

Monopolkommission · Kurt-Schumacher Str. 8 · 53113 Bonn

Bundesnetzagentur
Beschlusskammer 5
Tulpenfeld 4
53113 Bonn

Vorsitzender

Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M.
Tel +49 . 228 . 338882 -0 · Fax -33
vorsitzender@monopolkommission.bund.de
www.monopolkommission.de

Bonn, 13.10.2022

Stellungnahme der Monopolkommission
im Rahmen der Marktkonsultation: Prüfung und bisherige Ergebnisse der Untersuchung zum
Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere (PKS) 2 (BK5-22/006)

0. Vorbemerkungen

Im März 2021 hat der Gesetzgeber im Rahmen einer kleinen Gesetzesnovelle die Preis-Kosten-Schere als Vermutungstatbestand für eine missbräuchliche Preisgestaltung in das Postgesetz (PostG) aufgenommen.¹ Damit wurde die Entgeltregulierung im Postsektor um ein Instrument ergänzt, mit dem eine missbräuchliche Preisgestaltung des marktbeherrschenden Unternehmens effektiv verhindert werden kann. Eine Preis-Kosten-Schere liegt gemäß § 20 Abs. 4 PostG vor, wenn die Spanne zwischen (1) dem Entgelt, das ein marktbeherrschender Lizenznehmer Wettbewerbern für eine Zugangsleistung nach § 28 in Rechnung stellt, und (2) dem Entgelt, das er für eine Endkundenleistung verlangt, die weitere Wertschöpfungsstufen umfasst, nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Gewinnmarge auf dessen Eigenanteil an der Wertschöpfung zu ermöglichen. Durch die neue Regelung wird bei Vorliegen der Tatbestandsmerkmale eine missbräuchliche Wettbewerbsbeeinträchtigung im Sinne des § 20 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 PostG vermutet. Es liegt dann an dem Unternehmen, dem das Bilden einer Preis-Kosten-Schere nachgewiesen wurde, die Vermutung einer missbräuchlichen Wettbewerbsbeeinträchtigung zu widerlegen bzw. eine sachliche Rechtfertigung nachzuweisen (§ 20 Abs. 3 Satz 1 PostG am Ende). Dies vereinfacht rechtsichere Eingriffe durch die Bundesnetzagentur.

Das Verhindern einer Preis-Kosten-Schere ist für den Wettbewerb im Briefbereich von besonderer Relevanz, da die Deutsche Post AG als einziges Unternehmen über ein deutschlandweites Briefzustellnetz verfügt und Wettbewerber für eine flächendeckende Zustellung daher mindestens teilweise darauf angewiesen sind, über den sog. Teilleistungszugang Briefe durch die Deutsche Post AG zustellen zu lassen.² Die Wettbewerber verfolgen im Briefbereich im Wesentlichen zwei verschiedene Geschäftsmodelle: Zum einen gibt es sog. Konsolidierer. Diese verfügen über kein eigenes Zustellnetz. Sie nehmen Briefe von Endkundinnen und Endkunden entgegen, sortieren und frankieren diese und liefern sie am Teilleistungszugang der Deutsche Post AG ein. An die Deutsche Post AG zahlen die Konsolidierer ein um Rabatte gemindertes sog. Teilleistungsentgelt pro Brief. Die Höhe der Rabatte auf das für den Universaldienst genehmigte Entgelt von 0,85 EUR richtet sich nach der Menge der eingelieferten Briefe. Tabelle 1 illustriert die Rabatte beispielhaft für den Standardbrief. Den auf diese Weise erzielten Preisvorteil reichen Konsolidierer - abzüglich einer Marge - an die Endkundinnen und Endkunden weiter.

¹ Gesetz zur Verbesserung der Strafverfolgung hinsichtlich des Handels mit inkriminierten Gütern unter Nutzung von Postdienstleistern sowie zur Änderung weiterer Vorschriften, vom 9. März 2021, BGBl. I 324.

² Bundesnetzagentur, Tätigkeitsbericht Post 2020/2021, 2021, S. 48.

Tabelle 1: Mengenrabatte 2022 bei Inanspruchnahme des Teilleistungszugangs am Beispiel des Standardbriefs

Sendungsmenge pro Einlieferung	Mengenrabatt	Resultierendes Teilleistungsentgelt
ab 5.000 Stk. bis 10.000 Stk.	31 %	58,65 Cent
ab 10.001 Stk.	33 %	56,95 Cent
ab 15.001 Stk.	37 %	53,55 Cent
ab 20.001 Stk.	40 %	51,00 Cent
ab 25.001 Stk.	44 %	47,60 Cent

Quelle: Bundesnetzagentur, Bericht Bedingungen und Entgelte für Großversender und Konsolidierer im Briefmarkt, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Post/Unternehmen_Institutionen/Teilleistungen/BerichtEntgeltTeilleistungen2022.pdf?__blob=publicationFile&v=2, Abruf am 19. September 2022, S. 12.

Zu beachten ist, dass nicht nur Wettbewerber als Konsolidierer auf dem Markt aktiv sind. Der größte Konsolidierer und zugleich größte Nachfrager des Teilleistungszugangs ist die Deutsche Post Inhaus Services GmbH (DPIHS), eine Konzerntochter der Deutsche Post AG, die sich als solche die marktbeherrschende Stellung der Deutsche Post AG zurechnen lassen muss.³

Ein zweites Geschäftsmodell ist das der sog. Mischanbieter. Diese verfügen – regelmäßig in Kooperation mit weiteren Mischanbietern – über ein eigenes Zustellnetz. Sie sind auf den Teilleistungszugang der Deutsche Post AG angewiesen, wenn Sendungen in Gebieten zugestellt werden müssen, die ihr eigenes Zustellnetz nicht abdeckt. Auch sie zahlen um Rabatte geminderte Teilleistungsentgelte für sortierte und frankierte Sendungsmengen. Die durchschnittlichen Kosten pro Zustellung einer Briefsendung ergeben sich für diese Mischanbieter folglich aus einer Mischkalkulation, welche die Kosten des eigenen Briefzustellnetzes und die Höhe der Teilleistungsentgelte umfasst.

Für beide Geschäftsmodelle gilt: Ist der Abstand zwischen den Teilleistungsentgelten und den Endkundenentgelten der Deutsche Post AG oder ihrer Tochtergesellschaften zu gering, können effiziente Wettbewerber keine angemessene Gewinnmarge erwirtschaften und werden mittelfristig aus dem Markt gedrängt. In einem solchen Fall liegt eine Preis-Kosten-Schere vor.

Die Bundesnetzagentur hat sich im Rahmen des Verfahrens BK5-22-006 erstmals mit der Preis-Kosten-Schere befasst, eine Dokumentation veröffentlicht und um Stellungnahmen gebeten.⁴

³ Als Konzernunternehmen muss sich die DPIHS die Marktbeherrschung des Mutterkonzerns im Bereich der lizenzpflichtigen Briefdienstleistungen bis 1000 g zurechnen lassen. Bundesnetzagentur, Konsultation der bisherigen Ergebnisse zum Vorliegen einer PKS 2, a. a. O., S. 9 f.

⁴ Bundesnetzagentur, Marktkonsultation: Prüfung und bisherige Ergebnisse der Untersuchung zum Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere (PKS) 2, BK5-22/006, https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Beschlusskammern/1_GZ/BK5-GZ/2022/BK5-22-0006/BK5-22-0006_Marktkonsultation.html?nn=269546, Abruf am 8. September 2022.

1. Bundesnetzagentur nutzt REO als Maßstab für Preis-Kosten-Scheren-Prüfung

Die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere im Sinne des § 20 Abs. 4 PostG setzt voraus, dass die Bundesnetzagentur ermittelt, welche Gewinnmarge für ein „effiziente[s] Unternehmen“ als angemessen angesehen werden kann. Dazu muss bestimmt werden, was ein „effiziente[s] Unternehmen“ im Sinne des Gesetzes ist. Von der Bundesnetzagentur wird zu diesem Zweck ein „Reasonably Efficient Operator“ (REO) als Maßstab genutzt.⁵ Im Ergebnis heißt dies, dass bei der Prüfung ein hypothetischer Konsolidierer zugrunde gelegt wird, der nicht über die Verbund- und Größenvorteile des marktbeherrschenden Unternehmens und seiner Tochterunternehmen verfügt.⁶

Die Bundesnetzagentur nennt als relevante Verbund- und Größenvorteile des marktbeherrschenden Unternehmens unter anderem die enge Verzahnung der operativen Prozesse sowie die höhere Effizienz der eingesetzten Arbeitszeit bei Sortier- und Frankierprozessen.⁷ Ein weiterer bedeutender Größenvorteil ergibt sich aus dem in Tabelle 1 am Beispiel des Standardbriefes illustrierten Mengenrabattsystems beim Teilleistungszugang der Deutsche Post AG.⁸ Da die DPIHS der größte Nachfrager des Teilleistungszugangs ist, erzielt sie regelmäßig höhere Mengenrabatte als die Wettbewerber der Deutsche Post AG.⁹ Folglich fallen bei ihr niedrigere Kosten pro Briefsendung an.¹⁰ Wollen Wettbewerber, die den Teilleistungszugang in Anspruch nehmen (müssen), konkurrenzfähig sein, indem sie trotz geringerer Sendungsmengen Briefdienstleistungen nicht zu höheren Preisen als die Deutsche Post AG und ihre Tochterunternehmen anbieten, müssen sie, wie Abbildung 1 illustriert, eine geringere Marge in Kauf nehmen, als sie die Deutsche Post AG und ihre Tochterunternehmen mit der gleichen Dienstleistung erzielen können.

⁵ Bundesnetzagentur, Konsultation der bisherigen Ergebnisse zum Vorliegen einer PKS 2, a. a. O., S. 11 ff.

⁶ Ebenda, S. 9 ff.

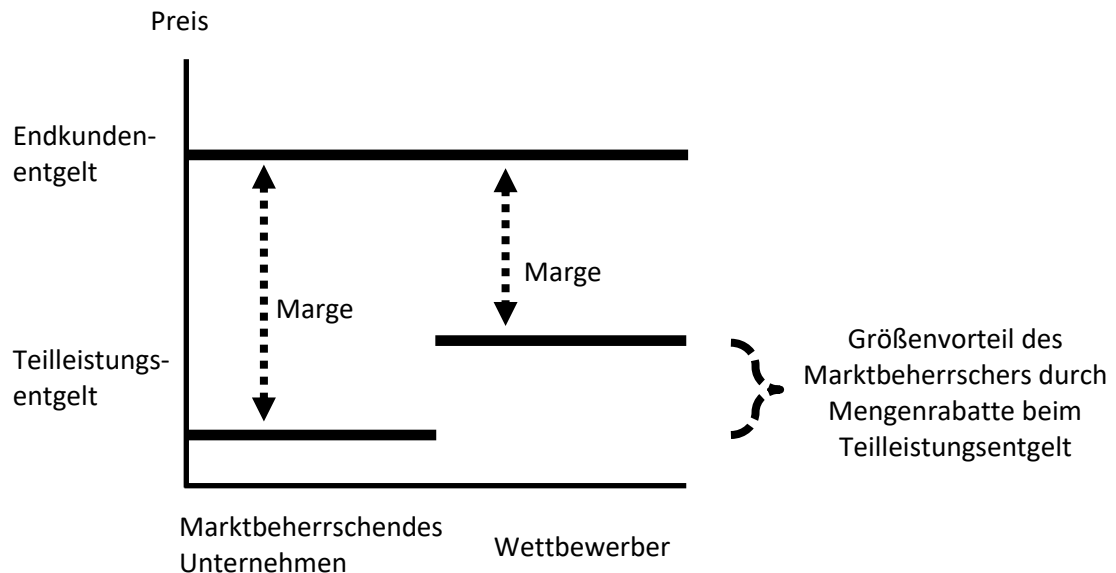
⁷ Ebenda, S. 11.

⁸ Bundesnetzagentur, Bericht: Bedingungen und Entgelte für Großversender und Konsolidierer im Briefmarkt, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Post/Unternehmen_Institutionen/Teilleistungen/BerichtEntgeltTeilleistungen2022.pdf?__blob=publicationFile&v=2, Abruf am 8. September 2022, S. 12.

⁹ Bundesnetzagentur, Konsultation der bisherigen Ergebnisse zum Vorliegen einer PKS 2, a. a. O., S. 11.

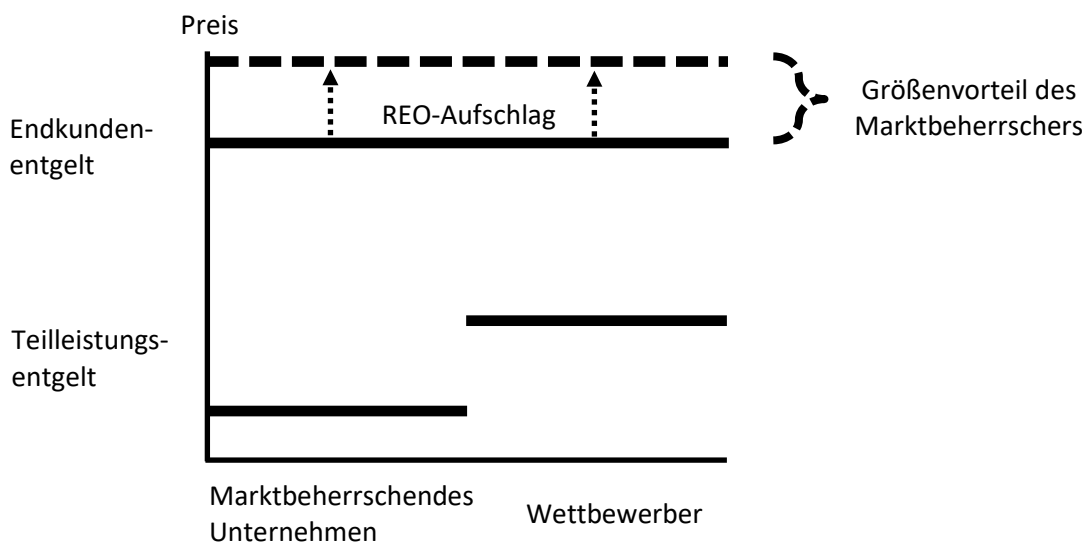
¹⁰ Ebenda, S. 11 f.

Abbildung 1: Unterschied der Margen durch Mengenrabatte beim Teilleistungszugang



Damit die Marge zwischen dem Teilleistungsentgelt, das die Deutsche Post AG ihrer Konzerntochter berechnet, und dem Endkundenentgelt, zu dem die Konzerntochter Briefdienstleistungen vertreibt, dem REO-Maßstab genügt, verlangt die Bundesnetzagentur, dass die Endkundenpreise der Deutsche Post AG und ihrer Tochterunternehmen einen Aufschlag enthalten müssen, der alle Verbund- und Größenvorteile nivelliert, welche die Deutsche Post AG und ihre Tochterunternehmen gegenüber den Wettbewerbern haben. Abbildung 2 illustriert die daraus resultierende Erhöhung des Entgelts für Briefdienstleistungen aus Endkundensicht.

Abbildung 2: Entgelterhöhung zur Nivellierung der Größenvorteile



2. Die Endkundenentgelte sollten die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) nur in Ausnahmefällen übersteigen

In der bisherigen Regulierungspraxis der Bundesnetzagentur – vor Einführung des Vermutungstatbestandes der Preis-Kosten-Schere in das PostG – wurde die Höhe von Entgelten dahingehend geprüft, ob sie den Maßstab der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) einhalten. Mit der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung ist ein zusätzliches Prüfkriterium hinzugekommen, das bei Zugrundelegung des REO-Maßstabs zu einem Aufschlag auf die KeL führen kann. Die KeL ergeben sich aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung und einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, jeweils einschließlich eines angemessenen Gewinnzuschlags. Die Monopolkommission hat bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass die derzeitige gesetzliche Ausgestaltung der Maßstäbe zur Ermittlung der KeL nach § 20 PostG zu überhöhten Briefentgelten führt.¹¹ Die Kritik der Monopolkommission betrifft sowohl die Kostenbestandteile als auch den Gewinnzuschlag. Nach den Berechnungen der Monopolkommission konnte die Deutsche Post AG allein im Jahr 2019 einen zusätzlichen Gewinn von mindestens EUR 150 Mio. erzielen, weil der Gewinnzuschlag für Briefentgelte nicht – wie von der Monopolkommission empfohlen – auf Basis einer Kapitalverzinsung ermittelt wird.¹² Stattdessen orientiert sich der Gewinnzuschlag an der Umsatzrendite anderer europäischer Briefdienstleister, die in ihrem nationalen Markt marktbeherrschend sind.

Der von der Bundesnetzagentur genutzte REO-Maßstab zur Prüfung einer Preis-Kosten-Schere führt dazu, dass im Briefbereich auf die bereits überhöhten Entgelte gemäß KeL noch ein weiterer Betrag aufgeschlagen würde, der die Größenvorteile nivellieren soll, welche die Deutsche Post AG und ihre Tochterunternehmen gegenüber Wettbewerbern haben.¹³ Dies ist nicht zu empfehlen. Dadurch würde der Gewinn der Deutsche Post AG zusätzlich erhöht, und zwar auf Kosten der Endkundinnen und Endkunden, die diese überhöhten Entgelte zahlen müssen. Außerdem wird durch überhöhte Gewinne die Gefahr verstärkt, dass diese zur Quersubventionierung von Produkten in potenziell wettbewerblichen Märkten genutzt werden.

Um zu gewährleisten, dass die Briefentgelte der Deutsche Post AG und ihrer Tochterunternehmen die KeL nicht überschreiten, sollte die Bundesnetzagentur sich bei der Prüfung einer Preis-Kosten-Schere nicht am REO, sondern am „Equally Efficient Operator (EEO)“ orientieren. Der Maßstab der Prüfung wäre dann ein effizientes Unternehmen, das über mit der DPIHS vergleichbare Größenvorteile verfügt.¹⁴ Der in Abbildung 2 eingezeichnete REO-Aufschlag würde entfallen. Im Telekommunikationsbereich, der dem Postbereich im Hinblick auf das Regulierungsrecht nahesteht, empfiehlt das von den nationalen

¹¹ Siehe u. a. Monopolkommission, Post 2021: Wettbewerb mit neuem Schwung, Baden-Baden, 2022, Tz. 18 ff.

¹² Monopolkommission, Policy Brief Ausgabe 5: Drängende Reform des Postgesetzes – Jetzt liefern!, https://www.monopolkommission.de/images/Policy_Brief/MK_Policy_Brief_5.pdf, S. 4.

¹³ Bundesnetzagentur, Konsultation der bisherigen Ergebnisse zum Vorliegen einer PKS 2, a. a. O., S. 19 f.

¹⁴ Ebenda, S. 8 f.

Regulierungsbehörden der Europäischen Union besetzte Gremium Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC) den REO-Maßstab, wenn in höheren Wertschöpfungsstufen Wettbewerbern ein Marktzutritt ermöglicht werden soll.¹⁵ Besteht hingegen die Gefahr der Marktverschließung, das heißt der Verdrängung von etablierten Wettbewerbern, sei der EEO-Maßstab geeignet.¹⁶ Mit Blick auf den Postbereich bedeutet dies, dass der EEO-Maßstab geeignet ist, wenn die Bundesnetzagentur eine Preis-Kosten-Schere in Postmärkten prüft, in denen Wettbewerber bereits längerfristig tätig sind. Der REO-Maßstab wäre hingegen für Märkte im Postbereich geeignet, die sich in der Entstehung befinden und in die Wettbewerber erst noch eintreten müssen oder gerade eingetreten sind.¹⁷ Der Markt für Briefdienstleistungen ist seit 2008 liberalisiert. Es existieren Wettbewerber im Briefbereich, die sich – wenn auch mit geringen Marktanteilen – langfristig etabliert haben. Folglich sollte der EEO-Maßstab verwendet werden.

Dafür spricht auch, dass der REO-Maßstab die Gefahr birgt, dass sich Wettbewerber auf dem Markt etablieren, die über ein ineffizientes Geschäftsmodell hinsichtlich der Verbund- und Größenvorteilen verfügen. Der EEO-Maßstab setzt Anreize, um solche Vorteile zu heben. Ein Abweichen vom EEO-Maßstab auf Postmärkten, in denen Wettbewerber schon länger tätig sind, ließe sich im Sinne eines „Adjusted-EEO“-Maßstabs¹⁸ nur dann rechtfertigen, wenn das regulierte Unternehmen über Verbund- oder Größenvorteile verfügt, die von Wettbewerbern unter realistischen Annahmen auch hypothetisch nicht nachgebildet werden können. In dem von der Bundesnetzagentur erwähnten Verfahren Post Danmark II, bei dem vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) der REO-Maßstab zugrunde gelegt wurde, verfügte der ehemalige Staatskonzern z. B. über eine Exklusivlizenz im Briefbereich.¹⁹ Dadurch war es den Wettbewerbern in den geöffneten Teilen des Postwesens unmöglich, bestimmte Verbundvorteile nachzubilden. Eine solche Exklusivlizenz besteht in Deutschland jedoch seit 2008 nicht mehr. Es ist fraglich, ob andere für eine Preis-Kosten-Scheren-Prüfung relevante Verbund- oder Größenvorteile des marktbeherrschenden Unternehmens existieren, die von den Wettbewerbern nicht nachgebildet werden könn(t)en.

3. Die Teilleistungsentgelte dürfen unter Berücksichtigung von Mengenrabatten dem postgesetzlichen Ziel der Förderung des Wettbewerbs nicht entgegenstehen

Gesondert zu betrachten sind Verbund- und Größenvorteile, die das regulierte Unternehmen selbst durch die Ausgestaltung seines Teilleistungszugangs erzeugt. Sind diese (mit)

¹⁵ BEREC, Guidance on the regulatory accounting approach to the economic replicability test, https://www.berec.europa.eu/sites/default/files/files/document_register_store/2014/12/BoR_%2814%29_190_BEREC_RA_Guidance_on_ex-ante_margin_squeeze_tests_2014-12-05_f.pdf, Abruf am 8. September 2022, S. 18.

¹⁶ Ebenda, S. 18.

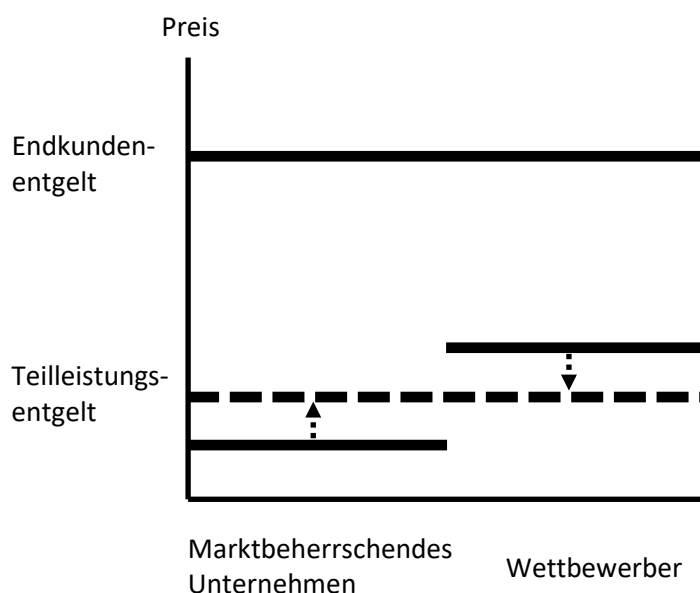
¹⁷ Der REO-Maßstab könnte z. B. relevant werden, wenn eine Postgesetznovelle, wie von der Monopolkommission vorgeschlagen, einen Teilleistungszugang für die steigenden Mengen von Warenpost vorsieht. In diesem Fall könnte die Förderung von Marktzutritten angezeigt sein. Bei Warenpost handelt es sich um Briefsendungen, die üblicherweise günstige und leichte Waren enthalten und über das Briefnetz versandt werden. Derzeit ist jedoch nicht geklärt, ob die Warenpost überhaupt einem eigenen Markt zuzuordnen ist.

¹⁸ BEREC, Guidance on the regulatory accounting approach to the economic replicability test, a. a. O., S. 18.

¹⁹ EuGH, C-23/14, 6. Oktober 2015, Post Danmark II, ECLI:EU:C:2015:651, Rn. 59 ff.

ursächlich für das Bestehen einer Preis-Kosten-Schere, sollte die Bundesnetzagentur prüfen, ob die Ausgestaltung des Teilleistungszugangs dem Ziel der Förderung des Wettbewerbs (§ 1 PostG) entgegensteht. Dies könnte z. B. die Ausgestaltung des Mengenrabattsystems am Teilleistungszugang der Deutsche Post AG betreffen. Die Entgelte des Teilleistungszugangs unterliegen der Entgeltregulierung gemäß § 28 Abs. 2, §§ 19 und 20 PostG. Mengenrabattsysteme, die den Tochterunternehmen des marktbeherrschenden Unternehmens einen Kostenvorteil verschaffen, können nur zulässig sein, wenn sie sachlich gerechtfertigt sind (§ 20 PostG Abs. 3 Satz 1). Bei dieser Prüfung sind auch die Ziele des Postgesetzes zu berücksichtigen. Gegebenenfalls wäre von der Bundesnetzagentur eine Anpassung des Rabattsystems anzuordnen. Dieses wäre so auszugestalten, dass das marktmächtige Unternehmen und seine Konzerntöchter im geringeren Maße als bisher und die Wettbewerber im höheren Maße als bisher von Mengenrabatten profitieren. Durch einen solchen Eingriff würden – soweit notwendig – Größenvorteile nivelliert, die der Förderung des Wettbewerbs entgegenstehen. Die Marge der Wettbewerber würde sich der Marge der DPHIS annähern. Das entspricht dem von der Bundesnetzagentur mit dem REO-Aufschlag verfolgten Ziel. Der Vorteil wäre, wie Abbildung 3 zeigt, dass die Endkundinnen und Endkunden nicht durch höhere Entgelte belastet werden.

Abbildung 3: Anpassung der Teilleistungsentgelte zur Nivellierung der Größenvorteile



4. Fazit

Die Monopolkommission empfiehlt, in etablierten Postmärkten als Maßstab für die Prüfung einer Preis-Kosten-Schere ein effizientes Unternehmen zugrunde zu legen, das über Verbund- und Größenvorteile des marktbeherrschenden Unternehmens verfügt. Von diesem Maßstab sollte auf etablierten Postmärkten nur abgewichen werden, wenn

bestimmte Verbund- und Größenvorteile von Wettbewerbern nicht nachgebildet werden können. Die derzeit im PostG festgeschriebenen Entgeltmaßstäbe erlauben es der Deutsche Post AG bereits jetzt, überhöhte Entgelte von ihren Kundinnen und Kunden zu verlangen. Diese Entgelte sollten nicht auf Basis der Preis-Kosten-Scheren-Prüfung durch einen zusätzlichen Aufschlag noch weiter erhöht werden.

Größenvorteile, die eine Preis-Kosten-Schere verursachen und vom regulierten Unternehmen durch die Gestaltung des Teilleistungszugangs selbst erzeugt werden, sollten unmittelbar im Rahmen der Entgeltregulierung des Teilleistungszugangs auf ihre sachliche Rechtfertigung geprüft werden. Dies könnte z. B. das Mengenrabattsystem der Deutsche Post AG beim Teilleistungszugang betreffen. Steht die Ausgestaltung dem gesetzlichen Ziel der Förderung des Wettbewerbs entgegen, sollte die Bundesnetzagentur eine entsprechende Anpassung verfügen. Dadurch kann eine etwaige Preis-Kosten-Schere behoben werden, ohne die Endkundinnen und Endkunden durch Aufschläge zu belasten.