

Prof. Dr. Christian Koenig und Dr. Matti Meyer\*

## Genehmigungsfähigkeit der regulierten Elemente des Produktes „E-POSTBRIEF“ trotz Preis-Kosten-Scheren?

*Der vorliegende Beitrag setzt sich kritisch mit dem Beschluss der Bundesnetzagentur vom 18. Dezember 2015 (Az. BK5-15/032) auseinander. In diesem hat die Bundesnetzagentur die für das Produkt „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ von der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH beantragten Entgelte unter Heranziehung des Kriteriums des ebenso effizienten Wettbewerbers genehmigt. Im Ergebnis legen die Autoren zum einen dar, dass die Heranziehung des Kriteriums des ebenso effizienten Wettbewerbers nach den vom EuGH im Urteil vom 6. Oktober 2015 in der Rechtssache „Post Danmark II“ (Rs. C-23/14) aufgestellten Kriterien unsachgerecht ist. Zum anderen zeigen die Autoren auf, dass bei Anwendung des sachgerechten Kriteriums des hinreichend effizienten Wettbewerbers die beantragten Entgelte nicht genehmigungsfähig waren, da diese gegen das in § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG verankerte Verbot von missbräuchlichen Preis-Kosten-Scheren verstoßen.*

### I. Einleitung

Die Deutsche Post E-Post Solutions GmbH (DPEPS) ist ein hundertprozentiges Tochterunternehmen der Deutschen Post AG (DPAG). Das Geschäftsmodell „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH umfasst neben der Fertigung von Briefsendungen auf der Grundlage von elektronisch übermittelten Daten (sog. „postalische Vorbereitungsleistungen“) die Beförderung des physischen Briefes. Diese Leistungen werden von der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH im Rahmen des Geschäftsmodells „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ dem Versender als einheitliche Leistung angeboten. Die Deutsche Post E-Post

Solutions GmbH stellt ihren Kunden zunächst entsprechende Zugangskanäle für die Übermittlung elektronischer Mitteilungen (E-POST-Portale, E-POSTBUSINESS-BOX, Gateway oder andere Zugangskanäle) bereit. Anschließend wird die übermittelte Datenvorlage ausgedruckt, gefalzt, kuvertiert und mit der für die physische Briefbeförderung notwendigen Freimachung versehen. Daneben werden auch „klassische“ Konsolidierungsleistungen angeboten (Abholung, Sortierung nach Leitregionen, Bündelung einzelner Briefsendungen, Einlieferung an einem Briefzentrum Abgang/Eingang [BZA/BZE] der Deutschen Post AG). Diese werden von der Deutsche Post InHaus Services GmbH (DPIHS), einer Schwestergesellschaft der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH, erbracht (sog. „Eigenkonsolidierung“). Anschließend werden die konsolidierten Briefsendungen von der Deutschen Post AG an den Empfänger zugestellt.

Lediglich die von der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH angebotenen Leistungsbestandteile, die auf den Teil der physischen Beförderung entfallen, unterliegen der Ex-ante-Genehmigungspflicht des § 19 S. 1 PostG. Die Bundesnetzagentur erteilte der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH für diese Leistungsbestandteile bereits mit Beschluss vom 28. November 2014 eine befristete Entgeltgenehmigung für den Zeitraum vom 1. Januar 2015 bis zum 31. Dezember 2015.<sup>1</sup> Mit Schrei-

\* Maßgebliche Argumentationslinien beruhen auf einem rechtsgutachterlichen Memorandum, das der Erstautor im Hinblick auf das vor der Bundesnetzagentur geführte Entgeltgenehmigungsverfahren mit dem Az. BK5-15/032 für die Postcon Deutschland B.V. & Co. KG erstellt hat.

1 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 28.11.2014 – Az. BK5-14/032.

ben vom 14. Oktober 2015 beantragte die Deutsche Post E-Post Solutions GmbH für das Jahr 2016 die Erteilung einer Genehmigung für diese Leistungsbestandteile bei der Bundesnetzagentur.<sup>2</sup> Mit Beschluss vom 18. Dezember 2015 wurden die beantragten Entgelte für die Postdienstleistung „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ für den Zeitraum vom 1. Januar 2016 bis zum 31. Dezember 2016 von der Bundesnetzagentur genehmigt.<sup>3</sup>

Die Eigenkonsolidierung, die Bestandteil des gegenständlichen Geschäftsmodells ist, führt zu einer Reduzierung der Gemeinkosten und damit zu erheblichen Wettbewerbsvorteilen gegenüber solchen Konsolidierern, die im Wettbewerb zur Deutschen Post AG stehen. Aus diesem Grund bestehen nach der hier vertretenen Auffassung bereits schwerwiegende Bedenken gegen die postgesetzliche Zulässigkeit der Eigenkonsolidierung als solche (sog. „Ob“ der Eigenkonsolidierung).<sup>4</sup> Denn die Aufnahme der Konsolidierung in das eigene Leistungsangebot der Deutschen Post AG und deren faktische Integration in die Endkundenmärkte der vollständigen Briefdienstleistungen führt zu einer äußerst wettbewerbsschädlichen strategischen Verquickung von Vorleistungs- und Endkundenmärkten durch den Quasimonopolisten und damit zur Verdrängung der Wettbewerber, insbesondere der Konsolidierer.<sup>5</sup>

Geht man indes entgegen der hier vertretenen Auffassung von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Eigenkonsolidierung nach dem PostG aus, werden der Eigenkonsolidierung des marktbeherrschenden Lizenznehmers durch die ihm nach der Rechtsprechung des EuGH obliegende besondere Verantwortung für den fragilen Restwettbewerb und das damit korrespondierende Gebot zur Vermeidung missbräuchlicher Preis-Kosten-Scheren gerade nach dem PostG enge Grenzen gesetzt.<sup>6</sup> Diese Grenzen wurden von der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH durch die im Beschluss vom 18. Dezember 2015 der Bundesnetzagentur genehmigten Entgelte bei Zugrundelegung des sachgerechten Kriteriums des hinreichend effizienten Wettbewerbers deutlich überschritten.

## II. Zu den postrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen im Falle von Preis-Kosten-Scheren

Die von der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH angebotenen Leistungsbestandteile, die auf den Teil der physischen Beförderung entfallen, sind nach § 19 S. 1 PostG genehmigungsbedürftig. Die Genehmigungsfähigkeit beantragter Entgelte bestimmt sich nach § 20 PostG. Gemäß § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG dürfen diese keine Abschlüsse enthalten, welche die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt für Postdienstleistungen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen. Diese Vorschrift erfasst die aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht bekannten missbräuchlichen Verhaltensweisen des Behinderungsmissbrauchs.<sup>7</sup> Ein Anwendungsfall dieser Missbrauchsvariante liegt vor, wenn die Preispolitik eines marktbeherrschenden Unternehmens auf einem relevanten Markt zu Preis-Kosten-Scheren führt.<sup>8</sup>

Nach § 21 Abs. 3 S. 2 PostG darf eine Genehmigung von der Bundesnetzagentur nicht erteilt werden, wenn offenkundig ist, dass die beantragten Entgelte den Anforderungen des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG nicht entsprechen oder, anders gewendet, wenn die beantragten Entgelte eines marktbeherrschenden Lizenznehmers zu Preis-Kosten-Scheren auf einem Postdienstleistungsmarkt führen.<sup>9</sup> Für bereits genehmigte Entgelte sieht § 24 Abs. 4 PostG die Möglichkeit der Regulierungsbehörde vor, ein missbräuchliches Verhalten nachträglich zu untersagen und solche Entgelte für unwirksam zu erklären, wenn diese den Maßstäben des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG nicht entsprechen.

Damit hat der Gesetzgeber für den Bereich der Ex-ante-Regulierung mit § 21 Abs. 3 S. 2, § 24 Abs. 4 PostG Ermächtigungsgrundlagen geschaffen, die zur Vermeidung von Preis-Kosten-Scheren-Preispolitiken eines marktbeherrschenden Lizenznehmers weitreichende Eingriffsbefugnisse der Bundesnetzagentur vorsehen. Neben diesen auf die Ex-ante-Entgeltregulierung zugeschnittenen Vorschriften findet gerade im Hinblick auf die (schon aus Art. 102 AEUV folgende) besondere Verantwortung des ehemaligen Monopolisten für den fragilen Restwettbewerb auf den Briefmärkten zur Vermeidung einer Preis-Kosten-Scheren verursachenden Preisgestaltung auch die besondere Missbrauchskontrolle des § 32 PostG Anwendung.<sup>10</sup>

## III. Zum Vorliegen einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere

Die im Beschluss vom 18. Dezember 2015 genehmigten Entgelte für die von der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH im Rahmen des Produkts „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ angebotenen Leistungsbestandteile, die auf den Teil der physischen Beförderung entfallen, verstoßen gegen § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG. Die Deutsche Post E-Post Solutions GmbH bietet ihren Kunden unter Zuhilfenahme der Konsolidierungsleistungen ihres Schwesterunternehmens Deutsche Post InHaus Services GmbH, welche die gebündelten Sendungen in das Briefbeförderungsnetz der Deutschen Post AG einspeist, neben eigenen postalischen Vorleistungen (Fertigung von Briefsendungen auf der Grundlage von elektronisch übermittelten Daten) eine vollständige Ende-zu-Ende-Zustellung von Briefsendungen an. Die Bundesnetzagentur geht im Beschluss vom 18. Dezember 2015 im Ergebnis somit zutreffend davon aus, dass die von der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH angebotenen Leistungsbestandteile, die auf den Teil der physischen Beförderung entfallen, dem Markt für die Beförderung von Standardbriefen bis 1000 Gramm zuzuordnen sind.<sup>11</sup>

Auch das BKartA grenzt in seinem Beschluss vom 2. Juli 2015, in dem ein missbräuchliches Verhalten der Deutschen Post AG wegen der Praktizierung einer Preis-Kosten-Schere festgestellt worden ist, den sachlich relevanten Markt in gleicher Weise ab.<sup>12</sup> Das BKartA verwendet für diesen Markt lediglich eine andere Bezeichnung (sog. „Ende-zu-Ende-Markt“).<sup>13</sup> Darüber hinaus grenzt das BKartA zutreffend einen hiervon zu trennenden Markt für Teilleistungen ab, der dem Ende-zu-En-

2 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 18.12.2015 – Az. BK5-15/032, S. 3.

3 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 18.12.2015 – Az. BK5-15/032.

4 Siehe hierzu Koenig, N&R 2015, 127, 127 ff.

5 Koenig, N&R 2015, 127, 128.

6 Vgl. zur besonderen Verantwortung des Marktbeherrschers auf den Postmärkten EuGH, ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 23 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) [= N&R 2012, 185, 186] – Post Danmark I; ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 71 (Urt. v. 6.10.2015 – Rs. C-23/14) – Post Danmark II.

7 Vgl. zu den Fallgruppen des Behinderungsmissbrauchs im deutschen Recht Markert, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, Bd. 2, 5. A., 2014, § 19 Rn. 183 ff., und im europäischen Recht Jung, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Loseblattsammlung, Stand: 57. Ergänzungslieferung (8/2015), Art. 102 Rn. 214 ff.

8 Vgl. Markert (Fn. 7), § 19 Rn. 191 ff., u. Jung (Fn. 7), Art. 102 Rn. 317 ff.

9 Vgl. zur rechtlichen Verankerung der Preis-Kosten-Schere innerhalb des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG Meyer, Die Preis-Kosten-Schere im Europäischen Wettbewerbs- und im nationalen Postrecht, 2015, S. 141 ff.

10 Vgl. Koenig/Lemberg, in: Groebel u.a., Postrecht, 2014, Kap. D. Rn. 852 ff.; a. A. Sedemund, in: Beck'scher PostG-Kommentar, 2. A., 2004, § 21 Rn. 63; Gerstner, ebda., § 32 Rn. 5.

11 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 18.12.2015 – Az. BK5-15/032, S. 9 f.

12 BKartA, Beschl. v. 2.7.2015 – Az. B9-128/12. Gegen diesen Beschluss des BKartA hat die Deutsche Post AG Beschwerde eingelegt, über die das OLG Düsseldorf noch nicht entschieden hat.

13 BKartA, Beschl. v. 2.7.2015 – Az. B9-128/12, Rn. 101 ff.

de-Markt vorgelagert ist.<sup>14</sup> Die Bundesnetzagentur hielt in ihrem Beschluss vom 14. Juni 2011 in Sachen „First Mail“ die Abgrenzung eines eigenständigen vorgelagerten Marktes für Teilleistungen ebenfalls für naheliegend, konnte dies jedoch aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles in diesem Verfahren dahinstehen lassen.<sup>15</sup>

Geht man im Ergebnis somit von zwei voneinander zu trennenden Märkten aus, verbirgt sich hinter dem Produkt „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH eine missbräuchliche Preis-Kosten-Schere. Der Mechanismus der über das Produkt „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ praktizierten Preis-Kosten-Schere funktioniert ähnlich wie die im Beschluss des BKartA vom 2. Juli 2015 zutage geförderte Preis-Kosten-Schere. Das BKartA hatte in diesem Beschluss die von der Deutschen Post AG veranschlagten Teilleistungsentgelte und die von ihr von vier Großversendern geforderten Entgelte für die Ende-zu-Ende-Zustellung ins Verhältnis zueinander gesetzt und sodann festgestellt, dass die von den Großversendern zu zahlenden Entgelte für die Ende-zu-Ende-Zustellung unterhalb der von der Deutschen Post AG von ihren Wettbewerbern geforderten Teilleistungsentgelte lagen.<sup>16</sup> Dadurch stellte das BKartA sogar eine Preis-Kosten-Schere vom sog. Typ 1 fest. Denn wenn aus Sicht der Wettbewerber der Deutschen Post AG die zu zahlenden Entgelte für den Teilleistungszugang den Preis überschreiten, den das marktbeherrschende Unternehmen von Endkunden für die Ende-zu-Ende-Zustellung verlangt, ist den Wettbewerbern der Deutschen Post AG die Erzielung einer Marge nicht möglich. Demgegenüber verbliebe diesen bei Preis-Kosten-Scheren vom sog. Typ 2 zwar eine Marge; allerdings würde diese die im Zuge der Produkterstellung den Wettbewerbern der Deutschen Post AG anfallenden Kosten nicht decken.

In dem Sachverhalt, der dem Beschluss des BKartA vom 2. Juli 2015 zugrunde lag, erzielten die Großversender aufgrund der eingelieferten Sendungsmengen in der Regel bereits den höchstmöglichen Teilleistungsrabatt bei der Deutschen Post AG.<sup>17</sup> Gleiches gilt vorliegend auch für den Eigenkonsolidierer Deutsche Post InHaus Services GmbH. Das gegenständliche Geschäftsmodell der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH richtet sich in erster Linie an Kleinversender, deren individuelle Sendungsmengen nicht ausreichen, um die höchstmöglichen Teilleistungsrabatte bei der Deutschen Post AG zu erzielen. Durch die Bündelung der einzelnen Sendungsmengen der jeweiligen Kleinversender durch die Deutsche Post InHaus Services GmbH, welche die höchstmöglichen Teilleistungsrabatte bei ihrer Konzernmutter erzielt, kommen jedoch auch diese Kleinversender – wie die Großkunden in dem im Beschluss des BKartA vom 2. Juli 2015 festgestellten Sachverhalt – über das Produkt „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ in den Genuss der höchstmöglichen Teilleistungsrabatte. Denn indem die Deutsche Post InHaus Services GmbH diese Rabatte möglicherweise an ihr Schwesterunternehmen Deutsche Post E-Post Solutions GmbH im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages „durchreicht“, finden sich diese Kostenvorteile auch in den Preiskalkulationen der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH und somit in den veranschlagten Entgelten für das Produkt „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ wieder. Die Bündelung der Einzelsendungen von Kleinversendern durch den Eigenkonsolidierer Deutsche Post InHaus Services GmbH und die Abwälzung der von ihm erzielten höchsten Teilleistungsrabatte auf die einzelnen Kleinversender stellt letztere hinsichtlich des erzielbaren Teilleistungsrabattes faktisch auf eine Stufe mit Großversendern.

Dabei kann die Bündelung von Sendungen von Kleinversendern durch die Deutsche Post InHaus Services GmbH und die möglicherweise erfolgende Weiterleitung des von der Deutsche Post InHaus Services GmbH erzielbaren höchstmöglichen Teilleistungsrabattes auf diese im Rahmen der Preiskalkulation für das Produkt „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ ausschließlich dem Zweck dienen, diese Kundengruppe sowohl den alternativen Zustellungsunternehmen als auch den alternativen Zustellern, die mit der Deutschen Post AG oder deren Tochterunternehmen im Wettbewerb stehen, zu entziehen. Denn folgt man der Logik des EuGH in der Rechtssache „bpost“, entstehen keine Effizienzvorteile durch dieses Marktverhalten, insbesondere ist dieses nicht geeignet, die Sendungsvolumina zu erhöhen und damit die Nachfrage nach Postdienstleistungen insgesamt zu stimulieren, da demnach allein die Absender in der Lage sind, die Nachfrage auf dem Gebiet der Postdienste zu erhöhen, weil nur sie „Urheber von Postsendungen“ sind.<sup>18</sup>

Die bestehende Ungewissheit, ob die Deutsche Post InHaus Services GmbH Höchststrabatte an die Deutsche Post E-Post Solutions GmbH „durchreicht“, ist durch den Beschluss der Bundesnetzagentur vom 18. Dezember 2015 nicht beseitigt worden. Denn die Bundesnetzagentur schloss die pauschale Gewährung eines Höchststrabattes an die Deutsche Post E-Post Solutions GmbH im Beschluss vom 18. Dezember 2015 bereits mit der Begründung aus, dass diese nach § 3 Abs. 3 des zwischen der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH und der Deutsche Post InHaus Services GmbH bestehenden Vertrages über die Konsolidierung nicht vorgesehen sei; vielmehr bestimme sich nach dieser Vertragsklausel die Höhe des an die Deutsche Post InHaus Services GmbH zu entrichtenden Entgeltes auf der Grundlage der tatsächlich eingelieferten von der Deutsche Post InHaus Services GmbH konsolidierten Sendungsmenge.<sup>19</sup> Die entscheidende Frage, ob diese Vertragsklausel von den Vertragsparteien auch umgesetzt und in der Praxis gelebt wird, lässt sich jedoch gerade nicht mit dem Hinweis auf die bloße Existenz einer Vertragsklausel beantworten.

Nach den Feststellungen des BKartA im Beschluss vom 2. Juli 2015 konnten Großversender einen tatsächlich zu zahlenden Preis für die Ende-zu-Ende-Zustellung erzielen, der unterhalb der Teilleistungsentgelte lag, da diesen von der Deutschen Post AG im Unterschied zu alternativen Postunternehmen weitere Preisnachlässe in Form von sog. „Werbekostenzuschüssen“ und „Planmengenrabatten“ gewährt worden sind.<sup>20</sup> Im Rahmen des Produkts „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ werden an die Kunden dieses Produkts ebenfalls, wenn auch nicht in Form von „Werbekostenzuschüssen“ oder „Planmengenrabatten“, besondere aus dem ehemaligen Monopol der Deutschen Post AG herrührende Kostenvorteile weitergereicht, die im Zuge der Eigenkonsolidierung durch die Deutsche Post InHaus Services GmbH entstehen. Denn die Deutsche Post InHaus Services GmbH betreibt ihr Geschäft in oder jedenfalls bei den jeweiligen Briefzentren der Deutschen Post AG. Die daraus resultierenden Kostenvorteile sind für al-

14 BKartA, Beschl. v. 2.7.2015 – Az. B9-128/12, Rn. 116 ff.

15 Vgl. Bundesnetzagentur, Beschl. v. 14.6.2011 – Az. BK5b-11/018, S. 20.

16 Vgl. BKartA, Beschl. v. 2.7.2015 – Az. B9-128/12, Rn. 147 ff.

17 Vgl. BKartA, Beschl. v. 2.7.2015 – Az. B9-128/12, Rn. 109.

18 EuGH, ECLI:EU:C:2015:77, Rn. 37 f. (Urt. v. 11.2.2015 – Rs. C-340/13) – *bpost*; siehe hierzu die Urteilsanmerkung von Lemberg/Meyer, N&R 2015, 103.

19 Vgl. Bundesnetzagentur, Beschl. v. 18.12.2015 – Az. BK5-15/032, S. 37.

20 Vgl. BKartA, Beschl. v. 2.7.2015 – Az. B9-128/12, Rn. 218.

ternative Wettbewerber der Deutschen Post AG nicht nachbildbar, da diese ihr Geschäft nicht in oder jedenfalls bei den jeweiligen Briefzentren der Deutschen Post AG betreiben können. Zudem nutzt die Deutsche Post InHaus Services GmbH gemeinsame Dienstleistungen („Shared Services“) des Konzerns der Deutschen Post AG (Vertrieb, Verwaltung usw.). Dies führt zu einer erheblichen Reduzierung der Gemeinkosten und somit zu Wettbewerbsvorteilen gegenüber den Konsolidierern, die im Wettbewerb zur Deutschen Post AG stehen. Indem gerade die für alternative Wettbewerber nicht nachbildbaren Kostenvorteile im Rahmen des bestehenden Dienstleistungsvertrages zwischen der Deutsche Post InHaus Services GmbH und der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH an letztere weitergereicht werden und im Ergebnis Eingang in die Preiskalkulation der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH für das Produkt „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ finden, liegt bereits eine gegen § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, § 32 PostG verstoßende Preis-Kosten-Schere vor. Denn in der Preiskalkulation für das Produkt „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ werden, möglicherweise neben dem höchstmöglichen Teilleistungsrabatt, wodurch die bereits bestehende Preis-Kosten-Schere lediglich verstärkt würde, jedenfalls die aus der Eigenkonsolidierung resultierenden besonderen Kostenvorteile der Deutsche Post InHaus Services GmbH in Ansatz gebracht. Dadurch zahlen die Kunden der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH im Ergebnis für diese Leistungsbestandteile einen geringeren Preis als alternative Konsolidierer, die ihre Sendungen über den „klassischen“ Teilleistungszugang der Deutschen Post AG zustellen lassen (müssen).

Diese Vorgehensweise der Deutschen Post AG und ihrer Tochterunternehmen ähnelt auf beachtliche Art und Weise derjenigen, die bereits Gegenstand des jüngsten Missbrauchsverfahrens gegen die Deutsche Post AG vor dem BKartA war. Dies verdeutlicht, dass das kollusive Zusammenwirken der Konzernunternehmen der Deutschen Post AG auch im vorliegenden Fall lediglich darauf abzielt, den „alten Wein“ der bereits im jüngsten Missbrauchsverfahren vor dem BKartA festgestellten Preis-Kosten-Schere durch die „neuen Schläuche“ des Produkts „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ zu leiten, um dadurch wirksamen Wettbewerb auf den Briefmärkten zu verhindern.

#### IV. Anzuwendender Kostenmaßstab bei der rechtlichen Beurteilung von Preis-Kosten-Scheren nach dem PostG

Entgegen der Ansicht der Bundesnetzagentur sind im Rahmen der Missbrauchskontrolle für die Frage des Vorliegens einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens nicht allein maßgebend (sog. Kriterium des ebenso effizienten Wettbewerbers). Selbst wenn sich auf der Grundlage der Kostenunterlagen des marktbeherrschenden Unternehmens eine Kostendeckung errechnen ließe, gilt seit dem jüngsten Urteil des EuGH in der Rechtssache „Post Danmark II“ sogar schon für das europäische Wettbewerbsrecht, dass das Kriterium des ebenso effizienten Wettbewerbers lediglich „als ein Instrument unter anderen anzusehen [ist], um zu beurteilen, ob ... eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung vorliegt“. <sup>21</sup> Der EuGH stellt indes im Hinblick auf ehemalige Monopolmärkte unmissverständlich klar: „In einer Situation ..., die sich durch einen sehr großen Marktanteil des marktbeherrschenden Unternehmens und durch strukturelle Vorteile aufgrund des gesetzlichen Monopols dieses Unternehmens ... kennzeichnet,

ist ... die Anwendung des Kriteriums des ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers nicht sachgerecht, da die Struktur des Marktes den Eintritt eines ebenso leistungsfähigen Wettbewerbers praktisch unmöglich macht“. <sup>22</sup> Hieraus folgt, dass bei solchen Marktgegebenheiten das Kriterium des hinreichend effizienten Wettbewerbers zur Anwendung gelangen muss. Denn dieser Maßstab gewährleistet, dass zum einen die aus einem ehemaligen Staatsmonopol resultierenden Vorteile des marktbeherrschenden Unternehmens und zum anderen die strukturellen Nachteile der Wettbewerber berücksichtigt werden. Erst die Berücksichtigung dieser Umstände ermöglicht den Wettbewerbern des ehemaligen Monopolisten eine „echte Marktzutrittschance“.

Die Marktsituation im Verfahren vor dem EuGH in der Rechtssache „Post Danmark II“ ist mit der auf den deutschen Briefmärkten vergleichbar. Denn auf den lizenzpflichtigen Briefmärkten in Deutschland erreichte die Deutsche Post AG im Jahr 2013 einen Marktanteil von 87,7%. <sup>23</sup> Wenn einer solchen Marktsituation bereits nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht über die Anwendung des Kriteriums des hinreichend effizienten Wettbewerbers Rechnung zu tragen ist, so gilt dies a fortiori für das deutsche PostG. Denn dieses zielt in § 1 PostG nicht lediglich auf die Sicherstellung eines bereits funktionsfähigen, chancengleichen Wettbewerbs, sondern bezweckt sogar die (vorgelagerte) Förderung eines solchen.

Den hinreichend effizienten Wettbewerbern der Deutschen Post AG ist es jedoch gerade nicht möglich, ihr Geschäft in oder jedenfalls bei den jeweiligen Briefzentren der Deutschen Post AG zu betreiben und dadurch, wie die Deutsche Post InHaus Services GmbH, ihre Logistikkosten erheblich zu reduzieren. Weiterhin nutzt die Deutsche Post InHaus Services GmbH die „Shared Services“ der Deutschen Post AG und profitiert damit von reduzierten Gemeinkosten. Bei der im Rahmen der postgesetzlichen Entgeltgenehmigungsprüfung gebotenen Anlegung des Maßstabes des hinreichend effizienten Wettbewerbers auf der Seite des Konzerns der Deutschen Post AG wäre es – auf der Grundlage dieser hypothetischen Prüfungsmethode – zum einen der Deutsche Post InHaus Services GmbH bereits nicht möglich gewesen, diese Kostenvorteile an die Deutsche Post E-Post Solutions GmbH aufgrund eines konzerninternen Dienstleistungsvertrages weiterzureichen. Zum anderen hätte die Deutsche Post E-Post Solutions GmbH diese Kostenvorteile dann nicht in ihrer Preiskalkulation für die von ihren Kunden zu zahlenden Entgelte in Ansatz bringen können.

#### V. Folgen der Anwendung des Kriteriums des ebenso effizienten Wettbewerbers durch die Bundesnetzagentur

Die Bundesnetzagentur hat die Einhaltung der Maßstäbe des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG hinsichtlich der beantragten Entgelte für die von der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH im Rahmen des Produkts „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ angebotenen Leistungsbestandteile, die auf den Teil der physischen Beförderung entfallen, bereits im Beschluss vom 28. November 2014 sinngemäß nach Maßgabe des Kriteriums des ebenso effizienten Wettbewerbers geprüft. <sup>24</sup> Denn sowohl das Kriterium des ebenso effizienten Wettbewerbers

<sup>21</sup> EuGH, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 61 (Urt. v. 6.10.2015 – Rs. C-23/14) – *Post Danmark II*.

<sup>22</sup> EuGH, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 59 (Urt. v. 6.10.2015 – Rs. C-23/14) – *Post Danmark II*.

<sup>23</sup> Vgl. Bundesnetzagentur, Jahresbericht 2014, 2015, S. 109.

<sup>24</sup> Bundesnetzagentur, Beschl. v. 28.11.2014 – Az. BK5-14/032, S. 10.

als auch der Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nach § 3 PEntgV stellen auf die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens selbst ab. Aus diesem Grund stellt die Anwendung des Kriteriums des ebenso effizienten Wettbewerbers auch keine Modifikation des Maßstabes der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung dar, die auf den Schutz von Wettbewerbern abzielt, da auch im Rahmen des Kriteriums des ebenso effizienten Wettbewerbers, wie der EuGH unlängst in der Rechtssache „Post Danmark II“ bestätigte, allein die von einem Unternehmen in beherrschender Stellung angewandten Preise mit bestimmten Kosten, die diesem Unternehmen entstanden sind, verglichen werden.<sup>25</sup> Dem marktbeherrschenden Unternehmen bleibt es bei Anwendung des Kriteriums des ebenso effizienten Wettbewerbers gerade möglich, strukturelle Vorteile, die z.B. aus einem ehemaligen Monopol herrühren, vollständig auszuschöpfen.<sup>26</sup> Etwaige Mengen- und Größendefizite auf Seiten alternativer Wettbewerber, bei deren Berücksichtigung erst von einem Schutz von Wettbewerbern gesprochen werden kann, bleiben im Rahmen des Kriteriums des ebenso effizienten Wettbewerbers gerade unberücksichtigt.<sup>27</sup>

Für die Bestimmung der zulässigen Höhe der von der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH beantragten Entgelte legte die Bundesnetzagentur auch im jüngsten Beschluss vom 18. Dezember 2015 nicht die Kosten eines hinreichend effizienten Wettbewerbers, sondern die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens selbst zugrunde.<sup>28</sup> Dies hatte zur Folge, dass die gegenüber den Wettbewerbern der Deutschen Post AG bestehenden Kostenvorteile, die der Deutsche Post InHaus Services GmbH dadurch entstehen, dass sie ihr Geschäft in oder jedenfalls bei den jeweiligen Briefzentren der Deutschen Post AG betreibt, im Rahmen des zwischen ihr und der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH bestehenden Dienstleistungsvertrages an letztere weitergereicht werden konnten. Die Deutsche Post InHaus Services GmbH konnte ihre Konsolidierungsleistung gegenüber der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH aufgrund dieser Kostenvorteile zwar möglicherweise kostendeckend anbieten. Der Umstand, dass die Realisierung dieser Kostenvorteile allen anderen hinreichend effizienten Wettbewerbern jedoch unmöglich ist, bleibt bereits im Beschluss vom 28. November 2014 unberücksichtigt. Vielmehr schlagen sich diese Kostenvorteile in den von der Bundesnetzagentur im Beschluss vom 28. November 2014 genehmigten Entgelten der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH nieder. Dies führt im Ergebnis dazu, dass die bereits im Beschluss des BKartA vom 2. Juli 2015 festgestellte Preis-Kosten-Schere der Deutschen Post AG über das Produkt „E-POST-BRIEF mit klassischer Zustellung“ der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH auf den Briefmärkten fortbesteht.

Die Bundesnetzagentur lehnte im Beschluss vom 18. Dezember 2015 die Anwendung des Kriteriums des hinreichend effizienten Wettbewerbers mit der Begründung ab, „dass die Kammer ... nach dem Urteil des EuGH in Sachen Post Danmark II vom 6.10.2015 noch nicht über eine Konzeption und ein sich daraus ableitendes Modell [verfüge], das die Kosten eines hinreichend effizienten Wettbewerbers nachbildet“.<sup>29</sup> Aus welchen behördeninternen Gründen es die Kammer auch im Beschluss vom 18. Dezember 2015 im Ergebnis unterlassen hat, das sachgerechte Kriterium des hinreichend effizienten Wettbewerbers anzuwenden, ist unbeachtlich. Denn unabhängig davon, ob die Bundesnetzagentur im Zeitpunkt der Beschlussfassung über ein konkretes Modell zur Bestimmung der Kosten eines hinreichend effizienten Wettbewerbers verfügte oder nicht, sind die wettbewerbsbehindernden Wirkungen, die von den beantragten Entgelten ausgehen, ohne nennenswerten

Prüfungsaufwand erkennbar. Nach Maßgabe des Kriteriums des hinreichend effizienten Wettbewerbers wird die zulässige Grenze zum Marktmachtmissbrauch bereits dann überschritten, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen die aus einem ehemaligen Monopol resultierenden Kostenvorteile in seine Preissetzung einfließen lässt. Nach dem PostG führt ein solches Verhalten auf den wettbewerbsarmen Briefmärkten zu einem Verstoß gegen § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG und gegen § 32 PostG.

Die von den Wettbewerbern der Deutschen Post AG nicht nachbildbaren Kostenvorteile, die der Deutsche Post InHaus Services GmbH dadurch entstehen, dass sie ihr Geschäft in oder jedenfalls bei den jeweiligen Briefzentren der Deutschen Post AG betreibt, wurden im Rahmen des zwischen ihr und der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH bestehenden Dienstleistungsvertrages an letztere weitergereicht. Es war für die Bundesnetzagentur somit – ohne dass sie über ein konkretes Modell zur Bestimmung der Kosten eines hinreichend effizienten Wettbewerbers verfügte – erkennbar, dass die beantragten Entgelte den Vorgaben des Kriteriums des hinreichend effizienten Wettbewerbers zuwiderlaufen. Die Nichteinhaltung der Anforderungen des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG war somit auch bereits ohne das Bestehen eines konkreten Modells zur Bestimmung der Kosten eines hinreichend effizienten Wettbewerbers offenkundig i. S. d. § 21 Abs. 3 S. 2 PostG. Im Zuge der Anlegung eines konkreten Modells zur Bestimmung der Kosten eines hinreichend effizienten Wettbewerbers wäre somit lediglich das konkrete Ausmaß des ohnehin bereits offenkundigen Verstoßes gegen das Abschlagsverbot des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG exakt berechnet worden.

Das Abstellen allein auf die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens und die damit verbundene Anwendung des Kriteriums des ebenso effizienten Wettbewerbers steht in deutlichem Widerspruch zum jüngsten Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2015 in der Rechtssache „Post Danmark II“. In diesem stellt der EuGH klar, dass die Anwendung dieses Kriteriums auf die aus dem ehemaligen Monopol gewachsenen, wettbewerbsfernen Briefmärkte selbst nach Maßgabe des allgemeinen Wettbewerbsrechts nicht sachgerecht ist.<sup>30</sup> Diese 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.

Dieser besonderen Verantwortung des marktbeherrschenden Unternehmens ist deshalb bereits im Rahmen der Missbrauchskontrolle nach dem allgemeinen Wettbewerbsrecht durch die Anwendung des Kriteriums des hinreichend effizienten Wettbewerbers Rechnung zu tragen. Da § 1 PostG nicht lediglich auf die Sicherstellung eines funktionsfähigen, chancengleichen Wettbewerbs zielt, sondern bereits die (vorgelagerte) Förderung eines solchen bezweckt,<sup>31</sup> gilt dies erst recht für das deutsche PostG. Die in dem Urteil des EuGH vom 6. Oktober 2015 in der Rechtssache „Post Danmark II“

25 EuGH, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 59 (Urt. v. 6.10.2015 – Rs. C-23/14) – *Post Danmark II*; a.A. wohl Bundesnetzagentur, Beschl. v. 18.12.2015 – Az. BK5-15/032, S. 23.

26 Vgl. EuGH, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 59 (Urt. v. 6.10.2015 – Rs. C-23/14) – *Post Danmark II*.

27 Vgl. Meyer (Fn. 9), S. 35 f.

28 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 18.12.2015 – Az. BK5-15/032, S. 26.

29 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 18.12.2015 – Az. BK5-15/032, S. 26.

30 EuGH, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 59 (Urt. v. 6.10.2015 – Rs. C-23/14) – *Post Danmark II*.

31 So auch Herdegen, in: Beck'scher PostG-Kommentar (Fn. 10), § 1 Rn. 12; Lemberg/Katzschmann, in: Groebel u.a. (Fn. 10), Kap. D. Rn. 18 ff.; Meyer (Fn. 9), S. 157 m.w.N.

betonte besondere Verantwortung marktbeherrschender Unternehmen für den bestehenden Restwettbewerb nach Art. 102 AEUV – der nur durch die Anwendung des Kriteriums des hinreichend effizienten Wettbewerbers Rechnung getragen werden kann – setzt folglich auch Maßstäbe für die Anwendung von § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2, § 32 PostG, die als Mindestmaß zugrunde zu legen sind.

Nach § 24 Abs. 1 S. 1 PostG hat die Regulierungsbehörde eine Überprüfung genehmigter Entgelte einzuleiten, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, welche die Annahme rechtfertigen, dass genehmigte Entgelte nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 oder 3 PostG entsprechen. Da die Bundesnetzagentur im Beschluss vom 18. Dezember 2015 entgegen dem EuGH in der Rechtssache „Post Danmark II“ das Kriterium des ebenso effizienten Wettbewerbers herangezogen hat, liegen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 24 Abs. 1 S. 1 PostG vor. Denn die Anwendung des sachgerechten Kriteriums des hinreichend effizienten Wettbewerbers hätte dazu geführt, dass die im Zuge der Eigenkonsolidierung durch die Deutsche Post InHaus Services GmbH entstehenden besonderen Kostenvorteile nicht an die Kunden des Produkts „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ hätten weitergereicht werden dürfen. § 24 Abs. 1 S. 1 PostG räumt der Bundesnetzagentur kein Aufgreifermessen ein. Vielmehr ist diese verpflichtet, eine nachträgliche Überprüfung der im Beschluss vom 18. Dezember 2015 genehmigten Entgelte einzuleiten. Im Rahmen dessen hat die Bundesnetzagentur die Einhaltung der Maßstäbe des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG hinsichtlich der genehmigten Entgelte für die von der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH im Rahmen des Produkts „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ angebotenen Leistungsbestandteile nach Maßgabe des Kriteriums des hinreichend effizienten Wettbewerbers zu prüfen.

## VI. Fazit

Im Rahmen des Entgeltgenehmigungsverfahrens für das Produkt „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH legte die Bundesnetzagentur in ihrem Beschluss vom 18. Dezember 2015 für die Bestimmung der zulässigen Höhe der von der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH beantragten Entgelte nicht die Kosten eines hinreichend effizienten Wettbewerbers, sondern die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens selbst zugrunde. Dadurch setzt sich die Bundesnetzagentur in Widerspruch zum jüngsten Urteil des EuGH in der Rechtssache „Post Danmark II“. Die Anwendung des Kriteriums des ebenso effizienten Wettbewerbers im jüngsten Beschluss der Bundesnetzagentur hatte zur Folge, dass die gegenüber den Wettbewerbern der Deutschen Post AG bestehenden Kostenvorteile, die der Deutsche Post InHaus Services GmbH dadurch entstehen, dass sie ihr Geschäft in oder jedenfalls bei den jeweiligen Briefzentren der Deutschen Post AG betreibt, im Rahmen des zwischen ihr und der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH bestehenden Dienstleistungsvertrages an letztere weitergereicht werden konnten.

Hinter dem Produkt „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH verbirgt sich somit bereits aus diesem Grund eine missbräuchliche Preis-Kosten-Schere. Denn indem die Deutsche Post InHaus Services GmbH diese für die Wettbewerber der Deutschen Post AG nicht nachbildbaren Kostenvorteile an ihr Schwesterunternehmen Deutsche Post E-Post Solutions GmbH im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages „durchreicht“, finden sich diese auch in deren Preiskalkulationen und somit in den

veranschlagten Entgelten für das Produkt „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ wieder. Dadurch zahlen die Kunden der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH im Ergebnis für diese Leistungsbestandteile einen geringeren Preis als alternative Konsolidierer, die ihre Sendungen über den „klassischen“ Teilleistungszugang der Deutschen Post AG zustellen lassen (müssen).

Der Verstoß gegen das Abschlagsverbot des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG war vorliegend bereits unabhängig davon, ob die Bundesnetzagentur im Prüfungszeitpunkt über ein konkretes Modell zur Bestimmung der Kosten eines hinreichend effizienten Wettbewerbers verfügte, erkennbar und somit offenkundig i. S. d. § 21 Abs. 3 S. 2 PostG. Im Zuge der Anlegung eines konkreten Modells zur Bestimmung der Kosten eines hinreichend effizienten Wettbewerbers wäre lediglich das konkrete Ausmaß des ohnehin bereits offenkundigen Verstoßes gegen das Abschlagsverbot des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG der Höhe nach exakt berechnet worden. Nach Maßgabe des Kriteriums des hinreichend effizienten Wettbewerbers wird die zulässige Grenze zum Marktmissbrauch bereits dann überschritten, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen die aus einem ehemaligen Monopol resultierenden Kostenvorteile in seine Preissetzung einfließen lässt. Diese Vorgabe des Kriteriums des hinreichend effizienten Wettbewerbers war im Beschluss vom 18. Dezember 2015 auch ohne das Bestehen eines konkreten Modells zur Bestimmung der Kosten eines hinreichend effizienten Wettbewerbers für die Bundesnetzagentur umsetzbar. Es war für die Bundesnetzagentur erkennbar, dass die von den Wettbewerbern der Deutschen Post AG nicht nachbildbaren Kostenvorteile, die der Deutsche Post InHaus Services GmbH dadurch entstehen, dass sie ihr Geschäft in oder jedenfalls bei den jeweiligen Briefzentren der Deutschen Post AG betreibt, im Rahmen des zwischen ihr und der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH bestehenden Dienstleistungsvertrages an letztere weitergereicht wurden. Es wäre der Bundesnetzagentur zumindest möglich gewesen, zu verhindern, dass sich diese – von den Wettbewerbern der Deutschen Post AG nicht nachbildbaren und somit gegen das Kriterium des hinreichend effizienten Wettbewerbers verstoßenden – Kostenvorteile in einer die Preis-Kosten-Scheren verursachenden Weise in den genehmigten Entgelten für das Produkt „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“ der Deutsche Post E-Post Solutions GmbH niederschlagen. Selbst wenn die Bundesnetzagentur im Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht über ein konkretes Modell zur Bestimmung der Kosten eines hinreichend effizienten Wettbewerbers verfügte, berechnete dies die Behörde gerade nicht dazu, in ihrem Beschluss vom 18. Dezember 2015 auf das unsachgerechte Kriterium des ebenso effizienten Wettbewerbers zurückzufallen und alle umsetzbaren Vorgaben des Kriteriums des hinreichend effizienten Wettbewerbers außer Acht lassen zu dürfen.

Die Bundesnetzagentur ist nach § 24 Abs. 1 S. 1 PostG verpflichtet, eine nachträgliche Überprüfung der im Beschluss vom 18. Dezember 2015 genehmigten Entgelte einzuleiten. Im Rahmen dieses Verfahrens wird auch zu klären sein, ob die bereits bestehende Preis-Kosten-Schere im vorliegenden Fall möglicherweise noch dadurch verstärkt wurde, dass neben den aus der Eigenkonsolidierung resultierenden besonderen Kostenvorteilen der Deutsche Post InHaus Services GmbH auch die höchstmöglichen Teilleistungsrabatte an die Deutsche Post E-Post Solutions GmbH weitergereicht und anschließend eingepreist wurden.