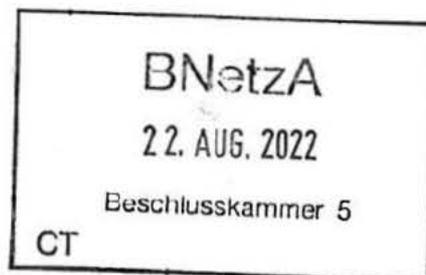


Deutsche Post AG - Zentrale - Regulierungsmanagement Deutschland
53250 Bonn

Bundesnetzagentur
Beschlusskammer 5
Herrn Mario Lamoratta
Postfach 8001
53105 Bonn



Seite 1

Ihr Zeichen BK5-2/006
Unser Zeichen 073-4
Telefon 0228 / [REDACTED]
E-Mail [REDACTED]@dpdhl.com

E-POSTBRIEF

Datum 19.08.2022

Betrifft **Konsultation der bisherigen Ergebnisse vom Vorliegen einer PKS 2**

Sehr geehrter Herr Lamoratta,

mit Schreiben vom 29.06.2022 (BK5-22/006) haben Sie die Deutsche Post InHaus Services GmbH (DPIHS) darüber informiert, dass die Beschlusskammer aufgrund einer Datenerhebung nunmehr in der Lage sei, „erstmalig die Prüfung des Vorliegens einer PKS 2 vorzunehmen und hierzu einen effizienten Wettbewerber zu modellieren“ (S. 1 des Schreibens). Sie betonen, dass die Untersuchungen der BK sich vorliegend nur auf „Fälle der negativen Preisdifferenz und somit Fälle der PKS 2“ beschränken.

Ihrem o.g. Schreiben beigelegt ist das Dokument „Konsultation der bisherigen Ergebnisse zum Vorliegen einer PKS 2“ (im Folgenden als „Konsultations-Dok.“ bezeichnet), dem lt. Schreiben die „bisherigen Ergebnisse der Prüfung sowie grundsätzliche Überlegungen zum Umgang mit dieser

Regelung“ zu entnehmen seien (die Formulierung „mit dieser Regelung“ meint offenbar den von Ihnen verwendeten Ausdruck „PKS 2“).

Sodann führen Sie aus, dass die BK sich aktuell „im Stadium der Vorermittlungen zu einem möglichen ex-post Verfahren gem. § 25 PostG“ befindet, es sich „vorliegend um die erstmalige vertiefte Prüfung einer PKS im Postbereich“ handelt und Sie „vorab im Rahmen einer Konsultation der bisherigen Prüfergebnisse Gelegenheit“ zur Stellungnahme einräumen.

Wir bedanken uns ausdrücklich für diese Gelegenheit zur Stellungnahme sowie die von Ihnen gewährte Fristverlängerung bis zum 19.08.2022. Wie Ihnen bereits mit Schreiben vom 13.07.2022 mitgeteilt, hat uns die Geschäftsführung der DPIHS gebeten, sie in dieser Angelegenheit gegenüber der Bundesnetzagentur zu vertreten.

Dies vorausgeschickt nehmen wir zu Ihrem Schreiben vom 29.06.2022 (BK5-22/006) mitsamt der dortigen Anlage wie folgt Stellung.

A. Rechtsfehlerhaftes Vorgehen in der Konsultation

Ihr o.g. Schreiben erwähnt eingangs die „Prüfung des Vorliegens einer Preis-Kosten-Schere (PKS)“; es handele sich um die „erstmalige vertiefte Prüfung einer PKS im Postbereich. Zusammenfassend heißt es dort „Die bisherigen Ergebnisse der Prüfung [...] weisen auf das Vorliegen einer PKS 2 hin“, worauf dann folgt „Das Vorliegen der Voraussetzungen des § 20 Abs. 4 PostG n.F. setzt die Vermutungsregelung in Kraft“ (S. 1 des Schreibens).

Man könnte angesichts jener Formulierungen erwarten, dass im Konsultationsdokument tatsächlich eine strukturierte Prüfung der Voraussetzungen des § 20 Abs. 4 PostG erfolgt sei. Daran fehlt es jedoch.

Zwar wird der Normtext von § 20 Abs. 4 PostG korrekt zitiert.¹ Es werden jedoch die Tatbestandsmerkmale nicht im Einzelnen aufgeführt und daher auch nicht im Einzelnen abgeprüft; es fehlt

¹ Konsultations-Dok., S. 6

(mit Ausnahme des Merkmals der Marktbeherrschung) an einer juristischen Prüfung und Subsumtion anhand des Gesetzeswortlauts. Stattdessen werden Sachverhaltsteile im Konsultations-Dok. von der Kammer eher freihändig bewertet.

Diese Vorgehensweise der Beschlusskammer in der Konsultation kann in keinem Punkt überzeugen (abgesehen davon, dass auch die von der Kammer verwendeten Bezeichnungen „PKS 1“ und „PKS 2“ an keiner Stelle des Gesetzes vorkommen). Weder das Konzept, noch die Methodik der Beschlusskammer sind rechtlich-regulatorisch tragfähig, weswegen die im Konsultations-Dokument angekündigte Maßnahme zu einem regulatorisch nicht vertretbaren Ergebnis führt.

Maßstab und Leitfaden für die Prüfung eines jeden Gesetzes muss der Wortlaut des Gesetzes bilden, erst recht bei einer Eingriffsnorm. Eine Ermächtigung der Behörde zu Eingriffen in den Rechtskreis der Betroffenen besteht daher nur und nur soweit, wie der Normtext erfüllt ist: Aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben sich die Prüfungsvoraussetzungen (Tatbestandsmerkmale), deren Vorliegen von der Behörde im Einzelnen geprüft und belegt werden muss. Das gilt in besonderem Maße für einen (wie hier) gesetzlichen Vermutungstatbestand, dessen einschneidende Folge der Vermutungswirkung erst nach Vorliegen sämtlicher gesetzlicher Tatbestandsmerkmale eintritt.

Für die Prüfung maßgeblich ist also der Normtext des § 20 Abs. 4 PostG, dessen Wortlaut die Tatbestandsvoraussetzungen nennt, aus denen wiederum (entgegen dem freihändigen Vorgehen der Kammer im Konsultationsdokument) ein klares Prüfungsschema folgt, das sogleich oben unter B. III. dargelegt wird.

I. Effizientes Unternehmen ist gesetzlicher Maßstab

Der von der Kammer verwendete Maßstab des „REO“ ist rechtsfehlerhaft. Er hat keinerlei Grundlage im PostG, widerspricht der Rechtsprechung des EuGH und ist auch inhaltlich sachwidrig.

Die tatbestandliche Formulierung in § 20 Abs. 4 (letzter Halbsatz) PostG lautet, dass „einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Gewinnmarge“ ermöglicht werden soll (Unterstreichung hier zugefügt).

In der Rechtsanwendung (und darum geht es) ist die gesetzliche Formulierung maßgebend für die Prüfung, also ein effizientes Unternehmen als Maßstab. Der Wortlaut kann von der Behörde nicht dahingehend abgeändert bzw. uminterpretiert werden, dass stattdessen auf ein „REO“, d.h. ein „hinreichend effizientes Unternehmen“ (also ein nicht-so-richtig“ effizientes Unternehmen) abgestellt werden könne.

Nur der Maßstab des (ebenso) effizienten Unternehmens entspricht im Übrigen auch dem Sinn und Zweck der Norm (also der PKS), der Historie (WettbewerbsR und TK nachgebildet), dem Rechtsstaatsprinzip und auch dem volkswirtschaftlich begründeten Ziel der Regulierung.

Dies wird nun näher ausgeführt.

1.) Zunächst nochmals die Selbstverständlichkeit, die offenbar dennoch betont werden muss: der Gesetzeswortlaut bindet sämtliche ausführenden Behörden, zumal es sich bei § 20 Abs. 4 PostG um eine belastende Eingriffsnorm handelt; es kann und darf keine Um-Interpretation des eindeutigen Wortlauts zu Lasten des betroffenen Unternehmens geben. § 20 Abs. 4 PostG verwendet den Begriff „effizient“ („effizienten Unternehmen“) ohne jede Einschränkung. Genau so gilt die Norm für den Rechtsanwender.

2.) Die Kammer beschreibt die Einführung der Preis-Kosten-Schere in § 20 Abs. 4 PostG insofern, als sie von der „bereits aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht und dem Telekommunikationsrecht bekannten“ Preis-Kosten-Scheren-Prüfung spricht.² Auf diese Historie hatte damit übereinstimmend auch der Gesetzgeber bereits verwiesen.³ In der Tat wurde die PKS-Prüfung erstmals im allgemeinen Wettbewerbsrecht angewendet und vom EuGH ausdrücklich in einem Fall anerkannt, dem eine Grundkonstellation der sektorspezifischen Regulierung der Telekommunikation in Deutschland zugrunde lag.⁴ Diese Historie bestätigt klar den Wortlaut, dass es um ein (ebenso) effizientes Unternehmen geht: Der EuGH hat in seinem Urteil deutlich gemacht, dass es auch die Preis-Kosten-Scheren-Prüfung auf dem bestehenden wettbewerblichen Leitbild aufsetzt und dieses schützt; es geht um den Schutz des Leistungswettbewerbs, in dem nicht jede Preispolitik zulässig ist; vielmehr verbietet das Wettbewerbsrecht „einem beherrschenden Unternehmen u. a. eine Preispolitik, die für seine gegenwärtigen oder potenziellen *ebenso effizienten Wettbewerber* eine Verdrängungswirkung entfaltet.“⁵ Es geht im Wettbewerbsrecht also um den Schutz ebenso effizienter Unternehmen.

3.) Dies ist auch inhaltlich sachgerecht. Konsequenterweise soll – so betont der EuGH z.B. in den Urteilen *Post Danmark 2012* sowie *Intel 2017* – das Wettbewerbsrecht „keineswegs [...] gewährleisten, dass sich Wettbewerber, die weniger effizient als das Unternehmen in beherrschender Stellung sind, weiterhin auf dem Markt halten.“⁶ Denn im Leistungswettbewerb ist kennzeichnend, dass Unternehmen erfolglos sein und aus dem Markt ausscheiden können: „Der Wettbewerb wird also nicht unbedingt durch jede Verdrängungswirkung verzerrt. Leistungswettbewerb kann definitionsgemäß dazu führen, dass Wettbewerber, die weniger leistungsfähig und daher für die Verbraucher im Hinblick insbesondere auf Preise, Auswahl, Qualität oder Innovation weniger interessant sind, vom Markt verschwinden oder bedeutungslos werden.“⁷

² Konsultations-Dok., S. 6 f.

³ S. Empf. des Wirtschaftsausschusses, die Gesetzesfassung wurde, BT-Drs. 19/26583 vom 10.02.2021, S. 17.

⁴ EuGH, Urt. v. 14.10.2010, C-280/08 P – DTAG (noch zu Art. 82 EG a.F.); bestätigt durch EuGH, Urt. v. 17.02.2011, C-52/09 – TeliaSonera (zu Art. 102 AEUV)

⁵ EuGH, Urt. v. 14.10.2010, C-280/08 P – DTAG, Rn. 177 [kursive Hervorhebung hier zugefügt]; bestätigt z.B. durch EuGH, Urt. v. 06.09.2017 – Intel, Rn. 136

⁶ EuGH, Urt. v. 06.09.2017, C-413/14 P, Rn. 133 – Intel; ebenso auch EuGH, Urt. v. 27.03.2012, C-209/10 – *Post Danmark I*, Rn. 21 und die dort angeführte Rspr.

⁷ EuGH, Urt. v. 06.09.2017 – Intel, Rn. 134; vgl. u.a. EuGH, Urt. v. 27.03.2012 – *Post Danmark I*, 2012, C-209/10, Rn. 22 m.w.N.

Daraus wird klar, dass es nicht darum gehen kann, weniger effiziente Unternehmen (also bloß „hinreichend“ effiziente Unternehmen) zu schützen. Der EuGH sagt es eindeutig: das Wettbewerbsrecht soll *nicht* gewährleisten, „dass sich Wettbewerber, die *weniger effizient* als das Unternehmen in beherrschender Stellung sind, weiterhin auf dem Markt halten.“⁸

Diese Wertung gilt auch für die Preis-Kosten-Scheren Prüfung,⁹ dass es nämlich wortlautgemäß bei der uneingeschränkten Effizienz bleibt (in Form des „ebenso effizienten Wettbewerbers“), so dass also die „schlechtere“ Effizienz von Wettbewerbern diesen keinen prüfungsrechtlichen Vorteil bieten kann (bzw. nicht zu Lasten des marktbeherrschenden Unternehmens zu einer strengeren Prüfung führen kann).

Folglich kann der im Konsultations-Dok. geforderte Zuschlag zum Schutz von bloß „hinreichend effizienten Unternehmen“ nicht angesetzt werden, denn das von der Kammer zugefügte Wort „hinreichend“ bzw. „REO“ ist nur eine andere Umschreibung für „nicht so richtig“ effizient, also für „weniger effiziente Unternehmen.“

4.) Zusammenfassend gesagt bezweckt das die Einführung der PKS leitende Wettbewerbsrecht den Schutz von ebenso effizienten Wettbewerbern, und genau diesen Maßstab wendet der EuGH dann konsequenterweise auch für die PKS-Prüfung an.

5.) Die Kammer unterliegt ferner einem Irrtum, wenn sie vertritt,¹⁰ dass sich aus dem Urteil des EuGH in der Sache Post Danmark II etwas anderes ergebe: nach Darstellung der Kammer liege im hiesigen Fall in Sachen DPIHS eine „mit Post Danmark II vergleichbare Konstellation“ vor; für die Prüfung der Preis-Kosten-Schere sei „somit der REO-Test maßgeblich.“¹¹

Tatsächlich aber lag der Rs. Post Danmark II eine völlig andere Sachverhalts-Konstellation zugrunde: das dortige Postunternehmen verfügte im entscheidungsrelevanten Zeitraum 2007/2008

⁸ EuGH, Urt. v. 06.09.2017, C-413/14 P - Intel, Rn. 133 (kursiv hier zugefügt); ebenso auch Urt. v. 27.03.2012, C-209/10 - Post Danmark I, Rn. 21 m.w.N.

⁹ EuGH, Urt. v. 14.10.2010, C-280/08 P - DTAG, Rn. 183; EuGH, Urt. v. 10.07.2014, C-295/12 P - Telefonica, Rn. 124; EuGH, Urt. v. 17.02.2011, C-52/09 - TeliaSonera, Rn. 31;

¹⁰ Konsultations-Dok S. 13

¹¹ Konsultations-Dok S. 13

noch über ein bestehendes rechtliches Monopol für die relevanten Leistungen.¹² In Deutschland aber besteht seit der vollständigen Marktöffnung zum 01.01.2008 kein rechtliches Monopol, weswegen seitdem in Deutschland eine völlig andere Situation als diejenige besteht, die dem Fall Post Danmark II zugrunde lag. Genau darauf wies schon das VG Köln hin¹³ und auch die BNetzA in ihrem Schriftsatz aus Dez. 2020.¹⁴

Dort schreibt die BNetzA zutreffend zum Urteil des EuGH in der Sache Post Danmark II, überdies sogar in Bezug auf Konsolidierungsleistungen:

„Zudem basiert der vom Europäischen Gerichtshof betrachtete Sachverhalt auf dem Vorliegen einer bestehenden Monopolsituation. Diese ist in Deutschland spätestens seit der vollständigen Marktliberalisierung zum 01.01.2008 nicht mehr gegeben, erst recht nicht bei Betrachtung des zur Entscheidung stehenden Produkts oder den von der Klägerin in Bezug genommenen Konsolidierungsleistungen.“¹⁵

Die BNetzA erkannte es also völlig zutreffend schon in 2020, dass dem EuGH-Urteil in Post Danmark II eine besondere Sachverhaltssituation zugrunde lag, die in Deutschland seit 2008 nicht mehr besteht und - was völlig zutreffend ist - sich daher jede Übertragung der dortigen Wertungen auf Postmärkte in Deutschland im Allgemeinen und hiesige Konsolidierungsleistungen im Besonderen verbietet.

Dass auch der EuGH das Urteil Post Danmark II als Sondersituation der Vergangenheit einschätzt, wird auch daraus deutlich, dass er in seinem späteren Urteil Intel 2017¹⁶ das Urteil Post Danmark II außer Betracht lässt, und der EuGH stattdessen in Rn. 136 auf sein Urteil in der Rs. Post Danmark I hinweist,¹⁷ wo es um Wettbewerbsleistungen ging; dort stellte der EuGH sachgerecht auf „ebenso effiziente Wettbewerber“ ab (dort Rn. 25).

¹² Vgl. EuGH, Urt. v. 06.10.2015, C-23/14, Rn. 2 sowie Rn. 4 – 6

¹³ VG Köln, Urt. v. 30.08.2019, Az.: 25 K 16124/17, S. 35

¹⁴ BNetzA im OVG Verfahren mit dem Az.: 13 A 4199/19, Schriftsatz der BNetzA v. 21.12.2020, S. 10

¹⁵ BNetzA im OVG Verfahren mit dem Az.: 13 A 4199/19, Schriftsatz der BNetzA v. 21.12.2020, S. 10

¹⁶ EuGH, Urt. v. 06.09.2017 - Intel, Rn. 136

¹⁷ EuGH, Urt. v. 27.03.2012, Post Danmark I, C-209/10, Rn. 25

6.) Soweit die Kammer versucht, für Ihre Meinung die EU Kommission ins Feld zu führen,¹⁸ ist das ein Missverständnis bzw. Fehlzitat. Denn in der von der Kammer genannten Stelle spricht die EU Kommission von einem „hypothetisch effizienten Wettbewerber“,¹⁹ also von einem Wettbewerber, dessen Effizienz unterstellt wird (die uneingeschränkte Effizienz muss nicht tatsächlich vorliegen, sondern sie wird für die Prüfung hypothetisch angenommen). Die EU Kommission spricht also entgegen der Darstellung der Kammer gerade nicht vom Maßstab einer eingeschränkten (bloß „hinreichenden“) Effizienz, sondern ausdrücklich vom „ebenso effizienten Wettbewerber.“²⁰ Die von der Kammer angeführte Stelle kann also gerade nicht als Argument für einen angeblichen „reasonable-efficient-operator-Test (REO-Test“ verwendet werden.

7.) Den „zumindest ebenso effizienten Wettbewerber“ bei der Preis-Kosten-Schere verwenden auch BKartA und BNetzA in TK-Märkten.²¹

8.) Nur die Verwendung des „ebenso effizienten Wettbewerbers“ als Maßstab entspricht auch dem Schutzzweck der Regulierung nach dem PostG. Denn wäre hingegen ein bloß eingeschränkt, also „hinreichend“ effizientes Unternehmen der Maßstab, würde dies dazu führen, dass durch regulatorische Maßnahmen die für Kunden geltenden Preise durch regulatorische Maßnahmen erhöht würden. Dies würde die Regulierung, die dem Schutz der Kunden dienen soll, § 2 Abs. 2 Nr. 2 PostG, ad absurdum führen; außerdem wäre es ein Verstoß gegen das Aufschlagsverbot des PostG (im Einzelnen später dazu oben unter C.).

9.) Zudem kennt das PostG nur einen Begriff der Effizienz: so lehnte die BNetzA (!) den Vortrag eines Wettbewerbers ab, der die Bestimmung von Kosten nach dem Maßstab eines nur „hinreichend effizienten Wettbewerbers“ forderte; die BNetzA begründete ihre Ablehnung eindeutig mit den Worten „Das Postgesetz kennt keine anderen Kosten als die des regulierten Unternehmens.“²² In der Tat ist Effizienz im PostG ein objektiver und einheitlicher Begriff. Hätte der Gesetzgeber aber

¹⁸ Konsultations-Dok S. 9 und S. 12 f.

¹⁹ Mitteilung der EU Kommission v. 24.02.2009, 2009/C 45/02, Rn. 26

²⁰ EU Kommission, 2009, ebd., insb. Rn. 27: „ebenso effizienter Wettbewerber“

²¹ Z.B. BKartA bei der Prüfung einer möglichen Preis-Kosten-Schere bei TK-Vorleistungen für Programmanbieter seitens der Deutsche Telekom AG, B7 – 11/09, Rn. 63, Rn. 64, wonach für eine Preis-Kosten-Schere sind „die produktspezifischen Kosten des marktbeherrschenden Unternehmens (oder eines ebenso effizienten Wettbewerbers)“ maßgeblich sind; ferner verwendet die BNetzA im Beschl. v. 21.09.2017, BK 3c-17/039, S. 139 ausdrücklich einen „EEO- (Equal Efficient Operator-) Test“ mit einzelnen Anpassungen hinsichtlich der Kosten eines effizienten (!) Wettbewerbers.

²² BNetzA im OVG Verfahren mit dem Az.: 13 A 4199/19, Schriftsatz der BNetzA v. 21.12.2020, S. 9.

davon abweichend einen gespaltenen Effizienzbegriff einführen wollen, so hätte er dies im Gesetzeswortlaut deutlich gemacht und deutlich machen müssen.

10.) Auch aus dem allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatz der Rechtssicherheit folgt, dass nur das (ebenso) effiziente Unternehmen (EEO) der Maßstab sein kann, da - wie z.B. auch der EuGH ausdrücklich betont - „nur die Berücksichtigung der Kosten und Preise des beherrschenden Unternehmens es diesem erlaubt, die Rechtmäßigkeit seines eigenen Verhaltens zu beurteilen, denn ein marktbeherrschendes Unternehmen kennt zwar seine eigenen Kosten und Entgelte, aber grundsätzlich nicht die seiner Wettbewerber.“²³

Genau diesen Gedanken bestätigt die Kammer übrigens - wenn auch ungewollt - inhaltlich im Konsultations-Dok. durch ihre Aussage, dass die DPIHS (im Falle des Vorliegens eines Verstoßes) diesen nicht aus eigener Kraft abstellen könne; dies sei vielmehr erst nach einer „*handlungsleitenden Information*“ durch die BNetzA/Kammer möglich, da

*„die DPIHS - im Gegensatz zur Kammer - nicht über die Kenntnis der konkreten Daten der Konsolidierer verfügt. [...] Erst die – zusätzlich zur reinen Feststellung – geplante Zurverfügungstellung der Handlungsanweisung versetzt die DPIHS in die Lage, die [etwaigen] festgestellten Preisstrukturmissbräuche selbst abzustellen.“*²⁴

Die Kammer beschreibt dies zwar, erkennt aber offenbar nicht, welches rechtsstaatliche Problem sie damit dem betroffenen Unternehmen aufbürdet:

Die Kammer erfindet einen Prüfungsmaßstab, der nicht dem Wortlaut des Gesetzes entspricht; daraus folgt dann nach Ansicht der Kammer eine Vermutung für ein missbräuchliches Verhalten, das aber das betroffenen Unternehmen selber gar nicht einschätzen kann und daher auch gar nicht selber abstellen kann. Damit fehlt jede Vorhersehbarkeit des eigenen Verhaltens für das potentiell belastete Unternehmen und die Möglichkeit zur Einschätzung, welches Verhalten ordnungsgemäß wäre.

Damit liegt auf der Hand, dass eine zu einer solchen Situation führende Beurteilung durch die

²³ EuGH, C-52/09, TeliaSonera, Rn. 44; ebenso. EuGH, Rs. C-280/08 P, DTAG, Rn. 202.

²⁴ Konsultations-Dok., S. 29

Kammer rechtsstaatlich unhaltbar, weil willkürlich, und folglich rechtsfehlerhaft wäre.

Auch daher können die Kosten anderer Unternehmen nicht den Prüfungsmaßstab bilden.

11.) Zusammenfassend gesagt: Maßstab für die Preis-Kosten-Schere gem. § 20 Abs. 4 PostG ist also wortlautgemäß der (ebenso) „effiziente Wettbewerber.“

Eine Um-Interpretation des Wortlauts zugunsten von Wettbewerbern, z.B. dahingehend, dass ein „REO“ bzw. ein nur „hinreichend effizientes Unternehmen“ den Maßstab bilde, ist rechtsfehlerhaft.

II. Rückgriff auf die Gewinnmarge aus Price Cap – Verfahren ist ohne rechtlich-regulatorische Grundlage und daher verfehlt

Die Beschlusskammer vertritt (unabhängig davon, ob das „effiziente Unternehmen“ i.S.v. § 20 Abs. 4 PostG mit dem EEO oder dem „REO“ abgebildet wird), dass die „angemessene Gewinnmarge“ i.S.v. § 20 Abs. 4 PostG die regulatorische Gewinnmarge sein müsse, die im Maßgrößenverfahren (MGV) für die Price Cap - Regulierung und damit im Wesentlichen für die Universaldienstleistungen festgelegt wurde. Sie postuliert also schlichtweg, dass die für die Universaldienstprodukte im Price Cap festgelegte Gewinnmarge auch im hier in Rede stehenden Marktsegment der Konsolidierungsleistungen erwirtschaftet werden muss.

Die dafür gelieferte Begründung ist ohne Grundlage: Es lässt sich weder aus dem funktionalen Unternehmensbegriff – ihn bringt die Beschlusskammer beim EEO in Stellung – noch aus dem makroökonomischen Ansatz – auf den die Beschlusskammer für den „REO“ Bezug nimmt – ableiten.

1.) Beim EEO möchte die BK den Rückgriff auf die regulatorische Gewinnmarge durch den funktionalen Unternehmensbegriff rechtfertigen (Konsultation, Seite 18 f.). Sie stützt sich dabei auf die Entega I-Entscheidung des BGH.²⁵ In der Entega I-Entscheidung befasst sich der BGH allerdings mit dem speziellen Preisstrukturmissbrauch des § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB. Dort ist von den Entgelten – und sonstigen Geschäftsbedingungen – die Rede, die das marktbeherrschende Unternehmen „selbst auf vergleichbaren Märkten“ fordert. Bei dem für § 19 Abs. 4 Nr. 3 GWB anzustellenden

²⁵ BGH, Urt. v. 23.06.2009, KZR 21/08, Rn. 16

Vergleich wird demnach ein- und dieselbe Leistung betrachtet, die der Marktbeherrscher auf unterschiedlichen Märkten anbietet. Diese Leistung muss nicht zwingend, das besagt Entega I, von demselben Unternehmen angeboten werden, es reicht vielmehr aus, wenn das Angebot von einem anderen Konzernunternehmen gemacht wird.

§ 20 Abs. 4 PostG adressiert hingegen die angemessene Gewinnmarge auf den Eigenanteil an der Wertschöpfung des effizienten Unternehmens. Er betrachtet also nur die teilleistungsrelevanten Vorleistungen. Sie sind einem dezidiert anderen Marktsegment zuzuordnen als die Universaldienstleistungen. Die Produkte sind auch nicht vergleichbar. Es ist willkürlich, bei diesem Befund auf der Grundlage von Entega I, also über den funktionalen Unternehmensbegriff, die Gewinnmarge aus dem MGV, also für die Universaldienstprodukte, für die teilleistungsrelevanten Vorleistungen heranzuziehen. Entega I hat für den Tatbestand von § 20 Abs. 4 PostG erkennbar keinerlei Aussagekraft.

2.) Beim „REO“ (der ohnehin rechtsfehlerhaft ist, s.o.) möchte die Kammer die regulatorische Umsatzrendite aus dem MGV mit der Begründung heranziehen, dass sich die dort für das marktbeherrschende Unternehmen angestellten „makroökonomischen Überlegungen“ zur Begründung des Renditeanspruchs auch auf alternative Wettbewerber übertragen ließen.²⁶ Von dem befürchteten Sendungsmengentrückgang seien die Konsolidierer in gleicher Weise betroffen wie die DP AG.

Dieses Argument widerspricht offen dem Tatbestand des europäischen Benchmark in § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG. Der bezieht sich auf Unternehmen, die mit der DP AG „in struktureller Hinsicht vergleichbar“ sind. Nur die Umsatzrendite der strukturell vergleichbaren Unternehmen findet daher Eingang in die regulatorische Gewinnmarge aus dem MGV.

Die Konsolidierer sind jedoch mit der DPAG nicht strukturell vergleichbar, im Gegenteil: Die gesamte Prüfung der „PKS 2“ durch die Kammer basiert gerade auf der Aussage, dass die alternativen Anbieter mit der DP AG strukturell nicht vergleichbar seien, weil sie u.a. deren Skalenvorteile nicht realisieren könnten.

²⁶ Konsultations-Dok., Seite 27 f.

Ohnehin ist klar, dass alternative Nischenanbieter nicht mit dem bundesweit einzigen flächendeckend den Universaldienst erbringenden Unternehmen vergleichbar sind (dazu auch sogleich).

3.) Es ist schließlich nicht mit dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Vermutung in § 20 Abs. 4 PostG vereinbar, die im Wesentlichen für den Universaldienst festgelegte, regulatorische Marge auf die Preis- Kosten – Schere zu übertragen. Denn § 20 Abs. 4 PostG adressiert gezielt ein bestimmtes Marktsegment, nämlich Postdienstleistungen von Anbietern, die über kein eigenes Zustellnetz verfügen. Damit adressiert es ein Marktsegment von Anbietern, die gerade nicht über ein bundesweites Netz (Zustellung, Briefkästen und Filialen) verfügen und damit gerade nicht die Risiken des Universaldienstleisters mit Blick auf die Auslastung dieses Zustellnetzes tragen. Die Angemessenheit der in § 20 Abs. 4 PostG normierten Gewinnmarge bezieht sich nicht auf den marktbeherrschenden Universaldienstleister, sondern ausweislich des Wortlauts auf das andere Unternehmen und dessen Anteil an der Wertschöpfung („*angemessene Gewinnmarge auf dessen Eigenanteil an der Wertschöpfung*“). Daher wäre es unzulässig und sachwidrig, die Marge zu übertragen.

4.) Das Postulat der Kammer, diesen anderen Anbietern müsste über die PKS ermöglicht werden, die für den Universaldienst festgelegte regulatorische Marge zu erwirtschaften, ist also sachwidrig sowie ohne rechtlich-regulatorische Grundlage und daher rechtsfehlerhaft.

B. Weitere methodische Mängel der Vorgehensweise

I. Mängel bei der Markterhebung

Die Vorgehensweise der Kammer weist erhebliche methodische Mängel auf. Dies beginnt bereits bei der durchgeführten Marktuntersuchung.

1. Intransparente Auswahl der befragten Unternehmen

Zur Ermittlung der Frage, ob das Verhältnis aus Endnutzerentgelt und den Entgelten für Vorleistungen Wettbewerbern eine angemessene Rendite ermöglicht, hat die Kammer zunächst eine

Reihe von Wettbewerbern der Deutschen Post angeschrieben. Gerade bei der Ermittlung eines Benchmarks zur Feststellung eines Missbrauchstatbestands ist bei der Auswahl der Vergleichsunternehmen besondere Sorgfalt geboten. Insbesondere obliegt es der Kammer im Detail darzulegen, inwieweit die befragten Unternehmen für die betrachtete Branche als repräsentativ gelten. Die entsprechende Auswahl an Unternehmen hat anhand transparenter und geeigneter Kriterien zu erfolgen.

Nach Aussage der Kammer handelt es sich um die 44 umsatzstärksten Marktteilnehmer. Weitere Ausführungen dazu, welcher Markt hier konkret betrachtet wird, fehlen völlig. Für die Prüfung des gesetzlichen Vermutungstatbestandes ist die Auswahl der betrachteten Märkte, der Unternehmen und deren konkretes Leistungsangebot jedoch entscheidend, weshalb eine Differenzierung bereits im Vorfeld unbedingt erforderlich ist.

Auch erfolgt keine nähere Eingrenzung der betrachteten Wettbewerber nach Geschäftsmodell oder räumlichem Angebot. Insbesondere geht die Kammer nicht darauf ein, aufgrund welcher konkreten Eigenschaften die ausgewählten Unternehmen - in Abgrenzung zu den übrigen nicht in die Marktuntersuchung eingeschlossenen Marktteilnehmern - zur Bestimmung eines effizienten Wettbewerbers potentiell geeignet wären. Schon im Hinblick auf die Auswahl der betrachteten Grundgesamtheit ist die Marktabfrage deshalb nicht geeignet, den Verdacht auf eine mögliche PKS zu begründen.

2. Ungeeigneter Fragebogen

Neben der intransparenten Auswahl der potentiellen Vergleichsunternehmen ist auch fraglich, inwieweit die im Rahmen der Marktuntersuchung verwendeten Fragebögen geeignet sind das Marktangebot adäquat abzubilden.

Die Geschäftsmodelle im Konsolidierungsmarkt sind sehr unterschiedlich. Gerade auch im Konsolidierungsmarkt richten sich die Angebote stark nach den individuellen Kundenbedürfnissen. Dies betrifft die Laufzeit, Qualität und Beschaffenheit der eingelieferten Sendungen sowie die vom Konsolidierer zu erbringenden Dienstleistungen. Gleiches gilt auch für die Tarifgestaltung: So gibt es mengenunabhängige Vergütungen - z.B. Transportkostenpauschalen -, formatunabhängige Preise in Form einer Mischkalkulation, einheitliche Preise für die gesamte Wertschöpfungskette,

regional differenzierte Preise, etc. Im Ergebnis unterscheiden sich die Kunden nicht nur hinsichtlich des Umfangs der nachgefragten Dienstleistung sowie der Qualität der eingelieferten Sendungen, sondern auch hinsichtlich der zur Anwendung kommenden Preismodelle bei Aufbereitung, Transport und Zustellung der Sendungen.

Diese Vielfalt der angebotenen Dienstleistungen mit den entsprechenden Geschäfts- und Tarifmodellen spiegeln die von der Kammer mit den Fragebögen abgefragten Daten in keiner Weise wieder. Die schematische Vorgehensweise der Kammer bietet nur auf den ersten Blick den Vorteil einer besseren Vergleichbarkeit der erhobenen Daten. Faktisch besteht jedoch die Gefahr, dass hier Sachverhalte und Preismodelle miteinander verglichen werden, die inhaltlich nicht miteinander vergleichbar sind, da Leistung, Qualität oder Tarifmodell der zugrundeliegenden angebotenen Leistungen jeweils zu unterschiedlichen Preisen führen können.

Eigentlich hätte sich deshalb die Kammer zunächst einen umfassenden Überblick über Art und Umfang der angebotenen Leistungen und Tarifmodelle verschaffen müssen, um auf dieser Grundlage einen marktgerechten Fragebogen zu konzipieren. Dies ist offensichtlich unterblieben, wäre aber für die tatbestandsmäßige Prüfung unerlässlich gewesen.

3. Mangelhafte Qualität der erhobenen Daten

Neben der oben erwähnten Problematik bestehen ebenfalls Zweifel hinsichtlich der Qualität und Aussagekraft der erhobenen Daten. So sind die Formulierungen im Fragebogen teilweise nicht eindeutig. Nach welchem Kriterium sind etwa die „Top-10-Kunden“ definiert? Das z.B. bleibt unklar.

Zudem ist zu vermuten, dass die Daten, [REDACTED] bei den befragten Unternehmen nicht immer in der geforderten Struktur vorhanden sind. Für Generierung der Daten mussten teilweise bei der DPIHS [REDACTED] [REDACTED]. Es liegt deshalb der Verdacht nahe, dass nicht alle Unternehmen aufwändige Sonderauswertungen vorgenommen haben, sondern die Angaben zum Teil eher auf groben Abschätzungen beruhen. Doch selbst wenn alle Unternehmen den Fra-

gebogen mit der erforderlichen Sorgfalt ausgefüllt haben sollten, so ist die Vergleichbarkeit bereits dann eingeschränkt, wenn die befragten Unternehmen zur Abschätzung unterschiedliche Methoden angewandt haben.

II. Keine Indizien für Behinderungswirkung

Ungeachtet der oben dargelegten methodischen Mängel der Markterhebung sieht die Kammer erste Anhaltspunkte für eine mögliche Behinderungswirkung. Diese lägen darin, dass die Marktteilnehmer zum einen höhere Endkundenentgelte verlangen und sie zum anderen im Durchschnitt höhere Teilleistungsentgelte an die DPAG entrichten als die DPIHS und die daraus resultierenden vermeintlichen Größenvorteile alternative Anbieter in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten behindern würden.

Diese vermeintlichen Indizien verdeutlichen die mangelnde Auseinandersetzung der Kammer mit den tatsächlichen Marktgegebenheiten, die letztlich zu ihrem fehlgeleiteten Konzept einer PKS führen.

Eine Preis-Kosten-Schere liegt nur dann vor, wenn das betrachtete Unternehmen infolge seiner marktbeherrschenden Stellung die Preise anderer Anbieter beeinflussen kann. Dies wäre z.B. der Fall, wenn die anderen Anbieter sich gezwungen sähen den gleichen oder einen geringeren Preis als das betrachtete Unternehmen - in diesem Fall die DPIHS - zu verlangen, da sie sonst am Markt nicht zum Zuge kommen. Nur wenn die Wettberber darauf angewiesen wären, auf die Preise „einzusteigen“ könnte es überhaupt zu einer „margin squeeze“ kommen.

Zwar muss sich die DPIHS ggf. über den Konzernbegriff die Marktbeherrschung der Deutsche Post AG zurechnen lassen. Dies enthebt die Kammer jedoch nicht von der Verpflichtung, im Einzelfall konkret zu prüfen, ob auf den relevanten Märkten überhaupt eine Marktbeherrschung vorliegt bzw. ob die Wettbewerber in ihrem Preissetzungsspielraum durch das Verhalten der DPIHS in wirksamer Weise eingeschränkt werden. Für das Geschäftsmodell der DPIHS und insbesondere auf den sehr wettbewerbsintensiven Ausschreibungsmärkten erscheint dies zumindest zweifelhaft. So zeigt eine Analyse von Ausschreibungen aus dem Jahr 2020, dass die DPHIS nur [REDACTED]

der ausgeschriebenen Lose gewinnen konnte. Die entsprechenden Unterlagen wurden der Kammer im Gesprächstermin mit der DPIHS am 30.06.2021 ausgehändigt.

Bei der Prüfung, inwieweit die DPIHS ihre Entgelte unabhängig von anderen Marktteilnehmern festsetzen kann, ist zu beachten, dass sich die DPIHS – wie bereits oben erwähnt – im Spannungsfeld zwischen weiteren gewerblichen Konsolidieren und alternativen Zustelldiensten bewegt. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Wettbewerber der DPIHS über deutlich größere Gestaltungsspielräume bei der Preisgestaltung verfügen. So können gewerbliche Konsolidierer bei ihrer Entgeltkalkulation teilweise auf alternative Zustelldienste zurückgreifen, sie können je nach Region mit differenzierten Zustellkosten kalkulieren oder im Rahmen eines sogenannten „Yieldmanagements“ zwischen einzelnen Kunden diskriminieren und die Entgelte gemäß der jeweiligen Zahlungsbereitschaften der Kunden festlegen.

Insofern erschließt es sich nicht, in welcher Weise höhere Entgelte, die die Wettbewerber am Markt verlangen und offensichtlich auch durchsetzen können, den Verdacht eines Behinderungsmissbrauchs begründen können. Im Gegenteil sind höhere Entgelte vielmehr ein Ausdruck der größeren Preisflexibilität der am Markt agierenden Wettbewerber.

Auch die im Schnitt höheren Teilleistungsentgelte können kein Indiz für eine PKS darstellen. Der Tarif in seiner Gesamtheit ist nicht missbräuchlich und ausdrücklich auch nicht Gegenstand des Verfahrens. Der realisierte Durchschnittspreis ist somit das Ergebnis des Marktgeschehens. Er wird beeinflusst durch die eingelieferten Mengen, aber auch durch die in Anspruch genommenen Teile der Wertschöpfungsstufen und das Format der Sendungen.

Aus der Tatsache, dass Wettbewerber insgesamt im Durchschnitt ein geringes Rabattvolumen in Anspruch nehmen, lässt sich deshalb auf den ersten Blick kein Indiz für eine missbräuchliche Behinderung im Sinne der PKS ableiten. Die offensichtlichste Erklärung für den höheren Durchschnittspreis bei Teilleistungen ist die Tatsache, dass die befragten Wettbewerber ihre Sendungen gar nicht in Gänze bei der Deutsche Post AG als Teilleistungen einliefern, sondern ebenfalls über alternative Netze ableiten. Insofern ist die Annahme von Größenvorteilen aufgrund des höheren Durchschnittsrabatts der DPIHS für Teilleistungen der DPAG verfehlt. Im Gegenteil liegt das Entgelt für die Ableitung über alternative Netze häufig deutlich unter dem Teilleistungsentgelt der

DPAG. So gesehen wäre das höhere Teilleistungsentgelt eher ein Indiz dafür, dass den Wettbewerbern ausreichend Alternativen zur Verfügung stehen, so dass der Sachverhalt der PKS gar nicht relevant ist. Leider versäumt es die Kammer auch in diesem Fall, sich in dem Konsultationspapier mit der Marktsituation konkret inhaltlich auseinander zu setzen.

III. Kein ordnungsgemäßes Prüfschema

Die Beschlusskammer zitiert in der Konsultation zwar den Wortlaut von § 20 Abs. 4 PostG korrekt. Er lautet:

„Eine missbräuchliche Beeinträchtigung im Sinne des Absatzes 3 Satz 1 Nummer 2 wird insbesondere dann vermutet, wenn die Spanne zwischen

- 1. dem Entgelt, das ein marktbeherrschender Lizenznehmer Wettbewerbern für eine Zugangsleistung nach § 28 in Rechnung stellt, und*
 - 2. dem Entgelt, das er für eine Endkundenleistung verlangt, die weitere Wertschöpfungsstufen umfasst,*
- nicht ausreicht, um einem effizienten Unternehmen die Erzielung einer angemessenen Gewinnmarge auf dessen Eigenanteil an der Wertschöpfung zu ermöglichen (Preis-Kosten-Schere).“*

Sodann nimmt die Kammer aber eine freihändige Bewertung vor; sie beachtet also nicht, dass der Wortlaut des Gesetzes eine klare Prüfungsreihenfolge vorgibt:

1. Zunächst muss die Bundesnetzagentur das Entgelt für die Teilleistung nach § 28 PostG feststellen.
2. Sodann muss sie die Endkundenleistung identifizieren, die weitere Wertschöpfungsstufen nach der Teilleistung umfasst, und deren Entgelt feststellen.
3. Sodann ist die Differenz zu bilden zwischen dem Endkundenentgelt und dem Teilleistungsentgelt.

4. Anschließend muss das effiziente Unternehmen identifiziert bzw. modelliert und festgestellt werden, wie hoch dessen Kosten für die weiteren Wertschöpfungsstufen sind.
5. Diese Kosten sind von der in Schritt 3 ermittelten Differenz abzuziehen.
6. Schließlich muss festgestellt werden, ob das Ergebnis von 5., also der danach beim Unternehmen verbleibende Betrag, eine angemessene Gewinnmarge für die weiteren Wertschöpfungsstufen des effizienten Unternehmens darstellt.

Die Ausführungen der Kammer in der Konsultation lassen bezweifeln, ob und inwieweit sie diese Prüfungsschritte nachvollzogen hat.

Tatsächlich gründet die Kammer ihren Verdacht einer „PKS II“ in dem Konsultationspapier auf den Vergleich der vermeintlich von der DPIHS zu erwirtschaftenden Marge („EEO-Benchmark“) mit der Marge von lediglich 3 (!) Wettbewerbern (und hinzu kommen sollte lt. Kammer noch der - ohnehin rechtswidrige - „REO“-Zuschlag) . Letztere hat die Kammer - auf für Dritte in rechnerisch nicht nachvollziehbarer Weise - aufgrund von Abgrenzungsproblemen, die sich aus der Markterhebung ergaben, sogar selbst festgesetzt.

Nachfolgend werden die methodischen Mängel der Prüfung anhand der Stufen des o.g. Prüfschemas im Einzelnen dargelegt.

Zu 1) Aus dem Konsultationspapier geht nicht hervor, welches Teilleistungsentgelt der Untersuchung zugrunde liegt. Zwar verweist die Kammer durchgehend auf die Entgelte gem. § 28 PostG, an anderer Stelle spricht sie vom BZA- und BZE-Teilleistungszugang oder von Kosten für die Zustellung von Sendungen durch die DPAG. Die erforderliche Auseinandersetzung oder auch nur die Feststellung der konkreten Ausgestaltung des Tarifs als Ausgangspunkt der Prüfung unterbleibt jedoch völlig.

Tatsächlich berücksichtigt die Kammer in ihrer Berechnung nicht einmal die im Durchschnitt gezahlten Teilleistungsentgelte, sondern blendet diese in ihrer Betrachtung völlig aus.

Zu 2) Noch deutlicher wird die fehlende Systematik bei der Frage nach dem relevanten Endkundenentgelt. Anzusetzen wäre bei der Frage nach der zu betrachtenden Leistung und dem erhobenen Entgelt. Ähnlich wie auch das zu entrichtende Teilleistungsentgelt hängt die Höhe des Endkundenentgeltes vom Umfang der tatsächlichen Dienstleistung sowie vom gewählten Tarifmodell ab. Einflussfaktoren sind etwa die Größe und Beschaffenheit der Sendungen sowie Umfang und Qualität der angebotenen Dienstleistung.

All dies ist der Kammer bekannt, findet aber bei der Betrachtung der Entgelte keinerlei Berücksichtigung. Hierfür wäre nämlich eine tiefere Analyse des Gesamtmarktes und der einzelnen Geschäfts- und auch Tarifierungsmodelle erforderlich gewesen, die – wie oben ausgeführt – weitgehend unterblieben ist.

Zu 3) Wie erwähnt erfolgt weder eine konkrete Definition der relevanten Teilleistungen, noch beschreibt die Kammer die viel wichtigeren teilleistungsrelevanten Vorleistungen. Auch die relevanten Endkundenleistungen definiert die Kammer nicht. Daraus folgt unmittelbar, dass die Kammer auch keine Differenz aus Teilleistungsentgelt und Endkundenleistung gebildet hat. Stattdessen gründet die Kammer ihren Missbrauchsverdacht ausschließlich auf das durchschnittlich von der DPHIS für unterschiedliche Konsolidierungsdienstleistungen erhobene Entgelt.

Dieses undifferenzierte Vorgehen der Kammer ist angesichts der Vielfalt der angebotenen Leistungen und Tarifmodelle am Markt nicht sachgerecht und kann keine PKS i.S.d. § 20 Abs. 4 PostG begründen. Die Kammer erkennt zudem selbst an, dass die Entgelte der Wettbewerber oberhalb derjenigen der DPHIS liegen, so dass von vornherein kein „margin squeeze“ gegeben sein kann und somit der Anwendungsbereich der gesetzlichen Vermutung des § 20 Abs. 4 PostG gar nicht eröffnet ist.

Falsche Datenbasis

Neben diesen grundsätzlichen methodischen Mängeln setzt die Kammer bei ihren aus den genannten Gründen an sich schon nicht sachgerechten Berechnungen auf der falschen Datenbasis auf. Dies betrifft sowohl den Datenstand als auch als die Berechnung des Durchschnittsentgelts.

Nach unserer Auffassung dürfen nur solche Verträge in die Durchschnittsbetrachtungen mit einbezogen werden, bei denen die DPIHS rechtlich die Möglichkeit hat, die entsprechenden Preise anzuheben. Die Problematik der Vertragsbindung ergibt sich insbesondere im Rahmen von Ausschreibungen für sogenannte Fixpreiskunden und ist der Kammer bekannt. Ohne Berücksichtigung dieser Kunden ergibt sich bereits in 2020 ein völlig anderes Bild auch im Hinblick auf die Ergebnissituation der DPIHS (siehe hierzu ausführlich Punkt V.).

Die Kammer setzt zudem in ihren Betrachtungen auf dem Jahr 2020 auf. Wie jedoch aus den der Kammer vorliegenden Verträgen und Unterlagen hervorgeht, hat die DPIHS die Entgelte für Konsolidierungsleistungen (inkl. Freimachung) in den Jahren 2021 und 2022 konsequent angehoben.

Eine Auswertung der Preisentwicklung aus der Abrechnungsdatenbank der DPIHS bei den Standardkunden (also ohne Fixpreiskunden) nach Dienstleistungszentren ergab einen Anstieg der Durchschnittspreise über alle Kunden im ersten Halbjahr 2022 gegenüber 2020 um [REDACTED]

[REDACTED]. Die entsprechende Auswertung ist als Anlage 1 beigefügt.

Bei der Betrachtung der Auswertung ist Folgendes zu beachten:

- Der betroffene Umsatz in 2020 beträgt [REDACTED]. Nicht enthalten sind Entgelte für den Transport der Sendungen, für die Aufbereitung „sonstiger Sendungen“ (vgl. Schreiben der DPIHS vom 30.01.2022, S. 1 f.), Entgelte von Fixpreiskunden (s.o.) sowie zu einem geringen Anteil auch Umsätze von BZE-Kunden, deren Daten noch nicht in der Abrechnungsdatenbank erfasst waren (vgl. Schreiben der DPIHS vom 30.01.2022, S. 2).
- Bei einzelnen Formaten ergeben sich in den Dienstleistungszentren teilweise rechnerische Preissenkungen. Dies ist i.W. auf Struktureffekte insbesondere bei kleineren über die Zeit stark schwankenden Einlieferungsmengen zu beobachten. Dies ist z.B. der Fall, wenn sich der Anteil der frankiert eingelieferten Sendungen ändert.
- Die Abweichung zu dem von der Kammer auf Basis der Marktabfrage ermittelten Durchschnittsentgelts i.H.v. [REDACTED] sind i. W. auf die Transportkosten zurückzuführen.

ren. Im Unterschied zu den Angaben im Rahmen der Marktabfrage enthalten die hier ausgewiesenen Durchschnittsentgelte keine Transportkosten. Wie die DPIHS der Kammer mit Schreiben vom 30.01.2022 (S. 2) mitteilte, ist ein getrennter Ausweis der Transportentgelte aufgrund der unterschiedlichen Abrechnungsmodelle pro Stück und Format nicht sinnvoll. Eine Plausibilisierung des Durchschnittsentgeltes ist dennoch anhand folgender Überlegung möglich: Im Jahr 2020 betrug die Transportkosten der DPIHS ausweisliche unseres Schreibens vom 30.01.2022 [REDACTED]. Geht man von einem durchschnittlichen branchenüblichen Markup in einer Größenordnung von [REDACTED] aus, so ergibt sich rein rechnerisch ein durchschnittliches Transportentgelt von rd. [REDACTED]. Ein weiterer Effekt liegt darin, dass Fixpreispreiskunden deutlich häufiger bei der Aufbereitung die Freimachung der Sendungen nachfragen, was ebenfalls aufgrund des höheren Leistungsumfangs zu einem höheren Durchschnittsentgelt führt. Insgesamt ist daher der von der DPIHS ermittelte Durchschnittspreis i.H.v. [REDACTED] in 2020 plausibel.

Die Transportentgelte wurden von der DPIHS bis zum Ende des ersten Halbjahres 2022 gegenüber 2020 ebenfalls um [REDACTED] angehoben. Insgesamt liegen die Preiserhöhungen der DPIHS für Konsolidierungsdienstleistungen damit in der Größenordnung, die die Kammer nach ihrer ersten (wenngleich methodisch fehlerhaften und hier bestrittenen, s.o.), überschlägigen Betrachtung als Preisanhebung für angeblich notwendig hält.

Hierzu stellt sich ferner unmittelbar die Frage, ob die relevanten Wettbewerber ebenfalls ihre Preise in einem ähnlichen Umfang angehoben haben. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre dies jedenfalls ein starkes Indiz dafür, dass die Preisgestaltung der DPIHS die Preisgestaltung der Wettbewerber gar nicht maßgeblich beeinflusst.

Zu 4) Statt der Bestimmung der Kosten des effizienten Wettbewerbers wendet die Kammer das „REO-Konzept“ an. Ungeachtet der rechtlichen Einwände (s.o.) weist die Anwendung des Konzeptes auch in tatsächlicher Hinsicht gravierende methodische Mängel auf. Hierzu im Einzelnen:

Fehlerhafte Auswahl der Vergleichsunternehmen

Die Ermittlung der Kosten eines „REO“ wird maßgeblich durch die Auswahl der zu betrachten Unternehmen beeinflusst. Wie oben dargelegt, ist bereits die Auswahl der im Rahmen der Marktuntersuchung betrachteten Unternehmen methodisch fehlerhaft. Aus dieser Grundgesamtheit wählt die Kammer sodann drei (!) Unternehmen aus, anhand derer die Margen eines „REO“ „modelliert“ werden sollen.

Die Kammer stellt zunächst richtigerweise fest, die PKS richte sich an alle Unternehmen, die zur Erbringung der Endkundenleistungen auf die Infrastruktureinrichtungen des marktbeherrschenden Unternehmens angewiesen sind. Darunter fielen auch sogenannte Mischanbieter, die den Teilleistungszugang der DPAG nur als ergänzendes Angebot wahrnehmen. Warum diese Anbieter keine Berücksichtigung finden, wird von der Kammer jedoch nicht ausgeführt.

Die Auswahl der betrachteten Unternehmen erfolgt letztlich aus rein praktischen Erwägungen und ist allein auf das Konsolidierungsmodell beschränkt. Zwar nähmen andere Wettbewerber ebenfalls Teilleistungen in Anspruch (s.o.). Hier ergäbe sich jedoch das Problem der Kostenallokation im Rahmen der Mischkalkulation für die erbrachten Leistungen. Die getroffene Aussage verwundert an dieser Stelle, denn das Problem der Mischkalkulation liegt in der Natur der Sache und sollte der Kammer bereits vor der eigentlichen Markterhebung bekannt gewesen sein und verdeutlicht einmal mehr deren methodische Mängel. Denn dieses folgt unmittelbar aus der Tatsache, dass einige Wettbewerber ihre Sendungen nur zum Teil zur Zustellung an die Deutsche Post zur Zustellung übergeben. Es drängt sich insbesondere der Verdacht auf, dass der Fragebogen so gestaltet war, dass die Erhebung aufgrund der mangelhaften Qualität der Daten gar keine umfassendere Betrachtung zulässt.

Eher unsicher bemerkt die Kammer, jedenfalls fielen zumindest Konsolidierer mit Sicherheit unter den Schutzbereich der Norm.²⁷ Die Beschränkung auf Konsolidierungsleistungen biete den Vorteil, dass sich hier keine Probleme der Kostenallokation ergäben.

²⁷ Konsultations-Dok., S. 10

Praktische Erwägungen, insbesondere infolge einer fehlerhaften Markterhebung, können jedoch kein Kriterium für die Auswahl von Vergleichsunternehmen sein. Denn wäre dies der Fall, so ergäben sich für ein und denselben Sachverhalt unterschiedliche „REO“-Benchmarks, die nicht von der sachgerechten Auswahl der relevanten Wettbewerber, sondern allein von der Verfügbarkeit der Daten abhängen. Beim (ohnehin rechtsfehlerhaften, s.o.) „REO“ benötigt die BNetzA ein schlüssiges Modell. DANACH sind die Fragebögen zu gestalten, nicht umgekehrt. Die BNetzA hat demgegenüber offenbar das Modell danach gerichtet, welche Daten sie aus dem Markt bekommt.

Selbst die für den Benchmark ausgewählten drei Unternehmen werfen Zweifel hinsichtlich der Vergleichbarkeit auf. Denn die Kammer weist selbst darauf hin,

„dass das Konsolidierungsgeschäft der betrachteten Wettbewerber mit Blick auf die Kundenstruktur, Abhollogistik und Sortierprozesse sowie mit Blick auf die Eigenleistungs- bzw. Wertschöpfungsquote sehr unterschiedlich ausgeprägt ist.“²⁸

Warum die Kammer die Unternehmen dennoch als ausreichend vergleichbar ansieht und anhand welcher inhaltlich vollziehbaren Kriterien diese Einschätzung erfolgt, ist dem Konsultationspapier nicht zu entnehmen.

Keine Effizienzprüfung

Die Anwendung des (ohnehin rechtsfehlerhaften, s.o.) „REO-Konzeptes“ gründet sich auf Größenvorteile des marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber seinen Wettbewerbern. Höhere Gesamtkosten sind ausschließlich auf die geringere produzierte Menge, nicht jedoch auf ineffiziente Produktionsmethoden zurück zu führen. Bei der Anwendung des Konzeptes ist deshalb besondere Sorgfalt auf die Effizienzprüfung zu verwenden. Auch dies unterbleibt vollständig.

Schon die vermeintlichen Größenvorteile der DPIHS werden inhaltlich gar nicht näher begründet. Die Kammer begnügt sich vielmehr mit dem Hinweis auf die höheren Teilleistungsrabatte (s.o.),

²⁸ Konsultations-Dok., S. 6

den höheren Personaleinsatz und die größeren Maschinenkapazitäten in der Sortierung. Aus diesem Befund leitet die Kammer ohne weitere Prüfung oder sonstige inhaltliche Begründung die Existenz von Größenvorteilen ab. Gerade für den Bereich der hier betrachteten Konsolidierungsdienstleistungen sind jedoch – anders als für den Bereich der eigentlichen Zustellung – Größenvorteile nicht unmittelbar ersichtlich. Die bloße Behauptung von Größenvorteilen kann deshalb für die Ermittlung eines (ohnein rechtsfehlerhaften, s.o.) REO nicht ausreichen.

Hinsichtlich des effizienten Faktoreinsatzes bemerkt die Kammer nur lapidar, dass nur die absatzstärksten Konsolidierer Berücksichtigung fänden und bei dieser Gruppe dem Grunde nach, also ohne weitere Effizienzprüfung, von hinreichender Effizienz ausgegangen werden könne. Eine solche Vorgehensweise hat jedoch zur Folge, dass die Werte für die Kosten als Bezugsgrundlage und damit auch das Gesamtergebnis (unter Einbeziehung der angemessenen Gewinnmarge) spekulativ und freihändig gegriffen, also willkürlich sind.

Zu 5) Das Manko der fehlenden Datengrundlage zieht sich (ebenso wie die gesetzesferne Methodik) durch die gesamte Prüfung. Denn tatsächlich kann die Kammer offensichtlich nur bei einem (!) der drei betrachteten Unternehmen den erwirtschafteten Stückgewinn für Konsolidierungsdienstleistungen den von ihr erhobenen Daten direkt entnehmen. Bei den anderen beiden Unternehmen hat die Kammer den ausgewiesenen Gewinn anteilig anhand eines Umsatzschlüssels selbst berechnet. Weder erfolgt eine Begründung, warum eine solche Vorgehensweise sachgerecht und angemessen sei, noch kann die Berechnung aufgrund der umfangreichen Schwärzungen auf sachliche Richtigkeit oder sonstige Rechenfehler überprüft werden.

Zu 6) Nach Auffassung der Kammer liegt nach ihrer Interpretation des EEO-Tests bereits dann ein Behinderungsmissbrauch i.S.d. der PKS vor, wenn die KeL des regulierten Unternehmens unterschritten werden. Dies entspricht jedoch nicht dem Wortlaut des Gesetzes. Denn § 20 Abs. 4 PostG referenziert, im Unterschied zu § 20 Abs. 3 PostG, ausdrücklich nicht auf die Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung. Maßstab ist allein die angemessene Gewinnmarge, die ein (anderes) effizientes Unternehmen für dessen Eigenanteil – also gerade nicht das regulierte Unternehmen – am Markt erwirtschaften kann.

Diese Unterscheidung macht auch ökonomisch Sinn. Im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens wird unter Berücksichtigung der KeL (s. § 4 Abs. 3 PEntgV) durch die Festlegung der Maßgrößen eine

Preisobergrenze festgelegt. Hierfür stellt § 20 Abs. 2 PostG i.d.F. seit 2021 ausdrücklich auf strukturell vergleichbare Unternehmen ab. Ziel der Anpassung war es, dem regulierten Unternehmen die Möglichkeit zu geben, auf den Transformationsprozess im Postmarkt zu reagieren und gleichzeitig eine flächendeckende Versorgung zu erschwinglichen Preisen mit Postdienstleistungen zu gewährleisten.²⁹

Der § 20 Abs. 4 PostG zielt hingegen auf den Preisabstand zwischen Vorleistung und Endkundenleistung ab. Es geht also explizit um die Marge, die Wettbewerber auf den Eigenanteil ihrer Wertschöpfung erzielen können, um am Markt dauerhaft zu bestehen; nicht aber geht es um den angemessenen Gewinnzuschlag, der dem regulierten Unternehmen zur Aufrechterhaltung der flächendeckenden Versorgung zu angemessenen Preisen, auch vor dem Hintergrund der digitalen Transformation, zugestanden werden soll.

Bereits vor der weiteren Konkretisierung der Bestimmung des angemessenen Gewinnzuschlags als europäischen Benchmark durch den Gesetzgeber hat die Kammer Forderungen zurück gewiesen, im Maßgrößenverfahren ausschließlich Unternehmen im Wettbewerb zu betrachten; zur Begründung verwies die Kammer darauf, dass die Risiken den Bereich der universaldienstgeprägten Brieflogistik keineswegs sämtliche Unternehmen in Postmärkten, sondern ausschließlich die etablierten Unternehmen betreffen (BK5-15/012, Beschluss vom 23.11.2015). Völlig zutreffend hat die Kammer erkannt, dass die großen europäischen Postdienstleister mit ihrer Verpflichtung zum flächendeckenden Universaldienst im Vergleich zu anderen Wettbewerbern besonderen Marktrisiken ausgesetzt sind.

Eine gänzlich andere Situation besteht für Konsolidierer, die daher in der Vergleichsmarktbetrachtung nicht berücksichtigt werden können. Genau dies vertrat die Kammer insoweit seinerzeit überzeugend in ihrem vorgenannten Beschluss aus dem Jahr 2015. Die Kammer schreibt dort:

„Ebensowenig können im Rahmen der Vergleichsmarktbetrachtung Konsolidierer berücksichtigt werden. Für einen Vergleich mit den etablierten Postdienstleistern mangelt es insbesondere daran, dass sie in deutlich geringerem Umfang Auslastungsrisiken ausgesetzt

²⁹ Ausschussdrucksache 19(9)933(neu), BuT - Ausschuss für Wirtschaft und Energie 25.1.2021, 19. WP

und überdies auch nicht vergleichbaren regulatorischen Restriktionen unterworfen sind.“³⁰

Dieser zutreffenden Beurteilung ist aus unserer Sicht nichts hinzuzufügen. Weshalb die Kammer hier bei der PKS-Prüfung nun etwas Anderes vertritt und der Gewinnzuschlag des flächendeckenden Universaldienstleisters auch für Konsolidierer gelten soll, ist nicht schlüssig begründet und erscheint sachwidrig.

Auch aus ökonomischer Sicht müsste die Kammer sich vielmehr mit der Frage auseinandersetzen, welche Marge erforderlich ist, damit unter Berücksichtigung des unternehmerischen Risikos der Wettbewerber (!) diese langfristig am Markt bestehen können. Dies ist jedoch vollständig unterblieben.

IV. Unklare Vorgehensweise bei Einzelfallprüfung

Die Kammer betont in ihrem Konsultationspapier, dass das Vorliegen einer PKS jeweils im Einzelfall zu überprüfen wäre. Sie spricht hier von einem „vertragsspezifischen Mindestentgelt“, dass sich aus der kumulativen Anwendung der EEO- und „REO“-Betrachtung ergebe. Jedes Entgelt müsse, um dem KeL-Maßstab zu entsprechen, eine Rendite von 6,57% erwirtschaften sowie einen Beitrag zur Deckung des (ohnehin rechtswidrigen, s.o.) „REO“-Zuschlags.

Ungeachtet der bereits ausführlich dargestellten rechtlichen Einwände gegen diese Prüfmaßstäbe fehlen leider, abgesehen von grundsätzlichen prozessualen Ausführungen, jegliche konkreten Hinweise darauf, wie und nach welchen Anhaltspunkten eine solche Einzelfallbetrachtung erfolgen soll. Die vermeintlichen Anhaltspunkte der Kammer beruhen ausschließlich auf Durchschnittsbetrachtungen. Die Verträge der DPIHS sind jeweils an den individuellen Kundenbedürfnissen bzw. Ausschreibungsbedingungen ausgerichtet. Die jeweiligen Entgelte müssen deshalb zwangsläufig von dem ermittelten Durchschnitt abweichen, so dass dieser nicht geeignet ist, den Verdacht einer PKS im Einzelfall zu begründen.

Zuletzt ist auch unklar, wie die DPIHS unter Anwendung eines (unterstellt er wäre – quod non - zulässig) „REO“-Benchmarks künftig ihre Preise kalkulieren soll. Denn die Kammer ermittelt den

³⁰ BNetzA, BK5-15/012, Beschluss v. 23.11.2015, S. 39

Aufschlag - soweit dies überhaupt nachvollziehbar ist – erstens auf einer alten Datenbasis. Sie setzt sich zweitens auch nicht mit der Frage auseinander, wie lange dieser Benchmark Bestand haben sollte. Wird dieser Benchmark regelmäßig aktualisiert? Wie ist mit der (s.o.) daraus resultierenden Unsicherheit der DPIHS hinsichtlich der Zulässigkeit ihrer Entgelte zu verfahren?

All dies zeigt, dass die Kammer ihre Vorgehensweise in Bezug auf die Ableitung einer vermeintlichen PKS nur unzureichend durchdacht hat.

V. Keine Hinweise auf PKS bei Anwendung der aktuellen Datenbasis

Selbst wenn man sämtliche oben erläuterte Fehler bei der Prüfung des Vorliegens einer PKS außer Acht lässt und den von der Kammer ermittelten Maßstab der kalkulatorisch ermittelten Marge anwendet, so ergibt sich unter Heranziehung einer notwendigerweise aktualisierten Datenbasis auch bei diesem Vorgehen kein Anhaltspunkt für eine missbräuchliche Preisgestaltung der DPHIS.

Wie bereits erwähnt, sind nur solche Verträge in die Betrachtung mit einzubeziehen, bei denen eine Preisanpassung möglich ist – also ohne sogenannte Fixpreiskunden. Unter Berücksichtigung des sogenannten Fixpreiskundeneffektes erwirtschaftete die DPIHS mit ihren Service Centern im Geschäftsfeld Konsolidierung bereits in 2020 eine Marge von [REDACTED]

Noch positiver stellt sich die Situation in den Folgejahren mit den bereits erwähnten Preiserhöhungen dar. Hier beträgt die Marge [REDACTED] ohne [REDACTED]

an.

Eine detaillierte Herleitung der Ergebnisse ausgehend von den testierten HGB-Jahresabschlüssen (Anlage 2) findet sich in den Anlagen 3 bis 5. Die Segmentierung der Abschlüsse entnehmen Sie bitte der Anlage 6. In Anlage 7 ist der Umsatzausweis gem. HGB und IFRS nach Geschäftsfeldern dargestellt. Die Auswertung des ersten Halbjahres 2022 erfolgte auf Basis der Kostenrechnung der DPIHS und liegt deshalb lediglich gem. IFRS vor.

Die Bereinigung des Ergebnisses um den [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] ist
in Anlage 8 dargestellt. Da die [REDACTED] in der GuV nach Vorgaben des Wirtschaftsprüfers
im Umsatz ausgewiesen werden, erfolgt die entsprechende Bereinigung hier ebenfalls beim Um-
satz. Der [REDACTED] der sich aus den jeweiligen Verträgen pro Format ergibt, sowie die An-
gaben zu Kunden finden sich in der Anlage 9.

Der Vollständigkeit halber stellen wir der Kammer ebenfalls die Werte für 2021 und 2022 in der
Struktur der Markterhebung zur Verfügung (Anlage 10). Auch nach der aus unserer Sicht nicht
sachgerechten Berechnungslogik der Kammer – also insbesondere auch inklusive aller Fixpreis-
kunden – ergeben sich mit einer Umsatzrendite von jeweils [REDACTED] im Jahr 2021 und im 1.
HJ 2022 keine Anhaltspunkte, die den Verdacht einer Preis-Kosten-Schere begründen.

Schon aufgrund dieser geänderten Sachlage in 2021 und 2022 können die Ausführungen der
Kammer im Konsultations-Dok. keinen Bestand haben, sondern es ist (abgesehen von den vielfäl-
tigen anderen rechtlichen Gründen) eine völlige Neubewertung erforderlich.

VI. Missbrauchsvermutung des § 20 Abs. 4 PostG ist widerlegbar

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass § 20 Abs. 4 PostG keine zwingende
Rechtsfolge hat, sondern es sich um eine widerlegbare Vermutung handelt, was sich aus § 20 Abs.
3 Satz 1 [letzter Halbsatz] ergibt („es sei denn, dass eine sachliche Rechtfertigung nachgewiesen
wurde“). Davon geht auch die Kammer im (insoweit zutreffenden) Konsultations-Dok. aus, wie die
Formulierung „zu rechtfertigen“ deutlich macht.³¹ Selbst wenn also hier – quod non – die Tatbe-
standsvoraussetzungen des § 20 Abs. 4 PostG geprüft, dargelegt und belegt wären, könnten die
entsprechenden unternehmerischen Verhaltensweisen sachlich gerechtfertigt werden; damit

³¹ Konsultations-Dok., S. 28, 1. Absatz bei 9.; vgl. auch S. 29 oben.

würde dann eine Vermutung, dass die - quod non - vorhandene Preis - Kosten - Schere ein missbräuchliches Verhalten i.S.d. § 20 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 PostG darstellt, widerlegt.

Diese gesetzliche Regelungssystematik macht es klar:

Nicht jede Preis - Kosten - Schere stellt ein missbräuchliches Verhalten i.S.d. PostG (konkret, des § 20 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 PostG) dar.

Das ist auch inhaltlich sachgerecht, denn - so führt das OVG NRW zutreffend aus:

„Für das Vorliegen einer Preis - Kosten - Schere sind [...] unterschiedliche Ursachen denkbar.“³²

Das Vorliegen eines Missbrauchs kann also widerlegt werden, z.B. dadurch, dass die Preisstrategie des marktbeherrschenden Unternehmens auf vernünftigen bzw. nachvollziehbaren wirtschaftlichen Erwägungen beruht.³³

C. Regulatorisch sachwidriger Aufschlag auf die KEL und Beeinträchtigung der Endkunden, die durch Aufschlagsverbot des PostG geschützt werden sollen

Schließlich zeigt auch das ökonomische Ergebnis der von der Kammer angekündigten Maßnahme, dass die vorgenommene Untersuchung der PKS sachwidrig ist.

1.) Die Kammer legt ihren Ausführungen als Prämisse zugrunde, dass die Wettbewerber nicht über die Skalenvorteile der DPIHS verfügen. Daher, so die Kammer weiter, dürften sie auch nicht von der DPIHS realisiert werden. Die Kammer geht sogar so weit festzustellen, dass die „Einpreisung“ von Skaleneffekten nicht selektiv für einzelne Kunden bzw. Verträge erfolgen dürfe.³⁴

³² OVG NRW, zustimmend zitiert vom VG Köln im Urt. v. 30.08.2019, Az.: 25 K 16124/17, S. 18

³³ OVG NRW, zustimmend zitiert vom VG Köln im Urt. v. 30.08.2019, Az.: 25 K 16124/17, S. 16

³⁴ Konsultations-Dok., S. 29 f.

Diese Aussage steht im offenen Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH. In der Sache bpost hat der EuGH ausdrücklich betont, dass die in Mengenrabatten ausgekehrten Skalenvorteile wettbewerbskonform sind, und auch, dass eine Mengenrabattregelung zulässig ist, die nach Absendern unterscheidet.³⁵ Auf dieses Urteil des EuGH verweist übrigens auch das VG Köln.³⁶

2.) Die Bewertung der Kammer hat außerdem zur Folge, dass die DPIHS eine so hohe Gewinnmarge (nämlich die des Price Cap – Verfahrens) fordern muss, die über der in ihrem spezifischen Marktsegment übliche und für sie – und offenbar auch für die Wettbewerber – auskömmlichen Gewinnmarge liegt. Denn sowohl beim EEO als auch beim (rechtsfehlerhaften) REO fordert die BK einen Zuschlag auf die Gewinnmarge. Beim (rechtsfehlerhaften) REO ist die Überschreitung der auskömmlichen Gewinnmarge nur noch gravierender als beim EEO.

Damit führt die avisierte Maßnahme der BK zu einem nicht-rechtfertigungsfähigen Aufschlag, also zu einem Verstoß gegen das postgesetzliche Aufschlagsverbot. Die Bindung (auch) der BNetzA an das Aufschlagsverbot hatte das BVerwG in seinen Urteilen vom 05.08.2015 betont;³⁷ nochmals in Erinnerung gerufen wurde diese Bindung vom VG Köln.³⁸ Und selbstverständlich gilt das Aufschlagsverbot (entgegen der Ansicht der Kammer)³⁹ auch nach Einführung von § 20 Abs. 4 PostG weiter.

Denn erstens ist schlechthin kein Argument dafür ersichtlich, dass der Gesetzgeber das Aufschlagsverbot durch Einführung der Regelung zur Preis-Kosten-Schere hätte außer Kraft setzen wollen.

Zweitens besteht ohnehin bei normgemäßer Anwendung der Regelung zur Preis-Kosten-Schere keinerlei Konflikt zum Aufschlagsverbot. Denn § 20 Abs. 4 PostG normiert kein bloß „hinreichend“ effizientes Unternehmen, sondern ein (ebenso) effizientes Unternehmen als Maßstab, wodurch wie oben dargelegt ein „REO“-Zuschlag ausgeschlossen ist. Die KEL bleiben also der Maßstab. Daher kann es bei normgemäßer Anwendung von § 20 Abs. 4 PostG auch nicht zu einem Aufschlag

³⁵ EuGH, Urt. v. 11. 02. 2015, Rs. C-340/13 - bpost I, Rn. 47 f.

³⁶ VG Köln, Urt. v. 30.08.2019, Az.: 25 K 16124/17, S. 45

³⁷ BVerwG, Urteile v. 05.08.2015 mit den Az.: 6 C 8.14, 6 C 9.14, und 6 C 10.14, Rn. 40 f.

³⁸ VG Köln, Urt. v. 30.08.2019, Az.: 25 K 16124/17, S. 28

³⁹ Konsultations-Dok., S. 28

auf die KEL kommen, so dass dann auch ein Verstoß gegen das Aufschlagsverbot ausgeschlossen ist. Ein stimmiges Gesamtbild.

3.) Die Richtigkeit dieser Überlegungen bestätigt eine weitere Überlegung: Die von der Kammer avisierte Maßnahme würde weniger effiziente Wettbewerbsunternehmen begünstigen und das marktbeherrschende Unternehmen zwingen, die Preise für Kunden zu erhöhen. Regulierung würde also dazu führen, dass Kunden höhere Preise bezahlen müssen, um die Marge von Konkurrenz-Unternehmen zu erhöhen. Eine derartige künstliche Preiserhöhung zu Lasten der Kunden kann aber nicht Sinn von Regulierung nach dem PostG sein.

4.) Die demgegenüber von der Kammer avisierte Maßnahme beeinträchtigt sach- und rechtswidrig die durch die Regulierung zu schützenden Interessen der Kunden (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 PostG).

D. Fazit

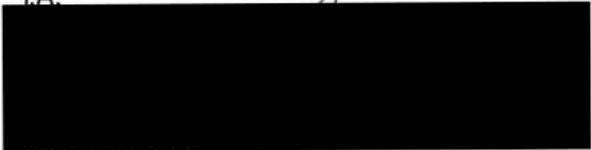
Der von der Kammer im Konsultations-Dok. beschriebene Weg und die von ihr intendierte Maßnahme sind rechtsfehlerhaft und sachwidrig. Die Vorermittlungen sind nach alledem einzustellen.

Wir weisen die Kammer darauf, dass dieses Schreiben inkl. aller Anlagen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Deutsche Post AG enthalten, die Dritten nicht zugänglich gemacht werden dürfen.

Für Rückfragen oder ergänzende Anmerkungen stehen wir Ihnen bei Bedarf gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

i.A.



Dr. Ilka Meyne

Anlagen gem. Anlagenverzeichnis

Anlagenverzeichnis

- Anlage 1 Entwicklung Durchschnittsentgelte DPIHS
- Anlage 2 Jahresabschluss DPIHS (Testat)
- Anlage 3 GuV DPIHS gem. HGB
- Anlage 4 GuV DPIHS gem. IFRS
- Anlage 5 Überleitung der Abschlüsse HGB - IFRS
- Anlage 6 Simulation Segmentierung nach Geschäftsfeldern HGB
- Anlage 7 Herleitung Umsatzausweis Dienstleistungen HGB und IFRS
- Anlage 8 Übersicht EBIT und Margen 2020, 2021, 1. HJ 2022
- Anlage 9 Übersicht Fixpreiskunden
- Anlage 10 Angaben zu Kosten, Erlösen und Gewinn gem. Marktabfrage (E.1.1 und E.1.4)