

# DAMM & MANN

Damm & Mann · Ballindamm 1 · 20095 Hamburg

**Per E-Mail: BK5-Postfach@BNetzA.de**

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Tele-  
kommunikation, Post und Eisenbahnen  
Beschlusskammer 5  
Herrn Vorsitzenden Mario Lamoratta  
Tulpenfeld 4

53113 Bonn

**Renate Damm**  
Rechtsanwältin

**Prof. Dr. Roger Mann**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Urheber-  
und Medienrecht

**Dr. Thomas Brach**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

**Dr. Holger Nieland**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Urheber-  
und Medienrecht

**Stephanie Hartwig**  
Rechtsanwältin

**DAMM & MANN Rechtsanwälte**  
Partnerschaftsgesellschaft mbB  
Amtsgericht Hamburg PR 1159

Ballindamm 1  
20095 Hamburg  
Tel.: +49-(0)40-460028-0  
Fax: +49-(0)40-460028-10  
www.damm-mann.de  
mail@damm-mann.de

14.10.2022

**Marktkonsultation: Preis-Kosten-Schere (PKS) 2**  
**Ihr Az.: BK5-22-006**

Sehr geehrter Herr Lamoratta,

namens und im Auftrag des Bundesverband Briefdienste e.V. (bbd), Karmeliterweg 9, 13465 Berlin, nehmen wir nachfolgend zum Schreiben der BK 5 vom 29.06.2022, mit welchem die BK 5 der Deutsche Post Inhaus Services GmbH (DPIHS) die bisherigen Ergebnisse der Untersuchung zum Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere (PKS) 2 dargelegt hat, zum Schreiben der Deutsche Post AG (DPAG) vom 19.08.2022, mit welchem die DPAG für die DPIHS zum Schreiben der BK 5 vom 29.06.2022 Stellung genommen hat, sowie zur Mitteilung der BK 5 vom 02.09.2022, mit welcher diese den Marktteilnehmern Gelegenheit gegeben hat, sich zu beiden Schreiben zu äußern, Stellung.

Im Einzelnen:

## I. Grundsätzliches

Der bbd stimmt den rechtlichen Bewertungen, welche die BK 5 in ihrem Schreiben vom 29.06.2022 dargelegt hat, grundsätzlich zu. Die dagegen von der DPAG vorgebrachten Einwände erachtet der bbd für verfehlt. Sie dienen nach Einschätzung des bbd allein dem Zweck, die Erreichung des Ziels, welches der Gesetzgeber mit dem PKS-Vermutungstatbestand des § 20 Abs. 4 PostG verfolgt, nämlich den nach wie vor defizitären Wettbewerb auf dem Briefmarkt durch die Verhinderung missbräuchlicher Preis-Kosten-Scheren zu fördern und damit dem durch die Verfassung (Art. 87f Abs. 2 GG) erteilten und in § 1 PostG explizit aufgegriffenen Auftrag, den ehemals monopolisierten Briefmarkt in einen funktionsfähigen Wettbewerbsmarkt zu überführen, zu vereiteln. Dem muss die Bundesnetzagentur entschieden entgegentreten.

Da dem bbd weder die Kosten- und Ertragsdaten der DPAG und der mit ihr konzernverbundenen Unternehmen noch die Kosten- und Ertragsdaten der Unternehmen, welche die BK 5 in ihrer anlassbezogenen Markterhebung zu ihrer Geschäftstätigkeit befragt hat, bekannt sind, ist es dem bbd naturgemäß nicht möglich, die sachlichen Schlussfolgerungen, welche die BK 5 aus ihren Untersuchungen abgeleitet hat, sowie die diesbezüglichen Einlassungen der DPAG im Hinblick auf jene Daten konkret nachzuvollziehen.

Das gilt auch für die mit der Mitteilung vom 02.09.2022 bekannt gegebene Einschätzung der BK 5, dass die DPAG die Vermutung einer missbräuchlichen PKS 2 ausgeräumt habe, soweit es um Verträge der DPIHS mit „Standardkunden“ im Jahr 2021 gehe. Die tatsächlichen Marktgegebenheiten, insbesondere die am Markt angebotenen Entgelte, sprechen aus Sicht des bbd eine andere Sprache. Die Markterfahrungen der Mitgliedsunternehmen des bbd widersprechen deutlich der Annahme, dass die DPIHS im Jahr 2021 durch Verträge mit ihren „Standardkunden“ keine missbräuchlichen PKS 2 praktiziert hat. Aus Sicht des bbd wäre es zu begrüßen, wenn die BK 5 Näheres zu ihren diesbezüglichen Erkenntnissen mitteilen würde – wie im Übrigen auch zu ihren Erkenntnissen hinsichtlich etwaiger PKS 1.

Soweit die DPAG in ihrem Schreiben vom 19.08.2022 behauptet, dem Konsultationsschreiben der BK 5 fehle es – außer im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal der Marktbeherrschung – an einer juristischen Prüfung und Subsumtion anhand des Wortlauts des § 20 Abs.

4 PostG, findet das in dem Konsultationsschreiben keine Rechtfertigung. Die Behauptung der DPAG ist umso bizarrer, als sie selbst eine Wortlaut-„Auslegung“ betreibt, die mit dem Wortlaut von § 20 Abs. 4 PostG schlicht nichts zu tun hat, und einzelnen Begriffen Bedeutungen zuschreibt, welche diese offenkundig nicht haben. Wenn die DPAG zum Beispiel das *„hinreichend effiziente Unternehmen“* im Sinne des REO-Ansatzes (dazu sogleich) explizit mit einem *„nicht-so-richtig effizienten Unternehmen“* gleichsetzt, fällt der von der DPAG geäußerte Vorwurf der angeblichen *„Um-Interpretation des eindeutigen Wortlauts“* von § 20 Abs. 4 PostG durch die BK 5 auf die DPAG selbst zurück.

Den Versuch, § 20 Abs. 4 PostG teleologisch, also nach Sinn und Zweck der Norm, auszulegen, unternimmt die DPAG nicht. Dass der Zweck des Postgesetzes, den Wettbewerb zu fördern, über den Zweck des allgemeinen Kartellrechts, einen grundsätzlich funktionsfähigen Wettbewerb zu erhalten, hinausgeht, ignoriert die DPAG in ihren Ausführungen vollständig. Erstaunen kann das nicht, hat doch die DPAG kein Interesse, wettbewerbliche Strukturen zu ermöglichen.

Im Folgenden nehmen wir zu den wesentlichen rechtlichen Erwägungen der BK 5 und der DPAG in ihren Schreiben vom 29.06.2022 bzw. vom 19.08.2022 Stellung.

## II.

### **Zu den bisherigen Prüfungsergebnissen der BK 5 und der Einlassung der DPIHS im Einzelnen**

1. Die BK 5 geht zurecht davon aus, dass das *„effiziente Unternehmen“* im Sinne des § 20 Abs. 4 PostG der *„hinreichend effiziente Wettbewerber“* (REO) und nicht der *„ebenso effiziente Wettbewerber“* (EEO) ist.

Zutreffend hat die BK 5 erkannt, dass der im allgemeinen Wettbewerbsrecht übliche EEO-Test vor dem Hintergrund der Gegebenheiten des Briefmarkts zu kurz greift. Bei teleologischer, das heißt an § 1 PostG orientierter Auslegung von § 20 Abs. 4 PostG kann der EEO-Test allein nicht zu gesetzeskonformen Ergebnissen führen, weil der Briefmarkt trotz vollständiger rechtlicher Liberalisierung tatsächlich nur schwerfällig in Gang gekommen und weit entfernt von einem funktionsfähigen Wettbewerbsmarkt ist, welchen das allgemeine Wettbewerbsrecht grundsätzlich voraussetzt (vgl. Brach/Haucap/Koenig, N&R 2021, 230, 236 f.).

Die große Marktmacht der DPAG und der DPIHS sowie deren monopolbedingten vertikalen Integrations-, Skalen- und Verbundvorteile führen nur bei jenen zu niedrigeren Kosten. Den Wettbewerbern des marktbeherrschenden Unternehmens entstehen beim Einkauf und bei der Integration fremder Vor- bzw. Teilleistungen Transaktions-, Integrations- und Abwicklungskosten, die beim marktbeherrschenden Anbieter jener Vor- und Teilleistungen intern nicht anfallen. Zudem sind Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens regelmäßig genötigt, dieses preislich zu unterbieten, um aus der ehemaligen Monopol-Situation erwachsene Goodwill-Vorteile des marktbeherrschenden Unternehmens zu überwinden (vgl. Brach/Haucap/Koenig, a.a.O.).

Bei dieser Sachlage, bei der selbst hocheffiziente Wettbewerber nicht in der Lage sind, die vertikalen Integrations-, Skalen- und Verbundvorteile des marktbeherrschenden Unternehmens aufgrund von Innovationsleistungen zu parieren, und bei der selbst eine Gleichpreisigkeit auf dem Endkundenmarkt eine Kostendeckung nicht zu ermöglichen vermag, ist der EEO-Test naturgemäß nicht ausreichend, um missbräuchliche Preis-Kosten-Scheren zu identifizieren (vgl. Brach/Haucap/Koenig, a.a.O.).

Vor diesem Hintergrund ist es verfehlt, wenn die DPAG der BK 5 entgegenhält, es sei keine Sachlage gegeben, die derjenigen entspricht, welche dem Urteil „*Post Danmark II*“ des Gerichtshofs der EU (EuGH) (Urteil vom 06.10.2015, Rs. C-23/14, Rz. 59) zugrunde lag, und dass die BK 5 das in anderem Zusammenhang selbst festgestellt habe. Denn seinerzeit gab es den Missbrauchstatbestand des § 20 Abs. 4 PostG noch nicht. Diesem liegt aber gerade die gesetzgeberische Prämisse zugrunde, dass die Regelungen des allgemeinen Kartellrechts nicht ausreichen, um dem gesetzlich vorgegebenen Ziel der Wettbewerbsförderung zur Durchsetzung zu verhelfen.

Soweit die DPAG meint, der REO-Maßstab sei rechtsstaatswidrig, weil nur die Berücksichtigung der Kosten und Preise des beherrschenden Unternehmens es diesem erlaube, die Rechtmäßigkeit seines eigenen Verhaltens zu beurteilen, da das marktbeherrschende Unternehmen die Kosten und Entgelte seiner Wettbewerber regelmäßig nicht kenne, ist das nach der Rechtsprechung des EuGH in dessen Urteil „*Post Danmark II*“ unerheblich. Denn soweit der EuGH dort explizit herausgestellt hat, dass das Kriterium des „*ebenso effizienten Wettbewerbers*“ in bestimmten Marktsituationen nicht sachgerecht sein kann, um missbräuchliches Handeln des marktbeherrschenden

Unternehmens angemessen zu begegnen, hat er implizit geklärt, dass ein missbräuchliches Handeln des marktbeherrschenden Unternehmens auch dann gegeben sein kann, wenn sich seine konkreten Handlungspflichten aus ihm unbekannten Verhältnissen seiner Wettbewerber ergeben.

Dass die DPAG ihrer Interpretation von § 20 Abs. 4 PostG selbst nicht recht traut, offenbart sie, soweit sie bei ihren Überlegungen zu der Schlussfolgerung gelangt, dass Maßstab für die Preis-Kosten-Schere „wortlautgemäß“ der „(ebenso) effiziente Wettbewerber“ sei. Abgesehen davon, dass in § 20 Abs. 4 PostG nicht von einem „effizienten Wettbewerber“, sondern von einem „effizienten Unternehmen“ die Rede ist, findet sich das Wort „ebenso“ an keiner Stelle. Die DPAG muss es schon hinzudichten, um ihre „Wortlautauslegung“ passend zu machen.

2. Ebenso zurecht ist die BK 5 zu der Feststellung gelangt, dass es – vor dem Hintergrund der tatsächlichen Feststellungen der Behörde zur Ergebnissituation der DPIHS – zweier Zuschläge bedarf, um ein Endkundenentgelt herbeizuführen, welches dem „hinreichend effizienten Wettbewerber“ eine angemessene Gewinnmarge auf dessen Eigenanteil an der Wertschöpfung ermöglicht (EEO-Zuschlag und REO-Zuschlag).

Dass die BK 5 der Bestimmung des EEO-Zuschlags die im Maßgrößenverfahren festgelegte regulatorische Umsatzrendite zugrunde legt, beruht auf der zutreffenden rechtlichen Prämisse, dass die für das marktbeherrschende Unternehmen einschlägigen Regeln des Regulierungsrechts gleichermaßen auf sämtliche Konzernunternehmen Anwendung finden. Daher verbietet es sich, bei der Bestimmung der angemessenen Gewinnmarge im Sinne von § 20 Abs. 2 PostG zwischen den jeweiligen Konzernunternehmen zu differenzieren und bei der DPIHS eine geringere Gewinnmarge anzusetzen, als es bei der DPAG der Fall ist.

Es entspricht nicht nur der einschlägigen kartellrechtlichen Rechtsprechung, sondern auch und gerade dem in § 1 PostG statuierten Zweck des Postgesetzes, den Wettbewerb zu fördern, dass die BK 5 nicht nur bei der Beantwortung der Frage nach der Marktbeherrschung, sondern auch bei der Missbrauchskontrolle dem funktionalen Unternehmensbegriff folgt. Dabei ist es nur folgerichtig, bei der Bestimmung des EEO-Zuschlags die im Maßgrößenverfahren festgelegte Umsatzrendite anzusetzen.

Die Behauptung der DPAG, § 20 Abs. 4 PostG betrachte nur die teilleistungsrelevanten Vorleistungen, und diese seien einem dezidierten anderen Marktsegment zuzuordnen als Universaldienstleistungen, ist verfehlt. Ausweislich § 20 Abs. 4 Nr. 2 PostG geht es bei der Preis-Kosten-Schere um die Wettbewerbsmöglichkeiten der Konkurrenten des marktbeherrschenden Unternehmens auf einem Markt für End-to-end-Beförderungsleistungen. End-to-end-Beförderungsleistungen sind sowohl die Universaldienstleistungen des Marktbeherrschers als auch die Endkundenleistungen der Wettbewerber, welche im Übrigen ihrerseits zur Gewährleistung des Universaldienstes beitragen.

Soweit die BK 5 für die Ermittlung des REO-Zuschlags ebenfalls maßgeblich auf die im Maßgrößenverfahren festgelegte Umsatzrendite abstellt, entspricht dies den Mindestanforderungen, die an eine die Wettbewerbsförderung gewährleistende Missbrauchskontrolle gestellt sind. Den Wettbewerbern des marktbeherrschenden Unternehmens eine geringere Gewinnmarge zuzuweisen, hieße, den REO-Ansatz zu konterkarieren. Denn durch diesen sollen ja gerade die aus dem ehemaligen Monopol erwachsenen Vorteile des marktbeherrschenden Unternehmens egalisiert werden.

Das verkennt die DPAG grundlegend, soweit sie die Auffassung vertritt, die regulatorische Umsatzrendite könne beim REO-Zuschlag nicht zur Anwendung kommen, weil der hinreichend effiziente Wettbewerber nicht im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG „in struktureller Hinsicht vergleichbar“ mit der DPAG sei. Beim REO-Ansatz geht es, wie gesagt, gerade darum, die Nachteile, die die Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens diesem gegenüber haben, zu beseitigen. Das Erfordernis, ihnen (mindestens) eine entsprechende Gewinnmarge zuzuweisen, folgt daher aus der Natur der Sache.

3. Die Kritik der DPAG an der von der BK 5 durchgeführten Markterhebung verfängt weitgehend schon deshalb nicht, weil die Behörde ihre Betrachtungen letzten Endes auf die Konsolidierer fokussiert hat und sich daher Kritik an der Befassung mit den übrigen befragten Unternehmen von vornherein verbietet.

Ob und gegebenenfalls inwieweit Angaben der befragten Unternehmen auf falsch verstandenen Fragen beruhen, vermag der bbd nicht zu beurteilen, da ihm die betreffenden Daten nicht bekannt sind. Der bbd geht allerdings davon aus, dass die BK 5

aufgrund des Gesamtbildes der von ihr erhobenen Daten und diesbezüglicher Nachfragen bei den betreffenden Unternehmen zu belastbaren Ergebnissen gelangt ist.

Soweit die DPAG meint, die BK 5 dürfe nur solche Verträge in ihrer Durchschnittsbetrachtungen einbeziehen, bei denen die DPIHS rechtlich die Möglichkeit habe, die entsprechenden Preise anzuheben, was insbesondere bei „Fixpreiskunden“ nicht der Fall sei, beruht das auf der rechtlichen Prämisse, derartige Verträge seien selbst dann unabänderlich, wenn die darin enthaltenen Preisvereinbarungen regulierungsrechtlich unzulässig sind. Diese Prämisse ist jedoch falsch. Der Rechtsgrundsatz „*pacta sunt servanda*“ greift nicht, wenn und soweit Verträge regulierungsrechtswidrige Konditionen enthalten.

4. Der nach § 20 Abs. 4 PostG vermutete Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung der DPAG bzw. der DPIHS ist durch eine Anhebung der Endkundenentgelte der DPIHS zu beseitigen. Eine Senkung der Vor- bzw. Teilleistungsentgelte entspräche einem Großhandelsrabatt, der nach der Begründung des § 20 Abs. 4 PostG ausgeschlossen sein soll. Darauf weist die BK 5 zutreffend hin.

Einen gemäß § 20 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 PostG unzulässigen Aufschlag bilden weder der EEO-Zuschlag noch der REO-Zuschlag. Hinsichtlich des EEO-Zuschlags weist die BK 5 zutreffend darauf hin, dass jener (lediglich) der Beseitigung der vorhandenen Unterschreitung der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung dient. Für den REO-Zuschlag begründet § 20 Abs. 4 PostG die sachliche Rechtfertigung. Diese ergibt sich aus dem rechtlichen Gebot, die aus dem ehemaligen Monopol erwachsenen Vorteile des marktbeherrschenden Unternehmens zu egalisieren (s.o.).

Soweit in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung darauf hingewiesen wurde, dass das Postgesetz keine Aufschläge zum Wettbewerberschutz zulasse, bezog sich das auf die Rechtslage vor dem Inkrafttreten der Vermutungsregelung des § 20 Abs. 4 PostG. Mit der Schaffung des § 20 Abs. 4 PostG hat der Gesetzgeber ein gänzlich neues Instrument geschaffen, das in sich die Rechtfertigung für eine Anhebung der Endkundenentgelte des marktbeherrschenden Unternehmens mittels des REO-Zuschlags trägt.

### III.

#### Fazit

Angesichts der Einlassung der DPAG vom 19.08.2022 ist zu erwarten, dass die DPIHS ihr missbräuchliches Verhalten nicht freiwillig durch Anhebung ihrer Endkundenentgelte beenden wird. Der bbd erachtet es daher für geboten, schnellstmöglich ein Verfahren nach § 25 PostG einzuleiten, um den identifizierten Preisstrukturmissbrauch durch eine entsprechende Verpflichtungsverfügung abzustellen. Das gilt nicht nur im Hinblick auf „Fixpreiskunden“, sondern auch im Hinblick auf „Standardkunden“. Der bbd geht davon aus, dass hinsichtlich beider missbräuchliche PKS praktiziert werden.

Bei den von der BK 5 anzustellenden Einzelfallbetrachtungen hinsichtlich der aktuellen Vertragsbeziehungen der DPIHS kann sich die BK 5 nach Einschätzung des bbd – entgegen der Annahme der DPAG – ohne Weiteres an den von ihr angestellten Durchschnittsbetrachtungen orientieren. Die BK 5 weiß aufgrund ihrer Prüfungen, wie bzw. im Hinblick auf welche Leistungsinhalte sie die bei den Durchschnittsbetrachtungen berücksichtigten Daten ermittelt hat. Daher ist es ihr auch möglich, bei ihren Einzelfallbetrachtungen entsprechende Ableitungen im Hinblick auf unterschiedliche aktuelle Leistungsinhalte vorzunehmen und die daraus folgenden aktuellen Entgeltanpassungsnotwendigkeiten zu identifizieren.

Soweit die DPAG meint, es könne nicht der Sinn von Regulierung nach dem Postgesetz sein, dass Kunden höhere Preise bezahlen müssen, um die Marge von Konkurrenz-Unternehmen zu erhöhen, offenbart sie eine befremdliche Auffassung von Entgeltregulierung und Missbrauchskontrolle. Es ist geradezu der Wesenskern des § 20 Abs. 4 PostG zu verhindern, dass marktbeherrschende Unternehmen ihren Kunden so niedrige Entgelte für End-to-end-Beförderungsleistungen anbieten, dass es Wettbewerbern unmöglich ist, auskömmliche Gewinnmargen zu erzielen.

Der Sinn der Regulierung nach dem Postgesetz besteht nicht darin, die Kunden vor rechtskonformen Preisen zu schützen. Er besteht darin, faire Wettbewerbsbedingungen zu schaffen, die letzten Endes allen Kunden zugutekommen. Nur durch fairen Wettbewerb kann eine angemessene Versorgung mit Postdienstleistungen zu erschwinglichen Preisen dauerhaft gewährleistet werden.



Vor diesem Hintergrund ersucht der bbd die BK 5, die erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, um den von ihr identifizierten Preisstrukturmissbrauch der DPAG nunmehr kurzfristig und in der erforderlichen Anwendungsbreite zu beenden. Es bedarf sicher keiner besonderen Erläuterung, dass der Krieg in der Ukraine, die Inflation und die damit einhergehenden Kostensteigerungen die Marktsituation weiter zu Lasten der Wettbewerber verschlechtern. Zügiges Handeln zur Gewährleistung fairer Wettbewerbsbedingungen ist daher dringend geboten.

Mit freundlichem Gruß

