

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

BK5 - 16 / 012

der

Deutsche Post AG, vertreten durch den Vorstand, Charles-de-Gaulle-Str. 20, 53113 Bonn

-Betroffene-

wegen

Überprüfung des Produkts „Impulspost“ hinsichtlich der Einhaltung der Entgeltmaßstäbe des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 2 und 3 PostG

hat die Beschlusskammer 5 der Bundesnetzagentur in der Besetzung:

der Vorsitzenden Ute Dreger
des Beisitzers Jens Meyerding und
des Beisitzers Martin Balzer

am 28.04.2016 entschieden:

Zur Überprüfung der für die Postdienstleistung „Impulspost“ erhobenen Entgelte wird ein Verfahren der nachträglichen Überprüfung nicht genehmigungsbedürftiger Entgelte gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 PostG i. V. m. § 20 Abs. 2 PostG eingeleitet

Begründung:

Gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 PostG leitet die Bundesnetzagentur eine Überprüfung von Entgelten des marktbeherrschenden Unternehmens ein, wenn ihr Tatsachen bekannt werden, die die Annahme rechtfertigen, dass diese nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 2 PostG genügen. Die Einleitung ist der Betroffenen schriftlich mitzuteilen, § 25 Abs. 1 Satz 2 PostG.

I. Sachverhalt

Die Betroffene hat unter dem Namen „Impulspost“ eine auf Neukundenwerbung ausgerichtete Dienstleistungsvariante im Bereich der adressierten Werbesendungen entwickelt. Das Produkt befindet sich gegenwärtig in der Markterprobung und soll im Juli als Regelprodukt eingeführt werden. Im Rahmen des derzeit von der Betroffenen durchgeführten Markttests ist vorgesehen, dass kommerzielle Versender durch bis zu fünf stark preisvergünstigte Aussendungen potenzielle Neukunden mit Produkten bewerben können.

Die Betroffene trägt vor, mittels der Impulspost auf einen stetigen Rückgang bei adressierten Werbesendungen insbesondere im Bereich der Ansprache von Neukunden reagieren zu wollen.

Die Betroffene hat bereits mit Beginn des Jahres 2016 Maßnahmen zur Vereinfachung der Format- und Preisstrukturen bei der Dialogpost (vormals „Infopost“) umgesetzt. Daneben sollen durch Impulspost der Absatz von Dialogpostsendungen ausgebaut und neue Zielgruppen für den Bereich des Dialog-Marketings gewonnen werden. Die Preisreduktion gegenüber regulären Dialogpostsendungen ist dabei nach Angaben der Betroffenen erforderlich, um das Impulspostprodukt für Werbetreibende attraktiv zu gestalten.

Die regulären Entgelte für Dialogpost betragen für das Format Standard (bis 20 g) 0,28 €, Kompakt (bis 50 g): 0,35 €, Groß von 0,58 € (bis 100 g) bis 0,92 € (bis 1.000 g). Für das Produkt Impulspost werden nur noch zwei unterschiedliche Entgelte erhoben: Impulspost Standard (bis 50 g) 0,14 € und für Impulspost Groß (bis 1.000 g) 0,24 €.

Die Betroffene hatte der Kammer mit Schreiben vom 15.12.2015 und ergänzend mit Schreiben vom 29.01.2016 eine Leistungsbeschreibung für einen Markttest sowie Unterlagen zur Kostenkalkulation vorgelegt und die Kammer um eine postregulatorische Bewertung im Vorfeld der Produkteinführung gebeten. Die Leistungsbeschreibung enthält neben den Entgelten auch Angaben zu den Einlieferungsbedingungen der Impulspost: Diese liegen u.a. im Ausschluss der Filialeinlieferung; eine Einlieferung der Impulspostsendungen ist ausschließlich im Briefzentrum vorgesehen. Weitere Rabattierungsmöglichkeiten (für Sortierung oder besondere Sendungsvorbereitung) sind ausgeschlossen. Zudem müssen die Sendungen zwingend automationsfähig sein.

Daneben wurden besondere Produktbedingungen zum Sendungsinhalt und dessen Überprüfung (digitale Vorabkopie) durch die Betroffene dargelegt. Verpflichtend ist ausweislich der Leistungsbeschreibung ein gut erkennbares Neukundenelement (z.B. Störer (graphisches Element) mit „Testen Sie uns jetzt!“, Willkommensrabatt, Neukundengutschein, Einstiegs...), nicht erlaubt sind der Bezug auf eine Kundennummer, einen bestehenden Vertrag, Treueangebote etc. Diese besonderen Produktbedingungen – so die Betroffene – ergeben sich aus dem Zweck der Impulspost, auf Seiten des Versenders Neukunden zu gewinnen.

Das Produkt befindet sich im ersten Halbjahr 2016 in einer Markterprobungsphase. Nach Angaben der Betroffenen nahmen bis zum 31.03.2016 [REDACTED] Kunden mit einem Absatz von [REDACTED] Sendungen an dem Markttest teil. [REDACTED] der Test-Kunden haben Folgemailings veranlasst. Das Gesamtvolumen des Markttests ist nach der Leistungsbeschreibung auf ca. [REDACTED] Kunden und ein Sendungsvolumen von ca. [REDACTED] Sendungen begrenzt.

Die Einführung eines Regelbetriebs ist nach Aussagen der Betroffenen für den 01.07.2016 geplant. Im Gegensatz zum Testbetrieb soll die Mindesteinlieferungsmenge bei [REDACTED] Sendungen liegen. Für die Teilnahme am Testbetrieb sind Mindesteinlieferungsmengen von [REDACTED] Sendungen vorgesehen.

Mit Schreiben vom 15.12.2015 hat die Betroffene zu den Kalkulationsgrundlagen für die Ermittlung der Impulspostentgelte vorgetragen. Sie hat bei der Ermittlung der postrechtlichen Preisuntergrenze auf der Basis eines – nach ihrer Ansicht regulierungsökonomisch vertretbaren – Wegfallkostenansatzes kalkuliert. Bei diesem Ansatz sei zu untersuchen, welche Kosten innerhalb eines Zeitraums von 3 bis 5 Jahren abbaubar sind (inkrementelle Kosten), wenn ein Produkt bzw. eine Produktlinie eingestellt wird. Auf dieser Grundlage seien die langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten zu ermitteln, die alle variablen sowie zusätzlich die mittelfristig anteiligen abbaubaren Fixkosten umfassen. Der Ansatz von inkrementellen Kosten entspreche den Vorgaben des Postgesetzes und der europäischen Rechtsprechung. Die von der Bundesnetzagentur demgegenüber in ihren bisherigen Entscheidungen für die KeL-Ermittlung herangezogenen Vollkosten sind generell höher als die inkrementellen Kosten.

Die Betroffene ermittelt die Höhe der inkrementellen Stückkosten für die Impulspostleistungen anhand derjenigen Kosten, die bei Einstellung des gesamten Dialogpostbereichs innerhalb von 3 bis 5 Jahren vollständig abbaubar wären. Ausgehend von einem Kostenumfang für den Dialogpostbereich von insgesamt [REDACTED] €, der sich auf [REDACTED] Prozesse verteile, sei für jede Kostenart und jeden Prozess ein zwischen Produktmanagement und Produktion abgestimmter Abbausatz ermittelt worden. Der Umfang der abbaubaren Kosten für das Segment betrage demnach rund [REDACTED] € bzw. ca. [REDACTED] % der Vollkosten in Höhe von [REDACTED] €. Hieraus leitet die Betroffene inkrementelle Stückkosten in Höhe von [REDACTED] € für Impulspost Standard/Kompakt und [REDACTED] € für Impulspost Groß/Maxi ab. Die inkrementellen Stückkosten lägen somit deutlich unter den Verkaufspreisen von 0,14 € bzw. 0,24 €.

Die Kammer hat Zweifel an der Einhaltung der postrechtlichen Kostenmaßstäbe. Sie hat daher die Betroffene mit Schreiben vom 26.02.2016 um Mitteilung gebeten, ob sie an der bisherigen Tarifgestaltung für das Produkt Impulspost festhält und die Fortsetzung des Markttests sowie die Einführung der Impulspost als Regelprodukt unverändert beabsichtige. Mit Schreiben vom 04.04.2016 führte die Betroffene aus, dass die Entgeltgestaltung ihrer Ansicht nach den Maßstäben des § 20 Abs. 2 PostG genüge. Deshalb sei weder eine Einstellung des Probebetriebs beabsichtigt noch werde sie von der Einführung des Regelprodukts zum vorgesehenen Zeitpunkt Abstand nehmen.

Mit Schreiben vom 08.04.2016 hat der Bundesverband Briefdienste e.V. (BBD) die regulatorische Überprüfung des Produkts angeregt. Nach Ansicht des BBD verstößt das Produkt Impulspost gegen das Diskriminierungsverbot. Für vergleichbare Varianten der Werbepost (Dialogpost und Impulspost) mit vergleichbaren Leistungsinhalten würden unterschiedliche Entgelte verlangt. Soweit bei Impulspost noch Adressdatensätze als kostenfreie Zusatzleis-

tung geliefert würden, läge hierin eine weitere Ungleichbehandlung. Sollte für die Inanspruchnahme des Produkts Impulspost die Abnahme von Adressdaten vorausgesetzt werden, läge hierin eine missbräuchliche Kopplung des Adresshandels mit Briefdienstleistungen. Entgelte von 15 Cent für Impulspost hält der BBD für kostenunterdeckend. Sie seien für Wettbewerber nicht nachbildbar.

II. Bewertung:

Die Kammer leitet ein Verfahren der nachträglichen Entgeltüberprüfung ein, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass nicht genehmigungsbedürftige Entgelte, die ein Anbieter auf einem Markt für Postdienstleistungen verlangt, nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 2 PostG entsprechen, sofern der Anbieter auf dem betreffenden Markt marktbeherrschend ist.

Die Versendung von Briefsendungen bis 1000 Gramm zu den verfahrensgegenständlichen Entgelten bietet Anhaltspunkte für die Annahme von Verstößen gegen §§ 25, 20 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 2 und 3 PostG. Die verlangten Entgelte könnten zum einen Abschlüsse enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt für Postdienstleistungen in missbräuchlicher Weise beeinflussen (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG). Zum anderen könnte sowohl in der Aufhebung der Entgeltdifferenzierung zwischen Standard- und Kompaktbriefformat sowie zwischen Groß- und Maxibriefformat als auch in der Anwendung unterschiedlicher Entgelte für adressierte Werbesendungen (Dialogpost/Impulspost) eine Vorteilsgewährung für einzelne Nachfrager von gleichartigen Postdienstleistungen liegen (§ 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 PostG).

1. Vorliegen nicht genehmigungsbedürftiger Entgelte

Es handelt sich bei den verfahrensgegenständlichen Entgelten um nicht genehmigungsbedürftige Entgelte. Der Anwendungsbereich des § 25 PostG ist daher eröffnet. Der Prüfung unterliegen die Beförderungsentgelte der Betroffenen für adressierte Werbesendungen. Diese sind gem. § 19 Satz 1 PostG grundsätzlich ex-ante-entgeltgenehmigungspflichtig, da es sich um lizenzpflichtige Postdienstleistungen i. S. v. § 5 Abs. 1 PostG handelt, die von der Betroffenen gewerbsmäßig für andere befördert werden. Nach § 19 Satz 2 PostG werden jedoch Entgelte solcher Beförderungsleistungen von der ex-ante Genehmigungspflicht ausgenommen, die ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Briefsendungen angewendet werden.

Die Entgelte für Impulspostleistungen sind somit nicht genehmigungsbedürftig i. S. d. § 19 Satz 2 PostG, da ausweislich der Leistungsbeschreibung Mindesteinlieferungsmengen von deutlich mehr als 50 Stück [REDACTED] Sendungen im Markttest; [REDACTED] Sendungen im Regelbetrieb) vertraglich vorausgesetzt werden. Aufgrund der Regelung in § 19 Satz 2 PostG greift daher die nachträgliche Entgeltüberprüfung gem. § 25 PostG.

2. Verlangen der Entgelte

Die Entgelte werden auf einem Markt für Postdienstleistungen verlangt. „Verlangen“ i. S. d. § 25 Abs. 1 S. 1 PostG setzt voraus, dass das Produkt bereits eingeführt wurde und das zur Überprüfung stehende Entgelt bereits von den Kunden erhoben wird.

Die Betroffene verlangt die Entgelte derzeit im Rahmen eines Markttests von ihren Kunden. Die Entgelte sind dementsprechend bereits in den Markt eingeführt und werden in der jeweiligen vertraglichen Ausgestaltung gegenüber den Kunden für die erbrachte Postdienstleistung

tung geltend gemacht. Der Umstand, dass die Entgelte derzeit lediglich im Rahmen eines Markttests, der zum 01.07.2016 in den Regelbetrieb überführt werden soll, verlangt werden, steht der Annahme, dass die Entgelte „verlangt“ werden, nicht entgegen. Einen Sonderfall bildet ein Markttest nur insofern, als die Regulierungsbehörde bei Betriebsversuchen den Umfang der vorzulegenden Kostennachweise auf ein angemessenes Maß reduzieren kann, vgl. § 2 Abs. 1 Satz 2 PEntgV. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass auch im Rahmen von Betriebsversuchen die Kostenmaßstäbe des Postgesetzes in vollem Umfang zu beachten sind, insbesondere eine Überprüfung des verlangten Entgelts stattfinden kann.

3. Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung der Betroffenen

Die Marktbeherrschung der Betroffenen auf dem relevanten Markt ist zu bejahen.

Sie verfügt auf dem bundesweiten Markt für lizenzpflichtige Briefdienstleistungen (Sendungen bis max. 1.000 Gramm) über einen Umsatzanteil von über 87 %. Das restliche Marktvolumen entfällt auf ca. 600 aktive Lizenznehmer, die damit neben der Beschwerdegegnerin lediglich einen Randwettbewerb bilden, vgl. Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur 2015, S. 26. Auch die Betroffene geht in ihrem Schriftsatz vom 29.01.2016 davon aus, dass das Produkt „Impulspost“ der ex-post-Regulierung nach § 25 PostG unterliegt. Sie ordnet die Impulspost dem Markt für Briefbeförderung zu.

4. Verstoß gegen §§ 25 Abs. 2 i. V. m. 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG (Abschlagsverbot)

Die dem Produkt Impulspost zugrunde gelegte Tarifierung widerspricht nach Ansicht der Kammer dem Entgeltmaßstab nach § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG. Es liegen daher Tatsachen vor, die die Annahme eines Verstoßes gegen die postregulatorischen Entgeltmaßstäbe rechtfertigen.

Die Kammer geht nach Auswertung der vorgelegten Kalkulationsgrundlagen davon aus, dass die Entgelte für Impulspostsendungen in Höhe von 0,14 € und 0,24 € Abschläge enthalten, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen.

Aufgrund der bislang vorgelegten Kostenansätze bestehen deutliche Anhaltspunkte dafür, dass weder die Vollkosten je Produkt noch die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) gedeckt werden. Dies gilt sowohl für kleingewichtige als auch besonders für höhergewichtige Sendungen, bei denen die Kostenunterdeckung aufgrund der gewählten Tarifierung (0,24 € für Sendungen bis 1.000 g) noch erheblich größer ausfallen dürfte als im Standardformat. Die Betroffene hat bei der nach ihrer Ansicht postrechtskonformen Kalkulation einen Wegfallkostenansatz gewählt, der die kurz- bis mittelfristig abbaubaren Kosten bei einem fiktiven Wegfall des Dialogpostsegments abbildet. Danach würden – gemessen an den im Rahmen des erst vor kurzem abgeschlossenen Price-Cap-Maßgrößenverfahrens vorgelegten Kosten des Segments für das Jahr 2014 – weniger als [REDACTED] Prozent der Vollkosten und nur etwa [REDACTED] Prozent der KeL gedeckt.

Der von der Betroffenen bei ihrer Entgeltkalkulation gewählte Wegfallkostenansatz ist nach Ansicht der Kammer jedoch nicht postgesetzkonform. Die von der Betroffenen geltend gemachten Wegfallkosten unterschreiten die KeL, die sich nach § 3 Abs. 2 PEntgV den aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung, einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten einschließlich eines angemessenen Gewinnzuschlags ergeben.

Der von der Betroffenen gewählte Wegfallkostenansatz deckt nicht sämtliche *langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung*. Er berücksichtigt entgegen § 3 Abs. 2 PEntgV nur die kurzfristigen zusätzlichen Kosten.

Der Begriff der „Zusatzkosten“ im Sinne der Entgeltregulierung ist nicht mit dem kartellrechtlich geformten Begriff der „Zusatzkosten“ gleichzusetzen wie die Betroffene es in ihrer Entgeltkalkulation mit dem Wegfallkostenansatz vornimmt. Eine Deckung der Zusatzkosten im Sinne der kartellrechtlichen Rechtsprechung führt nicht zur Annahme einer Deckung der im KeL-Begriff enthaltenen langfristigen zusätzlichen Kosten im Sinne des § 3 Abs. 2 PEntgV.

§ 3 Abs. 2 PEntgV enthält im Vergleich zum Zusatzkostenbegriff des Wettbewerbsrechts (s. auch EuGH Slg. 1991 I – 3359 Rdnr.71, AKZO-Entscheidung) eine Erweiterung des Kostenbegriffs dahingehend, dass eine Langfristperspektive einzunehmen ist. Durch die Bezugnahme auf die Langfristigkeit von Kosten wird gewährleistet, dass nicht nur die durchschnittlichen variablen (und zumeist kurzfristig abbaubaren) Kosten für die Dienstbereitstellung, sondern auch die langfristigen (zumeist fixen) Kostenbestandteile bei der Kostenkalkulation und Entgeltbestimmung einbezogen werden. Hierbei handelt es sich insbesondere um die Kosten für die postalische Netzinfrastruktur, welche anteilige Kosten für den Aufbau ebenso wie für den Betrieb eines Logistiknetzes umfassen.

Die Erwirtschaftung der langfristigen Kosten ist nach allgemeinen betriebswirtschaftlichen Verständnis Voraussetzung dafür, dass ein Dienst dauerhaft am Markt angeboten wird und somit auch langfristig die fixen Kosten über die Preise erwirtschaftet werden können (Springer Gabler Verlag (Herausgeber), Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Preisuntergrenze, online im Internet: 35/Archiv/1046/preisuntergrenze-v9.html).

Ein auf Gewinnmaximierung ausgerichtetes Unternehmen wird sich nur dann auf einem Markt betätigen, wenn nicht nur (kurzfristig) die variablen Kosten gedeckt werden können, sondern durch das Produkt (langfristig) zugleich auch ein der entsprechend der Inanspruchnahme angemessener Beitrag zur Deckung der Netzinfrastruktur und der Netzvorhaltekosten geleistet wird. Diese Konzeption zur Differenzierung im Hinblick auf die zeitliche Dimension wurde in der Regulierungsökonomie entsprechend übernommen. Wie in der einschlägigen Kommentarliteratur ausgeführt, ist die lange Frist dadurch gekennzeichnet, dass sämtliche Kosten, insbesondere auch Kapitalkosten für Netzkapazitäten dispositiv sind. Die Möglichkeit zur Erwirtschaftung der langfristigen Kosten entscheidet darüber, ob ein Dienst bereitgestellt wird (vgl. Beck'scher TKG-Kommentar, Schuster/Stürmer, 2. Auflage, § 3 TEntgV, Rn. 15). Da es bei der Brieflogistik wie im Regelungsbereich des TKG um eine Netzlogistik handelt, gelten diese Überlegungen auch für den Postbereich. Die langfristigen Zusatzkosten der bereitgestellten Dienste sind daher wesentlicher Prüfungsmaßstab. Dementsprechend beinhalten die KeL auch Kosten, welche Fixkostencharakter besitzen und damit weder kurz- noch mittelfristig abbaubar sind.

Eine Beschränkung des Kostenansatzes auf wegfallende Kosten ist auch deshalb nicht postrechtskonform, weil hierdurch nicht sämtliche zu berücksichtigenden *leistungsmengenneutralen Gemeinkosten* als Bestandteil der KeL nach § 3 Abs. 2 PEntgV in Ansatz gebracht werden.

In dem von der Betroffenen dargelegten Wegfallkostenansatz werden kurz- bis mittelfristig wegfallende Gemeinkosten kalkuliert. Allerdings bleiben durch die Kurzfristbetrachtung sowie den weitgehenden Fixkostencharakter von Gemeinkosten wesentliche leistungsmengenneutrale Gemeinkosten unberücksichtigt.

Dementsprechend werden von der Betroffenen in der Kalkulation Netzvorhaltekosten nur insoweit zugrunde gelegt, als diese bei Wegfall der Dienstleistung kurz- bis mittelfristig entfallen. Der überwiegende Anteil der Netzvorhaltekosten, welche durch die Verbundproduktion anfallen, fließt indes nicht in die Kalkulation ein. Diese Beschränkung auf die nur kurz- bis mittelfristig abbaubaren leistungsmengenneutralen Gemeinkosten ist nicht vereinbar mit § 3 Abs. 2 PEntgV. Denn nach § 3 Abs. 2 PEntgV sind losgelöst von der Abbaubarkeit dieser Kosten, sämtliche leistungsmengenneutrale Gemeinkosten zugrunde zu legen.

Leistungsmengenneutrale Gemeinkosten sind diejenigen Kosten, die im Betrieb anfallen, aber den relevanten Produkten nicht direkt zugeordnet werden können bzw. aus Wirtschaftlichkeitsgründen den Produkten nicht zugerechnet werden. Leistungsmengenneutrale Kosten beinhalten damit Kosten für mittelbare produktübergreifende Tätigkeiten und Prozesse. Es handelt sich um Netz- und Vorhaltekosten sowie um allgemeine Kosten (wie z. B. auch für Overhead), welche für die gemeinsame Erbringung von Dienstleistungen anfallen. Sie beziehen sich auf Sach- und Personalressourcen sowie Infrastruktureinrichtungen, die für mehrere Produkte bzw. Dienste eingesetzt werden. Solche prozessübergreifenden Kosten sind im Rahmen der KeL-Bestimmung kalkulatorisch angemessen zu berücksichtigen.

Bezogen auf die Gesamtheit der von einem Unternehmen produzierten und angebotenen Leistungen muss gewährleistet sein, dass sämtliche mittelbare Kosten, zu denen auch die Gemeinkosten zählen, von den Entgelten abgedeckt werden. Deren Nichtberücksichtigung, wie z. B. nach dem Wegfallkostenansatz, hat zur Folge, dass mittelbare Kosten im Zusammenhang mit der Briefbeförderungsleistung über die zu vermarktenden Produkte nicht erlöst werden.

Leistungsmengenneutrale Gemeinkosten müssen insbesondere deshalb angesetzt werden, da Impulspostsendungen im Verbund mit anderen Produkten der Betroffenen in einem gemeinsamen Logistiknetz befördert werden. So findet die Sortierung der Impulspostsendungen ebenso wie die der anderen adressierten Sendungen in denselben Sortierzentren auf denselben Sortiermaschinen statt. Darüber hinaus werden die Impulspostsendungen im Verbund mit den anderen Brief-, aber auch Paket- und Pressedistributionssendungen sowie Postwurfsendungen befördert, für die dasselbe Zustellpersonal eingesetzt wird. Dementsprechend sind im Rahmen der Produktkalkulation nicht nur die direkten, ausschließlich für die Impulspostsendungen anfallenden Prozesskosten, sondern auch anteilige leistungsmengenneutrale Kosten anzusetzen für Ressourcen und Einrichtungen, auf die für die gemeinsame Produktion der verschiedenen Leistungen zurückgegriffen wird.

Bei gemeinsamer Nutzung von Sach- und Personalressourcen sind die betreffenden Prozesskosten vorrangig nach dem Kostenverursachungsprinzip, also entsprechend der Nutzungsintensität den betreffenden Segmenten und Produkten zuzurechnen (vgl. auch Beschluss BK5-15/012 v. 23.11.2015, S. 22 ff., 50f.).

Der gewählte Wegfallkostenansatz stellt somit keine Kostenzurechnungsmethode dar, die mit dem postrechtlichen Begriff der leistungsmengenneutralen Gemeinkosten (der Netzproduktion) zu vereinbaren ist.

Dies berücksichtigend stellt der Gesetzgeber in den Entgeltregulierungsvorschriften ausdrücklich auf den Begriff der Leistungsbereitstellung ab. Die Bereitstellung einer Leistung umfasst auch das Vorhalten der für das Angebot von Briefbeförderungsleistungen erforderlichen Kapazitäten. Denn dies ist erforderlich, um den Beförderungsvorgang als solches überhaupt ausführen zu können. Damit geht der Gesetzgeber über die reine Tätigkeit, d.h., die

Leistungserbringung hinaus (vgl. hierzu Beck'scher PostG-Kommentar, Sedemund, 2. Auflage, § 20 PostG, Rn. 36). Dementsprechend ergibt sich entgeltregulatorisch, dass nicht nur die Kosten für den jeweiligen Vorgang, sondern auch die Kosten für die Bereitstellung der Leistung im Rahmen der KeL-Bestimmung in Ansatz gebracht werden müssen.

Der gewählte Wegfallkostenansatz erscheint mit *allgemein anerkannten betriebswirtschaftlichen Kostengrundsätze* nicht vereinbar (§ 3 Abs. 3 Satz 1 PEntgV). Die Kalkulation berücksichtigt nicht sämtliche der zur Ermittlung der langfristigen Preisuntergrenze in Ansatz zu bringenden Fixkosten (vgl. Gabler a. a. O.). Der Ansatz ist auch inkonsistent zu den bislang angewandten Kostenzurechnungsmethoden. Bislang wurde in sämtlichen Genehmigungs- und sonstigen Überprüfungsverfahren zur Begründung der Vereinbarkeit eines Entgeltes mit dem KeL-Maßstab ein Kostenansatz unter Einbezug der anteiligen Zusatz- und Gemeinkosten zugrunde gelegt. Dadurch, dass keine anteiligen (langfristigen) Kosten für den Netzunterhalt und -betrieb in der Kalkulation berücksichtigt werden, steht der nunmehr vorgetragene Wegfallkostenansatz zudem in Widerspruch zu den im Price-Cap-Maßgrößenbeschluss aufgestellten Grundsätzen zum Kostenverursachungs-, wie auch zum Tragfähigkeitsprinzip (vgl. auch Beschluss BK5-15/012 v. 23.11.2015, S. 22 ff., 50ff.).

Die Einschätzung der Kammer stützt sich nicht allein auf nationales Recht. Auch bei Einbeziehung aktueller europäischer Rechtsprechung (vgl. EuGH-Urteil vom 27.03.2012; C-209/10, Post Danmark I) ist davon auszugehen, dass durch das vorgesehene Entgelt die durchschnittlichen Gesamtkosten des Produkts und ggf. sogar die langfristigen durchschnittlichen Zusatzkosten (LRAIC) nicht gedeckt sind, welche das Mittel aller variablen und fixen Kosten bilden, die dem Unternehmen bei der Herstellung eines bestimmten Produkts entstehen. Ebenso wie das Postgesetz stellen die EU-Kommission sowie der Europäische Gerichtshof bei der Bewertung einer missbräuchlichen Verdrängungspraxis nicht nur auf die reinen Zusatzkosten ab. In der Rechtssache Post Danmark I beinhaltet der Ausgangspunkt zur Beurteilung einer missbräuchlichen Verdrängungspraxis die durchschnittlichen Gesamtkosten, welche als durchschnittliche inkrementelle Kosten zuzüglich eines geschätzten Anteils an den allgemeinen Kosten definiert werden. Die allgemeinen Kosten beinhalten allgemeine logistische Tätigkeiten sowie allgemeine nicht zurechenbare Kosten. In der vorgeannten Rechtssache wurden als inkrementelle Kosten neben den variablen (Prozess-)Kosten anteilige allgemeine Kosten einbezogen (EuGH-Urteil vom 27.03.2012; C-209/10, Rn. 31; 33). Die inkrementellen Kosten nach europäischem Recht beziehen sich somit auch auf die *Kosten für die Vorhaltung und den Betrieb des Netzes*.

Eine Anwendbarkeit des Wegfallkostenansatzes kann auch nicht aus dem Verfahren der Europäischen Kommission (COMP/35.141 – Deutsche Post AG vom 20.03.2001) zur Überprüfung der Verrechnungspreise bei der Paketproduktion der Deutschen Post DHL hergeleitet werden.

Entgegen der Ansicht der Betroffenen verfolgt die Europäische Kommission hierin keinen Inkrementalkostenansatz, sondern stellt vorrangig auf Marktpreise ab und greift nur subsidiär auf Zusatzkosten i. S. v. Wegfallkosten zurück. Zur Beurteilung der in Rede stehenden Verrechnungspreise für die Leistungsbeziehungen zwischen der Betroffenen und einem Tochterunternehmen hat sie die auf dem Markt für Speditionsleistungen im Nah- und Fernverkehr erzielbaren Marktpreise als Referenz zugrunde gelegt. Nur für Prozess-Schritte, für welche sich keine Marktpreise herleiten ließen, hat sie subsidiär die inkrementellen Kosten herangezogen. Mit dieser Entscheidung hat die Europäische Kommission in Übereinstimmung mit dem EuGH in Sachen Post Danmark I klargestellt, dass Marktpreise ein geeigneter Maßstab

sind, um die Nachbildbarkeit durch andere vergleichbare Marktteilnehmer erfassen zu können.

Nach den vorläufigen Ermittlungen der Kammer decken die verlangten Entgelte für das Produkt Impulspost nicht die KeL. Damit liegen Tatsachen vor, die die Annahme eines Abschlags im Sinne des § 20 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PostG rechtfertigen. Der Abschlag wird dabei umso größer, je höher das Gewicht der Sendung ist. Während beim Standardbrief die Kostenunterdeckung geringer ist, werden die Kosten des Kompakt, Groß- und Maxibriefs wesentlich deutlicher unterschritten.

Der Abschlag beeinträchtigt die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in missbräuchlicher Weise.

Bereits das Vorliegen von Abschlägen indiziert eine wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung im Sinne des § 20 Abs. 2 Nr. 2 PostG (so zuletzt OLG Düsseldorf vom 06.04.2016, Az.: VI - Kart 9/15 (V), S. 25ff. des amtlichen Entscheidungsumdrucks, nicht rechtskräftig).

Zwar umfasst Wettbewerb den – grundsätzlich nicht zu beanstandenden – Willen eines Marktteilnehmers, unter Ausschaltung anderer Marktteilnehmer den eigenen Marktanteil auszubauen. Dies ist jedoch gerade dem marktbeherrschenden Unternehmen dann untersagt, wenn es dieses Ziel durch Ausnutzung der in § 20 PostG beschriebenen Mittel (wettbewerbswidrige Abschläge, Ausbeutung, Diskriminierung) zu erreichen sucht.

So ist nicht jeder wirtschaftliche Nachteil, der einem anderen Unternehmen zugefügt wird, ohne weiteres als Beeinträchtigung seiner Betätigungsmöglichkeiten im Wettbewerb anzusehen. Erforderlich ist vielmehr eine Auswirkung auf die Wettbewerbschancen des beeinträchtigten Unternehmens (vgl. Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB-Komm. 5. Aufl., § 19, Rn 103). Ob Behinderungen unbillig i. S. d. §§ 19 Abs. 2 Nr. 1, 20 Abs. 3 Satz 2 GWB sind, ist anhand einer einzelfallbezogenen, normzweckorientierten Interessenabwägung zu bewerten. Für die in § 20 Abs. 3 Satz 2 GWB geregelten Sonderfälle der Untereinstandspreis-Angebote und der Preis-Kosten-Schere ergibt sich jedoch ein schärferer Maßstab aus dem besonderen Normzweck der Vorschrift und der zu seinem Erreichen eingeführten Beweislastumkehr für die Frage der sachlichen Rechtfertigung (vgl. Markert, ebenda, § 20, Rn 87).

Nicht nur gelegentliche Untereinstandspreis-Angebote i. S. d. § 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB beinhalten die unwiderlegbare Vermutung der kausalen Verknüpfung zwischen der Ausübung überlegener Marktmacht durch Untereinstandsangebote und der Gefahr für die Wettbewerbsfähigkeit der kleinen und mittleren Wettbewerber. Die fehlende sachliche Rechtfertigung solcher Angebote und damit die Unbilligkeit der von ihnen ausgehenden Behinderung dieser Wettbewerber wird hingegen widerleglich vermutet. Auf eine zusätzliche Feststellung, dass diese Behinderung die Wettbewerbsverhältnisse auf dem relevanten Markt spürbar beeinträchtigt, kommt es dabei nicht an (vgl. Markert, ebenda, § 20, Rn. 89).

Diese Ausführungen lassen sich auch auf kostenunterdeckende Entgelte im Sinne des § 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 PostG übertragen. Denn die Regelung zu Untereinstandspreisen erfassen zwar Einstandspreise im Sinne von Bezugskosten, eine vergleichbare Situation ist aber auch dann gegeben, wenn ein Unternehmen die Leistung selbst erbringt und hierfür „lediglich“ eigene Wertschöpfungskosten anfallen. In beiden Fällen werden die Kosten mit dem erhobenen Entgelt nicht gedeckt. Ein Angebot zu Entgelten, die nicht einmal die Netzvorhaltekosten des marktbeherrschenden Unternehmens – mit seinen Verbund- und Skalenvorteilen - erwirtschaften, dürfte für andere Anbieter kaum nachbildbar sein. Insofern folgt die Missbrauchsvermutung grds. bereits aus der Feststellung der Kostenunterdeckung.

Konkret hat auch der BBD bereits geltend gemacht, dass – unabhängig von dieser Vermutung – eine Wettbewerbsbeeinträchtigung vorliege („Derart niedrige, von der Kostendeckung offensichtlich losgelöste Entgelte können von den Wettbewerbern nicht annähernd angeboten werden.“).

Das Produkt Impulspost ist damit auch auf die Verdrängung anderer Wettbewerber gerichtet. Mittels der sehr günstigen Entgelte werden nicht nur – so der Vortrag der Betroffenen – Kunden angereizt, Neukundenansprachen statt über elektronische Medien physisch zu platzieren. Auch Versender, die bislang die Leistungen der Betroffenen nicht nutzen, werden dem Wettbewerb entzogen. Die Betroffene, die ohnehin aufgrund ihrer Größen- und Verbundvorteile über sehr günstige Zustellstrukturen verfügt, kann für die Versandrelation durch die Gewährung kostenunterdeckender Angebote für alternative Anbieter nicht nachbildbare Entgeltkonditionen anbieten. Versender, die bislang die Zustellung durch Wettbewerber durchgeführt haben, werden daher angesichts der günstigen Entgelte zunehmend die Produkte der Betroffenen nutzen.

Zur sachlichen Rechtfertigung des Unterkostenangebots hat die Betroffene bislang nicht substantiiert vorgetragen. Der allgemeine Hinweis auf Sendungsmengenrückgänge reicht hierzu nicht aus (OLG Düsseldorf, vom 06.04.2016, Az.: VI - Kart 9/15 (V), S. 25ff. des amtlichen Entscheidungsumdrucks; nicht rechtskräftig).

5. Verstoß gegen §§ 25 Abs. 2 i. V. m. 20 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 PostG (Diskriminierungsverbot)

Das Produkt Impulspost kann in zweierlei Hinsicht gegen § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG verstoßen. Zum einen werden die Versender „normaler“ Dialogpost gegenüber Versendern von Werbung für Neukunden möglicherweise ungleich behandelt, indem sie – je nach Sendungsformat – für eine vergleichbare (wenn nicht identische) Leistung ein erheblich höheres Entgelt zahlen müssen.

Die produktionstechnischen Gegebenheiten begründen keinen Kostenunterschied. Ausschlaggebend für die Entgeltdifferenzierung zwischen Bestandskunden und Neukunden ist allein die Absicht der Betroffenen, Versendern die Beförderung von adressierten Werbesendungen für eine bestimmte Zielgruppe zu einem deutlichen vergünstigten Preis zu ermöglichen. Sowohl bei Dialog- als auch bei Impulspost handelt es sich um eine Form personalisierter Kundenansprache. Der Unterschied liegt allein im Sendungsinhalt bzw. dem Status des beworbenen Empfängers (Neu- oder Bestandskunde des Senders); an der Gleichartigkeit der zu betrachtenden Postdienstleistung ändert sich hierdurch nichts.

Eine weitere Ungleichbehandlung liegt zudem im Wegfall der Entgeltdifferenzierung nach Gewicht.

Sämtliche von der Betroffenen angebotenen Briefdienstleistungen differenzieren nach den Sendungsgewichten. Auch bei der Dialogpost, die formal nur noch in den Formaten Standard und Groß angeboten wird (vgl. Informationsbroschüre der Betroffenen zur „Dialogpost“ S. 7), findet weiterhin eine Entgeltdifferenzierung nach Sendungsgewichten in den jeweiligen Formaten statt (vgl. ebenda, S. 18).

Eine solche Differenzierung nach Gewicht und Format ist aus Kostengründen geboten. Sollten Kostenunterschiede nicht (mehr) bestehen, wäre ein Festhalten an der Differenzierung für die übrigen Briefprodukte der Betroffenen nicht mehr haltbar.

6. Beschränkung des Verfahrens auf die vorgenannten Erwägungen

Die Prüfung wird zunächst nicht auf Fragen ausgedehnt, die sich im Zusammenhang mit dem Bezug von Adressdaten ergeben.

Der BBD trägt mit seiner Beschwerdeschrift vom 08.04.2016 diesbezüglich Gesichtspunkte vor, die in erster Linie Gegenstand eines Missbrauchsverfahrens i. S. d. § 32 PostG wären. In einem zeitlich eng begrenzten Entgeltüberprüfungsverfahren – die Verfahrensfrist beträgt zwei Monate – ist eine Ausermittlung des Vorbringens nicht zu gewährleisten. Für den Vortrag, die Betroffene stelle ihren Kunden unentgeltlich Adressdatensätze zur Verfügung hat die Kammer zur Zeit keine Anhaltspunkte. Das unentgeltliche Bereitstellen von Adressdaten widerspräche auch kaufmännischen Gepflogenheiten. Die Betroffene erbringt diese Leistungen üblicherweise nur entgeltlich. Möglicherweise möchte sie das Produkt Impulspost dazu nutzen, auch den Adresshandel, der über ein weiteres Tochterunternehmen im Konzernverbund Deutsche Post DHL erbracht wird, zu beleben.

Insofern wäre aus Sicht der Betroffenen eher eine (missbräuchliche) Koppelung des Beförderungsangebots für Impulspost mit dem Bezug von Adressdaten über ein weiteres Tochterunternehmen der Deutsche Post DHL-Gruppe ökonomisch nachvollziehbar. Anhaltspunkte für ein solches Vorgehen liegen der Kammer jedoch nicht vor.

Ermittlungen hinsichtlich der Verknüpfung von Impulspost mit einer unentgeltlichen Bereitstellung oder verpflichtenden Nutzung von Adressdaten eines Tochterunternehmens der Deutschen Post DHL werden vom vorliegenden Verfahren getrennt und vom Erhalt substantiierten Hinweise abhängig gemacht. Ohnehin erscheint die Frage der grundsätzlichen Vereinbarkeit des Produkts Impulspost mit den postentgeltregulatorischen Vorschriften vorrangig.

7. Vorlage von Informationen zum Leistungsangebot sowie Kosten- und Mengendaten im Rahmen der Entgeltüberprüfung

Zur Durchführung der nachträglichen Entgeltüberprüfung nach § 25 PostG wird der Betroffenen nach § 26 Abs. 1 PostG, § 6 Abs. 1 PEntgV aufgegeben, bis zum **19.05.2016** der Kammer folgende Informationen zur Verfügung zu stellen:

- detaillierte Angaben zum Leistungsangebot sowohl für den Markttest als auch den Regelbetrieb;
- Vorlage der Verträge mit den Endkunden für die Aussendung von Impulspost;
- Angaben zu den aktuellen Absatzmengen des Testbetriebs sowie den erwarteten Absatzmengen für die nächsten fünf Jahre, getrennt nach den Sendungsformaten für Impulspost und für andere Dialogpostsendungen mit werblichem Inhalt sowie die Absatzmengen der fünf zurückliegenden Jahre für Dialogpostsendungen (Infopost) mit werblichem Inhalt (aufgeteilt nach Neukunden- und Bestandskundenwerbung);
- Angaben zu den aktuellen Umsätzen des Testbetriebs sowie den erwarteten Umsätzen für die nächsten fünf Jahre, getrennt nach den Sendungsformaten für Impulspost und für andere Dialogpostsendungen mit werblichem Inhalt sowie die Umsätze der fünf zurückliegenden Jahre für Dialogpostsendungen mit werblichem Inhalt (aufgeteilt nach Neukunden- und Bestandskundenwerbung);

- Angaben zu den produktbezogenen KeL und neutralen Aufwendungen (Lasten) sowie den erwarteten Kosten für die nächsten fünf Jahre von Impulspostprodukten, getrennt nach den Sendungsformaten entsprechend der Struktur der Deckungsbeitragsrechnung je Produkt analog zum Price-Cap-Verfahren
- Angaben zu den produktbezogenen KeL und neutralen Aufwendungen (Lasten) von Dialogpostprodukten mit werblichen Inhalt für die Jahre 2014 und 2015 sowie den erwarteten Kosten für die nächsten fünf Jahre gemäß den Price-Cap-Kostenrechnungs- und Allokationsgrundsätzen. Hierbei sind die Kosten nach Neukunden- und Bestandskundenwerbung zu trennen. Für jede der Kundengruppen ist nochmals nach den Format- und Gewichtskombinationen („Standard“ bis 20 g und „Standard“ 21g bis 50g sowie „Groß“ bis 50 g, „Groß“ 51g bis 100g, „Groß“ 101g bis 250g, „Groß“ 251g bis 500g, „Groß“ 501g bis 1000g) zu differenzieren;
- Aufstellung der Kosten, die zusätzlich für Maßnahmen der Inhaltskontrolle und der Entgeltsicherung für Impulspostausendungen aufgewandt werden;
- voraussehbare Auswirkungen des Leistungsangebots auf Kunden und Wettbewerber;
- Angaben zu den durchschnittlichen Preisen für die Dienstleistung teiladressierter Werbesendungen „Postwurfspezial“ getrennt nach Sendungsformaten;
- Angaben zu Absatzmengen und Umsätzen der Dienstleistung teiladressierte Werbesendungen „Postwurfspezial“ der vergangenen fünf Jahre und die erwarteten Werte für die nächsten fünf Jahre;
- Kosten für die Dienstleistung teiladressierte Werbesendungen „Postwurfspezial“ gesamt sowie getrennt nach Sendungsformaten;
- Erläuterung, welche Dienstleistungen zur personalisierten / individuellen Ansprache von Neukunden bislang von Kunden der Betroffenen genutzt wurden;

Bonn, den 28.04.2016

Dreger
Vorsitzende

Meyerding
Beisitzer

Balzer
Beisitzer