

Christian Koenig / Christopher Hasenkamp, Bonn

Die Vorgaben des Diskriminierungsverbotes und des Gebotes der Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren für die Entgeltgestaltung des Marktbeherrschers im Postsektor

Die Vorgaben für die Entgeltgestaltung des Marktbeherrschers im Postsektor ergeben sich für Briefdienste ab einer Sendungsmenge von 50 Stück sowie für den Teilleistungszugang maßgeblich aus § 20 Abs. 2 des Postgesetzes (PostG). Bereits der Wortlaut der entgeltbezogenen Missbrauchstatbestände des § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG ist an die Systematik der allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Tatbestände des Preishöhenmissbrauchs, des Behinderungsmisbrauchs und des Diskriminierungsmisbrauchs angelehnt. Darüber hinaus bedürfen die gesetzgeberischen Ziele der Marktöffnung, Förderung und Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs (§§ 1, 2 Abs. 2 Nr. 2 PostG) stets besonderer Berücksichtigung. Insoweit sind die entgeltbezogenen Missbrauchstatbestände des PostG an dieser teleologischen Ausrichtung auszulegen. Der Entgeltgestaltung des Marktbeherrschers sind daher regulatorische Grenzen gesetzt.

I. Einführung

Die Deutsche Post AG (DPAG) ist mit ca. 90% Marktanteil¹⁾ Marktbeherrscher auf dem deutschen Markt für die Beförderung von Briefen. Sie bietet ihre Briefdienstleistungen sowohl für Privatpersonen wie für Geschäftskunden an. Einem großen Anteil ihrer Geschäftskunden gewährt die DPAG Preisermäßigungen aufgrund hoher Einlieferungsmengen (1.000 und mehr Sendungen pro Monat)²⁾. Die Höhe dieser Rabatte wird von der DPAG nicht öffentlich mitgeteilt.

Geschäftskunden und Konsolidierer, die die Briefsendungen mehrerer Einlieferer zusammenfügen, sowie Wettbewerber der DPAG können von dem Teilleistungsangebot der DPAG Gebrauch machen. Unter der Voraussetzung, dass eine bestimmte Anzahl von Sendungen nach Zielregionen sortiert an einem Briefzentrum der DPAG eingeliefert wird, gewährt die DPAG auf das Porto einen Rabatt. Der erreichbare Rabatt beträgt bei Einlieferung am Briefzentrum des Abgangsortes

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M. (LSE) ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn; Christopher Hasenkamp, LL.M. (MERNI) ist ebendort wissenschaftlicher Mitarbeiter. Die Abhandlung beruht auch auf einem Rechtsgutachten.

1) Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2009, S. 142 f.

2) WIK Consult, Nachfrage nach Postdienstleistungen von Geschäftskunden, März 2009, S. 57.

(BZA) 35% und bei Einlieferung am Briefzentrum in der Zielregion (BZE) 38%. Unter Zugrundelegung des genehmigten Portos für einen Standardbrief i.H.v. 55 Cent beträgt das Teilleistungsentgelt BZA somit 35,75 Cent netto und im Falle der BZE-Einlieferung 34,1 Cent netto. Da es sich insoweit um Entgelte handelt, die von den allgemein gültigen Entgelten abweichen, unterliegen die Teilleistungsentgelte der Umsatzsteuer, nach Auffassung der Bundesnetzagentur jedoch nicht der Ex-ante-Entgeltkontrolle.

Insbesondere bis zum Aufbau flächendeckender eigener Zustellnetze sind Wettbewerber zunächst auf den Teilleistungszugang des Marktbeherrschers angewiesen. Briefe für Regionen außerhalb des eigenen Netzes übergeben die Wettbewerber in der Regel der DPAG im Rahmen des Teilleistungszugangs zur Zustellung. Damit hat das Verhältnis von Teilleistungsentgelt und den ihren Geschäftskunden gewährten Endkundenentgelten der DPAG entscheidende Bedeutung für die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Briefdienstleister. Im End-to-End-Wettbewerb mit der DPAG können diese nur dann bestehen, wenn sie preislich mit deren Angeboten für Geschäftskunden mithalten können.

II. Vorgaben für die Entgeltgestaltung des Marktbeherrschers

Die Bedeutung der Entgeltbemessung wirft die Frage nach den Grenzen auf, die dem Marktbeherrscher insbesondere durch das Diskriminierungsverbot sowie das Behinderungsmissbrauchsverbot nach § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 PostG bei der Gestaltung von nicht ex-ante regulierten Entgelten gesetzt sind. Diese sollen im Folgenden untersucht werden. Dabei bietet die Betrachtung der Maßstäbe für Teilleistungsentgelte eine gute Grundlage für die Missbrauchsüberprüfung der Entgelte des Marktbeherrschers insgesamt.

1. Entgelte für den Teilleistungszugang gem. § 28 Abs. 1 Satz 1 PostG

Die Pflicht des Marktbeherrschers zum Angebot von Teilleistungen (§ 28 Abs. 1 Satz 1 PostG) besteht gem. § 28 Abs. 1 Satz 2 PostG ausdrücklich auch gegenüber Wettbewerbern, die selbst Anbieter von Postdienstleistungen sind³⁾. Damit zielt die Norm darauf ab, Wettbewerbern den Zugang zum „Netz“ des marktbeherrschenden Lizenznehmers zu ermöglichen⁴⁾. Der Gesetzgeber verfolgte darüber hinaus mit der Einführung der Teilleistungsverpflichtung im Sinne eines *asymmetrischen* Regulierungsansatzes die erklärte Absicht⁵⁾, eine arbeitsteilige Erbringung von Postdienstleistungen zu fördern, mithin also zur Entwicklung wettbewerblicher Strukturen Betätigungsfelder für die den Teilleistungszugang nutzenden Vorleistungserbringer und für Wettbewerber des Marktbeherrschers zu eröffnen. Die Weite des richtlinienrechtlichen Zugangsbegriffs unterstreicht diesen asymmetrischen Regulierungsansatz: So sieht Art. 11a Satz 1 der Richtlinie 2008/6/EG⁶⁾ einen weit über den Teilleistungszugang hinausgehenden Zugang zu Komponenten der postalischen Infrastruktur oder Diensten wie etwa Hausbriefkästen, Umzugs- oder Adressdatenbanken vor⁷⁾.

a) Die Entgeltmaßstäbe des § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG

Die Maßstäbe des § 20 Abs. 2 PostG geben sowohl im ex-ante als auch im ex-post regulierten Bereich spezialgesetzlich den Rahmen vor, in dem sich der Markt-

3) Vgl. Gerstner, in: Beck'scher PostG Kommentar, 2. Aufl. 2004, § 28 Rdn. 1.

4) Anders als § 30 Abs. 5 TKG enthält § 28 PostG keine Sonderregelung für die Einlieferung zu Großhandelsbedingungen, die Dritten den Weitervertrieb im eigenen Namen und auf eigene Rechnung ermöglichen sollen. Insbesondere ist kein Abschlag auf den Endnutzerpreis vorgesehen. In der Praxis sehen die veröffentlichten Entgelte für Teilleistungen der DPAG daher identische Preise für (große) Endkunden wie für Wettbewerber vor. Das Fehlen eines Abschlags auf den Endnutzerpreis ist nicht Gegenstand dieser Abhandlung.

5) BT-Drs. 13/7774, S. 27.

6) Richtlinie 2008/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 2. 2008 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die Vollendung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft.

7) Das auf Postfachanlagen und Adressänderungen beschränkte Zugangsregime des § 29 PostG setzt diese Vorgaben indes nur unzureichend um.

beherrscher bei der Gestaltung seiner Entgelte bewegen muss, und finden damit auch auf die Teilleistungsentgelte Anwendung. Gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG dürfen die Entgelte nach Nr. 1 keine Aufschläge enthalten, die der Anbieter nur aufgrund seiner marktbeherrschenden Stellung durchsetzen kann, nach Nr. 2 keine Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen, und nach Nr. 3 einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einräumen, wenn hierfür keine rechtliche Verpflichtung oder ein sonstiger sachlich gerechtfertigter Grund nachgewiesen wird.

Die materiellen Kriterien der Entgeltüberprüfungsmaßstäbe nach § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG sollen den Beurteilungsmaßstäben des allgemeinen Wettbewerbsrechts im Wesentlichen entsprechen⁸⁾, was bereits aus dem Wortlaut von § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG deutlich wird, der sich an die Systematik des Preishöhenmissbrauchs, des Behinderungsmisbrauchs und des Diskriminierungsmisbrauchs anlehnt⁹⁾. Über die Beurteilungsmaßstäbe des Wettbewerbsrechts hinaus bedarf das grundlegende Ziel der Marktöffnung¹⁰⁾ bei Auslegung und Anwendung der Entgeltbemessungsvorgaben des § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG stets besonderer Berücksichtigung. Insoweit sind die entgeltbezogenen Missbrauchstatbestände weiter als im allgemeinen Wettbewerbsrecht (Art. 102 AEUV, §§ 19 Abs. 4 Nr. 1 – 3, 20 Abs. 1 GWB) an dieser teleologischen Ausrichtung und damit, falls erforderlich, *asymmetrisch* zwecks Marktöffnung und Herstellung funktionsfähigen Wettbewerbs auszulegen. Dies folgt dem *effet utile* der Postrichtlinie 2008/6/EG; insbesondere etwa Art. 12 *tit.* 5, wo geregelt ist, dass sowohl Tarife als auch Bedingungen für die Teilleistungsnutzung transparent und diskriminierungsfrei ausnahmslos gegenüber allen Nutzern – einschließlich anderer Briefdienstleister – zur Anwendung kommen müssen.

Im Verhältnis zu den Wettbewerbern stehen – wie im jüngst abgeschlossenen Missbrauchsverfahren wegen Teilleistungsrabatten¹¹⁾ – die in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 und 3 PostG genannten Gesichtspunkte der unzulässigen Abschläge und der Diskriminierung im Vordergrund.

b) Verbot des Behinderungsmisbrauchs (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG)

Nach dieser Vorschrift dürfen die Entgelte des Marktbeherrschers keine Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt für Postdienstleistungen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen. Der Wortlaut lehnt sich damit eng an die Tatbestände des Behinderungsmisbrauchs im Sinne von § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB bzw. Art. 102 Abs. 1 AEUV an¹²⁾.

Für die Teilleistungsentgelte bedeutet dies, dass sich die Teilleistungsrabatte maßgeblich an den durch die Vorleistung des Teilleistungsnachfragers realisierten Kosteneinsparungen orientieren müssen. Die Teilleistungsentgelte dürfen insbesondere die durch die Bereitstellung der Teilleistung entstehenden Kosten einschließlich der angemessen zu berücksichtigenden „anteiligen Kosten der gesamten Beförderungskette“ (§ 28 Abs. 2 Satz 3 PostG) nicht unterschreiten.

Dieser teilleistungsbezogene Maßstab aus § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG entspricht den sektorspezifischen Zielen und asymmetrischen Regulierungsansätzen zur Marktöffnung und Wettbewerbsherstellung zugunsten der Marktnewcomer im Wettbewerb für End-to-End-Briefdienstleistungen. Deren Wettbewerbschancen würden durch darüber hinausgehende Teilleistungsrabatt Höhen zugunsten der Geschäftskunden aufgehoben, führten diese doch für die End-to-End-Zustel-

8) Vgl. BT-Drs. 13/7774, S. 24.

9) *Sedemund*, in: Beck'scher PostG Kommentar, 2. Aufl. 2004, § 20 Rdn. 1.

10) Vgl. BT-Drs. 13/7774, S. 24.

11) Az. der Bundesnetzagentur: BK 5b-10/013.

12) *Sedemund*, a.a.O. (Fn. 9), § 20 Rdn. 86.

ler zu einem Preisdruck, in dem sie nicht bestehen können und der ultimativ ihr Ausscheiden aus dem Markt zur Folge hätte bzw. Marktneueintritte verhindern würde. Durch eine unangemessene Teilleistungsrabathöhe würde beispielsweise für Großversender ein erheblicher Anreiz entstehen, ggf. durch Einschaltung von Konsolidierern, den Teilleistungszugang der DPAG zu nutzen, anstatt End-to-End-Zustelleistungen in Anspruch zu nehmen. Teilleistungsrabathöhen, die dem Maßstab des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG nicht entsprechen, haben damit den Effekt einer missbräuchlichen Marktverschließung.

c) Diskriminierungsverbot (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 PostG)

Bereits nach allgemeinem Wettbewerbsrecht (Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV) ist die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden, als missbräuchlich zu qualifizieren. Eine Diskriminierung liegt allgemein vor, wenn wesentlich Gleiches ohne sachlich gerechtfertigten Grund ungleich oder wesentlich Ungleiches ohne sachlich gerechtfertigten Grund gleich behandelt wird¹³). Tertium der Gleichbehandlung ist dabei insbesondere die Kostenstruktur (etwa in Bezug auf Skaleneffekte) der erbrachten Leistungen.

In der postentgeltrechtlichen Ausprägung des Diskriminierungsverbotes in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 PostG bedeutet dies, dass maßgeblich auf die Gleichartigkeit der Nachfrager hinsichtlich der Kostenstruktur der nachgefragten Postdienstleistungen abzustellen ist¹⁴). Sofern sich deren Nachfrage nach Teilleistungen als gleichartig darstellt (etwa hinsichtlich eingelieferter Sendungsart und -menge), sind sie nach dem Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 PostG in Bezug auf die Teilleistungsentgelte gleich zu behandeln. Dies dient der gesetzgeberischen Intention, mit der Teilleistungsverpflichtung die arbeitsteilige Erbringung von Postdienstleistungen zu fördern sowie sicherzustellen, „da[ss] die Verpflichtung zum Angebot von Teilleistungen nicht durch preispolitische Maßnahmen konterkariert wird.“¹⁵)

Dabei gebietet die Auslegung von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 PostG im Lichte des Diskriminierungsverbotes des allgemeinen Wettbewerbsrechtes eine Gleichbehandlung der Teilleistungskunden mit Tochterunternehmen des Marktbeherrschers. So ist es Ziel des Tatbestandes des Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV, zu verhindern, dass marktbeherrschende Unternehmen durch wettbewerblich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlungen ihrer Handelspartner Eingriffe in die Marktstrukturen vor- oder nachgelagerter Marktstufen vornehmen, die Wettbewerbsverfälschungen hervorrufen, durch welche einzelne Handelspartner benachteiligt werden¹⁶). Unter den Begriff der „Handelspartner“ fallen damit andere Unternehmen, die im Verhältnis zum Marktbeherrscher auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem in geschäftlichem Kontakt sind¹⁷), wozu auch eigene Tochterunternehmen oder andere verbundene Unternehmen gehören können¹⁸).

Diese allgemeine Schutzrichtung muss erst recht das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 PostG hinsichtlich der Teilleistungsentgelte verfolgen. Zweck des Postgesetzes ist es, den Wettbewerb im Bereich des Postwesens zu fördern (§ 1 PostG). Die Marktöffnung zur Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf den Märkten des Postwesens (§ 2 Abs. 2

13) EuGH, Urt. v. 3. 7. 1991, Rs. C-62/86, AKZO, Slg. 1991, S. I-3359, Rdn. 120.

14) So grundsätzlich auch Sedemund, a.a.O. (Fn. 9), § 20 Rdn. 108, 118.

15) BT-Drs. 13/7774, S. 27. Darüber hinaus gibt auch Art. 12 tir. 5 der Postrichtlinie 2008/06/EG ein weitreichendes Gleichbehandlungsgebot vor.

16) Vgl. Möschel, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: EG, 4. Aufl. 2007, Art. 102 Rdn. 257.

17) Möschel, a.a.O. (Fn. 16), Art. 102 Rdn. 257.

18) Vgl. Kommission, Entscheidung v. 23. 10. 2001 – La Poste/Postvorbereiter, ABL EG 2002 Nr. L 120, S. 19, Rdn. 63.

Nr. 2 PostG) erfordert einen Teilleistungszugang, der zu nichtdiskriminierenden Entgeltbedingungen gewährt wird und damit eine Gleichbehandlung von konzernexternen und konzerninternen Teilleistungsnachfragern gebietet.

Schließlich hat die Bundesnetzagentur das Überprüfungsverfahren betreffend die zum 1. 7. 2010 erfolgte Absenkung der Teilleistungsentgelte der DPAG¹⁹⁾ gerade auch deshalb eingestellt, „weil die Rabatte allen Teilleistungskunden – und damit auch Wettbewerbern der DPAG und Konsolidierern – in gleicher Höhe sowie unter gleichen Voraussetzungen gewährt werden.“²⁰⁾

Das Diskriminierungsverbot des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 PostG geht damit weit über die Diskriminierungsverbote des allgemeinen Wettbewerbsrechts (§§ 19 Abs. 4 Nr. 3, 20 Abs. 1 GWB bzw. Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV) hinaus. Innerhalb in Bezug auf ihre Nachfrage vergleichbarer Abnehmergruppen schreibt § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 PostG im Sinne der gebotenen weiten Auslegung insoweit eine rechnerische Gleichbehandlung vor, als die Rabattstaffel für Teilleistungen einheitlich auf sämtliche Abnehmer anzuwenden ist²¹⁾, ohne abweichende individuelle Teilleistungsentgelte zu gestatten. Auch hier bewährt sich wiederum der asymmetrische Regulierungsansatz in § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 PostG in Verbindung mit § 28 Abs. 1 PostG, der das marktbeherrschende und vertikal integrierte Unternehmen auf strengere Gleichbehandlungsmaßstäbe als das allgemeine Wettbewerbsrecht verpflichtet.

2. Entgelte für Postdienstleistungen im nicht ex-ante regulierten Bereich

§ 20 Abs. 2 PostG ist der allgemeine Maßstab für die Entgeltgestaltung des Marktbeherrschers für Postdienstleistungen, und damit auch für solche, die nach § 19 Satz 2 PostG nicht der Ex-ante-Regulierung unterliegen²²⁾. Die Vorgaben des § 20 Abs. 2 PostG sind demnach von der DPAG etwa bei individual-vertraglichen Entgeltabreden mit Großversendern oder gegenüber öffentlichen Auftraggebern im Rahmen von durch Ausschreibungen vergebenen Aufträgen für Postdienstleistungen einzuhalten. Insbesondere mit Blick auf mögliche Angebote der DPAG-Konzerngesellschaften Williams Lea und First Mail, die für die Abholung und Zustellung für Geschäftskunden niedrigere Entgelte als die Konzernmutter selbst verlangen, sowie bezüglich der von der DPAG selbst gewährten Rabatte für Großversender stellt sich die Frage nach der Reichweite des Behinderungsmissbrauchsverbotes des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG.

a) Geltung für Konzerntöchter der DPAG

Zunächst ist festzuhalten, dass die Missbrauchsverbote des § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG auch für die Entgeltgestaltung der Konzerngesellschaften der DPAG gelten, insbesondere für Williams Lea und First Mail als 100%ige Tochtergesellschaften der DPAG. Andernfalls würde das gesetzgeberische Ziel der Marktöffnung durch die Möglichkeit einer formal-gesellschaftsrechtlichen Umgehung konterkariert: Wären Tochterunternehmen nicht an die entgeltbezogenen Missbrauchsverbote gebunden, könnte die DPAG über die Preispolitik ihrer Konzerntöchter gezielt die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf den Märkten für Postdienstleistungen beeinträchtigen. So wäre Konzerntöchtern etwa die Möglichkeit eröffnet, durch nicht kostendeckende End-to-End-Briefbeförderungsangebote stets die Angebote von Wettbewerbern zu unterbieten. Aufgrund von Gewinnabführungsverträgen, mit denen sich die DPAG konzernrechtlich (vgl. § 302 Abs. 1 AktG) zum Ausgleich der Verluste ihrer Tochtergesellschaften verpflichtet, wäre diesen in Bezug auf eine solche wettbewerbsfeindliche Preispolitik zudem

19) Bundesnetzagentur, BK 5b-10/013, v. 15. 9. 2010.

20) Bundesnetzagentur, a.a.O. (Fn. 19), S. 16.

21) Vgl. insoweit auch Sedemund, a.a.O. (Fn. 9), § 20 Rdn. 118.

22) Lübbig, in: Beck'scher PostG Kommentar, 2. Aufl. 2004, § 25 Rdn. 7.

wirtschaftlich keine Grenze gesetzt. Gleiches gilt für über Tochtergesellschaften angebotene Konsolidierungs- und sonstige Vorleistungen. Wettbewerbsmöglichkeiten für solche Dienstleistungen anbietende Unternehmen verblieben dann nicht mehr. Die Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs gebietet es folglich, dass die entgeltbezogenen Missbrauchsverbote des § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG erst recht auch Maßstab sind für die Entgeltgestaltung der Konzerntöchter der DPAG.

b) Missbräuchliche Preis-Kosten-Scheren

Als Behinderungsmissbrauchstatbestand von der wettbewerbsrechtlichen Missbrauchaufsichtspraxis anerkannt ist das Herbeiführen einer sog. Preis-Kosten-Schere zulasten der Zugangspetenten durch das zugangsgewährende marktbeherrschende Unternehmen. Eine Preis-Kosten-Schere liegt allgemein dann vor, wenn das Verhältnis zwischen Vorleistungs- und Endkundenpreisen es verhindert, dass ein potentieller Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Endkundenmarkt tätig werden kann²³). Eine im Sinne von Art. 102 AEUV missbräuchliche Preis-Kosten-Schere ist dabei einschlägig, wenn die Vorleistungspreise die Endkundenpreise übersteigen oder die Vorleistungspreise nur geringfügig niedriger sind als die Endkundenpreise²⁴). Der Preisunterschied ist jedenfalls dann zu geringfügig, wenn die Differenz zur Deckung der Kosten für die Erbringung der Endkundendienste inklusive der marktangemessenen Kapitalkosten nicht ausreicht (Margenbeschneidung)²⁵).

Die Unionsgerichte haben die Pflicht zur Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren eines marktbeherrschenden (vertikal integrierten) Unternehmens, welches sowohl auf Endkundenmärkten als auch auf diesen vorgelagerten Teil- bzw. Vorleistungsmärkten als Anbieter agiert, im Bereich der regulierten Netzwirtschaften ausdrücklich anerkannt²⁶). Die Urteile des EuGH vom 14. 10. 2010 in der Rs. C-280/08 P („*Deutsche Telekom AG*“), welches das erstinstanzliche Urteil des EuG bestätigt, sowie vom 17. 2. 2011 in der Rs. C-52/09 („*TeliaSonera*“) sind im Hinblick auf die Begründung eines Preis-Kosten-Scheren-Vermeidungsgebotes, das der EuGH sogar aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht nach Art. 102 AEUV abgeleitet hat, im besonderen Maße und a fortiori im Rahmen der an den sektorspezifischen Zielen des Postgesetzes (§§ 1, 2 Abs. 2 Nr. 2) ausgerichteten Auslegung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG heranzuziehen. Die zur Erreichung des Gesetzeszweckes der Wettbewerbsförderung erforderliche Sicherstellung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs setzt voraus, dass die mit dem Teilleistungszugang eröffneten Wettbewerbschancen für Wettbewerber der DPAG nicht aufgrund von durch die Entgeltgestaltung des Marktbeherrschers hervorgerufenen Preis-Kosten-Scheren konterkariert werden.

Bietet die DPAG Großversendern Briefdienstleistungen zu Entgelten an, welche die ihren Wettbewerbern durch Rabatte auf die genehmigten Standardporti gewährten Teilleistungsentgelte unterschreiten, werden den den Teilleistungszugang nutzenden Konkurrenten die Wettbewerbsmöglichkeiten entzogen. Das gleiche gilt, wenn Konzerngesellschaften der DPAG, wie beispielsweise Williams Lea, Komplettangebote machen, die nicht die Summe aus Eigenleistungskosten und Teilleistungsentgelten umfassen.

23) Siehe nur EuG, Urt. v. 19. 11. 2009, Rs. T-5/97, *Industrie des poudres sphériques*, Slg. 2000, S. II-3755, Rdn. 178; *Kommission*, Entscheidung v. 21. 05. 2003 – *Deutsche Telekom AG*, ABL.EU 2003 Nr. L 263, S. 9, Rdn. 102.

24) „Vorleistungspreise“ i. S. der Terminologie der Rechtsprechung zur Preis-Kosten-Schere sind hier die vom Marktbeherrscher für den Zugang zu Teilleistungen verlangten sog. Teilleistungsentgelte.

25) Vgl. *Kommission*, Entscheidung v. 21. 5. 2003, *Deutsche Telekom AG*, a.a.O. (Fn. 23), Rdn. 107.

26) EuG, Urt. v. 10. 4. 2008, Rs. T-271/03, *Deutsche Telekom AG*, Slg. 2008, S. II-477; bestätigt im Rechtsmittelverfahren durch EuGH, Urt. v. 14. 10. 2010, Rs. C-280/08 P (noch nicht in amt. Slg.); ferner EuGH, Urt. v. 17. 2. 2011, Rs. C-52/09, *TeliaSonera* (noch nicht in amt. Slg.).

Gegenüber dem der zitierten Deutsche Telekom-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt verfügt die DPAG bei der Gestaltung ihrer Teilleistungs- und Endkundenentgelte über einen deutlich erweiterten Handlungsspielraum. Anders als die nach § 19 Satz 1 PostG genehmigungspflichtigen, Price-Cap-regulierten Standardporti unterliegen aktuell sowohl Teilleistungsentgelte als auch die Großversendern gewährten Endkundenentgelte der DPAG gem. § 19 Satz 2 PostG nicht einer Ex-ante-Genehmigungspflicht. Ihren sich aus dem geringen regulierungsbehördlichen Interventionsgrad ergebenden größeren Entgeltbemessungsspielraum muss die DPAG gem. § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG zur Vermeidung missbräuchlicher Preis-Kosten-Scheren nutzen.

Angebote der DPAG oder ihrer Tochtergesellschaften für Großversender, die für die Abholung und Zustellung eines Standardbriefes unter der Summe von Teilleistungsentgelt und dem Wert der Vorleistung liegen, verstoßen demnach gegen den Entgeltmaßstab des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG. Denn ein solcher Endkundenpreis ermöglichte es einem Wettbewerber, der ebenso effizient wie die DPAG ist, nicht, die mit der Vorleistung verbundenen Kosten auf seine Endkundenpreise umzulegen. Für die Nutzung des Teilleistungszugangs entstehen Kosten von mindestens 34,1 Cent netto (Einlieferung BZE) bzw. 35,75 Cent netto (Einlieferung BZA). Für die Vorleistungen (Abholung, Sortierung und Einlieferung bei BZA/BZE, Freimachung und Abrechnung gegenüber der DPAG) werden von den Konsolidierern über alle Sendungskategorien hinweg durchschnittlich 11 bis 15 Cent pro Brief berechnet²⁷⁾. Bei Zugrundelegung besonders günstiger Sendungsstrukturen können wettbewerbsübliche Kosten der Vorleistungen i. H. von 8 Cent unterstellt werden. Ausgehend von Kosten für die Vorleistungen i. H. von mindestens 8 Cent sowie einem mittleren Teilleistungsentgelt von 35 Cent würden sich somit die Kosten für einen Standardbrief auf mindestens 43 Cent netto (ohne USt) bzw. 51 Cent brutto (mit USt.) belaufen.

Auch wenn bei der Anwendung des von der Rechtsprechung zugrunde gelegten Kriteriums des „ebenso effizienten Wettbewerbers“ grundsätzlich auf die Entgelte und Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens und nicht auf die spezifische Lage seiner Wettbewerber abzustellen ist²⁸⁾ und insoweit zugunsten der DPAG unterstellt wird, dass sie etwa aufgrund von Skaleneffekten die Vorleistungen effizienter und damit zu geringeren Kosten als 11 Cent pro Brief erbringen könnte²⁹⁾, so müssen doch die nicht duplizierbaren Vorteile der vertikalen Integration eines ehemaligen Staatsmonopols im Wege der regulatorischen Interpolation maßgeblich berücksichtigt werden. Andernfalls würde das Gebot der Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren seiner praktischen Wirksamkeit beraubt.

Eine Rabattpolitik der DPAG oder ihrer Tochtergesellschaften, die für die Beförderung eines Standardbriefes von der Abholung bis zur Zustellung Preise von weniger als 43 Cent netto je Standardbrief vorsieht, führte dazu, Wettbewerber vom Markt zu verdrängen. Müsste die DPAG ihre eigenen Entgelte für den Teilleistungszugang zahlen, wäre sie nicht in der Lage, ihre niedrigen Endkundenentgelte ohne Verluste anzubieten. Eine solche negative Spanne zwischen Teilleistungsentgelten zuzüglich Vorleistungskosten auf der einen und Endkundenentgelten auf der anderen Seite begründet damit deren Missbräuchlichkeit im Sinne von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG. Ihren Entgeltbemessungsspielraum nutzt die

27) Bundesnetzagentur, Zwölfte Marktuntersuchung, S. 23. Die statistischen Werte geben Durchschnittszahlen wieder. Die tatsächlichen Preise für die Vorleistungen können davon abweichen, insbesondere wenn es sich um Großeinlieferungen handelt.

28) Vgl. EuG, Urt. v. 10. 4. 2008, Rs. T-271/03, a.a.O. (Fn. 26), *Deutsche Telekom AG*, Rdn. 237 u.a.

29) Gegen eine solche Unterstellung spricht bereits die von der Bundesnetzagentur in der ersten Teilleistungsentscheidung (BK 5 b-00/076) vorgenommene Ermittlung der eingesparten Kosten für das Einsammeln und die Vorsortierung. Basierend auf den von der DPAG selbst vorgelegten Unterlagen hat sie den Wert der eingesparten Vorleistungen mit durchschnittlich 22% des Vollentgeltes, entsprechend 12,1 Cent, ermittelt.

DPAG dann nicht zur Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren, sondern gerade dazu, die Entwicklung des Wettbewerbs zu behindern.

Die von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG umfasste Verpflichtung zur Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren begrenzt folglich im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte die Größenordnung der Großversendern von der DPAG gewährten Rabatte nach oben.

c) Missbräuchliche Kampfpreise

Als Fallgruppe eines Behinderungsmissbrauchs sind im Rahmen des bei der Auslegung des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG grundsätzlich heranzuziehenden allgemeinen Wettbewerbsrechts zudem missbräuchliche Kampfpreise anerkannt, also Preise, die unter den (variablen) Herstellungskosten eines Produktes liegen³⁰). Das einzige denkbare Interesse eines Unternehmens an einer solchen Preisstrategie ist die Verdrängung von Wettbewerbern oder die Verhinderung des Markteintritts eines neuen Wettbewerbers³¹).

Die Maßstäbe des Kampfpreisverbotes sind im Rahmen des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG auf die DPAG und insbesondere ihre Tochtergesellschaften Williams Lea und First Mail anzulegen. Bietet etwa First Mail zu Preisen von weniger als 43 Cent netto die Abholung beim Kunden sowie die bundesweite Zustellung von Standardbriefen an, ermöglicht diese Preispolitik keine Kostendeckung. Denn mangels bundesweiter eigener Zustellnetze übergibt First Mail nicht selbst zugestellte Briefe der DPAG im Rahmen des Teilleistungszugangs zur Zustellung, wofür für 20 g-Briefe Kosten in Höhe des mittleren Teilleistungsentgeltes von 35 Cent netto anfallen. Wenn Briefe mit einem Gewicht oberhalb von 20 g eingeliefert werden, liegt das Teilleistungsentgelt entsprechend der nächsten Gewichtsstufe deutlich höher. Darüber hinaus beinhalten die Preise von First Mail bei einer Mindestsendungsmenge von 50 Stück auch die Abholung beim Versender, wodurch zusätzliche Kosten entstehen; Konsolidierer brauchen für eine solche Vorleistung eine Vergütung, die durchschnittlich bei 11 Cent bis 15 Cent pro Brief liegt³²). Zudem gelten die Angebote von First Mail für die bundesweite Zustellung eines Standardbriefes ohne Gewichtsbeschränkung. Angebote, die für die Abholung und bundesweite Zustellung eines Standardbriefes bei weniger als 46 Cent netto je Standardbrief liegen, sind daher wettbewerbsrechtlich problematisch und decken unterhalb von 43 Cent auch unter günstigsten Voraussetzungen nicht die durchschnittlichen variablen Kosten der Dienstleistung, da sie allenfalls die Kosten des genutzten Teilleistungszugangs, nicht jedoch die Kosten der von dem Angebot umfassten Vorleistungen vollständig abbilden. Für sie gilt damit die wettbewerbsrechtliche Vermutung der Verdrängungsabsicht – und damit auch der Missbräuchlichkeit.

Gleiches gilt für von Tochtergesellschaften der DPAG wie Williams Lea angebotene Konsolidierungs- und sonstige Vorleistungen. Decken deren Entgelte nicht die mit diesen Dienstleistungen verbundenen spezifischen variablen Kosten, so ist von einer gezielten Kampfpreisunterbietung auszugehen, die der Verdrängung von auf den Märkten für diese Postdienst- bzw. -vorleistungen konkurrierenden Unternehmen dient.

Allgemein sind der DPAG durch das Verbot eines Missbrauchs in Form einer gezielten Kampfpreisunterbietung damit bei ihrer Entgeltgestaltung enge Grenzen gesetzt. Erreichen die auf die Standardporti gewährten Rabatte eine Höhe, die nicht mehr den – insbesondere aufgrund der hohen Sendungsmenge – realisierten, produktspezifischen Kosteneinsparungen entspricht und zu Entgelten unter

30) *Kommission*, Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 EG auf Fälle von Behinderungsmissbrauch, ABLEU 2009 Nr. C 45, S. 7, Rdn. 63.

31) Vgl. nur EuG, Urt. v. 6. 10. 1992, Rs. T-83/91, *Tetra Pak*, Slg. 1994, S. II-755, Rdn. 151, 171.

32) *Bundesnetzagentur*, Zwölfte Marktuntersuchung, S. 23; im Einzelfall liegt diese nicht unter 7 Cent.

den spezifischen durchschnittlichen variablen Kosten der Postdienstleistung führt, verstoßen diese gegen das entgeltbezogene Missbrauchsverbot des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG.

d) Missbräuchliche Rabattsysteme

Nicht nur hinsichtlich seiner Preisgestaltung in Bezug auf die jeweils gewährte Entgelt- bzw. Rabatthöhe, sondern auch bei der Gestaltung von Rabattsystemen muss der Marktbeherrscher die sich aus § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG ergebenden Maßstäbe einhalten.

Gewährt die marktbeherrschende DPAG Preisnachlässe (etwa aufgrund hoher Sendungsmengen) oder Rabatte in Form von sog. Werbekostenzuschüssen, ist diese Rabattpolitik im Rahmen der Missbrauchsverbote des § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG an den für dessen Auslegung heranzuziehenden Maßstäben der wettbewerbsrechtlichen Entscheidungspraxis zu messen. Grundsätzlich besteht die Gefahr, dass die DPAG Rabatte zur Abwehr von Wettbewerbern einsetzt, wenn sie sehr hohe und nicht leistungsgerechte (und damit missbräuchliche) Preisnachlässe gewährt, um Wettbewerber gezielt aus dem Markt zu drängen³³).

Als missbräuchlich zu qualifizieren sind Preis- und Rabattsysteme, die nicht nur Skalenvorteile weitergeben, sondern über die Preiskonditionen strategische Treue- und Sogeffekte³⁴) mit wettbewerbsbeschränkender Wirkung herbeiführen. Dies ist etwa zu bejahen, wenn zusätzlich zu dem auf die jeweilige Einlieferung gewährten Rabatt die Gesamtrabatthöhe *rückwirkend* abhängig davon steigt, je größer die Einlieferungsmenge innerhalb eines bestimmten Zeitraumes insgesamt ist. Der Großversender hat dann zum Ende des maßgeblichen Zeitraumes einen Anreiz, ausschließlich bei der DPAG einzuliefern oder gar zusätzliche Sendungen aufzugeben, um rückwirkend eine höhere Rabattstufe zu erreichen (Sogeffekt). Dies ist dann besonders wettbewerbsschädigend, wenn es sich um Gesamtumsatzrabatte oder solche bezogen auf mehrere Produktgruppen handelt, da der Marktbeherrscher auf diese Weise seine Macht auch auf benachbarte Produktmärkte ausweiten („hebeln“) kann³⁵), die zuvor nicht von ihm beherrscht worden sind („leverage“).

Eine Rabattgewährung ist mithin nur dann nicht missbräuchlich im Sinne von § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG, wenn die hohe Sendungsmenge – jeweils pro einzelner Einlieferung – zu einer dem Rabatt entsprechenden Einsparung (etwa zu Durchschnittskosteneinsparungen in der Zustellung) führt³⁶).

III. Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die gesetzlichen Entgeltgestaltungsvorgaben

Verstöße gegen die aufgezeigten Vorgaben für die Entgeltgestaltung des Marktbeherrschers nach § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG unterliegen gem. § 25 Abs. 1 Satz 1 PostG dem Verfahren der Überprüfung nicht genehmigungsbedürftiger Entgelte durch die Bundesnetzagentur. Danach führt die Bundesnetzagentur eine Überprüfung durch, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass Entgelte nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 2 PostG entsprechen.

Weicht die DPAG von den Vorgaben für die Entgeltgestaltung ab, fordert die Bundesnetzagentur sie auf, die Entgelte den Maßstäben des § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG anzupassen (§ 25 Abs. 2 Satz 1 PostG). Kommt die DPAG dem nicht nach, indem sie ihre bzw. die Entgelte ihrer Tochtergesellschaften entsprechend anpasst, hat die Bundesnetzagentur das beanstandete Entgeltverhalten gem. § 25 Abs. 3 PostG zu untersagen und die Entgelte für unwirksam zu erklären. Nicht entgeltbezogene

33) Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten Nr. 57 (SG 57), BT-Drs. 17/286, 69, Rdn. 13.

34) Vgl. *Monopolkommission*, SG 57, a.a.O. (Fn. 33), Rdn. 131 ff.

35) Vgl. *Koenig/Hasenkamp/Kolbe*, N&R 1/2011, 20.

36) Vgl. *Monopolkommission*, SG 57, a.a.O. (Fn. 33), Rdn. 130.

missbräuchliche Verhaltensweisen unterliegen darüber hinaus der besonderen Missbrauchsaufsicht nach § 32 PostG.

Da nach § 2 Abs. 3 PostG das allgemeine Wettbewerbsrecht (GWB) unberührt bleibt, mithin also auch die allgemeine Missbrauchsaufsicht durch das Bundeskartellamt besteht, ergeben sich weitere Sanktionsmöglichkeiten gegen Entgeltpraktiken des Marktbeherrschers, sofern diese gegen die Verbotstatbestände der §§ 19 Abs. 4 Nr. 1 – 3, 20 Abs. 1 GWB und des Art. 102 AEUV verstoßen.

IV. Fazit

Dem Marktbeherrscher sind bei der Gestaltung seiner Entgelte für Postdienstleistungen enge Grenzen gesetzt. Der Gesetzgeber hat den Entgeltvorgaben des Postgesetzes eine teleologische Ausrichtung gegeben, die das marktbeherrschende vertikal integrierte Unternehmen *asymmetrisch* auf strengere Maßstäbe als das allgemeine Wettbewerbsrecht verpflichtet. Nur diese, auch am *effet utile* der Postrichtlinie 2008/6/EG orientierte Auslegung der entgeltbezogenen Missbrauchsverbote des § 20 Abs. 2 Satz 1 PostG fördert und gewährleistet einen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb auf den Märkten des Postwesens.