

Zu guter Letzt ...

... „Postwendende Reform – Jetzt“!

Mit diesen markigen Worten betitelt die sonst so nüchterne Monopolkommission ihr gemäß § 44 PostG erstelltes Sondergutachten Nr. 74 zum Postsektor vom 7. Dezember 2015. Eine der zentralen Forderungen der Monopolkommission wird unter Tz. 246 (Handlungsempfehlungen an die Bundesregierung und die gesetzgebenden Körperschaften) wie folgt formuliert:

„Ein Preis-Kosten-Scheren-Test analog zu § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG sowie ein Entgelt-Konsistenzgebot analog zu § 27 Abs. 2 TKG sollen in das PostG aufgenommen werden. Hiermit würde der Problematik von Preis-Kosten-Scheren vor allem im Bereich des Zugangswettbewerbs angemessen Rechnung getragen und die Abschreckungswirkung des Verbotes von Preis-Kosten-Scheren erhöht.“

Kräftigen Rückenwind bekommt diese Forderung der Monopolkommission nun von dem Kartellsenat des OLG Düsseldorf. Dieser hat in seiner Entscheidung vom 6. April 2016 (zum Az. VI-Kart 9/15 [V]) die Beschwerde der Deutschen Post AG (DPAG) gegen den Beschluss des BKartA vom 2. Juli 2015 (zum Az. B9-128/12) im sog. „Großkundenverfahren“ zurückgewiesen. Die Rechtsbeschwerde zum BGH gegen seine Entscheidung hat das OLG Düsseldorf nicht zugelassen. Entscheidungsgegenstand waren die in dem angegriffenen Beschluss des BKartA sanktionierten, von der DPAG bestimmten Telekommunikationsunternehmen u. a. in Form von Werbevergütungen eingeräumten Entgeltermäßigungen für den Werbungsaufdruck des Posthorns mit dem gelb unterlegten Slogan „Zugestellt durch die Deutsche Post“ auf die Großkundenbriefe. Die Werbevergütungen zugunsten der Großkunden wurden dabei jeweils so kalkuliert, dass ein zuvor mit dem jeweiligen Großkunden vereinbarter rabattierter „Zielpreis“ erreicht wurde. Die so für die Großkunden rabattierten „Zielpreise“ lagen unter den von der DPAG ihren Wettbewerbern berechneten Teilleistungsentgelten, welche ihrerseits Großkundenbriefe von der DPAG zustellen lassen.

Der Kartellsenat des OLG Düsseldorf macht in seiner Entscheidung vom 6. April 2016 sehr deutlich, dass diese „Zielpreisvereinbarungen“ zweifellos zu den vom BKartA festgestellten marktmachtmissbräuchlichen Preis-Kosten-Scheren führen. Die zwischen der DPAG und den Telekommunikationsunternehmen vertraglich vereinbarten Werbekooperationen verfolgten den Zweck, über die üblichen Mengenrabatte hinaus einen zusätzlichen Rabatt auf das Beförderungsentgelt zu gewähren, der dazu führte, dass die den Telekommunikationsunternehmen angebotenen Entgelte für die Ende-zu-Ende-Beförderung geringer als die marktüblichen Teilleistungsentgelte waren. Darüber hinaus hat der Kartellsenat des OLG Düsseldorf auch keine Zweifel, dass die vom BKartA festgestellten Treuerabatte bzw. Alleinbezugsbindungen missbräuchlich sind.

Da die DPAG sowohl auf dem Teilleistungsmarkt als auch auf dem Markt für die Ende-zu-Ende-Beförderung von Briefsendungen angesichts ihrer hohen Marktanteile auf beiden Märkten, ihrer großen Finanzkraft und des Umstands, dass sie als einziges Unternehmen bundesweit flächendeckend Briefdienstleistungen erbringt, klar marktbeherrschend ist, trifft sie die in der Rechtsprechung des EuGH betonte Pflicht,

potenziell wettbewerbsschädliche Wirkungen der Preisgestaltung, insbesondere Preis-Kosten-Scheren, zu vermeiden.

Den Vortrag der DPAG zur Duplizierbarkeit des Zustellnetzes der DPAG hat der Kartellsenat des OLG Düsseldorf als „weitab von einer Substantiierung“ verworfen. Ohnehin bliebe die DPAG selbst bei einer unterstellten Duplizierbarkeit ihres Zustellnetzes durch Wettbewerber nach § 28 PostG verpflichtet, ihren Wettbewerbern den Zugang zu ihren Teilleistungen effektiv zu gewähren.

Offenbar hat die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 6. April 2016 nun endlich auch die Bundesnetzagentur im – unter regulatorischer Lethargie leidenden – Postsektor auf den Plan gerufen, den Vorwurf der Preis-Kosten-Schere ernster zu nehmen als bisher. Noch in ihrem Beschluss vom 18. Dezember 2015 (zum Az. BK5-15-032) hatte die Bundesnetzagentur den Vorwurf der Preis-Kosten-Schere zum gleichen Sachverhalt nonchalant mit dem abenteuerlichen – den Amtsermittlungsgrundsatz verkennenden – Argument zurückgewiesen, dass die zuständige Beschlusskammer „noch nicht über eine Konzeption und ein sich daraus ableitendes Modell, das die Kosten eines ‚hinreichend effizienten Wettbewerbers‘ nachbildet“, verfüge (Bundesnetzagentur, Beschl. v. 18.12.2015 – Az. BK5-15-032, S. 26).

Sowohl die Entscheidung des OLG Düsseldorf als auch das Sondergutachten Nr. 74 der Monopolkommission zum Postsektor machen nun zweierlei ganz deutlich:

1. Jetzt muss die Bundesnetzagentur im Postsektor nicht mehr „zum Jagen getragen“ werden; sie muss als dem Rechtsstaatsprinzip und dem Amtsermittlungsgrundsatz verpflichtete Regulierungsbehörde schlicht Preis-Kosten-Scheren-Befunde ausermitteln und ggf. auf der Tatbestandsseite den einschlägigen (Ex-ante-) Ermächtigungsgrundlagen des PostG zugrunde legen.
2. Die Eindeutigkeit der Feststellungen des OLG Düsseldorf und des BKartA, dass die den Telekommunikationsunternehmen angebotenen Entgelte für die Ende-zu-Ende-Beförderung geringer als die marktüblichen Teilleistungsentgelte seien, macht – im Lichte der bisherigen Lethargie der Bundesnetzagentur – de lege ferenda die von der Monopolkommission vorgeschlagene Novelle des PostG zur Kodifizierung des Preis-Kosten-Scheren-Testes sowie des Entgeltkonsistenzgebotes nach dem Vorbild des TKG erforderlich (vgl. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG bzw. § 27 Abs. 2 TKG). Wenn nämlich die DPAG nach § 28 PostG verpflichtet ist, ihren Wettbewerbern den Zugang zu ihren Teilleistungen zu gewähren, so lässt sich die Effektivität des Teilleistungszugangs (nach dem Vorleistungsvorbild des TKG) nur sicherstellen, wenn gleichzeitig das Verbot des Preis-Kosten-Scheren-Missbrauchs sowie das Entgeltkonsistenzgebot im PostG ausdrücklich kodifiziert werden.

Einem – den Regulierer narrenden – Springteufel gleich taucht die Preis-Kosten-Schere immer wieder in den unterschiedlichsten Produktformaten der DPAG und ihrer Tochterunternehmen auf, wie auch in dem „E-Post-Brief mit klassischer Zustellung“ (dazu *Koenig/Meyer*, N&R 2016, 98).

Christian Koenig