewerber aus dem Markt zu verdrängen.<sup>17</sup> Langfristig kann das betrachtete Unternehmen somit auf Grund des geringeren Wettbewerbsdrucks der nun reduzierten oder gar ausgeschalteten Wettbewerber höhere Gewinne einfahren als zuvor und die kurzfristigen Verluste ausgleichen. Ziel des betrachteten Unternehmens ist es folglich, seine Wettbewerber aus dem Markt zu verdrängen, um langfristig den eigenen Gewinn zu maximieren.<sup>18</sup>

Verdrängungspreis-Strategien können von einem marktmächtigen Unternehmen jedoch auch angewandt werden, um einen potenziellen zukünftigen Wettbewerber vom Markteintritt abzuhalten.<sup>19</sup> Ohne die Aussicht auf Gewinnmöglichkeiten werden potenzielle Markteintrittskandidaten nicht länger motiviert, in den Markt einzutreten und dem Marktbeherrscher langfristig Konkurrenz zu machen.

PKS sind Strategien, bei denen ein vertikal integriertes Unternehmen seine nicht vertikal integrierten Wettbewerber mit Vorleistungsprodukten beliefert und dabei zwischen dem Preis für die Vorleistung und dem eigenen Endkundenpreis eine so geringe Spanne belässt, dass es Wettbewerbern nicht möglich ist, hinreichende Deckungsbeiträge zu erwirtschaften, um langfristig am Markt bestehen zu können.<sup>20</sup> Im Gegensatz zu klassischen Verdrängungspreisen muss das marktmächtige Unternehmen bei Vorliegen einer PKS nicht unbedingt kurzfristige Verluste in Kauf nehmen, um den Wettbewerb zu beschränken. Es kann die Preissetzung für die Vorleistung so anpassen, dass Wettbewerber den Preis des Marktführers auf dem Endkundenmarkt nicht nachbilden können und zugleich eine angemessene Marge erreichen. Der Marktführer hat daher starke Anreize, einen Preis für seine Vorleistungen oberhalb der Kosten für deren Bereitstellung zu wählen, um mit den Vorleistungen positive Deckungsbeiträge zu erzielen. In der Gesamtbetrachtung kann der Marktführer dann – anders als bei klassischen Verdrängungspreisen – selbst bei Vorliegen einer PKS kurzfristig Gewinne erzielen.

PKS werden insbesondere dann als relevant eingestuft, wenn es sich bei den bereitgestellten Vorleistungen um solche handelt, die für eine (effiziente) Bereitstellung der Endkundenleistungen unverzichtbar sind. Im deutschen Postsektor sind die Wettbewerber der DPAG darauf angewiesen, Vorleistungen (in § 28 PostG werden die Vorleistungen als Teilleistungen bezeichnet) der DPAG in Anspruch zu nehmen, um ihren Kunden die bundesweite Zustellung von

---

<sup>17</sup> Motta (2009), Competition Policy: Theory and Practice, S. 412.

<sup>18</sup> Ebenda.

<sup>19</sup> Ebenda.

<sup>20</sup> Motta (2009), Competition Policy: Theory and Practice, S. 491.

Briefen anbieten zu können. Die im Postgesetz vorgegebene Regulierung sowohl von Vorleistungs- als auch von Endkundenentgelten begründet eine besondere Herausforderung an die Konsistenz der Regulierung. Die DPAG ist in Deutschland der einzige Briefdienstleister mit einer eigenen bundesweiten Netzabdeckung und zudem auf allen Wertschöpfungsstufen aktiv. Dabei bedient die DPAG sich auch der Leistungen von Tochterunternehmen. Die diesbezüglichen Vertragsbeziehungen und Kostenverrechnungen sind weitgehend intransparent.

Eine vertikale Integration entlang der gesamten Wertschöpfung können in Deutschland nur wenige Briefdienstleister und diese zudem nur auf regionaler Ebene nachbilden. Zumeist sind die Wettbewerber als KMU nur regional oder gar nur lokal aktiv. Im Gegensatz zur DPAG sind sämtliche Wettbewerber auf teils sehr umfangreiche Kooperationen, nicht nur mit der DPAG selbst, sondern auch untereinander, angewiesen.<sup>21</sup> Die Unternehmen bieten oft viele Produkte bzw. Tarife zugleich an.

Auf Grund derart heterogener Wettbewerber zur DPAG ist die Durchführung eines PKS-Tests mit dem Ziel der Wettbewerbsförderung nicht trivial. Im Fall von Bündelangeboten sind die anzustellenden Betrachtungen umso komplexer. Eine gesonderte Betrachtung und zum Beispiel Senkung von Teilleistungsentgelten mag einer Wettbewerbergruppe zugutekommen. Sie kann jedoch zugleich zu Lasten von Wettbewerbern gehen, welche um Kunden werben, deren Sendungsmengen es ihnen ermöglichen, selbst Teilleistungen der DPAG in Anspruch zu nehmen.

Geht mit der Senkung der Teilleistungsentgelte eine Senkung der Endkundenentgelte einher, kann dies zu Lasten der wenigen größeren Wettbewerber der DPAG mit eigenem regionalem Netz führen. Umso wichtiger ist es, dass sowohl die Teilleistungsentgelte als auch die Endkundenpreise der DPAG und ihrer Tochterunternehmen einer konsistenten Kontrolle unterzogen werden. Anderenfalls können Verdrängungsstrategien der DPAG nicht effektiv unterbunden werden.

Der Briefdienstleistungssektor in Deutschland unterscheidet sich wesentlich z. B. von jenem in Großbritannien. Während die Endsortierung und die Zustellung von Briefen in Großbritannien zu 99 % durch den ehemaligen Staatsmonopolisten „Royal Mail“ erfolgen, haben die Wettbewerber der DPAG einen Marktanteil von immerhin ca. 14 %.<sup>22</sup> Ein in Großbritannien angestrebter PKS-Test anhand der LRIC (*long-run incremental costs*)<sup>23</sup> von „Royal Mail“ für die nur von ihr erbrachten Teilleistungen ist daher in Deutschland nicht zielführend. Er dürfte den aufkommenden Netzwettbewerb im End-to-End Markt zu Ungunsten der Wettbewerber verzerren. Diese können aus vielerlei Gründen vermutlich (noch) nicht die Kosten der DPAG nachbilden.

---

<sup>21</sup> Ca. 70 % der Sendungsmengen, die ohne Beteiligung der DPAG abgewickelt wurden, wurden durch eine Kooperation der Wettbewerber zugestellt (s. BNetzA (2019), Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, S. 20).

<sup>22</sup> BNetzA (2019), Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, S. 17.

<sup>23</sup> Ofcom (2018), Amendments to the Universal Service Provider Access Condition in relation to the margin squeeze control, Tz. 3.7.

Um aus dem Markt verdrängt zu werden, müssen die Wettbewerber nicht einmal Verluste machen. Dafür reicht es schon, dass sie keine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals erzielen und ihre Gewinne nicht ausreichen, um die Investitionen tätigen zu können, die nötig sind, um ein nachhaltiges Wachstum zu erzielen.

Die wettbewerbsökonomische Theorie zeigt, dass PKS ein stark wettbewerbsverzerrendes Potenzial aufweisen und daher von Regulierungs- und Aufsichtsbehörden aufmerksam überwacht werden müssen. Im Postsektor stellt die komplexe Regulierung von Endkunden- und Teilleistungsentgelten der DPAG per se eine besondere Herausforderung dar. Im Fall von Bündelanboten ist die Betrachtung von PKS noch ungleich komplexer.<sup>24</sup>

## **D. Die Preis-Kosten-Schere als Marktmachtmissbrauch nach Art. 102 AEUV**

### **I. Die Rechtsprechung der Unionsgerichte**

Die Anerkennung der PKS als Fallgruppe des gemäß Art. 102 AEUV verbotenen Marktmachtmissbrauchs gründet sektorenübergreifend auf der ständigen Rechtsprechung des EuGH zur gesteigerten Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen für den bestehenden Restwettbewerb. Danach trifft Unternehmen in marktbeherrschender Stellung eine gesteigerte Verantwortung für den bestehenden Restwettbewerb, damit nicht die Erzeugnisse schwächerer Marktteilnehmer leistungswettbewerbsfremd vom Markt verschwinden.

In seinem Urteil „*Post Danmark I*“ vom 27.3.2012 (Rs. C-209/10) führt der EuGH aus, dass dies in besonderem Maße für ein Unternehmen mit einer Quasimonopolstellung gilt, das

*„eine besondere Verantwortung dafür [trägt], dass es durch sein Verhalten einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt“.*<sup>25</sup>

Dabei kann sich ein Verstoß gegen diese gesteigerte Verantwortung insbesondere aus einer missbräuchlichen Preispolitik des marktbeherrschenden Unternehmens ergeben, die eine Verdrängungswirkung gegenüber den Konkurrenten entfaltet.

*„Für die Feststellung, ob das Unternehmen in beherrschender Stellung diese Stellung durch die Anwendung seiner Preispolitik missbräuchlich ausgenutzt hat, ist es angezeigt, sämtliche Umstände zu berücksichtigen und zu untersuchen, ob diese Praktiken darauf abzielen, dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren, den Konkurrenten den Zugang zum Markt zu*

---

<sup>24</sup> Haucap, J., Heimeshoff, U. & Gösser, N. (2021), Preis-Kosten-Scheren im Telekommunikationssektor.

<sup>25</sup> EuGH, Ur. v. 27.03.2012, Rs. C-209/10, Rn. 23 – Post Danmark I.

*verwehren, Handelspartnern für gleichwertige Leistungen ungleiche Bedingungen aufzuerlegen und ihnen damit einen Wettbewerbsnachteil zuzufügen oder die beherrschende Stellung durch einen verfälschten Wettbewerb zu stärken.*<sup>26</sup>

Dass die Nichtbeachtung der gesteigerten Verantwortung für den bestehenden Restwettbewerb durch eine PKS als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. Art. 102 AEUV zu bewerten ist, entschied der EuGH bereits in der Rechtssache „Deutsche Telekom“ vom 14.10.2010 (Rs. C-280/08 P):

*„Folglich verbietet Art. 82 EG [Art. 102 AEUV] einem beherrschenden Unternehmen u. a. eine **Preispolitik, die für seine gegenwärtigen oder potenziellen ebenso effizienten Wettbewerber eine Verdrängungswirkung entfaltet**, d. h. eine Verhaltensweise, die geeignet ist, seinen Wettbewerbern den Zugang zum Markt und seinen Vertragspartnern die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen oder Handelspartnern zu erschweren oder gar unmöglich zu machen, und damit seine Stellung stärkt, indem andere Mittel als diejenigen eines Leistungswettbewerbs herangezogen werden. Unter diesem Gesichtspunkt kann nicht jeder Preiswettbewerb als zulässig angesehen werden (vgl. in diesem Sinne Urteile *Niederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Kommission*, Randnr. 73, *AKZO/Kommission*, Randnr. 70, und *British Airways/Kommission*, Randnr. 68).“<sup>27</sup>*

Konkret bestätigte der EuGH das Vorliegen einer missbräuchlichen PKS aufgrund der Verdrängungswirkung, obwohl die Vorleistungs- und Endkundenentgelte sogar jeweils ex-ante von der Regulierungsbehörde genehmigt worden waren:

*„Im vorliegenden Fall ist festzustellen, dass die Rechtsmittelführerin nicht bestreitet, dass selbst dann, wenn sie keinen Handlungsspielraum zur Änderung ihrer Zwischenabnehmerentgelte für Vorleistungszugangsdienste hat, die Spanne zwischen diesen Entgelten und ihren Endkundenentgelten für Endkundenzugangsdienste für ihre gegenwärtigen oder potenziellen ebenso effizienten Wettbewerber **eine Verdrängungswirkung entfalten kann, sofern deren Zugang zu den betreffenden Dienstleistungsmärkten durch die Margenbeschneidung, zu der eine solche Spanne führen kann, zumindest erschwert wird.**“<sup>28</sup>*

Wie der EuGH feststellte, führt eine derartige Margenbeschneidung, die aus einer PKS folgt, zu negativen Wirkungen im Wettbewerb. So folgt aus einer PKS zunächst eine Stärkung der marktbeherrschenden Stellung sowie eine Verdrängung der Wettbewerber. Hinzu tritt eine Schädigung der Verbraucher:

*„Diese Margenbeschneidung führt nämlich dadurch, dass das **Maß des auf dem Markt für Endkundenzugangsdienste herrschenden Wettbewerbs**, der gerade durch die Anwesenheit der Rechtsmittelführerin bereits geschwächt ist, **weiter verringert und deren***

<sup>26</sup> EuGH, Urt. v. 27.03.2012, Rs. C-209/10, Rn. 26 – Post Danmark I.

<sup>27</sup> EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08, Rn. 177 – Deutsche Telekom/Kommission.

<sup>28</sup> EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08, Rn. 178 – Deutsche Telekom/Kommission.

*beherrschende Stellung damit gestärkt wird, auch zu einer **Schädigung der Verbraucher**, indem deren Wahlmöglichkeiten und damit die Aussicht, dass die Endkundenentgelte auf längere Sicht wegen des Wettbewerbs durch zumindest ebenso effiziente Wettbewerber auf dem genannten Markt sinken, eingeschränkt werden (vgl. in diesem Sinne Urteil France Télécom/Kommission, Randnr. 112).*<sup>29</sup>

Das marktbeherrschende Unternehmen hatte seinen bestehenden Handlungsspielraum zur Änderung der Endkundenentgelte für Endkundenzugangsdienste nicht ausgeschöpft, insbesondere bei der Regulierungsbehörde nicht die Genehmigung für die Änderung dieser Entgelte beantragt, um eine PKS zulasten marktschwächerer Wettbewerber zu vermeiden. Bereits daraus folgte ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot:

*„Unter diesen Umständen hat das Gericht, sofern die Rechtsmittelführerin, wie in den Randnrn. 77 bis 86 des vorliegenden Urteils ausgeführt, über einen Handlungsspielraum zur Verringerung oder Beseitigung einer solchen Margenbeschneidung durch Anhebung ihrer Endkundenentgelte für Endkundenzugangsdienste verfügt, daher zu Recht in den Randnrn. 166 bis 168 des angefochtenen Urteils festgestellt, dass diese **Margenbeschneidung angesichts ihrer möglichen Verdrängungswirkung auf zumindest ebenso effiziente Wettbewerber wie die Rechtsmittelführerin bereits für sich allein einen Missbrauch im Sinne von Art. 82 EG darstellen kann.**“<sup>30</sup>*

Diese Rechtsprechung zur PKS hat der EuGH konsequent weiterverfolgt.<sup>31</sup> So bestätigte er in der Rechtssache „*TeliaSonera*“ vom 17.02.2011 (Rs. C-52/09), dass es sich bei der PKS um eine allgemeine Fallgruppe des Marktmachtmissbrauchsverbotes gem. Art. 102 AEUV handelt. Demzufolge gilt es, die Preispolitik eines marktbeherrschenden Unternehmens stets auf eine Unangemessenheit zu untersuchen, die auf einer PKS beruht:

*„Das vorliegende Gericht muss die im Ausgangsverfahren in Rede stehende **Preispolitik im Licht dieser Grundsätze prüfen, um festzustellen, ob es sich bei ihr um eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung handelt**, die TeliaSonera möglicherweise innehat. Im Anschluss an die Prüfung, ob die übrigen Anwendungsvoraussetzungen des Art. 102 AEUV im vorliegenden Fall erfüllt sind – darunter insbesondere das Bestehen einer beherrschenden Stellung TeliaSoneras und eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten durch das Verhalten des Unternehmens –, muss das vorliegende Gericht insbesondere untersuchen, **ob die Preispolitik von TeliaSonera unangemessen ist, weil sie die Margen ihrer Wettbewerber bei den Endkundenpreisen für Breitbanddienste tatsächlich beschneidet.**“<sup>32</sup>*

<sup>29</sup> EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08, Rn. 182 – Deutsche Telekom/Kommission.

<sup>30</sup> EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08, Rn. 183 – Deutsche Telekom/Kommission.

<sup>31</sup> Vgl. nur EuGH, Urt. v. 17.02.2011, Rs. C-52/09 – TeliaSonera; Urt. v. 14.07.2014, Rs. C-295/12 P – Telefónica.

<sup>32</sup> EuGH, Urt. v. 17.02.2011, Rs. C-52/09, Rn. 29, 30 – TeliaSonera.

Dabei stellte der EuGH erneut klar, dass bereits die Margenbeschneidung, die aus einer PKS folgt, für sich allein eine missbräuchliche Verhaltensweise im Sinne des Art. 102 AEUV darstellt:

*„Die Margenbeschneidung kann nämlich angesichts ihrer **möglichen Verdrängungswirkung** auf zumindest ebenso effiziente Wettbewerber wie das beherrschende Unternehmen **mangels jeglicher objektiven Rechtfertigung bereits für sich allein einen Missbrauch im Sinne von Art. 102 AEUV darstellen** (vgl. in diesem Sinne Urteil Deutsche Telekom/Kommission, Randnr. 183).“<sup>33</sup>*

Insbesondere bestätigte der EuGH die eigenständige Bedeutung der PKS. Demzufolge kommt es allein auf die Margenbeschneidung an, sodass eine isolierte Prüfung der Missbräuchlichkeit der einzelnen Vorleistungs- und Endkundenentgelte entbehrlich ist:

*„Da sich im Übrigen die **Unangemessenheit einer solchen Preispolitik im Sinne von Art. 102 AEUV aus der bloßen Tatsache einer Beschneidung der Margen und nicht aus der genauen Differenz ergibt, bedarf es keineswegs des Nachweises, dass die ADSL-Vorleistungspreise für Betreiber oder die Endkundenpreise für Breitbanddienste bereits für sich allein deshalb missbräuchlich waren, weil sie zu hoch waren bzw. Verdrängungswirkung hatten** (Urteil Deutsche Telekom/Kommission, Randnrn. 167 und 183).“<sup>34</sup>*

In seinem Urteil *Post Danmark II* vom 06.10.2015 (Rs. C-23/14) hat der EuGH zudem klargestellt, dass in einer Situation, in der das marktbeherrschende Unternehmen über eine sehr große Marktmacht und über monopolbedingte strukturelle Vorteile verfügt, der Vergleichsmaßstab des ebenso effizienten Wettbewerbers nicht sachgerecht ist und folglich der Maßstab des hinreichend effizienten Wettbewerbers zur Anwendung kommen muss. Hierauf wird im Rahmen der Bestimmung der Auskömmlichkeit der Gewinnmarge für ein „effizientes Unternehmen“ i.S.v. § 20 Abs. 4 PostG unter Abschnitt E.I.5., insbesondere auf die für den Postsektor einschlägigen wirtschaftswissenschaftlich zu erarbeitenden Effizienzparameter, zurückzukommen sein.

Art. 102 AEUV leitet als EU-primärrechtlicher und sektorenübergreifender PKS-Überwachungsauftrag auch die sektorspezifischen Regulierungsaufgaben der Mitgliedstaaten. Der deutsche Gesetzgeber ist dem nun mit seiner Kodifikation der PKS-Missbrauchsvermutung in § 20 Abs. 4 PostG nachgekommen.

Jetzt liegt die Regulierungsaufgabe bei der BNetzA, aufgrund von § 20 Abs. 4 PostG und gleichzeitig dem in ständiger Rechtsprechung des EuGH formulierten PKS-Überwachungsauftrag entsprechend an die besondere Verantwortung zur Gewährleistung einer auskömmlichen Wettbewerbermarge durch das marktbeherrschende Unternehmen selbst anzuknüpfen, das über

<sup>33</sup> EuGH, Urt. v. 17.02.2011, Rs. C-52/09, Rn. 32 – TeliaSonera.

<sup>34</sup> EuGH, Urt. v. 17.02.2011, Rs. C-52/09, Rn. 34 – TeliaSonera.

eine große Marktmacht aufgrund ehemals monopolbedingter struktureller Skalen- und Verbundvorteile verfügt. Dessen besondere Margenverantwortung ist nicht nur auf die Erhaltung eines wirksamen Wettbewerbs, vielmehr gerade auf dessen Herstellung gerichtet. Denn ein wirksamer Wettbewerb ist bisher aufgrund zu großer strategischer Gestaltungsspielräume des marktbeherrschenden Unternehmens, insbesondere im Verhältnis zwischen Vorleistungs-/Teilleistungs- und Endkundenentgelten, unter Ausnutzung seiner aus einem Monopol hervorgegangenen Skalen- und Verbundvorteile unterbunden worden.

## **II. Der Beschluss des Bundeskartellamts vom 02.07.2015 – B9-128/12 (Deutsche Post AG – Großkundenpreise für den Briefversand)**

Das Bundeskartellamt stellte durch Beschluss vom 02.07.2015 einen Verstoß der DPAG gegen § 19 Abs. 1 GWB, Art. 102 AEUV in Gestalt einer missbräuchlichen PKS fest, welche darin bestand, dass die DPAG vier Telekommunikationsdienstleistern Entgelte für End-to-End-Beförderungsleistungen gewährt hatte, welche niedriger als die Entgelte waren, die die Wettbewerber der DPAG für deren Teilleistungen ab den Briefzentren BZA und BZE der DPAG zu entrichten hatten.

Das Bundeskartellamt identifizierte die marktbeherrschende Stellung der DPAG sowohl auf dem Endkundenmarkt als auch auf dem durch die Teilleistungen bestimmten Vorleistungsmarkt und betonte zugleich, dass die marktbeherrschende Stellung auf dem Vorleistungsmarkt für die Feststellung einer missbräuchlichen PKS ausreichend sei. Eine Marktsegmentierung danach, ob es sich bei den Wettbewerbern um vertikal integrierte Unternehmen oder um Konsolidierer handele, sei nicht geboten.

Eine wettbewerbswidrige Verdrängungswirkung des geprüften Handelns müsse nicht positiv festgestellt werden. Ausreichend sei eine potentiell wettbewerbswidrige Verdrängungswirkung der PKS. Eine solche sei im konkreten Fall gegeben.

## **III. Der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 06.04.2016 – VI-Kart 9/15 (V)**

Durch Beschluss vom 06.04.2016 bestätigte das Oberlandesgericht Düsseldorf die Entscheidung des Bundeskartellamts vom 02.07.2015.<sup>35</sup>

Die Frage, ob für den Vorwurf der Preis-Kosten-Schere maßgeblich auf den Teilleistungsmarkt oder den End-to-End-Markt abzustellen sei, könne auf sich beruhen, da die DPAG auf beiden Märkten eine marktbeherrschende Stellung habe.<sup>36</sup>

Das Gericht stellte heraus, dass der Erfolg der Konkurrenten bei Ausschreibungen ganz offensichtlich nicht in der Lage gewesen sei, die starke Marktposition der DPAG in relevanter Weise

---

<sup>35</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.04.2016 – VI-Kart 9/15 (V), N&R 2016, 313-320.

<sup>36</sup> OLG Düsseldorf, a.a.O., 314.



anzugreifen. Die bereits durch den enorm hohen Marktanteil belegte beherrschende Wettbewerbsposition der DPAG werde durch weitere strukturelle Aspekte verstärkt. So verfüge die DPAG über eine hohe Finanzkraft, die ihr einen großen Handlungsspielraum im Preiswettbewerb verschaffe. Zudem besitze die DPAG einen bevorzugten Zugang zum Absatzmarkt, weil nur sie über ein bundesweit flächendeckendes Abhol- und Zustellnetz verfüge. Alle ihrer Wettbewerber seien demgegenüber darauf angewiesen, für eine bundesweite Briefzustellung in mehr oder weniger großem Umfang auf die Teilleistungen der DPAG zurückzugreifen. Auch aufgrund vorhandener Qualitätsvorsprünge erwüchsen der DPAG Vorteile im Wettbewerb.<sup>37</sup>

Das Oberlandesgericht Düsseldorf bestätigte die Annahme des Bundeskartellamts, dass die festgestellte PKS die alternativen Briefdienstleister im Wettbewerb behindert habe. Insoweit komme es von vornherein nicht darauf an, ob die Konkurrenten der DPAG mittelfristig und potentiell in der Lage gewesen seien, das bundesweite Abhol- und Zustellnetz der DPAG durch eine Erweiterung des eigenen regionalen Netzes zu duplizieren oder bei der Briefbeförderung auf die Infrastruktur für die Zeitungszustellung zurückzugreifen. Der diesbezügliche Einwand der DPAG scheitere bereits aus rechtlichen Gründen. Die DPAG sei nach § 28 Abs. 1 PostG verpflichtet, ihren Kunden auf dem End-to-End-Markt bei Bedarf einen Teilleistungszugang zu ihrem Zustellnetz zu gewähren:

*„Sinn und Zweck dieser gesetzlichen Verpflichtung ist es, die Marktposition der DPAG-Konkurrenten zu verbessern, um auf diesem Wege einen wirksamen Wettbewerb auf dem bundesweiten End-to-End-Markt entstehen zu lassen. Die Pflicht der DPAG zur Gewährleistung eines Teilleistungszugangs ist damit Bestandteil der geltenden Wettbewerbsverhältnisse auf dem End-to-End-Markt, und sie muss dementsprechend bei der Prüfung der Preis-Kosten-Schere zugrunde gelegt werden. Das wiederum schließt es denknotwendig aus, die alternativen Briefdienstleister zur Rechtfertigung der Preis-Kosten-Schere darauf zu verweisen, sie könnten auf den gesetzlichen Anspruch auf Teilleistungen der DPAG verzichten und stattdessen ein eigenes bundesweites Zustellnetz aufbauen oder Briefpost bundesweit über die Zeitungszusteller verteilen zu lassen.“<sup>38</sup>*

Gehe es, wie in dem vom Gericht zu beurteilenden Fall, um die Anwendung einer negativen PKS, liege ein Missbrauch von Marktmacht vor, wenn die zur Beurteilung stehende Preispolitik geeignet sei, zumindest ebenso effizienten Wettbewerbern des Marktbeherrschers durch die Beschneidung ihrer Margen den Zugang zum Markt zu erschweren oder gar unmöglich zu machen. Erforderlich sei dementsprechend der Nachweis einer wettbewerbswidrigen Wirkung auf den Markt. Allerdings komme es nicht entscheidend darauf an, ob der angestrebte Verdrängungserfolg tatsächlich erreicht werde:

*„Ausreichend ist vielmehr der Nachweis einer potentiellen wettbewerbswidrigen Wirkung, durch die zumindest ebenso effiziente Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens verdrängt werden können. Nur dann, wenn sich die Preis-Kosten-Schere*

---

<sup>37</sup> OLG Düsseldorf, a.a.O., 316.

<sup>38</sup> OLG Düsseldorf, a.a.O., 318.

*überhaupt nicht auf die Wettbewerbssituation der Konkurrenten auswirkt, kann sie nicht als Verdrängungspolitik eingestuft werden (zu Allem: EuGH, Urteil vom 17.2.2001, Rs. C-52/09 – Telia Sonera Tz. 63 bis 66. “<sup>39</sup>*

Eine potentielle Verdrängungswirkung sei im Fall der negativen PKS wahrscheinlich, weil selbst die gleich effizienten Konkurrenten gezwungen seien, mit Verlust zu verkaufen. In einem solchen Fall könne die Preispolitik nur im Einzelfall gerechtfertigt sein, und zwar dann, wenn durch das marktbeherrschende Unternehmen nachgewiesen werde, dass die Nachteile der Verdrängungswirkung durch Effizienzvorteile ausgeglichen oder sogar übertroffen wurden, die auch dem Verbraucher zugutekommen. Unerheblich sei, ob die PKS beim beherrschenden Unternehmen oder bei seinen Wettbewerbern zu Verlusten führe und ob diese Verluste ausgeglichen werden könnten:

*„Denn die Margenbeschneidung (...) als solche stellt bereits einen Missbrauch von Marktmacht dar, sofern sie nicht ausnahmsweise objektiv gerechtfertigt ist (EuGH, Urteil vom 17.2.2011, Rs. C-52/09 – Telia Sonera Tz. 97 bis 101. “<sup>40</sup>*

Nach diesen Rechtsgrundsätzen habe die DPAG bei Abschluss der streitbefangenen Briefbeförderungsverträge eine kartellrechtswidrige PKS praktiziert. Von der negativen PKS seien nicht nur reine Konsolidierer betroffen. Die Preispolitik der DPAG wirke sich darüber hinaus auch zum Nachteil der vertikal integrierten alternativen Briefdienstleister aus, mit denen sich die DPAG in allererster Linie im Wettbewerb um Großversenderaufträge sehe.

Aufgrund der mit ihr verbundenen Margenbeschneidung sei die negative PKS der DPAG missbräuchlich. Wirtschaftliche Gründe, die die Preispolitik der DPAG ausnahmsweise rechtfertigen könnten, seien weder dargelegt noch sonst zu erkennen. Effizienzvorteile, die Nachteile der Margenbeschneidung aufwögen, lägen nicht vor.

Ob die vertikal integrierten alternativen Postdienstleister die DPAG oftmals bzw. regelmäßig preislich unterbieten, weil ihnen eine Mischkalkulation aus kostengünstiger Zustellung in den Regionen mit eigener Zustellinfrastruktur und einer Einlieferung der Restmengen bei der DPAG möglich sei, spiele für die Rechtfertigung der PKS keine Rolle. Die Missbräuchlichkeit einer negativen Preis-Kosten-Schere entfalle nicht dadurch, dass sie auf Seiten des Marktbherrschers zu Verlusten führe. Denn die Möglichkeit einer Verdrängung von Konkurrenten ergebe sich alleine aus der Differenz zwischen dem niedrigen Endkundenpreis und dem höheren Preis für die Vorleistung.

---

<sup>39</sup> OLG Düsseldorf, a.a.O., 318.

<sup>40</sup> OLG Düsseldorf, a.a.O., 318.

## **E. Analyse und Auslegung des Wortlauts, der Systematik und des Regulierungszwecks von § 20 Abs. 4 PostG**

### **I. Die Tatbestandsvoraussetzungen**

Die folgende Tatbestandsanalyse und Auslegung von § 20 Abs. 4 PostG folgt dessen Wortlaut:

*„Eine missbräuchliche Beeinträchtigung im Sinne des Absatzes 3 Satz 1 Nummer 2 wird insbesondere dann vermutet, wenn die Spanne zwischen*

*1. dem Entgelt, das ein marktbeherrschender Lizenznehmer Wettbewerbern für eine Zugangsleistung nach § 28 in Rechnung stellt, und*

*2. dem Entgelt, das er für eine Endkundenleistung verlangt, die weitere Wertschöpfungsstufen umfasst,*

*nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Gewinnmarge auf dessen Eigenanteil an der Wertschöpfung zu ermöglichen (Preis-Kosten-Schere).“*

#### **1. Marktbeherrschender Lizenznehmer**

Nach § 5 Abs. 1 PostG ist erlaubnispflichtig, „*wer Briefsendungen, deren Einzelgewicht nicht mehr als 1.000 Gramm beträgt, gewerbsmäßig für andere befördert*“ und nicht unter die Ausnahmebestimmungen nach § 5 Abs. 2 PostG fällt.

Normadressaten der PKS-Missbrauchsvermutung nach § 20 Abs. 4 PostG sind auf jeden Fall marktbeherrschende Lizenznehmer, die sowohl auf dem vorgelagerten Teilleistungsmarkt als auch auf dem nachgelagerten End-to-End-Beförderungsmarkt für Briefsendungen eine marktbeherrschende Stellung innehaben.

Aber auch wenn nur auf dem Teilleistungsmarkt, nicht aber auf dem End-to-End-Markt eine marktbeherrschende Stellung besteht, wird der nur auf dem Teilleistungsmarkt marktbeherrschende Lizenznehmer von der PKS-Missbrauchsvermutung nach § 20 Abs. 4 PostG adressiert. Denn er ist regelmäßig in der Lage, seine Marktmacht von dem vorgelagert beherrschten Teilleistungsmarkt auf den nachgelagerten End-to-End-Beförderungsmarkt durch entsprechende Strategien bei der Gestaltung und Darstellung der Großkunden-Teilleistungsentgelte bzw. der Großendkundenentgelte zu hebeln und damit seine Marktmacht auf dem End-to-End-Markt missbräuchlich auszuspielen. So ist die DPAG durch ihre Anbieterpräsenz auf allen vor- und nachgelagerten relevanten Märkten in der Lage, die Daten für die Entgeltspannen nach § 20 Abs. 4 PostG von den Teilleistungsentgelttarifen bis zu den Endkundenentgelten für die gesamte Beförderungskette auch unabhängig von ihrer beherrschenden Stellung auf dem nachgelagerten End-to-End-Beförderungsmarkt so zu justieren, dass insbesondere den Konsolidierern die wettbewerbliche Grundlage für eine auskömmliche Gewinnmarge entzogen wird.

Dass aus Gründen der praktischen Wirksamkeit des Verbotes des Marktmachtmissbrauchs (Art. 102 AEUV) gegenüber Hebel- und Koppelungsstrategien für den PKS-Tatbestand maßgeblich

auf die Beherrschung des vorgelagerten Marktes, nicht aber kumulativ auch auf eine nachgelagerte Marktbeherrschung abzustellen ist, hat der EuGH in seinem Urteil vom 17.2.2011 in der Rechtssache *TeliaSonera* dargelegt:

*„Im Übrigen können derartige Verhaltensweisen in einer solchen Situation, wenn es keine objektive wirtschaftliche Rechtfertigung für sie gibt, nur auf der Absicht des beherrschenden Unternehmens beruhen, die Entwicklung des Wettbewerbs auf dem nachgelagerten Markt zu behindern und seine eigene Stellung zu stärken oder gar auf ihm durch Einsatz anderer Mittel als der eigenen Leistungen eine beherrschende Stellung einzunehmen.*

*Demzufolge hängt die Missbräuchlichkeit einer Preispolitik, die von einem vertikal integrierten Unternehmen in beherrschender Stellung auf dem Markt für ADSL-Vorleistungen eingeführt worden ist und auf eine Beschneidung der Margen seiner Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt für Breitbanddienste hinausläuft, nicht davon ab, dass dieses Unternehmen auf dem letztgenannten Markt eine beherrschende Stellung besitzt.“<sup>41</sup>*

Für die qualitative und quantitative Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung des Lizenznehmers i.S.v. § 20 Abs. 4 PostG gelten gemäß § 4 Nr. 6 PostG die Maßgaben des allgemeinen Wettbewerbsrechts (§ 18 GWB). Danach muss das Unternehmen in der Lage sein, wirksamen Wettbewerb auf dem jeweils – sachlich wie räumlich präzise definierten – relevanten Markt zu verhindern, indem es aufgrund seiner Marktstellung die Möglichkeit hat, sich seinen Wettbewerbern, Abnehmern und letztlich den Verbrauchern gegenüber in einem erheblichen Umfang unabhängig zu verhalten,<sup>42</sup> d. h. in seinem Verhalten keine Rücksicht auf das Vorgehen und die Reaktionen dieser nehmen zu müssen.<sup>43</sup> Ein erster Anhaltspunkt für das Vorliegen von Marktmacht eines Unternehmens sind dessen Marktanteile.<sup>44</sup> Ein hoher Marktanteil – die Kommission geht von einem Schwellenwert von ca. 40% aus<sup>45</sup> – kann regelmäßig bereits für das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung ins Feld geführt werden,<sup>46</sup> soweit die Prüfung weiterer Parameter keinen gegenteiligen Schluss nahelegt. Erreicht ein Unternehmen Marktanteile

<sup>41</sup> EuGH, Urt. v. 17.02.2011, Rs. C-52/09, Rn. 88 f. – *TeliaSonera*.

<sup>42</sup> EuGH, Urt. v. 14.02.1978, Rs. 27/76, Rn. 65 – *United Brands* („Chiquita Bananen“); EuGH, Urt. v. 19.4.2012, Rs. C-549/10 P – *Tomra u.a./Kommission; Fuchs/Möschel in Immenga/ Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2 GWB/Teil 1, 5. Auflage, § 18 Rn. 93 m.w.N.*

<sup>43</sup> EuGH, Urt. v. 13.02.1979, Rs. 85/76, Rn. 38 – *Hoffmann-La Roche*.

<sup>44</sup> EuGH, Urt. v. 13.02.1979, Rs. 85/76, Rn. 39-41 – *Hoffmann-La Roche*; EuGH, Urt. v. 03.07.1991, Rs. 62/86, Rn. 60 – *AKZO*; EuGH, Urt. v. 06.12.2012, Rs. C-457/10 P, Rn. 176 – *AstraZeneca*; EuG, Urt. v. 12.12.1991 – T-30/89, Rn. 90-92 – *Hilti*; EuG, Urt. v. 30.01.2007 – T-340/03, Rn. 100 – *France Télécom*.

<sup>45</sup> Mitteilung der Kommission, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen v. 9.2.2009, ABl.EU 2009 Nr. C 45, S. 7, Rn. 14.

<sup>46</sup> EuGH, Urt. v. 13.02.1979, Rs. 85/76, Rn. 39 f. – *Hoffmann-La Roche*; Zum Verhältnis zwischen dem Grad der Marktbeherrschung und der Feststellung eines Missbrauchs siehe EuGH, Urt. v. 16.03.2000, Rs. C-395/96 P u. C-396/96 P, Rn. 119 – *Compagnie Maritime Belge Transports*; EuG, Urt. v. 07.10.1999 – T-228/97, Rn. 186 – *Irish Sugar*.

von über 70%, kann hieraus in der Regel bereits ohne weitere Prüfung auf dessen marktbeherrschende Stellung geschlossen werden.<sup>47</sup> Neben den Marktanteilen sind ebenfalls das Verhältnis der Marktanteile der Wettbewerber zueinander, die Existenz von Markteintrittsschranken, die Nachfragemacht der Abnehmer sowie die Preisbestimmungsmacht eines Unternehmens oder dessen Kapitalkraft zu berücksichtigen.

Die DPAG ist ohne Zweifel der unangegriffen und überragend marktbeherrschende Anbieter auf dem sachlich und räumlich vorgelagerten Teilleistungsmarkt mit Marktanteilen in der Nähe eines Monopols, so dass eine Kontrolle ihrer Verhaltensspielräume durch Wettbewerber ausgeschlossen ist.<sup>48</sup>

Darüber hinaus beherrscht die DPAG den End-to-End-Beförderungsmarkt<sup>49</sup>, ohne dass dies für die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung i.S.v. § 20 Abs. 4 PostG nach dem Urteil *TeliaSonera* erforderlich wäre. Auf dem End-to-End-Beförderungsmarkt, also dem sachlich relevanten Angebotsmarkt für die Beförderung von Briefsendungen über die gesamte Beförderungskette vom Versender zum Empfänger, trifft die DPAG zwar auf den Wettbewerb mit alternativen Briefdienstleistern. Auch wenn letztere einige Marktanteilserfolge in bestimmten Regionen verbuchen können, bleibt die DPAG im gesamten Bundesgebiet und allen Leitregionen der mit übermäßigem Abstand größte Anbieter von Briefbeförderungsdienstleistungen. Die marktbeherrschende Stellung der DPAG auch auf dem End-to-End-Beförderungsmarkt bleibt insbesondere durch ihr bundesweit flächendeckendes Abhol- und Zustellnetz abgesichert. Demgegenüber können einige ihrer Wettbewerber lediglich regional auf ein eigenes Zustellnetz zurückgreifen. Ihr bundesweit flächendeckendes Abhol- und Zustellnetz hat der DPAG zu einem über einen langen Zeitraum weitgehend konstant gehaltenen sehr hohen Marktanteil verholfen. Im Jahr 2019 hatte die DPAG im lizenzpflichtigen Bereich einen auf den Umsatz bezogenen Marktanteil von ca. 86 %.<sup>50</sup> Für das Jahr 2020 erwartet die BNetzA keine wesentliche Veränderung.<sup>51</sup> Die restlichen rund 14 % des Umsatzes verteilten sich im Jahr 2019 auf ca. 500 Wettbewerber, von denen nur ein kleiner Kreis von Unternehmen Umsätze von über 10 Mio. Euro erwirtschafteten.<sup>52</sup> Auch der eklatante Marktanteilsvorsprung vor den nächstgrößten Wettbewerbern ist ein belastbares Indiz für fehlenden wirksamen Wettbewerb aufgrund der überragend marktbeherrschenden Stellung der DPAG auf dem End-to-End-Beförderungsmarkt.<sup>53</sup> Das unter den Wettbewerbern aktuell größte Unternehmen hat einen auf den Umsatz

---

<sup>47</sup> Kommission, Entsch. v. 24.3.2004, COMP/C-3/37.792, Rn. 435 – Microsoft.

<sup>48</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.04.2016 - VI-Kart 9/15 (V), N&R 2016, 313, 315.

<sup>49</sup> BNetzA, Beschl. v. 23.04.2021 – BK5-21/005, S. 11.

<sup>50</sup> BNetzA, a.a.O.

<sup>51</sup> BNetzA, a.a.O.

<sup>52</sup> BNetzA, a.a.O., S. 12.

<sup>53</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 06.04.2016 – VI-Kart 9/15 (V), N&R 2016, 313, 315.

bezogenen Marktanteil von unter 5 %.<sup>54</sup> Keines der im Bereich lizenzpflichtiger Briefdienstleistungen tätigen Unternehmen war bislang in der Lage, seine Position in größerem Umfang auszubauen.<sup>55</sup>

Daher geht die BNetzA davon aus, dass auch die größeren Marktteilnehmer nicht in der Lage sind, die Verhaltensspielräume der DPAG in absehbarer Zukunft entscheidend zu beeinflussen, und dass der überragende Abstand des Marktanteils der DPAG zum nächstgrößten Anbieter die besondere Marktstellung der DPAG unterstreicht.<sup>56</sup>

## **2. Zugangsleistung nach § 28 PostG**

Die nach § 20 Abs. 4 PostG in Bezug genommene Zugangsleistung betrifft das Angebot von Teilleistungen i.S.v. § 28 PostG. Nach dem – durch die Novellierung nicht geänderten – § 28 Abs. 1 Satz 1 PostG ist ein marktbeherrschender Lizenznehmer verpflichtet, *„auf diesem Markt Teile der von ihm erbrachten Beförderungsleistungen gesondert anzubieten, sofern ihm dies wirtschaftlich zumutbar ist.“* Nach § 28 Abs. 1 Sätze 2 und 3 PostG darf der Lizenznehmer die Teilleistung nur verweigern, wenn das nachfragende Unternehmen seinerseits marktbeherrschend ist und wenn ansonsten Wettbewerb auf demselben oder einem anderen Markt unverhältnismäßig behindert würde bzw. wenn hierdurch die Funktionsfähigkeit seiner Einrichtungen oder die Betriebssicherheit gefährdet würde oder im Einzelfall die vorhandenen Kapazitäten für die nachgefragte Leistung erschöpft sind.

Nach § 28 Abs. 2 PostG bedürfen die Teilleistungsentgelte der ex-ante-Genehmigung (§§ 19 und 20 PostG), wenn die Teilleistungen in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des verpflichteten Lizenznehmers aufgenommen werden. Werden die Teilleistungen dagegen nicht in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen verzeichnet, unterliegen sie lediglich der nachträglichen Entgeltkontrolle (§ 25 PostG). Sowohl im Rahmen der ex-ante Genehmigung als auch der nachträglichen Entgeltkontrolle sind die anteiligen Kosten der gesamten Beförderungskette angemessen zu berücksichtigen (§ 28 Abs. 2 Satz 3 PostG).

## **3. Die Spanne zwischen dem Zugangsentgelt und dem Endkundenentgelt**

### *a) Informationsasymmetrie sowie Darlegungs- und Beweislast bei der Bestimmung von PKS-relevanten Entgeltabschlägen bzw. der Spannenberechnung*

Entgeltvereinbarungen mit Großkunden sind nach Ansicht der BNetzA (s.o.) nicht dem ex ante-Genehmigungsvorbehalt unterworfen, soweit sie Entgelte betreffen, die ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Briefsendungen vereinbart und angewendet werden (s.o.).

---

<sup>54</sup> BNetzA, a.a.O., S. 12.

<sup>55</sup> BNetzA, a.a.O., S. 12.

<sup>56</sup> BNetzA, a.a.O., S. 12.

Die BNetzA verfügt für das Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle (§ 25 PostG) über ein Eröffnungsermessen, welches sie ermessensfehlerfrei durch eine Verfahrenseröffnung ausübt, wenn ihr Tatsachen bekannt geworden sind, welche darauf hinweisen, dass die Entgelte nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 3 PostG entsprechen.

Bei individuellen Entgeltvereinbarungen mit Großkunden besteht eine erhebliche Informationsasymmetrie zulasten der BNetzA und damit letztlich zulasten der Wettbewerber.<sup>57</sup> Die Vorlagepflicht nach § 30 PostG beschränkt sich auf Verträge nach § 28 PostG und Verträge über die Mitbenutzung von Postfachanlagen oder den Zugang zu Adressänderungen nach § 29 PostG, mithin auf Teilleistungsverträge. Zwar trägt das marktbeherrschende Unternehmen nach § 20 Abs. 3 Satz 1 PostG die Darlegungs- und Beweislast<sup>58</sup> für den Nachweis eines sachlichen Rechtfertigungsgrundes für Ausnahmen von dem grundsätzlichen Verbot von Abschlägen, „*die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt für Postdienstleistungen in mißbräuchlicher Weise beeinträchtigen*“ (Nr. 2) und nunmehr in dem PKS-Tatbestand des § 20 Abs. 4 PostG in Bezug genommen werden. Dies ändert aber nichts an der – der Rechtfertigungsprüfung vorgelagerten – Darlegungs- und Beweislast der BNetzA für das Vorliegen der Tatsachen zur Subsumtion unter die Verbotstatbestandsvoraussetzungen des § 20 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 PostG.<sup>59</sup>

Diese Darlegungs- und Beweislastproblematik sowie die erhebliche Informationsasymmetrie zulasten der BNetzA und der Wettbewerber wurden im Rahmen der Novellierung des PostG leider nicht durch die Einführung geeigneter Monitoringinstrumente, wie etwa durch eine Erweiterung der Vorlagepflicht (§ 30 PostG) auf individuelle Entgeltvereinbarungen mit Großkunden, behoben. Um einem Leerlaufen des neuen Missbrauchsvermutungstatbestands nach § 20 Abs. 4 PostG entgegenzuwirken, sind im Rahmen der Bestimmung von PKS-relevanten Entgeltabschlägen bzw. der Spannenbezugsgrößen deshalb materiell geeignete Maßstäbe sowie Darlegungs- und Beweislastregeln zu entwickeln und anzuwenden, die das Fehlen verfahrensrechtlicher Monitoringinstrumente kompensieren.

Dabei sind die Maßstäbe zur Bestimmung der Spannenbezugsgrößen entscheidend, um den tatsächlichen mannigfaltigen Verdrängungstechniken und -effekten von Preis-Kosten-Scheren als Marktmachtmissbrauch nach Art. 102 AEUV im Sinne der ständigen Rechtsprechung der Unionsgerichte zur gesteigerten Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen für den bestehenden Restwettbewerb praktisch wirksam zu begegnen. Ein aufgrund von Informationsasymmetrien, Darlegungs- und Beweislastproblemen verspätetes Eingreifen im Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle (§ 25 PostG) vermag insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen, die mit existenzbedrohenden Folgen aus einem relevanten Markt verdrängt werden, nicht mehr zu helfen.

<sup>57</sup> Monopolkommission, Sondergutachten Post 2011, S. 51.

<sup>58</sup> Sedemund, in: Badura/von Danwitz/Herdegen/Stern, Kommentar zum PostG, 2. Auflage 2004, § 20, Rn. 126.

<sup>59</sup> Meyer, Die Preis-Kosten-Schere im Europäischen Wettbewerbs- und im nationalen Postrecht, Nomos 2015, S. 156.

b) *PKS Typ 1: Endkundenentgelt – Vorleistungsentgelt = 0 oder negativ (Negation einer Gewinnmarge)*

Eine missbräuchliche PKS im Sinne des § 20 Abs. 4 PostG liegt vor, wenn die Spanne zwischen den Vorleistungsentgelten, die das marktbeherrschende Unternehmen den Wettbewerbern in Rechnung stellt, und den Entgelten, die es für die Endkundenleistungen auf weiteren Wertschöpfungsstufen verlangt, „nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Gewinnmarge auf dessen Eigenanteil an der Wertschöpfung zu ermöglichen“.

Im Hinblick auf die dem Vorleistungsentgelt gegenüber anzusetzende Spannenbezugsgröße scheint § 20 Abs. 4 PostG an den Test anzuknüpfen, ob ein effizienter Wettbewerber bei einer Gleichpreisigkeit mit dem Endkundenentgelt des vertikal integrierten marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Endkundenmarkt nicht in der Lage ist, seine Kosten zu decken.<sup>60</sup> Allerdings ist bereits die Prämisse der wettbewerblichen Gleichpreisigkeit regelmäßig kaum realistisch, da Wettbewerber in der Praxis das – aus einem staatlichen Monopol hervorgegangene – marktbeherrschende Unternehmen preislich unterbieten müssen, um dessen Goodwill-Vorteile („Zuverlässigkeit der guten alten Post“) zu überwinden. Dieser Umstand ist im Rahmen der Bewertung der Margenauskömmlichkeit nach § 20 Abs. 4 PostG zu berücksichtigen, damit die Kodifikation der PKS-Missbrauchsvermutung nicht praktisch leerläuft.

Im Hinblick auf die Ausgestaltung einer PKS sind grundsätzlich zwei verschiedene Typen denkbar. Bei der Differenzierung zwischen den beiden PKS-Typen dient das Delta zwischen den Endkundenentgelten im nachgelagerten Markt und den Vorleistungsentgelten des marktbeherrschenden Unternehmens als maßgebliches Kriterium.<sup>61</sup> Einerseits kann das Vorleistungsentgelt über dem Endkundenentgelt liegen oder mit diesem gleichlaufen.<sup>62</sup> In diesem Falle ist das Delta negativ oder gleich null. Andererseits kann das Vorleistungsentgelt unter dem Endkundenentgelt liegen, sodass das Delta positiv ist.<sup>63</sup>

Die *PKS Typ 1* erfasst die Fälle, in denen das Delta zwischen den Endkunden- und den Vorleistungsentgelten des marktbeherrschenden Unternehmens negativ oder gleich null ist. Eine solche PKS ist stets missbräuchlich, da sie zwangsläufig zur Negation einer Gewinnmarge für die Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens führt.<sup>64</sup>

<sup>60</sup> *Nett/Neumann/Vogelsang*, Geschäftsmodelle und konsistente Entgeltregulierung, wik-Consult 2004, S. 42.

<sup>61</sup> *Meyer*, Die Preis-Kosten-Schere im Europäischen Wettbewerbs- und im nationalen Postrecht, Nomos 2015, S. 26.

<sup>62</sup> *Schütz/Neumann*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 28, Rn. 102.

<sup>63</sup> *Meyer*, Die Preis-Kosten-Schere im Europäischen Wettbewerbs- und im nationalen Postrecht, Nomos 2015, S. 26; *Schütz/Neumann*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 28, Rn. 102.

<sup>64</sup> *Meyer*, Die Preis-Kosten-Schere im Europäischen Wettbewerbs- und im nationalen Postrecht, Nomos 2015, S. 139.



Da die Wettbewerber auf die Inanspruchnahme der Vorleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens angewiesen sind, um überhaupt Endkundenleistungen anbieten zu können, stellen die Vorleistungsentgelte notwendige Kosten für die Wettbewerber dar.<sup>65</sup> Liegen diese Kosten über dem Endkundenentgelt, oder laufen sie mit diesem gleich, so ist es den Wettbewerbern nicht möglich, eine Gewinnmarge auf dem Endkundenmarkt zu erzielen. Die Wettbewerber müssten nämlich Endkundenentgelte in Rechnung stellen, die das Vorleistungsentgelt übersteigen, um überhaupt einen Erlös erzielen zu können, der die Kosten deckt. Da das marktbeherrschende Unternehmen jedoch seine Vorleistungs- und Endkundenentgelte aufeinander abstimmen und so ein Preisniveau auf dem Endkundenmarkt herbeiführen kann, welches unter dem Preisniveau auf dem Vorleistungsmarkt liegt oder mit diesem gleichläuft, ist es den Wettbewerbern nicht möglich, wettbewerbsfähige Endkundenentgelte in Rechnung zu stellen, die tauglich sind, eine Gewinnmarge herbeizuführen.<sup>66</sup> Die Nachfrage auf dem Endkundenmarkt würde sich vielmehr auf die (niedrigpreisigen) Endkundenleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens konzentrieren, sodass es zu einer Verdrängung der Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt käme.<sup>67</sup>

Eine solche missbräuchliche *PKS Typ 1* kann grundsätzlich auf drei verschiedene Ursachen zurückzuführen sein. Zum einen ist es denkbar, dass das marktbeherrschende Unternehmen – isoliert betrachtet – zulässige Endkundenentgelte in Rechnung stellt und die Vorleistungsentgelte missbräuchlich hoch ausfallen. Zum anderen ist die Inrechnungstellung von zulässigen Vorleistungsentgelten und missbräuchlich niedrigen Endkundenentgelten möglich.<sup>68</sup> Zuletzt ist eine Kombination aus überhöhten Vorleistungsentgelten und missbräuchlich niedrigen Endkundenentgelten denkbar.<sup>69</sup> Dabei stellt jedoch eine isoliert betrachtete Missbräuchlichkeit der einzelnen Entgelte für sich genommen keine Voraussetzung für das Vorliegen einer missbräuchlichen *PKS* dar.<sup>70</sup> Ausschlaggebend ist insofern allein die Margenbeschneidung, die sich aus der Preispolitik des marktbeherrschenden Unternehmens ergibt.<sup>71</sup>

Die *PKS Typ 1* war bereits Gegenstand des Kommissionsbeschlusses in der Rechtssache „*Deutsche Telekom*“ vom 14.10.2003 (COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579), der durch den EuGH mit Urteil vom 14.10.2010 (Rs. C-280/08 P) bestätigt wurde.<sup>72</sup> Auch hier differenzierte die Kommission grundsätzlich zwischen den verschiedenen *PKS*-Typen:

---

<sup>65</sup> *Schütz/Neumann*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 28, Rn. 104.

<sup>66</sup> So auch die Darstellung der Preissetzungsstrategie in *Meyer*, Die Preis-Kosten-Schere im Europäischen Wettbewerbs- und im nationalen Postrecht, Nomos 2015, S. 25.

<sup>67</sup> *Schütz/Neumann*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 28, Rn. 104.

<sup>68</sup> Mit Bezugnahme auf diese Ursachen auch *Schütz/Neumann*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 28, Rn. 104.

<sup>69</sup> *Schütz/Neumann*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 28, Rn. 104.

<sup>70</sup> EuGH, Urt. v. 17.02.2011, Rs. C-52/09, Rn. 34 – *TeliaSonera*.

<sup>71</sup> EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08, Rn. 183 – *Deutsche Telekom/Kommission*; Urt. v. 17.02.2011, Rs. C-52/09, Rn. 32 – *TeliaSonera*.

<sup>72</sup> EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C280/08 – *Deutsche Telekom/Kommission*.

*„Die Spanne zwischen den Endkunden- und den Vorleistungsentgelten des historischen Betreibers kann entweder **gleich Null, negativ oder positiv** sein“.*<sup>73</sup>

Eine missbräuchliche *PKS Typ 1* nahm die Kommission bereits aufgrund der negativen Spanne zwischen den Endkunden- und Vorleistungsentgelten an:

*„Eine negative Spanne, bei der die Vorleistungsentgelte höher sind als die Endkundenentgelte, weist eine **Kosten-Preis-Schere nach, ohne dass es noch auf die produktspezifischen Kosten ankommt.**“*<sup>74</sup>

Im Postsektor sind die PKS-induzierten Probleme der Wettbewerber indes noch größer als im Telekommunikationssektor. Während die Wettbewerber der *Deutsche Telekom AG* aufgrund der Digitalisierung sowie der Netzkonvergenz und damit einhergehenden Innovationstreibern – unterstützt durch eine asymmetrische Regulierung – recht bald in der Lage gewesen sind, die aus der vertikalen Integration des marktbeherrschenden Unternehmens resultierenden Wettbewerbsprobleme auf der Vorleistungs- und Endkundenebene zumindest teilweise zu überwinden, erweisen sich die Skalen- und Verbundvorteile der *DPAG* im personalintensiven und an Realanlagen gebundenen Postsektor als erheblich hinderlicher.

Diese postsektorspezifischen Probleme hat das Bundeskartellamt in seinem Beschluss vom 02.07.2015 (B9-128/12) aufgegriffen und eine *PKS Typ 1* festgestellt, da das Endkundenentgelt, das die *DPAG* ihren Großkunden in Rechnung stellte, unter dem Teilleistungsentgelt lag, das Konsolidierungsunternehmen zu zahlen hatten:

*„Eine Preis-Kosten-Schere liegt in Bezug auf die vier TK-Unternehmen vor, da die vereinbarten Zielpreise unter den für diese Unternehmen geltenden individuellen Teilleistungsentgelten liegen. (...) Es hat sich gezeigt, dass bei allen vier näher untersuchten Telekommunikationsunternehmen der **Endkundenpreis unter dem Teilleistungsentgelt lag, den ein Konsolidierer hätte aufwenden müssen, wenn er die Sendungen dieses Kunden hätte befördern und in das Netz der DPAG einspeisen wollen.**“*<sup>75</sup>

c) *PKS Typ 2: Endkundenentgelt – Vorleistungsentgelt > 0*

Die *PKS Typ 2* erfasst hingegen die Fälle, in denen das Delta zwischen den Endkunden- und den Vorleistungsentgelten zwar positiv ist, die Erzielung einer Gewinnmarge unter Ausschöpfung großer Skalen- und Verbundvorteile für den „As Efficient Competitor“ also möglich, aber die Spanne für den nur „Reasonably Efficient Competitor“ ohne vergleichbare Skalen- und Verbundvorteile nicht auskömmlich ist, um dessen Kosten zu amortisieren.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> Kommission, Entsch. v. 21.05.2003 – COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, Rn. 138 – Deutsche Telekom.

<sup>74</sup> Kommission, Entsch. v. 21.05.2003 – COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, Rn. 138 – Deutsche Telekom.

<sup>75</sup> BKartA, Beschl. v. 02.07.2019, B9-128/12, Rn. 147 – Deutsche Post AG.

<sup>76</sup> Meyer, Die Preis-Kosten-Schere im Europäischen Wettbewerbs- und im nationalen Postrecht, Nomos 2015, S. 140.

Dass auch im Falle eines positiven Deltas zwischen Endkunden- und Vorleistungsentgelten eine missbräuchliche PKS vorliegen kann, entschied die Kommission erstmals in der Sache „*Napier Brown/British Sugar*“ vom 18.07.1988:

*„Wenn ein beherrschendes Unternehmen, das sowohl im Markt für ein Rohmaterial als auch in dem für ein aus diesem Material hergestelltes Derivat beherrschend ist, zwischen dem Preis, den es denjenigen Unternehmen, die mit ihm in der Produktion des Derivats konkurrieren, für das Rohmaterial berechnet und dem Preis, den es für das Derivat berechnet, eine Spanne beibehält, die geringer ist als die bei dem beherrschenden Unternehmen für die Umwandlung anfallenden Selbstkosten (im vorliegenden Fall die von BS gehaltene Spanne zwischen ihren Preisen für Gewerbe- und Haushaltzucker, verglichen mit ihren eigenen Abpackkosten), und wenn dies zu einer Einschränkung des Wettbewerbs bei dem Derivat führt, dann ist dies ein Mißbrauch einer beherrschenden Stellung.“<sup>77</sup>*

Diese Entscheidungspraxis zur *PKS Typ 2* hat die Kommission auch in neueren Entscheidungen beibehalten. Ein positives Delta zwischen Endkunden- und Vorleistungsentgelten lag auch der (durch den EuGH bestätigten) Entscheidung der Kommission in der Rechtssache „*Telefónica*“ vom 02.07.2007 (COMP/38.784) zugrunde.<sup>78</sup>

Da sich die *PKS Typ 2* durch ein positives Delta zwischen den Endkunden- und den Vorleistungsentgelten auszeichnet, stellt sich die Frage, anhand welcher Kriterien die Unauskömmlichkeit der erzielbaren Marge zu bewerten ist. Während der konkret anzulegende Effizienzmaßstab sowie die wirtschaftswissenschaftlichen Parameter zur Bestimmung eines effizienten Wettbewerbers im Abschnitt E.I.5. behandelt werden, sollen an dieser Stelle lediglich die abstrakten Kriterien zur Bestimmung einer *PKS Typ 2* dargelegt werden. So ist die erzielbare Marge zur Bestimmung der Unauskömmlichkeit stets einem Kostenmaßstab gegenüber zu stellen, anhand dessen sich ermitteln lässt, ob die für Wettbewerber erzielbare Marge ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des Wettbewerbers vollständig zu amortisieren.<sup>79</sup> Als Kostenmaßstab werden in regulierten Netzindustrien regelmäßig die langfristigen Zusatzkosten (*long-run incremental costs*) herangezogen.<sup>80</sup>

Für den Postsektor bedeutet dies, dass das Preisniveau der Endkundenleistungen der *DPAG* auf dem Endkundenmarkt in Relation zu den langfristigen Zusatzkosten, die dem Wettbewerber anfallen, gesetzt wird. Reicht diese Spanne zwar aus, um eine Marge zu erzielen, ist sie jedoch

---

<sup>77</sup> Kommission, Entsch. v. 18.07.1988 – Abl. Nr. L 284 v. 19.10.1988, S. 41 ff., Rn. 65 ff. – *Napier Brown/British Sugar*.

<sup>78</sup> Kommission, Entsch. v. 21.05.2003 – COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – *Deutsche Telekom*; Entsch. v. 02.07.2007 – COMP/38.784 – *Telefónica*.

<sup>79</sup> Meyer, Die Preis-Kosten-Schere im Europäischen Wettbewerbs- und im nationalen Postrecht, Nomos 2015, S. 30.

<sup>80</sup> Meyer, Die Preis-Kosten-Schere im Europäischen Wettbewerbs- und im nationalen Postrecht, Nomos 2015, S. 30; BKartA, Beschl. v. 06.08.2009, Az. B7-11/09, Rn. 65 – MABEZ-Dienste.

zu niedrig, um die Kosten des Wettbewerbers vollständig zu amortisieren, so liegt eine missbräuchliche *PKS Typ 2* vor.

Auf dem Markt für lizenzpflichtige Briefdienstleistungen würde demnach das Endkundenentgelt, das die *DPAG* in Rechnung stellt, in Relation gesetzt zu den Kosten des Wettbewerbers, die sich aus den Teilleistungsentgelten für die (bundesweite) Zustellung, den Kosten für die gesamte Sendungsaufbereitung (Drucken, Sortieren, Konsolidieren etc.) und den leistungsmengenneutralen Kosten, die anteilmäßig veranschlagt werden, zusammensetzen.<sup>81</sup> Liegt das Endkundenentgelt, das die *DPAG* in Rechnung stellt, über diesen Kosten, so kann zwar eine Marge erzielt werden. Gleichwohl kann diese Marge aufgrund vorgenannter Kostenpositionen als unaukömmlich zu qualifizieren sein, da die Wettbewerber keine – mit der vertikal integrierten *DPAG* vergleichbaren – Skalen- und Verbundvorteile in ihrer Kostenrechnung ausnutzen können.<sup>82</sup> In diesem Falle wäre folglich das Endkundenentgelt für einen *As Efficient Competitor* profitabel nachbildbar, nicht jedoch für einen *Reasonably Efficient Competitor*.<sup>83</sup>

#### **4. Eigenanteil des Zugangspetenten an der Wertschöpfung**

Nach § 20 Abs. 4 PostG besteht die Vermutung eines Verstoßes gegen das Abschlagsverbot (§ 20 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 PostG), wenn die Spanne zwischen dem Zugangsentgelt und dem Endkundenentgelt „*nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Gewinnmarge auf dessen Eigenanteil an der Wertschöpfung zu ermöglichen*“.

##### *a) Eigenanteil an der Wertschöpfung*

Der Eigenanteil an der Wertschöpfung ist die um die Zugangsleistung des marktbeherrschenden Lizenznehmers verminderte Endkundenleistung des Wettbewerbers.

Da es um Leistungen auf einem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen geht und lizenzpflichtig die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen, deren Einzelgewicht nicht mehr als 1.000 g beträgt, ist, wird der Umfang der denkbaren Eigenanteile an der Wertschöpfung maßgeblich durch den Begriff der Beförderung im Sinne von § 4 Nr. 3 PostG bestimmt (s.o.).

Beförderung im Sinne von § 4 Nr. 3 PostG ist das Einsammeln, Weiterleiten oder Ausliefern von Postsendungen an den Empfänger. Sie setzt das Bestehen einer Postsendung voraus, sodass Leistungen, die auf die Herstellung einer Briefsendung gerichtet sind, nicht Bestandteil des Eigenanteils an der Wertschöpfung im Sinne von § 20 Abs. 4 PostG sein können. Demgegenüber sind sämtliche Leistungen, die mit der Abholung von Briefsendungen beim Versender beginnen, der Weiterbeförderung der Briefsendungen bis zum Empfänger dienen und mit der

<sup>81</sup> Meyer, Die Preis-Kosten-Schere im Europäischen Wettbewerbs- und im nationalen Postrecht, Nomos 2015, S. 140.

<sup>82</sup> Meyer, Die Preis-Kosten-Schere im Europäischen Wettbewerbs- und im nationalen Postrecht, Nomos 2015, S. 140; Schütz/Neumann, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 28, Rn. 105.

<sup>83</sup> Schütz/Neumann, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 28, Rn. 105.

Übergabe der Briefsendungen am Zugangspunkt des marktbeherrschenden Lizenznehmers enden, taugliche Bestandteile des Eigenanteils an der Wertschöpfung im Sinne von § 20 Abs. 4 PostG. Umfasst ist die gesamte Wertschöpfungskette vom Absender bis zum Empfänger.<sup>84</sup>

Neben den Transportleistungen gehören dazu insbesondere die Leistungen des Zusammenführens der Briefsendungen verschiedener Versender sowie deren Freimachung, Vorsortierung auf Leitregionen, Nummerierung und Eingabe in die dafür vorgesehenen Postbehältnisse nach Maßgabe der für den Teilleistungszugang geltenden Geschäftsbedingungen.

*b) Eigenanteil an der Wertschöpfung als Bezugsgröße für die angemessene Gewinnmarge*

Da die Wettbewerber des marktbeherrschenden Lizenznehmers auf dem Endkundenmarkt nicht Dienstleistungen anbieten, die (lediglich) ihrem jeweiligen Eigenanteil an der gesamten Wertschöpfung entsprechen, sondern Dienstleistungen, die die Zugangsleistung einschließen, kann das Kriterium der Angemessenheit der Gewinnmarge naturgemäß nur im Hinblick auf die Entgelte für diese, also die Endkundenleistungen, gelten. Soweit der Wortlaut von § 20 Abs. 4 PostG etwas anderes suggeriert, kann dies keine abweichende Betrachtung gebieten.

Der Zweck der Norm erfordert es, die auf das Endkundenentgelt bezogene Gewinnmarge zu betrachten. Durch § 20 Abs. 4 PostG soll verhindert werden, dass es aufgrund von PKS zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Konkurrenten des marktbeherrschenden Lizenznehmers kommt. Das kann nur gelingen, wenn mit dem jeweiligen Endkundenentgelt, also dem Entgelt für die Gesamtleistung unter Einschluss der Zugangsleistung, ein Gewinn erzielt wird, der es den Konkurrenten des Marktbeherrschers nicht nur erlaubt, sich im Markt zu halten, sondern dazu beiträgt, dass – gemäß der Zwecksetzung des Postgesetzes – der Wettbewerb gefördert wird (§ 1 PostG).

Im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit der Gewinnmarge sind die Auswirkungen auf den Wettbewerb insgesamt zu betrachten. Die Gewinnmarge muss so bemessen sein, dass es nicht nur solchen End-to-End-Wettbewerbern, die ausschließlich Zugangsleistungen des marktbeherrschenden Lizenznehmers in Anspruch nehmen, ermöglicht wird, auskömmliche und den Wettbewerb fördernde Gewinnmargen zu erzielen, sondern ebenso End-to-End-Wettbewerbern, welche (lediglich) ergänzend zu ihren eigenen Zustelleistungen Leistungen des marktbeherrschenden Lizenznehmers in Anspruch nehmen oder ausschließlich Eigenleistungen erbringen.<sup>85</sup>

Über das Kriterium der Angemessenheit ist dem Zweck des § 20 Abs. 4 PostG, eine konsistente Preisgestaltung des marktbeherrschenden Anbieters zu gewährleisten, effektiv Rechnung zu tragen.

---

<sup>84</sup> BT-Drucks. 13/7774, S. 20; RegTP, Beschl. v. 16.10.2000 – BK5a-00/114, S. 15.

<sup>85</sup> So auch BNetzA, Beschl. v. 23.04.2021 – BK5-21/005, S. 23, 26 f.

## 5. Unauskömmlichkeit der Gewinnmarge für ein effizientes Unternehmen

### a) Der anzulegende Effizienzmaßstab

Der Wortlaut von § 20 Abs. 4 PostG („um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Gewinnmarge (...) zu ermöglichen“) macht – ebenso wenig wie § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG – deutlich, ob die Spannenprüfung auf die Kostensituation der Wettbewerber oder des marktbeherrschenden Unternehmens abstellt, um margenprofitable Endkundenentgelte nachzubilden. Würde man auf die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens abstellen, so läge eine PKS erst dann vor, wenn das marktbeherrschende Unternehmen unter Zugrundelegung interner Verrechnungspreise, die den Vorleistungsentgelten entsprechen, nicht in der Lage wäre, eine auskömmliche Gewinnmarge zu erzielen.<sup>86</sup>

Diesen Effizienzmaßstab hat die Kommission in ihrer früheren Entscheidungspraxis der Prüfung von missbräuchlichen PKS zugrunde gelegt. Demzufolge wurde eine missbräuchliche PKS in der Rechtssache „Deutsche Telekom“ vom 14.10.2003 (COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579) angenommen, da die Spanne zwischen den Endkundenentgelten und den Vorleistungsentgelten, die das marktbeherrschende Unternehmen in Rechnung stellt,

*„(...) nicht ausreicht, um die **produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Betreibers für die Erbringung seiner eigenen Endkundendienste im nachgeordneten Markt zu decken.**“<sup>87</sup>*

Der EuGH bestätigte die sich an den Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens orientierende Kommissionspraxis zunächst, indem als Effizienzmaßstab ein ebenso effizienter Wettbewerber (*As Efficient Competitor*) herangezogen wurde. So wurde eine missbräuchliche PKS in der Rechtssache „Deutsche Telekom“ vom 14.10.2010 (Rs. C-280/08 P) angenommen, da die Margenbeschneidung

*„angesichts ihrer möglichen **Verdrängungswirkung auf zumindest ebenso effiziente Wettbewerber wie die Rechtsmittelführerin bereits für sich allein einen Missbrauch im Sinne von Art. 82 EG darstellen kann**“<sup>88</sup>*

Diesen Prüfungsansatz hat die BNetzA in ihren Hinweisen zu PKS im Telekommunikationssektor von 2007 abgelehnt und vielmehr die Kosten eines effizienten Wettbewerbers zum Maßstab erhoben.<sup>89</sup> Dies hat vor allem drei Gründe, da

- die vertikalen Integrations-, Skalen- und Verbundvorteile des marktbeherrschenden Unternehmens nur bei diesem, nicht aber bei den Wettbewerbern, zu niedrigeren Kosten führen,

<sup>86</sup> *Nett/Neumann/Vogelsang*, Geschäftsmodelle und konsistente Entgeltregulierung, wik-Consult 2004, S. 43.

<sup>87</sup> Kommission, Entsch. v. 21.05.2003 – COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, Rn. 107 – Deutsche Telekom.

<sup>88</sup> EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C280/08, Rn. 183 – Deutsche Telekom.

<sup>89</sup> BNetzA, Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG (2007), S. 6 ff.

- bei dem Einkauf und der Integration fremder Vor- bzw. Teilleistungen durch die Wettbewerber diesen Transaktions-, Integrations- und Abwicklungskosten entstehen, die bei dem Anbieter dieser Vor- und Teilleistungen, dem marktbeherrschenden Unternehmen, intern nicht anfallen<sup>90</sup> und
- Wettbewerber regelmäßig das – aus einem staatlichen Monopol hervorgegangene – marktbeherrschende Unternehmen preislich unterbieten müssen, um dessen Goodwill-Vorteile zu überwinden.<sup>91</sup>

Mit dem Ansatz der Kosten eines effizienten Wettbewerbers hat sich die BNetzA in ihrer Regulierungspraxis zu § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG aufgrund ihrer Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren von 2007 von dem in der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 102 AEUV, insbesondere zu Niedrigpreispraktiken in Form von selektiven Preisen und Kampfpreisen,<sup>92</sup> tradierten Maßstab des ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers (*As Efficient Competitor*) abgewendet. Damit hat die BNetzA erkannt, dass der Vergleich des allgemeinen Wettbewerbsrechts mit den von einem marktbeherrschenden Unternehmen angewandten Preisen und dessen Kosten selbst unter Berücksichtigung der Unternehmensstrategie in einem trotz Liberalisierung nur schwerfällig in Gang gesetzten Wettbewerbsmarkt zu kurz greift.

Diesen Paradigmenwechsel hat inzwischen auch der Gerichtshof in seinem Urteil *Post Danmark II* vom 06.10.2015 (Rs. C-23/14) im allgemeinen Wettbewerbsrecht (Art. 102 AEUV) im Hinblick auf Situationen großer Marktmacht und monopolbedingter struktureller Vorteile des marktbeherrschenden Unternehmens vollzogen und dabei das Kriterium des *hinreichend* effizienten Wettbewerbers (*Reasonably Efficient Competitor*) entwickelt:

*„ In einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens dagegen, die sich durch einen sehr großen Marktanteil des marktbeherrschenden Unternehmens und durch strukturelle Vorteile aufgrund des gesetzlichen Monopols dieses Unternehmens, unter das 70 % der Sendungen auf dem betreffenden Markt fielen, kennzeichnet, ist jedoch die Anwendung des Kriteriums des ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers nicht sachgerecht, da die Struktur des Marktes den Eintritt eines ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers praktisch unmöglich macht.*

(...)

*Daher ist auf den dritten und den vierten Teil der ersten Frage zu antworten, dass die Anwendung des Kriteriums des ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers keine notwendige Voraussetzung darstellt, um den missbräuchlichen Charakter eines Rabatt-*

<sup>90</sup> So auch Schütz/Neumann, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 28, Rn. 105.

<sup>91</sup> In Bezug auf die Deutsche Telekom AG vgl. Schütz/Neumann, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 28, Rn. 108.

<sup>92</sup> EuGH, Urt. v. 27.03.2012, Rs. C-209/10, Rn. 28-35 – Post Danmark I; Urt. v. 03.07.1991, Rs. C-62/86, Rn. 70-73 – AKZO/Kommission; Urt. v. 02.04.2009, Rs. C-202/07 P, Rn. 107, 108 – France Télécom/Kommission; Urt. v. 17.02.2011, Rs. C-52/09, Rn. 40-46 – TeliaSonera.

*systems im Hinblick auf Art. 82 EG festzustellen. In einem Fall wie dem des Ausgangsverfahrens ist die Anwendung des Kriteriums des ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers nicht sachgerecht.*<sup>93</sup>

Vereinzelt ist mit Blick auf die unter Rn. 59 des Urteils *Post Danmark II* beschriebene Situation „struktureller Vorteile aufgrund des gesetzlichen Monopols“ die Frage aufgeworfen worden, ob die vom EuGH in dieser Rechtssache aufgestellten Maßstäbe überhaupt auf die nach dem deutschen Postgesetz rechtlich liberalisierten Märkte anwendbar sind.

Unabhängig davon, dass die BNetzA in ihrer Regulierungspraxis zu § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG den Paradigmenwechsel bereits vollzogen hat, spricht auch der vom EuGH unter Rn. 60 des Urteils betonte teleologische Zweck der Anpassung des Vergleichsmaßstabes an die Parameter eines hinreichend effizienten Wettbewerbers für ein weiteres Verständnis:

*„60 Darüber hinaus könnte auf einem Markt wie dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, der durch hohe Zugangsschranken geschützt ist, ein weniger leistungsfähiger Wettbewerber zur Erhöhung des Wettbewerbsdrucks beitragen und damit Druck auf das Verhalten des Unternehmens in beherrschender Stellung ausüben.“*

Da für PKS charakteristisch ist, dass selbst effiziente Wettbewerber mangels vergleichbarer vertikaler Integrations-, Skalen- und Verbundvorteile nicht in der Lage sind, bei Gleichpreisigkeit mit dem marktbeherrschenden Unternehmen auf dem Endkundenmarkt ihre Kosten zu decken, hängt die margenprofitable Nachbildbarkeit des Endkundenentgeltes des marktbeherrschenden Unternehmens durch die Wettbewerber von der Bestimmung eines für diese Wettbewerber realistischen Effizienzmaßstabes ab.

*b) Die Herstellung funktionsfähigen Wettbewerbs als teleologische Auslegungsdirektive für die Margenauskömmlichkeit*

Das postgesetzliche Ziel der Sicherstellung funktionsfähigen Wettbewerbs beschränkt sich nicht auf dessen Erhaltung. Vielmehr ist § 1 PostG („zu fördern“) auf die Herstellung der einem funktionsfähigen Wettbewerb vorgelagerten Bedingungen zum Nutzen der Verbraucher ausgerichtet:

*„Zweck dieses Gesetzes ist es, durch Regulierung im Bereich des Postwesens den Wettbewerb zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten.“*

Damit folgt § 1 PostG der sektorspezifischen Regulierungslogik eines proaktiven Herstellungsauftrages für praktisch wirksame, also funktionsfähige Wettbewerbsbedingungen, welche dem-

<sup>93</sup> EuGH, Urt. v. 06.10.2015, Rs. C-23/14, Rn. 59, 62 – *Post Danmark II*.



gegenüber von dem allgemeinen Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB) bereits vorausgesetzt werden.<sup>94</sup> Historisch wurden deshalb die Liberalisierungsakte der Europäischen Gemeinschaft in allen Netzwirtschaften auf der Rechtsangleichungsgrundlage des Art. 95 EGV (Art. 114 AEUV) durch sektorspezifische Regulierungsrichtlinien flankiert. Dem Umsetzungsauftrag der Postrichtlinie 97/67/EG<sup>95</sup> folgend hat auch der deutsche Gesetzgeber u.a. mit § 20 Abs. 2 [jetzt Abs. 3] PostG der BNetzA den Regulierungsauftrag erteilt, über das allgemeine Wettbewerbsrecht hinausgehende proaktive Wettbewerbsherstellungs- und -fördermaßnahmen zu ergreifen, die nicht hinter den Mindeststandards und Schutzparametern des allgemeinen Wettbewerbsrechts zurückbleiben dürfen.<sup>96</sup> Der Regulierungsauftrag wird nunmehr um die Preis-Kosten-Schere mit § 20 Abs. 4 PostG erweitert, „um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Gewinnmarge (...) zu ermöglichen“.

Wenn aber selbst im Rahmen ihrer Marktmöglichkeiten hocheffiziente Wettbewerber nicht in der Lage sind, die vertikalen Integrations-, Skalen- und Verbundvorteile des marktbeherrschenden Unternehmens aufgrund von Innovationsleistungen zu parieren und selbst bei – praktisch kaum ausreichender – Gleichpreisigkeit auf dem Endkundenmarkt ihre Kosten zu decken, so muss der bei den Wettbewerbern nach § 20 Abs. 4 PostG angelegte Effizienzmaßstab zumindest die margenprofitable Nachbildbarkeit des Endkundenentgeltes des marktbeherrschenden Unternehmens durch die Wettbewerber in einer für diese realistischen Maßstababildung regulatorisch simulieren.

Danach kann die Bestimmung eines für Wettbewerber realistischen Effizienzmaßstabes je nach den vorherrschenden konkreten Marktverhältnissen auf der Skala eines um die vertikalen Integrations-, Skalen- und Verbundvorteile des marktbeherrschenden Unternehmens bereinigten ebenso effizienten Wettbewerbers bis zu einem unter Berücksichtigung anderer hinderlicher Marktrealitäten hinreichend effizienten Wettbewerber variieren. Mit anderen Worten gilt es, die insbesondere in der Literatur vorherrschende Polarisierung zwischen dem *As-Efficient-Competitor*- und dem *Reasonably-Efficient-Competitor*-Test zur praktisch wirksamen Erreichung der postgesetzlichen Ziele (§ 1 PostG) zu überwinden. Zur Herstellung der einem wirksamen Wettbewerb vorgelagerten Bedingungen werden deshalb im Folgenden geeignete wirtschaftswissenschaftliche Parameter zur Bestimmung eines (hinreichend) effizienten Wettbewerbers entwickelt, um die gebotene teleologische Interpolation zwischen den Maßstäben des *As-Efficient-Competitor*- und des *Reasonably-Efficient-Competitor*-Tests ökonomisch zu fundieren.

---

<sup>94</sup> Meyer, Die Preis-Kosten-Schere im Europäischen Wettbewerbs- und im nationalen Postrecht, Nomos 2015, S. 22, 23.

<sup>95</sup> Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Dezember 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität.

<sup>96</sup> Meyer, Die Preis-Kosten-Schere im Europäischen Wettbewerbs- und im nationalen Postrecht, Nomos 2015, S. 165; Herdegen, in: Badura/von Danwitz/Herdegen/Stern, BeckPostG-Komm, 2. Auflage 2004, § 1, Rn. 12.

c) *Wirtschaftswissenschaftliche Parameter zur Bestimmung eines (hinreichend) effizienten Wettbewerbers*

Um einen hinreichend effizienten Wettbewerber zu bestimmen, sind prinzipiell zwei Ansätze möglich. Zum einen kann die Perspektive des marktbeherrschenden Lizenznehmers eingenommen und ein PKS-Test anhand der internen Kalkulation des Marktbeherrschers durchgeführt werden. Zum anderen kann aber auch die Sicht eines Wettbewerbers eingenommen werden, der nicht dieselben Vorteile genießt wie das marktbeherrschende Unternehmen. Welcher Ansatz zur Bestimmung eines hinreichend effizienten Wettbewerbers sachgerecht ist, hängt maßgeblich von den Zielsetzungen des Gesetzgebers ab.

Geht es allein um die sogenannte technische oder auch produktive Effizienz, also um die kurzfristige Minimierung der Gesamtkosten der Leistungserstellung, so mag, zumindest kurzfristig, eine Orientierung an den Kosten des Marktbeherrschers sinnvoll erscheinen, selbst wenn dies keinen Wettbewerb durch neue Anbieter, welche zumindest kurzfristig nicht die Skalenvorteile des Marktbeherrschers erreichen können, ermöglicht. Eine solche Perspektive ist insbesondere dann sinnvoll, wenn Wettbewerb – etwa aufgrund des Vorliegens eines so genannten natürlichen Monopols, wie zum Beispiel bei Stromnetzen – prinzipiell nicht möglich oder aus anderen Gründen nicht erwünscht ist. Sind hingegen, wie in § 1 PostG geregelt, der Schutz und sogar die aktive Förderung des Wettbewerbs Ziele des Gesetzgebers, etwa weil Wettbewerb kurzfristig die allokativen und mittel- und langfristig die dynamische Effizienz fördert, muss sich ein Test an Kostenstandards orientieren, welche Wettbewerb tatsächlich ermöglichen. Ein Standard, der etwa voraussetzt, dass Wettbewerber kurzfristig dieselben Größenvorteile (Skalenerträge) realisieren können, wie es der Marktbeherrschende langfristig kann, würde das Ziel der Wettbewerbsförderung klar verfehlen.

Für PKS-Tests werden vor allem der „*As Efficient Competitor*“ (AEC)-Maßstab und der „*Reasonably Efficient Competitor*“ (REC)-Maßstab diskutiert und verwendet. Beide Ansätze berücksichtigen – im Gegensatz etwa zu einem PKS-Test, der sich an den langfristigen Inkrementalkosten des Marktbeherrschers orientiert – die Tatsache, dass Wettbewerber im Markt aus einer Reihe von Gründen die Kosten des Marktbeherrschers nicht ohne Weiteres nachstellen können und damit auch Tarife, welche die langfristigen Inkrementalkosten des Marktbeherrschers reflektieren, für Wettbewerber oftmals nicht nachbildbar sind.

Die Definitionen des AEC und des REC bewegen sich zwischen zwei Extremen. Auf der einen Seite steht der Ansatz, die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens anzusetzen und auf Seiten der Wettbewerber dieselben Größen- und Integrationsvorteile zu unterstellen. So empfiehlt zum Beispiel die BEREK für Telekommunikationsmärkte eine sehr wörtliche Auslegung, nach der beim AEC-Test die Größenvorteile des marktbeherrschenden Unternehmens auch bei Wettbewerbern vorausgesetzt werden sollten.<sup>97</sup> Auf der anderen Seite steht der Ansatz, die Kos-

---

<sup>97</sup> BEREK (2014), Guidance on the regulatory accounting approach to the economic replicability test, S. 18.

ten des marktbeherrschenden Unternehmens um Größeneffekte und weitere Vorteile zu bereinigen und den Wettbewerbern eine zusätzliche Verzinsung des eingesetzten Kapitals zu ermöglichen. Diese Sichtweise wird von Wettbewerbsökonomern gestützt. Um den Wettbewerb zu fördern, müssen First-Mover-Vorteile, Integrations-, Skalen- und Verbundvorteile sowie andere Asymmetrien Beachtung finden.<sup>98</sup> Auch die BNetzA (2007) verweist in ihren Hinweisen zu Preis-Kosten-Scheren auf Telekommunikationsmärkten zurecht darauf, dass die Wettbewerberspektive ausschlaggebend ist.<sup>99</sup>

Aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive verlangt der gesetzliche Auftrag zur Förderung des Wettbewerbs (§ 1 PostG) in Verbindung mit dem nunmehr um den PKS-Tatbestand (§ 20 Abs. 4 PostG) erweiterten Regulierungsauftrag eine substantiierte Analyse des Wettbewerbsgeschehens auf einem Markt durch die BNetzA, bevor diese den anzulegenden PKS-Effizienzmaßstab nach Maßgabe der jeweils vorherrschenden Kosten- und Effizienzvorteile festlegt. Zwar ist hierzu in § 20 Abs. 4 PostG weder ein formalisiertes Marktanalyseverfahren noch ein konkreter Kostenstandard vorgesehen. Eine Wettbewerbsanalyse und darauf aufbauend eine Methode zur Bestimmung der zu berücksichtigenden Kostenunterschiede zwischen Marktherrscher und Wettbewerbern im Zuge eines PKS-Tests sind aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht gleichwohl die logischen Vorbedingungen zur Erfüllung des Förder- und des PKS-Regulierungsauftrags nach § 1 PostG und nach § 20 Abs. 4 PostG.

Im Rahmen einer PKS-spezifischen Marktanalyse sind im Postsektor in einem ersten Prüfungsschritt

- hinsichtlich beträchtlicher und anhaltender strukturell gewachsener Kostenunterschiede insbesondere die Angebotspräsenz alternativer Briefdienstleister auf dem End-to-End-Beförderungsmarkt über die gesamte Beförderungskette vor dem Hintergrund der marktbeherrschenden Stellung der DPAG auf den vorgelagerten Teilleistungsmärkten und ihren darauf aufbauenden vertikalen Integrations-, Skalen- und Verbundvorteilen und anderer Vorteile bzw. die dementsprechenden Nachteile der Wettbewerber zu bewerten und
- anhand der Angebotsdaten alternativer Briefdienstleister die wettbewerblichen Entwicklungen auf dem betreffenden Markt in einem angemessenen Zeitraum zu ermitteln, um so abzuleiten, welche Notwendigkeit zur Förderung des Wettbewerbs auf einem Markt besteht. Dieser Wettbewerbsparameter gibt eine erste Indikation bezüglich der vorzunehmenden Kostenaufschläge.

In einem zweiten Schritt ist dann konkret ein für die alternativen Briefdienstleister sachgerechter PKS-Kostenmaßstab des hinreichend effizienten Wettbewerbers abzubilden. Um den gesetzlichen Förderauftrag (§ 1 PostG) und den PKS-Regulierungsauftrag (§ 20 Abs. 4 PostG) zu

---

<sup>98</sup> Padilla, J. (2018), Pros and Cons: The As Efficient Competitor Test - The Law and Economics of Rebates, S. 9.

<sup>99</sup> BNetzA, Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG (2007), Seiten 6 ff.

erfüllen, könnte die Höhe des an einen hinreichend effizienten Wettbewerber angelegten PKS-Kostenmaßstabs anhand von Parametern alternativer Briefdienstleister ermittelt werden.

Die BNetzA hat in ihren Hinweisen zu PKS im Telekommunikationsmarkt die folgenden Unterschiede zwischen den Kalkulationen des marktbeherrschenden Unternehmens und der Wettbewerber aufgeführt, wobei diese Liste nicht abschließend ist:<sup>100</sup>

- wettbewerberspezifische Kosten,
- die Realisierung geringerer Größen- und Verbundvorteile beim marktbeherrschenden Unternehmen
- Nachteile im Hinblick auf Lernkurveneffekte und sog. First-mover-Vorteile
- höhere Risiken aufgrund fehlender historisch gewachsener Kundenbasis und Reputation sowie
- Unterschiede in der Kundenstruktur.

In dem Maße, in dem diese Unterschiede auch bei effizienten Wettbewerbern Kostennachteile hervorrufen, sind diese in einem PKS-Test durch geeignete Aufschläge auf Seiten der Wettbewerber im Verhältnis zur Kalkulation des marktbeherrschenden Unternehmens zu berücksichtigen. Im Folgenden sollen diese Faktoren, welche Asymmetrien zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und seinen Wettbewerbern hervorrufen, kurz erörtert werden.

### **1. Wettbewerberspezifische Kosten**

Wettbewerber der DPAG weisen beim Einkauf und der Integration fremder Vor- bzw. Teilleistungen höhere Transaktions-, Integrations- und Abwicklungskosten auf, die beim Anbieter dieser Vor- und Teilleistungen, dem marktbeherrschenden Unternehmen, intern nicht anfallen. Diese Kosten können aus der Verwendung unterschiedlicher IT, aus dem Management von Schnittstellen, aus anderen Informationsflüssen als im integrierten Unternehmen und aus vielen anderen Gründen resultieren und sind daher zu berücksichtigen.

### **2. Größenvorteile**

Zu den weiteren potenziellen Kostenunterschieden zwischen dem etablierten Marktbeherrscher und seinen Wettbewerbern zählen insbesondere Größenvorteile (Skaleneffekte).

Viele Branchen, darunter netzgebundene Industrien, zeichnen sich durch sinkende Durchschnittskosten aus. Diese kommen durch einen hohen Anteil der Fixkosten an den gesamten Kosten zustande. Ein Beispiel findet sich in den Sortierzentren der Briefdienstleister. Die durchschnittlichen Fixkosten der Anschaffung und des Betriebs je verarbeiteter Sendung reduzieren sich mit jeder weiteren verarbeiteten Sendung, sodass die durchschnittlichen Kosten der Sortierung je Sendung abnehmen.

---

<sup>100</sup> BNetzA, Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG (2007), S. 15 f.

Größenvorteile bestehen naturgemäß nicht nur in Bezug auf Fixkosten und Auslastung der maschinellen Produktion/Verarbeitung. Auch Ausgaben für IT und Beschäftigte steigen nicht proportional zur verarbeiteten Sendungsmenge. Auch hier ergeben sich erhebliche Skaleneffekte, die ein größeres Unternehmen gegenüber kleineren Wettbewerbern zu seinem Vorteil nutzen kann.

### **3. Verbundvorteile**

Neben den bereits genannten Größenvorteilen müssen auch Kostenvorteile des Marktbeherrschers berücksichtigt werden, die sich aus dem Umfang seines Angebotsportfolios ergeben. Verbundvorteile entstehen dadurch, dass ein Unternehmen mehrere Produkte und/oder Dienstleistungen anbietet (Mehrprodukt-Unternehmen). Durch einen gemeinsamen Vertrieb und eine gemeinsame Logistik kann dieses Unternehmen die Leistung kostengünstiger anbieten als zwei einzelne Ein-Produkt-Unternehmen.

Als selbsternannt weltweit führender Anbieter für Logistik bietet die DPAG als Teil der „Deutsche Post DHL Group“ weltweit eine Vielzahl von Logistikdienstleistungen und logistiknahen Dienstleistungen an. Dabei profitiert sie nicht zuletzt von erheblichen Verbundvorteilen, z.B. aus einer gemeinsamen Annahme und teilweise auch Zustellung von Briefen und Paketen.

Ein weit gefächertes Portfolio ermöglicht zudem eine Risikostreuung und vereinfacht den Markteintritt in neue Märkte. Darüber hinaus ermöglicht es eine höhere Kundenbindung, wenn diese mehrere Dienste des Unternehmens gleichzeitig nutzen.<sup>101</sup>

Daraus resultierende Kostenunterschiede zu ihren Wettbewerbern dürfen in einem postgesetzkonformen PKS-Test nicht vernachlässigt werden.

### **4. Vertikale Integration**

Verbundvorteile können nicht nur durch eine horizontale Differenzierung des Portfolios realisiert werden. Eine vertikale Integration kann diese Vorteile noch verstärken. So stehen der DPAG logistisches Knowhow und die damit verbundene IT-Integration nicht nur für die Einsammlung der Sendungen, sondern auch für die Zustellung zum Empfänger zur Verfügung.

Zudem ermöglicht die vertikale Integration dem Marktbeherrscher eine Abschöpfung von Margen entlang der gesamten Wertschöpfungskette. Ohne eine adäquate Regulierung der Teilleistungsentgelte, welche die vertikal integrierte DPAG ihren Wettbewerbern anbietet, könnte sie so ihre konzerneigenen Gesellschaften gegenüber den Wettbewerbern bevorzugen.

---

<sup>101</sup> Das Paradebeispiel bildet hier typischerweise Google bzw. die Muttergesellschaft Alphabet Inc., die viele neue Unternehmen zukaufen und auf deren Erfolg spekulieren. Sollte sich eines dieser Investments einmal nicht rentieren, so ist dies egal, solange ein anderes Investment funktioniert und die erwarteten Erträge einfährt. Zudem können sie durch das breite Portfolio und das so erlangte Knowhow schnell in nahegelegene Märkte eintreten, wenn sie einen steigenden Wettbewerbsdruck auf ihr Kerngeschäft sehen.

In der Praxis zeigt sich, dass eine solche Bevorzugung nicht nur direkt, sondern auch indirekt erfolgen kann. Da die DPAG verpflichtet ist, ihren Wettbewerbern Zugang zu den von ihr erbrachten Teilleistungen zu gewähren, ist eine Interoperabilität, d. h. eine Schnittstelle zwischen den Eigenleistungen der Wettbewerber und den erbrachten Teilleistungen der DPAG, zwingend notwendig. Die DPAG gewährt nun einen Infrastrukturrabatt. Dieser wird gewährt, wenn das einliefernde Unternehmen gewisse Anforderungen erfüllt. Die BNetzA beschreibt mit Bezugnahme auf die DPIHS, dass diese ein spezifisches Frankierlayout verwendet und ihre Einlieferungen der DPAG in deren elektronischem Auftragsmanagement vorher ankündigt.<sup>102</sup> Daher sei eine Einbindung der DPIHS in das Auftragsmanagement der DPAG erforderlich. Die vertikale Integration der DPAG und der DPIHS erleichtert diese Integration der IT-Systeme erheblich. Den Wettbewerbern kann so ein Nachteil entstehen, da eine solche Integration der Systeme mit einem zusätzlichen Aufwand verbunden ist, um die Rabatte zu erhalten.

Kostenunterschiede, die durch vertikale Integration zustande kommen, spielen daher eine wichtige Rolle für einen postgesetzkonformen PKS-Test, da diese ansonsten den Wettbewerb erheblich behindern können.

## **5. Lerneffekte**

Eng verbunden mit Größen- und Verbundvorteilen sind Lerneffekte und First-Mover-Vorteile. Ein ehemaliges Staatsmonopol wie die DPAG hat jahrzehntelang Erfahrung sammeln können. Es kennt seine Kunden, ihre Bonität, ihre Qualitätsansprüche und „Eigenheiten“ sowie die Funktionsweisen des Marktes deutlich besser als ein neu eintretendes Unternehmen. Die DPAG kann daher heute auf einen erheblichen Wissensvorsprung gegenüber ihren Wettbewerbern zurückgreifen. Aus diesem Wissensvorsprung können Optimierungspotenziale resultieren und eine effizientere Kostenstruktur im Vergleich zu neuen Wettbewerbern.

## **6. Reputation und Wechselkosten**

Wechselkosten entstehen auf Seiten der Konsumenten typischerweise als Folge von Lock-in Effekten. Dabei werden die Konsumenten zum Beispiel durch Mindestvertragslaufzeiten, Bündelangebote, Rabattierung für treue Kunden und vieles mehr an ein Unternehmen gebunden. Ein Wechsel zu einem anderen Anbieter ist den Kunden so nur schwer oder nur mit finanziellen Einbußen möglich.

Wechselkosten müssen jedoch nicht nur finanzieller Natur sein. Auch technische Barrieren können einen Anbieterwechsel erschweren. In Bezug auf ehemalige Staatsmonopole wie die DPAG spielen auch Überlegungen zur Reputation eine nicht unerhebliche Rolle. Der hohe Bekanntheitsgrad führt dazu, dass einige Konsumenten stets auf das altbewährte und -bekannte vertrauen werden. Diese Kunden sind aus Sicht der Wettbewerber der DPAG nicht für sich zu gewinnen. Wechselkosten behindern Wettbewerber der DPAG daher in ihrem Streben, zu einer

---

<sup>102</sup> BNetzA (2019), Tätigkeitsbericht Post 2018/2019, S. 16.

effizienteren Unternehmensgröße zu gelangen, und sollten daher auch im Zuge von PKS-Tests Beachtung finden.

Darüber hinaus bestehen Vorteile des etablierten Unternehmens darin, dass Kunden die Verlässlichkeit und Qualität des etablierten Anbieters bereits kennen, während sie von Angeboten neuer Anbieter oftmals noch überzeugt werden müssen. Auch sind Ansprechpartner und Abläufe in den Unternehmen oftmals bekannt. Um dieser Unsicherheit auf Seiten der Kunden zu begegnen, müssen neue Anbieter die Preise des etablierten Anbieters oftmals erheblich unterbieten, um neue Kunden zu einem Test des neuen Angebots zu bewegen. Diese Kosten der Kundenakquise in Form von Preisvergünstigungen bzw. Rabatten fallen beim etablierten Unternehmen nicht mehr an und schaffen so eine Asymmetrie, die es im Rahmen eines PKS-Tests zu berücksichtigen gilt.

## **7. Kapitalkosten**

Wachstum und Profitabilität eines Unternehmens können nicht zuletzt durch dessen finanzielle Position beeinflusst werden. Diese bestimmt die Kreditwürdigkeit und den finanziellen Spielraum des Unternehmens. Zudem werden Kunden einem finanziell gut aufgestellten Unternehmen möglicherweise mehr vertrauen als einem Neuling im Markt, wenn dieser finanziell weniger gut aufgestellt ist.

Insbesondere Unterschiede in der Kreditwürdigkeit und damit verbundene Kosten bei der Aufnahme von Krediten können einen Unterschied in den Kosten der Unternehmen bedingen. Die DPAG als ehemaliges Staatsmonopol und einziger Erbringer einer deutschlandweiten systemrelevanten Dienstleistung besitzt eine hohe Kreditwürdigkeit, da der Staat im Fall einer Schiefelage als großer Miteigentümer unterstützend eingreifen wird oder dies zumindest zu erwarten ist.

Die DPAG dürfte somit aus zwei Gründen günstigere Kapitalkosten aufweisen als Wettbewerber: Erstens ist der Staat nach wie vor Großaktionär der DPAG. Der Staat als Aktionär reduziert die Kapitalkosten – diesen Vorteil können Wettbewerber auch langfristig nicht erreichen, da sie nicht für eine staatliche Beteiligung optieren können. Der Kapitalkostenvorteil resultiert somit nicht aus einer besonderen Effizienz oder Leistung der DPAG. Zweitens verfügt die DPAG als Marktbeherrscher über eine lange gefestigte Marktposition, sodass das Geschäft der DPAG weniger risikobehaftet zu sein scheint als das eines neuen Wettbewerbers. Die marktbeherrschende Stellung ist jedoch Resultat der Historie der DPAG als Staatsmonopol und nicht etwa durch die DPAG „erarbeitet“ worden. Gleichwohl haben marktbeherrschende Unternehmen oftmals Kapitalkostenvorteile gegenüber neuen Anbietern. Weder die Staatsbeteiligung noch die historisch erlangte Marktbeherrschung sind Ausfluss einer besonderen Leistung der DPAG. Der Kapitalkostenvorteil der DPAG darf daher nicht im Rahmen eines PKS-Tests berücksichtigt werden. Abzustellen ist vielmehr auf Kapitalkosten, die sich in wettbewerblichen Situationen am Markt ergeben.

## 8. Weitere postspezifische Kostenunterschiede

Zwischen der DPAG und ihren Wettbewerbern können grundsätzlich weitere Kostenunterschiede bestehen, die sehr spezifisch für den Postsektor sind. Hierzu zählt zunächst einmal die Kleinteiligkeit der Einsammlung. Es entstehen grundsätzlich höhere Kosten, je kleinteiliger die Strukturen sind. Ein Unternehmen, das 100 Sendungen bei einem Unternehmen einsammelt, hat geringere Durchschnittskosten als ein Unternehmen, welches je 10 Sendungen bei 10 Unternehmen einsammelt.

Im Zuge eines PKS-Tests sollte zudem stets geprüft werden, inwieweit sich Wettbewerber und Marktbeherrscher in ihrer Produktionstechnologie und -qualität unterscheiden. Sollte die DPAG, zum Beispiel aufgrund ihrer Größe, Vorteile auf relevanten Beschaffungsmärkten haben, so werden die Wettbewerber auch bei ansonsten gleichen Größeneffekten etc. nicht ebenso kosteneffizient arbeiten können.

### *aa) Operationalisierung eines Kostentests.*

Um die Kosten der Leistungserbringung durch einen hinreichend effizienten Wettbewerber zu operationalisieren, sind prinzipiell vier Vorgehensweisen möglich. Erstens können diese Kosten auf Basis der Kostendaten des marktbeherrschenden Unternehmens ermittelt werden. Zweitens können die Kosten der Leistungserbringung durch einen hinreichend effizienten Wettbewerber auf Basis der Kostendaten der Wettbewerber ermittelt werden. Drittens können die Kosten approximiert werden, indem Angebotsdaten der Wettbewerber herangezogen werden, und viertens können – zumindest theoretisch – so genannte analytische Kostenmodelle genutzt werden, welche basierend auf ingenieurswissenschaftlich-technischen Modellen die Kosten des gesamten Postnetzes abzubilden versuchen.

Die Verwendung von Kostendaten des marktbeherrschenden Unternehmens hat zwar den Vorteil, dass diese vergleichsweise leicht zu erheben sind. Ein gravierender Nachteil ist jedoch, dass diesen Daten gerade die Wettbewerberperspektive fehlt und somit weder die Kostennachteile der Wettbewerber, die sich durch das Fehlen kostensenkender Integrations-, Größen- und Verbundvorteile ergeben, noch die wettbewerbsspezifischen Kosten abbilden können und auch wenig Rückschlüsse auf diese Kosten zulassen. Auch die BNetzA führt in ihrem Hinweispapier zu Preis-Kosten-Scheren i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG deshalb aus, dass „*nur hilfsweise auf die interne Kalkulation des marktbeherrschenden Unternehmens abzustellen ist*“.<sup>103</sup>

Die Verwendung von Kostendaten von Wettbewerbern des marktbeherrschenden Unternehmens bietet den Vorteil, dass auf diese Weise die möglichen Kostennachteile der Wettbewerber ermittelt werden können. Diesen Ansatz sieht auch die BNetzA im Hinweispapier als präferierte Option an, wenn dort ausgeführt wird, „*dass Wettbewerber zunächst in vollem Umfang ihre*

---

<sup>103</sup> BNetzA, Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG (2007), S. 3.



*Kalkulation offenlegen und substantzieren müssen, da nur auf diese Weise das effiziente (Ausgangs-)Niveau zu ermitteln ist, das ggf. anschließend mit zugangsspezifischen Kosten zu beaufschlagen ist.*<sup>104</sup> Die Analyse der Kostendaten von Wettbewerbern erlaubt es der BNetzA, effiziente Wettbewerber nicht nur theoretisch, sondern anhand tatsächlicher Marktverhältnisse zu ermitteln.

Da sich aber Geschäftsmodelle und Tätigkeitsfelder der Wettbewerber durchaus unterscheiden und nicht immer erkenntlich ist, welche Wettbewerber auch langfristig im Markt bestehen können, sollte der Kostenmaßstab nicht allein auf Kostendaten eines einzigen Wettbewerbers beruhen, sondern auf Kostendaten einer Gruppe vergleichsweise effizienter Wettbewerber. Wie groß diese Gruppe effizienter Wettbewerber sein sollte, wäre durch die BNetzA von Fall zu Fall je nach Marktverhältnissen und nach Anzahl der aktiven Wettbewerber festzulegen. In keinem Fall sollte jedoch die Orientierung allein an dem „effizientesten“ Unternehmen erfolgen, da nicht gewährleistet ist, dass dieses einzelne Unternehmen auch ein langfristig nachhaltiges Geschäftsmodell verfolgt.

Ergänzend zur Verwendung von Kostendaten von Wettbewerbern des marktbeherrschenden Unternehmens können Angebotsdaten der Wettbewerber genutzt werden. Mit Hilfe der Angebotsdaten kann zum einen eine weitere Plausibilisierung der Kostendaten erfolgen. Zum anderen erlaubt die Analyse der Angebotsdaten eine Wettbewerbsanalyse des betroffenen Marktes und gibt somit bereits eine Indikation für die notwendigen Zuschläge, die zur Förderung des Wettbewerbs notwendig sind (dazu unten mehr). Zugleich kann dadurch das Ausmaß der Preisunterbietung ermittelt werden, welches notwendig ist, um die Goodwill-Vorteile des marktbeherrschenden Unternehmens sowie die weiteren Wechselkosten auf Kundenseite zu überwinden.

Eine Ermittlung der Kosten der Leistungserbringung durch einen hinreichend effizienten Wettbewerber allein anhand von Angebotsdaten ist hingegen nicht ratsam, da Angebote neuer Wettbewerber gerade beim Neueintritt in einen Markt oftmals selbst nicht kostendeckend sind, sondern gewisse Verluste als Investition in neue Kundenbeziehungen oftmals notwendig sind, um die erwähnten Wechselkosten und Goodwill-Vorteile zu überwinden.

Schließlich könnten, zumindest theoretisch, auch so genannte analytische Kostenmodelle verwendet werden. Analytische Kostenmodelle ermitteln die Kosten der Leistungserbringung, indem die Kosten des Netzbetriebs allein basierend auf ingenieurwissenschaftlichen Modellen ermittelt werden. Diese Modelle sind insbesondere im Telekommunikationsbereich verbreitet. Der Vorteil der analytischen Kostenmodelle besteht darin, dass die BNetzA nur geringere Datenmengen bei den betroffenen Unternehmen abfragen muss. Jedoch existieren bis heute keine analytischen Kostenmodelle für den Postbereich. Die britische Regulierungsbehörde Ofcom hatte zwar vor einigen Jahren die Entwicklung eines solchen Kostenmodells für den Postsektor angekündigt, bisher aber, soweit ersichtlich, kein solches Modell vorgelegt. Die BNetzA könnte

---

<sup>104</sup> BNetzA, Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG (2007), S. 19.

jedoch ein analytisches Kostenmodell für den Postbereich entwickeln lassen.<sup>105</sup> Eine solche Modellentwicklung wird jedoch Zeit in Anspruch nehmen, sodass in der Zwischenzeit auf andere Methoden zur Kostenermittlung zurückgegriffen werden muss.

Abgesehen von der Feststellung der tatsächlich anfallenden Kosten ist auch die Frage bedeutsam, wie der kalkulatorische Zinssatz für die angemessene Gewinnmarge zu ermitteln ist. In Bezug auf die Eigenkapitalrendite ist nicht ersichtlich, warum im Rahmen eines PKS-Tests von der Eigenkapitalrendite des marktbeherrschenden Unternehmens abgewichen werden sollte. Da die DPAG die Eigenkapitalrendite nicht nach regulierten und unregulierten Bereichen getrennt ausweist, läge ein pragmatischer Ansatz darin, die Eigenkapitalrendite des Marktbeherrschers auch den Wettbewerbern zuzubilligen. In Bezug auf die Fremdkapitalrendite sollten die tatsächlichen Fremdkapitalkosten der Wettbewerber durch die BNetzA abgefragt werden. Es ist davon auszugehen, dass die DPAG als (a) teilstaatliches und (b) marktbeherrschendes Unternehmen auf den Kapitalmärkten günstigere Credit Ratings erhält als viele Wettbewerber. Ein solches günstiges Credit Rating ist jedoch nicht Folge der Effizienz, sondern der staatlichen Beteiligung und der Marktbeherrschung. Für einen postgesetzkonformen PKS-Test sollten Fremdkapitalkosten eines privaten Wettbewerbers ohne marktbeherrschende Stellung verwendet werden.

*bb) Kostenstrukturen eines wirklichen oder hypothetischen hinreichend effizienten Wettbewerbers unter angemessener Berücksichtigung der Maßstabsgrößen kleiner und mittlerer Unternehmen*

Der deutsche Postmarkt ist über 20 Jahre nach der vollständigen Liberalisierung immer noch hochgradig konzentriert. Der Schutz von kleinen und mittleren Wettbewerbern erscheint daher besonders wichtig. Denn – anders als etwa im Telekommunikationsbereich – gibt es keine Wettbewerber, die eine ähnliche Größe wie die DPAG aufweisen.

Vor diesem Hintergrund erscheint es sachgerecht, insbesondere Größenvorteilen eine entscheidende Rolle im Hinblick auf mögliche Kostenunterschiede zwischen dem Marktbeherrscher und seinen Wettbewerbern zuzuschreiben. Ein im Vergleich zum Marktbeherrscher kleines Unternehmen wird eine mögliche Kostenreduktion durch Größenvorteile nicht im selben Umfang ausnutzen können, wie es dem Marktbeherrscher möglich ist. Im Zusammenhang mit Größeneffekten sind zudem auch Verbundvorteile und die vertikale Integration des marktbeherrschenden Unternehmens zu nennen. Auch hierdurch kann der Marktbeherrscher seine Durchschnittskosten im Vergleich zu seinen kleinen Konkurrenten senken und seine dominante Marktstellung behaupten oder gar weiter ausbauen. Diese Position ermöglicht ihm zudem, seine finanzielle Position gegenüber seiner Konkurrenz zu stärken. Dies stärkt wiederum seine Kreditwürdigkeit und ermöglicht ihm einen leichteren Zugang zu den Kapitalmärkten. In der Praxis

---

<sup>105</sup> Das WIK wäre durch seine Expertise besonders geeignet, ein solches Modell zu entwickeln.

könnte hier z. B. die durchschnittliche Kapitalverzinsung von KMU als Maßstab für die Wettbewerber herangezogen werden.

Aus Sicht des Regulierers sollten diese Punkte daher besondere Beachtung finden, wenn der betreffende Markt durch stark asymmetrische Marktanteile mit einem großen und vertikal integrierten Marktbeherrscher und vielen kleinen Wettbewerbern gekennzeichnet ist. Dem Regulierer stehen an dieser Stelle unterschiedliche Hebel zur Verfügung. So muss er zunächst klären, welche Gruppe von Wettbewerbern er für seinen Kostenvergleich heranziehen möchte. Im Mittelpunkt dieser Überlegungen steht dabei die Frage, inwieweit es die Konkurrenten schaffen, wirksamen Wettbewerbsdruck auf den Marktbeherrscher aufzubauen. Im Kontext weniger KMU ist anzunehmen, dass ein einzelnes kleines Unternehmen es nicht schaffen wird, eine disziplinierende Wirkung zu entfalten. In diesem Fall sollte eine Gruppe von Wettbewerbern herangezogen werden. Es liegt dabei in der Hand des Regulierers, diese zu identifizieren. Je weiter er diese Gruppe ausweitet, beginnend mit dem effizientesten Wettbewerber, desto weniger streng fallen die resultierenden Anforderungen an die Kosteneffizienz aus. Jedoch ermöglicht es erst diese Aufweichung der Anforderungen, dass die KMU-Wettbewerber kostendeckend und nicht nur punktuell auf dem Markt aktiv sein können, zum Beispiel auch durch weitreichende Kooperationen.

Ein weiterer Hebel des Regulierers liegt in der Höhe der gewährten Verzinsung des eingesetzten Kapitals, welche als die angemessene Gewinnmarge verstanden werden kann.

Zudem sollte der Regulierer ermitteln, inwieweit technologische Unterschiede zwischen dem Marktbeherrscher und seinen Wettbewerbern bestehen. Sollte der Marktbeherrscher einen technologischen Vorsprung gegenüber seinen Wettbewerbern besitzen, so sollten zunächst die resultierenden Kostenunterschiede ebenfalls berücksichtigt werden. Zudem kann der Regulierer an dieser Stelle einen weiteren Hebel für Investitionsanreize der Wettbewerber setzen, indem er die gewährte Verzinsung und damit Investitionsspielräume erhöht.

### *cc) Höhe des geeigneten Zuschlags*

Sobald die Kosten der Leistungserbringung durch einen hinreichend effizienten Wettbewerber bzw. eine Gruppe von hinreichend effizienten Wettbewerbern ermittelt worden sind, ist die Höhe des Zuschlags festzulegen, welcher notwendig ist, um den Wettbewerb auf einem betroffenen Markt zu fördern.<sup>106</sup> Aus wettbewerbsökonomischer Sicht könnte dieser Zuschlag in Abhängigkeit vom Ausmaß des bestehenden Wettbewerbs auf einem Markt erfolgen. Das Ausmaß des Wettbewerbs ist daher von der BNetzA in einer Wettbewerbsanalyse des Marktes gesondert zu ermitteln. Ist der Wettbewerb auf einem Markt bisher bereits stark ausgeprägt, sodass Wettbewerber Fuß fassen konnten, kann der erforderliche Zuschlag geringer ausfallen. Hat sich hingegen bisher trotz Angeboten von Wettbewerbern kein Wettbewerb entwickelt, und haben

---

<sup>106</sup> BNetzA, Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG (2007), S. 44 ff.

Wettbewerber keine Marktanteile gewinnen können, wäre ein höherer Zuschlag zur Förderung des Wettbewerbs zweckmäßig.

Alternativ zur fallweisen Ermittlung der sachgerechten Zuschläge könnte auch ein Pauschalzuschlag angesetzt werden, so wie im Rahmen der sog. IC+25%-Regel im Telekommunikationsbereich.<sup>107</sup> Dieser Ansatz aus dem Telekommunikationsbereich schreibt einen Aufschlag von 25% auf die regulierten Vorleistungsprodukte vor. Der Vorteil einer solchen Pauschalregelung bestünde darin, dass sowohl für das regulierte Unternehmen als auch für die BNetzA die Kalkulation des PKS-Tests einfach ist, sodass der Informationsaufwand sehr gering ist. Der Nachteil einer solchen Pauschalregelung besteht allerdings darin, dass – sofern der Zuschlag allein auf die regulierten Teilleistungsentgelte entfällt – ein Anreiz für die Wettbewerber geschaffen würde, ihre Wertschöpfungstiefe gering zu halten. Sinnvoll könnte jedoch ein pauschaler Aufschlag auf sämtliche variablen Kosten, also regulierte Vorleistungsentgelte plus weitere variable Kosten der Leistungserstellung, sein, um so den Informationsbedarf zu reduzieren.

Sollte sich ergeben, dass ein Zuschlag von 25% nicht ausreichend ist, um den Wettbewerb zu fördern, so wie § 1 PostG es verlangt, müsste der Zuschlag weiter angehoben werden.

#### *dd) Zwischenfazit*

Zur Durchführung eines postgesetzkonformen PKS-Tests, der auch eine Förderung des Wettbewerbs garantiert, sollte die BNetzA in mehreren Schritten vorgehen.

In einem ersten Schritt sollten die Kosten der Leistungsbereitstellung der in einem betroffenen Markt tätigen Wettbewerber für ein Produkt oder eine Dienstleistung auf Basis der Kostendaten der Wettbewerber ermittelt werden.

Aus den Wettbewerbern ist im zweiten Schritt eine Gruppe von hinreichend effizienten Wettbewerbern auszuwählen, die hinreichend hohe Effizienzwerte aufweisen. Die Größe dieser Gruppe kann von Fall zu Fall verschieden sein und hängt von der Anzahl der Marktteilnehmer ab.

Im dritten Schritt sind die Wettbewerbsverhältnisse im Markt anhand von Angebotsdaten der Wettbewerber zu ermitteln, um (a) die Höhe der notwendigen Preisnachlässe zu ermitteln, die zur Überwindung von Kundenwechselkosten und Goodwill-Vorteilen notwendig sind, und um (b) so bereits eine Indikation für den notwendigen Kostenaufschlag auf der Seite von hinreichend effizienten Wettbewerbern zu erhalten, der zu einer Förderung des Wettbewerbs führt.

Im vierten Schritt sind die Kapitalkosten zu ermitteln, wobei die Eigenkapitalrendite des Marktbeherrschers anzulegen ist, während die Fremdkapitalkosten der Wettbewerber anzulegen sind, da diese im Falle der DPAG durch die staatliche Beteiligung und die marktbeherrschende Stellung nicht repräsentativ für einen effizienten Wettbewerber sein können.

---

<sup>107</sup> BNetzA, Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG (2007), S. 47.

Im fünften Schritt ist schließlich der Zuschlag auf die Kosten festzulegen, durch welchen eine Förderung des Wettbewerbs sichergestellt werden kann. Es spricht einiges dafür, diesen Zuschlag in Abhängigkeit davon zu differenzieren, wie ausgeprägt der Wettbewerb in einem Marktsegment bereits ist. Bei bereits stark ausgeprägtem Wettbewerb sind geringere Zuschläge in Form von „Sicherheitsabständen“ notwendig als auf Märkten, auf denen bisher noch kein oder kaum Wettbewerb entstanden ist.

Im sechsten Schritt sind die Auswirkungen der sich aus den vorstehenden Betrachtungen ergebenden Folgen auf die Positionen sämtlicher relevanter Wettbewerber zu bewerten und in geeigneter, eine konsistente Preisgestaltung bewirkender Weise bei der Entgeltbestimmung zu berücksichtigen, um dem Förderauftrag nach § 1 PostG zu entsprechen.

## II. Die Rechtsfolge der Missbrauchsvermutung

Werden die Tatbestandsvoraussetzungen einer Preis-Kosten-Schere nach § 20 Abs. 4 PostG erfüllt, so greift als Rechtsfolge die gesetzliche Missbrauchsvermutung ein (*„Eine missbräuchliche Beeinträchtigung im Sinne des Absatzes 3 Satz 1 Nummer 2 wird insbesondere dann vermutet(...)“*).

Dieser Vermutungstatbestand des § 20 Abs. 4 PostG ist dem § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG<sup>108</sup> nachgebildet. Auch der § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG enthält eine gesetzliche Vermutung für einen Behinderungsmissbrauch im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG durch das marktbeherrschende Unternehmen, soweit eine PKS vorliegt.<sup>109</sup>

Die gesetzliche Missbrauchsvermutung des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG stellt damit eine Konkretisierung und Ergänzung des Tatbestandes des Behinderungsmissbrauchs gemäß § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG dar.<sup>110</sup> Aufgrund der gesetzlichen Missbrauchsvermutung bedarf es keines gesonderten Nachweises der BNetzA für die kausal herbeigeführte erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen im Sinne des § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 TKG.<sup>111</sup> Die rechtswidrige Beeinträchtigung der Wettbewerber wird vielmehr durch das Vorliegen einer PKS indiziert. Liegen die Voraussetzungen der Missbrauchsvermutung vor, so ist ohne Weiteres von einem Behinderungsmissbrauch durch das marktbeherrschende Unternehmen auszugehen, es sei denn, dieses Unternehmen ist in der Lage, eine sachliche Rechtfertigung darzulegen und zu beweisen.

---

<sup>108</sup> Schütz/Neumann, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 28, Rn. 102 ff.

<sup>109</sup> Schütz/Neumann, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 28, Rn. 93.

<sup>110</sup> Schütz/Neumann, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 28, Rn. 93.

<sup>111</sup> Schütz/Neumann, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 28, Rn. 59 ff.

Ebenso wie die Vermutungsregel des § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG in ihrer Rechtsfolgenwirkung zu einer Umkehr der Darlegungs- und Beweislast geführt hat,<sup>112</sup> wird auch § 20 Abs. 4 PostG eine effektive ex-post-Entgeltregulierung maßgeblich vereinfachen.

Die Darlegungs- und Beweislast für die Widerlegung einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere liegt sowohl im Regulierungsverfahren als auch im gerichtlichen Verfahren bei dem marktbeherrschenden Unternehmen, welches die Daten für den PKS-relevanten Spannenatbestand des Verhältnisses zwischen Vorleistungs- und Endkundenentgelten gesetzt hat.

Mangels vorhandener Praxis zum gerade erst neu eingeführten § 20 Abs. 4 PostG im Hinblick auf die anzulegenden Darlegungs- und Beweislastmaßstäbe an eine Widerlegung der gesetzlichen Missbrauchsvermutung ist eine Orientierung an den für § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG geltenden Maßstäben sinnvoll.

So kann es in bestimmten Ausnahmesituationen auch für ein marktbeherrschendes Unternehmen gerechtfertigt sein, Endkundenentgelte zeitlich begrenzt auch unterhalb der langfristigen Zusatzkosten festzulegen, etwa im Falle nachhaltiger Überkapazitäten für einen bestimmten Dienst aufgrund stark rückläufiger Nachfrage<sup>113</sup> oder zur Einführung innovativer Produkte (Penetration Pricing).<sup>114</sup>

Allerdings begründet eine PKS-relevante Entgeltgestaltung als Reaktion auf das Verhalten von Wettbewerbern, z.B. aufgrund ihrer Innovationen oder Preissenkungen, gerade keine sachliche Rechtfertigung, da das marktbeherrschende Unternehmen nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH einer gesteigerten Verantwortung für das (Fort)Bestehen von Wettbewerb unterliegt.<sup>115</sup> Die gesetzliche Missbrauchsvermutung der Preis-Kosten-Schere setzt nach § 20 Abs. 4 PostG – ebenso wie § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG – asymmetrisch an der Marktmacht an, welche den Wettbewerbern im Postsektor fehlt. Alternative Postdienstleister vermögen häufig gerade erst Kunden zu gewinnen, indem sie zu Entgelten unter den Preisen des marktbeherrschenden Unternehmens anbieten.<sup>116</sup> Würde man es Letztgenanntem erlauben, hierauf mit PKS-relevanten Entgeltgestaltungen zu reagieren, würde der aufkeimende Wettbewerb zerstört.

Die hohen Darlegungs- und Beweislastmaßstäbe für die Widerlegung einer Preis-Kosten-Schere bzw. ihrer Missbräuchlichkeit (durch eine praktisch aber kaum denkbare Rechtfertigung) gründen letztlich auf der Asymmetrie der übermächtigen vertikalen Integration des vorgelagerten Zugangs- und des nachgelagerten Dienstebereichs des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber den kaum integrierten und finanzschwächeren Wettbewerbern. Der asymmetrische PKS-Regulierungsansatz und diesen prozedural flankierend auch die Darlegungs- und Beweislastmaßstäbe sollen ja gerade den – nicht selbst tragfähigen (funktionsfähigen) – Wettbewerb ermöglichen. Sollte das marktbeherrschende Unternehmen sich ausnahmsweise

<sup>112</sup> Schütz/Neumann, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 28, Rn. 116.

<sup>113</sup> Schütz/Neumann, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. Auflage 2013, § 28, Rn. 101.

<sup>114</sup> Nett/Neumann/Vogelsang, Geschäftsmodelle und konsistente Entgeltregulierung, wik-Consult 2004, S. 7 f. und S. 62 f.

<sup>115</sup> EuGH, Urt. v. 27.03.2012, Rs. C-209/10, Rn. 23 – Post Danmark I.

<sup>116</sup> BNetzA, Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren i.S.d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG (2007), S. 38.

auf eine qualifizierte Sondersituation berufen können, die es rechtfertigt, Endkundenentgelte zeitlich begrenzt sogar unterhalb der langfristigen Zusatzkosten festzulegen, so müsste es aufgrund seiner gesteigerten Verantwortung für das Fortbestehen von Wettbewerb auf jeden Fall auch die Zugangs-/Teilleistungsentgelte so konsistent absenken, dass den Wettbewerbern eine auf ihren Eigenanteil der Wertschöpfung bezogene angemessene „Überlebensmarge“ erhalten bleibt.

Allerdings sind umgekehrt Fallkonstellationen denkbar, in denen finanzstärkere Wettbewerber gerade in eigene Vorleistungsinfrastrukturen investieren, um sich schrittweise von den Vorleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens zu emanzipieren. In diesen Fällen wäre die Rechtsfolgenoption des marktbeherrschenden Unternehmens nach § 20 Abs. 4 PostG, die Zugangs-/Teilleistungsentgelte abzusenken, gemessen an dem Ziel der Herstellung funktionsfähigen Wettbewerbs nach § 1 PostG dysfunktional. Denn eine Absenkung der Zugangs-/Teilleistungsentgelte durch das marktbeherrschende Unternehmen würde die Investitionsanreize des in eigene Vorleistungsinfrastrukturen investierenden Wettbewerbers und damit den aufkeimenden Vorleistungsinfrastrukturwettbewerb von vornherein ersticken. Hier wäre das marktbeherrschende Unternehmen im Wege der teleologischen Auslegungsreduktion der PKS-Abhilfeoptionen in der Rechtsfolge nach § 20 Abs. 4 PostG darauf festzulegen, der Preis-Kosten-Schere alleine durch eine margenangemessene Erhöhung der Endkundenentgelte abzuhelfen.

## **F. Konkrete Anwendungsperspektiven von § 20 Abs. 4 PostG in der Regulierungspraxis und in gerichtlichen Verfahren**

### **I. Regulierungsperspektiven zur Preis-Kosten-Schere in denkbaren Fallkonstellationen**

Der neue gesetzliche PKS-Tatbestand ist von der BNetzA sowohl in ex-ante-Entgeltgenehmigungsverfahren (§§ 19 bis 22 PostG) als auch in Verfahren der nachträglichen Entgeltüberprüfung (§§ 24 und 25 PostG) zu beachten. Sowohl § 24 PostG als auch § 25 PostG verweisen auf den Prüfungsmaßstab des § 20 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 PostG, für welchen der Vermutungstatbestand des § 20 Abs. 4 PostG gilt.

Ex-ante-Entgeltgenehmigungsverfahren haben aktuell lediglich im Hinblick auf die Basisprodukte der DPAG, welche der flächendeckenden Grundversorgung der Bevölkerung mit Briefdienstleistungen dienen, und im Hinblick auf den „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ praktische Bedeutung. Insbesondere die Geschäftskundenentgelte, welche die DPAG bzw. deren Tochtergesellschaften den Versendern größerer Sendungsmengen anbieten, sind – jedenfalls nach der von der BNetzA vertretenen Auslegung von § 28 Abs. 2 Satz 1 PostG (s.o.) – nicht genehmigungsbedürftig und daher allein Gegenstände der nachträglichen Überprüfung gemäß § 25 PostG.

In den ex-ante-Entgeltgenehmigungsverfahren ist zu erwarten, dass eine effektive PKS-Prüfung am Offenkundigkeits-Prinzip des § 20 Abs. 3 Satz 2 PostG scheitern wird. Wie im jüngsten Entgeltgenehmigungsverfahren für den „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“<sup>117</sup> wird die BNetzA voraussichtlich – bis auf Weiteres – darauf verweisen, dass in der 10-Wochen-Frist des § 22 Abs. 1, 2 PostG eine offenkundige PKS und damit offenkundige Abschlüge, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt für Postdienstleistungen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen (§ 20 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 PostG), nicht feststellbar seien.<sup>118</sup>

Daran wird sich voraussichtlich erst dann etwas ändern, wenn die Behörde in Verfahren nach den §§ 24 oder 25 PostG hinreichende Marktkenntnisse erworben und Prüfungsmaßstäbe entwickelt hat, die es ihr erlauben, innerhalb der für ex-ante-Entgeltgenehmigungsverfahren geltenden 10-Wochen-Frist sachgerecht festzustellen, ob eine PKS offenkundig und die dadurch begründete Missbrauchsvermutung durch das regulierte Unternehmen nicht widerlegt ist.

Umso wichtiger ist es, dass die BNetzA die Anforderungen an die Einleitung eines Überprüfungsverfahrens nach den §§ 24 oder 25 PostG nicht überspannt, sondern das von ihr durchweg bestätigte Fehlen eines effektiven Wettbewerbs auf den Briefmärkten als Tatsache anerkennt, die im Sinne der §§ 24 Abs. 1, 25 Abs. 1 PostG die Annahme rechtfertigt, dass die Entgelte des Marktbeherrschers nicht den Anforderungen des § 20 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 PostG entsprechen.

Legte die BNetzA einen strengeren Maßstab an, wäre eine dem Wettbewerbsförderungszweck des § 1 PostG genügende Entgeltkontrolle faktisch ausgehebelt. Im ex-ante-Entgeltgenehmigungsverfahren müsste eine solche Entgeltkontrolle am Offenkundigkeitsprinzip scheitern. Zu einem ex-post-Überprüfungsverfahren würde es nicht kommen.

Dass an die Tatbestandsvoraussetzung der „Tatsache“ keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen, folgt im Übrigen aus der Natur der Sache, dass das Verfahren der Überprüfung eines Entgelts dem Zweck dienen soll, einen etwaigen Verstoß gegen die betreffenden Entgeltmaßstäbe des Postgesetzes zu ermitteln. Dieser Zweck würde konterkariert, wenn das Überprüfungsverfahren erst dann einzuleiten wäre, wenn der zu ermittelnde Rechtsverstoß bereits nahezu sicher feststünde.

Vor diesem Hintergrund wird die BNetzA sich zeitnah in erster Linie mit den Endkundenentgelten zu befassen haben, die die Tochtergesellschaften der DPAG für die von jenen erbrachten Eigenkonsolidierungsleistungen verlangen. Dabei wird sie insbesondere die so genannte „handling fee“ in den Blick zu nehmen haben, die die Tochtergesellschaften der DPAG – kalkulatorisch betrachtet – für die von ihnen vor der Inanspruchnahme von Teilleistungen der DPAG erbrachten Eigenleistungen verlangen.

---

<sup>117</sup> BNetzA, Beschl. v. 23.04.2021 – BK5-1/005.

<sup>118</sup> BNetzA, a.a.O., S. 20 ff.



Die BNetzA wird dabei, wie ausgeführt, zu berücksichtigen haben, dass die angemessene Gewinnmarge im Sinne des § 20 Abs. 4 PostG in einer Weise zu bestimmen ist, die die Wettbewerbsmöglichkeiten aller Wettbewerber der marktbeherrschenden Dienstleister schützt und fördert. Soweit dies die Beibehaltung der allgemein geltenden Entgelte für die Zugangsleistung gebietet, ist der PKS durch einen Aufschlag auf die Endkundenentgelte der marktbeherrschenden Unternehmen zu begegnen.

In jedem Fall wird die Behörde eine Marktanalyse vornehmen müssen, die es ihr ermöglicht, die Wettbewerber und deren Geschäftsmodelle zu identifizieren und zu kategorisieren. Auf dieser Grundlage wird die Behörde die maßgeblichen Kostensituationen zu bewerten und die Gewinnmargen zu ermitteln haben, die es den jeweiligen Wettbewerbergruppen ermöglichen, effektiven Wettbewerb gegenüber den marktbeherrschenden Unternehmen zu leisten. Auf diese Weise wird die Preiskonsistenz gewährleistet, die § 20 Abs. 4 PostG bezweckt.

## **II. Kein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbares Regulierungsermessen der BNetzA im Rahmen der Bestimmung und Anwendung von Bezugsgrößen für Preis-Kosten-Scheren**

Soweit die Verwaltungsgerichte über die Anwendung des PKS-Tatbestands des § 20 Abs. 4 PostG zu befinden haben werden, werden sie der BNetzA kein nur eingeschränkt überprüfbares Regulierungsermessen hinsichtlich der Bestimmung und Anwendung der Bezugsgrößen für PKS zuzusprechen haben.

Weder dem Wortlaut noch der Begründung des Gesetzes ist eine derartige Kompetenzzuweisung an die Behörde zu entnehmen. In einzelnen Hinsichten mögen der Behörde – gleichwohl justiziable – Beurteilungsprärogativen zustehen. Für ein darüber hinaus gehendes Regulierungsermessen bedürfte es jedoch vor dem Hintergrund des Gebots effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) normativer Regelungen, in denen ein Letztentscheidungsrecht der BNetzA erkennbar angelegt ist.<sup>119</sup> § 20 Abs. 4 PostG ist keine solche Regelung.

## **G. Fazit**

Der deutsche Gesetzgeber ist dem EU-primärrechtlichen (sektorenübergreifenden) PKS-Überwachungsauftrag, der auch die sektorspezifischen Regulierungsaufgaben der Mitgliedstaaten prägt, nun mit seiner Kodifikation der PKS-Missbrauchsvermutung in § 20 Abs. 4 PostG nachgekommen.

---

<sup>119</sup> Vgl. zu § 31 TKG: BVerwG, Urt. v. 30.05.2018 – 6 C.4.17, N&R 2018, 307, 309.

Jetzt liegt die Regulierungsaufgabe bei der BNetzA, aufgrund von § 20 Abs. 4 PostG und dem in ständiger Rechtsprechung des EuGH formulierten PKS-Überwachungsauftrag entsprechend an die besondere Verantwortung des marktbeherrschenden Unternehmens zur Gewährleistung auskömmlicher Wettbewerbermargen anzuknüpfen.

Besonders wichtig ist dabei die Bildung von realistischen Effizienzmaßstäben für Wettbewerber im Rahmen der Bestimmung und Anwendung der PKS-Bezugsgrößen zur Herstellung funktionsfähigen Wettbewerbs (§ 1 PostG: „zu fördern“). Schließlich gilt es, den Wettbewerbern, die der – aus dem ehemaligen staatlichen Monopol ausgebauten – überragenden Marktmacht der DPAG mit ihren unerreichbaren Skalen- und Verbundvorteilen ausgesetzt sind, eine Brücke in den funktionsfähigen Wettbewerb zu bauen.