

Zu guter Letzt ...

... gilt die gesteigerte Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen für den bestehenden Restwettbewerb gerade auch im Postbereich!

Seit einiger Zeit ist auf dem Briefmarkt eine zweigleisige Strategie im Konzern der Deutschen Post AG (DPAG) zu beobachten. Zum einen gewährt die DPAG Großversendern ab einer Versendungsmenge von 5000 Briefen bestimmte öffentlich bekanntgemachte Rabatte. Zum anderen bietet eine

Tochtergesellschaft der DPAG, nämlich die Deutsche Post InHaus Services GmbH (DPIHS), auch Geschäftskunden mit einer wesentlich geringeren Versendungsmenge den Maximalrabatt an und zwar, ohne die in der öffentlichen Bekanntmachung als Rabattbedingungen aufgeführten Vorleistungen

zu verlangen. Durch diese zweigleisige Konzernstrategie der DPAG werden nicht nur die Kunden, die aufgrund der öffentlich bekanntgemachten Rabattkonditionen mit der DPAG kontrahieren, diskriminiert. Darüber hinaus werden die Wettbewerber, insbesondere die Konsolidierer, deren Kunden von DPIHS wohl teilweise auch gezielt mit jeweils variierenden Konditionen und Kampfpreisangeboten angesprochen werden, in eine Lage buchstäblich zu nehmender Dunkelheit bei der wettbewerblichen Verteidigung ihres Kundenstammes versetzt. Gleichzeitig vermeidet die DPAG mit ihrer Strategie der gezielten Kundenungleichbehandlung und Intransparenz die Gefahr einer allgemeinen Preiserosion zulasten des Gesamtkonzerns. Durch das gezielte Vorgehen über ihre Tochter DPIHS ist sie so in der Lage, einerseits Preisdisziplin zu wahren und andererseits die Abwanderung von Kunden zum Wettbewerb zu kontrollieren. Nur die Aufrechterhaltung der Gefahr einer allgemeinen Preiserosion zulasten des Gesamtkonzerns aufgrund von Transparenz kann den Marktbeherrscher disziplinieren, von seiner Strategie der gezielten Kundenungleichbehandlung abzulassen.

Und genau diese Preis- und Konditionentransparenz sowie die Einstellung der diskriminierenden Preis- und Konditionenspaltung schuldet das aus dem Briefmonopol entlassene marktbeherrschende Unternehmen aufgrund seiner gesteigerten Verantwortung für den fragilen Restwettbewerb. Diese in der Rechtsprechung des EuGH betonte gesteigerte Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen für den bestehenden Restwettbewerb nach Art. 102 AEUV setzt auch Maßstäbe für die Anwendung der §§ 19, 20 GWB, die als Mindestmaß gemäß Art. 3 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 der Wettbewerbsverordnung (EG) Nr. 1/2003 zugrunde zu legen sind. Danach trifft Unternehmen in marktbeherrschender Stellung eine gesteigerte Verantwortung für den bestehenden Restwettbewerb, damit nicht die Erzeugnisse schwächerer Marktteilnehmer leistungswettbewerbsfremd, insbesondere aufgrund von Diskriminierungen und vollständiger Intransparenz, vom Markt verschwinden. In seinem Urteil „Post Danmark“ 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“ (EuGH, N_eR 2012, 185, 186 = ECLI:EU:C:2012:172 Rn. 23 [Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10] – *Post Danmark*).

Dass die Nichtbeachtung der gesteigerten Verantwortung für den bestehenden Restwettbewerb als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu bewerten ist, entschied der EuGH bereits in der Rechtssache „Deutsche Telekom“. In diesem Urteil stellte er das Vorliegen einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere fest, obwohl die Vorleistungs- und Endkundenentgelte sogar jeweils ex ante von der damaligen RegTP genehmigt worden waren. Allerdings hatte die Deutsche Telekom AG (DTAG) ihren bestehenden Handlungsspielraum zur Änderung ihrer Endkundenentgelte für Endkundenzugangs-

dienste nicht ausgeschöpft, insbesondere bei der RegTP nicht die Genehmigung für die Änderung dieser Entgelte beantragt, um eine Preis-Kosten-Schere zulasten marktschwächerer Wettbewerber zu vermeiden (EuGH, ECLI:EU:C:2010:603 Rn. 85, 125 [Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-280/08 P] – *Deutsche Telekom*). Der Beantragung höherer Endkundenentgelte für Endkundenzugangsdienste hätte es nach Ansicht des EuGH in Anbetracht der Monopolstellung der DTAG jedoch bedurft (EuGH, ECLI:EU:C:2010:603 Rn. 183 [Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-280/08 P] – *Deutsche Telekom*). Die Rechtsprechung des EuGH zeigt deutlich: Je unangreifbarer und ausgereifter die marktbeherrschende Stellung eines Unternehmens, desto größer ist auch die daraus folgende Verantwortung dieses Unternehmens für den beherrschten Markt. Diesen Grundsatz hat der Gerichtshof auch in seiner weiteren Entscheidungspraxis zum Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV bestätigt. Prominenteste Entscheidungen aus jüngerer Zeit sind die Urteile „TeliaSonera“ vom 17. Februar 2011 (Rs. C-52/09) und „Telefónica“ vom 10. Juli 2014 (Rs. C-295/12 P).

Die Aufnahme der Konsolidierung in das eigene Leistungsangebot der DPAG und deren faktische Integration in die Endkundenmärkte der vollständigen Briefdienstleistungen führen zu einer äußerst wettbewerbsschädlichen strategischen Verquickung von Vorleistungs- und Endkundenmärkten durch den Quasimonopolisten und damit zur Verdrängung der Wettbewerber, insbesondere aber der Konsolidierer. Ein Vergleich mit dem Telekommunikationssektor verdeutlicht die Krux der Wettbewerber im Postsektor: Während § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG mit dem Preis-Kosten-Scheren-Test sowie § 27 Abs. 2 TKG mit dem Entgeltkonsistenzgebot gewährleisten, dass Entgelte im Verhältnis von Vorleistungs- und Endkundenentgelten regulatorisch in ihrer Gesamtheit so aufeinander abzustimmen sind, dass den Wettbewerbern eine ausreichende Marge verbleibt, fehlt dem PostG ein entsprechendes ausdrückliches regulatorisches Konsistenzgebot im Verhältnis von Vorleistungs- und Endkundenmärkten. Wenn § 19 S. 2 PostG dann zudem den Noch-Quasimonopolisten DPAG bereits ab 50 eingelieferten Briefsendungen aus der Ex-ante-Preisregulierung entlässt, das PostG aber die höchstproblematische strategische Verquickung von Vorleistungs- und Endkundenmärkten durch den Quasimonopolisten nicht zu verhindern vermag, so ist die Beseitigung der Diskriminierungen sowie die Herstellung von Preis- und Konditionentransparenz seitens der DPAG umso mehr ein Gebot aus Art. 102 AEUV. Nur so kann auch dem Umsetzungsdefizit des PostG hinsichtlich der einzelnen Transparenzanforderungen nach Art. 12 der Postrichtlinie 97/67/EG im Rahmen der allgemeinen Missbrauchskontrolle wettbewerbsrechtlich angemessen begegnet werden. Freilich bleibt der deutsche Gesetzgeber gehalten, das Umsetzungsdefizit durch eine Aufnahme der dezidierten Transparenzanforderungen des Richtlinienrechts in das PostG zu beheben.

Christian Koenig