



Beschlusskammer 5

BK 5b-11/018

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

gegenüber

1. First Mail Düsseldorf GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung,
Lierenfelder Str. 51, 40231 Düsseldorf

- Betroffene zu 1. -

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

- Betroffene zu 2. -

Verfahrensbevollmächtigte zu 1. und 2.: Redeker, Sellner, Dahs,
Leipziger Platz 3, 10117 Berlin

wegen

nachträglicher Überprüfung nicht genehmigungsbedürftiger Entgelte
der Beschwerdegegnerin zu 1. für die Postdienstleistungen C6, C5, C4

Beigeladene:

1. TNT Post Regioservice GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung,
Stadionring 32, 40878 Ratingen

- Beigeladene zu 1. -

Verfahrensbevollmächtigte: Heuking Kühn Lüer Wojtek,
Bleichenbrücke 9, 20354 Hamburg

2. Frankotyp Postalia Holding AG, vertreten durch den Vorstand,
Triftweg 21 - 26, 16547 Birkenwerder

- Beigeladene zu 2. –

3. PIN Mail AG, vertreten durch den Vorstand,
Alt-Moabit 91, 10559 Berlin

- Beigeladene zu 3. –

Verfahrensbevollmächtigte: Ulmenstein | Rechtsanwälte,
Ellerstraße 26 - 28, 30175 Hannover

hat die Beschlusskammer 5 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation,
Post und Eisenbahnen in der Besetzung

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

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 11.05.2011
am 14.06.2011 entschieden:

1. Die zum Entscheidungszeitpunkt gültigen Entgelte der Betroffenen zu 1. für die Postdienstleistungen C6, C5 und C4 entsprechen nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 2 Nr. 2 und 3 PostG.
2. Der Betroffenen zu 1. wird aufgegeben, die Entgelte unverzüglich, spätestens zum 31.08.2011, den Maßstäben des § 20 Abs. 2 Nr. 2 und 3 PostG anzupassen.
3. Die Entgelte entsprechen den Maßstäben des § 20 Abs. 2 PostG bei Einhaltung folgender Voraussetzungen:

- a. soweit die Betroffene zu 1. im Rahmen der Anpassung der Entgelte die gegenwärtige Angebotsstruktur der Betroffenen zu 2. nach Maßen und Gewichten übernimmt, entsprechen die Entgelte den Maßstäben des § 20 Abs. 2 PostG dann, wenn die Teilleistungsentgelte BZE der Betroffenen zu 2. nicht unterschritten werden. Die Teilleistungsentgelte belaufen sich gegenwärtig auf:

a)	Standardbrief	(bis 20 g)	0,341 €
b)	Kompaktbrief	(bis 50 g)	0,558 €
c)	Großbrief	(bis 500 g)	0,899 €
d)	Maxibrief	(bis 1.000 g)	1,364 €

- b. Soweit die Betroffene zu 1. nach Maßen und Gewichten an ihrer bisherigen Angebotsstruktur festhalten will, dürfen bei der Entgeltanpassung folgende Entgelthöhen nicht unterschritten werden:

a)	C6 (vergleichbar Standard- und Kompaktbrief):	0,361 €
b)	C5 (vergleichbar Großbrief):	0,899 €
c)	C4 (vergleichbar Maxibrief):	1,364 €

4. Sofern die Betroffene zu 1. gegenüber ihren Kunden selbst postvorbereitende Tätigkeiten bzw. Abholtätigkeiten erbringt, sind diese mit den entsprechenden Kosten den unter 3. genannten Entgelthöhen zu beaufschlagen.
5. Entgelte der Betroffene zu 1. für Massensendungen, die nicht mit den Infopostbedingungen der Betroffenen zu 2. übereinstimmen, entsprechen nicht dem Maßstab des § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG.
6. Die Betroffene zu 1. wird aufgefordert, die zu 5. festgestellte Diskriminierung unverzüglich, spätestens bis 31.08.2011, abzustellen, z. B. durch Einführung von Vertragsbedingungen, die den Infopostbedingungen der Betroffenen zu 2. entsprechen.
7. Die Betroffene zu 2. verstößt gegen den Maßstab des § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG, indem sie über die Betroffene zu 1. gleichartigen Abnehmern günstigere Entgelte für vergleichbare Leistungen gewährt.
8. Die Betroffene zu 2. wird aufgefordert, die zu 7. festgestellte Diskriminierung unverzüglich, spätestens bis 31.08.2011, abzustellen.

9. Die zu 2., 3., 6. und 8. erfolgten Anpassungen sind der Regulierungsbehörde bis zum 07.09.2011 nachzuweisen.

Gründe:

I.

Die Beschlusskammer hat nach Abschluss von Vorermittlungen mit Beschluss vom 11.04.2011 ein Verfahren der nachträglichen Entgeltkontrolle gem. §§ 25 Abs. 1, 20 Abs. 2 PostG eingeleitet. Die Eröffnung von Amts wegen wurde den Betroffenen am selben Tage bekannt gegeben. Zum Sachverhalt lag zugleich eine Beschwerde der Beigeladenen zu 1. vor.

Das Verfahren bezieht sich auf den Vorwurf, die Entgelte der Betroffenen zu 1. seien kostenunterdeckend, sie diskriminiere ihre Kunden untereinander, indem sie für vergleichbare Leistungen unterschiedliche Entgelte anbiete. Die Betroffene zu 2. diskriminiere ihre Kunden durch Preispaltung.

Die Betroffene zu 2. ist marktstärkster Anbieter von Postdienstleistungen im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Sie bietet neben End-to-End-Zustellleistungen auch sog. Teilleistungen an, die dadurch gekennzeichnet sind, dass der Einlieferer teilleistungsrelevante Eigenleistungen wie z.B. Sortierung auf Leitregion und Einlieferung in die Briefzentren selbst erbringt oder durch sog. Konsolidierer erbringen lässt.

Die Entgelte für Teilleistungen liegen unter den Entgelten für End-to-End-Zustellleistungen und betragen gegenwärtig für die Einlieferung in das zustellnahe Briefzentrum Eingang (BZE)

e) Standardbrief	(bis 20 g)	0,341 €
f) Kompaktbrief	(bis 50 g)	0,558 €
g) Großbrief	(bis 500 g)	0,899 €
h) Maxibrief	(bis 1.000 g)	1,364 €

Die Mindesteinlieferungsmenge für BZE-Einlieferungen beträgt 250 Sendungen.

Die Beteiligten zu 1. und 3. als derzeit stärkste Wettbewerber der Betroffenen zu 2. auf dem Briefmarkt haben ihre Tätigkeitsschwerpunkte in den Gebieten Rhein/Ruhr und Berlin. Sie verfügen jedenfalls in diesen Gebieten über ein eigenes Zustellnetz.

Die Betroffene zu 1. ist eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der Deutsche Post Beteiligungen Holding GmbH. Diese wiederum ist eine 100 %-ige Tochtergesellschaft der Betroffenen zu 2. Zwischen der Betroffenen zu 1. und der Deutsche Post Beteiligungen Holding GmbH besteht

seit dem Jahr 2008 ein Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag. Danach unterstellt die Betroffene zu 1. die Leitung ihrer Gesellschaft der Deutsche Post Beteiligungen Holding GmbH, die demgemäß berechtigt ist, der Geschäftsführung der Betroffenen zu 1. Weisungen zu erteilen. Die Betroffene zu 1. ist verpflichtet, ihren Gewinn an die Deutsche Post Beteiligungen Holding GmbH abzuführen. Die Deutsche Post Beteiligungen Holding GmbH ist ihrerseits verpflichtet, entstehende Jahresfehlbeträge auszugleichen.

Die Betroffene zu 1. verfügt über eine Lizenz zur gewerbsmäßigen Beförderung von Briefsendungen bis 1.000 g, Lizenzurkunde 01/1390 vom 10.01.2002. Das Unternehmen wurde im Jahr 2004 in den Konzern Deutsche Post DHL eingegliedert.

Die Betroffene zu 1. erbringt Postdienstleistungen derzeit ausschließlich in den Gebieten, die auch von den Beigeladenen zu 1. und 3. mit eigenem Zustellnetz bedient werden. Die Betroffene zu 1. ist in folgenden Gebieten tätig: Düsseldorf, Ruhrgebiet und ausgewählte Postleitzahlen in bestimmten Leitregionen Berlins.

Zusätzlich ist in diesen Gebieten auch die Betroffene zu 2. tätig.

Die Betroffene zu 1. bietet ihre Postdienstleistungen zu Entgelten an, die von denen der Betroffenen zu 2. abweichen.

Ihre Leistungen werden unter den Sendungsformaten entnommenen Bezeichnungen C6, C5 und C4 in drei unterschiedlichen Varianten angeboten. Die Zustellung erfolgt in allen Varianten nur an 5 Werktagen. Die Einlieferungsbedingungen der Betroffenen zu 1. sehen in allen Varianten eine Mindesteinlieferungsmenge von 50 Sendungen und eine kostenlose Abholung der Sendungen beim Kunden vor.

In **Variante 1** werden gegenüber den Unternehmen [REDACTED] [REDACTED] die nachfolgend dargestellten Entgelte erhoben:

- C6 (bis 50 g): [REDACTED]
- C5 (bis 500 g): [REDACTED]
- C4 (bis 1.000 g): [REDACTED]

Diese Angaben resultieren aus der von der Betroffenen zu 2. mit Fax vom 13.07.2010 eingereichten Preisliste zum sog. „Letter of Intent“ zwischen der Betroffenen zu 1. und [REDACTED]

Die Entgelte können sich bei steigendem Sendungsvolumen ggf. verringern. Dieselben Entgelte wurden der [REDACTED] mit Schreiben der Betroffenen zu 1. vom 24.08.2010 angeboten. Außerdem stellen die Entgelte lt. Auskunftsschreiben der Betroffenen zu 2. vom 17.01.2011 die internen Verrechnungspreise für die Inanspruchnahme der Zustelldienste der Betroffenen zu 1. durch das Konzerntochterunternehmen [REDACTED] dar.

Die Einlieferungsbedingungen in diesem Zusammenhang sehen vor, dass die Sendungen der Betroffenen zu 1. auf Zustellbezirke vorsortiert übergeben werden.

In der **zweiten Entgeltvariante** bietet die Betroffene zu 1. Postdienstleistungen (z.B. im Rahmen ihres Internetauftritts) auch noch zu folgenden Konditionen an:

- C6 (bis 1.000 g) **0,44 €**
- C5 (bis 1.000 g) **1,15 €**
- C4 (bis 1.000 g) **1,15 €**

Dieses sog. End-to-End-Angebot wird nur Absendern aus der Leitregion 40 offeriert für die Zustellung in der Leitregion Düsseldorf oder im Zustellgebiet „Ruhrgebiet“. Sendungen, die außerhalb dieser Zustellgebiete liegen, werden an [REDACTED] übergeben und durch diese im Rahmen eines bestehenden Teilleistungsvertrages bei der Betroffenen zu 2. eingeliefert. Den Kunden werden in diesem Fall die Teilleistungsentgelte der Betroffenen zu 2. in Rechnung gestellt. Im Zustellgebiet Berlin wird kein End-to-End-Angebot unterbreitet. Die Betroffene zu 1. tritt hier nach eigenen Angaben nur als Subunternehmer für andere Postdienstleistungsunternehmen auf.

Das Angebot inkludiert die kostenlose Abholung der Sendungen beim Versender sowie die nachträgliche Rechnungsstellung zum Monatsende.

In einer **dritten Entgeltvariante** gewährt die Betroffene zu 1. für „Massensendungen“ folgende Entgelte:

- C6 (bis 50 g): [REDACTED]
- C5 (bis 500 g): [REDACTED]
- C4 (bis 1.000 g): [REDACTED]

Die Geschäftstätigkeit der Betroffenen zu 1. hat jedenfalls bis 2010 Verluste erwirtschaftet.

Für das Geschäftsjahr 2010 war die Muttergesellschaft der Betroffenen zu 1. ausweislich des Schreibens der Betroffenen zu 2. vom 17.01.2011 gehalten, [REDACTED]

[REDACTED]. Für die kommenden Geschäftsjahre erwarten die Betroffenen ein zumindest ausgeglichenes Ergebnis.

Die Bekanntgabe der Verfahrenseröffnung und des Termins der öffentlichen mündlichen Verhandlung erfolgte zudem im Amtsblatt der Bundesnetzagentur 8 / 2011 vom 20.04.2011 unter Mitteilungs-Nr. 201.

Am 11.05.2011 wurde in den Räumlichkeiten der Bundesnetzagentur eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt.

Mit dem Bundeskartellamt ist unter dem 09.06.2011 Einvernehmen über die vorliegend getroffene Abgrenzung des relevanten Marktes in räumlicher und sachlicher Hinsicht sowie die Feststellung der Marktbeherrschung hergestellt worden. Das Bundeskartellamt hat Gelegenheit zur Stellungnahme in der Sache erhalten.

Vortrag der Betroffenen

Die Betroffenen sind der Ansicht, die Tätigkeit der Betroffenen zu 1. führe nicht zu einem postregulatorischen Verstoß. Es fehle bereits an den Voraussetzungen des § 25 PostG. Die Betroffene zu 1. sei nicht marktbeherrschend. Zwar werde die grds. Anwendbarkeit des funktionalen Unternehmensbegriffs nicht in Zweifel gezogen, allerdings sei die Betroffene zu 1. mit ihren Postdienstleistungen auf anderen Märkten als die Betroffene zu 2. tätig. Es seien Märkte für Vollprodukte und für Teilleistungen zu unterscheiden. Während die Betroffene zu 2. (marktbeherrschend) auf beiden Märkten tätig sei, agiere die Betroffene zu 1. auf dem Markt für Vollprodukte. Der Markt für Vollprodukte sei zu trennen in einen Markt für Universaldienstleistungen einerseits und einen Markt für qualitativ höherwertige Dienstleistungen im Sinne der früheren D-Lizenzen. Die End-to-End-Leistungen der Betroffenen zu 1. seien dem (Sub)Markt für qualitativ höherwertige Vollleistungsprodukte zuzuordnen, insbesondere erfolge eine schnellere Zustellung und die Rechnungsstellung erfolge erst zum Monatsende. Sie sei auf diesem Markt nicht marktbeherrschend. Die Betroffene zu 2. werde auf diesem Markt nicht tätig.

Neben der fehlenden Marktbeherrschung liege auch keine missbräuchliche Verhaltensweise der Betroffenen vor. Insbesondere seien die Entgelte der Betroffenen zu 1. nicht kostenunterdeckend. Allein anwendbarer Prüfungsmaßstab bei der Prüfung des Abschlagverbots seien die Kosten der Betroffenen zu 1., wobei neutrale Aufwendungen, die in anderen Konzernunternehmen entstünden, nicht zu berücksichtigen seien. Die Kosten der Betroffenen zu 1. seien ge-

deckt, wie sich aus den mit Schreiben vom 27.04.2011 eingereichten Kostenunterlagen ergebe. Die Anlaufverluste, die für die Vorjahre einschließlich des Geschäftsjahrs 2010 in einem negativen Ergebnis resultierten, würden durch Sendungsmengenzuwächse ab dem Geschäftsjahr 2011 ausgeglichen, so dass es zukünftig keine defizitären Ergebnisse gebe.

Das mit eigenem Zustellnetz erbrachte Dienstleistungsangebot der Betroffenen zu 1. sei nicht mit dem bundesweiten Teilleistungsangebot BZE der Betroffenen zu 2. vergleichbar. Deshalb verbiete es sich, die kartellrechtliche Konzernklausel, die lediglich der Feststellung der Marktherrschaft diene, auf den anzuwendenden Kostenmaßstab auszudehnen.

Soweit bei der Konzernmutter Lasten anfielen, dürften diese bei der Betroffenen zu 1. nicht berücksichtigt werden, weil sie ansonsten zum Angebot nicht mehr wettbewerbsfähiger Preise gezwungen würde.

Auch der Vorwurf der Diskriminierung gehe fehl. Das End-to-End-Produkt der Betroffenen zu 1. sei mit dem Teilleistungsangebot BZE der Betroffenen zu 2. aufgrund unterschiedlicher Einlieferungsbedingungen und Kosten nicht vergleichbar.

Eine interne Diskriminierung bei den Massenpostsendungen/Infopostsendungen finde nicht statt. Die durch die Betroffene zu 1. angebotenen Entgelte für Infopost-Sendungen (Entgeltvariante 3) seien nicht vergleichbar mit den Entgelten für in großen Mengen eingelieferte Briefsendungen (Entgeltvarianten 1 und 2). Der verwendete Begriff „Massensendungen“ beinhalte vielmehr, dass die eingelieferten Sendungen dem Infopost-Kriterium der Inhaltsgleichheit genügen müssten. Die Einlieferungsbedingungen, die die Betroffene zu 1. für Infopost-, respektive Massensendungen vorsähe, entsprächen denen, die auch die Betroffene zu 2. an ihre Infopostsendungen knüpfe. Insbesondere müsse der Kunde ein Belegstück einliefern, anhand dessen kontrolliert werde, ob die Inhalte potentiell den Anforderungen an die Inhaltsgleichheit genügen. Die konkreten Einlieferungen würden sodann stichprobenartig geprüft, ob sie den Einlieferungsbedingungen genügen.

Auch durch die dem Schriftsatz vom 20.05.2011 beigefügte Anl. 2 werde belegt, dass die Betroffene zu 1. zwischen den Begriffen „Massenpost“ und „Brief“ dahingehend unterscheide, dass mit „Massenpost“ Infopostsendungen gemeint seien.

Da in den seitens der Betroffenen zu 1. bedienten (Ballungs-)Gebieten sich Wettbewerb schon etabliert habe, sei eine Preisspaltung hinsichtlich der von den Betroffenen angebotenen Postdienstleistungen angemessen, um auf unterschiedliche Marktbedingungen differenziert reagieren zu können. Aus dem Verbot einer sachlich nicht gerechtfertigten Preisspaltung könne zu-

dem nicht abgeleitet werden, dass das marktbeherrschende Unternehmen allen Kunden im Sinne einer Meistbegünstigungsklausel gleich günstige Konditionen einräumen müsse.

Vortrag der Beigeladenen

Die Beigeladene zu 1. ist der Ansicht, dass ein Unterschreiten der Teilleistungsentgelte der Betroffenen zu 2. durch die Betroffene zu 1. per se einen missbräuchlichen wettbewerbsbeeinträchtigenden Preisabschlag beinhalte. Ggf. seien weitere Kosten für Abholung, erforderliche postvorbereitende Dienstleistungen und Sortierleistungen durch die Betroffene zu 1. zu addieren. Von den (durch die Beschlusskammer überprüften) Teilleistungsentgelten dürfe die Betroffene zu 2. nicht einzelnen Nachfragern gegenüber abweichen. Individualisierte bzw. regionalisierte Entgelte seien unzulässig, auch da sie aus Kundensicht zu einer ungleichen Lastenverteilung führten. Das marktbeherrschende Unternehmen treffe eine Pflicht zur Gleichbehandlung seiner Kunden, unabhängig davon, wie es seinen Vertrieb organisiert habe.

In diesem Zusammenhang seien die Angebote der Betroffenen vergleichbar und austauschbar. Dies ergebe sich schon daraus, dass sie die gleichen Produktnamen hätten, nämlich „Standard-, Kompakt-, Groß- und Maxibrief“. Insbesondere habe die Betroffene zu 1. nicht substantiiert vorgetragen, inwieweit ihre Leistung qualitativ höherwertig sei. Der Umstand, dass die Zahlung möglicherweise nachträglich erfolgen könne (was durch die AGB der Betroffenen zu 1. in Zweifel zu ziehen sei), reiche allein nicht, da es sich lediglich um eine Abwicklungsmodalität handele, die sich nur preislich und nicht auf den Inhalt der Leistung auswirke. Auch die seitens der Betroffenen zu 2. erbrachte 6-Tagezustellung spreche nicht gegen die Austauschbarkeit der Dienstleistungen der Betroffenen, u. a. da sie im Business-to-Business-Geschäft (B2B) bedeutungslos sei.

Hinzu komme, dass sich die unterschiedliche Preisgestaltung gerade gegen Wettbewerber richte, indem die Betroffenen die Entgelte für Teilleistungen gerade dort unterschritten, wo der Wettbewerb am stärksten sei. Die Betroffene zu 1. werde durch die Betroffene zu 2. gezielt als Instrument zur Gewinnung von Aufträgen der öffentlichen Auftraggeber eingesetzt.

Durch Auslagerung von postvorbereitenden Dienstleistungen auf andere Tochterunternehmen der Betroffenen zu 2. erhalte die [REDACTED] eine postalische Vollleistung unter dem Teilleistungsentgelt der Betroffenen zu 2. Auch die offerierte End-to-End-Dienstleistung sei nichts anderes als eine Teilleistung, ergänzt um den Leistungsanteil eines Konsolidierers.

Unterschiede in der Kostenstruktur der Betroffenen zu 1. (z.B. keine sog. „Altlasten“, oder andere neutrale Aufwendungen; niedrigere Verwaltungs- und andere Overheadkosten; niedrigeres

Lohnniveau) seien kein geeigneter Rechtfertigungsgrund, da die Betroffenen wirtschaftlich identisch und wettbewerbsrechtlich als einheitliches Unternehmen zu betrachten seien. Im Übrigen nehme die Betroffene zu 1. in erheblichem Umfang Leistungen der Konzernunternehmen in Anspruch.

Der Umstand, dass die Betroffene zu 1. einen Verlust erwirtschafte, belege, dass sie ihre Leistungen nicht aufgrund besonders effizienter Leistungsbereitstellung, sondern nur durch die leistungsfremde Subventionierung durch die Muttergesellschaft anbieten könne. Dies belege zudem, dass die Angebote gezielt zur Beeinträchtigung des Wettbewerbs eingesetzt würden.

Anlaufverluste könnten nicht als sachliche Rechtfertigung geltend gemacht werden. Zum einen, da nach 10-jähriger Tätigkeit als Postdienstleister nicht mehr von Markteintrittsbepreisung geteilt werden könne, zum anderen müsse der Konzern als Einheit betrachtet werden, so dass aufgrund der Tätigkeit der Betroffenen zu 2. auf dem Markt kein neuer Markteintritt durch die Betroffene zu 1. erfolge. Laut der Rechtsprechung des BGH sei dem marktbeherrschenden Unternehmen eine Preisspaltung durch Einschaltung eines Tochterunternehmens nur dann möglicherweise erlaubt, wenn diese auf einem Markt aktiv sei, auf dem 1. ihre Mutter nicht tätig sei und der 2. von einem dritten (nichtverbundenen) Unternehmen beherrscht werde.

Eine Diskriminierung durch die Betroffenen liege auch darin, dass sie anderen Wettbewerbern wie der Beigeladenen zu 1. keinen entsprechenden Zugang zu ihren Leistungen gewähre wie der [REDACTED].

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Die Entscheidung findet ihre Rechtsgrundlage in §§ 46, 25 Abs. 2, 20 Abs. 2, 32, 44 S. 2 PostG, §§ 74 ff TKG-1996 (bzw. §§ 134 ff. TKG-2004), § 5 PEntgV.

Die Entgelte der Betroffenen zu 1. entsprechen nicht den Maßstäben des § 20 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 PostG. Sie verstoßen gegen das Abschlags- und Diskriminierungsverbot und sind daher diesen Maßstäben unverzüglich anzupassen.

Die Betroffene zu 2. verstößt gegen den Maßstab des § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG, indem sie über die Betroffene zu 1. gleichartigen Abnehmern günstigere Entgelte für vergleichbare Leistungen gewährt. In diesem Verhalten liegt zugleich ein Verstoß gegen § 32 PostG. Die festgestellte missbräuchliche Diskriminierung ist ebenfalls unverzüglich abzustellen.

A. Zuständigkeit und Verfahren

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus §§ 46 Abs. 1, 25 PostG.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ist die Einleitung der Überprüfung den Betroffenen mit Schreiben vom 11.04.2011 schriftlich mitgeteilt worden, vgl. § 25 Abs. 1 Satz 2 PostG.

Die Verfahrensbeteiligten hatten in der am 11.05.2011 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung Gelegenheit zur Stellungnahme.

Mit dem Bundeskartellamt ist unter dem 09.06.2011 Einvernehmen über die vorliegend getroffene Abgrenzung des relevanten Marktes in räumlicher und sachlicher Hinsicht sowie die Feststellung der Marktbeherrschung hergestellt worden. Das Bundeskartellamt hat Gelegenheit zur Stellungnahme in der Sache erhalten.

B. Frist

Die Verfahrensfrist ist gewahrt. Gemäß §§ 25 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. 24 Abs. 2 PostG entscheidet die Regulierungsbehörde über den Verstoß gegen die Maßstäbe des § 20 Abs. 2 PostG innerhalb von 2 Monaten nach Einleitung der Überprüfung.

Die 2-monatige Entscheidungsfrist endet im vorliegenden Fall gem. § 31 Abs. 1 VwVfG i. V. m. § 188 Abs. 2, 1. Alternative BGB mit Ablauf des 14.06.2011, wobei das für den Anfang der Frist maßgebende Ereignis i. S. v. § 187 Abs. 1 BGB in der Verfahrenseröffnung durch Eröffnungsbeschluss der Beschlusskammer am 11.04.2011 zu sehen ist.

C. Verstoß der Betroffenen zu 1. gegen §§ 25 Abs. 2 i. V. m. 20 Abs. 2 PostG

(Abschlags- und Diskriminierungsverbot)

Die von der Betroffenen zu 1. zum Entscheidungszeitpunkt verlangten Entgelte für die Leistungen C6, C5 und C4 in den verschiedenen vertraglichen Ausgestaltungen verstoßen gegen die Maßstäbe der §§ 25 Abs. 2 i. V. m. 20 Abs. 2 PostG. Folglich wird die Betroffene zu 1. gem. § 25 Abs. 2 PostG aufgefordert, ihre Entgelte unverzüglich den Entgeltmaßstäben des § 20 Abs. 2 PostG anzupassen.

Die Entgelte enthalten Abschläge, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt für Postdienstleistungen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen. Einzelnen Nachfragern werden Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen eingeräumt. Die Verstöße sind weder durch eine rechtliche Verpflichtung der Betroffenen zu 1. noch durch sonstige sachliche Gründe gerechtfertigt.

Die verfahrensgegenständlichen Entgelte unterliegen der nachträglichen Entgeltkontrolle i. S. d. § 25 PostG, da es sich um nicht genehmigungsbedürftige Entgelte handelt, die ein marktbeherrschender Anbieter auf einem Markt für Postdienstleistungen verlangt.

1. Vorliegen nicht genehmigungsbedürftiger Entgelte

Die verfahrensgegenständlichen Entgelte sind nicht genehmigungsbedürftig i. S. d. § 25 PostG. Der Prüfung unterliegen Postdienstleistungen der Betroffenen zu 1. in verschiedenen Formaten (C6, C5, C4) jeweils bis max. 1000 g. Diese sind gem. § 19 Satz 1 PostG grds. ex-ante-entgeltgenehmigungspflichtig, da es sich um lizenzpflichtige Postdienstleistungen i. S. v. § 5 Abs. 1 PostG handelt, die von der Betroffenen zu 1. gewerbsmäßig für andere befördert werden. Die dafür erhobenen Entgelte sind jedoch nicht genehmigungsbedürftig i. S. d. § 19 Satz 2 PostG, da nach Vortrag der Betroffenen zu 1. sowie ausweislich ihrer AGB eine Mindesteinlieferungsmenge von 50 Stück vertraglich vorausgesetzt wird. 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.

Die Betroffene zu 1. verlangt die Entgelte nach Maßgabe des jeweils zugrunde liegenden Vertrags von ihren Kunden. Kunden sind entweder solche aus der Leitregion 40, die eine End-to-End-Beförderung in die Leitregion 40 oder in das Zustellgebiet „Ruhrgebiet“ beauftragen oder Großeinlieferer wie die [REDACTED]

[REDACTED], die ihrerseits eigenen Kunden Leistungen bis

hin zur Zustellung anbieten und sich zur Erbringung eines Teils der postalischen Wertschöpfungskette der Betroffenen zu 1. bedienen.

Die Entgelte sind dementsprechend bereits in den Markt eingeführt und werden in der jeweiligen vertraglichen Ausgestaltung von den Kunden für die erbrachte Postdienstleistung erhoben.

3. Marktbeherrschung der Betroffenen

Der sachlich und räumlich relevante Markt ist der bundesweite Markt für Standard-Briefdienstleistungen bis 1.000 g.

Auf diesem Markt verfügt die Betroffene zu 2. über eine marktbeherrschende Stellung i. S. d. § 4 Nr. 6 PostG i. V. m. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB. Diese Feststellung ergibt sich aufgrund der Konzernverbundenheit gemäß § 36 Abs. 2 GWB gleichermaßen auch für die Betroffene zu 1.

a) Marktabgrenzung

Die Abgrenzung des relevanten Marktes erfolgt nach dem Bedarfsmarktkonzept, d.h. solche Dienstleistungen werden zu einem Markt zusammengefasst, die sich hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Verwendungszweck und Preislage so nahe stehen (Vergleichbarkeit), dass sie aus Sicht eines verständigen Nachfragers für die Deckung seines bestimmten Bedarfs gleichermaßen geeignet (Substituierbarkeit) sind (vgl. statt vieler: Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 11. Auflage (2010), § 19 GWB Ziff. 20 ff. m. w. N.). Zudem kann auch die Möglichkeit des Anbieters, kurzfristig auf andere Produktions- und Absatzmittel auszuweichen (Angebotsumstellungsflexibilität), für die Abgrenzung des relevanten Marktes von Bedeutung sein.

(1) Sachlich relevanter Markt

Die von der Betroffenen zu 1. angebotenen Postdienstleistungen C6, C5 und C4 sind dem sachlich relevanten Markt für Standard-Briefdienstleistungen bis 1000 g zuzurechnen.

Bei den für die Abgrenzung des Marktes relevanten Produkten bzw. Dienstleistungen handelt es sich um Briefdienstleistungen, die sich aufgrund der zugrunde gelegten Mindesteinlieferungsmengen von 50 bzw. 250 Stück überwiegend an Vielversender bzw. Geschäftskunden richten. Im postrechtlichen Sinne sind diese Dienstleistungen unter den Begriff der gewerblichen Beförderung adressierter schriftlicher Mitteilungen für Dritte zu fassen, § 5 PostG. Maßgeblich sind hier allein Briefdienstleistungen aus dem Standardbereich ohne Zusage einer garantierten Laufzeit. Kunden der Dienstleistungen sind an einer schlichten Beförderungsleistung interessiert, die um einzelne Qualitätselemente erweitert werden kann.

Die Postdienstleistungen der Betroffenen sind demselben sachlich relevanten Markt zuzuordnen, da sie sich hinsichtlich ihrer Eigenschaften, Verwendungszweck und Preislage so nahe stehen, dass sie aus Sicht eines verständigen Nachfragers für die Deckung seines bestimmten Bedarfs austauschbar sind.

Ob zwischen einem **Markt für Universaldienstleistungen und für qualitativ höherwertige Postdienstleistungen** zu unterscheiden ist, kann dahinstehen, da die Betroffene zu 1. jedenfalls keine qualitativ höherwertigen Dienstleistungen, die nicht mit dem Angebot der Betroffenen zu 2. vergleichbar wären, anbietet.

Soweit die Betroffenen der Ansicht sind, die von der Betroffenen zu 1. angebotenen Dienstleistungen C6, C5 und C4 seien einem anderen sachlichen Markt als demjenigen für Postdienstleistungen für Standard-Briefdienstleistungen zuzurechnen, hält dies einer Prüfung nicht stand. Sie begründen ihre Ansicht damit, die Betroffene zu 1. biete eine von der seitens der Betroffenen zu 2. angebotenen Universaldienstleistung abgrenzbare, qualitativ höherwertige Dienstleistung i. S. d. Tatbestandes des inzwischen aufgehobenen § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 PostG an.

Die Höherwertigkeit folge aus dem Umstand, dass 1) spätere Einlieferungszeiten ermöglicht würden und 2) eine nachträgliche monatliche Abrechnung und 3) eine Abholung der Sendungen beim Kunden stattfände. Hierdurch würde sich das Leistungsangebot von dem Angebot der Betroffenen zu 2. erbrachten Universaldienstleistung abgrenzen und sei daher aus Sicht des verständigen Verbrauchers nicht als austauschbar anzusehen.

Dem kann nicht gefolgt werden:

Die Postdienstleistungen C6, C5, C4 der Betroffenen zu 1. sind den von der Betroffenen zu 2. angebotenen Dienstleistungen vergleichbar. Die Betroffene zu 1. erbringt keine gegenüber dem Angebot der Betroffenen zu 2. **qualitativ höherwertige Dienstleistung**. Das Angebot der Betroffenen zu 1. erfüllt insbesondere nicht die seinerzeit von § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 PostG (D-Lizenz) gestellten Anforderungen an eine qualitative Höherwertigkeit. Dessen ungeachtet wäre auch bei Höherwertigkeit i. S. d. § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 PostG Austauschbarkeit aus Verbrauchersicht anzunehmen.

Voraussetzung für die bis zum 31.12.2007 erforderliche D-Lizenz als Ausnahme von der der Betroffenen zu 2. gewährten exklusiven Sendungszuweisung war das kumulative Vorliegen der von der Regulierungsbehörde festgelegten nachfolgend aufgezählten Bedingungen:

- a) Abholung der Briefsendungen beim Kunden zu festgelegten Zeiten oder auf Abruf,
- b) Zustellung der Briefsendungen beim Empfänger

- am Tag der Abholung (Einlieferung) und/oder
- bei Abholung nach 17.00 Uhr: bis spätestens 12.00 Uhr des folgenden Werktages und/oder
- termingenu (zu einem vom Auftraggeber im Einzelfall festgelegten Termin)
- c) nachträgliche periodische Abrechnung
- d) Umlenkbarkeit der Sendungen zwischen Abholung und Zustellung
- e) vertraglich zugesicherte Nichtberechnung des Sendungsentgelts bei Verfehlen des Zeitziels der Zustellung

Von diesen Bedingungen bietet die Betroffene zu 1. jedoch nur die Abholung beim Kunden sowie die nachträgliche periodische Abrechnung an. Für die vertragliche Garantie der übrigen Voraussetzungen fehlt substantiierter Vortrag der Betroffenen. Auch ergeben sich dafür keine Anhaltspunkte aus den vorliegenden Vertragsformularen. Im Gegenteil:

Der zwischen der Betroffenen zu 1. und [REDACTED] bestehende Letter of Intent vom 08.12.2009 sieht lediglich eine „Zustellung innerhalb der für Briefsendungen üblichen Regellaufzeit „e+1“ vor. Von den weitergehenden Bedingungen i. S. v. b), d) und e) ist dort keine Rede. Im Internetauftritt der Betroffenen zu 1. wird ebenfalls lediglich mit einer „**Zustellgeschwindigkeit** (i. d. R. einen Tag nach Einlieferung)“ geworben. Dies entspricht genau der von der Betroffenen zu 2. angebotenen Regellaufzeit.

Eine besondere Bedeutung im Rahmen der „qualitativen Höherwertigkeit“ kam der „garantierten taggleichen Zustellung“ zu, vgl. VG Köln, Ur. v. 06.07.1999, 22 K 5502/98. „Denn die garantierte taggleiche Zustellung präg(e) nachhaltig den Mehrwert dieses Beförderungsvorganges gegenüber dem Basispostdienst. Nicht die bloße Schnelligkeit der Beförderung, sondern die garantierte Zustellung am selben Tag bestimm(e) maßgebend den Abstand zum Universaldienst.“ Gerade dieses Abgrenzungsmerkmal bietet die Betroffene zu 1. jedoch nicht an.

Auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Betroffenen zu 1. (Stand 01.04.2010) beinhalten keinen Hinweis auf die vorgenannten Bedingungen, insbesondere nicht auf besondere und schnellere (taggleiche) Zustellgeschwindigkeiten.

Entgegen ihrem Vortrag bietet die Betroffene zu 1. gem. Punkt 5 (2) ihrer AGB vom Absender keine **nachträgliche Rechnungsstellung** an, sondern verlangt die Vorauszahlung, spätestens bei Einlieferung der Sendung, soweit nicht einzelvertraglich besondere Zahlungsmodalitäten vereinbart sind.

Ob die Betroffene zu 1. eine nachträgliche Rechnungsstellung gewährt, kann jedoch dahinstehen. Denn aus Abnehmersicht ist dies ohnehin kein Kriterium für Nicht-Austauschbarkeit der Leistungen. Es mag sich zwar preislich auswirken, da ein gewisser Zinseffekt bei nachträglicher Zahlung eintritt und die Nicht-Notwendigkeit der Freimachung mag auch eine Arbeitersparnis auf Seiten des Kunden darstellen. Dies sind jedoch Kostenargumente, die bei der Abwägung, welcher Beförderer letztlich gewählt wird, nicht ausschlaggebend sind. Wäre das Teilleistungsangebot der Betroffenen zu 2. inkl. des eigenen Aufwandes für die Freimachung preislich günstiger als das Angebot der Betroffenen zu 1., würde der verständige Kunde dieses Angebot wählen.

Auch im Rahmen der öffentlichen mündlichen Anhörung wurden auf Nachfrage der Beschlusskammer keine Ausführungen zur Einhaltung der seinerzeitigen Bedingungen einer D-Lizenz im Hinblick auf Zustellzeiten, Umlenkbarkeit der Sendungen und die vertraglich zugesicherte Nichtberechnung des Sendungsentgelts bei Verfehlen des Zeitziels der Zustellung getätigt.

Die seitens der Betroffenen zu 1. in ihr Leistungsangebot inkludierte **Abholung** führt aus Kundensicht ebenfalls nicht zu einer Trennbarkeit der Dienstleistungen. Zum einen wird die Abholung von Briefsendungen auch von der Betroffenen zu 2. z.B. im Rahmen der sog. „Hin- und Weg-Leistung“ angeboten. Auch durch Einschaltung eines Tochterunternehmens der Betroffenen zu 2., der [REDACTED] werden Abholleistungen angeboten. Dies verdeutlicht, dass die Abholung aus Kundensicht eine Zusatzleistung ist, die für die Nicht-Austauschbarkeit der Leistungen keine Rolle spielt, da sie sowohl bei den Postdienstleistungen der Betroffenen zu 1. als auch bei den Leistungen der Betroffene zu 2. problemlos zu erhalten ist.

Auch der Umstand, dass die Betroffene zu 1. keine **6-tägige Zustellung** anbietet, führt nicht zu einer Trennbarkeit des sachlich relevanten Marktes. Dies folgt aus folgenden Erwägungen:

Für die Kunden der Betroffenen zu 1. ist es unerheblich, ob eine Zustellung an sechs Zustelltagen erfolgt. Da die Dienstleistungen i. d. R. von Geschäftskunden oder Behörden in Anspruch genommen werden, kann eine Abholung dort ohnehin nur an fünf Werktagen erfolgen, so dass der sechste Zustelltag nicht bedient werden würde. Es gibt auch (nahezu) keine potentiellen Kunden, die das Angebot der Betroffenen zu 1. deswegen ablehnen würden, weil eine samstägliche Zustellung nicht erfolgt. Den vergleichbaren Kunden der Betroffenen zu 2. kommt es jedoch i. d. R. ebenfalls nicht auf eine Zustellung am sechsten Zustelltag an, so dass für diese kein Grund besteht zur Betroffenen zu 1. zu wechseln.

Eine Untersuchung des Forschungsinstituts WIK-Consult im Auftrag der Bundesnetzagentur –

Nachfrage nach Postdienstleistungen von Geschäftskunden – vom März 2009, welche Leistungsangebote verschiedener Anbieter von Postdienstleistungen analysierte, belegt, dass die Mehrheit der befragten Anbieter an fünf Tagen in der Woche zustellt, da bei Geschäftskunden nahezu keine Nachfrage nach einer sechstägigen Zustellung bestehe (Seite 19). Aus diesem Untersuchungsergebnis kann gefolgert werden, dass Zustellhäufigkeit an 5 oder 6 Tagen für Geschäftskunden kein relevantes Auswahlkriterium darstellt.

Da die Mindesteinlieferungsmenge für eine Inanspruchnahme der Dienstleistungen der Betroffenen zu 1. bei 50 Sendungen pro Einlieferungsvorgang liegt, scheidet eine Betrachtung von Privatkunden hier aus. Zu prüfen war demnach, ob es Versendern mit größerem Briefaufkommen auf eine Zustellung am 6. Tag ankommt. Für die Sendungsrelation B2B – also den Verkehr zwischen Gewerbetreibenden kann es darauf nicht ankommen, da eine Bearbeitung der eingehenden Sendungen am Wochenende dort (üblicherweise) nicht erfolgt.

Auch für die Sendungsrelation Business-to-Customer (B2C) – also den Verkehr zwischen Gewerbetreibenden und privaten Kunden – ist es weder vorgetragen noch ersichtlich, dass es dem Einlieferer gerade auf die 6-tägige Zustellung ankommt und er deshalb eine Beauftragung der Betroffenen zu 1. ausschließt und insoweit seine Geschäftspost nach Adressatengruppen trennt.

Auch aus dem Umstand, dass die Betroffene zu 1. größtenteils mittels eines **eigenen Netzes** die Briefsendungen ihrer Kunden zustellt, ergibt sich eine Trennbarkeit nicht. Sonst wäre jeder Marktteilnehmer mit eigenem Zustellnetz innerhalb dieses Netzes marktbeherrschend. Aus Kundensicht ist unbedeutend, welcher Zusteller den Brief letztlich ausliefert. Somit ist die Zustelleistung austauschbar.

Die Betrachtung des von den Betroffenen in Bezug genommenen **Urteils des Landgerichts Düsseldorf** vom 11.05.2005, 34 O (Kart.) 242/04, führt zu keinem anderen Ergebnis. Das LG Düsseldorf vertrat seinerzeit die Ansicht, dass zwischen einem Markt für qualitativ höherwertige Dienstleistungen und einem Markt für Universaldienstleistungen zu unterscheiden sei. Schon mangels Einhaltung der ehemals von der Bundesnetzagentur geforderten Bedingungen i. S. d. § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 PostG für die Erbringung von Postdienstleistungen im Exklusivbereich der Betroffenen zu 2. verfängt der Hinweis auf dieses Urteil aber nicht, zumal die seinerzeit erforderlichen Beförderungsbedingungen heute von der Betroffenen zu 1. nicht mehr erfüllt werden.

Da die betrachteten Postdienstleistungen der Betroffenen aus Sicht der Nachfrager austauschbar sind, müssen sie einem einheitlichen sachlichen Markt zugerechnet werden.

Für die Austauschbarkeit der Leistungen der Betroffenen sprechen auch folgende Gründe:

Sendungen, die die Betroffene zu 1. nicht selbst zustellen kann, da die Empfängeradresse außerhalb des Zustellgebietes liegt, übergibt die Betroffene zu 1. an Konzernunternehmen zur weiteren Bearbeitung und anschließenden Zustellung. Nach eigenem Vorbringen der Betroffenen geschieht dies, wenn der Absender die überregionalen Sendungen aus dem Gesamtsendungsvolumen nicht selbst **aussortieren** möchte. Der Absender wünscht daher ersichtlich keine qualitativ abweichende Behandlung dieser außerhalb der von der Betroffenen zu 1. liegenden Zustellgebiete. Die Leistungen sind daher für den Kunden austauschbar.

Es kann auch dahinstehen, ob zwischen **Märkten für Privatkunden und Geschäftskunden** unterschieden werden könnte.

Gegen eine solche Marktabgrenzung sprechen Gründe, die die für Telekommunikation zuständige Beschlusskammer 2 bereits im Jahr 2002 mit Beschluss BK2c-00/021 vom 16.01.2002 thematisiert hat. Dem Fall lag die Frage zugrunde, ob es einen geschäftskundenbezogenen (Regional-)Markt Berlin gebe. Die seinerzeit getroffenen Ausführungen sind auf den vorliegenden Fall übertragbar:

„Danach ist festzustellen, dass ein in sachlicher Hinsicht gesonderter Markt für Geschäftskunden nicht besteht.

Ein besonderer Geschäftskundenmarkt würde einen speziellen Bedarf für „Geschäftskunden“ voraussetzen, der sich von dem der „Privatkunden“ abgrenzen ließe, so dass keine Austauschbarkeit der von Geschäftskunden einerseits und Privatkunden andererseits nachgefragten Produkte besteht.

Zwischen den Beteiligten ist insoweit unstrittig, dass es für die technische und funktionelle Realisierung der hier in Betracht kommenden Leistungen unerheblich ist, ob sie von einem Privatkunden oder einem Geschäftskunden nachgefragt werden.

(...)

Auch die Antragstellerin als größter Anbieter von Sprachtelefondienstleistungen verfügt über keine eindeutigen Zuordnungskriterien für die Kundengruppe „Geschäftskunden“. Insoweit hat die Antragstellerin selbst in der am 12.02.2001 im Rahmen des Verfahrens zur Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung für Verbindungen von Deutschland nach Dänemark (BK2c-00/019) durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung ausge-

führt, dass ihre Angebote prinzipiell allen Kunden offen stünden, so dass auch Privatkunden mit einem entsprechenden Nachfrageprofil ein Geschäftskundenangebot in Anspruch nehmen könnten. Bereits hieran wird deutlich, dass es für die Qualität der Leistung ohne Belang ist, ob der Kunde die Sprachtelefondienstleistungen für gewerbliche oder für private Zwecke benötigt.

Dass Geschäftskunden aufgrund ihrer unterschiedlichen Bedürfnisse (andere Volumina, andere Tarifzeiten) möglicher Weise in den Genuss günstigerer Tarife kommen können, vermag einen eigenständigen Markt für Geschäftskunden nicht zu begründen.

Zwar können auch bei technisch funktionell übereinstimmenden Leistungen Preisunterschiede für die Frage der Austauschbarkeit von Bedeutung sein (Ruppelt in Langen/Bunte § 19 Rz. 18). Jedoch liegen nur dann unterschiedliche Märkte vor, wenn der Preis Ausdruck einer in dem besonderen Verwendungszweck der Leistung begründeten Qualität ist. Hingegen liegen keine unterschiedlichen Märkte vor, wenn die unterschiedlichen Preise lediglich Leistungsbündel und dementsprechend Kostenunterschiede widerspiegeln. In diesem Fall handelt es sich nämlich um marktgleichgewichtige Angebote, welche lediglich alternative Absatzstrategien darstellen (BGH, 11.03.1986 „Metro/Kaufhof“ WuW/E BGH 2231, 2235f., Ruppelt a. a. O.).

Insoweit ist vorliegend zu beachten, dass ein Kunde nicht deshalb in den Genuss günstigerer Tarife kommt, weil er ein Gewerbe ausübt, sondern weil er aufgrund seiner gewerblichen Tätigkeit gegebenenfalls über eine so hohe Nachfrage verfügt, die entsprechende Preisnachlässe rechtfertigt. Folgerichtig bietet auch die Antragstellerin ihre sogenannten „BusinessCall“-Tarife nicht nur Gewerbetreibenden an, sondern auch Verbänden, Vereinen oder anderen Organisationen, die aufgrund ihrer Mitgliederzahl über ein ausreichendes Gesprächsaufkommen verfügen. Der Umstand, dass bestimmten Kundengruppen Umsatz- bzw. Mengenrabatte eingeräumt werden, kann jedoch allein keine Aufspaltung in denkbare Märkte für Privat- und Geschäftskunden begründen.“

Insofern bestünden auch im vorliegenden Fall Zweifel an der Sachgerechtigkeit einer Unterscheidung zwischen Privatkunden- und Geschäftskundenmarkt. Die technische und funktionelle Realisierung der Leistungen unterscheiden sich nur unwesentlich, sieht man einmal davon ab, dass die Einlieferung an einem späteren Punkt der Wertschöpfungskette möglich, aber nicht notwendig ist. Auch können sowohl die Dienstleistungen der Betroffenen zu 1. sowie die BZE-Teilleistungen der Betroffenen zu 2. von Privatkunden mit entsprechendem Sendungsaufkommen in Anspruch genommen werden. Genauso wie Geschäftskunden, die über geringes Sendungsaufkommen verfügen, den Standard-Briefdienst der Betroffenen zu 2. nutzen werden.

Allein der Umstand, dass bestimmten Kundengruppen wegen der Einlieferung höherer Sendungsmengen Rabatte eingeräumt werden, kann eine Aufspaltung in Märkte für Privat- und Geschäftskunden nicht begründen.

Ob eine Unterscheidung des sachlich relevanten Marktes nach **Produktionsschritten (in einen Volleleistungs- und Teilleistungsmarkt)** vorgenommen werden könnte, kann jedoch letztlich dahinstehen, da die Betroffene zu 2. auf beiden Märkten über eine marktbeherrschende Stellung verfügt.

Zwar könnte bei den betrachteten Dienstleistungen grundsätzlich von Bedeutung sein, inwiefern sie Angebote zur Abdeckung der gesamten Beförderungskette darstellen. So geht bspw. auch die Europäische Kommission davon aus, dass die Beförderungsleistung für Briefsendungen grundsätzlich in die einzelnen Teile Abholung, Sortierung und Zustellung separiert werden kann, vgl. Bekanntmachung 98/C 39/02 der Kommission über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor, Ziff. 2.5). Daher könnte in sachlicher Hinsicht einerseits zwischen Vollprodukten unterschieden werden, die die gesamte Beförderungskette vom Absender zum Empfänger umfassen (sog. End-to-End-Beförderung). Andererseits könnte die gewerbliche Beförderung von Briefsendungen relevant sein, bei denen lediglich Teile der Wertschöpfungskette von Postdienstleistern erbracht werden (sog. Teilleistungen). Sofern bspw. Briefsendungen erst am Briefzentrum zur Weiterbeförderung eingeliefert werden, übernimmt der Versender – entweder selbst oder durch andere Anbieter – die entsprechenden vorgelagerten Bearbeitungsschritte. Diese Dienstleistung wäre in diesem Fall hinsichtlich der Wertschöpfungskette um die Eigenleistung des Absenders reduziert.

Die von der Betroffenen zu 1. angebotene Dienstleistung entspricht jedoch wie oben festgestellt den Dienstleistungsmerkmalen des Teilleistungszugangs BZE der Betroffenen zu 2. Daher ist es nicht ausschlaggebend, ob man sie als Volleleistung oder Teilleistung ansieht. Die Sendungen müssen – wie beim Teilleistungszugang – vorsortiert eingeliefert werden. Als einzig zusätzliches Dienstleistungsmerkmal wird die Abholung angeboten. Die Abholung begründet aber – wie zuvor ausgeführt – keine Trennbarkeit aus Nachfragersicht.

Der sachlich relevante Markt umfasst somit die gewerbsmäßige Beförderung von Standard-Briefsendungen bis 1000 g für Dritte.

Für die Beurteilung der Wettbewerbsverhältnisse und der Marktstärke der Betroffenen kann eine weitergehende Beschränkung hinsichtlich der Wertschöpfungstiefe (Teilleistung- / Volleleistung) sowie des Abnehmerkreises (Privatkunden / Geschäftskunden mit höherem Sendungsaufkommen) letztlich dahinstehen, da sich für die Betroffene zu 2. in sämtlichen Fällen eine

marktbeherrschende Stellung ergibt (s. a. sog. Konsolidiererbeschluss des BKartA, B9-55/03, S. 31 ff) und die zur Überprüfung stehenden Postdienstleistungen der Betroffenen zu 1. i. S. d. Bedarfsmarktkonzepts mit ihnen austauschbar sind.

(2) Räumlich relevanter Markt

Räumlich relevanter Markt ist das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Daraus ergibt sich, dass eine Abgrenzung weder zu den von der Betroffenen zu 1. bedienten Gebieten Rhein/Ruhr und Berlin erfolgt, noch eine Abgrenzung zwischen Ballungsgebieten und ländlichen Regionen stattfindet.

Der räumlich relevante Markt umfasst jenes Gebiet, in dem die relevanten Produkte oder Dienstleistungen als gegeneinander austauschbar angesehen werden. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und sich von denen in benachbarten Gebieten nicht spürbar unterscheiden (vgl. Bechtold: Kommentar zum GWB, 6. Aufl. 2010, § 19 Ziff. 21 m. w. N.).

Liegen diese Bedingungen vor, ist die Bildung räumlicher Teilmärkte nicht angezeigt. Daraus folgt zugleich, dass Dienstleistungsangebote bei hinreichender Homogenität ungeachtet eventueller örtlicher oder regionaler Bezüge zu einem bundesweit einheitlichen räumlich relevanten Markt zusammengefasst werden können.

Zwar könnte für eine räumlich enge Marktabgrenzung die an den derzeitigen Angebotsgebieten der Betroffenen zu 1. orientierte Produktkonzeption einschließlich der gegenüber der Betroffenen zu 2. abweichenden Beförderungsentgelte für Briefsendungen sprechen. Hierbei wäre darauf abzustellen, dass sie als Komplementärleistungen zu Briefdienstleistungen lediglich lokale oder regionale Beförderungsrelationen beschreiben, die in räumlicher Hinsicht nur in dem jeweils betreffenden Einlieferungs- bzw. Zustellgebiet gegeneinander austauschbar sind. Auch die örtliche Gebundenheit der Nachfrager könnte nahelegen, auf räumlich beschränkte Gebiete abzustellen, die kleiner sind als das Bundesgebiet.

Allerdings überwiegen in der summarischen Bewertung die Aspekte, die für eine Zusammenfassung potenziell abgrenzbarer regionaler Märkte zu einem einheitlichen bundesweiten Markt für die betreffenden Dienstleistungen sprechen.

Zum einen weisen sie als logistische Transportleistung keine größere Komplexität auf: Es geht im Wesentlichen um die Verbringung von Standard-Briefsendungen vom Absender zur nächstgelegenen Einlieferereinrichtung des Anbieters und die Zustellung an den Adressaten. Wesentli-

che Varianzen sind bei den Dienstleistungen der Betroffenen zu 1. gegenüber anderen Anbietern – auch der Betroffenen zu 2. – nicht erkennbar.

Auch die Preisgestaltung der Dienstleistung lässt die Transportleistung überregional einheitlich erscheinen. Unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen wären allenfalls dann gegeben, wenn sich die Anbieter zu einer gegenüber benachbarten Regionen deutlich verschiedenen Strategie (Produkt-, Preis- und Rabattdifferenzierung) veranlasst sehen (vgl. Langen/Bunte, a. a. O., Ziff. 27). Es gibt keine überzeugenden Gründe dafür, dass für die betreffenden Dienstleistungen grundsätzlich eine regional unterschiedliche Markt- und Preisstrategie betrieben werden könnte. Die sehr schlichte Gestaltung der Dienstleistung bietet kaum Spielraum für derartige Differenzierungen. Zum anderen bewirkt die Gestaltung der Dienstleistung der Betroffenen zu 2., die als einziger Anbieter die Dienstleistung bundesweit mit einheitlichen Leistungsbedingungen anbietet, eine Angleichung an deren Bedingungen. Dies gilt für sämtliche Wettbewerber auf allen potenziell abgrenzbaren räumlichen Märkten.

Für die Wettbewerber der Betroffenen gilt dies auch wegen der Ausrichtung an dem bestehenden Konkurrenzangebot der Betroffenen zu 2. Für die verschiedenen Zustellgebiete der Betroffenen zu 1. sind keine signifikanten Preisunterschiede festzustellen. Mögliche Abweichungen liegen allein in der Sphäre des Anbieters begründet bzw. sind singulären Ausschreibungswettbewerben geschuldet. Sie stellen kein objektives Kriterium im Sinne einer Demarkationsgrenze aufgrund rechtlicher Regelungen oder technischer Gründe dar, die eine Regionalisierung der Dienstleistung bedingen würden. Zudem bewegen sich die Preise noch in einem Bereich, der dem beim Bedarfsmarktkonzept tendenziell eher weniger bedeutenden Kriterium (s. Immenga/Mestmäcker: GWB-Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl. 2007, § 19 Tz. 29) der gleichen Preislage gerecht würde.

Darüber hinaus sind aus Nachfragersicht einzelne Beförderungsrelationen für Briefsendungen nicht maßgeblich.

Der Nachfrager ist vielmehr daran interessiert, seine versandfertige Tagespost insgesamt an einen entsprechenden Postdienstleister zur Weiterbeförderung zu übergeben. Die Tatsache, dass die Betroffene zu 1. alle Sendungen entgegen nimmt - auch diejenigen außerhalb des eigenen Zustellgebietes (die sie an Konzernunternehmen zur weiteren Bearbeitung übergibt) - führt zu dem Schluss, dass eine Begrenzung des räumlich relevanten Marktes auf die momentanen Angebotsräume dieses einen Unternehmens aus Sicht des Nachfragers für eine Markt- abgrenzung nicht herangezogen werden kann.

Die räumliche Marktabgrenzung würde ansonsten in die Beliebigkeit der zu regulierenden Unternehmen gestellt, in deren Folge situative Anpassungen der betrieblichen Planungen stets zu anderen räumlichen Abgrenzungen führen würden. In der Folge wäre eine Zersplitterung in eine Vielzahl lokaler bzw. regionaler Einzelmärkte unvermeidbar mit der Gefahr verbunden, dass der einzelne Markt nicht mehr aussagekräftig wäre hinsichtlich der insgesamt bestehenden Wettbewerbsbedingungen (Bagatellmärkte mit äußerst geringen Marktvolumina).

Zusätzlich spricht die mangelnde Trennschärfe gegen eine räumliche Begrenzung auf das Ruhrgebiet und die Ballungsräume Berlin und Düsseldorf. Dem Vortrag der Wettbewerber zufolge stellt die Betroffene zu 1. bereits auch im Bundesland Brandenburg zu und hat ihr Zustellgebiet damit sukzessive ausgedehnt. Dies ergibt sich auch aus Stellenanzeigen der Betroffenen zu 1. bzw. der Betroffenen zu 2. für die Betroffene zu 1., wonach eine Ausdehnung ihrer Geschäftsaktivitäten in verschiedene weitere Regionen geplant ist.

Hinzu kommt, dass die Möglichkeit der betroffenen Konzernunternehmen, ihr Angebot der gewerbsmäßigen Beförderung von Briefsendungen räumlich auszudehnen, einer regionalen Marktabgrenzung eher widerspricht. So könnte die Betroffene zu 1. als integriertes Tochterunternehmen – unter Nutzung der finanziellen wie organisatorischen Infrastruktur des Konzerns Deutsche Post DHL – kurzfristig in neue Angebotsräume vorstoßen. Umgekehrt könnte die Betroffene zu 2. z.B. bei einem Ausfall der Betroffenen zu 1. kurzfristig einspringen und deren Sendungen zur weiteren Bearbeitung und Zustellung übernehmen, da sie ohnehin bundesweit tätig ist.

Die Betroffene zu 2. verfügt als größter und einziger Anbieter über ein flächendeckendes Netz mit einer bundesweiten Organisationsstruktur, die auf jeglichen potenziell räumlich abgrenzbaren Märkten aufgrund ihrer Unternehmensgröße ein paralleles Wettbewerbsverhalten ermöglicht und den Zugang zu vor- und nachgelagerten Marktstufen erheblich erleichtert. Sie tritt auf allen diesen Märkten mit einer einheitlichen, abgestimmten Unternehmenspolitik auf und kann diese weiträumiger durchsetzen als regional tätige Wettbewerber. Dieser aufgrund der Additionswirkung lokal marktbeherrschender Stellungen entstehende erheblich erweiterte Verhaltensspielraum würde bei einer engen räumlichen Marktabgrenzung zwangsläufig außer Betracht bleiben. Im Übrigen würde durch eine räumlich zu enge Marktabgrenzung einem Unterlaufen der Regulierung Vorschub geleistet (vgl. auch BK2c-00/021 vom 16.01.2002).

Die von den Wettbewerbern im Wege des Teilleistungszugangs zu bedienenden Einlieferungsstellen unterliegen der Organisations- und Verfügungsmacht der Betroffenen zu 2. Sie kann diese Schnittstellen aus betrieblichen Überlegungen weitgehend selbst festlegen. Dies führt dazu, dass sie maßgeblichen Einfluss auf die Transportwege ihrer Wettbewerber ausübt. Bei

Betrachtung einzelner Beförderungsrelationen auf der Ebene regionaler Märkte wäre die räumliche Marktabgrenzung damit von den unternehmenseigenen Entscheidungen der Betroffenen zu 2. abhängig, während die maßgebliche Nachfrageseite hingegen bedeutungslos würde.

Insgesamt ist es nicht angezeigt, den relevanten Markt regional zu begrenzen. Die Bedingungen für die Erbringung der Dienstleistung weisen aufgrund der Schlichtheit der angebotenen Dienstleistung und nicht zuletzt aufgrund des bundesweit verfügbaren Angebots eine Gleichwertigkeit auf, die den Ansatz für eine objektiv begründbare Differenzierung räumlicher Teilmärkte nicht rechtfertigen. Unter Berücksichtigung der Angebotsbedingungen, insbesondere der unternehmerischen Verflechtung der Betroffenen und der kurzfristigen Erweiterbarkeit der Zustellgebiete der Betroffenen zu 1., ist die Annahme eines bundesweit einheitlichen räumlich relevanten Markts im Ergebnis zutreffend.

b) Marktbeherrschung

Auf dem relevanten gesamten bundesweiten Markt für Standard-Briefdienstleistungen bis 1.000 g verfügt die Betroffene zu 2. – wie in zahlreichen Fällen bereits festgestellt – über eine marktbeherrschende Stellung i. S. d. § 4 Nr. 6 PostG i. V. m. § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB. Diese Feststellung ergibt sich aufgrund der Konzernverbundenheit gemäß § 36 Abs. 2 GWB gleichermaßen auch für die Betroffene zu 1.

Marktbeherrschend ist ein Unternehmen i. S. d. § 4 Nr. 6 PostG i. V. m. § 19 Abs. 2 GWB, wenn es als Anbieter von Dienstleistungen ohne Wettbewerber oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB) oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat (§ 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB).

Die Betroffene zu 2. verfügt wie wiederholt – bspw. im Rahmen des Beschlusses zur Price-Cap-Entgeltgenehmigung 2011 (Gz.: BK5b-10/061) im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt festgestellt – auf dem Markt für Standard-Briefdienstleistungen über eine marktbeherrschende Stellung i. S. d. § 4 Nr. 6 PostG i. V. m. § 19 Abs. 2 GWB.

Für die Prüfung einer marktbeherrschenden Stellung des relevanten Marktes für Briefdienstleistungen ist als ein wesentliches Kriterium auf die absoluten und relativen Marktanteile abzustellen. Zur Abbildung der Wettbewerbsverhältnisse auf diesem Markt kann die alljährliche Untersuchung des Marktes durch die Bundesnetzagentur herangezogen werden.

Die Betroffene zu 1. ist als eine einhundertprozentige Tochtergesellschaft der Deutsche Post Beteiligungen Holding GmbH in den Konzern Deutsche Post DHL eingegliedert. Die Geschäftsbeziehung der Betroffenen zu 1. ist über einen Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag

nachhaltig abgesichert. Die Vertragsgestaltung beinhaltet einerseits Weisungsbefugnisse des Konzerns gegenüber der Betroffenen zu 1., wodurch ein wettbewerblich unabhängiges bzw. unabgestimmtes Verhalten in der Geschäftsausübung der beiden Betroffenen auszuschließen ist. Andererseits findet ein Ausgleich negativer Betriebsergebnisse der Betroffenen zu 1. durch den Konzern Deutsche Post DHL statt. In der Summe liegt damit eine Konzernverbundenheit beider Betroffenen i. S. d. § 36 Abs. 2 GWB vor.

Daran anknüpfend sind beide Unternehmen wettbewerbsrechtlich als eine wirtschaftliche Einheit zu betrachten, infolgedessen die Marktbeherrschung der Betroffenen zu 2. im selben relevanten Markt auch dem verbundenen Tochterunternehmen, der Betroffenen zu 1. zuzurechnen ist. Die Beurteilung der Marktstellung der Betroffenen zu 2. auf dem Markt für Briefdienstleistungen gilt daher im Folgenden gleichermaßen für die Betroffene zu 1.

Danach verfügte die Betroffene zu 2. im Jahr 2009 im gesamten lizenzpflichtigen Bereich von Briefbeförderungsdienstleistungen über einen umsatzbezogenen Marktanteil von 90,7 %. Für das Jahr 2010 wird nicht mit wesentlichen Verschiebungen gerechnet. Das restliche Marktvolumen von knapp 10 % entfällt auf ca. 650 andere Wettbewerber, das aufgrund der geringen Marktanteile allenfalls einen Randwettbewerb darstellt. Sie verfügen nicht über das Potenzial, die Verhaltensspielräume der Betroffenen zu 2. entscheidend einzuschränken. Der Marktanteilsvorsprung der Betroffenen zu 2. im relevanten Markt ist gegenüber ihren Wettbewerbern weiterhin signifikant groß.

Mit dem hohen Marktanteil der Betroffenen zu 2. geht eine herausragende Stellung dieses Unternehmens hinsichtlich seiner Finanzkraft einher. Mit einem Ergebnis vor Steuern (EBIT) des Unternehmensbereiches Brief im Konzern Deutsche Post DHL in Höhe von ca. 1,1 Mrd. € stehen der Betroffenen zu 2. finanzielle Ressourcen zur Verfügung, die sich im relevanten Markt potenziell wettbewerbsbeeinflussend auswirken können.

Die Betroffene zu 2. verfügt darüber hinaus bei der Zustellung über erhebliche Wettbewerbsvorteile gegenüber den anderen Marktteilnehmern. Hierbei sind ihre flächendeckende Präsenz mit eigenen Betriebsstätten (Sortier- und Verteilzentren), die sich über alle Briefdienstleistungen erstreckenden Verbundvorteile, die lückenlose Abdeckung aller Haushalte sowie der historisch bedingte Wettbewerbsvorsprung der Betroffenen zu 2. aufgrund ihres bestehenden Briefzustellnetzes hervorzuheben. Diese können durch die Tätigkeit der Wettbewerber insgesamt bisher nicht entscheidend abgeschwächt werden. Marktmacht verstärkend wirkt auch der Umstand, dass die Betroffene zu 2. flächendeckend auf allen Marktstufen tätig ist und andere Wettbewerber bei der Nutzung des Teilleistungszugangs grundsätzlich auf ihre Zustelleistung angewiesen sind (Sogwirkung).

Die Betroffene zu 1. wäre aufgrund ihres konzernbedingten Leistungspotentials in überschaubarer Zeit in der Lage, bei entsprechender Nachfrage ihr Angebot auf bislang unbediente Gebiete auszudehnen. So hat seit Übernahme des Unternehmens durch die Deutsche Post Beteiligung Holding GmbH bereits eine punktuelle Ausdehnung der Geschäftstätigkeit in die Großräume Berlin und das Ruhrgebiet stattgefunden. Eine weitere Ausdehnung ist offenbar geplant (s. o.). bzw. findet in Brandenburg bereits statt. Die Wirkung der Marktbeherrschung der Betroffenen zu 2. schließt daher andere potentielle Angebotsräume des Tochterunternehmens mit ein.

Bei der Gesamtbetrachtung kommt dem außerordentlich hohen Marktanteil der Betroffenen zu 2. in dem relevanten Markt die entscheidende Bedeutung zu. Bezogen auf den Umsatz verfügt die Betroffene zu 2. bereits über eine herausragende Marktposition. Alle weiteren, nach § 19 Abs. 2 Nr. 2 GWB zu beachtenden Kriterien vermögen nicht, die marktbeherrschende Stellung der Betroffenen zu 2. in dem relevanten Markt auch nur annähernd abzuschwächen. Im Gegenteil deuten diese eher auf eine Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung hin.

Die Betroffene zu 1. verfügt somit – in funktionaler Unternehmenseinheit mit der Betroffenen zu 2. – auf dem Inlandsmarkt für Standard-Briefdienstleistungen über eine marktbeherrschende Stellung i. S. d. § 4 Nr. 6 PostG i. V. m. § 19 Abs. 2 GWB. Die Feststellung der Marktbeherrschung der Betroffenen zu 2. ergibt sich bei jeder denkbaren Abgrenzung des Briefmarktes.

4. Verstoß gegen Abschlagsverbot, § 20 Abs. 2 Nr. 2 PostG

Die Entgelte enthalten Abschläge, die die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen auf einem Markt für Postdienstleistungen in missbräuchlicher Weise beeinträchtigen.

Ein Abschlag i. S. d. § 20 Abs. 2 Nr. 2 PostG liegt immer dann vor, wenn die Erlöse die langfristigen Kosten nicht decken.

a) Abschlag

Da es sich um Entgelte im Rahmen eines Konzernverbundes handelt, sind der Abschlagsbetrachtung die Kosten des herrschenden Unternehmens (nämlich der Betroffenen zu 2.) zugrunde zu legen.

aa) Konzernentgelte

Der Rückgriff auf die Kosten und Entgelte der Betroffenen zu 2. als Referenz ergibt sich bereits aufgrund der Geltung des funktionalen Unternehmensbegriffs. Danach ist ein missbräuch-

licher Abschlag insoweit zu bejahen, als die Entgelte eines Konzernunternehmens die Referenzentgelte der Muttergesellschaft unterschreiten.

Die Referenzentgelte der Betroffenen zu 2. sind die Teilleistungsentgelte BZE als die den Dienstleistungen der Betroffenen zu 1. entsprechenden Entgelte, vgl. II. C. 3. a) (1).

Entgegen der Ansicht der Betroffenen ist der funktionale Unternehmensbegriff nicht nur auf die Marktabgrenzung mit dem Ziel der Feststellung der Marktbeherrschung beschränkt. Dieses im Kartellrecht entwickelte Konzept ist auch auf die Entgeltbestimmung anwendbar. Es erstreckt sich auch auf die verschiedenen Formen des Ausbeutungs- und Behinderungsmissbrauchs, vgl. EuGH vom 02.04.2009 Rs. C 202/07 „France Telecom“. Vor dem Hintergrund, dass die allgemeinen kartellrechtlichen Normen und die dort entwickelte Terminologie Eingang gefunden haben in die postregulatorische Entgeltregulierung, ist auch davon auszugehen, dass der Begriff des „Unternehmens“ im Lichte dieser funktionalen Betrachtungsweise auszulegen ist. Für dieses Auslegungsergebnis spricht auch die Tatsache, dass der Begriff des marktbeherrschenden Unternehmens als wesentliches Tatbestandsmerkmal innerhalb der Entgeltregulierung benannt wird und eine Eingriffsvoraussetzung darstellt.

Eine Bestätigung dieser Sichtweise zur Verbundklausel findet sich auch in der Entscheidung des BGH im Verfahren Entega I (Urteil vom 23.06.2009 KZR 21/08, Rn. 16). Dort stellte der BGH unmissverständlich klar, dass die Verbundklausel im deutschen Missbrauchsrecht umfassend Anwendung findet. Im Weiteren wird dort unter Bezugnahme auf verbundene Unternehmen i. S. d. §§ 17, 18 AktG ausgeführt, dass regelmäßig von einem einheitlichen Unternehmen auszugehen ist, unabhängig davon, wie dieses Unternehmen gesellschaftsrechtlich strukturiert ist. Einer Muttergesellschaft sind nicht nur dann Ressourcen oder Betriebsteile zuzurechnen, wenn es um die Feststellung der Marktbeherrschung geht, sondern auch im Rahmen der Missbrauchskontrolle.

Für die Anwendung des funktionalen Unternehmensbegriffs auch und insbesondere im Zusammenhang mit dem vorliegenden Fall sprechen auch die Regelungen PostG und der PEntgV. Dies kommt insbesondere auch durch §§ 25 Abs. 2 PostG, 6 Abs. 1 PEntgV zum Ausdruck; sofern auf das betroffene Unternehmen Bezug genommen wird, kann es nur das marktbeherrschende, funktional zu betrachtende Unternehmen sein. Ein unselbständiges Unternehmen bzw. eine Abteilung wären nicht als betroffenes Unternehmen i. S. d. Norm anzusehen.

Als Anhaltspunkt für die Anwendung des funktionalen Unternehmensbegriffs ist daneben der Umstand zu sehen, dass § 3 Abs. 2 PEntgV auf das allgemeine unternehmerische Risiko abstellt. Dieses Risiko wird maßgeblich bestimmt durch das Gesamtportfolio des Konzerns. Mit-

hin würde eine Fokussierung auf die Risikosituation eines abhängigen Unternehmens nicht das tatsächliche Risiko des Konzerns darstellen, denn dieses wird bestimmt durch die Aktivitäten, insbesondere aber auch durch den Grad der Verflechtung in leistungsmäßiger sowie in finanzieller Hinsicht im Konzernverbund. Gerade die Verflechtungen innerhalb eines Konzerns, aber auch die damit verbundene Diversifikation beeinflussen maßgeblich das Risikoprofil des zu betrachtenden Unternehmens. Als Tochterunternehmen innerhalb eines Konzerns ist es nicht nur seinen originären unternehmerischen Risiken ausgesetzt, sondern zugleich auch den Risiken des Konzerns. Entscheidungen des Konzerns von strategischer Bedeutung, welche etwa das Gesamtportfolio betreffen, wirken sich mitunter auch auf das von dem Tochterunternehmen zu tragende Risiko aus. Hieraus folgt, dass diese beiden Risikokomponenten untrennbar miteinander verknüpft sind und das gesamtunternehmerische Risiko sinnvollerweise nur auf den Konzernverbund angewendet werden kann.

Für eine Anwendung des funktionalen Unternehmensbegriffs spricht auch, dass die Betroffene zu 1. hinsichtlich ihrer Geschäftspolitik nicht autark, sondern durch den Mutterkonzern gesteuert und finanziert wird. Dass die Betroffene zu 1. gegenüber der Betroffenen zu 2. weisungsgebunden ist, lässt sich bereits dem Umstand entnehmen, dass sie im Rahmen eines Beherrschungsvertrages agiert und Gewinne an den Mutterkonzern abführt und im Gegenzug der Mutterkonzern Verluste des Tochterunternehmens ausgleicht.

Darüber hinaus bestehen umfassende Zustimmungsvorbehalte gem. § 9 der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung der Betroffenen zu 1., die die Betroffenen mit Schriftsatz vom 24.05.2011 als Anl. 4 einreichten. Als weitere Indikation für das faktische Abhängigkeitsverhältnis kann man auch die Tatsache werten, dass die Betroffene zu 2. Schlüsselkunden für die Betroffene zu 1. akquiriert und die Betroffene zu 2. bei der Betroffenen zu 1. 50 % ihrer Auszubildenden für den Mutterkonzern qualifizieren lässt. Die Anwendung des funktionalen Unternehmensbegriffs ist also angesichts der engen Leistungsbeziehungen zwischen der Tochter- und der Muttergesellschaft auch und insbesondere im vorliegenden Fall gerechtfertigt.

Eine Einengung des funktionalen Unternehmensbegriffs auf Marktabgrenzungs- und Marktherrschaftsaspekte hätte zudem zur Folge, dass die Missbrauchskontrolle unterlaufen oder sogar ausgehöhlt werden könnte. Das marktbeherrschende Unternehmen könnte sich durch Auslagerung von Betriebsteilen oder einzelnen Unternehmensbereichen der Missbrauchskontrolle entziehen. Entsprechend wurde auch im Rahmen der Entscheidung des EuGH vom 02.04.2009 Rs. C 202/07 „France Telecom“ das Preisgebaren der Tochtergesellschaft (Wanadoo) als ein Fehlverhalten der Mutter i. S. d. Verbundklausel gewertet.

Aufgrund der Anwendung des funktionalen Unternehmensbegriffs sind als Abschlagsschwelle

die für vergleichbare Dienstleistungen verlangten Entgelte der Betroffenen zu 2. zugrunde zu legen. Wie ausgeführt, ist die vergleichbare Leistung der Teilleistungszugang BZE. Da die Entgelte der Betroffenen zu 1. für die von ihr angebotenen Dienstleistungen C6, C5 und C4 diese Entgelte unterschreiten, liegt ein Abschlag i. S. d. § 20 Abs. 2 Nr. 2 PostG vor.

bb) Kostenbetrachtung der Betroffenen zu 1.

Selbst wenn man der Herleitung der Abschlagsschwelle aus dem funktionalen Unternehmensbegriff nicht folgen wollte, enthalten die von der Betroffenen zu 1. verlangten Entgelte dennoch einen missbräuchlichen Abschlag.

Das ergibt sich daraus, dass die Entgelte die Kosten der Betroffenen zu 1. nicht decken. Die mit den Zustelldienstleistungen der Betroffenen zu 1. erwirtschafteten Erlöse reichen nicht aus, einen positiven Deckungsbeitrag zu erwirtschaften. Die von der Betroffenen zu 1. angebotenen Leistungen tragen lediglich zur Deckung der variablen Kosten bei. Dagegen können mittelbare Kosten, insbesondere Verwaltungskosten, über Erlöse bei den Zustelleistungen nicht finanziert werden. Dies widerspricht dem nach § 3 Abs. 2 PEntgV anzulegenden Maßstab der KEL (einschließlich angemessenem Gemeinkostenzuschlag und angemessenen Gewinnzuschlag).

(1) Bewertung der Kostennachweise und Unterlagen

Die vorgelegten Kostenunterlagen genügen den in § 4 PEntgV genannten Anforderungen. Die Beschlusskammer konnte auf dieser Grundlage die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung bestimmen. Sie war somit in der Lage, durch geeignete Modifizierungen die sich nach dem Effizienzmaßstab ergebenden Kosten zu ermitteln. Somit stellen die von der Betroffenen zu 2. für die Betroffene zu 1. zur Verfügung gestellten Kostenunterlagen eine Basis dar, um sämtliche relevanten Kosten im Zusammenhang mit der Briefbeförderung abzubilden.

Zur Überprüfung der Kostenorientierung und der Vereinbarkeit der Beförderungsentgelte der Betroffenen zu 1. mit den postrechtlichen Entgeltvorschriften haben die Betroffenen mit Schreiben vom 27.04.2011 die mit Eröffnungsbeschluss vom 11.04.2011 verlangten Informationen und Auswertungen zur Verfügung gestellt und im Nachgang zu der öffentlichen mündlichen Anhörung die ergänzenden Fragen der Beschlusskammer zu den produktspezifischen Erlösen und zur organisatorischen Eigenständigkeit der Betroffenen zu 1. beantwortet. Mit weiterem Schreiben vom 25.05.2011 haben die Betroffenen die mit Schreiben vom 27.04.2011 eingereichten Kostenunterlagen korrigiert.

Basierend auf Überleitungsrechnungen für die Jahre 2009 bis 2011 wurden die Gesamtkosten für die Betroffene zu 1. hergeleitet und sodann die Kosten für die Bereiche „Düsseldorf“,

„Ruhrgebiet“ und „Berlin“ beziffert und nachgewiesen. Darüber hinaus wurde eine Übersicht der von der Betroffenen zu 1. insgesamt zugestellten Sendungsmengen, gegliedert nach den Zustellmengen als End-to-End-Anbieter sowie die Sendungsmengen, welche die Betroffene zu 1. im Auftrag der [REDACTED] [REDACTED] zustellt bzw. zustellen wird, vorgelegt. Die Angaben beziehen sich ebenso wie die kostenrelevanten Daten auf die Jahre 2009 bis 2011. Zum Nachweis der Ermittlungsmethode sowie zur Erläuterung des für die Ermittlung der Produktkosten verwendeten Kalkulationstools wurde eine umfassende Dokumentation vorgelegt. Darin wurde die Struktur der internen Kostenrechnung der Betroffenen zu 1. erläutert. Daneben wurde auch das Verfahren der Kostenzuordnung und Schlüsselung bestimmter Kostenpositionen dargestellt. Mit Schreiben vom 23.05.2011 wurden ergänzend Fragen der Beschlusskammer zu den produkt-spezifischen Erlösen sowie zum Umfang der Verwaltungskosten der Betroffenen zu 2. beantwortet.

Die Betroffenen haben zudem eine Gesamtkalkulation für die Betroffene zu 1. sowie für die einzelnen Segmente vorgelegt. Sowohl für die Gesamtdarstellung als auch für die segment-bezogenen Kostenberechnungen wurden zum einen nach Kostenarten, zum anderen nach den Wertschöpfungsstufen gegliederte Kostenauswertungen beigebracht. In den nach Kostenarten gegliederten Darstellungen wurde differenziert nach Personal-, Sach- und Kapitalkosten. Dagegen wurden in den wertschöpfungsbezogenen Darstellungen die jeweiligen Kosten für Abholung/ Transport, für Sortierung und Auslieferung genannt.

Die Beschlusskammer hat daraufhin die von den Betroffenen eingereichten Kostennachweise und Unterlagen überprüft und diese mit in vergangenen Verfahren vorgelegten Berechnungen und Dokumentationen abgeglichen, insbesondere auch mit vorliegenden Daten zum Teilleistungsentgelt BZE. Diese Unterlagen sind geeignet, wesentliche Aspekte der Kostenermittlung und Kostenzurechnung zu untersuchen. Sie erlauben insbesondere eine Analyse der Kostenberechnungen unter dem Gesichtspunkt der Kostenverursachungsgerechtigkeit. Zudem konnte die Beschlusskammer auf Daten und Entgeltkalkulationen zurückgreifen, welche von alternativen Wettbewerbern im Rahmen des Teilleistungsverfahrens zur Verfügung gestellt worden sind.

Nach Auswertung der vorgelegten Kostenunterlagen decken die Erlöse die Kosten der Betroffenen zu 1. nicht.

(2) Kostenunterschreitung

Die Beförderungsentgelte enthalten Abschläge, weil die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KEL) der Betroffenen zu 1. unterschritten werden.

KEL beinhalten nach § 3 Abs. 2 PEntgV **die langfristigen zusätzlichen Kosten** der Leistungsbereitstellung und einen angemessenen Zuschlag für **leistungsmengenneutrale Gemeinkosten**, jeweils einschließlich eines dem unternehmerischen Risiko angemessenen Gewinnzuschlags. KEL verlangt die Berücksichtigung sämtlicher in der PEntgV genannten Kosten sowie die Einhaltung der allgemeinen betriebswirtschaftlich anerkannten Grundsätze.

Die Entgelte der Betroffenen zu 1. genügen diesem Maßstab nicht, weil weder die langfristigen zusätzlichen Kosten noch die leistungsmengenneutralen Gemeinkosten gedeckt werden.

Der Europäische Gerichtshof hat mit den Urteilen vom 3. Juli 1991, AKZO/Kommission (C-62/86, Slg. 1991, I-3359), und vom 14. November 1996, Tetra Pak/Kommission (C-333/94 P, Slg. 1996, I-5951) festgestellt, *„dass zum einen bei Preisen, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, vermutet werden kann, dass es sich um Verdrängungspreise handelt, und dass zum anderen Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten, aber über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, als missbräuchlich anzusehen sind, wenn sie im Rahmen eines Plans festgelegt wurden, der die Ausschaltung eines Mitbewerbers bezweckt.“*

i) Unterschreitung der langfristigen zusätzlichen Kosten

Die Entgelte unterschreiten die langfristigen zusätzlichen Kosten. Dem in § 3 Abs. 2 PEntgV genannten Kriterium der Langfristigkeit liegt keine absolute Zeitvorstellung zugrunde. Durch die Bezugnahme auf Langfristigkeit von Kosten wird gewährleistet, dass nicht nur die kurzfristigen variablen Kosten für die Dienstbereitstellung, sondern auch die langfristigen, fixen Kostenbestandteile bei der Kostenkalkulation und Entgeltbestimmung einzubeziehen sind. Letztere Kostenkategorie ist relevant für die unternehmerische Entscheidung, welcher Dienst bereitgestellt werden soll oder nicht. Die Erwirtschaftung der langfristigen Kosten ist nach diesem Verständnis Voraussetzung dafür, dass der Dienst angeboten wird. Dementsprechend sind die langfristigen Zusatzkosten der bereitgestellten Dienste wesentlicher Prüfungsmaßstab.

Mit den von der Betroffenen zu 1. erhobenen Entgelten werden nicht die mit den Beförderungsleistungen an den Standorten Düsseldorf, Ruhrgebiet und Berlin **originären Wertschöpfungskosten** als wesentlicher Kostenbestandteil der KEL abgegolten. Bei den originären Wertschöpfungskosten handelt es sich um die langfristigen zusätzlichen Kosten i. S. d. Postgesetzes. Denn die in der Kalkulation angesetzten Personal-, Material und Kapitalkosten sind Kosten, welche unmittelbar für die Bereitstellung der Beförderungsleistung

anfallen.

Mindestens seit dem Jahr 2006 erwirtschaftete die Betroffene zu 1. regelmäßig Jahresfehlbeträge. Die vorgelegten HGB-Jahresabschlüsse für die Geschäftsjahre 2007 bis 2009 belegen, dass zu allen Bilanzstichtagen eine bilanzielle Überschuldung bestand. Aus den Übersichten der Anlagen FM 1- 4 zum Schriftsatz der Betroffenen vom 27.04.11 geht hervor, dass auch in 2010 ein Jahresfehlbetrag i. H. v. 2,5 Mio. € generiert wurde (vgl. Deutsche Post DHL Geschäftsbericht 2010, Seite 212). Für die Folgejahre ist entgegen des Vortrags der Betroffenen ein negatives operatives Ergebnis zu erwarten. Daraus ergibt sich, dass die originären Wertschöpfungskosten nicht gedeckt werden.

Es lässt sich jedenfalls festhalten, dass die vom Unternehmen generierten Umsatzerlöse im Bereich „Briefbeförderung“ bislang stets hinter den auf diesen Bereich entfallenden originären Wertschöpfungskosten (Material-, Personal- und Kapitalkosten) zurückbleiben.

Sofern die Betroffenen für die Folgejahre ein positives Ergebnis prognostizieren, beruht dies auf nicht belastbaren Annahmen zur Sendungsmengenentwicklung und zu Wertschöpfungszuwächsen aufgrund des Einsatzes von Ausbildungskräften.

ii) Sendungsmengen

Die langfristigen, zusätzlichen Kosten der Briefbeförderung werden auch in den Folgejahren in Anbetracht der generellen Sendungsmengenentwicklung im Briefbereich in Deutschland unter Berücksichtigung des Trends in den Regionen Ruhrgebiet und Berlin, nicht gedeckt. Im Gegenteil, vor dem Hintergrund des in den nächsten Jahren zumindest stagnierenden Sendungsvolumens wird die bestehende Deckungslücke nicht geschlossen, sondern tendenziell zunehmen.

Die Betroffenen haben die Sendungsmengen für die relevanten Segmente „Düsseldorf“, „Ruhr“ und „Berlin“ für die Zeiträume 2009, 2010 und als Projektion für 2011 vorgelegt. Des Weiteren haben sie für 2009 und 2010 die jeweiligen tatsächlichen monatlichen Sendungsmengen angegeben.

Die für das Segment „Ruhrgebiet“ für das Jahr 2011 in Ansatz gebrachten Sendungsmengen können nicht als Datengrundlage für die Produktkalkulation zugrunde gelegt werden. Auch der Ansatz für den Standort „Berlin“ kann nicht für Kalkulationszwecke herangezogen werden.

Für das Jahr 2011 wurde von den Betroffenen angenommen, dass im Ruhrgebiet insgesamt [REDACTED] Sendungen zugestellt werden. Dies entspräche einer Steigerung von [REDACTED] gegenüber dem Vorjahresniveau, in dem ausweislich Anlage FM 2(1) zum Schriftsatz der Betroffenen vom 25.05.11 lediglich [REDACTED] Sendungen zugestellt wurden. Für den Standort „Berlin“ wird sogar eine [REDACTED] des Sendungsvolumens unterstellt (Sendungsmenge 2010: rd. [REDACTED], Sendungsmenge 2011: rd. [REDACTED]).

Eine Mengensteigerung von über [REDACTED], wie den Kostenberechnungen zugrunde gelegt wurde, widerspricht der generell zu erwartenden Sendungsmengenentwicklung im traditionellen Briefgeschäft. Es ist bestenfalls mit einer Konstanz hinsichtlich der Verkehrsvolumina zu rechnen. Bei realistischer Betrachtung der Sendungsmengen ist tendenziell langfristig eher ein Rückgang, allenfalls ein Verharren der zugestellten Sendungsvolumina auf dem Vorjahresniveau zu erwarten. Indikationen, welche für einen Anstieg der beförderten Briefsendungen sprechen, sind indes nicht erkennbar.

Die anzunehmende Entwicklung lässt sich auch für die Ballungsräume Düsseldorf, Ruhrgebiet und Berlin, in denen die Beschwerdegegnerin ihre Zustellungen ausführt, konstatieren. Auch die von der Betroffenen zu 2. vorgelegten Auswertungen zu den BZE-Sendungsmengen ihrer Briefzentren mit Einzugsgebiet in den Regionen Rhein/Ruhr und Berlin widerlegen die getroffene Kalkulationsannahme der Betroffenen zu 1. hinsichtlich der Sendungsmengenentwicklung. Sowohl für das Ruhrgebiet als auch für Berlin ist ein genereller Sendungsmengenrückgang von mehr als [REDACTED] zu verzeichnen.

Vor dem Hintergrund des bundesweiten Trends, aber insbesondere im Lichte der Sendungsmengenentwicklung beim Briefzentrum Berlin ist die Annahme für den Standort „Berlin“ nicht haltbar. Eine [REDACTED] des Sendungsvolumens lässt sich jedenfalls anhand der verfügbaren Verkehrsdaten nicht rechtfertigen. Die kalkulatorisch angesetzte Mengensteigerung mag zwar dem Umstand geschuldet sein, dass die Betroffene zu 1. sich in Berlin in einer Anlaufphase befindet, deren Zustellorganisation erst im Aufbau begriffen ist. Dennoch ist eine Steigerung von [REDACTED] gegenüber dem Niveau von 2010 mit Blick auf die allgemeine Entwicklung nicht nachvollziehbar.

Letztlich kann jedoch dahin stehen, ob die angesetzte Sendungsmengenentwicklung aufgrund der Marktsituation eintritt. Denn selbst bei Zugrundelegung der Sendungsmengen, wie sie von den Betroffenen veranschlagt werden und bei ausschließlicher Berücksichtigung der

kalkulierten Wertschöpfungskosten für den Standort Berlin belaufen sich die durchschnittlichen Stückkosten je nach Fallkonstellation auf [REDACTED] pro zugestellter Sendung.

In anderem Zusammenhang wie auch in der Presse vertritt die Betroffene zu 2. auch selbst die Einschätzung, dass Sendungsmengen zukünftig zurückgehen werden. Als Ursachen dieses Trends wird von ihr wiederholt die verstärkte Nutzung von Telefax, E-Mail, SMS und sozialen Netzwerken, aber auch die Nutzung von alternativen Kommunikationsmedien wie DE-MAIL, E-Postbrief genannt. Was die Sendungsmengen anbetrifft, sei nach Angaben der Betroffenen zu 2. in den vergangenen Jahren ein Rückgang von [REDACTED] zu verzeichnen. In den nächsten Jahren sei insgesamt von einem Mengenrückgang von [REDACTED] bezogen auf das Niveau von 2011 auszugehen. Dies entspräche einem jährlichen Rückgang von [REDACTED].

iii) Wertschöpfungszuwächse aufgrund des Einsatzes von Ausbildungskräften

Die von den Betroffenen für das Jahr 2011 erwartete Ergebnisverbesserung für das relevante Segment „Briefbeförderung“ resultiert daraus, dass sich die originären Wertschöpfungskosten nur unterproportional, verglichen mit der prognostizierten Sendungsmengensteigerung, erhöhen sollen. Der geringe Anstieg bei den originären Wertschöpfungskosten [REDACTED] bei einem gleichzeitig prognostizierten Mengenanstieg für das Jahr 2011 von [REDACTED] ist darauf zurückzuführen, dass ein Großteil des zusätzlichen Sendungsvolumens auch durch Ausbildungskräfte zugestellt wird. Obgleich Ausbildungskräfte im operativen Geschäft eingesetzt werden, werden die äquivalenten Kosten für deren erbrachte Arbeit kalkulatorisch nicht berücksichtigt. Ein solches Vorgehen, Kosten für die Wertschöpfung für die Auszubildenden, sofern sie Briefsendungen zustellen, nicht im Rahmen der Produktkalkulation einzubeziehen, widerspricht aber dem Grundsatz verursachungsgerechter Zuordnung. Danach sind den betreffenden Produkten diejenigen Kosten zuzurechnen, die im Zusammenhang mit der Leistungserstellung angefallen sind. Denn § 2 Abs. 2 Nr. 4 PEntgV rekuriert auf die Inanspruchnahme von Teilen der Beförderungskette und im weiteren auf „die Kosten der Nutzung dieser Teile.“ Bei Anwendung des Kostenverursachungsprinzips sind daher anteilige Kosten für die erbrachte Wertschöpfung der Ausbildungskräfte, sofern sie operativ im Zusammenhang mit der Zustellung von Briefsendungen für die Betroffene zu 1. eingesetzt werden, in Ansatz zu bringen.

iv) Gemeinkosten

Die Betroffene zu 1. hat entgegen allgemein anerkannter betriebswirtschaftlicher Grundsätze und in Widerspruch zum Kostenverursachungs-, aber auch zum Tragfähigkeitsprinzip

keine Gemeinkosten in ihrer Kalkulation berücksichtigt. Dies widerspricht dem nach § 3 Abs. 2 PEntgV anzuwendenden KEL-Maßstab.

Die Nichtberücksichtigung von Gemeinkosten für den allgemeinen Verwaltungsaufwand der Betroffenen kann deshalb nicht akzeptiert werden. Kosten für Marketing und Vertrieb, Personal-, Finanzbuchhaltung, Recht und IT sind bei Zugrundelegung der in §§ 2 Abs. 2 Nr. 4, 3 Abs. 3 Satz1 PEntgV verankerten Vorgaben angemessen zu berücksichtigen.

In ihrer Kostenkalkulation hat die Betroffene zu 1. lediglich die unmittelbaren, im Zusammenhang mit der Leistungsbereitstellung angefallenen und künftig entstehenden Personal-, Sach- und Kapitalkosten als Wertschöpfungskosten berücksichtigt. Gemeinkostenbereiche für Verwaltung/ Overhead sowohl der Betroffenen zu 1. als auch der Betroffenen zu 2., welche der Höhe nach sogar wesentliche Kostenpositionen in der Gesamtkostenaufstellung der Betroffenen zu 1. darstellen, wurden indes nicht einbezogen. Ausweislich der Kostendokumentationen belaufen sich die gesamten Gemeinkosten der Betroffenen zu 1. in 2010 immerhin auf [REDACTED] bezogen auf die Wertschöpfungskosten.

Im Rahmen der Produktkalkulation sind grundsätzlich neben den netzgebundenen Kosten anteilig auch nicht netzspezifische Gemeinkosten anzusetzen. 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, abgedeckt werden. Diese Kostenkategorie umfasst insbesondere Kosten für die Verwaltung, für Vertrieb und Kundenakquisition. Deren Nichtberücksichtigung hat zur Folge, dass mittelbare Kosten, welche erfahrungsgemäß immerhin nahezu 20 % bezogen auf die Wertschöpfungskosten ausmachen, im Zusammenhang mit der Briefbeförderungsleistung über die zu vermarktenden Produkte nicht Erlöst werden.

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. Gemeinkosten beinhalten damit Kosten für mittelbare administrative produktübergreifende Tätigkeiten. Sie beziehen sich auf Ressourcen, die für mehrere Produkte bzw. Dienste eingesetzt werden. Zu unterscheiden sind hierbei Gemeinkosten, die anteilig einem Dienst bzw. einer Dienstgruppe zugeordnet werden können. Dazu gehören beispielsweise Kosten für Vertrieb und Lizenzen und Administration, aber auch Kosten für Gebäude, Energie und Büromaterial. Zusätzlich fallen auch unternehmensspezifische Gemeinkosten an. Diese betreffen die Verwaltung, Vorstandsgehälter und Versicherungen. Ebenso gehören zu den Gemeinkosten die Kosten der Energieversorgung, wenn diese nicht dem Produkt direkt zugeordnet werden können (z.B. für

Raumheizung und Beleuchtung), Beiträge zu Verbänden oder gewinnunabhängige Steuern (z.B. Grundsteuer). Löhne, Bezüge und Gehälter werden als Gemeinkosten betrachtet, sofern diese nicht dem Produkt direkt zugewiesen werden können.

Da die Gemeinkosten nicht direkt einer Dienstleistung betragsmäßig zugerechnet werden können, werden die umzulegenden Kosten in der Kostenstellenrechnung in verschiedenen vorgelagerten Rechnungsverfahren betragsmäßig erfasst und nach unterschiedlichen Verfahren zugeschlüsselt.

a) Verstoß gegen § 3 Abs. 2 PEntgV und allgemein anerkannte betriebswirtschaftliche Grundsätze

Mit der Nichtberücksichtigung von Gemeinkosten verstößt die Betroffene zu 2. gegen allgemein anerkannte betriebswirtschaftliche Grundsätze und weicht auch von der sonst üblichen betrieblichen Praxis der Betroffenen zu 2. ab.

Gemäß § 3 Abs. 3 Satz 1 PEntgV sind bei der Ermittlung, Berechnung und Zuordnung der Kosten des regulierten Unternehmens die allgemein anerkannten betriebswirtschaftlichen Grundsätze zugrunde zu legen. Diese Vorgabe erstreckt sich auch auf die Verrechnung und Zuschlüsselung von Gemeinkosten. Ausgehend davon widerspricht das Vorgehen, Gemeinkosten in der Kalkulation für den Bereich „Briefbeförderung“ der Betroffenen zu 1. nicht anzusetzen, diesen Grundsätzen.

Zur Verrechnung und Zuschlüsselung von Gemeinkosten wurden in der betriebswirtschaftlichen Literatur, aber auch in der betrieblichen Praxis Methoden und Verfahrensweisen entwickelt, vgl. Kilger, W. Betriebliches Rechnungswesen, in: Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, hrsg. Von H. Jacob, 4. Aufl., Wiesbaden 1981, S. 958, Haberstock, L. Grundzüge der Kosten- und Erfolgsrechnung, a. a. O., S. 110. Als Standardverfahren wird die einfache bzw. differenzierte Zuschlagskalkulation angewandt, bei der Gemeinkosten mittels Zuschlagssätzen auf einzelne Produkte bzw. Dienstleistungen zu verrechnen und umzulegen sind. Durch einen derartigen Verrechnungsmodus ist gewährleistet, dass sämtliche Kosten einschließlich der Gemeinkosten über die vermarkteten Produkte Erlöst werden.

Hinsichtlich der Zurechnungsmethode haben sich in der betriebswirtschaftlichen Theorie und betrieblichen Praxis mehrere Verfahren durchgesetzt. Im Ergebnis zielen alle angewandten Verfahrensweisen darauf ab, dass sämtliche Gemeinkosten abgedeckt werden.

Im Übrigen weicht das Vorgehen, keine Gemeinkosten zuzuschlüsseln, von der ansonsten von der Betroffenen zu 2. gehandhabten Verrechnungspraxis ab. Aus den in anderen Ver-

fahren vorgelegten Kostenaufstellungen sowie aus den entgeltbegründenden Unterlagen für das Zugangsprodukt Adresszugang (BK5b-08/068) geht hervor, dass sie Kosten für „Leitung und Service“ als Gemeinkosten pauschal auf die Wertschöpfungskosten als Kostenbasis umgelegt hat. Diesen Auswertungen ist zudem zu entnehmen, dass die Gesamtheit des Produktportfolios mit dem einheitlichen Zuschlag für „Leitung und Service“ beaufschlagt worden ist.

Ein Verzicht auf Zurechnung von leistungsmengenneutralen Gemeinkosten entspricht gerade nicht diesem Grundsatz und ist damit mit keinem der o. g. Verfahren vereinbar.

ß) Verursachungsprinzip

Der Umstand, dass in den Produktkalkulationen Gemeinkosten nicht in Ansatz gebracht worden sind, stellt per se eine Verletzung des Kostenverursachungsprinzips dar.

Gem. § 3 Abs. 2 PEntgV ergeben sich die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung nicht nur aus den langfristigen zusätzlichen Kosten der Leistungsbereitstellung, sondern auch aus einem angemessenen Zuschlag für leistungsmengenneutrale Gemeinkosten, soweit diese Kosten für die Leistungsbereitstellung notwendig sind.

Ausgehend von dieser Allokationsmethode wären die im Zusammenhang mit der Leistungsbereitstellung angefallenen leistungsmengenneutralen Gemeinkosten in Abhängigkeit von der tatsächlichen Inanspruchnahme auf die Kostenträger (Produkte und Produktgruppen) zu verteilen. Danach sind den betreffenden Produkten diejenigen Kosten zuzurechnen, die im Zusammenhang mit der Leistungserstellung angefallen sind. Die Zustellung von Briefsendungen verursacht nämlich nicht nur Wertschöpfungskosten, sondern auch Aufwendungen im sog. Overheadbereich, welche über die vertriebenen Produkte erlöst werden müssen. Der Overheadbereich beinhaltet hierbei sowohl die allgemeinen Verwaltungs- als auch Vertriebs- und Koordinationsfunktionen.

Gedanklicher Hintergrund des Kostenverursachungsprinzips ist ein finales Denken: Alle Produktionsfaktoren, zu denen vorliegend das Personal für die Sortierung und Zustellung, aber auch Sortiermaschinen zählen, werden anteilig eingesetzt, um Leistungen zu produzieren. Deshalb ist es zulässig, den Leistungen auch alle angefallenen Kosten zuzurechnen. Diese Finalbeziehung betrifft aber nicht nur die für Briefbeförderung unmittelbar produktiv eingesetzten Produktionsfaktoren (Zusteller, Maschinen, ...), sondern auch die mittelbaren Kosten für Räumlichkeiten und Administration. Derartige Kosten des Leistungserstellungsprozesses sind nach diesem Konzept entsprechend auf alle in diesem Prozess erstellten Leistungen umzulegen.

Die Einbeziehung der Kosten für die Administration ergibt sich aus dem Aspekt, dass dem Verursachungsprinzip eine langfristige Sichtweise zugrunde liegt. Die Langfristigkeit kommt auch dadurch zum Ausdruck, dass sich gemäß § 3 Abs. 2 PEntgV der Zuschlag auf die langfristigen zusätzlichen Kosten bezieht.

Die aufbau- und ablauforganisatorische Planung der Zustellung, die Planung des Produktportfolios und der sich daran anschließende Aufbau von Kapazitäten (Rekrutierung von Zustellpersonal bis hin zur Anmietung von Liegenschaften usw.) erfolgt nur deshalb, weil das Unternehmen davon ausgeht, dass es seine Leistungen mit Hilfe der aufgebauten Kapazitäten gewinnbringend vermarkten kann. Mithin unterstellt das Unternehmen, dass die Gesamtheit aller erstellten Leistungen die Kosten für den Aufbau der Kapazität tragen. Vor diesem Hintergrund ist es notwendig, jeder einzelnen Leistung einen entsprechenden Kostenanteil dieser mittelbaren Kosten zuzurechnen. Denn das Produktergebnis wird maßgeblich durch den der Wertschöpfung vorausgehenden Planungsprozess beeinflusst.

Ausgehend von dieser Überlegung sind Gemeinkosten der Betroffenen zu 1. einzubeziehen.

Da das **Führungspersonal der Betroffenen zu 1.** Vertragsbeziehungen anbahnt, die anschließende Auftragsabwicklung steuert, lenkt und überwacht, müssen anteilige Kosten für den Vertrieb und für die Verwaltung in Ansatz gebracht werden. Im Hinblick darauf, dass die Führungsebene der Betroffenen zu 1. Koordinationstätigkeiten wie Kundenakquisition und Auftragsüberwachung, aber auch Controllingaufgaben sowie Funktionen im Rahmen der Rechnungsstellung wahrnimmt und somit eine eigene Wertschöpfung erbringt, sind nach dem Verursachungsprinzip Kosten für die Verwaltung/ Administration in Ansatz zu bringen.

Darüber hinaus müssen auch **anteilige Gemeinkosten der Betroffenen zu 2.** kalkulatorisch berücksichtigt werden, vgl. BK5b-08/068.

Entgegen dem Vortrag der Betroffenen zu 2. sind deren Gemeinkosten anzusetzen, da sie planerische Tätigkeiten für die Betroffene zu 1. erbringt. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Umstand, dass die Betroffene zu 1. ablauforganisatorisch dem Unternehmensbereich „Briefkommunikation“ der Betroffenen zu 2. zugeordnet ist, der dem Führungsbereich „Corporate Center“ unterstellt ist. Das „Corporate Center“ repräsentiert den Managementbereich und umfasst den gesamten Vorstand einschließlich den Finanz- und Personalbereich (vgl. Geschäftsbericht Deutsche Post DHL 2010, Seite 232). Damit werden sämtliche zentralen

Funktionen, welche die Ausrichtung des Unternehmensbereichs sowie den finanziellen, einschließlich personellen, Bereich betreffen von dieser Organisationseinheit wahrgenommen. Insofern besteht ein Kausalzusammenhang zwischen den Führungsentscheidungen der Betroffenen zu 2. und den dadurch bedingten Kosten der Betroffenen zu 1., so dass Gemeinkosten nach Maßgabe von § 3 Abs.2 PEntgV angemessen zu berücksichtigen sind.

Strategische Entscheidungen der Geschäftsleitung der Betroffenen zu 2. wirken sich unmittelbar auf die Höhe der Wertschöpfungskosten der Betroffenen zu 1. aus. So beeinflusst eine von der Betroffenen zu 2. initiierte Neuausrichtung von Geschäftsfeldern verbunden mit einer Ausweitung des vorhandenen Produktportfolios, bei dem die strategischen Impulse üblicherweise von der Betroffenen zu 2. ausgehen, unmittelbar das operative Geschäft bei der Betroffenen zu 1. Ebenso haben Personalrekrutierungsmaßnahmen der Betroffenen zu 2. (Stichwort: Ausbildungsbereich) weitreichende Konsequenzen für die bei der Betroffenen zu 1. anfallenden Wertschöpfungskosten. Gerade die Verflechtungen innerhalb des Konzerns, aber auch die damit verbundene strategischen Entscheidungen beeinflussen maßgeblich auch die Kostenverhältnisse des zu betrachtenden Unternehmens.

Dadurch, dass aber die Betroffene zu 1. in den Konzernverbund integriert ist, entfallen auch Kosten im Managementbereich. Denn die strategischen Entscheidungen werden in der Managementebene der Betroffenen zu 2. gefällt, vgl. § 9 der Geschäftsordnung für die Geschäftsführung der Betroffenen zu 1. Würde aber die Betroffene zu 1. autark agieren, müsste sie zusätzliche Planungs- und Steuerungsaufgaben übernehmen, um dann diese langfristigen Entscheidungen treffen zu können. Die Kosten hierfür wären dann aber auch einzukalkulieren.

y) Tragfähigkeitsprinzip

Die Nichtberücksichtigung leistungsmengenneutraler Gemeinkosten lässt sich auch nicht mit Hinweis auf alternative Anwendung des Tragfähigkeitsprinzips begründen.

Auch das Tragfähigkeitsprinzip als alternatives Kostenzurechnungs- und Preisbestimmungsverfahren verlangt, dass sämtliche bei der Betroffenen zu 1. anfallenden Gemeinkosten einschließlich der Gemeinkosten der Betroffenen zu 2. von der **Gesamtheit der vertriebenen Produkte** gedeckt werden. Zwar muss nicht jedes Produkt zur Kostendeckung beitragen, aber in Summe müssen die Gesamtheit der vertriebenen Produkte die anfallenden Gemeinkosten decken. Im Gegensatz zum Kostenverursachungsprinzip ist diese Kostenposition nicht nach Maßgabe der Inanspruchnahme im Rahmen der Leistungserstellung, sondern je nach den Marktverhältnissen zuzuschlüsseln.

Bei Geltung des Tragfähigkeitsprinzips hätten anteilig leistungsmengenneutrale Gemeinkosten verrechnet und den Produkten in Abhängigkeit von den jeweiligen Marktverhältnissen zugerechnet werden müssen. Ein genereller Verzicht auf Zuschlüsselung von Gemeinkosten lässt sich aber auch nicht aus dieser Zurechnungs- und Allokationsmethode ableiten.

v. Angemessener Gewinn

Die Betroffene zu 1. hat in unzulässiger Weise den betriebswirtschaftlich erforderlichen und regulatorisch vorgegebenen Gewinnzuschlag berücksichtigt. Dies stellt einen Verstoß gegen § 3 Abs. 2 PEntgV dar, denn die KEL beinhalten danach einen „dem unternehmerischen Risiko“ angemessenen Gewinnzuschlag.

Ein solcher Zuschlag ist so zu bemessen, dass die Geschäftsrisiken des Unternehmens abgedeckt werden und im Mehrjahresdurchschnitt eine angemessene Vergütung der eingesetzten Produktionsfaktoren sichergestellt wird. Diese Geschäftsrisiken beinhalten sowohl Produktions- als auch Vertriebsrisiken. Steigen etwa die Löhne überproportional bzw. sinkt die Auslastung der Produktionskapazitäten (Sendungsmengenrückgang), kann das Unternehmen unter Umständen nicht mehr profitabel agieren.

Die Nichteinbeziehung eines dem unternehmerischen Risiko entsprechenden Gewinnzuschlages kann nicht akzeptiert werden.

Als Ausgleich dieser im Geschäftsverkehr immanenten Risiken wird nach allgemeiner betrieblicher Praxis im Rahmen der Produktkalkulation ein angemessener Gewinnzuschlag berücksichtigt. Nur bei Aussicht auf einen kalkulatorischen Gewinnzuschlag wird ein wirtschaftlich handelndes Unternehmen einen Anreiz haben, zusätzliches Kapital zu investieren, um sich auf dem Markt zu betätigen und mögliche Geschäftsrisiken zu akzeptieren. Langfristige und nachhaltige Investitionsbereitschaft wiederum ist die Basis für einen funktionsfähigen Wettbewerb, der auch vom Gesetzgeber intendiert war (BT-Drs. 13/7774 S.17).

Zwar muss nicht jedes Produkt mit einem kalkulatorischen Gewinn beaufschlagt werden, aber in Summe muss mit der Gesamtheit der vertriebenen Produkte das gesamtunternehmerische Risiko abgegolten werden. Ein genereller Verzicht auf Verrechnung eines kalkulatorischen Gewinns wäre mit der Vorgabe des § 3 PEntgV nicht vereinbar. Ausgehend davon ist anteilig ein angemessener Gewinnzuschlag anzusetzen.

Im Übrigen würde sich angesichts der bestehenden Geschäftsrisiken und der fehlenden Aussicht auf eine positive künftige Rendite kein wirtschaftlich ausgerichtetes Unternehmen auf diesem Markt betätigen. Denn die Motivation für ein Unternehmen besteht gerade darin, durch seine wirtschaftliche Betätigung den Gewinn zu maximieren.

Ein sog. „Gewinnverzicht“ ist insbesondere vor dem Hintergrund der in den vergangenen Jahren generierten Verlusten von über [REDACTED] aus ökonomischer Sicht nicht nachvollziehbar. Die Investitionen in die Betroffene zu 1. sind insbesondere dann bei langfristig ausbleibenden Gewinnen aus Unternehmenssicht irrational. Bei Vorliegen einer solchen Fallkonstellation würde kein auf Gewinnmaximierung ausgerichtetes Unternehmen mit Blick auf wesentlich lukrativeren Alternativenanlagen dieses defizitäre Geschäft betreiben bzw. fortsetzen. Aber auch für Investoren bestünde kein Anreiz, sich in einem reinen verlustbringenden, werteverzehrenden unternehmerischen Investment zu engagieren.

b) Wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkung

Der festgestellte Verstoß gegen das Abschlagsverbot beeinträchtigt die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen in missbräuchlicher Weise. Das Vorliegen von Abschlagen allein erfüllt die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 Nr. 2 PostG noch nicht; hinzu kommen muss das Merkmal der wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung.

Der Umstand, dass die Betroffene zu 1. nur in solchen Regionen tätig ist, in denen sich aus ihrer Sicht – auch durch das Vorhandensein finanzstarker alternativer Anbieter, die bereits ein eigenes Zustellnetz in diesen Regionen aufgebaut haben – Wettbewerb zu etablieren droht, legt allein schon das Vorliegen einer wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung nahe.

Da die Muttergesellschaft der Betroffenen zu 1. das auf dem Markt dominierende Unternehmen ist und über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, macht ein verlustbringendes Alternativangebot auf dem beherrschten Markt auch nur unter dem Gesichtspunkt ökonomisch Sinn, dass aufkeimendem Wettbewerb entgegen getreten werden soll.

Die Betroffenen tragen selbst vor, dass die Angebote der Betroffenen zu 1. darauf gerichtet sind, sich gegenüber konkurrierenden Unternehmen wie der Beigeladenen zu 1. durchzusetzen, vgl. Interview mit dem Vorstand der Betroffenen zu 2. in der Süddeutschen Zeitung vom 21.01.2010, letzte Spalte (Anl. 16 des Schriftsatzes der Beigeladenen zu 1.).

Zwar umfasst Wettbewerb den 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 Abschlüsse, Ausbeutung, Diskriminierung) zu erreichen sucht.

Es liegt eine missbräuchliche, die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen beeinträchtigende Wirkung vor, da das Verhalten der Betroffenen nicht Ausdruck eines Leistungswettbewerbs ist (zur Rechtsprechung vgl. Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB-Komm. 3. Aufl., § 19, Rn 102).

Dies ergibt sich bereits daraus, dass die von den Betroffenen verfolgte Strategie, Briefzustelldienstleistungen über die Betroffene zu 1. anzubieten und zu erbringen, nicht auf vernünftigen, ökonomisch nachvollziehbaren Erwägungen beruht, sondern auf Verdrängung anderer Wettbewerber abzielt. Denn die Aufrechterhaltung bzw. Duplizierung einer eigenen Zustellinfrastruktur in einer Region, in der das Unternehmen bereits ein Netz unterhält, widerspricht dem kaufmännischen Verhalten eines als effizient anzusehenden Netzbetreibers. Im Hinblick darauf, dass die Zustellung im Rahmen der Briefbeförderung aufgrund der hohen Fixkosten für das Zustellpersonal mit erheblichen Skaleneffekten verbunden ist, ist ein wirtschaftlich agierendes Unternehmen stets bestrebt, derartige Verbund- und Größeneffekte nutzbar zu machen.

Vorteile dergestalt, dass sich Kostenreduzierung für den Konzern infolge höherer Skalen- und Verbundeffekte ergeben, sind jedenfalls nicht durch den Unternehmenserwerb der Betroffenen zu 1. erkennbar.

Es werden keine Synergien gehoben, indem durch den Zusammenschluss Geschäftstätigkeiten auf vor- und nachgelagerte bzw. benachbarte Märkte ausgedehnt werden. Synergien könnten dadurch gehoben werden, dass ein Unternehmen erworben würde, welches sich in einem der Briefbeförderung vorgelagerten Bereich, wie etwa der Postvorbereitung, Konsolidierung oder Aufbereitung für Zwecke der Teilleistungseinlieferung betätigt. Dies ist jedoch nicht der Fall.

In räumlicher Hinsicht sind Vorteile durch Ausnutzung von Größendegressionseffekten nicht erkennbar. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn ein Postdienstleister durch Kooperationsverträge mit anderen Dienstleistern sein Zustellgebiet ausweiten könnte. Vor diesem Hintergrund wäre eine mit dem Ziel der Ausdehnung der Zustellregionen und eine angestrebte bundesweite Flächenpräsenz als eine ökonomisch rationale Geschäftsstrategie anzusehen. Durch die Kooperation könnten im Sinne eines in der Entscheidungstheorie als „win-win-Situation“ bezeichneten Szenarios beide an dem Zusammenschluss beteiligten Geschäftspartner profitieren, zumal durch den Unternehmenserwerb Kosten in erheblichem Umfang eingespart werden könnten. Die Kostenbetrachtung bestätigt stattdessen, dass zusätzliche Kosten generiert werden.

Auch in sachlicher Hinsicht mag der Erwerb eines Unternehmens auf einer rationalen Geschäftsstrategie basieren, wenn durch diese Expansionspolitik komplementäre Produktionsstrukturen, welche einander bedingen bzw. ergänzen, im Wege einer solchen organisatorischen Maßnahme zusammengeführt werden. So wäre die Akquisition eines Briefzustelldienstleisters durch ein Verlagshaus, dessen derzeitiger Fokus auf dem Vertrieb und der Zustellung von Zeitungserzeugnissen liegt, als eine rationale Geschäftsstrategie nach kartellrechtlicher Rechtsprechung zu werten, zumal sich durch die Zusammenlegung von Zeitungs- und Briefzustellung erhebliche Größen- und Verbundvorteile ergeben könnten, vgl. OLG Karlsruhe, WuW/E OLG 5395 (5399) – Badische Anzeigen-Zeitung.

Die Betroffene zu 2. war und ist jedoch bereits in den Zustellregionen präsent, in denen auch die Betroffene zu 1. ihre Zustelltätigkeiten erbringt.

Da sich die angebotenen Zustelldienstleistungen beider Betroffenen in Bezug auf Zustellhäufigkeit, Laufzeiten und Brieflogistik nur unwesentlich unterscheiden, lassen sich durch den getätigten Unternehmenserwerb keine Synergien im Bereich der Zustell-Logistik heben. Durch den zusätzlichen Betrieb der Zustellorganisation der Betroffenen zu 1. im Brieflogistiknetz der Betroffenen zu 2. wird lediglich eine parallele Zustellinfrastruktur geschaffen. Die parallele Nutzung zweier unabhängig voneinander betriebenen Zustellorganisationen führt im Ergebnis zu wesentlich höheren Kosten und zu einer deutlich geringeren Auslastung der Zusteller der Betroffene zu 2. in den von der Betroffenen zu 1. bedienten Gebieten.

Der Aufbau einer weiteren Zustellinfrastruktur mit überlappenden Zustellgebieten wirkt sich wegen der dann nur noch geringeren Auslastung des Zustellpersonals stets kostenerhöhend aus. Angesichts der Präsenz der Betroffenen zu 2. in den Ballungsgebieten stellt die Aufrechterhaltung und der Betrieb eines solchen alternativen Zustellnetzes keine rationale Geschäftsstrategie im Sinne eines Leistungswettbewerbs oder Rationalisierungseffektes dar. Was die Wirtschaftlichkeit einer zusätzlichen Zustellinfrastruktur für die Briefbeförderung anbetrifft, vertritt auch die Betroffene zu 2. die Auffassung, dass dies unsinnig sei. Im Rahmen eines Interviews äußerte sich der Vorstandsvorsitzende Dr. Frank Appel insoweit eindeutig: „Es ist unsinnig, drei Zusteller durch eine Straße zu schicken“, vgl. Süddeutsche Zeitung vom 23.05.2011.

Wenn der Aufbau paralleler Netzstrukturen also aus Effizienzerwägungen nicht sinnvoll ist, kann die ratio dieses Verhaltens nur dadurch begründet werden, dass es zur Ausschaltung aus Sicht der Betroffenen nachteiliger Wettbewerbsstrukturen dient. Dafür spricht auch die Beschränkung der doppelten Infrastrukturen auf die Gebiete, in denen die zwei größten Wettbewerber der Betroffenen, die Beigeladenen zu 1. und 3., mit eigenem Zustellnetz tätig sind.

5. Verstoß gegen Diskriminierungsverbot, § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG

Die Betroffene zu 1. räumt mit den von ihr angebotenen Dienstleistungen C6, C5 und C4 in den unterschiedlichen Entgeltvarianten einzelnen Nachfragern Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen ein.

a) Interne Diskriminierung zwischen End-to-End-Kunden der Betroffenen zu 1. und Großeinlieferern mit Sonderkonditionen (Entgeltvarianten 1 und 2)

Die Betroffene zu 1. gewährt Großeinlieferern [REDACTED] für die Zustellung von deren Briefsendungen Beförderungsentgelte, die deutlich unter den Entgelten für vergleichbare Beförderungsleistungen liegen, die den End-to-End-Kunden angeboten werden.

Beide Kundengruppen fragen gleichartige Postdienstleistungen nach; sie sind verpflichtet, nahezu identische Einlieferungsbedingungen zu erbringen.

Zwar besteht ein marginaler Unterschied zwischen den Einlieferungsbedingungen darin, dass von den beiden Abnehmergruppen unterschiedliche Vorleistungen in Bezug auf die Vorsortierung verlangt werden. Die Großeinlieferer verpflichten sich vertraglich, Sendungen der Betroffenen zu 1. vorsortiert auf Zustellbezirke einzuliefern. Demgegenüber übernimmt die Betroffene zu 1. für die End-to-End-Kunden die Sortierung auf Zustellbezirke.

Wesentlicher Kostentreiber ist aber nicht die maschinell erfolgende Sortierung auf Zustellbezirke, sondern die händische Gangfolgesortierung, die in allen Fällen von der Betroffenen zu 1. erbracht wird.

Daneben bestehen auch Unterschiede hinsichtlich der Einlieferungsmenge. End-to-End-Kunden können bereits bei einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Sendungen einliefern. Von Großeinlieferern wird dagegen vertraglich eine Mindesteinlieferung von 250 verlangt.

Beide Abweichungen sind jedoch derart geringfügig, dass sie nicht zu einer Nicht-Gleichartigkeit i. S. d. § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG führen. Die unterschiedliche Bepreisung lässt sich daher vorliegend nicht mit den unterschiedlichen Kosten rechtfertigen. Diese mögen dadurch bedingt sein, dass die Betroffene zu 1. bei Einlieferungen von End-to-End-Kunden eine höhere Wertschöpfung erbringt, indem sie Sendungen selbst auf Zustellbezirke sortiert, während bei den anderen Kunden die Sortierung in deren Auftrag durch die [REDACTED] erfolgt.

Der Aspekt, dass nach den AGB der Betroffenen zu 1. Sendungen nach Zustellbezirken und nach den AGB für Teilleistungen der Betroffenen zu 2. nach Leitregionen eingeliefert werden können, ist deshalb nicht entscheidend, da in beiden Fällen die Sortierung und Zustellung durch ein Konzernunternehmen der Betroffenen zu 2. erfolgt. Hierbei spielt es keine Rolle, wie die Sortierung und Zustellung innerhalb des Konzerns organisiert sind. Dass die Sortierung durch die Betroffene zu 2. bzw. durch [REDACTED] erfolgt, und die anschließende Zustellung durch eine der Betroffenen, ist damit ohne Relevanz für den Nachfrager.

Die interne Organisation, sei es dass die Betroffene zu 2. die Postdienstleistungen selbst erbringt oder Teile durch ein anderes Konzernunternehmen erbringen lässt, darf für die Gestaltung der Konditionen keine Rolle spielen. Da es sich um vergleichbare oder austauschbare Leistungen handelt, muss sie die Leistungen zu gleichen Entgeltkonditionen anbieten, vgl. BGH, Urteil vom 24.09.2002, KZR 38/99.

Die unterschiedliche Bepreisung lässt sich auch nicht damit begründen, dass End-to-End-Kunden bereits bei einer – verglichen mit Grobeinlieferern - geringeren Mindestmenge von 50 Sendungen einliefern können.

Die Begrenzung auf eine Mindesteinlieferungsmenge von 250 Sendungen wurde von der Betroffenen zu 2. für notwendig erachtet, um Störungen im Betriebsablauf auszuschließen. Denn bei einer verringerten Einlieferungsmenge würde sich die Anzahl der Annahmeprozesse erhöhen, wodurch zumindest momentan der normale Betriebsablauf innerhalb der Großannahmestellen beeinträchtigt würde (siehe Gz.: BK5b-00/076). Wie die Betroffene zu 2. mit Schreiben vom 05.09.2000 vorgetragen hat, würde bei einer Verringerung der Einlieferungsmenge die Funktion einer Großannahmestelle „lahmgelegt“. Diese Argumentation lässt sich jedoch nicht auf die Verhältnisse bei der Betroffenen zu 1 übertragen.

Aus dem Umstand, dass End-to-End -Kunden bereits bei einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Sendungen einliefern können, lässt sich ableiten, dass die für die Sendungsabwicklung notwendige Annahmefunktion bei der Betroffenen zu 1. vorhanden ist. Da sowohl End-to-End -Kunden als auch Großversender von dieser Annahme-Infrastruktur gleichermaßen profitieren, ist eine abweichende Entgeltgestaltung mit Blick auf unterschiedliche Mindesteinlieferungsmengen nicht gerechtfertigt.

b) Diskriminierung bei Massenpost-/Infopostsendungen (Entgeltvariante 3.)

Die Betroffene zu 1. gewährt für die Bearbeitung und Zustellung von Massenpostsendungen Entgelte, die deutlich unter den Entgelten für vergleichbare Sendungen liegen, die den Infopostbedingungen nicht entsprechen.

Die Gewährung unterschiedlicher Entgelte stellt eine Ungleichbehandlung der Einlieferer dar, wenn keine abweichenden Einlieferungsbedingungen gefordert werden. Die Benennung der Sendungsart als „Massenpost“ oder „Massensendung“ legt den Schluss nahe, dass die Einlieferung einer hohen Anzahl nicht inhaltsgleicher Sendungen den Einlieferungsbedingungen der Betroffenen zu 1. genügt.

Der Nachweis, dass die seitens der Betroffenen zu 1. geforderten Einlieferungsbedingungen den Einlieferungsbedingungen für Infopost der Betroffenen zu 2. entsprechen, wurde nicht abschließend und zur Überzeugung der Beschlusskammer geführt.

Die Betroffene zu 1. verwendet lt. eigenem Vortrag keine Vertragsbedingungen, die ihren Kunden die Einlieferungsbedingungen i. S. d. Broschüre „Adressierte Werbesendungen: INFOPOST und INFOBRIEF National“ der Betroffenen zu 2., Stand 01/2011, aufgeben. Sie legt lediglich dar, dass die Einlieferer ein Sendungsmuster („Belegstücke“) beibringen müssen, dass die Inhaltsgleichheit der Sendungen belegt.

Zwar beinhalten nach der Darlegung der Betroffenen die verwendeten Begriffe, dass die eingelieferten Sendungen dem Infopost-Kriterium der Inhaltsgleichheit genügen müssten. Die Einlieferungsbedingungen, die die Betroffene zu 1. für Infopost- respektive Massensendungen vorsähe, entsprächen denen, die auch die Betroffene zu 2. an ihre Infopostsendungen knüpfe. Insbesondere müsse der Kunde ein Belegstück einliefern, anhand dessen kontrolliert werde, ob die Inhalte potentiell den Anforderungen an die Inhaltsgleichheit genügten. Die konkreten Einlieferungen würden sodann stichprobenartig geprüft, ob sie den Einlieferungsbedingungen genügten.

Diese Behauptung wurde durch die Betroffenen durch Vorlage von zwei solchen Belegstücken unterlegt. Die insoweit bemusterten Sendungen entsprechen dem Kriterium der Inhaltsgleichheit. Außerdem legten die Betroffenen ein Schreiben an den [REDACTED] vom 07.04.2011 vor, in welchem dieser aufgefordert wurde, „zur Prüfung der Inhaltsgleichheit der Sendung zukünftig ein Belegstück (Muster Ihres Schreibens) (...) beizufügen.“ Diese Bitte wurde mit Schreiben vom 14.04.2011 auch an einen weiteren Kunden, [REDACTED] herangetragen. Dies mag als Indiz dafür gelten, dass zuvor auf diese Anforderung zur Prüfung der Inhaltsgleichheit verzichtet wur-

de. Aus einer internen Email der Betroffenen zu 1. vom 27.04.2011 geht auch hervor, dass eine Einlieferung dieses Kunden mangels Inhaltsgleichheit nicht als Infopost abzurechnen sei.

Mit einer weiteren Email, die jedoch schon aus dem Jahr 2008 stammt, wird nachgewiesen, dass die Betroffene zu 1. preislich zwischen „normalen“ Sendungen und „Massenpost“ unterscheidet. Das hierin jedoch als Einlieferungsbedingung für die Gewährung des günstigeren Entgelts die Inhaltsgleichheit gefordert wird, ist der Email nicht zu entnehmen.

Der im Rahmen der öffentlichen mündlichen Anhörung und telefonisch am 25.05.2011 erneut geforderte Nachweis durch Vorlage entsprechender Vertragsbedingungen oder AGB wurde nicht geführt. Nach Auskunft der Betroffenen mit Schreiben vom 26.05.2011 konnte kein an Kunden ausgehändigtes Informationsmaterial zur Infopost gefunden werden, dass die Einlieferungsbedingungen beschreibt.

Inbesondere sind die Nachweise, die zwar nahelegen, dass die Inhaltsgleichheit bezüglich der eingelieferten Sendungen gefordert und geprüft wird, nicht geeignet, die weiteren seitens der Betroffenen zu 2. geforderten Einlieferungsbedingungen für Infopost-Sendungen, die die niedrigeren Entgelte rechtfertigen, zu belegen.

Es wird z. B. nichts zu den zeitlich verlängerten Zustellzielen für diese Sendungen, den Sendungsmengen und den erforderlichen Graden der Vorsortierung sowie sonstige für die Erreichung der Infopostbedingungen erforderliche Vorgaben ausgeführt. Allein die Einhaltung der Inhaltsgleichheit genügt diesen Bedingungen jedoch nicht, da hierin noch keine Kostenersparnis für die Betroffenen liegt, die geeignet ist, deutliche Entgeltvergünstigungen zu rechtfertigen.

Dies hat zur Folge, dass Entgelte, die unterhalb der unter Punkt 3. tenorierten Schwelle liegen, nur dann gewährt werden dürfen, wenn – wie dies seitens der Betroffenen im Rahmen der mündlichen Verhandlung vorgetragen wurde – die Infopostbedingungen der Betroffenen zu 2. gefordert und eingehalten werden. Ansonsten liegt in der Gewährung vergünstigter Entgelte eine Ungleichbehandlung gleichartiger Nachfrager vor, § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG.

Die vorliegende Ungleichbehandlung gleichartiger Abnehmer, § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG, kann dadurch abgestellt werden, dass für Sendungen, die den Infopostbedingungen der Betroffenen zu 2. nicht entsprechen, keine günstigeren Entgelte gewährt werden, als die unter Punkt 3. tenorierten. Umgekehrt bedeutet das, dass für die Beförderung von Massensendungen /Massenpost zu Infopostbedingungen und –entgelten den Kunden vertraglich – auch mittels Allgemeiner Geschäftsbedingungen – die entsprechenden Beförderungs- und Einlieferungsbedingungen zugrunde gelegt werden.

Die Entgelte, die die Betroffene zu 1. für Massensendungen/Massenpost, die die Beförderungsbedingungen für Infopost der Betroffenen zu 2. erfüllen, verlangen kann, haben sich wiederum an den Entgeltmaßstäben des § 20 Abs. 2 PostG zu orientieren. Für sie gelten daher die Ausführungen unter Punkt C.4. entsprechend. Allerdings sind die Entgelte für Sendungen, die den Infopostbedingungen entsprechen, nicht Gegenstand dieses Verfahrens und daher ggf. in einem gesonderten Verfahren zu überprüfen.

c) Diskriminierung gegenüber externen Nachfragern

Die Beigeladene zu 1. hat mit Schreiben vom 20.05.2011 geltend gemacht, die Betroffene zu 1. diskriminiere sie als Nachfrager, da sie sich weigere, ihr die Konditionen bekannt zu geben und zu gewähren, die sie vergleichbaren Einlieferern wie [REDACTED] einräumt. Da ihr diese Einlieferungsbedingungen und –entgelte nicht gewährt würden, müsse sie die höheren Teilleistungsentgelte der Betroffenen zu 2. in Anspruch nehmen.

Diesem Vortrag immanent ist die Frage, ob die Betroffene zu 1., die sich wie festgestellt die Marktbeherrschung ihrer Konzernmutter zurechnen lassen muss, sich auch insoweit diskriminierungsfrei verhalten muss, als sie jeden vergleichbarem Nachfrager (innerhalb der vorhandenen Kapazitäten) vergleichbare Zugangskonditionen anbieten muss.

Prima facie spricht einiges dafür, dass das in § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG statuierte Diskriminierungsverbot in dieser Art und Weise auszulegen ist.

Ob vorliegend eine entsprechende Weigerung der Betroffenen zu 1. vorliegt und ob diese ggf. sachlich gerechtfertigt sein mag, lässt sich im vorliegenden Verfahren indes nicht mehr abschließend klären. In dem fortgeschrittenen Verfahrensstadium (Eingang des Vortrags der Beigeladenen zu 1. drei Wochen vor Ablauf der Entscheidungsfrist; Eingang der um die schützenswerten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bereinigten Fassung, mit der der Sachvortrag erst gegenüber den Betroffenen zugänglich gemacht werden konnte, am 25.05.2011) nach Abschluss der öffentlichen mündlichen Anhörung konnte dieser Sachvortrag bei der Beschlussfassung nicht mehr berücksichtigt werden, da auch die Betroffenen nicht mehr angemessen reagieren konnten (rechtliches Gehör).

Sollte es jedoch notwendig werden, kann dieser Sachverhalt im Rahmen eines weiteren Verfahrens ggf. Berücksichtigung finden.

6. Kein Nachweis eines sachlichen Rechtfertigungsgrundes

Der durch die Dienstleistungsangebote der Betroffenen zu 1. erfüllte Verstoß gegen die Entgeltmaßstäbe des § 20 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 PostG ist weder durch eine rechtliche Verpflichtung der Betroffenen noch in sonstiger Weise sachlich gerechtfertigt.

Die Entgeltforderung der Betroffenen zu 1. ist unter Abwägung der Interessen der Beteiligten und unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des Postgesetzes nicht gerechtfertigt.

Die Betroffenen haben vorgetragen, aus **Gründen der Konkurrenzfähigkeit** zu den beanstandeten Angeboten gezwungen zu sein. Die Anpassung an niedrigere Preise von Wettbewerbern kann jedoch nicht als sachlich gerechtfertigter Grund anerkannt werden. Dies folgt unmittelbar aus der Systematik der postrechtlichen Entgeltregulierungsvorschriften, welche eine Kopplung an die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung verlangt und zudem wettbewerbsbeeinträchtigende Abschläge als unzulässig einstuft.

Wäre dem regulierten Unternehmen eine derartige Preisunterbietungsstrategie grundsätzlich gestattet, hätte es jederzeit die Möglichkeit, über Abschläge effiziente Wettbewerber aus dem Markt zu verdrängen und damit seine angestammte Marktposition zu sichern. Eine solche Konsequenz widerspräche aber auch dem Zweck des Gesetzes, die Schaffung eines chancengleichen Wettbewerbs zu ermöglichen.

Um eine solche vom Postgesetz intendierte Marktentwicklung zu ermöglichen, müssen den in den Markt eintretenden Anbietern von Postdienstleistungen alle Möglichkeiten des Leistungswettbewerbs zur Verfügung stehen, um sich gegenüber dem marktbeherrschenden Unternehmen behaupten zu können. Hierzu zählt auch das Setzen niedrigerer Preise durch den alternativen Wettbewerber.

Ein Verhalten des Marktbeherrschers dergestalt, auf niedrigere Entgelte der Wettbewerber seinerseits mit kostenunterdeckenden Entgelten zu reagieren, hätte möglicherweise einen ruinösen Preiskampf zur Folge. Eine solche Marktentwicklung widerspräche den Interessen der Nutzer, die sich auf günstige Entgelte als Folge effizienter Produktionsstrukturen richten.

Der Vortrag der Betroffenen, die Kostenunterdeckung der seitens der Betroffenen zu 1. verlangten Entgelte sei in der **Markteintrittsphase als sog. Anlaufverlust** tolerierbar und bewirke damit eine sachliche Rechtfertigung des Preisabschlags, verfängt nicht.

Zunächst bietet die Betroffene zu 1. die streitbefangenen Dienstleistungen schon seit vielen Jahren an. Es liegt hier auch kein Fall des sog. „penetration pricing“, sondern vielmehr ein Fall des missbräuchlichen „predatory pricing“ vor.

Die Markteinführungsphase, die ggf. kostenunterdeckende Einführungspreise erlaubt, ist durch eine hohe Wettbewerbsintensität gekennzeichnet. Nach dieser Vorstellung befinden sich zunächst alle miteinander konkurrierenden Unternehmen in der Anfangsphase, wobei keines eine marktbeherrschende Stellung besitzt. Sobald jedoch eines dieser Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung erlangt hat und durch eine in der Wettbewerbstheorie als „predatory pricing“ bezeichnete Kampfpreisstrategie versucht, seine Marktstellung auszubauen bzw. zu zementieren, wäre damit der Tatbestand des Behinderungsmissbrauchs i. S. d. 32 Abs. 1 PostG erfüllt (vgl. hierzu auch §§ 19 Abs. 4, 20 Abs. 2 GWB).

Eine Markteinführungsphase ist nicht gegeben. Es handelt sich weder um einen sachlich oder geographisch neuen Markt noch um einen neuen Anbieter von Postdienstleistungen, welcher sich auf einem bereits etablierten Markt zu betätigen sucht. Dass es sich nicht um einen neuen Markt handelt, lässt sich daraus ableiten, dass die hier in Rede stehenden Beförderungsleistungen, wie aus der Marktabgrenzung hervorgeht (siehe oben Punkt C. 3.), dem Standardbriefbeförderungsmarkt zuzurechnen sind. Leistungsbestandteile bzw. -elemente, die eine hiervon abweichende Einschätzung und Abgrenzung eines neuen Marktes bzw. Marktsegmentes rechtfertigen würden, sind nicht erkennbar. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Leistungen der Betroffenen zu 1. mit den Standardleistungen der Betroffenen zu 2. aus Sicht der Kunden austauschbar sind. Die Existenz eines neuen Marktes ist zu verneinen. Folglich kann sich die Betroffene zu 1. bei ihrem Marktauftritt, soweit es ihr Preisverhalten anbetrifft, nicht auf eine Markteinführungsstrategie berufen.

Ebenso wenig kann die Betroffene zu 1. darauf verweisen, dass sie erst in Begriff ist, ihre **Zustellorganisation aufzubauen** und durch temporäre Preisunterbietungen versucht, den etablierten Markt zu durchdringen. Soweit hierdurch Anschubverluste entstehen, sei dies nur dem Umstand zu schulden, dass sie sich in der Markteinführungsphase befände. Die Betroffene zu 1. ist ausweislich der Lizenzurkunde 01/1390 seit dem 10.01.2002 auf dem Markt für Zustelldienstleistungen tätig. Seit der Übernahme durch die Betroffene zu 2. im Jahr 2004 wird die Zustellorganisation weiter ausgebaut.

Da aber ausweislich der Unterlagen die Anschubverluste auf lange Sicht nicht durch Erlöse kompensiert werden können (vgl. Punkt C.4.) und der Verlustausgleich nur durch den Mutterkonzern erfolgen kann, liegt eben keine auf kaufmännisch vernünftigen Erwägung beruhende Geschäftsstrategie des Leistungswettbewerbs vor. Es handelt sich vielmehr um Kampfpreise

und somit um einen in der Kartellrechtsprechung dem Behinderungsmissbrauch zuzuordnenden Sachverhalt.

Der Europäische Gerichtshof hat mit den Urteilen vom 3. Juli 1991, AKZO/Kommission (C-62/86, Slg. 1991, I-3359), und vom 14. November 1996, Tetra Pak/Kommission (C-333/94 P, Slg. 1996, I-5951) festgestellt, *„dass zum einen bei Preisen, die unter den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, vermutet werden kann, dass es sich um Verdrängungspreise handelt, und dass zum anderen Preise, die unter den durchschnittlichen Gesamtkosten, aber über den durchschnittlichen variablen Kosten liegen, als missbräuchlich anzusehen sind, wenn sie im Rahmen eines Plans festgelegt wurden, der die Ausschaltung eines Mitbewerbers bezweckt.“*

Einem Unternehmen in beherrschender Stellung ist es daher verboten, einen Mitbewerber zu verdrängen und auf diese Weise die eigene Stellung zu stärken, indem es zu anderen Mitteln als denjenigen eines Leistungswettbewerbs greift. Unter diesem Gesichtspunkt kann nicht jeder Preiswettbewerb als zulässig angesehen werden (Urteil AKZO/Kommission a. a. O., Rn 70).

Ein Unternehmen nutzt seine beherrschende Stellung insbesondere dann missbräuchlich aus, wenn es auf einem Markt, dessen Wettbewerbsstruktur gerade wegen seiner Anwesenheit bereits geschwächt ist, eine Preispolitik durchführt, mit der kein anderes wirtschaftliches Ziel verfolgt wird als das, seine Mitbewerber auszuschalten, um anschließend davon zu profitieren, dass sich das Maß des noch auf dem Markt herrschenden Wettbewerbs verringert hat.

Nach dem zuvor beschriebenen Wettbewerbsverhalten liegt bei nicht nur vorübergehender Kostenunterdeckung eben keine Markteintrittsbepreisung vor, sondern ein Behinderungsmissbrauch mit dem Ziel, Wettbewerber zu verdrängen. Diese Auffassung zur Reichweite des „predatory pricing“ wird auch gestützt durch die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 02.04.2009 in dem Verfahren Kommission / France Telecom (Rs. C-202/07). Der Behinderungsmissbrauch wurde von der Europäischen Kommission darin gesehen, dass die France Telecom ihre marktbeherrschende Stellung dadurch ausgenutzt habe, dass sie ihren Anschlusskunden durch ein Tochterunternehmen (Wanadoo) Internetleistungen zu kostenunterdeckenden Preisen angeboten hatte. Der Tatbestand des Behinderungsmissbrauchs wurde deshalb angenommen, weil – wie auch vorliegend – eine langfristige Kompensation der entstandenen Verluste nicht erkennbar war.

7. Rechtsfolge

Bei Feststellung eines Verstoßes gegen die Maßstäbe des § 20 Abs. 2 PostG (Tenor zu 1., 5.) sieht die in § 25 Abs. 2 aufgezeigte Rechtsfolge vor, dass die Regulierungsbehörde das betroffene Unternehmen auffordert, die Entgelte unverzüglich den genannten Maßstäben anzupas-

sen. Die in § 25 PostG aufgezeigten Rechtsfolgen sind in einem zweistufigen Beanstandungsverfahren niedergelegt, das zwingend die Anpassungsaufforderung i. S. d. § 25 Abs. 2 PostG (Tenor zu 2., 6.) vor die Untersagungsverfügung und Unwirksamkeitserklärung i. S. d. § 25 Abs. 3 PostG stellt. Der zweite Schritt sieht die Nichtumsetzung der Anpassungsaufforderung vor. Dies verdeutlicht, dass die Beanstandung durch die Regulierungsbehörde so konkretisiert sein muss, dass das betroffene Unternehmen den beanstandeten Missbrauch in einer Weise abstellen kann, dass die Einleitung des zweiten Schrittes durch die Regulierungsbehörde vermieden werden kann (Tenor zu 3. und 4.).

a) Anpassung an Maßstäbe des § 20 Abs. 2 PostG

Für die inhaltliche Ausgestaltung der Anpassungsaufforderung bedeutet das aufgrund der abstrakten Formulierung der Maßstäbe in § 20 Abs. 2 PostG, dass zwar kein konkretes Entgelt durch die Regulierungsbehörde vorgeschrieben werden kann. Jedoch ist das betroffene Unternehmen aufzufordern, das (nicht genehmigungsbedürftige) Entgelt in der Weise anzupassen, dass ein bestimmter Preis nicht unterschritten werden darf (bei Vorliegen eines Behinderungsmissbrauchs i. S. d. § 20 Abs. 2 Nr. 2 PostG) bzw. dass eine festgestellte Ungleichbehandlung i. S. d. § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG abzustellen ist, vgl. Beck'scher PostG Kommentar, Lübbig, 2. Aufl., § 24 Rn. 44, § 25 Rn. 17.

Die bloße Aufforderung an das betroffene Unternehmen, das Abschlagsverbot zu beachten, ohne eine konkrete, nicht zu unterschreitende Abschlagsschwelle vorzugeben, würde dazu führen, das Unternehmen der Gefahr auszusetzen, sich nach Ablauf der Anpassungsfrist in der zweiten Phase wiederzufinden.

Für die Aufforderung zur Beseitigung einer missbräuchlichen Diskriminierung i. S. d. § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG bedeutet das grundsätzlich, dass das betroffene Unternehmen lediglich dazu aufgefordert werden kann, einen diskriminierungsfreien Zustand herzustellen. Jedoch kann seitens der Regulierungsbehörde nicht vorgegeben werden, welcher der verglichenen Zustände der anzuwendende Maßstab ist, vgl. Beck'scher PostG Kommentar, Lübbig, 2. Aufl., § 24 Rn. 45. Der herzustellende Zustand darf jedoch nicht gegen das Verbot missbräuchlicher Auf- bzw. Abschläge verstoßen.

Die Anpassungsaufforderung hat das Ziel, möglichst schnell für Rechtssicherheit aller Beteiligten zu sorgen. Dies kann nur erreicht werden, indem der Anpassungsmaßstab und damit der Maßstab zur Vermeidung einer Rechtsfolge auf der zweiten Stufe i. S. d. § 25 Abs. 3 PostG dem betroffenen Unternehmen erkennbar ist und ohne mit irgendwelchen Unsicherheiten verbundene Auslegung eingehalten werden kann, vgl. Beck'scher PostG Komm., Lübbig, 2. Aufl., § 24 Rn 45 f.

Vorliegend war daher festzustellen, bei welcher konkreten Entgelthöhe die Abschlagsschwelle liegt. Ein Unterschreiten dieser Schwelle würde zu einem Verstoß gegen die Anpassungsaufforderung führen. Bei der Festlegung von Entgelten oberhalb dieser konkreten Entgelthöhe ist die Betroffene zu 1. unter Berücksichtigung des Verbots, missbräuchliche Aufschläge zu verlangen oder vergleichbare Kunden(-gruppen) zu diskriminieren, grundsätzlich in ihrer unternehmerischen Freiheit nicht beschränkt.

Die Abschlagsschwelle liegt gemäß den unter Punkt C. 4. getroffenen Feststellungen bei den unter Punkt 3. tenorierten Entgelthöhen.

Ein Unterschreiten dieser Schwelle verletzt demnach die Entgeltmaßstäbe des § 20 Abs. 2 PostG und ist von den Betroffenen abzustellen. In diesem Zusammenhang ist es der Betroffenen zu 1. freigestellt, sich den Angebotsstrukturen der Betroffenen zu 2. für die Teilleistungsentgelte BZE anzugleichen, insbesondere hinsichtlich der zugrunde gelegten Sendungsgewichte und -formate.

Die Entgelte entsprechen den Maßstäben des § 20 Abs. 2 PostG bei Einhaltung folgender Voraussetzungen:

- a. Soweit die Betroffene zu 1. im Rahmen der Anpassung der Entgelte die gegenwärtige Angebotsstruktur der Betroffenen zu 2. nach Maßen und Gewichten übernimmt, entsprechen die Entgelte den Maßstäben des § 20 Abs. 2 PostG dann, wenn die Teilleistungsentgelte BZE der Betroffenen zu 2. nicht unterschritten werden. Die Teilleistungsentgelte belaufen sich gegenwärtig auf:

a) Standardbrief	(bis 20 g)	0,341 €
b) Kompaktbrief	(bis 50 g)	0,558 €
c) Großbrief	(bis 500 g)	0,899 €
d) Maxibrief	(bis 1.000 g)	1,364 €

- b. Soweit die Betroffene zu 1. nach Maßen und Gewichten an ihrer bisherigen Angebotsstruktur festhalten will, dürfen bei der Entgeltanpassung folgende Entgelthöhen nicht unterschritten werden:

a) C6 (vergleichbar Standard- und Kompaktbrief):	0,361 €
b) C5 (vergleichbar Großbrief):	0,899 €
c) C4 (vergleichbar Maxibrief):	1,364 €

Im Rahmen der **Bestimmung der für die Beförderungsentgelte der Betroffenen zu 1. maßgebenden Abschlagsschwelle** wurden unter Zugrundelegung des Entgeltmaßstabes der KEL gemäß § 3 Abs. 2 PEntgV folgende Annahmen bezüglich der Sendungsmengen sowie deren Entwicklung getroffen:

Für die Bestimmung der Abschlagsschwelle war kalkulatorisch der Zeitraum vom 01.07.2011 bis einschließlich 31.12.2012 als Planungszeitraum zugrunde zu legen. Diese Projektion ist sachgerecht, da es einerseits ein relativ kurzer Zeitraum ist, andererseits während dieses Zeitraums nicht mit erheblichen Kostenänderungen zu rechnen ist.

Aufgrund der Berechnungen der Beschlusskammer lässt sich belegen, dass selbst bei der für die Betroffenen zu 1. günstigsten Fallkonstellation derzeit die für die Abschlagsprüfung maßgebende Abschlagsschwelle unterschritten wird.

Zugunsten der Betroffenen zu 1. wurden keine Kostensteigerungen bei Personal- und Sachkosten unterstellt. Des Weiteren wird zugunsten der Betroffenen zu 1. angenommen, dass die für das Jahr 2011 für die Standorte Düsseldorf, Ruhrgebiet und Berlin angesetzten Sendungsmengen befördert werden. Entgegen den Äußerungen der Betroffenen zu 2. in den Medien wird daher für 2011 noch für die Folgejahre ein Sendungsmengentrückgang angenommen.

Zur Bestimmung der Wertschöpfungskosten für den o. g. Kalkulationszeitraum wurden für die drei Standorte Düsseldorf, Ruhrgebiet und Berlin, basierend auf den Annahmen zu den Sendungsmengen, zunächst standortbezogen die jeweiligen Gesamtkosten bestimmt und im nächsten Schritt aufsummiert.

Hinsichtlich des Zuschlages für die Gemeinkosten der Betroffenen zu 1. hat die Beschlusskammer zu ihren Gunsten unterstellt, dass nicht der für 2010 angesetzte Zuschlagssatz i. H. v. [REDACTED] zur Anwendung kommt, sondern lediglich der für das Jahr 2011. Der für das Jahr 2011 in Ansatz gebrachte Zuschlagssatz wird bezogen auf die Wertschöpfungskosten und beläuft sich auf [REDACTED]. Dieser errechnet sich, indem die für 2011 für die Betroffenen zu 1. angesetzten Gemeinkosten i. H. v. [REDACTED] dividiert werden durch die für 2011 ausgewiesenen Wertschöpfungskosten einschließlich der Kosten für den Ausbildungsbetrieb i. H. v. [REDACTED] (Kostensumme ausweislich der Kalkulationsdaten der Betroffenen zu 2., Stand: 27.05.2011).

Daneben wurden Gemeinkosten der Betroffenen zu 2. einbezogen. Hierbei handelt es sich um Kosten für Leitung und Service „CC/ CS DP DHL“. Diese Gemeinkostenposition, welche von der Betroffenen letztmalig im Rahmen des Entgeltgenehmigungsverfahrens (BK5b-08/068) in der Kalkulation für den Adresszugang in Ansatz gebracht wurde, beinhaltet Aufwendungen für generelle Administrationstätigkeiten. Zu Gunsten der Betroffenen wurde nicht der ansonsten einheitlich angewandte Zuschlag von [REDACTED] bezogen auf die Wertschöpfungskosten, sondern lediglich ein Zuschlag von [REDACTED] in Ansatz gebracht.

Gemäß § 3 PEntgV wird auf die Gesamtkosten der Leistungsbereitstellung ein angemessener Gewinnzuschlag i. H. v. 8,5 % angesetzt. Dieser wurde von der Betroffenen zu 1. auf der Grundlage der WACC-Berechnungsmethode ermittelt, wobei gemäß „Capital Asset Pricing Model“ die unternehmensspezifischen Risikofaktoren berücksichtigt worden sind (Geschäftsbericht Deutsche Post DHL, Seite 32). Der so ermittelte Satz wurde von der Betroffenen zu 1. für alle Unternehmensbereiche einheitlich bestimmt.

Die von der Betroffenen zu 1. in ihrer Kostenkalkulation angegebenen Wertschöpfungskosten für die Dienstleistungen C6, C5 und C4 wurden sodann mit den Gemeinkosten für FM i. H. v. [REDACTED], den Gemeinkosten der Betroffenen zu 2. für Leitung und Service i. H. v. [REDACTED] und mit einem kalkulatorischen Gewinn i. H. v. [REDACTED] beaufschlagt.

Bei Anwendung dieser Zuschläge ergeben sich für die drei Standorte folgende formatabhängige Stückkosten:

BuGG

Produkt	C6	C5	C4
Stückkosten (gewichtet, Menge)	[REDACTED]	[REDACTED]	[REDACTED]

Tabelle1 Stückkosten

Die durchschnittlichen Stückkosten der Betroffenen zu 1. für die Dienstleistungen C6, C5 und C4 liegen regelmäßig über dem Durchschnittsentgelt BZE.

Zur Bestimmung der Abschlagsschwelle wurden die Kosten der Betroffenen zu 1. mit denen der als Referenz herangezogenen BZE-Entgelte vergleichbar gemacht. Erst dieser Rechenschritt erlaubt einen Rückschluss, ob und inwieweit die Entgelte der Betroffenen zu 1. diese Referenzgröße unterschreiten. Bei Gegenüberstellung der Kosten der Betroffenen zu 1. und der äquivalenten BZE-Entgelte zeigt sich, dass diese regelmäßig überschritten werden.

Da die Angebote der Betroffenen zu 1. hinsichtlich der Gewichte und Formate gegenüber denen der Betroffenen zu 2. anders zusammengesetzt sind, wird aus Gründen der Vergleichbarkeit angenommen, dass die Verhältnisse der Sendungsvolumina mit Blick auf Gewichts- und Formatsstruktur der beförderten Briefsendungen identisch sind. Das im BZE-Bereich für die Leitregionen im Gebiet Nordrhein-Westfalen und Berlin festgestellte Verhältnis der Sendungen der Formate Standard, Kompakt, Groß und Maxi der Betroffenen zu 2. zueinander kann auf die Angebotsstruktur der Betroffenen zu 1. übertragen werden.

Für den BZE-Bereich ergibt sich folgendes Verhältnis hinsichtlich der eingelieferten Sendungen:

BUGG

Format	Anteil	BZE-Entgelt
SBf BZE		
KBf BZE		
GBf BZE		
MBf BZE		

Tabelle 2 Sendungsmengenstruktur BZE

Werden die Teilleistungsentgelte mit den Anteilen gemäß Tabelle 2 gewichtet und anschließend den Formaten C6, C5 und C4 zugeordnet, ergibt sich basierend auf den BZE-Mengen folgender formatabhängiger Referenzwert für C6 – C4.:

BuGG

Format	Anteil	BZE-Entgelt	Durchschnittswert
SBf BZE			
KBf BZE			
GBf BZE			
MBf BZE			

Tabelle 3 Ermittlung des durchschnittlichen BZE-Entgeltniveaus

Das Durchschnittsentgelt von C6 - C4 liegt bei [REDACTED].

Gewichtet man stattdessen die formatabhängigen Sendungsmengen mit den Entgelten der Betroffenen zu 1. ergibt sich ein Durchschnittsentgelt für die Beförderung der Formate C6 bis C4 von [REDACTED]. Die Differenz zeigt, dass die Betroffene zu 1. diese Leistungen deutlich unter den Durchschnittsentgelten BZE der Betroffenen zu 2. von [REDACTED] anbietet.

Würden dagegen die Anteile für Standardbrief (SBf)- und Kompaktbrief (KBf)-BZE-Sendungsmengen als Äquivalente dem C6-Format zugeordnet, läge die Abschlagsschwelle für C6-Leistungen bei einem Entgelt i. H. v. [REDACTED].

BuGG

Format	Anteil	BZE-Entgelt	Durchschnittswert
SBf BZE			
KBf BZE			

Tabelle 4 Ermittlung des durchschnittlichen BZE-Entgeltniveaus SBf / KBf

Im Hinblick darauf, dass der kalkulierte Wert für die C6 bis C4-Produkte ausweislich Tabelle 1 in jedem Fall über den äquivalenten Werten gemäß Tabelle 3 bzw. gemäß Tabelle 4 liegt, überschreiten die Kosten der Betroffenen zu 1. in beiden Szenarien die als Referenz herangezogenen äquivalenten Teilleistungsentgelte BZE, die sich aufgrund des Verhältnisses der BZE-Sendungsmengen in den Briefzentren NRW und Berlin in 2010 ergeben.

Im Rahmen der Kostenkalkulation für die Produkte C6 bis C4 sind zudem folgende Verluste aus den vorangegangenen Jahren zu berücksichtigen.

BuGG

	Jahresfehlbetrag:
2006	
2007	
2008	
2009	
2010	

Tabelle 5 Verluste der Betroffenen zu 1. aus Vorjahren

Bei einer rationalen Geschäftsstrategie sind die Entgelte so zu bemessen, dass die in den vergangenen Jahren erzielten Jahresfehlbeträge i. H. v. [REDACTED] über künftige Erlöse gedeckt werden. Als Amortisationsdauer wird kalkulatorisch ein Zeitraum von 3 Jahren unterstellt. Mithin ist pro Jahr ein anteiliger Jahresfehlbetrag i. H. v. [REDACTED] über sämtliche Produkte der Betroffenen zu 1. abzugelten.

Im Hinblick darauf, dass [REDACTED] der gesamten Wertschöpfungskosten auf das Segment „Briefbeförderung C6 – C4“ entfallen, hat dieses Segment auch zur Abgeltung der in den vergangenen Jahren entstandenen kumulierten Jahresfehlbeträge beizutragen. Unter der Annahme, dass die Jahresfehlbeträge innerhalb der nächsten 3 Jahre abzugelten sind, wäre – verteilt auf 3 Jahre – im Jahr ein auf die Produktgruppe C6 –C4 folgender jährlicher Kostenbetrag i. H. v. [REDACTED] in Ansatz zu bringen.

Die Verteilung auf einen Ausgleichszeitraum ist deshalb sachgerecht, weil ein nicht marktherrschendes Unternehmen unter Wettbewerbsbedingungen, das nach einem Zeitraum von

8 Jahren noch kein ausgeglichenes Ergebnis erwirtschaften konnte, nicht überlebensfähig wäre. Im Übrigen wird bei der Gründung eines Unternehmens stets das strategische Ziel verfolgt, mittelfristig einen „break even point“ zu erreichen. Dieser Zeitraum ist mit 8 Jahren großzügig bemessen.

Durch die Einbeziehung der Jahresfehlbeträge errechnen sich bei Beibehaltung der von der Betroffenen angegebenen Sendungsmengen folgende Stückkosten:

BuGG

Produkt	C6	C5	C4
Stückkosten (gewichtet, Menge)			

Tabelle6 Stückkosten unter Berücksichtigung des Verlustvortrags

Würden indes die von der Betroffenen zu 2. (in anderen Sachzusammenhängen) prognostizierten Sendungsmengenrückgänge für den Teilleistungsbereich berücksichtigt – vgl. Punkt C. 4. a) bb) (2) ii) –, ergäben sich Stückkosten der Betroffenen zu 1., welche noch deutlicher oberhalb der Abschlagsschwelle lägen. Für den Fall, dass der von der Betroffenen zu 2. erwartete Sendungsmengenrückgang nur für den Bereich „End-to-End“ gilt, nicht indes für den Bereich „Beförderung im Auftrag von Großkunden“, lägen die Stückkosten – auch bei Außerachtlassen des annualisierten Verlustausgleiches - über der anzusetzenden Abschlagsschwelle.

Bei diesem Szenario errechnen sich folgende Stückkosten:

BuGG

Produkt	C6	C5	C4
Stückkosten (gewichtet, Menge)			

Tabelle7 Stückkosten nach Sendungsmengenanpassung

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass bei sämtlichen Fallkonstellationen die formatabhängigen **Stückkosten** C6, C5 und C4 der Betroffenen zu 1. das durchschnittliche BZE-Entgeltniveau übersteigen.

Bei allen unterstellten Szenarien würden also die KEL-basierten Stückkosten der Betroffenen zu 1. deutlich über den als Referenz herangezogenen äquivalenten Teilleistungsentgelten BZE der Betroffenen zu 2. liegen. Würden diese Stückkosten zugrunde gelegt, müsste die Betroffene zu 1. ihre Entgelte erheblich erhöhen. Entgelte, die über den BZE-Entgelten der Betroffenen zu 2. liegen, entfalten aber keine wettbewerbsbeeinträchtigenden Auswirkungen im Sinne des § 20 Abs. 2 Nr. 2 PostG, so dass eine Anpassung der Entgelte der Betroffenen zu 1. an deren tat-

sächliche bzw. kalkulatorisch anzusetzende Kosten nicht verlangt werden kann. Deshalb sind - angesichts der Vergleichbarkeit der Leistungen der Betroffenen zu 1. mit den BZE-Leistungen der Betroffenen zu 2. - die BZE-Entgelte der Betroffenen zu 2. als Abschlagsschwelle heranzuziehen. Die derzeitigen Teilleistungsentgelte BZE der Betroffenen zu 2. verstoßen - wie die Beschlusskammer zuletzt mit Einstellungsverfügung vom 15.09.2010 im Verfahren BK5b-10/013 festgestellt hat - nicht gegen das Abschlagsverbot.

Daher gelten – für den Fall, dass die Betroffene zu 1. ihre Entgelte der gegenwärtigen Angebotsstruktur der Betroffenen zu 2. nach Maßen und Gewichten anpasst, die gegenwärtigen Teilleistungsentgelte BZE als nicht zu unterschreitende Abschlagsschwelle (**Tenor zu 3. a.**).

Soweit die Betroffene zu 1. nach Maßen und Gewichten an ihrer bisherigen Angebotsstruktur festhalten will (**Tenor zu 3. b.**), ergeben sich als Abschlagsschwelle folgende formatabhängige Entgelte, die nicht unterschritten werden dürfen:

C6 (vergleichbar Standard- und Kompaktbrief):	0,361 €
C5 (vergleichbar Großbrief):	0,899 €
C4 (vergleichbar Maxibrief):	1,364 €

Die dem Entgelt zugrunde liegende Leistung C6 entspricht nach Maßen und Gewicht dem Standard- und Kompaktbrief der Betroffenen zu 2. Um die Referenz für die Abschlagsschwelle zu bestimmen, wurde ein Durchschnittsentgelt aus den BZE-Entgelten für den „Standardbrief“ und „Kompaktbrief“ abgeleitet. Ausgangspunkt für die Durchschnittsbildung war das Verhältnis der BZE-Einlieferungsmengen für Nordrhein-Westfalen und Berlin (siehe Tabelle 3).

Die dem Entgelt C5 (bis 500 g) zugrunde liegende Leistung entspricht nach Maßen und Gewicht der Dienstleistung „Großbrief“ der Betroffenen zu 2. Folglich wird für die Dienstleistung C5 als Abschlagsschwelle das Referenzentgelt für die vergleichbare Dienstleistung Großbrief i. H. v. 0,899 € angesetzt.

Im Hinblick darauf, dass C4 (bis 1.000 g) nach Maßen und Gewicht der Dienstleistung „Maxibrief“ entspricht, wird für diese Dienstleistung als Referenz das Entgelt für den „Maxibrief“ i. H. v. 1,364 € in Ansatz gebracht.

Soweit die Betroffene zu 1. ihren Kunden Dienstleistungen anbietet, die über die Teilleistungen – wie sie auch von der Betroffenen zu 2. deren Teilleistungskunden angeboten werden – hinausgehen, z.B. für Abholung und postvorbereitende Dienstleistungen, so sind diese, den verursachten Kosten gemäß den festzulegenden Entgelten zu beaufschlagen, vgl. **Tenor zu 4.** Wie

unter Punkt C.4. dargelegt, bezieht sich das unter den Punkten 3. tenorierte Mindestentgelt lediglich auf die mit der BZE-Teilleistung der Betroffenen zu 2. vergleichbaren Dienstleistungen. Ein darüber hinaus gehendes Leistungsportfolio verursacht naturgemäß weitere Kosten, die nach dem Kostendeckungserfordernis von dem marktbeherrschenden Unternehmen durch das Entgelt ebenfalls zu erwirtschaften sind.

Bei der Herstellung eines diskriminierungsfreien Zustandes ist diese Abschlagsschwelle zu berücksichtigen. Eine Ungleichbehandlung der Kundengruppen ist zu vermeiden.

b) Unverzüglichkeit

§ 25 Abs. 2 PostG verlangt, dass festgestellte Verstöße gegen die Entgeltmaßstäbe des § 20 Abs. 2 PostG vom betroffenen Unternehmen unverzüglich abzustellen sind. Die Regulierungsbehörde hat das betroffene Unternehmen aufzufordern, die Entgelte unverzüglich den genannten Maßstäben anzupassen, **Tenor zu 2. und 6.**

§ 121 Abs. 1 BGB definiert Unverzüglichkeit als Handeln ohne schuldhaftes Zögern.

Dies bedeutet zum einen, dass den Betroffenen die Möglichkeit einzuräumen ist, sich Gedanken über die Höhe des zukünftig zu erhebenden Entgelts unter Berücksichtigung kaufmännischer Erwägungen zu machen. Zudem bedeutet es einen ggf. nicht unerheblichen administrativen Aufwand, den vorhandenen Kundenstamm über die neuen Entgelte zu informieren und die laufenden Verträge anzupassen.

Auf der anderen Seite gebieten die Interessen der beeinträchtigten Wettbewerber ein rasches Handeln. Denn durch die festgestellten missbräuchlichen Preisabschläge werden die Wettbewerbsmöglichkeiten alternativer Postdienstleister erheblich beeinträchtigt, sie im Extremfall einem Existenzrisiko ausgesetzt.

Die Beschlusskammer war daher gehalten, sich Gedanken darüber zu machen, nach Ablauf welchen Zeitraumes sie die Anpassungsaufforderung als nicht unverzüglich umgesetzt i. S. d. § 25 Abs. 3 PostG betrachtet und daher das Verfahren auf der zweiten Rechtsfolgenstufe (Unwirksamkeitserklärung der Entgelte) fortsetzt.

In die Erwägungen der Beschlusskammer zur zeitlichen Umsetzbarkeit fließt ein, dass die Betroffene zu 1. über einen überschaubaren Kundenkreis verfügt. Neben Großeinlieferern wie [REDACTED] dürfte sich lt. Auskunft der Betroffenen der Kundenstamm auf einige mittelgroße Einlieferer im Raum Düsseldorf beschränken. Da die Betroffene zu 1. keine Angebote für Privatkunden mit Sendungsvor-

lumina unter 50 Stück pro Einlieferungsvorgang unterbreitet, verfügt sie über kein Filialnetz. Dieser Umstand vereinfacht eine zügige Umsetzung der Anpassungsaufforderung.

Für die betroffenen Großeinlieferer [REDACTED] bedeutet die erforderliche Anhebung der Entgelte, eine Erhöhung der eigenen Kosten. Die [REDACTED] wird aufgrund kaufmännischer Erwägungen zu entscheiden haben, ob sie diese Kostenerhöhung an ihre Kunden weitergibt oder selbst trägt. Als nicht marktbeherrschendes Unternehmen ist sie in ihrer Entscheidung insoweit frei.

Für die [REDACTED], die sich ebenso wie die Betroffene zu 1. die marktbeherrschende Stellung der Muttergesellschaft aufgrund ihrer Zugehörigkeit zum Konzern Deutsche Post zurechnen lassen muss, führen die Erhöhungen der internen Verrechnungspreise jedoch dazu, dass auch sie – um eine Verletzung des Abschlagsverbotes in eigener Person zu vermeiden – die erforderlichen Entgelterhöhungen an ihre Kunden weitergeben müssen. Sollten die von ihr verlangten Entgelte, die neben dem Beförderungsentgelt die Kosten für die eigene Leistungserbringung zusätzlich beinhalten müssen, zukünftig kostenunterdeckend sein, wäre seitens der Beschlusskammer die Einleitung von Entgeltüberprüfungsverfahren auch gegen sie zu erwägen.

Unter Abwägung der aufgezählten Umstände hält die Beschlusskammer die tenorierte Umsetzungsfrist bis zum 31.08.2011 für ausreichend aber auch erforderlich, um den Interessen aller beteiligten Parteien gerecht zu werden und das Verfahren nicht auf der zweiten Rechtsfolgenstufe fortsetzen zu müssen.

In diesem Zusammenhang sind der Beschlusskammer die erfolgten Anpassungen nachzuweisen (**Tenor zu 9.**). Dass der Zeitpunkt für den Nachweis der Anpassung den Umsetzungszeitraum geringfügig überschreitet, folgt daraus, dass den Betroffenen noch eine kurze Frist zur internen Koordinierung der Meldung und zur Sammlung der erforderlichen Unterlagen zu gewähren ist.

D. Verstoß der Betroffenen zu 2. gegen §§ 25 i. V. m. 20 Abs. 2 PostG
(Diskriminierungsverbot, Preisspaltung)

Die Betroffene zu 2. verstößt gegen den Maßstab des § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG, indem sie über die Betroffene zu 1. gleichartigen Abnehmern günstigere Entgelte für vergleichbare Leistungen gewährt. Die sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung wird durch die Konzernmutter begangen, indem sie durch eine Preisspaltung innerhalb des Konzerns einzelne Nachfrager (die

Kunden der Betroffenen zu 1.) gegenüber vergleichbaren Nachfragern (ihren Teilleistungskunden) günstigere Entgelte für vergleichbare Leistungen einräumt.

Das Verhalten begründet gleichfalls den Vorwurf missbräuchlicher Ausnutzung einer marktherrschenden Stellung i. S. d. §§ 32 Abs. 1 PostG. Durch die Ungleichbehandlung der Nachfrager wird vorliegend zugleich leistungsfremder Wettbewerbsdruck auf die 2 größten Wettbewerber mit eigenem Zustellnetz aufgebaut, indem gerade in den Gebieten, die von diesen Wettbewerbern bedient werden, Nachfragern gleichartiger Dienstleistungen günstigere (kostenunterdeckende) Entgeltkonditionen eingeräumt werden. Die unzulässige Preisgestaltung und Preisspaltung entfaltet auf diese Weise eine wettbewerbswidrige Sogwirkung.

Der materiell-rechtlich erfüllte Tatbestand tritt vorliegend nur aus Gründen der Subsidiarität gegenüber dem spezialrechtlichen Regelungen zur Entgeltkontrolle zurück.

1. Vorliegen von nicht genehmigungsbedürftigen Entgelten

Die Betroffene zu 2. muss sich als Konzernmutter und weisungsbefugtes Unternehmen gegenüber der Betroffenen zu 1. deren Entgelte zurechnen lassen. Insofern gelten die unter Punkt C.1. getroffenen Ausführungen bezüglich des Vorliegens nicht genehmigungsbedürftiger streitgegenständlicher Entgelte auch für die Betroffene zu 2. Denn vorliegend geht es um die Prüfung, ob die Betroffene zu 2. ihre Kunden dadurch diskriminiert, dass sie durch die regionale Gewährung abweichender Entgelte durch Einschaltung eines Tochterunternehmens (der Betroffenen zu 1.) eine sachlich ungerechtfertigte Begünstigung von deren Kunden ermöglicht.

Die insoweit in Bezug genommenen Entgelte bzw. Postdienstleistungen der Betroffenen zu 2. - Teilleistungssendungen BZE - unterliegen aufgrund des Umstandes, dass sie als lizenzpflichtige Postdienstleistungen Mindesteinlieferungsmengen von 250 Sendungen vorsehen, seit dem 01.01.2008 ebenfalls der nachträglichen Entgeltkontrolle nach §§ 19, 5 Abs. 1, 25 PostG, vgl. Beschluss BK5b-07/068 vom 07.11.2007, dort Seite 8 f, und sind nicht vorab genehmigungsbedürftig.

2. Verlangen der Entgelte auf einem Markt für Postdienstleistungen

Sowohl die Entgelte der Betroffenen zu 1. (vgl. Punkt C. 2.) als auch die Teilleistungsentgelte der Betroffenen zu 2. werden auf einem Markt für Postdienstleistungen verlangt.

3. Marktbeherrschung der Betroffenen zu 2.

Die Betroffene zu 2. verfügt über die im Rahmen dieser Prüfung erforderliche marktbeherrschende Stellung. Insoweit kann auf die unter Punkt C.3. getätigten Ausführungen verwiesen werden.

4. Verstoß gegen Diskriminierungsverbot, § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG

Nach § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG dürfen die genehmigungsbedürftigen Entgelte einzelnen Nachfragern keine Vorteile gegenüber anderen Nachfragern gleichartiger Postdienstleistungen einräumen, es sei denn, dass hierfür von den Betroffenen eine rechtliche Verpflichtung oder ein sonstiger sachlich gerechtfertigter Grund nachgewiesen wird.

Vorliegend werden Abnehmer von regionalen Zustelleistungen, welche die Betroffene zu 1. erbringt, gegenüber anderen Absendern von BZE-Leistungen der Betroffenen zu 2. begünstigt. Die Entgelte der Betroffenen zu 1. unterschreiten betragsmäßig die Teilleistungsentgelte, die die Betroffene zu 2. für die Inanspruchnahme des BZE-Zugangs verlangt.

Ausweislich der Teilleistungsverträge BZE werden Entgelte pro eingelieferter Sendung für Standardbriefsendungen i. H. v. 0,341 €, für Kompaktbriefe i. H. v. 0,558 €, für Großbriefe i. H. v. 0,899 € und für Maxibriefe i. H. v. 1,364 € erhoben.

Diese Entgelte werden von den Entgelten der Betroffenen zu 1. in den verschiedenen Entgeltvarianten unterschritten. Auch die vermeintlich über den Teilleistungsentgelten der Betroffenen zu 2. liegenden Entgelte für Standardbriefe unterschreiten nach Umrechnung auf vergleichbare Gewichts- und Größenparameter diese Entgelte.

Für die Leistung C6 verlangt die Betroffene zu 1. ein Entgelt i. H. v. [REDACTED] von ihren Großkunden. Demgegenüber beläuft sich nach Umrechnung auf vergleichbare Gewichts- und Größenparameter das SBf-/KBf-Durchschnittsentgelt für die Teilleistung BZE auf [REDACTED].

Die dem Entgelt zugrunde liegende Leistung C6 entspricht nach Maßen und Gewicht dem Standard- und Kompaktbrief der Betroffenen zu 2. Um eine Vergleichbarkeit herzustellen, wurde ein Durchschnittsentgelt aus den BZE-Entgelten für den „Standardbrief“ und „Kompaktbrief“ abgeleitet. Ausgangspunkt für die Durchschnittsbildung ist hierbei das Verhältnis der BZE-Einlieferungsmengen für Nordrhein-Westfalen und Berlin für den Standard- und Kompaktbrief (siehe Tabelle4).

Werden die BZE-Teilleistungsmengen mit den Sendungsmengen SBf und KBf gewichtet, errechnet sich ein Durchschnittsentgelt i. H. v. [REDACTED] und liegt damit über dem für die Dienstleistung C6 verlangten Entgelt i. H. v. [REDACTED].

Bei Betrachtung der Gesamtheit der von der Betroffenen zu 1. angebotenen Dienstleistungen C6 bis C4 zeigt sich ebenfalls, dass sie nach Umrechnung der Gewichts- und Größenparameter das durchschnittliche BZE-Entgelt unterschreiten.

Werden die Teilleistungsentgelte mit den Anteilen gemäß Tabelle 3 gewichtet, ergibt sich auf der Grundlage der BZE-Mengen ein Durchschnittsentgelt i. H. v. [REDACTED]:

Werden dagegen die BZE-Sendungsmengen mit den nach Umrechnung der Gewichts- und Größenparameter den Entgelten C6, C5 und C4 zugeordnet, errechnet sich ein Durchschnittsentgelt i. H. v. [REDACTED].

Dieses Durchschnittsentgelt liegt somit deutlich unter den gewichteten Teilleistungsentgelten BZE.

Die unterschiedliche Preisgestaltung der Produkte C6, C5 und C4 der Betroffenen zu 1. einerseits und der BZE-Teilleistungsangebote andererseits lassen sich weder mit den Unterschieden hinsichtlich des Leistungsumfanges noch mit den Abweichungen bei den Einlieferungsmodalitäten begründen; sie stellen daher gleichartige Postdienstleistungen i. S. d. § 20 Abs. 2 Nr.3 PostG dar.

Der geringere Leistungsumfang bei der Nutzung der Teilleistungsprodukte der Betroffenen zu 2. (Abholung, nachträgliche Rechnungsstellung) gegenüber den Angeboten der Betroffenen zu 1. rechtfertigt kein niedrigeres, angesichts der umfassenderen Wertschöpfung der Betroffenen zu 1. allenfalls ein höheres Entgelt. Während Kunden nach den derzeit für die Teilleistungen geltenden AGB der Betroffenen zu 2. ihre Sendungen teilleistungsfähig, d. h. auf Leitregionen vorsortiert und maschinenlesbar aufbereitet bei den Briefzentren der Betroffenen zu 2. einliefern, erbringt die Betroffene zu 1. neben der eigentlichen Sortierung und Zustellung zusätzlich noch die Abholung beim Kunden.

Das bedeutet, dass bei Inanspruchnahme der Dienstleistungen der Betroffenen zu 1. nicht nur die Entgelte günstiger, sondern zusätzlich der Leistungsumfang größer ist. Dies stellt mithin eine Diskriminierung im doppelten Sinne dar.

Wenn die Betroffene zu 1. argumentiert, sie stelle nur an 5 Tagen zu, kann dies nicht als Beleg für die fehlende Gleichartigkeit gewertet werden. Wie die Beigeladene zu 1. zu Recht ausführt, mag dies für das Privatkundensegment Relevanz besitzen, für das hier maßgebliche Geschäftskundensegment lässt sich diese Aussage nicht verallgemeinern. Im B2B-Geschäft stellt eine Zustellung an sechs Tagen kein Auswahlkriterium zugunsten eines Anbieters von Postdienstleistungen dar, zumal der Geschäftsverkehr ausschließlich an den fünf Werktagen abgewickelt wird. Dies gilt insbesondere auch für die innerhalb des B2C-Segments versandte Korrespondenz. Sowohl beim Rechnungsversand, aber auch bei der Zustellung von Kontoauszügen oder beim Versand von Vertragsdokumenten ist eine werktägliche Zustellung ausreichend, zumal wichtige Geschäftstransaktionen wie Überweisungen ohnehin erst an Werktagen stattfinden.

Eine Untersuchung des Forschungsinstituts WIK-Consult im Auftrag der Bundesnetzagentur – Nachfrage nach Postdienstleistungen von Geschäftskunden – aus März 2009, welche Leistungsangebote verschiedener Anbieter von Postdienstleistungen analysierte, belegt, dass die Mehrheit der befragten Anbieter an fünf Tagen in der Woche zustellt, da bei Geschäftskunden nahezu keine Nachfrage nach einer sechstägigen Zustellung bestehe, vgl. S. 19. Aus diesem Untersuchungsergebnis kann gefolgert werden, dass Zustellhäufigkeit an 5 oder 6 Tagen für Geschäftskunden kein relevantes Auswahlkriterium darstellt.

Auch die unterschiedlichen Zahlungskonditionen bei den Produkten der Betroffenen zu 1. im Vergleich zu BZA-/BZE-Einlieferungen gemäß den AGB der Betroffenen zu 2. vermögen nicht die Unterschiedlichkeit der in Rede stehenden Produkte zu rechtfertigen. Dem Vortrag der Betroffenen, dass sich die Abwicklungsmodalitäten hinsichtlich des Zeitpunktes der Entgeltzahlung unterscheiden, ist entgegen zu halten, dass es sich um ein aus Nutzersicht eher nachrangiges Leistungsmerkmal handelt.

Die von der Betroffenen zu 2. vorgebrachten Argumente betreffend die Unterschiedlichkeit von Produkten der Betroffenen zu 1. einerseits und BZE-Teilleistungen andererseits überzeugen nicht. Die von ihr vorgetragenen Leistungsunterschiede sind aus Nachfragersicht von nachrangiger Bedeutung und spielen bei der Auswahl eines Dienstleisters keine Rolle. In Bezug auf die wesentlichen Qualitätsparameter wie Flächenpräsenz, Laufzeiten, Redressbearbeitung und Zuverlässigkeit sind die Dienstleistungen der Betroffenen als qualitativ gleichwertig anzusehen und aus der Kundenperspektive austauschbar. Folglich wird die Entgelthöhe das ausschlaggebende Auswahlkriterium für einen potentiellen Versender sein.

Diese Einschätzung wird insbesondere gestützt von der o. g. Studie des Forschungsinstituts WIK-Consult aus März 2009, in deren Rahmen die Nachfrage nach Postdienstleistungen von

Geschäftskunden analysiert wurde. Durch Repräsentativuntersuchungen und Interviews wurden Großversender nach ihrer Nutzung und ihrem Auswahlverhalten für die Auftragsvergabe von Postdienstleistungen befragt. Als Ergebnis zeigte sich, dass Kosteneinsparungen als wichtigstes Kriterium für die Wahl eines Postdienstleisters betrachtet wurden und mithin Anlass für einen Anbieterwechsel darstellten, qualitative Aspekte, insbesondere die Zustellfrequenz spielten jedoch bei der Entscheidung zugunsten eines Postdienstleisters nur eine untergeordnete Rolle. Die Mehrheit der befragten Geschäftskunden, welche zur Briefbeförderung auf alternative Zustelldienstleister zurückgegriffen haben, bestätigen, dass sie sich vom Anbieterwechsel Kosteneinsparungen erhofft hatten. Als weiteres Indiz für die hohe Preissensibilität ist auch die Aussage der Befragten zu werten, dass sie bereits bei einer 5-prozentigen Preiserhöhung nicht mehr beim bisherigen Briefdienstleister verbleiben würden, vgl. S. 44.

Die Abweichungen bei den Einlieferungskonditionen zwischen den von der Betroffenen zu 1. für Großeinlieferer [REDACTED] [REDACTED] angebotenen Produkten und den BZE-Teilleistungen kann auch nicht mit der unterschiedlichen Sortiertiefe gerechtfertigt werden. Es ist zwar zutreffend, dass solche Großeinlieferer die Sendungen nach Zustellbezirken vorsortiert einliefern müssen, während die Einlieferungsbedingungen für Teilleistungen BZE- eine Vorsortierung auf Ebene der Leitregionen verlangen. Dies mag objektiv auf den Umstand zurückzuführen sein, dass die Betroffene zu 1. ihre Sendungen teilweise noch manuell sortiert, während die Betroffene zu 2. ihren Sortierprozess dahingehend optimiert hat, dass ein Großteil der Briefsendungen im Briefzentrum bereits auf Gangfolge sortiert werden.

Aus der Perspektive des Kunden stellt die unterschiedliche Sortiertiefe aber kein maßgebliches Auswahlkriterium zugunsten eines Postdienstleisters dar. Größere Geschäftskunden verfügen über Kunden- bzw. Adressdatenbanken, die sich nach unterschiedlichen Kriterien auswerten lassen. Sie erlauben insbesondere auch eine Selektion nach Leitregionen, aber auch nach Postleitzahlen und auch nach Zustellbezirken. Folglich kann der Geschäftskunde seine Adressdatenbestände jederzeit sowohl nach Zustellbezirken als auch nach den jeweiligen Leitregionen sortieren. Werden im Rahmen einer größeren Versandaktion Dokumente elektronisch erzeugt, kann der Geschäftskunde den Druck und die anschließenden postvorbereitenden Prozesse so steuern, dass die zu versendenden Briefsendungen nach Zustellkriterien selektiert und anschließend bei der Betroffenen zu 1. oder beim Briefzentrum der Betroffenen zu 2. eingeliefert werden können. Verfügt der Geschäftskunde indes nicht über die entsprechende Infrastruktur, hätte er auch die Möglichkeit, einen Teil der Sendungsaufbereitung einem Konsolidierer oder einem auf Letter-Shop-Aktivitäten spezialisierten Unternehmen zu übertragen.

Der Aspekt, dass nach den AGB der Betroffenen zu 1. Sendungen nach Zustellbezirken und nach den AGB für Teilleistungen der Betroffenen zu 2. nach Leitregionen eingeliefert werden können, ist auch deshalb nicht entscheidend, da in beiden Fällen die Sortierung und Zustellung durch ein Konzernunternehmen der Betroffenen zu 2. erfolgt. Hierbei spielt es keine Rolle, wie die Sortierung und Zustellung innerhalb des Konzerns organisiert ist. Dass die Sortierung durch die Betroffene zu 2. bzw. durch [REDACTED] erfolgt, und die anschließende Zustellung durch eine der Betroffenen, ist für die vorliegende Betrachtung ohne Relevanz.

Die interne Organisation, sei es dass die Betroffene zu 2. die Postdienstleistungen selbst erbringt oder in Gestalt eines Tochterunternehmens kann für die aus Nachfragersicht vorzunehmende Beurteilung, ob es sich um gleichartige Leistungen handelt, dahinstehen.

Nach kartellrechtlicher Rechtsprechung, die im vorliegenden Fall auch für Verfahren nach dem PostG greift, vgl. § 48 PostG i. V. m. § 79 TKG 1996, ist es einem marktbeherrschenden Unternehmen, welches seine Leistungen selbst oder durch Tochterunternehmen erbringen lässt, untersagt, Abnehmer ungleich zu behandeln. Dies gilt unabhängig davon, wie im Einzelnen die Vertriebswege bzw. die Vertragsbeziehungen mit dem Kunden ausgestaltet sind, vgl. Urteil des BGH vom 24.09.2002, KZR 38/99.

Die Gleichartigkeit der von den Betroffenen angebotenen hier verglichenen Postdienstleistungen stützt sich insbesondere auf den einlieferungsnahen Zustellort.

Das bedeutet, dass bei Inanspruchnahme der Dienstleistungen der Betroffenen zu 1. nicht nur die Entgelte günstiger, sondern zusätzlich der Leistungsumfang größer ist. Dies stellt mithin eine Diskriminierung im doppelten Sinne dar.

5. Kein Nachweis eines sachlichen Rechtfertigungsgrundes

Eine sachliche Rechtfertigung für die Benachteiligung anderer Nachfrager mit regionalem Sendungsaufkommen, die auf das Angebot von BZE-Teilleistungen der Betroffenen zu 2. beschränkt sind, besteht nicht.

Schon die bloße Preisspaltung begründet die Vermutung, dass das marktbeherrschende Unternehmen seine Stellung missbräuchlich ausnutzt. Bei der Feststellung, ob der Preisunterschied durch sachliche Gründe gerechtfertigt und die indizielle Bedeutung der Preisspaltung damit ausgeräumt ist, trifft das Unternehmen eine gesteigerte Mitwirkungspflicht, vgl. BGH, Urteil vom 22.07.1999, KVR 12/98 (Flugpreisspaltung). Die Vermutung der Missbräuchlichkeit konnte die Betroffene zu 2. jedoch nicht ausräumen.

Insbesondere lässt sich die Preisspaltung nicht mit dem Argument begründen, die Entega II-Entscheidung des BGH vom 07.12.2010, KZR 5/10, belege, dass das Diskriminierungsverbot nicht im Sinne einer allgemeinen Meistbegünstigungsklausel auszulegen sei, die das marktbeherrschende Unternehmen generell zwingt, allen Kunden gleich günstige Bedingungen und Preise einzuräumen. Die Entgelte der Konzernmutter seien daher grundsätzlich nicht maßgeblich für die Preisgestaltung der Tochterunternehmen. Auch der Marktbeherrscher müsse auf unterschiedliche Marktbedingungen angemessen reagieren können.

Dem kann nicht gefolgt werden. „Entega II“ stellt gerade auf Marktbedingungen ab, die in dem im Rahmen dieser Entscheidung betrachteten Markt nicht vorliegen. Die Entscheidung hielt eine Preisspaltung und sogar eine (vorübergehende) kostenunterdeckende Markteintrittsbepreisung ausnahmsweise für sachlich gerechtfertigt, weil das Tochterunternehmen des auf einem anderen als dem betrachteten Markt marktbeherrschenden Unternehmens auf dem Zweitmarkt, der von einem dritten Unternehmen beherrscht wurde, für wettbewerbliche Strukturen sorgen sollte.

Ein solcher Fall liegt hier gerade nicht vor. Weder liegt ein abweichender Markt vor, noch wäre auf einem solchen Zweitmarkt die Betroffene zu 2. (und aufgrund der Zurechnung der Marktmacht i. S. d. funktionalen Unternehmensbegriffs die Betroffene zu 1.) nicht marktbeherrschend.

Die Preisspaltung dient vorliegend gerade dem umgekehrten Zweck, das Aufkommen wettbewerblicher Strukturen zu unterdrücken, statt sie zu fördern. Gerade dies wollte die „Entega II-Entscheidung“ aber verhindern. Sogar auf dem von einem anderen, nicht verbundenen Unternehmen beherrschten Markt wäre das Verhalten sachlich nicht gerechtfertigt, *„wenn der mit einer Preisspaltung verbundene Preisangriff auf dem Zweitmarkt gezielt auf die Verdrängung eines dort neu in den Markt eingetretenen, nicht mit dem herkömmlichen Netzbetreiber dieses Marktes verbundenen Wettbewerbers gerichtet ist“*, vgl. BHG a. a. O., Rn. 30.

Abgesehen davon kann zur Rechtfertigung vorliegend auch nicht mehr von einer **vorübergehenden** Markteintrittsbepreisung ausgegangen werden, da die Betroffene zu 1. die kostenunterdeckenden Entgelte bereits seit mehreren Jahren verlangt. Insbesondere stammt der für die Zusammenarbeit mit der [REDACTED] zugrunde liegende „Letter of Intent“ bereits vom 08.12.2009. Nach der Rechtsprechung des BGH liegt in dieser Konstellation vielmehr die Annahme nahe, dass es sich um wettbewerbsbehindernde Preise handelt, vgl. Punkt C.4.a) bb) (2), C.4.b).

Daneben stellte „Entega II“ fest, dass eine Preisspaltung, durch die das Tochterunternehmen auf einem Teilgebiet des von der Konzernmutter beherrschten Marktes günstigere Entgelte an-

bot, unzulässig sei. Hierzu führte der BGH, Urteil vom 23.06.2009, KZR 21/08 (Entega I) schon aus, dass eine missbräuchliche Diskriminierung aufgrund des Verhaltens verbundener Unternehmen durch Preisspaltung grds. verboten ist. *„Die Betrachtung des Verhaltens verbundener Unternehmen als wirtschaftliche Einheit wird dadurch aber nicht ausgeschlossen. Eine andere Auslegung wäre mit dem Zweck der Vorschrift unvereinbar, weil die Norm immer dann leerliefe, wenn sich das marktbeherrschende Unternehmen für die Preisspaltung rechtlich selbständiger Tochtergesellschaften bediente“*, vgl. BGH a. a. O., Rn. 16.

Zwar könnte „hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung (...) erheblich werden, dass es auch einem Anbieter leitungsgebundener Gasversorgung grundsätzlich unbenommen ist, neben seinem herkömmlichen Vertriebsweg eine günstigere Bezugsmöglichkeit über eine andere eigene Vertriebsgesellschaft - ähnlich einer Zweimarkenstrategie bei Konsumgütern oder der im Stromvertrieb bereits etablierten „Billigmarken“ - anzubieten. Ein Missbrauchsvorwurf kann sich in einem solchen Fall aber aus der räumlichen Beschränkung des günstigeren Angebots ergeben“, vgl. BGH a. a. O., Rn. 20.

Aus den „Entega-Entscheidungen“ folgt daher, dass eine Preisspaltung durch ein marktbeherrschendes Unternehmen nur gerechtfertigt sein kann, wenn sie der Wettbewerbsförderung auf einem von einem konzernfremden Unternehmen beherrschten Zweitmarkt dient. Auf dem selbst beherrschten Markt verstößt das Angebot einer „Billigmarke“ dann gegen das Diskriminierungsverbot, wenn es räumlich beschränkt wird. Genau das ist vorliegend aber bei den über die Betroffenen zu 1. angebotenen Dienstleistungen der Fall, da ihre Postdienstleistungen auf dem seitens der Betroffenen zu 2. beherrschten Markt regional begrenzt auf die Zustellgebiete Düsseldorf, Ruhrgebiet und Berlin offeriert werden. Andere vergleichbare Nachfrager müssen dementsprechend auf die teureren Teilleistungen der Betroffenen zu 2. ausweichen.

6. Rechtsfolge

Bei Feststellung eines Verstoßes gegen die Maßstäbe des § 20 Abs. 2 PostG (**Tenor zu 7.**) sieht die in § 25 Abs. 2 aufgezeigte Rechtsfolge vor, dass die Regulierungsbehörde das betroffene Unternehmen auffordert, die Entgelte unverzüglich den genannten Maßstäben anzupassen. Die in § 25 PostG aufgezeigten Rechtsfolgen sind in einem zweistufigen Beanstandungsverfahren niedergelegt, das zwingend die Anpassungsaufforderung i. S. d. § 25 Abs. 2 PostG (**Tenor zu 8.**) vor die Untersagungsverfügung und Unwirksamkeitserklärung i. S. d. § 25 Abs. 3 PostG stellt. Der zweite Schritt sieht die Nichtumsetzung der Anpassungsaufforderung vor.

a) Anpassung an Maßstäbe des § 20 Abs. 2 PostG

Für die inhaltliche Ausgestaltung der Anpassungsaufforderung bedeutet das aufgrund der abstrakten Formulierung der Maßstäbe in § 20 Abs. 2 PostG, dass zwar kein konkretes Entgelt durch die Regulierungsbehörde vorgeschrieben werden kann. Jedoch ist das betroffene Unternehmen aufzufordern, das nicht genehmigungsbedürftige Entgelt in der Weise anzupassen, dass eine festgestellte Ungleichbehandlung i. S. d. § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG abzustellen ist, vgl. Beck'scher PostG Kommentar, Lübbig, 2. Aufl., § 24 Rn. 44.

Für die Aufforderung zur Beseitigung einer missbräuchlichen Diskriminierung i. S. d. § 20 Abs. 2 Nr. 3 PostG bedeutet das grundsätzlich, dass das betroffene Unternehmen lediglich dazu aufgefordert werden kann, einen diskriminierungsfreien Zustand herzustellen. Jedoch kann seitens der Regulierungsbehörde nicht vorgegeben werden, welcher der verglichenen Zustände, der anzuwendende Maßstab ist, vgl. Beck'scher PostG Kommentar, Lübbig, 2. Aufl., § 24 Rn. 45. Der herzustellende Zustand darf jedoch nicht gegen das Verbot missbräuchlicher Auf- bzw. Abschläge verstoßen.

Die Anpassungsaufforderung hat das Ziel, möglichst schnell für Rechtssicherheit aller Beteiligten zu sorgen. Dies kann nur erreicht werden, indem der Anpassungsmaßstab und damit der Maßstab zur Vermeidung einer Rechtsfolge auf der zweiten Stufe i. S. d. § 25 Abs. 3 PostG dem betroffenen Unternehmen erkennbar ist und ohne mit irgendwelchen Unsicherheiten verbundene Auslegung eingehalten werden kann.

Im Ergebnis hat sie daher einen Zustand herzustellen, der allen Kunden vergleichbarer Leistungen (wie vorliegend die Teilleistungen BZE und die Postdienstleistungen der Betroffenen zu 1. C6, C5 und C4) einheitliche Entgelte abverlangt. Bei der Bemessung der Entgelte ist den Maßstäben des § 20 Abs. 2 PostG, was auch das Verbot missbräuchlicher Auf- bzw. Abschläge beinhaltet, Genüge zu tun.

Eine Anpassung in Richtung auf die gegen das Abschlagsverbot des § 20 Abs. 2 Nr. 2 PostG verstoßenden Entgelte der Betroffenen zu 1. ist damit ausgeschlossen.

b) Unverzüglichkeit

§ 25 Abs. 2 PostG verlangt, dass festgestellte Verstöße gegen die Entgeltmaßstäbe des § 20 Abs. 2 PostG vom betroffenen Unternehmen unverzüglich abzustellen sind. Die Regulierungsbehörde hat das betroffene Unternehmen aufzufordern, die Entgelte unverzüglich den genannten Maßstäben anzupassen, **Tenor zu 8.**

§ 121 Abs. 1 BGB definiert Unverzüglichkeit als Handeln ohne schuldhaftes Zögern.

Da im Ergebnis zur Herstellung eines diskriminierungsfreien Zustandes in erster Linie eine Anpassung der Entgelte der Betroffenen zu 1. in Betracht kommt, kann zur Unverzüglichkeit auf die unter Punkt C. 7. b) angestellten Überlegungen Bezug genommen werden.

Soweit die Betroffene zu 2. anderweitige Anpassungen im Rahmen des von ihr bundesweit allen Kunden angebotenen Produktportfolios plant, wäre es jedoch vor dem Hintergrund des Kunden- und Wettbewerberschutzes unbillig, ihr weitergehende Umsetzungsfristen einzuräumen. Die Herstellung eines diskriminierungsfreien Zustandes innerhalb der gewährten Umsetzungsfrist ist ihr ohne weiteren Aufwand möglich. Es ist ihr unbenommen, weitere Anpassungen an ihrem Produktportfolio, die den Entgeltmaßstäben des § 20 Abs. 2 PostG ebenfalls entsprechen müssen, auch nach Ablauf der Frist durchzuführen.

Auch hinsichtlich der Herstellung eines diskriminierungsfreien Zustandes sind der Beschlusskammer die erfolgten Anpassungen nachzuweisen (**Tenor zu 9.**). Dass der Zeitpunkt für den Nachweis der Anpassung den Umsetzungszeitraum geringfügig überschreitet, folgt daraus, dass den Betroffenen noch eine kurze Frist zur internen Koordinierung der Meldung und zur Sammlung der erforderlichen Unterlagen zu gewähren ist.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden. Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigelegt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung (§ 44 Satz 2 PostG i. V. m. § 80 Abs. 2 TKG (bzw. § 137 Abs. 2 TKG neu)).

Bonn, den 14.06.2011

Dreger
Vorsitzende

Meyerding
Beisitzer

Balzer
Beisitzer