

Dr. Thomas Brach, Prof. Dr. Justus Haucap und Prof. Dr. Christian Koenig*

Die Anwendungsperspektiven der neuen Missbrauchsvermutung „Preis-Kosten-Schere“ nach § 20 Abs. 4 PostG

Mit § 20 Abs. 4 PostG wird eine gesetzliche Ermächtigung der Bundesnetzagentur zur effektiven Entgeltkontrolle eingeführt, bei der ein Marktmachtmissbrauch zu vermuten ist, wenn die Spanne zwischen dem Entgelt, das ein marktbeherrschender Lizenznehmer 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. Die Abhandlung leistet einen rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Beitrag zur Auslegung und damit zu den Anwendungsperspektiven der neuen Missbrauchsvermutung in den vielfältigen Fallgestaltungen von Preis-Kosten-Scheren.

* Der Beitrag beruht auf einem rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Gutachten.

I. Ausgangslage im Postsektor

Während im Telekommunikationssektor § 27 Abs. 2 TKG mit dem Entgeltkonsistenzgebot 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, fehlten dem PostG bisher sowohl ein entsprechendes ausdrückliches regulatorisches Konsistenzgebot als auch ein ausdrücklich angeordneter Preis-Kosten-Scheren-Test. Im Postsektor sind die durch Preis-Kosten-Scheren induzierten Probleme der Wettbewerber noch größer als im Telekommunikationssektor. Die Wettbewerber der Deutschen Telekom AG sind aufgrund der Digitalisierung sowie der Netzkonvergenz und damit einhergehender Innovationstreiber – unterstützt durch eine asymmetrische Regulierung – recht bald in der Lage gewesen, die aus der vertikalen Integration des marktbeherrschenden Unternehmens resultierenden Wettbewerbsprobleme auf der Vorleistungs- und der Endkundenebene zumindest teilweise zu überwinden. Im Vergleich zum Telekommunikationssektor erweisen sich die Skalen- und Verbundvorteile der Deutschen Post AG (DPAG) im personalintensiven und an Realanlagen gebundenen Postsektor als erheblich hinderlicher.

Ohne eine Kodifikation im PostG sah sich die Bundesnetzagentur mangels einer expliziten Ermächtigungsgrundlage (Vorbehalt des Gesetzes) nicht in der Lage, die Preis-Kosten-Scheren angemessen regulatorisch aufzugreifen.¹ Darin sah sie sich bestärkt durch die Rechtsprechung des OVG Münster.² Damit fehlte aus Sicht der Bundesnetzagentur ein wirksames Instrument zur Verhinderung einer missbräuchlichen strategischen Verquickung von Vorleistungs- und Endkundenmärkten durch das marktbeherrschende Unternehmen.

Gemäß § 28 Abs. 1 S. 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 und dem marktbeherrschenden Lizenznehmer wirtschaftlich zumutbar ist.

§ 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 1000 Gramm beträgt (vgl. § 5 Abs. 1 PostG), bis zum Empfänger in Betracht.

Seit dem Auslaufen der Exklusivlizenz der DPAG am 31. Dezember 2007 bedürfen die Teilleistungsentgelte nach Ansicht der Bundesnetzagentur nicht mehr der Genehmigung durch die Behörde. Die Bundesnetzagentur sieht in § 28 Abs. 2 S. 1 PostG, der eine Genehmigungspflicht für Teilleistungsentgelte nach den §§ 19, 20 PostG statuiert, eine Rechtsgrundverweisung.³ Nach § 19 S. 2 PostG gilt die Entgeltgenehmigungspflicht gemäß § 19 S. 1 PostG nicht für Entgelte solcher Briefbeförderungsleistungen, die ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Briefsendungen angewendet werden. Da die Teilleistungsverträge bezüglich der GroBannahmestellen (Briefzentren Abgang und Eingang [BZA und BZE]) ausnahmslos größere Einlieferungsmengen als 50 Briefsendungen vorsehen, besteht nach § 19 S. 2 PostG keine Genehmigungspflicht für die Teilleistungsentgelte. Dann unterliegen die Teilleistungsentgelte aber zumindest der nachträglichen Entgeltkontrolle gemäß § 25 PostG. Die Pflicht der Bundesnetzagentur zur Überprüfung der Teilleistungsentgelte entsteht, wenn der Behörde Tatsachen bekanntwerden, welche die Annahme rechtfertigen, dass die Teilleistungsentgelte nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 3 PostG entsprechen. Das ist etwa der Fall,

wenn sie Abschlüsse enthalten, welche die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt für Postdienstleistungen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen (§ 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 PostG).

Die Wettbewerber der DPAG konkurrieren in preislicher Hinsicht insbesondere mit Tochtergesellschaften der DPAG, welche die sog. Eigenkonsolidierung anbieten. Bei der Eigenkonsolidierung handelt es sich um Dienstleistungen 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 nimmt. Dem sind die Bundesnetzagentur und die Gerichte bislang nicht gefolgt. Das haben sie insbesondere damit begründet, 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.⁴

Die marktbeherrschende Stellung der DPAG ist ihren Tochtergesellschaften zuzurechnen. Bei deren Dienstleistungen 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 sonstigen Wettbewerber der DPAG von entscheidender Bedeutung, welche Entgelte die Tochtergesellschaften der DPAG von ihren Kunden für die von ihnen erbrachten Dienstleistungen fordern. 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.

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 sog. 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 sind die Leistungen der DPIHS und der DPAG jeweils Zugangleistungen i. S. d. § 20 Abs. 4 Nr. 1 PostG. Die Zugangleistungen der DPIHS nimmt

1 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 30.11.2017 – Az. BK5-17/048.

2 OVG Münster, N&R 2017, 123, 125 (Beschl. v. 19.12.2016 – Az. 13 B 936/16).

3 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 7.11.2007 – Az. BK5b-07/068, S. 9.

4 Vgl. Bundesnetzagentur, Beschl. v. 27.11.2018 – Az. BK5-18/018, S. 21; OVG Münster, N&R 2017, 123, 125 (Beschl. v. 19.12.2016 – Az. 13 B 936/16).

die DPEPS unmittelbar in Anspruch. Die Zugangsleistungen der DPAG nutzt die DPEPS durch die Inanspruchnahme der Konsolidierungsleistungen der DPIHS.

In einem Beschluss vom 23. April 2021, mit dem die Bundesnetzagentur der DPEPS im Hinblick auf den Zeitraum vom 1. Juni 2021 bis zum 31. Dezember 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 i. S. d. neuen § 20 Abs. 4 PostG nachgegangen. Sie ist dabei zu dem Ergebnis gelangt, dass ein – für die Versagung der Entgeltgenehmigung vorausgesetzter (vgl. § 21 Abs. 3 S. 2 PostG) – offenkundiger Verstoß gegen das Abschlagsverbot gemäß § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 PostG nicht festzustellen sei.⁵

Preis-Kosten-Scheren kommen bei jeglichen sonstigen Vereinbarungen in Betracht, welche 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-zu-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, welche die wahren Entgelte verschleiern.

II. Preis-Kosten-Scheren als Marktmissbrauch nach Art. 102 AEUV

1. Rechtsprechung des EuGH

Die Anerkennung der Preis-Kosten-Schere als Fallgruppe des gemäß Art. 102 AEUV verbotenen Marktmissbrauchs 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. März 2012 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“.⁶

Dabei kann sich ein Verstoß gegen diese gesteigerte Verantwortung gemäß Art. 102 AEUV insbesondere aus einer missbräuchlichen Preispolitik des marktbeherrschenden Unternehmens ergeben, die eine Verdrängungswirkung gegenüber den Konkurrenten entfaltet.⁷ Dass die Nichtbeachtung der gesteigerten Verantwortung für den bestehenden Restwettbewerb durch eine Preis-Kosten-Schere als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gemäß Art. 102 AEUV zu bewerten ist, entschied der EuGH bereits in der Rechtssache „Deutsche Telekom“ mit Urteil vom 14. Oktober 2010.⁸ Konkret bestätigte der EuGH das Vorliegen einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere aufgrund der Verdrängungswirkung, obwohl die Vorleistungs- und die Endkundenentgelte sogar jeweils ex ante von der Regulierungsbehörde genehmigt worden waren.⁹ 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 so eine Preis-Kosten-Schere zulasten marktschwächerer Wettbewerber zu vermeiden. Bereits daraus folgte ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot.¹⁰

Diese Rechtsprechung zur Preis-Kosten-Schere hat der EuGH konsequent weiterverfolgt.¹¹ So bestätigte er in der Rechtssache „TeliaSonera“ mit Urteil vom 17. Februar 2011, dass es sich bei der Preis-Kosten-Schere um eine allgemeine Fallgruppe des Marktmissbrauchsverbotes gemäß Art. 102 AEUV handelt. Dabei stellte der EuGH erneut klar, dass bereits die Margenbeschneidung, die aus einer Preis-Kosten-Schere folgt, für sich allein eine missbräuchliche Verhaltensweise i. S. d. Art. 102 AEUV darstellt.¹² Demzufolge kommt es allein auf die Margenbeschneidung an, so dass eine isolierte Prüfung der Missbräuchlichkeit der einzelnen Vorleistungs- und Endkundenentgelte entbehrlich ist.¹³

In seinem „Post Danmark II“-Urteil vom 6. Oktober 2015 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, wenn die Auskömmlichkeit der Gewinnmarge zu bestimmen ist.¹⁴

2. Die Beschlüsse des BKartA und des OLG Düsseldorf zu Großkundenpreisen für den Briefversand

Das BKartA stellte durch Beschluss vom 2. Juli 2015 einen Verstoß der DPAG gegen § 19 Abs. 1 GWB, Art. 102 AEUV in Gestalt einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere fest.¹⁵ Diese bestand darin, dass die DPAG vier Telekommunikationsdienstleistern Entgelte für End-zu-End-Beförderungsleistungen gewährt hatte, welche niedriger als die Entgelte waren, welche die Wettbewerber der DPAG für deren Teilleistungen ab den Briefzentren Abgang und Eingang der DPAG zu entrichten hatten. Das BKartA identifizierte die marktbeherrschende Stellung der DPAG sowohl auf dem Endkundenmarkt als auch auf dem durch die Teilleistungen bestimmten Vorleistungsmarkt. Es betonte zugleich, dass die marktbeherrschende Stellung auf dem Vorleistungsmarkt für die Feststellung einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere ausreichend sei. Eine Marktsegmentierung danach, ob es sich bei den Wettbewerbern um vertikal integrierte Unternehmen oder um Konsolidierer handelt, sei nicht geboten. Eine wettbewerbswidrige Verdrängungswirkung des geprüften Handelns müsse nicht positiv festgestellt werden. Ausreichend sei eine

5 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 23.4.2021 – Az. BK5-21/005, S. 20 ff.

6 EuGH, N&R 2012, 185, 186 – ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 23 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) – *Post Danmark I*.

7 EuGH, N&R 2012, 185, 186 – ECLI:EU:C:2012:172, Rn. 25 (Urt. v. 27.3.2012 – Rs. C-209/10) – *Post Danmark I*.

8 EuGH, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 177 (Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-280/08) – *Deutsche Telekom/Kommission*.

9 EuGH, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 178 (Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-280/08) – *Deutsche Telekom/Kommission*.

10 EuGH, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 183 (Urt. v. 14.10.2010 – Rs. C-280/08) – *Deutsche Telekom/Kommission*.

11 Vgl. nur EuGH, ECLI:EU:C:2011:83 (Urt. v. 17.2.2011 – Rs. C-52/09) – *TeliaSonera*; ECLI:EU:C:2014:2062 (Urt. v. 14.7.2014 – Rs. C-295/12 P) – *Telefónica*.

12 EuGH, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 32 (Urt. v. 17.2.2011 – Rs. C-52/09) – *TeliaSonera*.

13 EuGH, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 34 (Urt. v. 17.2.2011 – Rs. C-52/09) – *TeliaSonera*.

14 EuGH, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 59, 62 (Urt. v. 6.10.2015 – Rs. C-23/14) – *Post Danmark II*.

15 BKartA, Beschl. v. 2.7.2015 – Az. B9-128/12.

potentiell wettbewerbswidrige Verdrängungswirkung der Preis-Kosten-Schere.

Durch Beschluss vom 6. April 2016 bestätigte das OLG Düsseldorf diese Entscheidung des BKartA.¹⁶ Die Frage, ob für den Vorwurf der Preis-Kosten-Schere maßgeblich auf den Teilleistungsmarkt oder den End-zu-End-Markt abzustellen sei, könne auf sich beruhen, da die DPAG auf beiden Märkten eine marktbeherrschende Stellung habe.¹⁷ 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 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 ihre 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.¹⁸

Das OLG Düsseldorf bestätigte die Annahme des BKartA, dass die festgestellte Preis-Kosten-Schere 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-zu-End-Markt bei Bedarf einen Teilleistungszugang zu ihrem Zustellnetz zu gewähren.¹⁹

Gehe es, wie in dem vom Gericht zu beurteilenden Fall, um die Anwendung einer negativen Preis-Kosten-Schere, 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.²⁰ Eine potentielle Verdrängungswirkung sei im Fall der negativen Preis-Kosten-Schere 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 Preis-Kosten-Schere beim beherrschenden Unternehmen oder bei seinen Wettbewerbern zu Verlusten führt und ob diese Verluste ausgeglichen werden können. Danach habe die DPAG bei Abschluss der streitbefangenen Briefbeförderungsverträge eine wettbewerbsrechtswidrige Preis-Kosten-Schere praktiziert. Von der negativen Preis-Kosten-Schere 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 Preis-Kosten-Schere der DPAG

missbräuchlich. Wirtschaftliche Gründe, welche 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 Preis-Kosten-Schere keine Rolle. Die Missbräuchlichkeit einer negativen Preis-Kosten-Schere entfalle nicht dadurch, dass sie auf Seiten des Marktbeherrschers 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.²¹

III. Auslegung von § 20 Abs. 4 PostG anhand des Wortlauts, der Systematik und des Regelungszwecks

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 Preis-Kosten-Scheren-Missbrauchsvermutung nach § 20 Abs. 4 PostG sind auf jeden Fall marktbeherrschende Lizenznehmer, die sowohl auf dem vorgelagerten Teilleistungsmarkt als auch auf dem nachgelagerten End-zu-End-Beförderungsmarkt für Briefsendungen eine marktbeherrschende Stellung innehaben.

Aber auch wenn nur auf dem Teilleistungsmarkt, nicht aber auf dem End-zu-End-Markt eine marktbeherrschende Stellung besteht, wird der nur auf dem Teilleistungsmarkt marktbeherrschende Lizenznehmer von der Preis-Kosten-Scheren-Missbrauchsvermutung nach § 20 Abs. 4 PostG adressiert. Denn er ist regelmäßig in der Lage, seine Marktmacht von dem vorgelagerten beherrschten Teilleistungsmarkt auf den nachgelagerten End-zu-End-Beförderungsmarkt durch entsprechende Strategien bei der Gestaltung und Darstellung der Großkundenteilleistungsentgelte bzw. der Großendkundenentgelte zu hebeln und damit seine Marktmacht auf dem End-zu-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-zu-End-Beförderungsmarkt so zu justieren, dass insbesondere den Konsolidierern die wettbewerbliche Grundlage für eine auskömmliche Gewinnmarge entzogen wird.

16 OLG Düsseldorf, N&R 2016, 313 (Beschl. v. 6.4.2016 – Az. VI-Kart 9/15 [V]).

17 OLG Düsseldorf, N&R 2016, 313, 314 (Beschl. v. 6.4.2016 – Az. VI-Kart 9/15 [V]).

18 OLG Düsseldorf, N&R 2016, 313, 316 (Beschl. v. 6.4.2016 – Az. VI-Kart 9/15 [V]).

19 OLG Düsseldorf, N&R 2016, 313, 318 (Beschl. v. 6.4.2016 – Az. VI-Kart 9/15 [V]).

20 Hierzu und zum Folgenden OLG Düsseldorf, N&R 2016, 313, 318 (Beschl. v. 6.4.2016 – Az. VI-Kart 9/15 [V]).

21 OLG Düsseldorf, N&R 2016, 313, 319 (Beschl. v. 6.4.2016 – Az. VI-Kart 9/15 [V]).

Dass für den Preis-Kosten-Scheren-Tatbestand maßgeblich auf die Beherrschung des vorgelagerten Marktes, nicht aber kumulativ auch auf eine nachgelagerte Marktbeherrschung abzustellen ist, damit das Verbot des Marktmachtmissbrauchs (Art. 102 AEUV) gegenüber Hebel- und Koppelungsstrategien praktisch wirksam bleibt, hat der EuGH in seinem Urteil vom 17. Februar 2011 in der Rechtssache „TeliaSonera“ dargelegt.²²

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). 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 hinreichende Kontrolle ihrer Verhaltensspielräume durch Wettbewerber ausgeschlossen ist.²³ Darüber hinaus beherrscht die DPAG den End-zu-End-Beförderungsmarkt,²⁴ ohne dass dies für die Bestimmung der marktbeherrschenden Stellung i. S. v. § 20 Abs. 4 PostG nach dem „TeliaSonera“-Urteil erforderlich wäre. Auf dem End-zu-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 Regionen der mit übermäßigem Abstand größte Anbieter von Briefbeförderungsdienstleistungen. Die marktbeherrschende Stellung der DPAG auch auf dem End-zu-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%. Für das Jahr 2020 erwartet die Bundesnetzagentur keine wesentliche Veränderung. 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 Millionen Euro erwirtschaftete.²⁵ 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-zu-End-Beförderungsmarkt.²⁶ Das unter den Wettbewerbern aktuell größte Unternehmen hat einen auf den Umsatz bezogenen Marktanteil von unter 5%.²⁷ Keines der im Bereich lizenzpflichtiger Briefdienstleistungen tätigen Unternehmen war bislang in der Lage, seine Position in größerem Umfang auszubauen. Daher geht die Bundesnetzagentur 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 zu dem des nächstgrößten Anbieters die besondere Marktstellung der DPAG unterstreicht.

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 S. 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. 2 PostG bedürfen die Teilleistungsentgelte der Ex-ante-Genehmigung (§§ 19 und 20 PostG), wenn die Teilleistungen in die AGB des verpflichteten Lizenznehmers aufgenommen werden. Werden die Teilleistungen dagegen nicht in den AGB 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 S. 3 PostG).

3. Die Spanne zwischen dem Zugangsentgelt und dem Endkundenentgelt

Eine Preis-Kosten-Schere i. S. d. § 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.²⁸ 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 Preis-Kosten-Scheren-Missbrauchsvermutung nicht praktisch leerläuft.

Im Hinblick auf die Ausgestaltung einer Preis-Kosten-Schere sind grundsätzlich zwei verschiedene Typen denkbar. Bei der Differenzierung zwischen den beiden Preis-Kosten-Scheren-Typen dient das Delta zwischen den Endkundenentgelten im nachgelagerten Markt und den Vorleistungsentgelten des marktbeherrschenden Unternehmens als maßgebliches Kriterium.²⁹ Einerseits kann das Vorleistungsentgelt über dem Endkundenentgelt liegen oder mit diesem gleichlaufen.³⁰ In diesem Falle ist das Delta negativ oder gleich null. Andererseits kann das Vorleistungsentgelt unter dem Endkundenentgelt liegen, so dass das Delta positiv ist.³¹

22 EuGH, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 88 f. (Urt. v. 17.2.2011 – Rs. C-52/09) – *TeliaSonera*.

23 OLG Düsseldorf, N_oR 2016, 313, 315 (Beschl. v. 6.4.2016 – Az. VI-Kart 9/15 [V]).

24 Hierzu und zum Folgenden Bundesnetzagentur, Beschl. v. 23.4.2021 – Az. BK5-21/005, S. 11.

25 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 23.4.2021 – Az. BK5-21/005, S. 12.

26 OLG Düsseldorf, N_oR 2016, 313, 315 (Beschl. v. 6.4.2016 – Az. VI-Kart 9/15 [V]).

27 Hierzu und zum Folgenden Bundesnetzagentur, Beschl. v. 23.4.2021 – Az. BK5-21/005, S. 12.

28 *Nett/Neumann/Vogelsang*, Geschäftsmodelle und konsistente Entgeltregulierung, 2004, S. 42.

29 Meyer, Die Preis-Kosten-Schere im Europäischen Wettbewerbs- und im nationalen Postrecht, 2015, S. 26.

30 *Schütz/Neumann*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. A., 2013, § 28 Rn. 102.

31 Meyer (Fn. 29), S. 26; *Schütz/Neumann* (Fn. 30), § 28 Rn. 102.

a) Preis-Kosten-Schere Typ 1:

Endkundenentgelt - Vorleistungsentgelt ≤ 0
(Negation einer Gewinnmarge)

Die Preis-Kosten-Schere 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 Preis-Kosten-Schere ist stets missbräuchlich, da sie zwangsläufig zur Negation einer Gewinnmarge für die Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens führt.³²

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.³³ 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 eine Gewinnmarge enthalten.³⁴ Die Nachfrage auf dem Endkundenmarkt würde sich vielmehr auf die (niedrigpreisigen) Endkundenleistungen des marktbeherrschenden Unternehmens konzentrieren, so dass es zu einer Verdrängung der Wettbewerber auf dem Endkundenmarkt käme.³⁵

Eine solche missbräuchliche Preis-Kosten-Schere Typ 1 kann grundsätzlich auf drei verschiedene Ursachen zurückzuführen sein. Zunächst ist es denkbar, dass das marktbeherrschende Unternehmen - isoliert betrachtet - zulässige Endkundenentgelte in Rechnung stellt und die Vorleistungsentgelte missbräuchlich hoch ausfallen. Des Weiteren ist die Inrechnungstellung von zulässigen Vorleistungsentgelten und missbräuchlich niedrigen Endkundenentgelten möglich.³⁶ Zuletzt ist eine Kombination aus überhöhten Vorleistungsentgelten und missbräuchlich niedrigen Endkundenentgelten denkbar.³⁷ Dabei stellt jedoch eine isoliert betrachtete Missbräuchlichkeit der einzelnen Entgelte für sich genommen keine Voraussetzung für das Vorliegen einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere dar.³⁸ Ausschlaggebend ist insofern allein die Margenbeschneidung, die sich aus der Preispolitik des marktbeherrschenden Unternehmens ergibt.³⁹

Die Preis-Kosten-Schere Typ 1 war bereits Gegenstand des Kommissionsbeschlusses 2003/707/EG in der Rechtssache „Deutsche Telekom“ vom 21. Mai 2003, der durch den EuGH mit Urteil vom 14. Oktober 2010 bestätigt wurde.⁴⁰

b) Preis-Kosten-Schere Typ 2:

Endkundenentgelt - Vorleistungsentgelt > 0

Die Preis-Kosten-Schere 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 ebenso effizienten Wettbewerber („as efficient competitor“) also möglich, aber die Spanne für den nur hinreichend effizienten Wettbewerber („reasonably efficient competitor“) ohne vergleichbare Skalen- und Verbundvorteile nicht auskömmlich ist, um dessen Kosten zu amortisieren.⁴¹

Dass auch im Falle eines positiven Deltas zwischen Endkunden- und Vorleistungsentgelten eine missbräuchliche Preis-Kosten-Schere vorliegen kann, entschied die Kommission

erstmalig in der Sache „Napier Brown/British Sugar“ am 18. Juli 1988.⁴² Diese Entscheidungspraxis zur Preis-Kosten-Schere 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 2. Juli 2007 zugrunde.⁴³

Da sich die Preis-Kosten-Schere 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. So ist die erzielbare Marge zur Bestimmung der Unauskömmlichkeit stets einem Kostenmaßstab gegenüberzustellen, anhand dessen sich ermitteln lässt, ob die für Wettbewerber erzielbare Marge ausreicht, um die produktspezifischen Kosten des Wettbewerbers vollständig zu amortisieren.⁴⁴ Als Kostenmaßstab werden in regulierten Netzindustrien regelmäßig die langfristigen Zusatzkosten („long-run incremental costs“) herangezogen.⁴⁵

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 zu niedrig, um die Kosten des Wettbewerbers vollständig zu amortisieren, so liegt eine missbräuchliche Preis-Kosten-Schere 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 (Sortieren, Konsolidieren usw.) und den leistungsmengenneutralen Kosten, die anteilmäßig veranschlagt werden, zusammensetzen.⁴⁶ 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.⁴⁷ In diesem Falle wäre folglich das Endkundenentgelt für einen ebenso effizienten Wettbewerber profitabel nachbildbar, nicht jedoch für einen hinreichend effizienten Wettbewerber.⁴⁸

32 Meyer (Fn. 29), S. 139.

33 Schütz/Neumann (Fn. 30), § 28 Rn. 104.

34 So auch die Darstellung der Preissetzungsstrategie in Meyer (Fn. 29), S. 25.

35 Schütz/Neumann (Fn. 30), § 28 Rn. 104.

36 Unter Bezugnahme auf diese Ursachen auch Schütz/Neumann (Fn. 30), § 28 Rn. 104.

37 Schütz/Neumann (Fn. 30), § 28 Rn. 104.

38 EuGH, ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 34 (Urt. v. 17.2.2011 - Rs. C-52/09) - *TeliaSonera*.

39 EuGH, ECLI:EU:C:2010:603, Rn. 183 (Urt. v. 14.10.2010 - Rs. C-280/08) - *Deutsche Telekom/Kommission*; ECLI:EU:C:2011:83, Rn. 32 (Urt. v. 17.2.2011 - Rs. C-52/09) - *TeliaSonera*.

40 EuGH, ECLI:EU:C:2010:603 (Urt. v. 14.10.2010 - Rs. C-280/08) - *Deutsche Telekom/Kommission*.

41 Meyer (Fn. 29), S. 140.

42 Kommission, Entscheidung 88/518/EWG, ABl. EG 1988 L 284, 41, 54 ff. Rn. 65 ff. - *Napier Brown/British Sugar*.

43 Kommission, Entscheidung v. 2.7.2007 - COMP/38.784 - *Telefónica*; siehe bereits Kommission, Beschluss 2003/707/EG - *Deutsche Telekom*.

44 Meyer (Fn. 29), S. 30.

45 Meyer (Fn. 29), S. 30; BKartA, Beschl. v. 6.8.2009 - Az. B7-11/09, Rn. 65 - *MABEZ-Dienste*.

46 Meyer (Fn. 29), S. 140.

47 Meyer (Fn. 29), S. 140; Schütz/Neumann (Fn. 30), § 28 Rn. 105.

48 Schütz/Neumann (Fn. 30), § 28 Rn. 105.

4. Eigenanteil des Zugangspetenten an der Wertschöpfung

Nach § 20 Abs. 4 PostG besteht die Vermutung eines Verstoßes gegen das Abschlagsverbot (§ 20 Abs. 3 S. 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 ist, deren Einzelgewicht nicht mehr als 1000 g beträgt, wird der Umfang der denkbaren Eigenanteile an der Wertschöpfung maßgeblich durch den Begriff der Beförderung i. S. v. § 4 Nr. 3 PostG bestimmt.

Beförderung i. S. v. § 4 Nr. 3 PostG ist das Einsammeln, Weiterleiten oder Ausliefern von Postsendungen an den Empfänger. Sie setzt das Bestehen einer Postsendung voraus, so dass Leistungen, die auf die Herstellung einer Briefsendung gerichtet sind, nicht Bestandteil des Eigenanteils an der Wertschöpfung i. S. v. § 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 Übergabe der Briefsendungen am Zugangspunkt des marktbeherrschenden Lizenznehmers enden, taugliche Bestandteile des Eigenanteils an der Wertschöpfung i. S. v. § 20 Abs. 4 PostG. Umfasst ist die gesamte Wertschöpfungskette vom Absender bis zum Empfänger.⁴⁹

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, welche 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 Preis-Kosten-Scheren 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 PostG – 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-zu-End-Wettbewerbern, die

ausschließlich Zugangsleistungen des marktbeherrschenden Lizenznehmers in Anspruch nehmen, ermöglicht wird, auskömmliche und den Wettbewerb fördernde Gewinnmargen zu erzielen, sondern ebenso End-zu-End-Wettbewerbern, welche (lediglich) ergänzend zu ihren eigenen Zustelleistungen Leistungen des marktbeherrschenden Lizenznehmers in Anspruch nehmen oder ausschließlich Eigenleistungen erbringen.⁵⁰ 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.

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 auf diejenige des marktbeherrschenden Unternehmens abstellt, um margenprofitable Endkundenentgelte nachzubilden. Stellte man auf die Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens ab, so läge eine Preis-Kosten-Schere 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.⁵¹

Diesen Prüfungsansatz hat die Bundesnetzagentur in ihren Hinweisen zu Preis-Kosten-Scheren im Telekommunikationssektor von 2007 abgelehnt und vielmehr die Kosten eines effizienten Wettbewerbers zum Maßstab erhoben.⁵² 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,
- 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,⁵³ und
- Wettbewerber regelmäßig das – aus einem staatlichen Monopol hervorgegangene – marktbeherrschende Unternehmen preislich unterbieten müssen, um dessen Goodwill-Vorteile zu überwinden.⁵⁴

Damit hat die Bundesnetzagentur 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 EuGH in seinem Urteil „Post Danmark II“ vom 6. Oktober 2015 im allgemeinen Wettbewerbsrecht (Art. 102 AEUV) im Hinblick auf Situationen

49 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 13/7774, 17, 20; RegIP, Beschl. v. 16.10.2000 – Az. BK5a-00/114, S. 15.

50 So auch Bundesnetzagentur, Beschl. v. 23.4.2021 – Az. BK5-21/005, S. 23, 26 f.

51 Nett/Neumann/Vogelsang (Fn. 28), S. 43.

52 Bundesnetzagentur, Hinweise zu Preis-Kosten-Scheren i. S. d. § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG, 2007, S. 6 ff.

53 So auch Schütz/Neumann (Fn. 30), § 28 Rn. 105.

54 In Bezug auf die Deutsche Telekom AG vgl. Schütz/Neumann (Fn. 30), § 28 Rn. 108.

großer Marktmacht und monopolbedingter vertikaler Integrations-, Skalen- und Verbundvorteile des marktbeherrschenden Unternehmens vollzogen und dabei das Kriterium des hinreichend effizienten Wettbewerbers („reasonably efficient competitor“) entwickelt.⁵⁵

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. Damit folgt § 1 PostG der sektorspezifischen Regulierungslogik eines proaktiven Herstellungsauftrages für praktisch wirksame, also funktionsfähige Wettbewerbsbedingungen, welche demgegenüber von dem allgemeinen Missbrauchsverbot (Art. 102 AEUV, § 19 Abs. 1 GWB) bereits vorausgesetzt werden.⁵⁶

Wenn aber selbst im Rahmen ihrer Marktmöglichkeiten hoch-effiziente 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 Maßstabbildung regulatorisch simulieren.

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

Aus wirtschaftswissenschaftlicher Perspektive verlangt der gesetzliche Auftrag zur Förderung des Wettbewerbs (§ 1 PostG) i. V. m. dem nunmehr um den Preis-Kosten-Scheren-Tatbestand (§ 20 Abs. 4 PostG) erweiterten Regulierungsauftrag eine substantiierte Analyse des Wettbewerbsgeschehens auf einem Markt durch die Bundesnetzagentur, bevor diese den anzulegenden Preis-Kosten-Scheren-Effizienzmaßstab nach Maßgabe der jeweils vorherrschenden Kosten- und Effizienzvorteile festlegt.

Die Bundesnetzagentur hat in ihren Hinweisen zu Preis-Kosten-Scheren im Telekommunikationsmarkt die folgenden Unterschiede zwischen den Kalkulationen des marktbeherrschenden Unternehmens und der Wettbewerber aufgeführt, wobei diese Liste nicht abschließend ist:⁵⁷

- wettbewerberspezifische Kosten,
- die Realisierung geringerer Größen- und Verbundvorteile als beim marktbeherrschenden Unternehmen,
- Nachteile im Hinblick auf Lernkurveneffekte und sog. Vorreiter- bzw. „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 Preis-Kosten-Scheren-Test durch geeignete Aufschläge auf Seiten der Wettbewerber im Verhältnis zur Kalkulation des marktbeherrschenden Unternehmens zu berücksichtigen. 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. Je weiter er diese Gruppe ausweitet, beginnend mit dem effizientesten Wettbewerber, desto weniger streng fallen die resultierenden Anforderungen an die Kosteneffizienz der Wettbewerber als relevanter Kostenmaßstab aus.

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 die daraus resultierenden Kostenunterschiede ebenfalls berücksichtigt werden. Zudem kann der Regulierer einen weiteren Hebel für Investitionsanreize der Wettbewerber setzen, indem er die gewährte Verzinsung und damit Investitionsspielräume erhöht.

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.⁵⁸ Ist der Wettbewerb auf einem Markt bisher bereits stark ausgeprägt, so dass Wettbewerber Fuß fassen konnten, kann der erforderliche Zuschlag geringer ausfallen. Hat sich hingegen bisher trotz Angeboten von Wettbewerbern kein Wettbewerb entwickelt und haben 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.⁵⁹

Zur Durchführung eines den postgesetzlichen Zielen entsprechenden Preis-Kosten-Scheren-Tests, welcher die Förderung des Wettbewerbs nach § 1 PostG gewährleistet, sollte die Bundesnetzagentur 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

55 EuGH, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 59, 62 (Urt. v. 6.10.2015 – Rs. C-23/14) – *Post Danmark II*.

56 Meyer (Fn. 29), S. 22, 23.

57 Bundesnetzagentur (Fn. 52), S. 15 f.

58 Bundesnetzagentur (Fn. 52), S. 44 ff.

59 Bundesnetzagentur (Fn. 52), S. 47.

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 schon 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.

IV. Anwendungsperspektiven von § 20 Abs. 4 PostG

Der neue gesetzliche Preis-Kosten-Scheren-Tatbestand ist von der Bundesnetzagentur 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 S. 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 Bundesnetzagentur vertretenen Auslegung von § 28 Abs. 2 S. 1 PostG – nicht genehmigungsbedürftig und daher allein Gegenstände der nachträglichen Überprüfung gemäß § 25 PostG.

In den Ex-ante-Entgeltgenehmigungsverfahren ist zu erwarten, dass eine effektive Preis-Kosten-Scheren-Prüfung am Offenkundigkeitsprinzip des § 20 Abs. 3 S. 2 PostG scheitern wird. Wie im jüngsten Entgeltgenehmigungsverfahren für den „E-POSTBRIEF mit klassischer Zustellung“⁶⁰ wird die Bundesnetzagentur voraussichtlich – bis auf weiteres – darauf verweisen, dass in der Zehn-Wochen-Frist des § 22 Abs. 1, 2 PostG eine offenkundige Preis-Kosten-Schere und damit offenkundige Abschläge, welche die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt für Postdienstleistungen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen (§ 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 PostG), nicht feststellbar seien.⁶¹

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 Zehn-Wochen-Frist sachgerecht festzustellen, ob eine Preis-Kosten-Schere offenkundig und die dadurch begründete Missbrauchsvermutung durch das regulierte Unternehmen nicht widerlegt ist.

Umso wichtiger ist es, dass die Bundesnetzagentur 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 i. S. d. § 24 Abs. 1, § 25 Abs. 1 PostG die Annahme rechtfertigt, dass die Entgelte des Marktbeherrschers nicht den Anforderungen des § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 PostG entsprechen.

Legte die Bundesnetzagentur 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 PostG zu ermitteln. Dieser Zweck würde konterkariert, wäre das Überprüfungsverfahren erst dann einzuleiten, wenn der zu ermittelnde Rechtsverstoß bereits nahezu sicher feststünde.

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

Die Bundesnetzagentur wird dabei zu berücksichtigen haben, dass die angemessene Gewinnmarge i. S. d. § 20 Abs. 4 PostG in einer Weise zu bestimmen ist, welche die Wettbewerbsmöglichkeiten aller Wettbewerber der marktbeherrschenden Dienstleister schützt und fördert. Soweit dies die Beibehaltung der allgemein geltenden Entgelte für die Zugangsleistung gebietet, ist der Preis-Kosten-Schere 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.

V. Fazit

§ 20 Abs. 4 PostG gebietet die Bildung von realistischen Effizienzmaßstäben für Wettbewerber im Rahmen der Bestimmung und Anwendung der Preis-Kosten-Scheren-Bezugsgrößen zur Herstellung funktionsfähigen Wettbewerbs (§ 1 PostG: „zu fördern“). Schließlich gilt es, den Wettbewerbern, die der – aus dem ehemaligen staatlichen Monopol ausgebauten – übertragenden Marktmacht der DPAG mit ihren unerreichbaren Skalen- und Verbundvorteilen ausgesetzt sind, eine Brücke in den funktionsfähigen Wettbewerb zu bauen.

60 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 23.4.2021 – Az. BK5-1/005.

61 Bundesnetzagentur, Beschl. v. 23.4.2021 – Az. BK5-1/005, S. 20 ff.