



9. Beschlussabteilung

Aktenzeichen: B9-128/12

**VERWALTUNGSVERFAHREN
BESCHLUSS
NACH § 32 GWB
– Öffentliche Fassung –**

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

1. Deutsche Post AG
Charles-de-Gaulle-Straße 20
53113 Bonn

- Beteiligte -

Verfahrensbevollmächtigte:

Freshfields Bruckhaus Deringer
Potsdamer Platz 1
10785 Berlin

Mayer Brown Europe-Brussels LLP
Avenue des Arts, 52
1000 Brüssel
Belgien

2. Postcon Deutschland B.V. & Co. KG
Stadionring 32
40878 Ratingen

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

Damm & Mann
Ballindamm 1
20095 Hamburg

wegen Prüfung eines Verstoßes gegen §§ 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB und Art. 102
AEUV hat die 9. Beschlussabteilung am 2. Juli 2015 beschlossen:

- I. Es wird festgestellt, dass die Beteiligte gegen § 19 Abs. 1 GWB, Art. 102 AEUV verstoßen hat, indem sie mit vier Großkunden, den Telekommunikationsunternehmen Deutsche Telekom AG, Vodafone Germany GmbH, Freenet AG und Telefónica Germany GmbH & Co. OHG, Entgelte vereinbart hat, die niedriger waren als die Teilleistungsentgelte, die sich bei Zugrundelegung des jeweiligen Sendungsmixes und der jeweils geltenden durchschnittlichen Teilleistungsrabatte ergeben hätten (Preis-Kosten-Schere).
- II. Es wird festgestellt, dass die Beteiligte gegen § 19 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB, Art. 102 AEUV verstoßen hat, indem sie mit drei Telekommunikationsunternehmen, und zwar der Deutsche Telekom AG, der Freenet AG und der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG, Vereinbarungen abgeschlossen hat, in denen die Einräumung günstiger Entgelte bzw. die Gewährung von Rabatten davon abhängig gemacht wurde, dass diese Unternehmen einen erheblichen Anteil ihres Bedarfes an Postdienstleistungen (jeweils über 90%) bei ihr decken (Treuerabatte; Alleinbezugsbindungen).
- III. Die Gebühr für diese Entscheidung wird auf
[...] Euro
festgesetzt.

Gründe:

A. ZUSAMMENFASSUNG

1. Das vorliegende Verfahren wurde Ende Oktober 2012 mit Auskunftsbeschlüssen eingeleitet, die an 45 große Briefversender in Deutschland versandt wurden. Anlass hierfür war, dass das Bundeskartellamt in den vergangenen Jahren eine Reihe von Beschwerden erhalten hatte, in denen alternative Briefdienstleister sich darüber beklagten, dass die DPAG einzelnen Großkunden Angebote für die Beförderung ihrer Briefe gemacht haben soll, die unter den minimalen Teilleistungsentgelten liegen, also unter demjenigen Betrag, der ein alternativer Briefdienstleister mindestens an die DPAG zahlen müsste, wenn die gleichen Sendungen vorsortiert in ein Briefzentrum in der DPAG eingeliefert worden wären. Dies ist in folgendem Kontext zu sehen:
2. Als marktbeherrschender Briefdienstleister ist die DPAG verpflichtet, Wettbewerbern einen sogenannten Teilleistungszugang zu ihrem Netz anzubieten. Wird dieser in Anspruch genommen, liefert der Wettbewerber Briefe, die er zuvor bei seinem Kunden eingesam-

melt und „teilleistungskonform aufbereitet“, d. h. frankiert, nummeriert und vorsortiert hat, in das Briefzentrum der DPAG ein. Briefe können im Rahmen des Teilleistungszugangs in das BZA (das „Briefzentrum Abgang“ beim Absender) oder das BZE (Briefzentrum Eingang“ beim Empfänger) eingeliefert werden. Im ersten Fall übernimmt die DPAG den Transport vom BZA zum BZE, in beiden Fällen befördert die DPAG die Briefe vom BZE zum Empfänger. Für ihre Leistung stellt die DPAG, vereinfacht gesprochen, das sogenannte Teilleistungsentgelt in Rechnung. Dieses wird berechnet, in dem von dem Standardporto (also derzeit 62 ct je Standardbrief) ein Teilleistungsrabatt von bis zu 40 % abgezogen wird. Das Teilleistungsentgelt variiert von Absender zu Absender, abhängig unter anderem vom Sendungsmix¹ und von der Höhe des durchschnittlichen Teilleistungsrabatts². Der Wettbewerber, der den Teilleistungszugang nutzt, kombiniert diese Leistung mit den selbst erbrachten Dienstleistungen (Abholen beim Absender, Frankieren, Vorsortieren, Einliefern in das Briefzentrum – diese werden als Vorleistungen bezeichnet) zu dem Produkt der Ende-zu-Ende-Beförderung des Briefes.

3. In ökonomischer Sicht stellt die Teilleistung das Vorprodukt dar, da sie als Input für die Erbringung der vollständigen Leistung benötigt wird. Die Teilleistung stellt also das Vorprodukt dar, das von der DPAG auf der vorgelagerten Marktstufe angeboten und von den Wettbewerbern wie der Beigeladenen nachgefragt wird. Auf der nachgelagerten Marktstufe stehen sich die DPAG und ihre Wettbewerber gegenüber, die beide den Endkunden, hier den Großkunden, die Dienstleistung per Ende-zu-Ende-Beförderung anbieten.
4. Eine Preis-Kosten-Schere (auch als Margenbeschneidung bezeichnet) liegt vor, wenn ein beherrschender Anbieter eines Vorproduktes (hier: des Teilleistungszugangs) ebenfalls auf dem nachgelagerten Markt (hier: der Ende-zu-Ende-Beförderung von Briefen) tätig ist und dort Preise verlangt, die niedriger sind als die von ihm auf dem vorgelagerten Markt verlangten Preise für das Vorprodukt. Vorliegend liegt eine Preis-Kosten-Schere also vor, wenn die DPAG als marktbeherrschendes Unternehmen für den Teilleistungszugang einen höheren Preis fordert als für die Ende-zu-Ende-Beförderung von Briefen (oder wenn die Differenz nicht ausreicht, um die zusätzlichen Kosten für die Ende-zu-Ende-Beförderung zu decken).
5. Die Beschlussabteilung hat daher die vereinbarten Endkundenpreise mit den individuellen Teilleistungsentgelten verglichen. Der Vergleich ergab, dass jedenfalls in vier Fällen die Preise, die die Deutsche Post AG auf dem nachgelagerten Markt für die Ende-zu-Ende-

¹ Anteil der Standardbriefe und der größeren und teureren Briefe.

² Dieser wiederum hängt ab von der Anzahl von Sendungen, die je Sendung eingeliefert werden, sowie davon, für welchen Anteil der Sendungen der höhere BZE-Rabatt gewährt wird.

Beförderung der Briefe verlangt hat, niedriger waren, als die Teilleistungsentgelte, die ein Wettbewerber auf dem vorgelagerten Markt an die DPAG hätte entrichten müssen, wenn er den Teilleistungszugang in Anspruch nehmen wollte.

6. Die (unter den Teilleistungsentgelten liegenden) Endkundenpreise wurden zwischen der DPAG und den Großkunden in Verträgen vereinbart, die im Folgenden als „Zielpreisvereinbarungen“ oder „Preisvereinbarungen“ bezeichnet werden. In zwei Fällen wurde ein „Zielpreis“ vereinbart, in den beiden anderen Fällen wurde jeweils ein „Preis“ vereinbart. Dabei wurden verschiedene Instrumente eingesetzt, um die Differenz zwischen den Teilleistungsentgelten und dem Zielpreis zu überbrücken: Werbeentgelte, die die DPAG an den Kunden dafür bezahlt hat, dass der Kunde das Deutsche-Post-Logo, ggfs. mit einem Zusatz „versendet durch die Deutsche Post“ aufdruckt, Entgelte für die Lieferung von Qualitätsdaten und ein Großkundenrabatt. In Anbetracht der Verknüpfung dieser Instrumente mit den Zielpreisvereinbarungen steht diesen „Entgelten“ bzw. „Rabatten“ kein eigenständiger Wert gegenüber; es handelt sich vielmehr um Instrumente, die ausschließlich den Zweck verfolgen, den von den Großkunden zu zahlenden Preis zu senken.
7. Da dieser Preis unter dem Preis für das Vorprodukt liegt, liegt eine Preis-Kosten-Schere vor. Dadurch wurde der Zugang von Wettbewerbern zu dem Markt erschwert und es liegt der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung vor.
8. Zudem wurde in den Vereinbarungen festgelegt, dass diese günstigen Preise unter der Voraussetzung eingeräumt werden, dass der Kunde einen bestimmten hohen Prozentsatz (jeweils über 90 %) seines Bedarfs an Briefdienstleistungen bei der DPAG deckt. Auch hierin sieht die Beschlussabteilung einen gesonderten Missbrauch der marktbeherrschenden Stellung.
9. Die Zielpreisvereinbarungen wurden seit der Einleitung des Verfahrens nicht mehr verlängert und sind ausgelaufen. Aus Sicht des Bundeskartellamtes ist es daher im vorliegenden Fall ausreichend, eine feststellende Entscheidung zu erlassen. Ein Feststellungsinteresse liegt vor. Zum einen besteht Wiederholungsgefahr, da die Beteiligte die Auffassung vertritt, zu dem gerügten Verhalten berechtigt zu sein. Zum anderen kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Beigeladene oder ein anderes Unternehmen Schadenersatzansprüche geltend macht. Dies würde erleichtert, wenn eine behördliche Entscheidung Feststellungswirkung entfaltet.
10. Eine Untersagungsentscheidung erscheint dagegen nicht notwendig. Die Beschlussabteilung behält sich jedoch vor, weiter praktizierte Verhaltensweisen gesondert zu prüfen.

B. SACHVERHALT

I. Die Deutsche Post AG

11. Die Beteiligte ist das angestammte Postdienstleistungsunternehmen in Deutschland und zählt weltweit zu den größten Post- und Logistikunternehmen. Die Deutsche Post AG (im Folgenden: „DPAG“) entstand 1995 durch die Privatisierung des Sondervermögens Deutsche Bundespost und verfügte bis Ende 2007 über eine Exklusivlizenz („Postmonopol“). Die Deutsche Post ist weiterhin der mit Abstand führende Postdienstleister in Deutschland. Die Bundesrepublik Deutschland hält über die KfW Kreditanstalt für Wiederaufbau eine Minderheitsbeteiligung von knapp über 20 % der Aktien. Der Konzernumsatz lag 2014 bei rund 56,6 Mrd. Euro; der Konzern-EBIT lag bei 2,97 Mrd. €.
12. Nach Feststellungen der Bundesnetzagentur hielt die DPAG im Jahr 2012 einen Marktanteil von 88,5 % bei lizenzpflichtigen Briefdienstleistungen.³ Im Jahr 2013 sank der Marktanteil auf 87,7 %.⁴ Die Bundesnetzagentur geht im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt davon aus, dass bei lizenzpflichtigen Briefdienstleistungen weiterhin eine marktbeherrschende Stellung der DPAG besteht.
13. Die DPAG ist in verschiedene Unternehmensbereiche gegliedert:
 - Post - eCommerce - Parcel
 - Express
 - Global Forwarding, Freight
 - Supply Chain
 - Corporate Center.Hier relevant ist der an erster Stelle genannte Bereich Post - eCommerce - Parcel (PeP), der sich wiederum in Brief Kommunikation, Dialog Marketing, Presse Services, Mehrwertleistungen, Paket Deutschland, Global Mail und Renten Service gliedert. Dieser Bereich erzielte 2014 Umsatzerlöse von 15,686 Mrd. €. Der EBIT-Beitrag des Bereichs Post - eCommerce - Parcel lag bei 1,3 Milliarden Euro. Die Umsatzrendite des Unternehmensbereichs lag bei 8,3 %.⁵
14. Zum Konzern der DPAG gehört auch die Deutsche Post Inhaus Services GmbH (im Folgenden: „DPIHS“). Dieses Unternehmen wird auf der Webseite der Deutschen Post⁶ als „Allrounder für Postbearbeitung und Versandoptimierung“ beschrieben. Zu den angebote-

³ TB 2012/13 Post der Bundesnetzagentur, Schaubild Nr. 9.

⁴ Jahresbericht 2014 der BNetzA, S. 109.

⁵ Diese Zahlen wurden vom Geschäftsbereich 2014 der DPAG entnommen, dort insbesondere S. 60.

⁶ www.deutschepost.de.

nen Dienstleistungen gehört auch „Portooptimierung durch Konsolidierung“. Den Kunden wird u.a. eine „deutliche Entgeltermäßigung auf den Basispreis“ versprochen, „auch wenn die eigenen Sendungsmengen nicht ausreichen“. DPIHS ist der größte Konsolidierungskunde der DPAG. 2013 wurden [1 Mrd. bis 1,5 Mrd.] Briefe eingeliefert. Damit liefert DPIHS etwa so viele Briefe bei der DPAG ein wie die [5 bis 10] nächstgrößten Konsolidierer⁷ zusammen.

II. Die Beigeladene

15. Die Beigeladene gehört zum Konzern der niederländischen PostNL und bietet in Deutschland unterschiedliche Postdienstleistungen an. Bis 2014 trat die Unternehmensgruppe unter der Bezeichnung „TNT Post“ auf; sie ist aber nicht mit dem Expressdienstleister TNT verbunden. Unter der Marke Postcon National firmiert das Großkundengeschäft („für Großkunden von Geschäftspost“⁸); in diesem Rahmen wird die End-to-End-Beförderung von Briefen angeboten. Der Geschäftsbereich Postcon Konsolidierung („Rabatte für Geschäftspost über Teilleistungen realisieren“) sammelt Briefe bei Großkunden ein und liefert diese in Briefzentren der DPAG ein. In dieser Eigenschaft ist Postcon nach der Anzahl der eingelieferten Briefe mit Abstand der größte konzernfremde Kunde der DPAG (2013: [500 Mio. bis 1 Mrd.] Briefe). Unter Postcon Regional („für Auftraggeber von Geschäftspost in ausgewählten Ballungsgebieten“) firmieren schließlich Aktivitäten auf regionaler Ebene. Hier werden, oft in Kooperation mit lokalen und regionalen Postdienstleistern, an denen das Unternehmen zum Teil Beteiligungen hält, Briefdienstleistungen auf regionaler Ebene erbracht.

III. Die vier betroffenen Verträge

16. Die Beschlussabteilung hat insgesamt 45 große Versender befragt⁹. Dabei stellte sich heraus, dass die vertraglichen Beziehungen zu vier Unternehmen der Telekommunikationsbranche (im Folgenden gemeinsam: „die vier TK-Unternehmen“), nämlich der Deutschen Telekom AG (im Folgenden: „DTAG“), der Vodafone GmbH (im Folgenden: „Vodafone“), der Telefónica Germany GmbH & Co. OHG (im Folgenden: „Telefónica“) und der Freenet AG (im Folgenden: „Freenet“) kartellrechtlich bedenklich waren, weil zwischen diesen Unternehmen und der DPAG sog. Zielpreisvereinbarungen bestanden. Die vier Unternehmen versenden große Mengen an Briefen wie Rechnungen, Mahnungen, Kundeninformationsschreiben, SIM-Karten u.a. In der Summe versendeten diese vier Unter-

⁷ Anl. 3 zum Schreiben der DPAG vom 15.08.14, Bl. 674 d. A.

⁸ <https://www.Postcon.de/unternehmen/>.

⁹ Zum Verfahrensablauf s.u. Tz. 71 ff.

nehmen im Jahr 2013 etwa [300 bis 400] Mio. Briefe¹⁰. Die vier TK-Unternehmen gehören damit zu den 20 größten Briefversendern, sind in dieser Gruppe aber nicht die größten Versender. Die Bundesanstalt für Arbeit, einige Banken und Versicherungen, Krankenkassen, Finanzbehörden und Versandhändler versenden ähnliche Mengen an Briefen.

17. Den genannten vier Telekommunikationsunternehmen ist gemein, dass sie eine große Anzahl standardisierter Briefsendungen wie Rechnungen, Mahnungen oder SIM-Karten versenden. Diese Briefe werden über den Monat verteilt versendet (also kein „Stoßgeschäft“ z. B. zum Monats- oder Quartalwechsel) und sorgen so für eine gleichmäßige Auslastung des Netzes des Postdienstleisters.
18. Dieser Beschluss bezieht sich ausschließlich auf die Vereinbarungen, die die DPAG mit den vier Telekommunikationsunternehmen geschlossen hat. Soweit die Ermittlungen bei anderen großen Kunden der DPAG ergeben haben, dass mit weiteren Unternehmen ähnliche Vereinbarungen wie die hier näher dargestellten Vereinbarungen getroffen wurden, z. B. über Werbekooperationen oder Großkundenrabatte, ist dies nicht Gegenstand des vorliegenden Beschlusses.
19. Zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen werden die Namen der TK-Unternehmen teilweise durch pseudonymisierte Bezeichnungen ersetzt („TK-Unternehmen 1 bis 4“). Soweit dies notwendig ist, um Geschäftsgeheimnisse zu schützen, wird darüber hinaus offen gelassen, mit welchen Unternehmen die DPAG bestimmte Verträge abgeschlossen hat.¹¹

IV. *Wirtschaftliche Situation bei der Briefbeförderung*

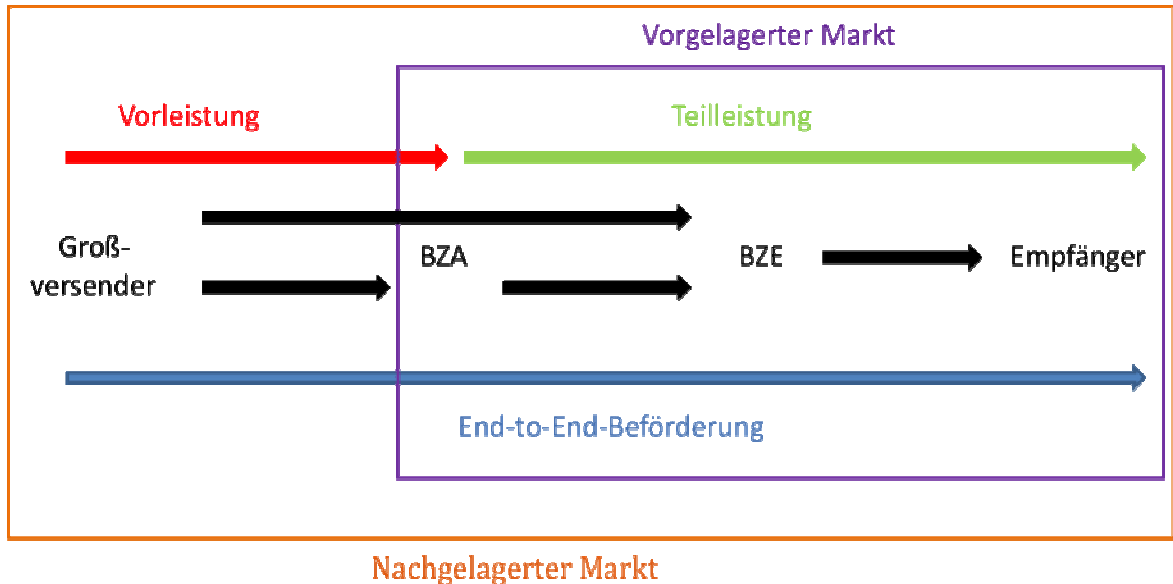
20. Briefe, die von einem Versender an einen Empfänger in Deutschland verschickt werden, durchlaufen mehrere Etappen. Auch wenn der Versender für die Beförderung seiner Briefe einen Wettbewerber der DPAG beauftragt hat, wird jedenfalls ein Großteil der Sendungen im Verlauf der Beförderung eine oder mehrere Stationen bei der DPAG durchlaufen. Nachfolgend werden zunächst die Glieder der Briefbeförderungskette vom Versender zum Empfänger beschrieben (dazu unter 1.), sodann werden unterschiedliche Geschäftsmodelle im Briefbereich dargestellt (dazu unter 2.) und abschließend erfolgt eine Beschreibung der für die Preis-Kosten-Schere relevanten Märkte (dazu unter 3.).

1. Briefbeförderungskette unter Inanspruchnahme der Deutschen Post AG

¹⁰ Auskunft der DPAG vom 15.08.2014 auf die Anfrage vom 27.07.2014, Excel-Tabelle als Anlage, Bl. 672 d.A.

¹¹ So z. B. in den Abschnitten B.V.5. b) und c).

21. Schaubild Briefbeförderungskette



a) Abholen, Sortieren, Einliefern in einem Briefzentrum (Vorleistung)

22. Am Anfang der Briefbeförderungskette steht der Versender.¹² Dieser selbst oder ein externer Dienstleister drucken, kuvertieren und frankieren einen Brief („postvorbereitende Leistungen“). Danach kann der Versender die Briefsendungen auf die ersten beiden Postleitzahlen, die „Leitregionen“ der Empfänger, vorsortieren und im Anschluss in einem Briefzentrum der DPAG einliefern. Alternativ kann die Abholung der Briefsendungen beim Versender, die Vorsortierung sowie die Einlieferung in einem Briefzentrum der DPAG von einem gewerblichen Briefdienstleister vorgenommen werden. Dies kann die DPAG mittels ihres Tochterunternehmens DPIHS¹³ oder ein alternativer Briefdienstleister sein. Die Konstellation, in der ein alternativer Briefdienstleister eine End-to-End-Beförderung der Briefsendungen mittels eines eigenen Zustellnetzes vornimmt und die Briefsendungen nicht in einem Briefzentrum der DPAG einliefert, ist in der Praxis - in Relation zum Gesamtsendungsvolumen von gewerblichen Versendern - von geringer Bedeutung und somit für das vorliegende Verfahren nicht von Relevanz.

b) Teilleistungen

23. An die Einlieferung in einem Briefzentrum schließen sich die Teilleistungen der DPAG an. Jedes Briefzentrum ist einer oder mehreren Leitregionen (d.h. den ersten beiden Ziffern der insgesamt fünfstelligen Postleitzahl) zugeordnet. Das in der Leitregion des Absenders

¹² S. hierzu schon den Konsolidierer-Beschluss v. 11.02.2005, B9-55/03, dort S. 4.
¹³ S.o. Tz. 14.

liegende Briefzentrum wird „Briefzentrum Abgang“ (im Folgenden: „BZA“) genannt, das in der Leitregion des Empfängers liegende Briefzentrum wird „Briefzentrum Eingang“ (im Folgenden: „BZE“) genannt. Diese Briefzentren haben eine Bündelungsfunktion, indem sie – als BZA – die ausgehenden Briefe aus der betreffenden Leitregion bündeln und für den Transport zu den anderen Leitregionen vorbereiten; die für Empfänger in der betreffenden Leitregion selbst bestimmten Briefe verbleiben im BZA, das insoweit mit dem BZE identisch ist. Aus anderen Leitregionen (BZA) eingehende Briefe, die an Empfänger in der betreffenden Leitregion adressiert sind, werden im Briefzentrum, das dann ebenfalls als BZE fungiert, auf die einzelnen Zustellstützpunkte weitersortiert und dorthin transportiert. In den Zustellstützpunkten werden die Briefe nach den Zustellbezirken der jeweiligen Zusteller weitersortiert und anschließend werden die Briefe den Empfängern zugestellt.

24. Die von der DPAG erbrachten Leistungen (Transport der Briefe vom BZA zum BZE, die Sortierung der Briefe im BZE auf die Zustellstützpunkte, den Transport dorthin sowie die Zustellung der Briefe an den Empfänger) werden als „Teilleistungen“ bezeichnet. Man kann den Weg eines Briefes also zeitlich in drei Etappen gliedern: postvorbereitende Leistungen (Drucken, Kuvertieren, Frankieren), Vorleistungen (Abholen, Sortieren, Einliefern ins Briefzentrum) und Teilleistungen (vom BZA zum Empfänger; s.o.). Die Teilleistungen stellen den um die Vorleistungen reduzierten Teil der Beförderungskette dar; als Vorleistungen bezeichnet man die von einem gewerblichen Versender oder alternativen Briefdienstleister als Eigenleistung erbrachten Teile der Beförderungskette. Für die von der DPAG zu erbringenden Teilleistungen ist ein Teilleistungsentgelt zu entrichten. Die Höhe dieses Teilleistungsentgelts ergibt sich aus dem um den sogenannten „Teilleistungsrabatt“ reduzierten Standard-Porto für die jeweils betroffenen Briefsendungen. Dabei wird der Rabatt jedoch nur dann gewährt, wenn bestimmte Mindestmengen von Briefsendungen eingeliefert werden.
25. Zu einem diskriminierungsfreien Angebot von Teilleistungen ist die DPAG kartell- und postrechtlich verpflichtet.
26. Postrechtlich ergibt sich die Pflicht zu Einräumung eines Teilleistungszugangs aus § 28 PostG.
27. Kartellrechtlich wurde im sog. „Konsolidiererbeschluss“¹⁴ des Bundeskartellamtes, der durch das OLG Düsseldorf¹⁵ im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes bestätigt

¹⁴ Beschluss des Bundeskartellamtes v. 12.05.2005, B9-55/03.

¹⁵ Beschluss vom 13.04.2005, VI-Kart 3/05 (V), zit. nach juris.

wurde, u.a. gem. § 32 GWB i. V. m. § 20 und § 50 Abs. 1 und Abs. 2 GWB i. V. m. Art. 82 EG (jetzt: Art. 102 AEUV) beschlossen:

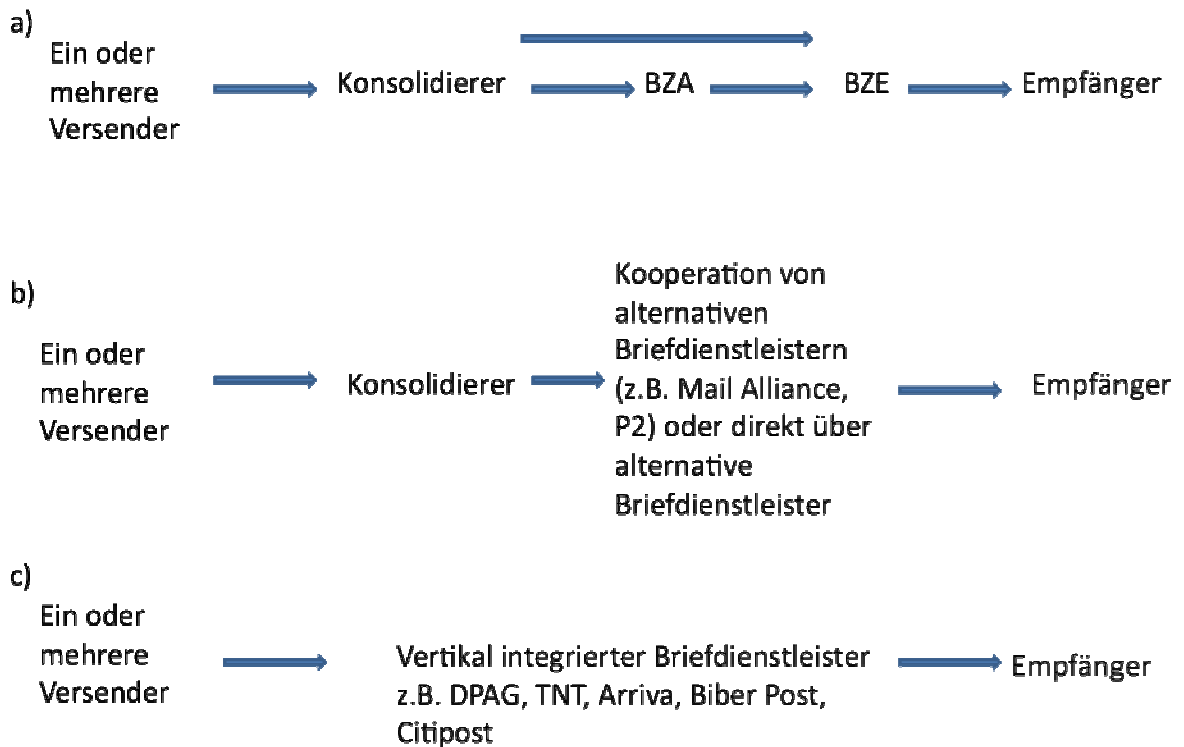
„Der Deutschen Post AG, Bonn („DP AG“) wird untersagt, Unternehmen, die Inhaber einer postrechtlichen Lizenz gem. § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 PostG sind und Briefsendungen mehrere Absender bündeln und vorsortiert in die Briefzentren der DP AG einliefern („Konsolidierer“), die Zugang zu Teilleistungen nach § 28 Abs. 1 PostG und die Gewährung von Rabatten für die von diesen erbrachten teilleistungsrelevanten Eigenleistungen („Teilleistungsrabatte“) für Briefsendungen unterhalb der Gewichts- und Preisgrenzen der Exklusivlizenz (§ 51 Abs. 1 Satz 1 PostG) in dem Umfang zu verweigern, in dem die DP AG Absendern („Massenversendern“) Teilleistungszugang und Teilleistungsrabatte im Rahmen ihrer „Teilleistungsverträge Kunde“ unabhängig von den Gewicht– und Preisgrenzen der Exklusivlizenz und Konsolidierern im Rahmen ihrer „Teilleistungsverträge Wettbewerber“ für die Einlieferung von Briefsendungen oberhalb der Gewichts- und Preisgrenzen der Exklusivlizenz gewährt.“

28. Eine zeitliche Begrenzung oder Befristung sieht der Beschluss nicht vor.
29. In seiner Entscheidung¹⁶ im einstweiligen Rechtsschutz stellte das OLG Düsseldorf u.a. fest, dass weder in formell- noch in materiell-rechtlicher Hinsicht Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des Konsolidiererbeschlusses bestehen. Die Weigerung der DPAG, gewerblichen Konsolidierern für Sendungen unterhalb der Gewichtsgrenze ihrer Exklusivlizenz Teilleistungszugang zu ihrem Postnetz und entsprechende Nachlässe auf Briefbeförderungskosten zu gewähren, stelle nach der gebotenen summarischen Prüfung einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und das Verbot unbilliger Behinderung dar (§ 20 Abs. 1 GWB).

¹⁶ OLG Düsseldorf, 13.04.2005, VI-Kart 3/05 (V), WuW/DE-R 473.

2. Geschäftsmodelle im Briefbereich

30. Schaubild Geschäftsmodelle



a) Vorleistung durch einen Konsolidierer

31. Konsolidierer sind Inhaber einer postrechtlichen Lizenz gemäß § 51 Abs. 1 S. 2 Nr.5 PostG, die Vorleistungen erbringen. Die Konsolidierer erbringen diese Vorleistungen auf zweierlei Art und Weise: (1) Sie bündeln die Sendungen von mehreren Versendern, sortieren die Briefe nach Leitregionen vor und liefern sie im BZA oder BZE der DPAG ein. Diese Bündelung der Briefmengen mehrerer Versender hat den Vorteil, dass die erforderlichen Mindestmengen, die für die Gewährung der Teilleistungsrabatte notwendig sind, erreicht werden. (2) Die Konsolidierer holen die Sendungen von einem einzigen Versender ab, sortieren sie und liefern sie in einem Briefzentrum der DPAG ein. Dies ist in der Regel der Fall, wenn die Sendungsmenge des Versenders ausreicht, um die Schwellen der Teilleistungsrabatte zu überschreiten.
32. Im Anschluss an die Einlieferung in einem Briefzentrum der DPAG werden die Briefsendungen von der DPAG weiter transportiert und schließlich zugestellt. Die Konsolidierer können den Versendern eine Senkung der Portokosten anbieten, wenn sie nur einen Teil

der von der DPAG gewährten Teilleistungsrabatte zur Deckung ihrer Kosten und gegebenenfalls als Gewinn einbehalten und den Rest an die Versender durchreichen. Deutschlandweit tätige Konsolidierer sind z.B. Freesort und Postcon-Konsolidierung. Vorleistungen werden auch durch den zum DPAG-Konzern gehörenden Konsolidierer DPIHS¹⁷ erbracht.

b) Vorleistung durch einen Konsolidierer und Zustellung durch Wettbewerber der DPAG

33. Im Unterschied zur vorangehenden Konstellation werden in dieser Konstellation die Briefsendungen grds. nicht in einem Briefzentrum der DPAG eingeliefert, sondern der Transport und die Zustellung an den Empfänger erfolgt innerhalb einer Kooperation von regionalen Briefdienstleistern wie z.B. „Mail-Alliance“ oder „P2 – Die zweite Post“ oder direkt mittels alternativen Briefdienstleistern. Die Kooperationen verfolgen das Ziel, eine flächendeckende überregionale Zustellung außerhalb des Netzes der DPAG zu erreichen, um so eine End-to-End-Beförderung von Briefen anzubieten und einen alternativen bundesweiten Briefversand zu ermöglichen.¹⁸ Sie bieten Logistik- und Vertriebsleistungen für Briefdienstleister an, besitzen aber keine eigene Abhol- und Zustellorganisation. Die Netzwerke haben jedoch bis zum jetzigen Zeitpunkt noch keine bundesweiten, flächendeckenden Annahme- und Zustellstrukturen. Daher sind alternative Briefdienstleister zwecks einer überregionalen Zustellung zumindest für Teile der Sendungsmengen noch immer auf die Beförderung und Zustellung der Briefsendungen durch die DPAG angewiesen.¹⁹ In diesem Fall werden die Briefe wie unter Rz. 23 beschrieben, in einem Briefzentrum der DPAG eingeliefert.

c) Ende-zu-Ende-Beförderung durch vertikal integrierte Briefdienstleister

34. Schließlich gibt es vertikal integrierte Unternehmen, die die einzelnen Glieder der Beförderungskette von der Abholung der Briefsendungen beim Versender bis zur Zustellung an den Empfänger selbst bzw. mittels anderen Unternehmen aus einem gemeinsamen Konzern vornehmen. Sie haben eine eigene Abhol- und Zustellorganisation aufgebaut. Diese Gruppe stellt die Mehrheit der alternativen Briefdienstleister dar. Hierzu zählen z.B. die Beigeladene, Pin Mail Arriva, Citipost, Biber Post, PostModern oder Logistic Mail Factory. Diese vertikal integrierten Briefdienstleister sind überwiegend regional tätig. Zur Errei-

¹⁷ DPIHS ist als Tochterunternehmen der DPAG als Konsolidierer tätig, der die Briefsendungen in das Netz der DPAG einspeist. Ob DPIHS insofern als eigenständiger Konsolidierer anzusehen ist, kann für den vorliegenden Beschluss dahinstehen.

¹⁸ Monopolkommission, Sondergutachten 62, Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen öffnen, S. 20.

¹⁹ Monopolkommission, Sondergutachten 62, Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen öffnen, S. 20.

chung eines größeren Zustellgebiets arbeiten sie entweder mit alternativen Briefdienstleistern in anderen Regionen oder mit Kooperationen wie Mail Alliance zusammen. Des Weiteren werden auch Sendungsmengen in das Netz der DPAG eingespeist, da diese als einziger Briefdienstleister eine deutschlandweit flächendeckende Zustellung gewährleistet.

d) Kombination von Geschäftsmodellen

35. Zwar gibt es Unternehmen, die ausschließlich als Konsolidierer tätig sind, die genannten Geschäftsmodelle kommen jedoch kaum in reiner Form zur Anwendung, sondern werden in aller Regel miteinander kombiniert. Ein alternativer Zustelldienst wird nicht als reiner End-to-End-Beförderer tätig sein können, da es keinen alternativen Zustelldienst gibt, der bundesweit tätig ist. Die DPAG und alternative Zustellunternehmen befinden sich demgemäß in einigen Gebieten auf allen Stufen des Briefbeförderungsweges im Wettbewerb. In anderen Gebieten, wo es keine Wettbewerber der DPAG mit einem Zustellnetz gibt, können alternative Briefdienstleister dagegen nur in der Weise tätig werden, dass sie den Teilleistungszugang der DPAG in Anspruch nehmen.

3. Vor- und nachgelagerter Markt

36. Die DPAG ist als vertikal integriertes Unternehmen auf verschiedenen Marktstufen tätig. Diese umfassen den vor- sowie den nachgelagerten Markt. Für die Einteilung in die vorgelagerte sowie die nachgelagerte Marktstufe ist eine wirtschaftliche Betrachtungsweise heranzuziehen. Demnach ist der vorgelagerte Markt derjenige, auf welchem das vertikal integrierte Unternehmen ein Vorprodukt offeriert, auf welches die Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt angewiesen sind, da diese keine ausreichenden Ausweichmöglichkeiten für das Vorprodukt haben. Nicht entscheidend für die Einteilung des vor- und nachgelagerten Marktes ist, dass die ökonomisch vorgelagerten Teilleistungen zeitlich nach den Vorleistungen erbracht werden.
37. Vorliegend umfasst der vorgelagerte Markt die Teilleistungen der DPAG und der nachgelagerte Markt die End-to-End-Briefbeförderung. Sowohl die alternativen Briefdienstleister als auch die DPAG offerieren den Versendern die End-to-End-Briefbeförderung. Die alternativen Briefdienstleister sind jedoch zumindest dann, wenn sie die Zustellung nicht selbst bzw. in Kooperation mit anderen, alternativen Briefdienstleistern vornehmen können, auf die Teilleistungen der DPAG angewiesen. Wie bereits erläutert, hat nur die DPAG deutschlandweit ein flächendeckendes Zustellnetz. Daher sind alternative Briefdienstleister zwecks einer überregionalen Zustellung noch immer auf die Beförderung und Zustel-

lung der Briefsendungen durch die DPAG angewiesen.²⁰ Die alternativen Briefdienstleister speisen die Sendungsmengen der Versender im Anschluss an die Vorleistung in einem Briefzentrum der DPAG ein. Daran schließen sich die Teilleistungen an, welche i.d.R. den Transport der Briefe von einem BZA zu einem BZE, die Sortierung der Briefe im BZE auf die Zustellstützpunkte, den Transport dorthin und die Zustellung der Briefe an den Empfänger umfassen.

V. **Die Verträge**

38. Zwischen der DPAG und den vier TK-Unternehmen wurde eine Reihe unterschiedlicher Verträge geschlossen. Relevant für das vorliegende Verfahren sind vertragliche Regelungen zu bestimmten Teilleistungen (hierzu unter 1.), Werbekooperationen (hierzu unter 2.), ein Großkundenvertrag (hierzu unter 3.), Konsolidierungsvereinbarungen (hierzu unter 4.) und schließlich hier als „Zielpreisvereinbarungen“ bezeichnete Abreden (hierzu unter 5.). Diese wiederum enthielten verschiedene Regelungen, von denen hier relevant sind: (a) Abreden über Preise oder Zielpreise, (b) Abreden über die Lieferung von Qualitätsdaten und (c) Abreden, in denen die Gewährung bestimmter Konditionen davon abhängig gemacht werden, dass der Kunde mindestens einen bestimmten Anteil seiner Briefe (in der Terminologie der Verträge: einen bestimmten „share of wallet“) über die DPAG versendet. Die Verträge über Teilleistungen, Werbekooperationen und die Zielpreisvereinbarungen bestanden mit allen vier TK-Unternehmen. Ein Großkundenvertrag war mit einem der vier Unternehmen abgeschlossen. Konsolidierungsvereinbarungen bestanden zwischen der DPAG und drei der TK-Unternehmen.²¹ Alle vier Zielpreisvereinbarungen enthielten Abreden über Preise oder Zielpreise, zwei der vier Zielpreisvereinbarungen erhielten Abreden über die Lieferung von Qualitätsdaten und drei der vier Zielpreisvereinbarungen enthielten eine sog. „Share-of-wallet-Vereinbarung“.

1. **Teilleistungsverträge**

39. Zwischen der DPAG und den vier TK-Unternehmen wurden Teilleistungsverträge BZA und BZE abgeschlossen. Als Beispiel werden hier die beiden Verträge, die die DPAG mit dem Telekommunikationsunternehmen 3 abgeschlossen hat, beschrieben. Dabei handelt es sich um Standardverträge, die in ähnlicher Weise auch mit anderen Großversendern abgeschlossen werden.

²⁰ Monopolkommission, Sondergutachten 62, Post 2011: Dem Wettbewerb Chancen öffnen, S. 20.
²¹ Siehe aber Tz. 51.

40. Der „Teilleistungsvertrag BZA²²“ betrifft den bundesweiten Versand von Briefen und damit den Großteil aller Briefsendungen. Der „Teilleistungsvertrag BZE“ bezieht sich auf den regionalen Versand von Briefen, d. h. auf solche Briefe, für die ein Transport von einem Briefzentrum beim Absender zu einem Briefzentrum beim Empfänger nicht nötig ist. Dementsprechend ist der BZE-Rabatt höher als der BZA-Rabatt.
41. In § 1 des „Vertrag über Teilleistungen BZA Kunde Brief zwischen [dem TK-Unternehmen 3] – im folgenden ‚Kunde‘ – und Deutsche Post AG“ wurde vereinbart, dass nach Maßgabe der entsprechenden AGB der Kunde Sendungen bei den Großannahmestellen als Teilleistungen einliefern kann. Nach § 2 erhält der Kunde für Einlieferungen auf das jeweilige Nettoentgelt, das nach der jeweils aktuellen Broschüre „Leistungen und Preise“ für das jeweilige Basisprodukt zu zahlen ist, einen bestimmten Nachlass. Je nach Basisprodukt (Standard-, Kompakt-, Groß-, Maxibrief, Postkarte) und je nach der Anzahl der Sendungen wird ein Nachlass von 20 % bis 36 % gewährt.²³ Die höchste Rabattstufe wird für Standardbriefe fällig, wenn mindestens 25.001 Sendungen pro Einlieferung eingeliefert werden. Weitere Vertragsbestandteile und eine Zusatzvereinbarung regeln weitere Einzelheiten.
42. Ähnlich ist der „Vertrag über Teilleistungen BZE Kunde Brief“ aufgebaut. Auch dabei handelt es sich um einen Standardvertrag, wie ihn die DPAG mit vielen Großversendern abgeschlossen hat. Nach dieser Vereinbarung gewährt die DPAG auf Standardbriefe einen Rabatt von 40 %. Für größere Briefe (Kompaktbrief und größer) beträgt der Rabatt 38 %. Dies gilt jeweils ab einer Einlieferung von 500 bzw. 250 Stück.
43. Den anderen drei Telekommunikationsunternehmen wird ebenfalls zu gleichen Konditionen ein Teilleistungszugang auf der Grundlage der „AGB Teilleistungen Kunde Brief“ gewährt.

2. Abreden über Werbekooperationen

44. Mit allen vier TK-Unternehmen (sowie mit zahlreichen weiteren Unternehmen) hat die DPAG Verträge über eine Kooperation im Bereich der Werbung abgeschlossen. Diese Verträge über Werbekooperationen sind im Zusammenhang mit den Zielpreisvereinbarungen (dazu unter Tz. 52 ff.) zu lesen, die die Abreden über Werbekooperationen und dort insbesondere die Entgeltregelungen überlagern.²⁴

²² Zu den Begriffen BZE und BZA oben Tz. 23.

²³ Auf den Freistempelrabatt in Höhe von 1 % wird hier zugunsten der Einfachheit der Darstellung nicht eingegangen.

²⁴ S. u. Tz. 59.

45. Mit dem TK-Unternehmen 1 wurde Folgendes vereinbart: Laut § 1 des Vertrages²⁵ ist Vertragsgegenstand die „Erbringung von Werbeleistungen durch den Kunden“, also das TK-Unternehmen. Weiter heißt es in § 1 Abs. 1 Satz 1: „Dabei soll der Deutschen Post nach Maßgabe dieses Vertrages Gelegenheit zur Unternehmenswerbung auf Sendungen des Kunden sowie seiner verbundenen Unternehmen gegeben werden“. Unter § 2 - Leistungen der Parteien – heißt es in § 2.1: „Der Kunde räumt der Deutschen Post das Recht ein, auf Sendungen des Kunden sowie seiner verbundenen Unternehmen mit dem [...] Logo der Deutschen Post zu werben. Dieses Logo druckt der Kunde auf die Umschläge seiner Sendungen gemäß [...] auf oder lässt es aufdrucken [...]“. Unter § 2.2 ist die Vergütung geregelt. Je Werbeauftrag, also je Sendung mit Werbeaufdruck, zahlt die Deutsche Post einen Betrag von [0,02 bis 0,05] €.
46. Mit zwei weiteren der vier TK-Unternehmen wurden im Wesentlichen gleichlautende Verträge vereinbart. Auch mit mehreren anderen der ursprünglich befragten 45 Großkunden der DPAG wurden gleichlautende Verträge abgeschlossen. Mit dem vierten TK-Unternehmen wurde ein anders formulierter Vertrag²⁶ vereinbart, der aber auch die im vorangegangenen Absatz beschriebenen Regelungen enthält.
47. Der mit den vier TK-Unternehmen je Aufdruck vereinbarte Betrag ist jeweils gleich und liegt bei [2,0 bis 5,0] ct je Werbeaufdruck. Nach Auffassung der DPAG gibt dieser Betrag den Werbewert auch angemessen wieder.²⁷
48. Die Vereinbarungen über Werbekooperationen werden aktuell von der DPAG fortgesetzt. Entfallen ist allerdings die Überlagerung durch die Zielpreisvereinbarungen.

3. Großkundenvertrag

49. Mit einem der TK-Unternehmen wurde ein sog. Großkundenvertrag²⁸ abgeschlossen. Dieser Vertrag ist – ebenso wie die Abreden über Werbekooperationen (Tz. 44 ff.) im Zusammenhang mit der Zielpreisvereinbarung zu lesen.²⁹ Der ursprüngliche Vertrag hatte eine Geltungsdauer von [...] bis [...]. In § 3.2 heißt es: „Die Deutsche Post gewährt auf die in den ‚Leistungen und Preisen‘ für das jeweilige Produkt angegebenen Preise eine Gutschrift in Höhe von [1 – 5] %, wenn der Kunde im jeweiligen Kalenderquartal die von ihm prognostizierten Sendungsmenge von mindestens [...] Mio. Stück Briefe einliefert.“ Dieser

²⁵ Anlage 33 der Antworten des TK-Unternehmens 1 vom 14.12.2012 auf den Auskunftsbefehl vom 30.10.2012.

²⁶ Vertrag zur Kooperation im Bereich der Werbung auf zentral produzierten Briefsendungen.

²⁷ S.u. Tz. 185 ff.

²⁸ Vereinbarung zwischen [...] und Deutscher Post AG, Bl. 147 ff. der Unternehmensakte.

²⁹ S.u. Tz. 52 ff., 59 f.

Vertrag wurde durch eine neue Vereinbarung mit ähnlichem Inhalt ersetzt. Allerdings wird dort die prognostizierte Sendungsmenge auf [...] Mio. Briefe festgesetzt; die Rabatthöhe wird auf [...] % reduziert. Unter § 2 „Kooperationsleistungen des Kunden“ heißt es im Absatz 2.2: „Auf besondere Anforderung der Deutschen Post sind Plandaten mit folgenden Angaben bereitzustellen: [Einlieferungsdaten].“ Daher wird dieser Rabatt auch als „Planmengenrabatt“ bezeichnet.

50. Für den Großkundenrabatt gilt ebenso wie für die anderen Rabatte, dass er von der Regelung in der Zielpreisvereinbarung überlagert wird. Auch der Großkundenrabatt gehört zu den Instrumenten, die dazu dienen, den vereinbarten Zielpreis zu erreichen.³⁰

4. Konsolidierungsvereinbarungen

51. Mit einem Teil der vier TK-Unternehmen hat die zum Konzern der DPAG gehörende DPIHS³¹ Konsolidierungsvereinbarungen abgeschlossen, also Vereinbarungen über die Erbringung von Vorleistungen durch DPIHS. Nach diesen Vereinbarungen umfassen die Leistungen von DPIHS die Abholung der Sendungen bei einer vom Auftraggeber benannten Abholstelle, die Sortierung der Sendungen in Briefbehälter und die taggleiche Einlieferung der Sendungen in das Briefzentrum der DPAG im Namen des Auftraggebers.³² Im Hinblick auf die Vergütung für diese Leistungen wurden diese Konsolidierungsvereinbarungen jedoch durch die nachfolgend dargestellten Zielpreisvereinbarungen überlagert: In der Vereinbarung zwischen DPIHS und dem TK-Unternehmen 1 war zwar eine Entgeltregelung vorgesehen; mit dem Zielpreis wurde jedoch die End-to-End-Beförderung³³ abgegolten. Im Ergebnis wurden diese Leistungen daher ohne gesonderte Vergütung erbracht. Auch die Vereinbarung von DPIHS mit dem TK-Unternehmen 2 sah eine Entgeltregelung vor. Allerdings war vorgesehen, dass die DPAG diese Kosten wieder erstattet.³⁴ Aufgrund der Rückerstattung der Konsolidierungsentgelte umfasste der Zielpreis faktisch die End-to-end-Beförderung der Briefsendungen. Gleiches galt im Ergebnis für das TK-Unternehmen 3. Zwischen der DPAG oder DPIHS und diesem Unternehmen bestand zwar keine Konsolidierungsvereinbarung; die Sendungen wurden aber dennoch ohne zusätzliche Kosten für den Kunden abgeholt und in das Briefzentrum eingeliefert. Mit dem

³⁰ S. u. Tz. 52 ff., 59 f.

³¹ S.o. Tz. 14.

³² Siehe i.E. die Beschreibung der Konsolidierungsverträge in der Mitteilung des Ermittlungsstandes, Bl. 93 d.A., öffentliche Version Bl. 343 d.A., Tz. 76 ff., 93 ff., 115.

³³ Vermerk zum Telefonat mit Vertretern des TKU 1 vom 07.03.2013.

³⁴ „Kostenübernahme Williams Lea“, vgl. Mitteilung des Ermittlungsstandes, Tz. 105. („Williams Lea“ ist die frühere Bezeichnung von DPIHS).

TK-Unternehmen 4 hat DPIHS dagegen einen Konsolidierungsvertrag abgeschlossen, auf dessen Grundlage ein Entgelt für die erbrachten Vorleistungen geleistet wird.

5. Zielpreisvereinbarungen

a) Zielpreise/Preise

52. Mit den vier TK-Unternehmen bestanden Vereinbarungen, die hier als „Zielpreisvereinbarungen“ bezeichnet werden. Diesen Vereinbarungen ist gemeinsam, dass ein bestimmter „Zielpreis“ zwischen den Vertragsparteien angestrebt wird. Der Zielpreis kann nach Basisprodukt (Briefgröße) differieren. Der Zielpreis sollte jeweils dadurch erreicht werden, dass von dem Ausgangspreis Rabatte, Entgelte für Qualitätsdaten sowie Entgelte für Werbeleistungen in einer Höhe abgezogen werden, die notwendig ist, um den Zielpreis zu erreichen. Im Einzelnen:
53. Zwischen der DPAG und dem TK-Unternehmen 1 bestand eine im Folgenden als „Zielpreisvereinbarung“ bezeichnete nicht datierte „Vereinbarung“, die sich aus einer Präambel und insgesamt 22 Ziffern zusammensetzte.³⁵ Diese lautete auszugsweise wie folgt:

„9. [Das TK-Unternehmen 1] erwartet einen Zielpreis von [...]“³⁶ für Standardbrief und Kompaktbrief im Mix dieser Sendungsarten, einen Preis von [...] für Großbriefe und einen Preis von [...] für Maxibriefe. Sollte sich das durchschnittliche Gewicht signifikant erhöhen, passen die Vertragspartner die Regelungen in diese Vereinbarung an.

10. Die Deutsche Post AG und [das TK-Unternehmen 1] schließen einen Werbekooperationsvertrag ab, in der die Deutsche Post [dem TK-Unternehmen 1] den Mediawert erstattet, der ihr durch die Werbung des [TK-Unternehmen 1] in seinen Medien zugutekommt.

11. Die Einlieferungen erfolgen zu den veröffentlichten Preisen, den veröffentlichten Rabatten und den Vertragsbedingungen der Deutschen Post.

[Das TK-Unternehmen 1] wird für die Deutsche Post in ihren Medien Werbung schalten. Die Kosten für die Werbung stellt [das TK-Unternehmen 1] der Deutschen Post in Rechnung. Die Summe der Kosten für die Media-Werte, die die Deutsche Post erstattet, darf die Differenz zwischen der eingelieferten Menge multipliziert mit Zielpreis und dem bezahlten Entgelt abzüglich gewährter Rabatte für die Einliefe-

³⁵ Anlage 10 zur Antwort des TK-Unternehmens 1 auf den Auskunftsbeschluss vom 30.10.2012, siehe auch die Mitteilung des Ermittlungsstandes, Bl. 93 ff. d.A., öffentliche Version Bl. 343 ff. d.A., Tz. 113,

³⁶ Zur Höhe des Zielpreises s. Mitteilung des Ermittlungsstandes, Tz. 114 sowie unten Tz.59.

runngsmenge nicht überschreiten. Der maximale Betrag wird monatlich zwischen den Vertragsparteien fixiert, von [dem TK-Unternehmen 1] der Deutschen Post in Rechnung gestellt und von der Deutschen Post innerhalb von 20 Tagen bezahlt.

[...]

15. Die Werbekooperation kann einvernehmlich zwischen den Vertragsparteien durch andere Kooperationen ersetzt werden, bei denen die finanziellen Auswirkungen für [das TK-Unternehmen 1] gleich bleiben.

16. [Das TK-Unternehmen 1] wird für die Deutsche Post Qualitätsdaten bereitstellen. Die Kosten für die Erstellung und die Übergabe der Qualitätsdaten stellt [das TK-Unternehmen 1] der Deutschen Post mit [0,001 - 0,005] € je Sendung, die bei der Deutschen Post eingeliefert wird, in Rechnung.

[...]

18. Williams Lea eine 100 % Tochter der DPAG wird bei Einlieferung gemäß diesem Vertrag keine zusätzlichen Kosten für mehrere Postdienstleister mehr in Rechnung stellen.“

54. Die Vereinbarung vom [...] mit dem TK-Unternehmen 2 sah entsprechende Regelungen vor.³⁷ Auch hier sollte der Zielpreis erreicht werden, indem das TK-Unternehmen 2 für die DPAG in ihren Medien Werbung schaltete. Im vorliegenden Zusammenhang ist damit Werbung auf ihren Briefumschlägen gemeint. Auch hier war vorgesehen, dass die Summe der Kosten für die Mediawerte, die die DPAG erstattet, nicht größer sein sollte als die Differenz der bezahlten Entgelte abzüglich von Rabatten und dem Zielpreis. Allerdings galt bei dem TK-Unternehmen 2 die Besonderheit, dass von dem Zielpreis noch das Entgelt für die Qualitätsdaten in Höhe von [0,005 - 0,01] € je Brief abgezogen wurde. Der im Ergebnis vereinbarte Zielpreis lag also nicht bei dem in Ziff. 6 der Vereinbarung genannten Zielpreis von [...] € für Standard-, Kompakt- und Großbriefe und [...] € für Maxibriefe, sondern bei [...] € je Sendung. Die Vereinbarung lautet auszugsweise wie folgt:

2. Die Summe und diese Vereinbarung beziehen sich nur auf DV-freigemachte oder konsolidiert eingelieferte Sendungen. [Das TK-Unternehmen 2] bemüht sich mit Unterstützung der Deutschen Post die Sendungen so einzuliefern, dass die Standardrabatte der Deutschen Post maximiert werden.

[...]

5. [Das TK-Unternehmen 2] versendet derzeit ein Volumenmix der folgenden Sen-

³⁷

Siehe auch die Mitteilung des Ermittlungsstands, Bl. 93 ff. d.A., öffentliche Version Bl. 343 ff. d.A., dort Tz. 92, zur Höhe des Zielpreises unten Tz. 59.

Sendungsarten:

Standardbriefe [...] %

Kompaktbriefe [...] %

Großbriefe [...] %

6. [Das TK-Unternehmen 2] erwartet einen Zielpreis von [...] € im Mix dieser Sendungsarten. Für Maxibriefe wird ein Zielpreis von [...] € erwartet. Sollte sich dieser Mix signifikant verändern, passen die Vertragspartner die Regelungen in dieser Vereinbarung an.

7. Die Deutsche Post und [das TK-Unternehmen 2] schließen einen Werbekooperationsvertrag ab, in der die Deutsche Post [dem TK-Unternehmen 2] den Medienwert erstattet, der ihr durch Werbung [des TK-Unternehmens 2] in ihren Medien zu Gute kommt.

8. Die Einlieferungen erfolgen zu den veröffentlichten Preisen, den veröffentlichten Rabatten und den Vertragsbedingungen der Deutschen Post.

9. [Das TK-Unternehmen 2] wird für die Deutsche Post in ihren Medien Werbung schalten. Die Kosten für diese Werbung stellt [das TK-Unternehmen 2] der Deutschen Post in Rechnung. Die Summe der Kosten für die Mediawerte, die die Deutsche Post erstattet, darf die Differenz zwischen der bei der Deutschen Post eingelieferten Menge multiplizierten Zielpreis und dem bezahlten Entgelt an die Deutsche Post abzüglich gewährter Rabatte für die Einlieferungsmenge nicht überschreiten. Der maximale Betrag wird monatlich zwischen den Vertragsparteien fixiert, von [dem TK-Unternehmen 2] der Deutschen Post in Rechnung gestellt und von der Deutschen Post innerhalb von 30 Tagen bezahlt.

[...]

10. Die Werbekooperation kann einvernehmlich zwischen den Vertragsparteien durch andere Kooperationen ersetzt werden, bei denen die finanziellen Auswirkungen für [das TK-Unternehmen 2] gleich bleiben.

11. Das [TK-Unternehmen 2] wird für die Deutsche Post Qualitätsdaten (z. B. Reklamationsinformationen) bereitstellen. Die Kosten für die Einlieferung und die Übergabe der Qualitätsdaten stellt [das TK-Unternehmen 2] der Deutschen Post mit [0,005 - 0,01] € je Sendung, die bei der Deutschen Post [...] eingeliefert wird, in Rechnung.“

55. Mit dem TK-Unternehmen 3 bestand ebenfalls eine solche Vereinbarung. Diese war als „Ergänzungsvereinbarung zum Dienstleistungsvertrag zwischen der Deutschen Post AG

und [TK-Unternehmen 3] vom [...] über die Beförderung von Briefdienstleistungen“³⁸ titulierte. Die Ergänzungsvereinbarung lautete auszugsweise wie folgt:

§ 1 Vertragsumfang

[Das TK-Unternehmen 3] und die mit [ihm] nach § 15 AktG verbundenen Unternehmen in Deutschland verpflichten sich, mit den in § 2 dieser Vereinbarung getroffenen Einschränkungen und denen in § 4 genannten Erweiterungen mindestens alle zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bezogenen Briefprodukte auch weiterhin von der Deutschen Post zu beziehen. Damit gehen weder [das TK-Unternehmen 3] noch die mit [ihm] in Deutschland nach § 15 AktG verbundenen Unternehmen eine Verpflichtung ein, eine bestimmte Menge an Briefprodukten abzunehmen oder einen bestimmten Mindestumsatz zu tätigen. Briefprodukte sind [...]

§ 2 Leistungen der Deutschen Post

Die Deutsche Post verpflichtet sich die Sendungen der [des TK-Unternehmens 3] und der... verbundenen Unternehmen in Deutschland in der zugesicherten Qualität zu den vereinbarten Konditionen zu erbringen. Die Konditionen sind im Einzelnen für in § 1 beschriebene Leistungen:

2.1 zentral produziert... (Grundlage: [...])*

2008 [...] €/Stück

2009 [...] €/Stück

2010 [...] €/Stück

2011 [...] €/Stück

2012 [...] €/Stück

Die Preise sind Nettopreise zuzüglich einer evtl. anfallenden MwSt.

**Sendungen des Absenders [TK-Unternehmen 3] oder eines mit [ihm] nach § 15 AktG verbundenen Unternehmens in Deutschland, die von William Lea Deutschland (DPWL) oder von einem nach § 15 AktG verbundenen Unternehmen [des TK-Unternehmens 3] in Deutschland produziert werden.*

Die Sendungen „zentral“ unter 2.1 werden zunächst zu den geltenden maximalen Rabattkonditionen abgerechnet. Parallel wird über Werbekooperationen und andere Instrumente das Delta zu vereinbarten Konditionen ausgeglichen. In einer gesonderten Quartalsabrechnung mit [...] wird Nachweis über die Abrechnung/den Ausgleich geführt. In einer jährlichen Endabrechnung wird SOLL und IST ausgeglichen.“

³⁸

S. Mitteilung des Ermittlungsstandes, Bl. 93 ff. d.A., öffentliche Version Bl. 343 ff. d.A., Tz. 45 ff. sowie zur Höhe des Entgeltes unten Tz. 59.

56. Anders als die Vereinbarungen mit den TK-Unternehmen 1 und 2 wird hier nicht der Begriff des „Zielpreises“ verwandt, es wird vielmehr schlicht ein „Preis“ vereinbart.
57. Mit dem TK-Unternehmen 4 bestand keine schriftliche Fassung einer Zielpreisvereinbarung. Dass eine solche Vereinbarung mündlich geschlossen wurde, ergibt sich jedoch aus einer internen E-Mail des Unternehmens³⁹, die dem Bundeskartellamt auf Anfrage vorgelegt wurde. In dieser E-Mail heißt es auszugsweise:

„Current offer from German Post (GP), [...] Euro/unit . This offer is valid for a dual vendor strategy. Volumes subject to performance. Price valid for [...] years. PT⁴⁰ [...].

TNT offer is currently subject to volumes and exceeds the pricing of GP.“

58. Aus dieser E-Mail ergibt sich, dass das Angebot der DPAG einen Preis von [...] €/Sendung enthielt. Mit Wirkung ab April 2013 wurde dieser Betrag leicht erhöht. Dieses Angebot wurde schließlich von dem TK-Unternehmen 4 angenommen. Auch hier wird nicht von einem Zielpreis gesprochen, sondern ein Angebot von [...] € je Brief wiedergegeben.
59. Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass die DPAG mit den vier TK-Unternehmen Preise (TK-Unternehmen 3 und 4) bzw. Zielpreise (TK-Unternehmen 1 und 2) vereinbart hatte, die zwischen 0,317 €/Sendung und 0,363 €/Sendung lagen, jeweils unter Zugrundelegung des Sendungsmixes des jeweiligen Unternehmens.⁴¹ Der Zielpreis sollte jeweils in der Weise erreicht werden, dass von dem ursprünglichen Preis (dem Teilleistungsentgelt) „Entgelte für Werbeleistungen“ und ggf. „Entgelte für Qualitätsdaten“ sowie der Rabatt aus dem Großkundenvertrag in der Höhe abgezogen wurden, die notwendig war, um den Zielpreis zu erreichen.
60. Im Falle der TK-Unternehmen 1 und 2 sollte der Zielpreis in der Weise erreicht werden, dass die Kosten für die Werbung die Differenz zwischen dem bezahlten Entgelt abzüglich gewährter Rabatte und dem Zielpreis abdeckt. Im Fall des TK-Unternehmens 3 war ebenfalls vereinbart, dass dem Kunden zunächst die geltenden maximalen Rabattkonditionen zugutekommen, und dass abschließend über Werbekooperationen und andere Instrumente „das Delta zu den vereinbarten Konditionen ausgeglichen wird“. Im Fall des TK-

³⁹ S. Tz. 73 ff. der Mitteilung des Ermittlungsstandes, Bl. 114 d.A.

⁴⁰ Payment terms (Zahlungsziel).

⁴¹ Teilweise wird ein einheitlicher Preis, unabhängig vom Basisprodukt/Gewicht vereinbart, teilweise wird nach Basisprodukten differenziert. In den Fällen, in denen der Zielpreis je nach Basisprodukt/Gewichtskategorie unterschiedlich war, errechnete die Beschlussabteilung einen Durchschnitt, wobei für die Gewichtung zugrundegelegt wurde, wie viele Sendungen der unterschiedlichen Basisprodukte das Unternehmen im Jahr 2012 versendet hatte.

Unternehmens 4 dagegen wurde der entsprechende Preis mündlich vereinbart, ohne dass ein Verfahren zur Erzielung dieses Preises ausdrücklich vorgesehen wurde. Zu den Instrumenten, die zur Erreichung des Zielpreises eingesetzt wurden, gehören also die Entgelte für die Qualitätsdatenlieferung und der Großkundenrabatt ebenso wie die Entgelte aus Werbekooperationen.

b) Abreden über die Lieferung von Qualitätsdaten

61. Mit zweien der vier TK-Unternehmen wurden Abreden über die Lieferung von Qualitätsdaten geschlossen. Die Vereinbarungen über die Lieferung von Qualitätsdaten waren in beiden Fällen Teil der oben beschriebenen Zielpreisvereinbarungen.
62. Mit dem ersten dieser zwei TK-Unternehmen wurde vereinbart: „[Das TK-Unternehmen] wird für die Deutsche Post Qualitätsdaten bereitstellen. Die Kosten für die Erstellung und Übergabe der Qualitätsdaten stellt [das TK-Unternehmen] der Deutschen Post mit [0,001 - 0,1] € je Sendung, die bei der Deutschen Post eingeliefert wird, in Rechnung.“⁴²
63. Mit dem zweiten dieser zwei TK-Unternehmen wurde vereinbart: „[Das TK-Unternehmen] wird für die Deutsche Post Qualitätsdaten (z.B. Reklamationsinformationen) bereitstellen. Die Kosten für die Erstellung und die Übergabe der Qualitätsdaten stellt [das TK-Unternehmen] der Deutschen Post mit [0,001 - 0,01] € je Sendung, die bei der Deutschen Post gemäß Nr. 2 eingeliefert wird, in Rechnung.“⁴³
64. Nähere Bestimmungen dazu, welche Daten als Qualitätsdaten zur Verfügung gestellt werden, enthielten beide Verträge nicht. In der Praxis wurden zum Beispiel Excel-Tabellen übermittelt⁴⁴, in denen Reklamationsanrufe von Kunden detailliert aufgeführt wurden (Name des Kunden, Adresse, Reklamationsgrund usw.). Eines der TK-Unternehmen berichtete mündlich, teilweise wurde die Lieferung von Qualitätsdaten dadurch ersetzt, dass Anrufer, die bei dem TK-Unternehmen Reklamationen vortragen wollten, an die entsprechende Hotline der DPAG verwiesen wurden.⁴⁵ Das Entgelt für die Qualitätsdaten bezog sich in beiden Fällen auf einen Betrag pro versendeten Brief, war also unabhängig von der Menge der gelieferten Daten.

⁴² Tz. 16 der Zielpreisvereinbarung; siehe auch Tz. 98 der Mitteilung des Ermittlungsstandes, Bl. 93 ff., 122 d.A., öffentliche Version Bl. 343 ff. d.A.,

⁴³ Ziffer 13 der Zielpreisvereinbarung mit dem TK-Unternehmen; s. auch Tz. 118 f. der Mitteilung des Ermittlungsstandes, Bl. 128. d.A.

⁴⁴ Tz. 118 f. der Mitteilung des Ermittlungsstandes, Bl. 93 ff., 128 d.A., öffentliche Version Bl. 343 ff. d.A.,

⁴⁵ S.u. Tz. 170.

65. Auch das Entgelt für die Qualitätsdaten ist im Kontext der Zielpreisvereinbarungen lediglich als ein Mittel anzusehen, um das Entgelt zu reduzieren. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut und der Systematik der Zielpreisvereinbarungen. Hätte die DPAG die Qualitätsdaten nicht vergütet, hätte sie einen um den gleichen Betrag erhöhtes Entgelt für Werbeleistungen zahlen müssen.

c) „Share-of-wallet“-Regelungen

66. Drei der genannten Zielpreisvereinbarungen, und zwar diejenigen mit der Deutschen Telekom, mit Telefónica und mit Freenet, enthielten eine sog. „share-of-wallet-Regelung“. Die Einräumung der Zielpreise wurde damit davon abhängig gemacht, dass das TK-Unternehmen die DPAG für mindestens einen bestimmten hohen Prozentsatz ([90 % bis 99,5 %]) der Briefsendungen nutzte. Teilweise wurde dies eingeschränkt, z.B. auf bestimmte Sendungstypen beschränkt. Im Einzelnen:
67. Die Zielpreisvereinbarung mit dem ersten dieser drei TK-Unternehmen sah in ihrer Nummer 1 vor, dass das TK-Unternehmen und die mit ihm verbundenen Unternehmen die DPAG für mindestens [95 – 99] % ihres Briefvolumens in Deutschland nutzten. Weiter hieß es, dass die Preise dieser Vereinbarung unter dem Vorbehalt stehen, dass diese Mengen eingeliefert werden.
68. Entsprechend sah die Zielpreisvereinbarung mit dem zweiten dieser drei TK-Unternehmen vor, dass dieses Unternehmen die DPAG resp. ihre Tochtergesellschaften für mindestens [90 – 95] % ihres Briefvolumens in Deutschland nutzen. Auch hier hieß es, dass die Preise dieser Vereinbarung unter dem Vorbehalt stehen, dass die Mengen eingeliefert werden.
69. Die Ergänzungsvereinbarung mit dem dritten dieser drei TK-Unternehmen sah vor, dass die vereinbarten Zielpreise auf der Grundlage vereinbart wurden, dass der „share of wallet“ [95 - 99,5] % für die zentral produzierten Sendungen ist. Für dezentral produzierte Sendungen sowie für Postwurfsendungen und Handelsflyer sollte der „share of wallet“ bei [95 – 99,5] % liegen.⁴⁶

6. Auslaufen der Verträge

70. Die mit den vier Telekommunikations-Unternehmen abgeschlossenen Zielpreisvereinbarungen sind inzwischen ausgelaufen und wurden nicht erneuert. Dies hat allerdings nicht dazu geführt, dass die Unternehmen zu einem anderen Dienstleister gewechselt sind.

⁴⁶ Die beiden Prozentsätze unterscheiden sich, liegen jedoch innerhalb der Spanne.

VI. Verfahrensablauf

71. Die Beschlussabteilung leitete das vorliegende Verfahren mit Auskunftsbeschlüssen vom 30.10.2012⁴⁷ ein. Dem lag der Anfangsverdacht zugrunde, dass die DPAG in vertraglichen Vereinbarungen mit Großkunden über die End-to-End-Beförderung von Briefsendungen gegen die §§ 1, 19 Abs. 1, 19 Abs. 4 Nr. 1, 20 Abs. 1, 20 Abs. 4 S. 2 Nr. 2, 20 Abs. 4 S. 2 Nr. 3 GWB⁴⁸ sowie Art. 101, 102 AEUV verstoßen hat. Der Anfangsverdacht wurde gestützt durch mehrere Beschwerden von alternativen Briefdienstleistern.
72. Die Auskunftsbeschlüsse wurden an insgesamt 45 Unternehmen verschickt. Die DPAG wurde über die Einleitung des Verfahrens unterrichtet und erhielt Abschriften der Auskunftsbeschlüsse. Der überwiegende Teil der Antworten ging der Beschlussabteilung innerhalb der gesetzten Frist bis zum 30. November 2012 zu; einigen Unternehmen wurden Fristverlängerungen gewährt.
73. Ebenfalls im November 2012 wurde die Einleitung des Verfahrens gem. Art. 11 Abs. 3 VO 1/03 im Rahmen des Europäischen Wettbewerbsnetzes (ECN) bekannt gemacht.⁴⁹
74. Die DPAG erteilte den Rechtsanwälten Prof. Dr. Thomas Lübbig, Dr. Moritz Lorenz sowie den anderen Rechtsanwälten der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer LLP in Berlin sowie den Rechtsanwälten Robert Klotz, Dr. Jens Peter Schmidt, Dr. Michael Hofmann und den anderen Rechtsanwälten der Kanzlei Mayer Brown Europe-Brussels LLP in Brüssel Verfahrensvollmacht.⁵⁰
75. Nach einer ersten vorläufigen Auswertung der Antworten erhärtete sich der Anfangsverdacht, dass zumindest hinsichtlich der Vereinbarungen mit der DTAG sowie Vodafone, Freenet und Telefónica eine Preis-Kosten-Schere vorliegen könnte, da die DPAG das Vollprodukt der End-to-End-Briefbeförderung zu Preisen anbietet, die unter den Teilleistungsentgelten liegen, welche die alternativen Briefdienstleister für die von der DPAG notwendigerweise erbrachten Teilleistungen zahlen müssen.
76. Zur weiteren Ermittlung des Sachverhalts⁵¹ führte die Beschlussabteilung Telefonate mit den vier TK-Unternehmen im Zeitraum zwischen Ende Januar und Mitte März 2013. Die an Telefónica am 19. Februar 2013 schriftlich übermittelten Fragen, wurden per E-Mail vom 27. März 2013 beantwortet. Schließlich wurden zur detaillierten Aufklärung des

⁴⁷ Bl. 1 ff. d.A.

⁴⁸ In der Fassung des GWB bis zum 29.06.2013.

⁴⁹ Bl. 84 d.A.

⁵⁰ Vollmachten in Bl. 216, 217 d.A.

⁵¹ Siehe hierzu im Einzelnen die Telefonvermerke und die Korrespondenz in den Unternehmensakten Deutsche Telekom, Vodafone, Telefónica und Freenet.

Sachverhalts mit Schreiben vom 23. Mai 2013 den vier TK-Unternehmen Fragenkataloge zugesandt (im Folgenden: „Nachfragen“). Die schriftlichen Antworten von Telefónica (eingegangen am 19. Juni 2013), DTAG (24. Juni 2013), Freenet (21. Juni 2013) und Vodafone (26. Juni 2013) sowie ein Telefonat mit Vodafone am 16. Juli 2013 bestärkten den Verdacht einer Preis-Kosten-Schere.

77. Den vier TK-Unternehmen wurde von der Beschlussabteilung mit Schreiben vom 30. Juli 2013 die Möglichkeit eröffnet, auf etwaige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse gegenüber der DPAG in den sich in den Verfahrensakten befindenden Dokumenten hinzuweisen und ggf. vertrauliche Versionen der Dokumente zu erstellen. Mit den Schreiben von Vodafone, DTAG und Freenet (eingegangen am 16. August 2013) sowie Telefónica (eingegangen am 23. August 2013) wurden nicht-vertrauliche Versionen von Dokumenten übermittelt. Mit Schreiben vom 18. Oktober 2013 wurden Telefónica und Freenet aufgefordert, solche Verträge mit der DPAG vorzulegen, die im Jahr 2013 abgeschlossen wurden. Diese wurden am 22. Oktober 2013 von Freenet und am 23. Oktober 2013 von Telefónica übermittelt.
78. Mit Schreiben vom 15. November 2013 informierte die Beschlussabteilung die DPAG ausführlich über die bisherigen Ermittlungsergebnisse und die rechtlichen Schlussfolgerungen, die nach der vorläufigen Ansicht der Beschlussabteilung daraus zu ziehen seien (im Folgenden: „Mitteilung des Ermittlungsstandes“⁵²). Im Rahmen der rechtlichen Bewertung wurde in diesem Schreiben mitgeteilt, dass die Beschlussabteilung in dem genannten Verhalten eine Preis-Kosten-Schere nach deutschem Recht (§§ 19, 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 3 GWB) und nach europäischem Recht (Art. 102 AEUV) sieht. Der in diesem Beschlussentwurf angesprochene Vorwurf nach dem die „share-of-wallet-Regelungen“ als Treuerabatte bzw. Alleinbezugsregelungen einen Behinderungsmissbrauch darstellen⁵³, war in der Mitteilung des Ermittlungsstandes noch nicht angesprochen.
79. Auf die Mitteilung des Ermittlungsstandes reagierte die DPAG mit einem Schreiben vom 31. Januar 2014.⁵⁴ Diesem Schreiben beigelegt war ein „Gutachten zur Untersuchung des Bundeskartellamts zu möglicherweise missbräuchlichen Preisstrategien im Großkundenbriefmarkt“ von Univ.-Prof. Dr. Georg Götz und Dr. Johannes Paha von der Justus-Liebig-Universität Gießen („Götz/Paha-Gutachten“)⁵⁵, eine Nielsen-Studie⁵⁶ sowie eine weitere Studie von Lademann Associates vom September 2009⁵⁷.

⁵² Bl. 93 ff. d.A.

⁵³ Unten Tz. 220 ff.

⁵⁴ Bl. 179 d.A.

⁵⁵ Bl. 218 ff. d.A.

80. Mit Schreiben vom 16.04.2014⁵⁸ beantragte die Postcon Deutschland B.V. & Co. KG (im Folgenden: „Postcon“) die Beiladung zu dem Verfahren. Nachdem die Beteiligte Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Beiladungsantrag erhalten hatte, teilte sie am 19. Mai 2014 mit, dass sie keine Einwände gegen die Beiladung erhebe.⁵⁹ Mit Beschluss vom 30. April 2014⁶⁰ wurde Postcon zum Verfahren beigelegt.
81. Mit Schreiben vom 27. Juni 2014⁶¹ richtete die Beschlussabteilung weitere Fragen an die DPAG, die am 15. August 2014 beantwortet wurden.⁶² Gleichzeitig machte die DPAG weitere rechtliche und ökonomische Ausführungen und legte ein „Gutachten zur Werbewerthaltigkeit von Logoaufdrucken auf und in Briefsendungen Dritter“⁶³ von Prof. Dr. Franz-Rudolf Esch, ESCH. The Brand Consultants GmbH (hiernach: Esch-Gutachten) vor.
82. Die Beigeladene nahm am 29. August⁶⁴ und am 8. Oktober 2014⁶⁵ Stellung. Hierauf erwiderte die Beteiligte mit Schriftsatz vom 24. November 2014.⁶⁶
83. Am 2. April 2015⁶⁷ wurde der Beteiligten ein Entscheidungsentwurf übermittelt; der Beteiligten wurde Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 15. Mai 2015 eingeräumt. Nach Fristverlängerung erwiderte die DPAG am 1. Juni 2015.⁶⁸
84. Nach Diskussionen mit der DPAG über den Umfang der als Geschäftsgeheimnisse zu behandelnden Daten wurde der Beigeladenen am 1. Juni 2015 ein Entscheidungsentwurf in einer um Geschäftsgeheimnisse bereinigten Fassung übermittelt; am 19. Juni 2015 übermittelte die DPAG eine nichtvertrauliche Version ihres Schriftsatzes vom 1. Juni; am gleichen Tag wurde sie an die Beigeladene weitergeleitet. Die Beigeladene teilte am 26. Juni 2015 telefonisch mit, dass die Erwiderng der DPAG keinen Anlass zu einer schriftlichen Stellungnahme gebe.

⁵⁶ Direct Mail oder E-Mail: Was ist der Schlüssel zum Erfolg?, Anlage 2 zum Schreiben der DPAG vom 31.01.2014, Bl. 269 d.A.

⁵⁷ Marktübliche Preise für Werbung auf Briefumschlägen - Ersteinschätzung marktüblicher Preise für Werbung auf Briefumschlägen Dritter für die Deutsche Post AG, Anlage 3 zum Schreiben der DPAG vom 31.01.2014, Bl. 274-1 d.A.

⁵⁸ Bl. 299 d.A.

⁵⁹ Bl. 313 d.A.

⁶⁰ Bl. 320 d.A.

⁶¹ Bl. 503 d.A.

⁶² Bl. 529 d.A.

⁶³ Bl. 577 a.A.

⁶⁴ Bl. 675 d.A.

⁶⁵ Bl. 763 d.A.

⁶⁶ Bl. 769 d.A.

⁶⁷ Bl. 791 d.A.

⁶⁸ Bl. 1044 d.A.

85. Gemäß Art. 11 Abs. 4 VO 1/2003 wurde die EU-Kommission am 18. Mai 2015 über die beabsichtigte Entscheidung unterrichtet.⁶⁹ Am 16. Juni 2015 teilte die Kommission mit, dass sie keine Anmerkungen zu dem Beschlussentwurf habe.⁷⁰
86. Der Bundesnetzagentur hat am 1. Juli 2015 eine Stellungnahme abgegeben.⁷¹ Sie pflichtet der Feststellung des Bundeskartellamtes bei, dass die DPAG in der Vergangenheit gegen nationales und europäisches Kartellrecht verstoßen hat, indem sie mit den vier großen TK-Netzbetreibern Zielpreis- und Alleinbezugsvereinbarungen geschlossen hat. Unter der Voraussetzung, dass den mit den Kunden vereinbarten Leistungen (Werbeaufdruck, Qualitätsdaten) keine die Entgeltprivilegierung rechtfertigende Werthaltigkeit zukommt, ist sie auch der Ansicht, dass in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation eine Preis-Kosten-Schere zu bejahen ist. Die Bundesnetzagentur verweist darauf, dass auch sie die Entgelte untersucht, die DPAG und DPIHS am Markt anbieten. Im Fokus stand bislang allerdings die Frage, ob die von der DPIHS zusätzlich zu den Teilleistungsentgelten erhobenen Entgelte für die teilleistungskonforme Aufbereitung der Sendungen (sog. Handling Fee) ausreichend hoch sind, um die damit verbundenen Kosten zu decken. Bei der in diesem Verfahren untersuchten Fallkonstellation wäre die handling fee sogar "negativ" und damit jedenfalls nicht kostendeckend. Folglich könnte ein Wettbewerber, welcher für die Erbringung der Ende-zu-Ende-Briefbeförderungsleistung auf den Teilleistungszugang angewiesen ist, diese Leistung nicht profitabel anbieten. Soweit die Entgelte für das Endkundenprodukt (Ende-zu-Ende-Beförderung) unterhalb der Vorleistungsentgelte (Teilleistungsentgelte) liegen, ist es für den Wettbewerber unmöglich, am Markt wettbewerbsfähige Preise zu bilden; eine Preis-Kosten-Schere liege vor. Schließlich teilt die Bundesnetzagentur auch die Einschätzung des Bundeskartellamtes im Hinblick auf den Vorwurf der Treuerabatte.
87. Gem. § 49 Abs. 1 GWB wurde die Landeskartellbehörde Nordrhein-Westfalen am 29. Juni 2015 von den Ermittlungen und der beabsichtigten Entscheidung in Kenntnis gesetzt.

C. RECHTLICHE WÜRDIGUNG

I. Zulässigkeit

88. Gemäß § 32 Abs. 3 GWB kann die Kartellbehörde auch eine Zuwiderhandlung feststellen, nachdem diese beendet ist, soweit ein berechtigtes Interesse besteht.

⁶⁹ Bl. 884 d.A.

⁷⁰ Bl. 1062 d.A.

⁷¹ § 48 Satz 3 PostG i. V. m. § 82 Satz 4 TKG in der zum Zeitpunkt des Erlasses des PostG geltenden Fassung und § 22 GWB in der damals geltenden Fassung.

89. Das Verhalten, dessen Kartellrechtswidrigkeit in dem vorliegenden Beschluss festgestellt wird, ist insoweit abgeschlossen, als die Zielpreisvereinbarungen spätestens Ende 2013 ausgelaufen sind und nicht weiter verlängert wurden. Allerdings gelten einige der oben⁷² dargestellten Vereinbarungen weiter. Schließlich gilt weiterhin, dass in einzelnen Fällen das von der DPAG in Rechnung gestellte Endkundenentgelt dem Entgelt entspricht, das Konsolidierern für eine geringere Leistung in Rechnung gestellt wird. Dennoch liegt im Hinblick auf die Zielpreisvereinbarungen ein „beendetes Verhalten“ im Sinne des Wortlauts des § 32 Abs. 3 GWB vor. Die DPAG hat bestätigt, dass die Zielpreisverträge mit den vier TK-Unternehmen nicht mehr bestehen.⁷³
90. Ein berechtigtes Interesse an der Feststellung (Feststellungsinteresse) liegt vor:
91. Zum einen kann eine Wiederholungsgefahr nicht ausgeschlossen werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass eine festgestellte Wiederholungsgefahr nicht nur, wie vorliegend, eine Feststellungsentscheidung begründen, sondern auch eine Abstellungsverfügung rechtfertigen würde.⁷⁴ Eine Wiederholungsgefahr folgt daraus, dass die DPAG durch ihre Verfahrensvertreter mitgeteilt hat, dass sie nach ihrer Rechtsauffassung zur Sicherung des Universaldienstes berechtigt sei, eine End-zu-End-Beförderung Endkunden auch unter dem Teilleistungsentgelt anzubieten.⁷⁵ Sie stellt sich damit auf den Standpunkt, auch in Zukunft eine Preispolitik verfolgen zu können, die nach Ansicht der Beschlussabteilung missbräuchlich ist.
92. Jedenfalls begründet diese von der DPAG geäußerte Rechtsauffassung ein Feststellungsinteresse unter dem Gesichtspunkt der Klärung der Rechtslage.
93. Schließlich kann auch das Interesse der Geschädigten an einer Feststellung für eine Entscheidung nach § 32 Abs. 3 GWB ausreichen. Dies wird damit begründet, dass die Geltendmachung von Ersatzansprüchen auch im öffentlichen Interesse liegt, da so verhindert wird, dass dem Verletzer die Vorteile des kartellrechtswidrigen Verhaltens verbleiben.⁷⁶ Im vorliegenden Fall kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Beigeladene oder ein anderes Unternehmen zivilrechtliche Schadensersatzansprüche gegen die DPAG geltend macht. Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen kann durch eine kartellbehördliche Entscheidung, in der die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens festgestellt wird, er-

⁷² Tz. 39 ff.

⁷³ Antwort der DPAG v.19.12.2013; Antwort der DPAG v. 15.08.2014 auf die Fragen der Beschlussabteilung v. 27.06.2014, Frage 3.

⁷⁴ Bornkamm in Langen/Bunte, 12. Aufl., § 32, Rn. 60.

⁷⁵ S.u. Tz. 206.

⁷⁶ Bornkamm, a.a.O., Tz. 61.

leichtert werden. Dies gilt insbesondere wegen der Feststellungswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB.

94. Im Hinblick auf die oben (Tz. 89) genannten fortbestehenden Verhaltensweisen ist die kartellrechtliche Prüfung noch nicht abgeschlossen. Die Beschlussabteilung behält sich daher vor, die genannten oder weitere Verhaltensweisen in einer gesonderten Entscheidung zu untersagen bzw. gemäß § 32 Abs. 1 GWB ihre Abstellung anzuordnen.
95. Die Zuständigkeit des Bundeskartellamts wird nicht durch eine parallele Zuständigkeit der BNetzA ausgeschlossen.⁷⁷

II. Materielle Beurteilung

96. Die Vereinbarung von Endkundenentgelten durch die DPAG mit den vier TK-Unternehmen, die unter den Teilleistungsentgelten liegen, stellt den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung in der Form einer Preis-Kosten-Schere im Sinne von § 19 Abs. 1 GWB, Art. 102 AEUV dar (dazu unter 3.). Die mit drei der vier TK-Unternehmen vereinbarten Regelungen, nach denen Rabatte oder besonders günstige Konditionen davon abhängig gemacht wurden, dass die Kunden einen hohen Anteil ihrer Briefsendungen mit der DPAG versenden, stellt ebenfalls den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung dar, und zwar als Behinderungsmissbrauch in der Form von Treuerabatten oder Alleinbezugsvereinbarung (dazu unter 4.). Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Missbrauchsregelungen sind gegeben. Die DPAG ist auf den relevanten Märkten beherrschend (siehe dazu sogleich unter 1.); der zwischenstaatliche Handel ist berührt, und europäisches Recht ist deshalb anwendbar (dazu unter 2.).

1. Marktbeherrschende Stellung der DPAG

97. Für die Feststellung einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere oder von Treuerabatten bzw. Alleinbezugsregelungen ist die Feststellung notwendig, dass das betreffende Unternehmen Normadressat des Missbrauchsverbotes des § 19 Abs. 1 GWB bzw. des Art. 102 AEUV ist. Für die Feststellung einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere ist das Vorliegen von Marktbeherrschung auf dem vorgelagerten Markt erforderlich, aber auch ausreichend.⁷⁸ Dies folgt schon aus den allgemeinen Grundsätzen für Drittmarktbehinderung und Übertragung von Marktmacht.⁷⁹ Für die Feststellung von missbräuchlichen Treuera-

⁷⁷ Vgl. OLG Düsseldorf, 13.04.2005, VI-Kart 3/05 (V).

⁷⁸ BKartA, B7-11/09 - MABEZ, Rn. 51; Entscheidung und Fallbericht auf www.bundeskartellamt.de.

⁷⁹ Kommission, Entscheidung v. 21.5.2003, COMP/C-1/37.451, ABI. L 263 vom 14.10.2003, S. 9 ff., Rdnr. 7. – Deutsche Telekom; Kommission, Entsch. v. 2.7.2007, COMP/C1/38.784, Rdnr. 278 ff. – Wanadoo España Telefónica; Kommission, Entscheidung v. 21.5.2003, COMP/C-1/37.451, ABI. L 263 vom 14.10.2003, S. 9 ff., Rdnr. 113 – Deutsche Telekom; EuG, Rs. T-271/03 –

batten bzw. Alleinbezugsverpflichtungen ist erforderlich, dass eine marktbeherrschende Stellung auf dem nachgelagerten Markt vorliegt. Auch das europäische Recht (Art. 102 AEUV) verlangt eine marktbeherrschende Stellung.

98. Gem. § 18 Abs. 1 GWB ist ein Unternehmen marktbeherrschend, soweit es als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt ohne Wettbewerber ist oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine im Verhältnis zu seinen Wettbewerbern überragende Marktstellung hat.
99. Auf den hier betroffenen sachlich und räumlich relevanten Märkten (hierzu unter (a)) ist die DPAG marktbeherrschend (hierzu unter (b)).

a) Relevante Märkte

100. Relevanter Markt ist auf der nachgelagerten Marktstufe der Markt für die Beförderung von Briefen vom Absender zum Empfänger („End-to-End-Markt“, dazu unter aa)). Auf der vorgelagerten Stufe ist ein Markt für Teilleistungen abzugrenzen (dazu unter bb)). Für beide Märkte gilt, dass sie bundesweit abzugrenzen sind (dazu unter cc)).

aa) Ende-zu-Ende-Markt

101. Auf dem nachgelagerten Ende-zu-Ende-Markt ist die DPAG beherrschend. Dies hatte das Bundeskartellamt schon in seinem Konsolidiererbeschluss aus dem Jahr 2005 festgestellt (Tz. 102 ff.). Gegenstand des Beschlusses sind lizenzpflichtige Postdienstleistungen (Tz. 103). Auf dem relevanten Markt sind sowohl Anbieter wie die DPAG tätig, die eine Ende-zu-Ende-Zustellung anbieten, wie Konsolidierer; die Abgrenzung eines gesonderten Marktes für Massensender ist abzulehnen (Tz. 104 ff.). Ob danach zu differenzieren ist, ob es sich bei dem Absender um einen Privat- oder Geschäftskunden handelt, kann offen gelassen werden (Tz. 113).
102. In dem Konsolidiererbeschluss des Bundeskartellamts aus dem Jahr 2005⁸⁰ hatte die Beschlussabteilung einen „Markt für Briefbeförderung“ abgegrenzt. Dieser umfasst die gesamte Briefbeförderungskette vom Absender zum Empfänger. Eine weitere Unterteilung des Briefbeförderungsmarkts in verschiedene Arten von Briefsendungen konnte offen bleiben, da die DPAG bei jeder denkbaren Abgrenzung marktbeherrschend gewesen wäre. Offen bleiben konnte insbesondere, ob nach lizenzpflichtigen und nicht-lizenz-

DTAG/Kommission, MMR 2008, 385 m. Anm. Klotz; anhängig beim EuGH als Rs. C-280/08 P; vgl. auch § 28 Abs. 2 Nr. 2 TKG.
B 9 – 55/03, S. 29 ff.

pflichtigen Postdienstleistungen zu unterteilen ist. Auch konnte die Frage offen gelassen werden, ob der damalige Monopolbereich einen gesonderten Markt darstellt. Von diesem Markt für die Briefbeförderung abgegrenzt wurden im Konsolidiererbeschluss „Teilmärkte innerhalb der Briefbeförderungskette“. Die Beschlussabteilung ging davon aus, dass, ähnlich wie im Bereich der Logistik sich der Gesamtmarkt für die Briefbeförderung aus Einzelmärkten für verschiedene Leistungen zusammensetzt, die jeweils Teile der Briefbeförderungskette darstellen. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise könnten grundsätzlich sämtliche Teile der Briefbeförderungskette als eigenständige sachlich relevante Teilmärkte angesehen werden. Dies wurde u. a. damit begründet, dass jede Dienstleistung innerhalb der Briefbeförderungskette grundsätzlich isoliert nachgefragt werden könne und daher einen eigenständigen Teilmarkt bilde. Diese Ansicht hatte auch die EU-Kommission in ihrer Bekanntmachung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf dem Postsektor⁸¹ vertreten. Abgegrenzt wurden der Markt für die Briefbeförderung bzw. Detailmärkte innerhalb der Briefbeförderungskette jedoch von dem Markt für „Postvorbereitende Dienstleistungen“. Dabei handelt es sich nach der genannten Entscheidung um Dienstleistungen, die der Beförderungskette („Postweg“) vorgeschaltet sind, also Leistungen betreffen, die einen Brief erst versandfertig machen, wie beispielsweise Druck, Kuvertierung oder Frankierung der Sendungen. An dieser Betrachtungsweise ist im Wesentlichen festzuhalten.

103. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind nahezu ausschließlich lizenzpflichtige Postdienstleistungen (die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen bis 1.000 g) gem. §§ 5 ff. PostG. Nicht-lizenzpflichtige Postdienstleistungen (Sendungen über 1.000 g) sind nur hinsichtlich der Maxibriefe von 1001 bis 2000 g erfasst, sofern dieser von den Vereinbarungen zwischen der DPAG und den Großkunden betroffen sind. Dies betrifft jedoch nur vernachlässigbare Mengen.
104. Eine Segmentierung danach, ob es sich bei dem Anbieter um ein vertikal integriertes Unternehmen oder um einen Konsolidierer handelt, kommt nicht in Betracht. Ein Wettbewerbsverhältnis besteht auf dem End-to-End-Markt auch zwischen der DPAG und mit Konsolidierern. Denn wenn sich ein Konsolidierer einer Teilleistung durch die DPAG bedient und seinen Kunden eine Zustellung anbietet (die tatsächlich jedoch durch die DPAG erfolgt), dann unterscheidet sich ein Konsolidierer diesbezüglich nicht von einem alternativen Zustellunternehmen, das in bestimmten Gebieten auf Teilleistungen der DPAG zurückgreift. Insoweit entspricht die Situation der auf dem Mobilfunkmarkt, auf dem ebenfalls

⁸¹ ABl. EG 1998 C 39, 2 ff.

Netzbetreiber und unabhängige Diensteanbieter den Endkunden gegenüber die gleiche Leistung erbringen und miteinander im Wettbewerb stehen. Dass ein Konsolidierer daneben im Regelfall zusätzliche Leistungen in einem anderen (vorgelagerten) Markt offeriert (Sortieren, Abholen etc.), lässt seine Eigenschaft als Wettbewerber der DPAG auf dem nachgelagerten End-to-End-Markt nicht entfallen. Zwischen der DPAG und alternativen Briefdienstleistern (alternative Zustellunternehmen sowie Konsolidierern) besteht ein aktuelles Wettbewerbsverhältnis auf dem End-to-End-Markt.

105. Der Einwand der DPAG, dass bei Großversendern ein Wettbewerbsverhältnis zwischen „reinen Konsolidierern“ und der DPAG bereits aus qualitativen Gründen ausscheide, welche die Zustellung betreffen, greift nicht durch. Richtig ist zwar, dass eine Zustellung am Folgetag der Einlieferung („E+1“) ein relevanter Wettbewerbsparameter ist, wenn es um die Zustellung von zeitsensitiven Sendungen wie Rechnungen, Mahnungen oder SIM-Karten geht (diese stellen einen großen Teil der Sendungen der vier TK-Unternehmen dar). Wenn sich aber ein Konsolidierer im Dienstewettbewerb auf dem End-to-End-Markt ab Einlieferung in ein BZA/BZE der DPAG der Zustellung durch die DPAG bedient, dann schlagen – eine Gleichbehandlung der Großversender mit den Konsolidierern seitens der DPAG vorausgesetzt – die besonderen Zustellqualitätsparameter der DPAG (E+1, Premiumservice etc.) auf diese Unternehmen durch.
106. Zudem ist der Hinweis darauf, dass „reine Konsolidierer“⁸² nur eingeschränkt als Postdienstleister für Großkunden wie Telekommunikationsdienstleister in Betracht kommen, auch insoweit irreführend, als Unternehmen wie die Beigeladene und andere alternative Zustelldienste ein kombiniertes Geschäftsmodell verfolgen.⁸³ Teilweise, z. B. im Hinblick auf Sendungen an Adressaten im eigenen Zustellgebiet, befördern sie die Sendungen vom Absender bis zum Empfänger, im Übrigen übergeben sie die Sendungen der DPAG oder einem anderen Konsolidierer, der die Sendungen seinerseits der DPAG übergibt. Auch Unternehmen wie die Beigeladene agieren daher teilweise als Konsolidierer. Insofern sind sie Wettbewerber der DPAG, auch um Aufträge von Großkunden aus der Telekommunikationsbranche, und von der Preis-Kosten-Schere betroffen. Dass teilweise als Konsolidierer auftretende Unternehmen wie Postcon in der Lage sind, auch um Sendungsmengen von TK-Unternehmen zu konkurrieren, zeigen die Beispiele von Vodafone, Telefónica und Freenet, die wenigstens einen Teil ihrer Sendungen an Postcon übergeben oder dies in der Vergangenheit getan haben. E-Plus übergibt alle ihre (nicht inhaltsgleichen) Briefsendungen an Postcon, auch wenn ein Teil der Sendungen an die DPAG

⁸² Vgl. Ss. der DPAG vom 15.08.2014, S. 5, Bl. 534 d.A.
⁸³ S.o. Tz. 35 f.

weitergeleitet wird.⁸⁴ Auch die DPAG anerkennt, dass sie grundsätzlich mit Unternehmen konkurriert, die für einen Teil ihrer Sendungen den Teilleistungszugang in Anspruch nehmen.⁸⁵

107. Dagegen kann nicht eingewandt werden, dass es durch die Konsolidierung zu Qualitätseinbußen komme, was wiederum zur Folge habe, dass die Leistungen eines Konsolidierers für einen Versender wie die vier TK-Unternehmen aus Qualitätsgründen nicht in Betracht komme. Die DPAG ist verpflichtet, den Konsolidierern die gleichen Konditionen, d.h. also auch die gleiche Qualität wie ihren Endkunden anzubieten. Sofern die DPAG ihren Großkunden eine höhere Qualität bei gleichem oder niedrigerem Teilleistungsentgelt anbieten sollte, könnte dies als Diskriminierung einen Verstoß gegen § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB und Art. 102 AEUV begründen.
108. Die DPAG⁸⁶ verweist allerdings darauf, dass im Fall der Einschaltung eines Konsolidierers in der Regel eine Zustellung E+2 erfolge oder zumindest sehr viel weniger Sendungen am nächsten Tag ausgeliefert werden. Um eine E+1-Zustellung zu erreichen, müssten die Konsolidierer die Sendungen nämlich früher abholen als dies tatsächlich erfolgt, da sie diese sodann noch sortieren müssten. Eine Abholung zu einer früheren Tageszeit bedeute aber, dass die Kunden nur eine geringere Anzahl von Sendungen abholbereit fertigstellen können. Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass die DPAG an anderer Stelle⁸⁷ selbst hervorhebt, dass eine zusätzliche Sortierung bei Großversendern nicht notwendig sei, da die Sendungen bereits den Druckprozess teilleistungskonform aufbereitet, insbesondere sortiert, verlassen. Die Beigeladene⁸⁸ verweist zudem auf folgendes: Konsolidierer böten – ebenso wie die DPAG selbst – eine flächendeckende E+1-Zustellung an, indem sie die von den Kunden eingesammelten Sendungen innerhalb kürzester Frist sortieren, durchlaufend nummerieren und bei dem örtlichen Briefzentrum einliefern. Die Einlieferung erfolge zu den von der DPAG vorgegebenen Slotzeiten. Aufgrund der organisatorischen Maßnahmen der Konsolidierer und mit Hilfe sehr leistungsfähiger Sortiermaschinen werde sichergestellt, dass Sendungen, die am späten Nachmittag abgeholt werden, rechtzeitig bei der DPAG eingeliefert und von dieser am nächsten Werktag zugestellt werden. Eine Verzögerung durch die teilleistungsgerechte Aufbereitung der Sendungen finde deshalb nicht statt, weil auch dann, wenn der Kunde dies selbst oder mithilfe eines

⁸⁴ Rahmenvertrag über Zustelleistungen zwischen TNT Post GmbH & Co. KG und E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG (2012).

⁸⁵ Ss. der DPAG vom 15.08.2014, S. 9, Bl. 537 d.A.

⁸⁶ Ss. v. 31.01.2014, Bl. 179 ff. d.A., Tz. 41.

⁸⁷ Ss. v. 31.01.2014, Tz. 10.

⁸⁸ Ss. v. 29.08.2014, Bl. 529 d.A., dort S. 5.

anderen Dienstleisters durchführen würde, mindestens derselbe Zeitaufwand entstehen würde.

109. Gegen das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses wendet die DPAG weiter ein, dass ein solches nicht bestehe, weil die großen Kunden auch ohne die Konsolidierung ihrer Sendungsmengen mit den Sendungsmengen anderer Versender die jeweils höchsten Rabattstufen erzielen.⁸⁹ Dies trifft jedoch nicht vollständig zu. Zum einen erzielen auch die der untersuchten vier TK-Unternehmen, die zu den größten Briefversendern gehören, nicht immer die höchste Rabattstufe. Der BZA-Rabatt wird nach den Konditionen der DPAG nur dann in der höchsten Stufe gewährt, wenn bei jeder Einlieferung mindestens 25.001 Briefe in das entsprechende Briefzentrum eingeliefert werden. Dies ist selbst bei den vier TK-Unternehmen nicht an jedem Tag der Fall. Insbesondere wenn mehrere Druckzentren an unterschiedlichen Orten eingesetzt werden, steigt die Wahrscheinlichkeit, dass die Mindestmenge nicht an jedem Tag erreicht wird. Dies gilt insbesondere bei den nicht zentral produzierten Sendungen, also denjenigen Sendungen, die nicht in Druckzentren produziert werden, sondern bei den unterschiedlichen Betriebsstätten dezentral anfallen. Auch das tatsächliche Marktgeschehen widerspricht der Annahme eines eigenen Marktes für Massenversender, auf dem alleine die DPAG tätig wäre. Die TK-Unternehmen 1 und 2 haben jedenfalls in der Vergangenheit Leistungen von TNT Post/Postcon in Anspruch genommen. Das Telekommunikationsunternehmen 4 nimmt für einen Teil seiner Sendungen die Dienste der Beigeladenen in Anspruch. Für die eigentlichen Konsolidierungsleistungen (Vorsortierung, teilleistungskonforme Aufbereitung, Einlieferung in das Briefzentrum) nahm dieses Unternehmen, bevor es zu DPIHS gewechselt ist, die Leistungen anderer Konsolidierer in Anspruch. Auch E-Plus beauftragt ein alternatives Zustellunternehmen für die Versendung seiner Briefe, wobei freilich die DPAG die Beförderung eines Großteils dieser Briefe als Subunternehmer durchführt.
110. Zudem liegt der Mehrwert, den Konsolidierer erbringen können, nicht nur in der eigentlichen Bündelung der Sendungsmengen mehrerer Versender, sondern auch in der teilleistungskonformen Aufbereitung der Sendungen. Diese wird auch von den großen Telekommunikations-Kunden in Anspruch genommen. So ist DPIHS in unterschiedlichem Umfang für die vier TK-Unternehmen tätig. Vodafone hat vor dem Wechsel zur DPAG Konsolidierungsleistungen eines anderen Konsolidierers in Anspruch genommen und nimmt nunmehr die Konsolidierungsleistungen vom DPIHS in Anspruch.⁹⁰

⁸⁹ Ss. v. 31.01.2014, Bl. 179 ff. d.A., Tz. 56 ff.

⁹⁰ Ss. von Vodafone vom 26.06.2013, Anlage 1, S. 1, Bl. 48 des Unternehmensordners Vodafone.

111. Selbst wenn auf dem nachgelagerten End-to-End-Markt weiter differenziert würde nach kleinen und mittleren Unternehmen auf der einen und Großversendern auf der anderen Seite, wären Konsolidierer und andere alternative Briefdienstleister hinsichtlich der Großversender zumindest potentielle Wettbewerber der DPAG. Ausschlaggebend für das Vorliegen potentiellen Wettbewerbs ist, ob für einen Marktzutritt eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht und dies die aktuellen Wettbewerber von Preisanhebungen abhält, um einen Marktzutritt für den potentiellen Wettbewerber nicht lukrativ erscheinen zu lassen.⁹¹ Folglich darf es nicht als ein Indiz gegen potentiellen Wettbewerb gewertet werden, wenn die auf dem betroffenen Markt erzielbaren Margen so niedrig sind, dass derzeit mit einem Marktzutritt potentieller Wettbewerber nicht zu rechnen ist.⁹² Der Umstand, dass für Konsolidierer und alternative Briefdienstleister keine oder lediglich eine derart niedrige Marge im End-to-End-Großversendermarkt erzielbar ist, lässt einen gegenwärtigen Markteintritt zwar unattraktiv erscheinen, spricht aber nicht gegen das Vorliegen von potentiellen Wettbewerb, zumal die niedrigen Margen auch eine Folge der Preispolitik der DPAG sind. Für das Vorliegen potentiellen Wettbewerbs spricht jedoch der Umstand, dass es in der Vergangenheit Markteintrittsversuche alternativer Briefdienstleister gab. Dieser potentielle Wettbewerb hält die DPAG davon ab, die Preise gegenüber Großversendern zu erhöhen, da andernfalls – wie in der Vergangenheit geschehen – mit Markteintritten der Konsolidierer und der alternativen Briefdienstleister zu rechnen ist.
112. Aus den genannten Gründen kann nicht davon ausgegangen werden, dass es einen gesonderten Massenversendermarkt gäbe, der von dem Markt für die Versendung von Briefen für Privatkunden und kleinere und mittlere Geschäftskunden zu unterscheiden wäre, und auf dem die Konsolidierer strukturell nicht tätig sein könnten. Die Annahme eines solchen Marktes hätte im Übrigen zur Folge, dass zwar ein Wettbewerbsverhältnis zwischen der DPAG und reinen Konsolidierern nicht bestehen würde, dass andererseits aber die Marktposition der DPAG auf dem Massenversendermarkt umso stärker wäre.
113. Eine weitergehende Segmentierung des nachgelagerten Marktes danach, ob es sich bei den Versendern um Privat- oder Geschäftskunden (C2X bzw. B2X) handelt, kann für das vorliegende Verfahren aufgrund der konkreten Marktverhältnisse offen bleiben (siehe hierzu Tz. 132).

⁹¹ BGH, Beschl. v. 19.06.2012, KVR 15/11 – Haller Tagblatt, zit. nach Juris Rz. 32 f.; Thomas in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, § 36, Rn. 214 mit Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04.05.2005, Az. VI-Kart 19/04 (V), Rn. 57 – „ÖPNV Saarland“.

⁹² Thomas in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 5. Aufl. 2014, § 36, Rn. 222.

114. Es ist also von einem Markt für die Briefbeförderung auszugehen, zu dem auch die hier verfahrensgegenständlichen Leistungen zählen, die für Großversender wie Telekommunikationsunternehmen erbracht werden.
115. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die Bundesnetzagentur die Sendungen von Massenversendern ebenfalls in den allgemeinen Briefbeförderungsmarkt rechnet, und auch die Monopolkommission hat keine entgegenstehende Meinung geäußert.

bb) Markt für Teilleistungen

116. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise können grundsätzlich sämtliche Teile der Briefbeförderungskette als eigenständige sachlich relevante Märkte angesehen werden, da einzelne Dienstleistungen innerhalb der Briefbeförderungskette isoliert nachgefragt werden können. Jedenfalls die Teilleistungen werden in erheblichem Umfang nachgefragt und stellen einen gesonderten Markt dar. In bestimmten Fällen fragt ein gewerblicher Versender einer Briefsendung nicht die gesamte Briefbeförderung nach, sondern möchte bestimmte Vorleistungen selbst erbringen und lediglich die verbleibenden Teilleistungen von der DPAG erbringen lassen.
117. Nachfrager von Teilleistungen sind neben Endkunden, die die Vorleistungen selber erbringen, auch alternative Briefdienstleister, die gegenüber dem Absender zwar einige Prozesse der postalischen Wertschöpfungskette als Eigenleistungen anbieten, die übrigen Teilleistungen, die nicht von ihnen selbst erbracht werden, jedoch von der DPAG nachfragen und insbesondere die Sendungen am BZA oder BZE in das Netz der DPAG einspeisen.
118. Nicht zu einem dieser Märkte zählen postvorbereitende Leistungen, die der gesamten Beförderungskette vorgeschaltet sind.⁹³ Hierzu gehören beispielsweise der Druck, die Kuvvertierung, die Etikettierung, die Adressierung und die Frankierung der Sendungen. Die beschriebenen Leistungen betreffen einen anderen Bearbeitungsschritt als die Briefbeförderung selbst und sie sind aus Nachfragesicht nicht mit Teilen der Briefbeförderungskette oder der Briefbeförderung austauschbar. Für eine Abgrenzung dieser Leistungen von der Briefbeförderung spricht auch, dass teilweise unterschiedliche Anbieter tätig sind. Zudem sind die Wettbewerbsbedingungen unterschiedlich, da postvorbereitende Dienstleistungen nicht den Bestimmungen des Postgesetzes unterliegen und keiner Lizenz gem. §§ 5 ff. PostG bedürfen.⁹⁴

⁹³ Siehe hierzu BKartA, B9-55/03, S. 32.

⁹⁴ Siehe hierzu BKartA, B9-55/03, S. 32.

cc) Räumliche Marktabgrenzung

119. Beide relevanten Märkte sind in räumlicher Sicht bundesweit abzugrenzen.
120. Einerseits scheidet eine engere Marktabgrenzung aus. Zwar sind die Wettbewerbsbedingungen auf beiden Märkten nicht im ganzen Bundesgebiet völlig einheitlich. Insbesondere gibt es Regionen, in denen alternativer Zustelldienste über eigene Zustellinfrastrukturen verfügen, und Gebiete, in denen dies nicht der Fall ist. Die Marktgegebenheiten unterscheiden sich jedoch nicht so grundlegend voneinander, dass getrennte räumliche Märkte anzunehmen wären. Sowohl auf dem vorgelagerten als auf dem nachgelagerten Markt ist die Position der DPAG so stark, dass auch in denjenigen Regionen, die von alternativen Zustelldiensten versorgt werden, nicht von einem funktionierenden Wettbewerb ausgegangen werden kann. Vor diesem Hintergrund differenziert auch die BNetzA bei der Genehmigung von Porti oder bei der Marktbeobachtung nicht regional.
121. Die Märkte sind aber andererseits auch nicht weiter als national abzugrenzen. Dies ergibt sich aus der Notwendigkeit einer Infrastruktur in der Fläche. Zu berücksichtigen ist auch, dass die hier angegriffenen Vereinbarungen der DPAG mit den vier TK-Unternehmen ausschließlich Inlandspost betreffen.

b) Marktstellung der DPAG

122. Die DPAG hat sowohl auf dem vor- als auch dem nachgelagerten Markt eine marktbeherrschende Stellung.
123. Auf dem vorgelagerten Teilleistungsmarkt ist sie das einzige Unternehmen, welches Teilleistungen für eine bundesweit flächendeckende Zustellung anbietet. Im Jahr 2012 hat die DPAG 10,5 Mrd. Teilleistungssendungen befördert.⁹⁵ Hiermit erzielte die DPAG Umsatzerlöse in Höhe von 4,4 Mrd. €. ⁹⁶ Die Wettbewerber erzielten demgegenüber Umsatzerlöse in Höhe von 0,1 Mrd. €. ⁹⁷ Hieraus errechnet sich ein Marktanteil von 2,2 %, der noch deutlich niedriger ist, als der kumulierte Marktanteil der Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt.
124. Zwar ist für die Feststellung einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere eine marktbeherrschende Stellung auf dem vorgelagerten Markt für die Feststellung einer Preis-Kosten-Schere ausreichend, dennoch wird sodann darüber hinausgehend die marktbeherrschende Stellung der DPAG auf dem nachgelagerten Markt festgestellt.

⁹⁵ BNetzA, Lizenzpflichtige Briefdienstleistungen Marktdaten 2008-2011, S. 16.

⁹⁶ BNetzA, Lizenzpflichtige Briefdienstleistungen Marktdaten 2008-2012, S. 10.

⁹⁷ BNetzA, Lizenzpflichtige Briefdienstleistungen Marktdaten 2008-2012, S. 12.

125. Dies zeigt sich bereits im Hinblick auf den Marktanteil der DPAG. Der Marktanteil ist das wichtigste der in § 18 Abs. 3 GWB aufgelisteten Kriterien zur Bestimmung der Marktmacht, weil er am einfachsten den Erfolg und die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens ausweist und dessen wirtschaftliche Überlegenheit ermessen lässt.⁹⁸ Neben der absoluten Höhe des Marktanteils sind auch der Abstand zu den nächsten Wettbewerbern sowie die Entwicklung der Marktanteile im Laufe der Zeit von Bedeutung.
126. Nach den Feststellungen der BNetzA belief sich der Umsatz der DPAG im lizenzpflichtigen Briefbereich insgesamt im Jahr 2012 auf 7,5 Mrd. Euro, was einen Marktanteil von 88,5 % darstellt; die Wettbewerber erzielten zusammen einen Gesamtumsatz von ca. 1,0 Mrd. Euro und kamen zusammen auf einen Marktanteil von 11,5 %.⁹⁹
127. Von den 7,5 Mrd. Euro Gesamtumsatz der DPAG im lizenzpflichtigen Briefbereich entfielen 3,0 Mrd. Euro auf den nachgelagerten Markt der End-to-End-Beförderung.¹⁰⁰ Dies entspricht einem Anteil am Gesamtumsatz von 40 %.¹⁰¹ Die Wettbewerber erwirtschafteten auf dem nachgelagerten Markt zusammen lediglich Umsätze von 0,9 Mrd. Euro.¹⁰²
128. Dem steht auch nicht entgegen, dass Wettbewerber der DPAG in einigen Regionen nennenswerte Marktanteile erzielen. Dabei handelt es sich sowohl um Ballungsräume als auch um dünn besiedelte Gebiete wie Mecklenburg-Vorpommern oder die Region um Kempten im Allgäu. Die DPAG trägt vor¹⁰³, dass in einzelnen Leitregionen (zweistelligen Postleitzahlen-Bereichen) Wettbewerber der DPAG erhebliche Marktanteile erzielen. Beispielsweise werden die Leitregionen 01 (Großraum Dresden) und 02 (Großraum Bautzen) genannt, wo das Unternehmen PostModern Dresden Medialogistik nach Kenntnis der DPAG über einen Marktanteil von 30 - 35% verfüge. In den Leitregionen 10 - 19 (Nordosten Deutschlands von Potsdam über Berlin bis Rostock) verfügten die Wettbewerber zusammen über geschätzte Marktanteile zwischen 25 und 40 %. Größter alternativer Anbieter sei hier die PIN Mail AG, die aufgrund ihrer Eigentümerstruktur (Holtzbrinck/Postcon), guter Servicequalität und niedrigen Preisen erheblichen Wettbewerbsdruck ausübt. Auf ihrer Homepage habe die PIN AG veröffentlicht, dass sie täglich bis zu 700.000 Sendungen im eigenen Sortierzentrum verarbeite.¹⁰⁴

⁹⁸ BGH, KVR 2/03, Rn. 16 – Sanacorp/Anzag, zitiert nach juris.

⁹⁹ BNetzA, Lizenzpflichtige Briefdienstleistungen Marktdaten 2008-2012, S. 8 f.

¹⁰⁰ BNetzA, Lizenzpflichtige Briefdienstleistungen Marktdaten 2008-2012, S. 10.

¹⁰¹ Das restliche 1 % wurde mit sonstigen Briefdienstleistungen wie Postfachleerungen, Einlieferung und Abholung von Sendungen sowie Sortierung und Freimachungsleistungen erzielt.

¹⁰² BNetzA, Lizenzpflichtige Briefdienstleistungen Marktdaten 2008-2012, S. 12.

¹⁰³ Ss. v. 31.01.2014, Bl. 179 ff. d.A., Tz. 129 ff., Ss. v. 01.06.2015, Bl. 1064 ff. d.A., dort S. 4 ff.

¹⁰⁴ Zum Vergleich: die DPAG verweist in ihrem Geschäftsbericht 2014 (S. 24) darauf, dass sie (bundesweit) an jedem Werktag etwa 64 Mio. Briefe zustelle.

129. Die Beschlussabteilung geht in Übereinstimmung mit der Bundesnetzagentur davon aus, dass der relevante Markt bundesweit abzugrenzen ist. Sie hat daher keine Marktanteile auf regionaler Basis ermittelt. Diese von der DPAG vorgelegten Schätzungen belegen jedoch ihre marktbeherrschende Stellung. Auch nach diesen Zahlen gibt es keine Leitregion in Deutschland, in der ein einzelner Wettbewerber einen höheren Marktanteil als 35 % erzielt, und auch in den Leitregionen 10 bis 19 liegt der Marktanteil der DPAG zwischen 60 und 75 %. Die DPAG verfügt auch in den einzelnen Regionen über hohe Marktanteile, und der Marktanteilsabstand zum nachfolgenden Wettbewerber ist groß. Auffallend ist auch, dass auch wirtschaftlich bedeutende Ballungsräume in der Aufzählung fehlen. Dies betrifft etwa die Großräume Hamburg (Leitregionen 20 bis 22), die Postleitzonen 4 und 5 (Rheinland, Rhein-Main-Gebiet mit den Großräumen Düsseldorf, Köln, Frankfurt) und den Großraum München (Postleitregionen 80 bis 82).
130. Die Präsenz von Wettbewerbern, die in einzelnen Regionen über eine relevante Marktstellung verfügen mögen, ist demnach nicht geeignet, Zweifel an der marktbeherrschenden Stellung der DPAG zu begründen. Es ist auch im vorliegenden Verfahren nicht geboten, einzelne regionale Marktsegmente zu betrachten. Dagegen spricht, dass die großen Endkunden wie Telekommunikationsanbieter eine weite Netzabdeckung benötigen. Zwar kommt es in Betracht, die Sendungsmengen zwischen zwei Anbietern aufzuteilen. Eine Beauftragung mehrerer regionaler oder lokaler Dienste ist aus Sicht eines großen Versenders jedoch keine Alternative. Konsequenterweise nennt auch die DPAG¹⁰⁵ Briefsendungen lokaler Behörden oder Sparkassen, die ihre Geschäftspost an die Bewohner der Region richten als Beispiele für Sendungen, die für einen regionalen Briefdienstleister in Betracht kommen.
131. Es ist offensichtlich, dass die DPAG auf dem nachgelagerten Markt in Relation zu den umsatzbezogenen Marktanteilen sowie im Hinblick auf die Marktanteilsabstände zu den Wettbewerbern eine starke Marktposition hat. Hinzu kommt, dass es bei der Entwicklung der Marktanteile in den letzten Jahren keine gravierenden Änderungen zulasten der DPAG bzw. zugunsten der Wettbewerber gegeben hat.
132. Selbst bei einer - entgegen der Praxis von BNetzA und BKartA - Zugrundelegung einer Segmentierung des Briefbereichs nach Kommunikation bei Geschäftskunden (B2X) und Privatkunden (C2X) hätte die DPAG eine überragende Marktstellung. Demnach hat die DPAG nach eigenen Angaben im Bereich der Privatkunden 100 % Marktanteil. Bei der Post von Geschäftskunden hält die DPAG nach diesen Angaben einen Marktanteil von

¹⁰⁵ Ss. vom 01.06.2015, Bl. 1064 d.A., dort S. 5.

63,7 %, während auf Wettbewerber [15 - 20] % entfallen; die restlichen [20 - 25] % entfallen auf die Konsolidierer, werden also von diesen eingesammelt und bei der DPAG eingeliefert, die diese Sendungen wiederum ausliefert.¹⁰⁶

133. Die marktbeherrschende Stellung der DPAG ist weiterhin durch die Finanzkraft der DPAG im Vergleich zu den alternativen Briefdienstleistern begründet. Eingeschränkt gilt dies auch im Verhältnis zu Postcon. Zwar handelt es sich dabei um eine Konzerngesellschaft der niederländischen PostNL, die ebenfalls über eine erhebliche Finanzmacht verfügen dürfte, wenn auch diese nicht an die der DPAG heranreicht. Das deutsche Geschäft stellt für den Konzern der PostNL jedoch kein Kerngeschäft dar. Daher ist auch nicht zu erwarten, dass der PostNL-Konzern seine Finanzkraft für das Geschäft in Deutschland uneingeschränkt einsetzt. Weiterhin lassen sich Absatz- und Beschaffungsvorteile aufgrund der vertikalen Integration der DPAG ins Feld führen. Die DPAG ist der einzige Briefdienstleister, der sowohl auf dem vor- als auch auf dem nachgelagerten Markt bundesweit flächendeckend tätig ist.
134. Die marktbeherrschende Stellung der DPAG wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Kunden, insbesondere die vier Großkunden aus der Telekommunikation, eine erhebliche Nachfragemacht ausüben. Richtig ist zwar, dass die vier Unternehmen erhebliche Mengen an Briefen versenden. Allerdings entfällt auch auf den größten Kunden lediglich ein Umsatzanteil in der Größenordnung von [0 - 5] %. Es kann daher keine Rede davon sein, dass wegen der Nachfragemacht der TK-Unternehmen „in Abwesenheit von Marktmacht ... ein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, auch in Form einer Preis-Kosten-Schere ... ausgeschlossen sei“.¹⁰⁷
135. Auch die Argumentation der DPAG, sie verfüge deshalb über keine marktbeherrschende Stellung, weil die Kunden die Möglichkeit hätten, jederzeit auf elektronische Kommunikation auszuweichen¹⁰⁸ (sog. E-Substitution), überzeugt nicht. Die E-Substitution mag zwar zu einem (langsamen) Schrumpfen des Marktvolumens führen; diejenigen Kunden, die aber weiterhin eine Papierrechnung wünschen¹⁰⁹, können aber nur auf diese Weise erreicht werden.

¹⁰⁶ Präsentation der DPAG beim BKartA am 16.01.2013: Die Zukunft des Brief- und Paketgeschäfts in Deutschland, Bl. 24 des Vorgangs B9-1/13-008 (Zahlen für 2011). In ihrem Geschäftsbericht 2014 (S. 24) beziffert die DPAG ihren Anteil am wettbewerbsrelevanten Geschäftskundenmarkt auf etwas höhere 64,5 %.

¹⁰⁷ So aber der Ss. der DPAG vom 31.01.2014, Bl. 218 ff. d.A., Tz. 111.

¹⁰⁸ Gutachten Götz/Paha, S. 41 ff.

¹⁰⁹ Für die kein gesondertes Entgelt erhoben werden darf, BGH, III ZR 32/14, Urt. v. 09.10.2014.

2. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

136. Art. 102 AEUV ist anwendbar. Nach dieser Vorschrift ist die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen. Insbesondere kann die angegriffene Verhaltensweise der DPAG auch zu einer Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels führen.
137. Besitzt ein Unternehmen eine marktbeherrschende Stellung, die sich auf das gesamte Gebiet des Mitgliedstaates erstreckt, und missbraucht es diese Stellung zum Zwecke der Behinderung, ist dies in der Regel geeignet, um den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.¹¹⁰ Im vorliegenden Fall führt der angegriffene Behinderungsmissbrauch dazu, dass der Zugang zum Markt für Wettbewerber der DPAG erschwert wird und bereits aktive Wettbewerber verdrängt werden können. Auch Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten werden am Zugang zum deutschen Markt behindert oder missbräuchlich verdrängt. Dies betrifft u.a. die Beigeladene, die Tochtergesellschaft eines niederländischen Unternehmens ist. Zu den von den Maßnahmen betroffenen Dienstleistungen gehört auch der Versand von internationalen Briefen. Zu berücksichtigen ist schließlich, dass auch Unternehmen auf der Abnehmerseite inländische Tochtergesellschaften ausländischer Konzerne sind, die zum Teil ihrerseits auf Märkten tätig sind, auf denen sich die Behinderung auf dem Briefmarkt indirekt auswirken kann. Zwei der vier näher untersuchten Telekommunikationsunternehmen sind Teil eines ausländischen Konzerns. Führt das angegriffene Verhalten dazu, dass aufkeimender Wettbewerb auf dem Briefmarkt unterdrückt wird, kann dies auch insoweit den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen, als die Abnehmerunternehmen nicht von einem Wettbewerb auf dem Briefmarkt profitieren können.

3. Preis-Kosten-Schere

138. Bei der Preis-Kosten-Schere ist ein Unternehmen als Nachfrager der Preisstellung durch einen marktbeherrschenden Anbieter eines Vorproduktes ausgesetzt, der auf einem nachgelagerten Markt mit seinem Nachfrager im Wettbewerb steht und dort die wirtschaftlichen Vorteile aus dem Anbieter-Nachfrager-Verhältnis einsetzen kann.¹¹¹

¹¹⁰ Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags, ABl. der EU vom 27.04.2004, C 101/81, Tz. 93.

¹¹¹ Nothdurft in Langen/Bunte, Tz. 279 zu § 19 GWB.

139. Eine Preis-Kosten-Schere nach § 19 GWB bzw. Art. 102 AEUV liegt demnach vor, wenn die Differenz zwischen den Endkundenpreisen des marktbeherrschenden Unternehmens und dem Entgelt für das Vorprodukt, das seine Wettbewerber an ihn zahlen müssen, negativ ist (1. Variante) oder nicht ausreicht, um die verbleibenden produktspezifischen Kosten¹¹² des marktbeherrschenden Unternehmens für die Erbringung der Leistungen im nachgeordneten Markt zu decken (2. Variante).¹¹³ „Vorprodukt“ im Sinne dieser Definition ist im Postbereich der von der DPAG eingeräumte Teilleistungszugang, nicht die „Vorleistungen“, die vom Kunden selbst oder vom Konsolidierer erbracht werden, wie Sortieren, Abholen und Einliefern beim Briefzentrum.¹¹⁴
140. Eine solche Preisgestaltung hat regelmäßig eine nicht unerhebliche Behinderungswirkung insbesondere auf dem nachgelagerten Markt, auf dem die Wettbewerber in der Regel nur mit dem Einkauf der entsprechenden Vorprodukte tätig werden können und hierbei von dem marktbeherrschenden Unternehmen abhängig sind. Die Entgelte für das Vorprodukt sind damit eine maßgebliche Bezugsgröße bei der Bildung eines wettbewerbsfähigen Preises der Wettbewerber auf dem nachgelagerten Markt. Der Normadressat kann daher einen Marktverschließungseffekt und eine Verdrängungswirkung erzeugen, in dem er die Preise für das Vorprodukt und seine Endkundenpreise so zueinander ins Verhältnis setzt, dass den Wettbewerbern eine wettbewerbsfähige Preisbildung nicht mehr möglich ist.¹¹⁵
141. Auf den Postmarkt übertragen, bedeutet dies Folgendes: Eine Preis-Kosten-Schere liegt vor, wenn entweder (1. Alternative) das Teilleistungsentgelt höher ist als das Endkundenentgelt, oder (2. Alternative) wenn die Differenz zwischen Endkundenentgelt und Teilleistungsentgelt nicht ausreicht, um die produktspezifischen Kosten eines ebenso effizienten Wettbewerbers wie die DPAG für die Vorleistungen (Sortieren, Aufbereiten, Einliefern in das Briefzentrum) zu decken. Die von der DPAG mit den vier Telekommunikationsunternehmen vereinbarten Zielpreise lagen jeweils unter den unternehmensindividuellen Teilleistungsentgelten.¹¹⁶

¹¹² Zur Feststellung der produktspezifischen Kosten im Sinne dieses Schreibens, sowie auch für die Durchführung von Preis-Kosten-Tests ganz grundsätzlich, ist ein geeignetes Kostenmaß heranzuziehen. Für den Postsektor hat der EuGH diesbezüglich zuletzt im Urteil des Gerichtshofes vom 27. März 2012, Rs. C-209/10a, Rn. 44 – Post Danmark die leistungsspezifischen Zusatzkosten (average incremental costs – AIC) zu Grunde gelegt.

¹¹³ BKartA, B7-11/09, Rn. 49; Europäische Kommission, COMP/C-1/37.451, ABI. L 263 vom 14.10.2003, S. 9 ff, Rn. 107 – Deutsche Telekom; EuG, Rs. T-271/03 – DTAG/Kommission, Rn. 166.

¹¹⁴ Oben Tz. 22.

¹¹⁵ BKartA, B7-11/09, Rn. 49.

¹¹⁶ Dies ist der Betrag, den ein Wettbewerber (Konsolidierer) an die DPAG zahlen müsste, wenn er Sendungen des jeweiligen Kunden in das Netz der DPAG einspeisen wollte.

142. Voraussetzungen für eine missbräuchliche Preis-Kosten-Schere sind daher:

- das Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung (dazu unten (a)),
- ein Vertikalverhältnis zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und seinen Wettbewerbern (s. dazu (b)),
- ein Wettbewerbsverhältnis auf dem nachgelagerten Markt (dazu unten (c)), sowie
- ein positiver Preis-Kosten-Scheren-Test (dazu (d));
- die Anwendung der Preis-Kosten-Schere wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass das Vorprodukt für die Erbringung der Leistung auf dem nachgelagerten Markt nicht unentbehrlich ist (unten e));
- die Anwendung der Preis-Kosten-Schere wird nicht wegen der Regulierung ausgeschlossen (unten (f));
- die Preis-Kosten-Schere ist nicht zur Sicherstellung des Universaldienstes sachlich gerechtfertigt (unten (g));
- abschließend soll unter (h) auf die Auswirkungen der Preis-Kosten-Schere eingegangen werden.

143. Soweit der Vorwurf der Preis-Kosten-Schere auf Art. 102 AEUV gestützt wird, ist zusätzlich Voraussetzung,

- dass das Verhalten dazu führen kann, dass der Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird.¹¹⁷

a) Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung

144. Eine marktbeherrschende Stellung der DPAG sowohl auf dem vorgelagerten als auch auf dem nachgelagerten Markt liegt vor (s.o. Tz. 122).

b) Vertikalverhältnis

145. Ein Vertikalverhältnis zwischen der DPAG und ihren Wettbewerbern liegt ebenfalls vor, da die DPAG anderen Postdienstleistern wie der Beigeladenen einen Teilleistungszugang einräumt und damit auf dem vorgelagerten Markt Leistungen anbietet.

c) Wettbewerbsverhältnis auf dem nachgelagerten End-to-End-Markt

146. Die DPAG und die Konsolidierer befinden sich auf dem nachgelagerten End-to-End-Markt in einem Wettbewerbsverhältnis, da sie den Kunden die gleiche Leistung anbieten.¹¹⁸ Während die DPAG die entsprechende Leistung im Inland vollständig selbst erbringt, sind

¹¹⁷ Diese Voraussetzung ist gegeben, s.o. Tz. 137 ff.

¹¹⁸ S.o. Tz. 104 ff.

die Konsolidierer auf Teilleistungen der DPAG angewiesen. Dies ändert jedoch nichts daran, dass den Kunden gegenüber sowohl die DPAG als auch die Konsolidierer als Anbieter der gesamten Leistung auftreten.

d) Positive Preis-Kosten-Schere in Bezug auf die vier TK-Unternehmen

147. Eine Preis-Kosten-Schere liegt in Bezug auf die vier TK-Unternehmen vor, da die vereinbarten Zielpreise unter den für diese Unternehmen geltenden individuellen Teilleistungsentgelten liegen. Mit anderen Worten: Es ist vom vereinbarten (Ziel-) Preis (Tz. 148 ff.) auszugehen. Diesem Entgelt ist nicht das Entgelt für Werbeleistungen (dazu unten Tz. 150 ff.) oder für Qualitätsdaten (dazu unten Tz. 163 ff.) hinzuzuaddieren, denn es handelt sich bei diesen Entgelten letztlich um einen Rabatt auf den Sendungspreis. Diesem Endkundenentgelt ist das unternehmensindividuelle Teilleistungsentgelt (Tz. 175 ff.) gegenüberzustellen. Es hat sich gezeigt, dass bei allen vier näher untersuchten Telekommunikationsunternehmen der Endkundenpreis unter dem Teilleistungsentgelt lag, den ein Konsolidierer hätte aufwenden müssen, wenn er die Sendungen dieses Kunden hätte befördern und in das Netz der DPAG einspeisen wollen (Tz. 184). Hilfsweise ist anzunehmen, dass eine Preis-Kosten-Schere auch dann vorliegt, wenn man zugunsten der DPAG dem Werbeaufdruck den vereinbarten und im Esch-Gutachten¹¹⁹ als angemessen bezeichneten Werbewert (Tz. 150) und auch den Qualitätsdaten den vereinbarten Wert zumisst (Tz. 163). Schließlich hat die Beschlussabteilung trotz des von der DPAG vorgelegten Esch-Gutachtens erhebliche Zweifel, ob der oben (Tz. 47) genannte Wert von [0,02 - 0,05 €/Sendung] ein angemessenes Entgelt für den Werbeaufdruck darstellt (Tz. 185 ff.).

aa) Ausgangspunkt: das vereinbarte Endkundenentgelt

148. Festzustellen ist zunächst, dass relevanter Maßstab für die Endkundenpreise der vereinbarte Tarif ist, hier also der vereinbarte Preis oder Zielpreis (und nicht der schließlich berechnete Tarif). Denn der (ggf. als Zielpreis) vereinbarte Tarif ist es, der von den Kunden bei ihrer Entscheidung, von welchem Anbieter sie beziehen wollen, zugrundegelegt wird. An der Marktwirksamkeit des vereinbarten Preises würde sich auch dann nichts ändern, wenn sich später herausstellen sollte, dass der vereinbarte Zielpreis nicht erreicht, also über- oder unterschritten wurde. Allerdings spielt diese Frage bei der Beurteilung des folgenden Falls keine Rolle, weil die Zielpreise jeweils auch im Wesentlichen erreicht wurden. Daher greift der Hinweis der DPAG¹²⁰ nicht, dass es sich bei den Zielpreisen um „Wunschpreise“ handele, die rechtlich nicht verbindlich waren. Auch in den beiden Fällen,

¹¹⁹ Dort S. 64.

¹²⁰ Ss. vom 01.06.2015, Bl. 1064 d.A., dort S. 17.

in denen „Zielpreise“ (im Gegensatz zu „Preisen“) vereinbart wurden¹²¹ war es dieser Zielpreis, der marktwirksam und von den jeweiligen Adressaten des Angebots bei seiner Entscheidung zugrunde gelegt wurde.

149. Die vereinbarten (Ziel-) Preise stellen den Endkundenpreis dar, der bei der Prüfung der Preis-Kosten-Schere zugrunde zulegen ist.

bb) Keine Hinzurechnung eines Entgeltes für Werbeleistungen

150. Dem vereinbarten Entgelt für die Briefbeförderung ist kein Entgelt für Werbeleistungen hinzuzuaddieren. Die Beschlussabteilung geht bei einer wertenden Betrachtung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB davon aus, dass die Regelungen über Werbekooperationen sich, jedenfalls im Kontext der Zielpreisvereinbarungen, vollständig dem Ziel der Erreichung des Zielpreises unterordnen. Damit hat der Werbeaufdruck für die Prüfung der Preis-Kosten-Schere keinen eigenständigen Wert. Jedenfalls wird ihm von den Vertragsparteien in diesem Kontext kein eigenständiger Wert zugemessen. Dies ergibt sich für die vier TK-Unternehmen aus Folgendem:
151. Im Fall des TK-Unternehmens 1 ergibt es sich aus dem Kontext und der Systematik der Zielpreisvereinbarung.¹²² In Nummer 9 der Vereinbarung wird der als solcher bezeichnete Zielpreis genannt; in den unmittelbar folgenden Nummern 10 bis 12 wird anschließend das Verfahren erläutert, mit dem der Zielpreis erreicht werden soll. In Nummer 10 der Vereinbarung wird festgelegt, dass die DPAG und das TK-Unternehmen 1 einen Werbekooperationsvertrag abschließen, in dem die DPAG dem TK-Unternehmen 1 „den Mediawert erstattet, der ihr durch Werbung [des TK-Unternehmens 1] in [seinen] Medien zugutekommt“. In Nummer 11 heißt es dann, dass die Einlieferungen zu den veröffentlichten Preisen, den veröffentlichten Rabatten und den Vertragsbedingungen der Deutschen Post erfolgen. In Nummer 12 heißt es, dass die Summe der Kosten für die Mediawerte, die die Deutsche Post erstattet, die Differenz zwischen der eingelieferten Menge multipliziert mit Zielpreis und dem bezahlten Entgelt abzüglich gewährter Rabatte für die Einlieferungsmenge nicht überschreiten darf. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die DPAG als „Entgelt für die Werbeleistung¹²³“ genau den Betrag an den Kunden zahlt, der notwendig ist, um das Entgelt auf den Zielpreis zu senken.

¹²¹ Tz. 56.

¹²² S.o. Tz. 53.

¹²³ Also für die Zur-Verfügung-Stellung von Werbeflächen auf den Umschlägen.

152. Diese Einschätzung wird auch dadurch unterstützt, dass in der Vereinbarung zwar verschiedene Regelungen zum Postbereich enthalten sind, die „in den Medien des (TK-Unternehmens) zu schaltende Werbung“ dagegen nicht näher spezifiziert wird. Dass die Werbekooperation ein Mittel ist, die Preise auf das vereinbarte Niveau zu senken, wird ferner anschaulich dadurch bestätigt, dass ein Vertreter des TK-Unternehmens 1 auf Nachfrage erklärt hat, auf die Portoerhöhung zum Jahreswechsel 2012/2013 werde man in der Weise reagieren „dass das Posthorn auf eine höhere Zahl von Postwurfsendungen aufgedruckt wird, so dass die Erlöse aus der Werbekooperation in dem gleichen Maße steigen wie die Entgelte“. ¹²⁴ Aus der Sicht des DPAG-Kunden stellt sich der Abschluss einer Werbekooperation als ein bequemes Mittel dar, die Portokosten ohne großen Aufwand zu senken. Nachteile für den Kunden sind damit kaum verbunden. Vor dem Hintergrund der engen Verknüpfung von Preisvereinbarung und Werbekooperation in der Zielpreisvereinbarung kann vorliegend, entgegen der Ansicht der DPAG ¹²⁵, nicht davon ausgegangen werden, dass es sich bei der Werbekooperation um ein gesondertes Leistungsverhältnis handelt, das von dem Leistungsverhältnis der Briefbeförderung zu trennen ist. Aus diesem Grunde kommt es auch nicht darauf an, ob der Werbeleistung ein eigener Wert zuzumessen ist. ¹²⁶
153. Auch Nr. 15 der Zielpreisvereinbarung ¹²⁷, nach der die Werbekooperation einvernehmlich durch andere Kooperationen ersetzt werden kann, bei denen die finanziellen Auswirkungen für das TK-Unternehmen gleich bleiben, belegt, dass die Werbekooperation ausschließlich dem Ziel der Erreichung des Zielpreises diene.
154. Ähnlich ist die mit dem Telekommunikationsunternehmen 2 abgeschlossene Zielpreisvereinbarung ¹²⁸ zu beurteilen. Auch hier wird in unmittelbarem Anschluss an die Nummer 6 dieser Vereinbarung, in der die Zielpreise festgelegt werden, in den Nummern 7 – 9 nach dem gleichen Schema verfahren. Ferner enthält auch die mit dem TK-Unternehmen 2 abgeschlossene Zielpreisvereinbarung eine Klausel, nach der die Werbekooperation durch andere Kooperationen ersetzt werden kann, bei der die finanziellen Auswirkungen für das TK-Unternehmen gleich bleiben. ¹²⁹ Schließlich gilt auch im Hinblick auf die von der DPAG

¹²⁴ Tz. 10 des Vermerks über ein Telefonat mit einem Vertreter des TK-Unternehmens 1 am 07.03.2013; Bl. 129 der Unternehmensakte.

¹²⁵ Ss. v. 31.01.2014, S. 19 ff.

¹²⁶ Zu dieser Frage hat die DPAG ausführlich vorgetragen; Ss. v. 31.01.2014, S. 19 ff.; auch die vorgelegten Gutachten von Lademann Associates (Bl. 274-1 ff. d.A.) und Esch (Bl. 577 d.A., öffentliche Version B. 762-1 ff. d.A.) gehen ausführlich auf diese Frage ein.

¹²⁷ Oben Tz. 53.

¹²⁸ Oben Tz. 54.

¹²⁹ Oben Tz. 54; Nr. 12 der Vereinbarung.

mit dem TK-Unternehmen 2 abgeschlossene Zielpreisvereinbarung, dass die zum Jahresbeginn 2013 in Kraft getretene Portoerhöhung keinen Einfluss auf den Zielpreis haben sollte.¹³⁰ Auch dies unterstreicht, dass die Entgelte aus der Werbekooperation dem Ziel dienen sollten, den Zielpreis zu erreichen.

155. Bei dem TK-Unternehmen 3 wird dagegen direkt ein Entgelt von [...] €/Stück vereinbart, das ohne weitere Attribute oder Einschränkungen als „Preis“ bezeichnet wird. Es wird also nicht nur ein „Zielpreis“, sondern ein „Preis“ vereinbart. Es erschiene gekünstelt, wollte man § 2.1 der Ergänzungsvereinbarung¹³¹ „Die Konditionen sind im Einzelnen ... für zentral produzierte Sendungen ... [...] €/Stück. Die Preise sind Nettopreise zzgl. einer eventuell anfallenden MwSt.“ so interpretieren, dass damit zwei voneinander unabhängige Leistungsbeziehungen geregelt werden sollen.
156. Gleiches gilt für die mündlich abgeschlossene Vereinbarung mit dem TK-Unternehmen 4. In der internen E-Mail¹³² wird das Angebot der DPAG als Preis pro Stück, unabhängig vom Gewicht, bezeichnet.
157. Dass die mit den vier TK-Unternehmen vereinbarten Werbeentgelte dazu dienen sollten, das von diesen zu zahlenden Porto zu reduzieren, ergibt sich auch daraus, dass das durchschnittliche Werbeentgelt je Sendung stark variierte, für das Jahr 2012 zwischen [0,01 bis 0,02] € je Sendung und 0,1135 € je Sendung.¹³³ Diese große Differenz erklärt sich dadurch, dass aus verschiedenen Gründen die Differenz zwischen dem durchschnittlichen Entgelt je Sendung und dem Zielpreis unterschiedlich ist. Beeinflusst wird die Differenz durch Faktoren wie den Sendungsmix (also den Anteil schwererer Sendungen), den durchschnittlich erreichten Teilleistungsrabatt (der wiederum u.a. davon abhängig ist, wie oft die höchste Rabattstufe erreicht wurde, und für wie viele Sendungen der im Vergleich höhere BZE-Rabatt gewährt wurde), sonstigen Rabatte oder Zahlungen wie den Großkundenrabatt oder Entgelte für Qualitätsdaten. Vergleicht man beispielsweise die von den Telekommunikationsunternehmen [3] und [4] jeweils erzielte Werbeentgelt je Sendung fällt auf, dass letzteres ein deutlich höheres Entgelt erzielte. Dies lag u.a. an folgendem:

¹³⁰ „Es ist korrekt, dass die Preiserhöhungen dabei keinen direkten Einfluss auf den Zielpreis haben. Daher gab es bereits eine Anfrage der DPAG, die Werbung bei [dem TK-Unternehmen 2] auszuweiten...“; Vermerk über ein Telefonat mit Vertretern des TK-Unternehmens 2, Bl 61. der Unternehmensakte.

¹³¹ Oben Tz. 55.

¹³² Oben Fn. 39.

¹³³ Zu der Berechnung siehe die Mitteilung des Ermittlungsstandes Bl. 93 ff. d.A., öffentliche Version Bl. 343 ff. d.A., dort Tz. 65, 85, 108, 127.

- höherer Gesamtbetrag des Portos je Sendung (größerer Anteil an Kompakt- und größeren Briefen),
 - niedriger Teilleistungsrabatt,
 - der Großkundenrabatt (Planmengenrabatt) wurde nur dem einen Unternehmen, nicht aber dem anderen gewährt.
158. Die große Differenz kann folglich nicht dadurch erklärt werden, dass die Werbung auf Umschlägen des einen TK-Unternehmens wertvoller sei als die auf Umschlägen des anderen TK-Unternehmens oder dadurch, dass das eine Unternehmen besser als das andere verhandelt habe, sondern ergibt sich einfach daraus, dass ein höherer Differenzbetrag auszugleichen war.
159. Auffallend ist auch, dass in einem Fall das im Ergebnis gezahlte Entgelt aus der Werbekooperation¹³⁴ von [0,01 bis 0,02] €/Sendung niedriger war als das in der Werbekooperation vereinbarte Entgelt von [0,02 bis 0,05] €/Sendung¹³⁵. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien hier dem Werbeaufdruck einen niedrigeren Wert zugemessen haben als in anderen Fällen einer Werbekooperation. Das im Ergebnis niedrigere Entgelt erklärt sich vielmehr zwanglos aus dem Ziel, einen bestimmten Preis im Ergebnis zu erreichen, und dem zu diesem Zweck in der Ergänzungsvereinbarung¹³⁶ vorgesehenen Mechanismus. Vertreter des TK-Unternehmens 3 habe dies wie folgt erläutert: „Der Zielpreis [...] wurde erreicht. Die theoretische maximale Kumulation [von Rabatten und Kondition aus der Werbekooperation] führte sogar zu einem Wert unter [dem Zielpreis], der aber nicht angewendet wurde. Es war daher irrelevant, ob und wie sich ... ein niedrigerer Preis (kumulierte Rabatte + WKZ) ergeben hätte.“¹³⁷
160. Vor diesem Hintergrund kann die DPAG sich auch nicht darauf berufen, dass die vier befragten TK-Unternehmen auf die Frage, ob der Aufdruck zu einem Mehrwert für das TK-Unternehmen oder die DPAG führe, angegeben habe, dass sie den Werbeausdrucken einen Mehrwert auch für die DPAG zuweisen.¹³⁸ Daraus kann – entgegen der Ansicht der DPAG – nicht geschlossen werden, dass in Bezug auf die beiden TK-Unternehmen, mit denen Zielpreisvereinbarungen abgeschlossen wurden, die Vereinbarungen über Werbeleistungen separat, vom eigentlichen Zustellgeschäft gesonderte Vereinbarungen darstel-

¹³⁴ Berechnung in der Mitteilung des Ermittlungsstandes Bl. 93 ff. d.A., öffentliche Version Bl. 343 ff. d.A., Tz. 53 ff., 65.

¹³⁵ Oben Tz. 47.

¹³⁶ Oben Tz. 55.

¹³⁷ Telefonat mit Vertretern des TK-Unternehmens am 31.01.2013, Bl. 53 der Unternehmensakte, Tz. 8.

¹³⁸ Ss. der DPAG v. 01.06.2015, Bl. 1064 d.A., dort S. 18.

len. Dies haben die Unternehmen nicht angegeben und es entspricht auch nicht dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der oben beschriebenen Zielpreisvereinbarung.

161. In Bezug auf die beiden anderen Unternehmen, mit denen „Preise“ (nicht: „Zielpreise“) vereinbart wurden, kann ohnehin nicht davon ausgegangen werden, dass dem vereinbarten Preis noch ein Wert für die Werbeleistung hinzuaddiert werden müsse, unabhängig davon, ob der Werbeleistung ein eigener Wert zukommt oder nicht.
162. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die vereinbarten oder gezahlten Entgelte für die Sendungsbeförderung in die Prüfung der Preis-Kosten-Schere einzustellen sind. Diesen ist, entgegen dem Vortrag der DPAG, die Entgelte aus den Werbekooperationen nicht hinzuzuaddieren.

cc) Keine Hinzurechnung eines Entgeltes für Qualitätsdaten

163. Auch die zwei der vier TK-Unternehmen gezahlten Entgelte für Qualitätsdaten sind nicht dem Endkundenentgelt hinzuzuaddieren. Die DPAG verweist in ihrem Schriftsatz vom 1. Juni 2015¹³⁹ zwar darauf, dass die beiden TK-Unternehmen auf die entsprechende Frage der Beschlussabteilung angegeben haben, dass sie den Qualitätsdaten einen Mehrwert auch für die DPAG zumessen. Begründet wurde dies im Wesentlichen damit, dass die Lieferung von Qualitätsdaten essentiell sei, um den hohen Qualitätsstand zu sichern oder zu verbessern und dessen Lieferung von Qualitätsdaten mit einem gewissen Aufwand verbunden sei. Daraus folge, dass die Qualitätsdatenlieferung eine gesonderte Lieferbeziehung darstelle und das Entgelt hierfür im Zielpreis hinzuzuaddieren sei. Auch diese Entgelte stellen in dem Kontext der Zielpreisvereinbarungen kein Entgelt in einer gesonderten Leistungsbeziehung dar, sondern sind ebenfalls ein Mechanismus, um den Zielpreis zu erreichen. Dies ergibt sich aus Folgendem:
164. Mit dem ersten der beiden TK-Unternehmen hat die DPAG in der Zielpreisvereinbarung vereinbart, dass das TK-Unternehmen der Deutschen Post Qualitätsdaten bereitstellen wird. Die Kosten für die Erstellung und die Übergabe der Qualitätsdaten stellt das TK-Unternehmen der Deutschen Post mit [0,001 bis 0,005] € je Sendung, die bei der Deutschen Post eingeliefert wird, in Rechnung.¹⁴⁰
165. Mit dem zweiten der beiden TK-Unternehmen hat die DPAG in der Zielpreisvereinbarung ebenfalls ein Entgelt für die Lieferung von Qualitätsdaten vereinbart, und zwar in Höhe

¹³⁹ Bl. 1084 ff. d.A., dort S. 20.

¹⁴⁰ Nr. 16 der Zielpreisvereinbarung.

von [0,005 bis 0,01] € je Sendung.¹⁴¹ Abgesehen von der Höhe des Entgeltes sind die entsprechenden Klauseln in den Zielpreisvereinbarungen mit den beiden TK-Unternehmen identisch.

166. Für beide Vereinbarungen gilt, dass die Beschlussabteilung auch den Qualitätsdaten keinerlei Wert zumessen kann. Dafür sind folgende Überlegungen maßgeblich:
167. Die Verträge enthalten keine Regelung zu der Frage, welche Daten zu übermitteln sind, die mit dem jeweils vereinbarten Entgelt abgegolten werden sollten. Schon dies spricht gegen einen tatsächlichen Wert der Übermittlung von Qualitätsdaten.
168. Was letztlich als Qualitätsdaten übermittelt wurde, war denkbar wenig: Es handelt sich um Informationen darüber, welche Kunden des TK-Unternehmens sich aus welchen Gründen über nicht zugestellte, verspätete, beschädigte usw. Sendungen (Rechnungen, Zusendung von SIM-Karten usw.) beschwert haben. Dass Beschwerden an den Verantwortlichen der Fehlleistung weitergeleitet werden, ist eher eine Selbstverständlichkeit als eine Leistung des TK-Unternehmens an die DPAG. Wenn diese Leistung dennoch mit einem bestimmten Preis je Sendung (und nicht etwa mit einem Preis der sich an dem Aufwand des TK-Unternehmens orientiert) vergütet wird, fällt es schwer, dieses Entgelt nicht als Rabatt auf den Sendungspreis zu interpretieren.
169. Hinzu kommt: das Entgelt ist bei den TK-Unternehmen 1 und 2 unterschiedlich, ohne dass hierfür ein Grund ersichtlich ist. Zudem ist das Entgelt für die Lieferung der Qualitätsdaten in den Zielpreisvereinbarungen vereinbart, woraus deutlich wird, dass es sich auch bei diesem Entgelt um ein Mittel handelt, den Zielpreis zu erreichen bzw. das Porto zu senken.
170. Im Fall des ersten der beiden TK-Unternehmen kommt Folgendes hinzu: Dieses hat festgestellt, dass die Zahl der Beschwerden sehr niedrig war. Daher wurde das Tool zur Datenerfassung abgestellt. Die Datenlieferung wurde dadurch ersetzt, dass die sich beschwerenden Kunden auf ein entsprechendes Tool der DPAG verwiesen wurden.¹⁴² Das „Entgelt für die Datenlieferung“ wurde aber weiter bezahlt. Konkret kann man sich das wie folgt vorstellen: Der Mobilfunkkunde ruft bei der Hotline des TK-Unternehmens an und beschwert sich z.B. darüber, dass eine Sendung verspätet zugestellt wurde; der Hotline-Mitarbeiter des TK-Unternehmens verweist den Kunden an die DPAG. Für dieses Verweisen an die DPAG wurde dem TK-Unternehmen weiterhin für jeden versendeten Brief eine Vergütung von [0,001 bis 0,005] € erstattet. Auch dieser Umstand spricht für die Wertung,

¹⁴¹ Nr. 13 der Zielpreisvereinbarung.

¹⁴² Telefonat mit Vertretern des TK-Unternehmens 1 am 21.06.2013; Unternehmensordner, Bl. 51.

dass tatsächlich lediglich der Sendungspreis um [0,001 bis 0,005] €/Sendung reduziert werden sollte.

171. Im Ergebnis spricht alles dafür, die Entgelte für die Qualitätsdaten als Rabatt auf den Sendungspreis zu verstehen. Gegenteilige Anhaltspunkte sind auch nicht vorgetragen. Die Beschlussabteilung gelangt daher ebenso wie bei den Entgelten aus den Werbekooperationen zu der Schlussfolgerung, dass das Entgelt für die Qualitätsdaten bei der Prüfung der Preis-Kosten-Schere nicht dem Zielpreis hinzuzuaddieren ist.
172. Der vereinbarte Preis lag somit bei den vier Unternehmen jeweils zwischen 0,317 €/Sendung und 0,363 €/Sendung.
173. Das Ergebnis ändert sich nicht wesentlich, wenn man nicht die als Preise bzw. Zielpreise vereinbarten Entgelte zugrundelegt, sondern die tatsächlich gezahlten Entgelte. Bei den TK-Unternehmen 2 und 3 wurde der Zielpreis genau erreicht, beim TK-Unternehmen 1 leicht unterschritten (um [...] €/Sendung), beim TK-Unternehmen 4 leicht überschritten (um [...] €/Sendung).¹⁴³ Die tatsächlich gezahlten Entgelte lagen bei 0,317 bis 0,360 €/Sendung.
174. Diese Berechnungen wurden von der DPAG nicht im Einzelnen bestritten. Sie ist allerdings der Auffassung, dass diese Berechnungen insoweit nicht ganz zutreffend sei, als die Werbekostenzuschüsse nicht vom Porto abgezogen werden dürften (gemeint ist: dem vereinbarten Preis bzw. Zielpreis hinzuzurechnen seien).¹⁴⁴ Dies trifft nach Ansicht der Beschlussabteilung jedoch nicht zu, wie in den Tz. 149 ff. dargelegt wurde.

dd) Vergleich mit dem individuellen Teilleistungsentgelt

175. Dem vereinbarten Entgelt ist das individuelle Teilleistungsentgelt gegenüberzustellen, im vorliegenden Verfahren auch als „Benchmark“ bezeichnet. Unter „Teilleistungsentgelt“ wird das Porto abzüglich des „Teilleistungsrabattes“ verstanden.
176. Dabei ist das „individuelle Teilleistungsentgelt“ vom „minimalen Teilleistungsentgelt“ zu unterscheiden. Beim minimalen Teilleistungsentgelt wird vom Porto für einen Standardbrief der höchste Teilleistungsrabatt, also der BZE-Rabatt, abgezogen. Bis zum 31.12.2012 betrug das minimale Teilleistungsentgelt demnach 0,341 €/Sendung (Porto für einen Standardbrief in Höhe von 0,55 ct abzüglich eines BZE-Rabattes von 38 %). Für

¹⁴³ Siehe zu den Berechnungen im Einzelnen die Mitteilung des Ermittlungsstandes, Bl. 93 ff. d.A., öffentliche Version Bl. 343 ff. d.A., Tz. 41 ff.

¹⁴⁴ Vgl. Antworten der DPAG zu den Fragen des Bundeskartellamtes im Schreiben vom 27.06.2014; Anlage zum Schreiben vom 15.08.2014, dort S. 2.

das Jahr 2013 erhöhte sich dieser Betrag auf 0,348 €/Sendung (Standardporto von 0,58 € abzüglich des BZE-Rabattes in Höhe von 40 %¹⁴⁵). Es wäre jedoch unzutreffend, auf dieses minimale Teilleistungsentgelt abzustellen, da es aus zwei Gründen de facto nicht erreicht wird.

177. Erstens versenden die Unternehmen zwar weit überwiegend, aber nicht ausschließlich Standardbriefe. Daher kann bei der Berechnung des Teilleistungsentgelts nicht von dem Porto für Standardbriefe von früher 0,55 € (bis 2012) bzw. nunmehr 0,58 € (im Jahr 2013) ausgegangen werden. Vielmehr ist für jedes Unternehmen das gewichtete Porto unter Berücksichtigung des jeweiligen individuellen Sendungsmixes zu berechnen.
178. Zweitens ist zu berücksichtigen, dass der maximale Rabatt, der BZE-Rabatt, nur für einen geringen Teil der Sendungen gewährt wird, nämlich dann, wenn die Sendungen entsprechend vorsortiert sind und sich die Zieladresse im Bereich desjenigen Briefzentrums befindet, in das eingeliefert wird. In den anderen Fällen wird der BZA-Rabatt fällig, und zwar meistens, aber nicht immer, in der höchsten Stufe. Daher ist der erzielte durchschnittliche Teilleistungsrabatt der Unternehmen geringer als 38 % (bis 2012) bzw. 40 % (ab 2013).
179. Demnach ist zur Berechnung des tatsächlich geleisteten durchschnittlichen Teilleistungsentgelts pro Briefsendung vom gewichteten Porto der gewichtete Teilleistungsrabatt abzuziehen. Schließlich ist das durchschnittliche Teilleistungsentgelt als Benchmark dem durchschnittlichen Entgelt pro Briefsendung gegenüberzustellen. Letzteres inkludiert Teilleistungs-, Freistempel- und ggf. Großkundenrabatte sowie Werbekostenzuschüsse und eine evtl. anfallende Vergütung für Qualitätsdaten.
180. Nicht berücksichtigt sind bei der Benchmark die Kosten der Vorleistung, also für die Leistungen von der Abholung beim Empfänger bis zur Einlieferung im Briefzentrum. Wenn die DPAG eine End-to-End-Beförderung vornimmt, müssten die Kosten für die Vorleistung noch auf das Teilleistungsentgelt aufgeschlagen werden. Dann wäre das für die Preis-Kosten-Schere relevante Delta zwischen der Benchmark und dem geleisteten Entgelt noch größer.¹⁴⁶ In den Fällen der TK-Unternehmen 1 bis 3 werden die Vorleistungen im Ergebnis mit dem Entgelt abgegolten; lediglich das TK-Unternehmen 4 entrichtet an DPIHS ein gesondertes Entgelt für diese Leistungen.

¹⁴⁵ Gleichzeitig mit der Erhöhung des Standardportos von 0,55 € auf 0,58 € wurden zum 01.01.2013 die Teilleistungsrabatte um 2 Prozentpunkte erhöht.

¹⁴⁶ Als einziges der vier betrachteten Unternehmen entrichtet das TK-Unternehmen 4 an den zum Konzern der DPAG gehörenden Konsolidierer DPIHS ein gesondertes Entgelt für die Vorleistungen.

181. Das individuelle Teilleistungsentgelt variiert von Unternehmen zu Unternehmen. Die Teilleistungsrabatte sind zwar nicht reguliert, und werden von der DPAG auch nicht, anders als sonstige Entgelte, auf ihrer Website veröffentlicht. Sie sind allerdings im Markt bekannt und werden von der DPAG diskriminierungsfrei angewandt. Für Unterschiede in den Teilleistungsentgelten sind folgende Faktoren maßgeblich: Zum einen variiert der Sendungsmix, also der Anteil der verschiedenen Basisprodukte (Größenkategorien); dies hat Einfluss auf das Standardporto, aber auch auf die Höhe des Teilleistungsrabattes, da die DPAG auf Standardbriefe einen höheren Teilleistungsrabatt als auf größere Briefe gewährt. Zum anderen variiert der Anteil der Sendungen, auf die der höhere BZE-Rabatt gewährt wird, sowie die Verteilung der Sendungen auf die verschiedenen Rabattstufen des BZA-Rabattes.
182. Für das Jahr 2012 hat die Beschlussabteilung in der Mitteilung des Ermittlungsstandes vom November 2013 die individuellen Teilleistungsentgelte mit folgendem Ergebnis detailliert berechnet¹⁴⁷: Die unternehmensindividuellen Teilleistungsentgelte lagen jeweils zwischen 0,357 und 0,468 €/Sendung. Der Großkundenrabatt, den eines der vier Unternehmen erhält, ist dabei bereits berücksichtigt.

ee) Endkundenentgelt niedriger als Vorleistungsentgelt

183. Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass in allen vier Fällen eine Preis-Kosten-Schere bestand. Die niedrigste Preis-Kosten-Schere lag bei [0,01 bis 0,02] €/Sendung, die höchste bei 0,114 €/Sendung¹⁴⁸. Dabei handelt es sich um die Differenz zwischen dem durchschnittlichen Entgelt pro Brief (Tz. 173) und dem durchschnittlichen Teilleistungsentgelt pro Brief (Tz. 182).

ff) Hilfsüberlegung: Preis-Kosten-Schere auch bei Hinzurechnung der Entgelte aus Werbekooperation und für Qualitätsdaten

184. In Anbetracht dieses Deltas zwischen Endkundenpreis und Teilleistungsentgelt gilt im Übrigen Folgendes: Selbst wenn man zu den mit den TK-Unternehmen 1, 2 und 4 vereinbarten Endkundenentgelten ein Entgelt für die Werbung in Höhe von des im Esch-Gutachten genannten und als angemessen bezeichneten Betrages¹⁴⁹ und zusätzlich ggf. das Entgelt für die Lieferung der Qualitätsdaten in Höhe von [0,001 bis 0,005] €/Sendung bzw. [0,005 bis 0,01] €/Sendung hinzuaddierte, wäre im Hinblick auf diese drei Unternehmen immer noch eine positive Preis-Kosten-Schere gegeben. Zu berücksichtigen ist auch,

¹⁴⁷ Mitteilung des Ermittlungsstandes, Bl. 93 ff. d.A., öffentliche Version Bl. 343 ff. d.A., Tz. 166 ff.

¹⁴⁸ Mitteilung des Ermittlungsstandes, Bl. 93 ff. d.A., öffentliche Version Bl. 343 ff. d.A., Tz. 167, 170, 173, 176.

¹⁴⁹ Tz. 46.

dass die DPAG oder die DPIHS für die TK-Unternehmen 1, 2 und 3 die Vorleistungen (Abholen, Sortieren, Einliefern in das Briefzentrum) erbrachte, ohne hierfür im Ergebnis eine gesonderte Vergütung in Rechnung zu stellen. Dementsprechend ist auch für das TK-Unternehmen 3 eine positive Preis-Kosten-Schere gegeben: Addierte man zu dem vereinbarten Entgelt noch den Betrag, den das TK-Unternehmen 3 als Entgelt für den Werbeaufdruck erhält, kommt man – der Systematik und dem Ziel der Ergänzungsvereinbarung entsprechend – auf ein Entgelt, das genau dem Teilleistungsentgelt entspricht. In diesem Fall wäre das Entgelt auf dem nachgelagerten Markt zwar nicht höher als das Entgelt für das Vorprodukt, aber exakt gleich hoch. Die Differenz von „Null“ wäre aber nicht ausreichend, um die produktspezifischen Kosten eines Unternehmens, das ebenso effizient wie die DPAG ist, für die Vorleistungen (Abholen, Sortieren, Einliefern ins Briefzentrum) zu decken.

gg) Zweifel am Wert des Werbeaufdruckes

185. Zudem hat die Beschlussabteilung erhebliche Zweifel, ob dem Werbeaufdruck tatsächlich der in den Abreden über Werbekooperationen¹⁵⁰ vereinbarte und im Esch-Gutachten als von der DP üblicherweise gezahlt¹⁵¹ und angemessen¹⁵² bezeichnete Werbewert von [2,0 bis 5,0] ct zukommt¹⁵³. Zwar haben Vertreter des Unternehmens Vodafone geäußert, dass dieses Entgelt für Werbung auf Umschlägen, die an ihre Postpaid-Kunden gerichtet sind, am unteren Ende des Angemessenen liegen dürfte, und Prof. Esch hat in seinem Gutachten verschiedene Argumente vorgetragen, weshalb dem Werbeaufdruck ein solcher Wert zukommen soll. Genannt wurden im Wesentlichen drei Komponenten¹⁵⁴: Der quantitative Wert, der qualitative Wert und der strategische Wert. Unter dem Aspekt des quantitativen Werts (Kontaktleistung und Kosten) wird das Potential von Briefsendungen als Werbeträger diskutiert. In dem Abschnitt über den qualitativen Wert (Werbewirkung) werden Aspekte wie die unbewusste Aufnahme, periphere Verarbeitung und implizite Wirkung des Werbeaufdruckes erörtert. Schließlich wird der strategische Wert (spezifischer Nutzen für den Werbetreibenden) betrachtet, „der sich für die DP vor dem Hintergrund der definierten Zukunfts- und Markenstrategie, anvisierten Zielgruppen und gesetzten Ziele ergibt“¹⁵⁵. Es wird dargelegt, dass die Werbeaufdrucke wahrgenommen werden¹⁵⁶ und auch aktivierend

¹⁵⁰ Tz. 44 ff.

¹⁵¹ Esch-Gutachten, Bl. 577 d.A., öffentliche Version Bl. 762-1 ff. d.A., dort S. 23.

¹⁵² Esch-Gutachten, S. 65.

¹⁵³ S.o. Tz. 47.

¹⁵⁴ S. 7 des Gutachtens.

¹⁵⁵ Esch-Gutachten, S. 60.

¹⁵⁶ „Musterabgleich und Aktivierung vorhandener Vorstellungsbilder“ - „Mere-Exposure-Effekt“, S. 39., 42 des Gutachtens, s. auch Ss. der DPAG vom 01.06.2014, Bl. 1064 d.A., dort S. 22.

wirken.¹⁵⁷ Das Gutachten thematisiert zwar einerseits die Hürden bei der ganzheitlichen Quantifizierung eines Werbewerts und legt dar, dass valide Daten zu Preisen für Sonderwerbeformen fehlen¹⁵⁸, kommt dann aber zu dem Ergebnis, dass es mit Übersicht über alle drei Komponenten der Werthaltigkeit angemessen sei, Briefsendungen Dritter den genannten Werbeträgerwert zuzuschreiben.¹⁵⁹

186. Das Gutachten erläutert ausführlich und anschaulich unterschiedliche relevante Themen zum Themenkomplex der Wirkung von Werbemaßnahmen. Die Schlussfolgerung des Gutachtens zur Höhe des Werbe(träger)wertes erscheint jedoch weitgehend spekulativ; im gesamten Gutachten werden viele mögliche Wirkungen der Werbung erörtert, eine Quantifizierung des Werbewertes unterbleibt jedoch. In der erwähnten Schlussfolgerung auf S. 63 des Gutachtens wird zum ersten Mal ein Wert genannt. Vor diesem Hintergrund erscheint die Aussage, dass ein Werbewert von gerade [20 bis 50] Euro TKP¹⁶⁰ angemessen sei, willkürlich. Die Überzeugungskraft des Gutachtens würde sich nicht verändern, wenn ein deutlich höherer oder niedriger Wert genannt würde. Vor diesem Hintergrund kann die Beschlussabteilung dem Gutachten lediglich, soweit für das laufende Verfahren relevant, die Aussage entnehmen, dass es nicht möglich erscheint, den Werbewert des Aufdruckes objektiv zu quantifizieren.
187. Hierzu passt auch die Aussage der DPAG, dass sie auf eine Messung der Werbewirkung einzelner Werbemaßnahmen verzichtet.¹⁶¹
188. Ermittlungen haben ergeben, dass es kaum vergleichbare Werbeformen gibt. Die von der DPAG genannten Beispiele¹⁶² sind nicht geeignet, dies zu widerlegen. Anders als im vorliegenden Fall wird in der Mehrzahl der genannten Fälle nicht Werbefläche auf Briefumschlägen gegen Entgelt (bzw. gegen einen Rabatt auf das Porto) zur Verfügung gestellt. Es handelt sich vielmehr um Kooperationsverhältnisse, in denen der Absender und der Partner, dessen Logo auf dem Umschlag aufgedruckt wird, ein gemeinsames kommerzielles Interesse haben, das außerhalb der Leistung der Briefbeförderung liegt. Vier der Beispiele betreffen unterschiedliche Treuepunktesysteme. Hier liegt es im gemeinsamen Interesse des Betreibers des Punktesystems und der Partner, dass den Teilnehmern bekanntgegeben wird, wo sie Punkte verdienen und einsetzen können. Wenn also bei-

¹⁵⁷ Hohes Involvement des Adressaten bei Rechnungen oder Mahnungen, Bl. 30 des Gutachtens, s. auch Ss. der DPAG vom 01.06.2014, Bl. 1064 d.A., dort S. 23.

¹⁵⁸ Vgl. S. 63 des Gutachtens.

¹⁵⁹ Esch-Gutachten, S. 64.

¹⁶⁰ Tausender-Kontakt-Preis.

¹⁶¹ Schreiben der DPAG v. 27.06.14, Anlage 1, Antwort zur Frage 11, Bl. 554 d.A.

¹⁶² Ss. vom 01.06.2015, S. 24 ff.

spielsweise die Betreiber des Payback-Systems oder der DeutschlandCard die Logos der teilnehmenden Unternehmen auf die Umschläge drucken, in denen den Teilnehmern der Punktstand mitgeteilt wird, dient dies in erster Linie dem Interesse des Systembetreibers. Gleiches gilt für die Deutsche Bahn AG, wenn sie auf den Schreiben an die Teilnehmer des bahn.bonus-Programmes die Logos verschiedener Hotelketten und Autovermietungen aufdruckt, bei denen ebenfalls bahn.bonus-Punkte erworben werden können. Auch wenn das Möbelhaus Dehner eine Mailing-Aktion „exklusiv für Payback-Kunden“ durchführt und das Payback-Logo auf den Umschlag druckt, liegt dies gleichermaßen im Interesse des Absenders.

189. Ähnlich ist auch die Situation im Fall des Absenders Nürnberger Versicherung, der auf den Umschlägen das Logo und einen Werbespruch der Metropolregion Nürnberg abdruckt. Hier ist anzunehmen, dass dies im Rahmen des Sponsorings für die Metropolregion geschieht. Die Nürnberger Versicherungsgruppe gehört zu den „Leuchttürmen der Europäischen Metropolregion Nürnberg“, die sich als Mitglieder des Fördervereins „Wirtschaft für die Europäische Metropolregion Nürnberg e.V.“, in der und Förderung der Europäischen Metropolregion Nürnberg durch die regionale Wirtschaft besonders engagieren.¹⁶³
190. Diese Beispiele sind dadurch gekennzeichnet, dass der Werbeaufdruck in beiderseitigem Interesse geschieht. Daher wird auch auf ein Entgelt verzichtet. Ähnlich verhält es sich bei den hier verfahrensgegenständlichen Werbeaufdrucken. Auch diese bringen einen Nutzen (Werbewert) sowohl für die Deutsche Post als auch für die Kunden, die damit dokumentieren können, dass sie ihre Briefsendungen durch einen renommierten Postdienstleister befördern lassen.¹⁶⁴ Anders ist dagegen die Situation in dem von der DPAG gebildeten Beispiel, dass Ferrero bei RTL wirbt.¹⁶⁵ Zwar ist es zutreffend, dass in einem solchen Fall RTL keinen Bonus an Ferrero zahlt. Die Ausstrahlung von Werbung ist jedoch gerade das Kerngeschäft von RTL und RTL hat keinen Vorteil davon, dass gerade Ferrero dort wirbt. Insoweit bleibt die Frage offen, ob vorliegend ein Werbewert zugunsten des Versenders nicht doch gegengerechnet werden müsste.¹⁶⁶
191. Zutreffend ist allerdings, dass der über die Arvato AG zum Bertelsmann-Konzern gehörende Versender DeutschlandCard GmbH Werbefläche auf den von ihm versandten

¹⁶³ Siehe <http://www.metropolregionnuernberg.de/organisation/wirtschaft-fuer-die-metropolregi/leuchttirme.html>.

¹⁶⁴ Vgl. Ss. der DPAG vom 01.06.2015, Bl. 1064 d.A., dort S. 18, mit Hinweis auf eine Antwort von Telefónica.

¹⁶⁵ Ss. der DPAG vom 01.06.2015, Bl. 1064 d.A., dort S. 23.

¹⁶⁶ Entgegen der Ansicht der DPAG, Ss. vom 01.06.2015, Bl. 1064 ff. d.A., dort S. 23.

Briefumschlägen vermarktet. Die DeutschlandCard ist ein „Multi-Partner-Kundenbindungsprogramm“, bei dem angemeldete Verbraucher für bestimmte Offline- und Online-Käufe Punkte sammeln können. Zu den Partnern gehört auch die „eFiliale“ der Deutschen Post¹⁶⁷. Neben der Durchführung des Punkte-Programmes werden den Partnern verschiedene Dienstleistungen angeboten. Hierzu gehört auch die Werbung auf der Rückseite der „Punktepost“.¹⁶⁸ Diese Leistung kann von den Partnern im Paket mit anderen Dienstleistungen, aber auch gesondert gebucht werden. In diesem Fall wird ein Entgelt fällig, das höher ist als der im Esch-Gutachten genannte Betrag, allerdings auch für eine deutlich größere Fläche, die den größten Teil der Rückseite des Umschlages umfasst.¹⁶⁹

192. Dieser Einzelfall ändert allerdings nichts daran, dass entgeltliche Werbung auf Briefumschlägen allenfalls in wenigen Ausnahmefällen praktiziert wird und insoweit anders als von der DPAG dargestellt¹⁷⁰ eine „ungewöhnliche“ Werbeform ist. Soweit es Beispiele für Werbung auf Briefumschlägen gibt, sind hier gerade keine Entgelte vereinbart. Die Werbung reflektiert vielmehr eine weitergehende Vereinbarung, die beiden Seiten Vorteile bringt und ihren Kern außerhalb der Dienstleistung des Briefversands hat.
193. Die Beschlussabteilung geht daher davon aus, dass es der DPAG nicht möglich ist, einen Werbewert des Aufdruckes darzulegen. In der vorliegenden Situation wäre dies aber notwendig gewesen. Diese Situation ist dadurch gekennzeichnet, dass die Werbung auf Briefumschlägen zwar einen Bezug zu dem Hauptprodukt der DPAG aufweist, dass andererseits aber die Preissetzung dazu führt, dass das Entgelt für die Zur-Verfügung-Stellung von Werberaum auf Briefumschlägen sich unmittelbar auf das Entgelt für die Briefsendung auswirkt. Dies ist problematisch, wenn besonders niedrige Entgelte für einzelne Kunden kartellrechtlich bedenklich sein können. Daher drängt sich der Eindruck auf, dass die Senkung des Briefentgeltes für einzelne Kunden ein wichtiger, wenn nicht der Hauptzweck der Vereinbarung von Werbeentgelten ist.

¹⁶⁷ <https://www.deutschlandcard.de/deutschepostefiliale>.

¹⁶⁸ Siehe hierzu das Gespräch mit Vertretern des Bertelsmann-Konzerns am 11.06.2015.

¹⁶⁹ Siehe die Abbildung auf S. 26 des Schreibens der DPAG vom 01.06.2015: Der von der DeutschlandCard GmbH vermarktete Bereich ist die gesamte untere Lasche des Umschlages, also aus Sicht des Empfängers etwa die Hälfte der Rückseite des Umschlages, in dem Abbildungsbeispiel der Bereich „Online-Shopping: Jetzt Punkte sammeln“ einschließlich der abgebildeten Logos. Im Ergebnis kostet der Aufdruck auf der Rückseite des DeutschlandCard-Umschlages etwa das Doppelte wie ein Posthorn-Aufdruck mit der Angabe „Zugestellt durch Deutsche Post“, nimmt aber die 15-fache Fläche ein.

¹⁷⁰ Ss. v. 01.06.2015, S. 24.

e) Kein Ausschluss der Anwendung der Preis-Kosten-Schere wegen Entbehrlichkeit des Vorproduktes

194. Die DPAG trägt allerdings vor, die Voraussetzungen des Art. 102 AEUV seien auch deshalb nicht gegeben, weil ihr Zustellnetz – jedenfalls mittelfristig potentiell – duplizierbar sei.¹⁷¹ Durch eigene Zustellnetze seien Wettbewerber nicht vollständig von ihr abhängig. Auch § 19 Abs. 1 GWB schließe einen Missbrauch bei vorhandenen Ausweichmöglichkeiten aus. Der von ihr angebotene Zugang zu Teilleistungen sei m.a.W. nicht unerlässlich.
195. Die DPAG ist ferner der Auffassung, dass eine potentiell wettbewerbswidrige Wirkung erst angenommen werden kann, wenn der Zugang zum Vorprodukt für den Verkauf des Endprodukts unentbehrlich ist.¹⁷² Zur Unterstützung dieser Rechtsansicht stellt die DPAG auf die Prioritätenmitteilung der Kommission¹⁷³ sowie auf die Urteile des EuGH in den Rechtssachen „TeliaSonera“¹⁷⁴ und „Deutsche Telekom“ ab¹⁷⁵. In Tz. 81 erster Spiegelstrich der Prioritätenmitteilung der Kommission erläutert die Kommission im Zusammenhang mit Preis-Kosten-Scheren, dass sie diese Preispolitiken vorrangig prüfen wird, wenn die Lieferverweigerung ein Produkt bzw. eine Dienstleistung betrifft, das bzw. die objektiv notwendig ist, um auf einem nachgelagerten Markt wirksam konkurrieren zu können. Ein Input, so die Prioritätenmitteilung, sei dann als notwendig anzusehen, wenn es auf dem nachgelagerten Markt kein tatsächliches oder potentielles Substitut gibt, das die Wettbewerber verwenden könnten, um die negativen Folgen der Lieferverweigerung wenigstens langfristig aufzufangen.¹⁷⁶
196. Die Beschlussabteilung hat daher zum einen geprüft, ob die Anwendung der Preis-Kosten-Schere vorliegend bereits aus rechtlichen Gründen an Tz. 81 erster Spiegelstrich der Prioritätenmitteilung der Kommission scheitert (Tz. 197 f.), und zum anderen, ob eine potentiell wettbewerbswidrige Wirkung deshalb ausscheidet, weil der Zugang zum Vorleistungsprodukt für den Verkauf des Endprodukts entbehrlich ist (Tz. 199 f.).
197. Zunächst ist in rechtlicher Hinsicht festzuhalten, dass Mitteilungen der Kommission nicht zu den verbindlichen Rechtsakten, wie sie der AEUV in Art. 288 vorsieht, gehören. Allerdings handelt es sich bei den Kommissionsmitteilungen auch nicht um rein unverbindliche

¹⁷¹ Ss. v. 31.01.14, S. 10 ff.

¹⁷² Ss. DPAG v. 31.01.2014, Tz. 119 ff.

¹⁷³ Mitteilung der Kommissions-Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Art. 82 des EG-Vertrages auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. Nr. C 45 v. 24.02.1009, S. 7.

¹⁷⁴ Rs. C-52/09; Urteil vom 17.02.2011.

¹⁷⁵ Ss. v. 31.01.2014, S. 31, Fn. 41.

¹⁷⁶ Prioritätenmitteilung (Fn. 173), Tz. 83.

Empfehlungen oder Stellungnahmen im Sinne des Art. 288 AEUV.¹⁷⁷ Die Kommission unterwirft sich durch solche Mitteilungen, sofern diese nicht von Unionsprimärrecht abweichen, einer Selbstbindung.¹⁷⁸ Ungeachtet der Frage, ob eine solche Selbstbindung der Kommission vor dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung auch für das Bundeskartellamt gilt, lässt sich aus Tz. 81 erster Spiegelstrich der Prioritätenmitteilung bereits nicht ableiten, dass für die Annahme einer missbräuchlichen Preis-Kosten-Schere der Zugang zum Vorleistungsprodukt unentbehrlich sein muss. Die Kommission wird Praktiken, bei denen der Zugang zum Vorleistungsprodukt unentbehrlich ist, lediglich „vorrangig“ prüfen.¹⁷⁹ Eine nachrangige Prüfung von solchen Praktiken, bei denen der Zugang zum Vorleistungsprodukt entbehrlich ist, bleibt nach dem Wortlaut der Prioritätenmitteilung ohne Weiteres möglich. Der EuGH hat in seinem Urteil in der Rechtssache „TeliaSonera“ vielmehr klargestellt, dass die Preis-Kosten-Schere losgelöst von den Voraussetzungen der Lieferverweigerung zu beurteilen ist. Die Auffassung TeliaSoneras, nach der auch im Rahmen der Preis-Kosten-Schere die für die Lieferverweigerung notwendige Voraussetzung der Unverzichtbarkeit einer Leistung vorliegen müsse, hat der EuGH abgelehnt. Bei der Preis-Kosten-Schere handelt es sich um eine eigene Form des Missbrauchs, die sich von der Lieferverweigerung unterscheidet. Dies begründet der EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache „TeliaSonera“ in den Rn. 54–56 wie folgt:

„54 TeliaSonera trägt hierzu vor, es müsse beherrschenden Unternehmen gerade zum Schutz dieser wirtschaftlichen Entscheidungsfreiheit freistehen, ihre Geschäftsbedingungen festzulegen, sofern diese für ihre Vertragspartner nicht so nachteilig seien, dass sie in Anbetracht der hierzu im Urteil vom 26. November 1998, Bronner (C-7/97, Slg. 1998, I-7791), aufgestellten Kriterien als Lieferverweigerung anzusehen seien.

55 Diese Ansicht beruht auf einer unzutreffenden Auslegung des genannten Urteils. Insbesondere ist dessen Randnrn. 48 und 49 nicht zu entnehmen, dass die für den Nachweis einer missbräuchlichen Lieferverweigerung notwendigen Voraussetzungen zwangsläufig auch für die Beurteilung der Missbräuchlichkeit eines Verhaltens gelten, das darin besteht, für die Erbringung von Dienstleistungen oder den Verkauf von Waren Bedingungen aufzustellen, die für den Empfänger nachteilig sind oder nicht von Interesse sein können.

56 Derartige Verhaltensweisen könnten nämlich als solche eine eigenständige Form des Missbrauchs sein, die sich von der Lieferverweigerung unterscheidet.“

198. Des Weiteren ist die Unentbehrlichkeit eines Vorleistungsproduktes – entgegen der Rechtsansicht der DPAG¹⁸⁰ – kein zwingendes Kriterium für den Nachweis einer potentiell

¹⁷⁷ So auch Körber, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Rn. 76.

¹⁷⁸ Vgl. Körber, in: Immenga/Mestmäcker, EU-Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. 2012, Rn. 76 m. w. N.

¹⁷⁹ Vgl. Prioritätenmitteilung (Fn. 173), Tz. 81.

¹⁸⁰ Ss. v. 31.01.2014, Tz. 119 ff.

wettbewerbswidrigen Verdrängungswirkung. Dies stellt der EuGH in seinem Urteil in der Rechtssache „TeliaSonera“ in Rn. 72 expressis verbis wie folgt klar:

„72 Angesichts der beherrschenden Stellung des betroffenen Unternehmens auf dem Markt der Vorleistungsprodukte kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass allein aufgrund der Tatsache, dass das Vorleistungsprodukt für die Lieferung des Endkundenprodukts nicht unentbehrlich ist, eine auf eine Margenbeschneidung hinauslaufende Preispolitik keine wettbewerbswidrige Wirkung – auch nicht potenziell – hat.“

199. Im Übrigen kommt es vorliegend auf diese Frage nicht an, da der Vortrag der DPAG, die Wettbewerber seien nicht auf den Zugang zu ihrer Infrastruktur, d. h. auf den Teilleistungszugang angewiesen, in tatsächlicher Hinsicht unzutreffend ist. Deutlich ist dies zunächst im Verhältnis zu „reinen Konsolidierern“, die nicht über eine eigene Zustellinfrastruktur verfügen.
200. Aber auch der Hinweis der DPAG darauf, dass die Wettbewerber teilweise über eigene Zustellnetze verfügen und deshalb nicht vollständig von ihren Leistungen abhängig seien¹⁸¹, greift nicht, denn bei der Preis-Kosten-Schere geht es gerade um diejenigen Fälle, in denen keine eigene Infrastruktur besteht und in denen auch nicht auf die Infrastruktur von Kooperationspartnern zurückgegriffen werden kann. Insbesondere um bundesweit zustellen zu können, ist der Zugriff auf den Teilleistungszugang der DPAG unentbehrlich; dies ist gerade bei den hier verfahrensgegenständlichen Kundenverhältnissen der Fall.
201. Für die Konsolidierer besteht auch keine Möglichkeit, alternativ auf Zustellorganisationen der Zeitungsverlage auszuweichen. Dies folgt schon daraus, dass es derzeit kein flächendeckendes Netz von Zeitungsverteilunternehmen gibt, die über eine postrechtliche Lizenz verfügen und alternativen Postdienstleister daher als Ausweichmöglichkeit zum Teilleistungszugang der DPAG zur Verfügung stehen. Anhaltspunkte dafür, dass in absehbarer Zeit durch Zeitungsvertriebsorganisationen oder andere Wirtschaftsteilnehmer eine effiziente Alternative zum Teilleistungszugang der DPAG geschaffen wird, die es den Wettbewerbern ermöglicht, auf dem nachgelagerten Markt Wettbewerbsdruck auf das marktbeherrschende Unternehmen auszuüben¹⁸², hat die DPAG nicht vorgetragen und sind auch nicht ersichtlich.
202. Schließlich spricht der hohe Marktanteil der DPAG bei Teilleistungssendungen gegen die Entbehrlichkeit des Teilleistungszugangs. Nach den Ermittlungen der Bundesnetzagen-

¹⁸¹ Ss. vom 15.08.2014, S. 11.

¹⁸² Vgl. Prioritätenmitteilung (Fn. 173), Tz. 83 a.E.

tur¹⁸³ erzielte die DPAG im Jahr 2012 Umsatzerlöse von 4,4 Mrd. € mit Teilleistungssendungen, während auf die Wettbewerber 0,1 Mrd. € entfielen.¹⁸⁴

f) **Kein Ausschluss der Anwendung der Preis-Kosten-Schere wegen Regulierung**

203. Eine Preis-Kosten-Schere ist im vorliegenden Fall nicht deshalb ausgeschlossen, weil es die DPAG in einem regulierten Wirtschaftszweig tätig ist. Der EuGH stellt in der Rechtssache „*TeliaSonera*“¹⁸⁵ klar, dass das Fehlen von Verpflichtungen zur Leistungserbringung aufgrund einer Regulierungsvorschrift, *„die Möglichkeit eines Wettbewerbs bestehen [lässt], der durch selbständige Verhaltensweisen der Unternehmen verhindert, eingeschränkt oder verfälscht werden kann“*.¹⁸⁶ Hieraus leitet der EuGH ab: Je autonomer ein marktbeherrschendes Unternehmen sein Marktverhalten bestimmen kann, desto zwingender ist auf dieses Unternehmen Art. 102 AEUV anzuwenden. Dies formuliert der EuGH wie folgt: *„Nach alledem gilt Art. 102 AEUV umso mehr für ein Unternehmen, wenn es sein Marktverhalten völlig eigenständig bestimmen kann.“*¹⁸⁷
204. In der Rechtssache „*Deutsche Telekom*“¹⁸⁸ hat der EuGH die Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV sogar bejaht, obwohl die Vorleistungs- und Endkundenentgelte nach dem Telekommunikationsgesetz (TKG) reguliert waren. Nach dem Wortlaut des EuGH *„kann der bloße Umstand, dass der Rechtsmittelführerin [DTAG] durch die Beteiligung einer nationalen Regulierungsbehörde wie der RegTP Anreiz gegeben wurde, ihre Preisgestaltung, die zu der Beschneidung der Margen gegenüber ihren zumindest ebenso effizienten Wettbewerbern führte, beizubehalten, nicht für sich allein die Verantwortlichkeit der Rechtsmittelführerin [DTAG] nach Art. 82 EG wegfallen lassen“*.¹⁸⁹ Der DTAG war es möglich, bei der RegTP für die Erhöhung ihrer Endkundenentgelte einen Antrag auf Genehmigung zu stellen. Dies ist nach Ansicht des EuGH für die Anwendung des Art. 102 AEUV ausreichend: *„Da die Rechtsmittelführerin [DTAG] (...) über einen Handlungsspielraum zur Änderung ihrer Endkundenentgelte für Endkundenzugangsdienste verfügte, konnte das Gericht zu Recht zu dem Ergebnis gelangen, dass ihr die in Rede stehende Beschneidung der Margen bereits aus diesem Grund zurechenbar ist.“*¹⁹⁰

¹⁸³ Bundesnetzagentur, lizenzpflichtige Briefdienstleistungen, Marktdaten 2008 – 2012, S. 11 f., verfügbar auf www.bundesnetzagentur.de.

¹⁸⁴ S.o. Tz. 123.

¹⁸⁵ Rs. C-52/09.

¹⁸⁶ EuGH, Urt. v. 17.02.2011, Az. C-52/09, Rn. 50 – TeliaSonera.

¹⁸⁷ EuGH, Urt. v. 17.02.2011, Az. C-52/09, Rn. 52 – TeliaSonera.

¹⁸⁸ C-280/08 P.

¹⁸⁹ EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Az. C-280/08 P, Rn. 84 – Deutsche Telekom (Zusatz diesseits).

¹⁹⁰ A.a.O., Rn. 85 – Deutsche Telekom (Zusatz diesseits).

g) Keine Rechtfertigung zur Sicherstellung des Universaldienstes

205. Die DPAG kann sich nicht darauf berufen, dass eine Preis-Kosten-Schere zur Sicherung des Universaldienstes notwendig sei.
206. In dem Götz-Paha-Gutachten argumentieren die Verfasser unter anderem, dass die Tragfähigkeit eines Universaldienstes mit geographisch einheitlichen Tarifen gefährdet wäre, wenn die DPAG nicht mit günstigen Tarifen reagieren dürfte, die unter den Teilleistungsentgelten liegen.¹⁹¹ Die Argumentation kann wie folgt zusammengefasst werden:
207. Zunächst wird als Hintergrund dargestellt, dass die Wettbewerber der DPAG vor der Frage stehen, die Zustelleistung selbst herzustellen oder von der DPAG zu beziehen. Dass dabei unzutreffend davon ausgegangen wird, dass der Zugang zu Teilleistungen zu regulierten Entgelten erfolgt¹⁹², ist dabei ohne Belang. Da die Preise für die Teilleistung reguliert seien (zutreffend wäre: von der DPAG vorgegeben sind), folge aus der Entscheidung der Wettbewerber, die Zustelleistung selbst zu erbringen oder zu beziehen, eine Information über die Kosten der Wettbewerber. Da der entsprechende Wettbewerb floriere¹⁹³, könne geschlossen werden, dass die Kosten der Wettbewerber für die regionale Zustellung über den Teilleistungsentgelten (für den BZE-Zugang) liegen. Die Wettbewerber hätten die Möglichkeit des Rosinenpickens: „make“ dort, wo es kostengünstiger geht, „buy“ in den anderen Regionen („make-or-buy-Entscheidung“).
208. Vor diesem Hintergrund sei die Tragfähigkeit des Universaldienstes gefährdet, wenn die DPAG nicht in der Lage wäre, günstige Tarife anzubieten, die auch unter den Teilleistungsentgelten liegen können. Andernfalls wäre die DPAG in den Regionen mit günstigen Zustellkosten (also dort, wo sich die Wettbewerber entscheiden, die Zustelleistung selbst zu erbringen) als Wettbewerber ausgeschaltet.
209. Dies wiederum habe zur Folge, dass die Wettbewerber nur ein „Limit Pricing“ betreiben müssten, d.h. Angebote abgeben, die knapp unter dem der DPAG auferlegten Mindestpreis liegen. Die DPAG würde dann in den Regionen mit niedrigen Zustellkosten ausgeschaltet und ihre Mengen würden in Regionen mit höheren Zustellkosten (wo die Wettbewerber die Teilleistungen in Anspruch nehmen) verlagert werden. Bei einer solchen Verzerrung wäre der Universaldienst nicht mehr zu erbringen.

¹⁹¹ S. 30 des Gutachtens, Bl. 247 d.A.

¹⁹² S. 28 des Gutachtens.

¹⁹³ S. 29, Fn. 62: wegen der gesunkenen Teilleistungsentgelte und dem vereinfachten Zugang zu den Teilleistungen seien diese attraktiver geworden, so Monopolkommission und BNetzA.

210. Diese Argumentation weist mehrere Schwächen auf. Richtig ist zunächst, dass der Verzicht auf eine Preis-Kosten-Schere dazu führen kann, dass einzelne Kunden zu einem Wettbewerber wechseln. Dies bedeutet jedoch nicht, dass dies zu einer „Ausschaltung“ der DPAG als Wettbewerber in einem wesentlichen Marktsegment führen muss. Es entspricht vielmehr gerade dem Sinn des Verbotes von Preis-Kosten-Scheren, dass es den Wettbewerbern ermöglicht wird, einen Preis zu verlangen, der zwischen dem Preis für das Vorprodukt (dem Teilleistungsentgelt) und dem von dem Marktbeherrscher verlangten Preis für das Vollprodukt liegt. Es ist mit anderen Worten typisch für die Konstellation einer Preis-Kosten-Schere, dass es den Wettbewerbern des marktbeherrschenden Unternehmens ermöglicht wird, Preise anzubieten, die knapp unter denjenigen des Marktbeherrschers liegen. Im Übrigen widerspricht diese Argumentation¹⁹⁴ der Gutachter, dass die Kunden die Leistungen der DPAG auch wegen der höheren Qualität wählen.
211. Anhaltspunkte dafür, dass die Wettbewerber lediglich einen Preis knapp unter „dem der DPAG auferlegten Mindestpreis“ anbieten müssten, um Renten zu erwirtschaften, haben die Gutachter nicht vorgelegt und sind auch nicht ersichtlich. Sollte dies tatsächlich möglich sein, hätte dies den positiven Nebeneffekt, dass Anreize für einen Markteintritt geschaffen würden.
212. Angesichts der noch überaus starken Marktstellung der DPAG erscheint das Bild von der „Ausschaltung“ der DPAG als Wettbewerber keine unmittelbare Bedrohung darzustellen. Sollte der Verzicht auf eine Preis-Kosten-Schere tatsächlich zu einem dramatischen Abschmelzen der Marktposition der DPAG führen, ließe dies die marktbeherrschende Stellung der DPAG entfallen; damit würde automatisch auch das Verbot eine Preis-Kosten-Schere zu praktizieren, entfallen.
213. Schließlich ist der Hinweis darauf, dass der Universaldienst gefährdet wäre, nicht überzeugend. Die Gutachter erwähnen den Universaldienst-Fonds¹⁹⁵. In § 11 PostG wird der Universaldienst definiert, auch im Hinblick auf den Umfang. Die Ausgestaltung im Einzelnen erfolgt dann in der PUDLV. Stellt die BNetzA fest, dass eine Universaldienstleistung nicht ausreichend erbracht wird, oder dass dies zu besorgen ist, ist in den §§ 12 Abs. 2, 13 ff. PostG ein Verfahren vorgesehen, in dem die Erbringung des Universaldienstes einem oder mehreren marktbeherrschenden Lizenznehmern auferlegt wird (§ 13) oder der Universaldienst ausgeschrieben wird (§ 14). In beiden Fällen ist eine Ausgleichsleistung vorgesehen, wenn die langfristigen zusätzlichen Kosten der effizienten Bereitstellung der

¹⁹⁴ Also die Argumentation, dass die DPAG ausgeschaltet würde, wenn es ihr verwehrt würde, die volle Leistung zu Entgelten unter den Teilleistungsentgelten anzubieten.

¹⁹⁵ S. 30 des Gutachtens.

geforderten Leistung¹⁹⁶ nicht durch die Erträge gedeckt werden (§ 15). Die Ausgleichsleistung nach § 15 wird durch eine Ausgleichsabgabe finanziert, die von den Lizenznehmern mit einem Umsatz über 500.000 €/Jahr erbracht wird (§ 16).

214. Das Gesetz sieht also eine Lösung für den Fall vor, dass die DPAG nicht mehr gewillt oder in der Lage ist, den Universaldienst zu erbringen. Selbst wenn also, was nicht plausibel dargelegt wurde, ein Verzicht auf Angebote unter den Teilleistungsentgelten dazu führen würde, dass die DPAG finanziell nicht mehr in der Lage ist, den Universaldienst zu erbringen, wäre dieser nicht gefährdet.
215. Im Übrigen besteht ein weiterer Anreiz für die DPAG, weiter den Universaldienst zu erbringen: die Befreiung von der Umsatzsteuer¹⁹⁷ nach § 4 Nr. 11 b) UStG. Nach S. 2 dieser Norm setzt die Befreiung voraus, dass der Unternehmer sich gegenüber dem Bundeszentralamt für Steuern verpflichtet hat, flächendeckend im gesamten Gebiet der Bundesrepublik Deutschland die Gesamtheit der Universaldienstleistungen oder einen Teilbereich dieser Leistungen anzubieten. Diese Steuerbefreiung führt dazu, dass die DPAG bei Kunden, die nicht vorsteuerabzugsberechtigt sind (Behörden, Krankenkassen, Banken und Versicherungen, Wohlfahrtsverbände, Bildungseinrichtungen, Gesundheitswesen usw.) über einen Preisvorteil in Höhe des USt-Satzes verfügt.

h) Auswirkungen der Preis-Kosten-Schere

216. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union ist es neben dem rechnerischen Nachweis des Vorliegens einer Preis-Kosten-Schere erforderlich, die wettbewerbswidrigen Wirkungen der Preispolitik auf dem nachgelagerten Markt darzulegen.¹⁹⁸ Im Rahmen dessen lässt der Gerichtshof den Nachweis einer potentiellen wettbewerbswidrigen Wirkung der Preis-Kosten-Schere ausreichen.¹⁹⁹ In dem Urteil in der Rechtssache „Deutsche Telekom“ hat der Gerichtshof entschieden, dass für den Nachweis der wettbewerbswidrigen Wirkung der Preispolitik eines beherrschenden Unternehmens, die zu einer Beschneidung der Margen seiner zumindest ebenso effizienten Wettbewerber führt, auf etwaige Behinderungen der Entwicklung des Angebots auf dem nachgelagerten Markt abgestellt werden kann.²⁰⁰ Eine Behinderung der Entwicklung des Angebots auf dem nachgelagerten Markt liegt insbesondere vor, wenn im Zuge der Preis-Kosten-

¹⁹⁶ Die BNetzA entscheidet, welche Leistungen im Einzelnen auferlegt oder ausgeschlossen werden.

¹⁹⁷ Siehe hierzu SG 67 der Monopolkommission, Tz. 251 ff.

¹⁹⁸ Vgl. EuGH, EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, Rn. 250 – Deutsche Telekom; EuGH, Urt. v. 17.02.2011, Az. C-52/09, Rn. 61 – TeliaSonera.

¹⁹⁹ EuGH, Urt. v. 17.02.2011, Az. C-52/09, Rn. 64 – TeliaSonera.

²⁰⁰ Vgl. EuGH, EuGH, Urt. v. 14.10.2010, Rs. C-280/08 P, Rn. 252 – Deutsche Telekom.

Scheren-Preispolitik ebenso effizienten Wettbewerbern der Marktzutritt erschwert wird (z. B. durch die Errichtung von Marktzutrittsschranken).²⁰¹

217. Die Errichtung von Marktzutrittsschranken im Zuge einer Preis-Kosten-Scheren-Preispolitik hat die Kommission in der, dem Urteil in der Rechtssache „Deutsche Telekom“ zugrundeliegenden, Entscheidung vom 21. Mai 2003 in Randnummer 181 wie folgt festgestellt: *„Den Wettbewerbern, (...), ist es nämlich nach wie vor nicht möglich, Endkunden zu konkurrenzfähigen Tarifen an ihre eigenen Netze anzuschließen. Dieses wird insbesondere durch die Tatsache belegt, dass die Wettbewerber bislang erst 4,4 % Marktanteile bei den Schmalbandanschlüssen und 10 % Marktanteile bei den Breitbandanschlüssen erreicht haben. Ende 2002 hatten alle 64 Wettbewerber zusammen erst einen Bestand von 2,35 Mio. der insgesamt 53,72 Mio. Telefonkanäle in Deutschland. Ende 2001 waren es noch 1,58 Mio. und Ende 2000 sogar erst 0,86 Mio. Kanäle. Bereits diese Zahlen beweisen die nur sehr schleppende Wettbewerbsentwicklung in diesem Bereich. (...)*²⁰²
218. Im vorliegenden Fall führt die seitens der DPAG praktizierte Preis-Kosten-Schere auf den Briefmärkten ebenfalls zur Errichtung von Marktzutrittsschranken. Aufgrund der Preispolitik der DPAG ist es Wettbewerbern wie Konsolidierern nicht möglich, gegenüber Großversendern Konsolidierungsleistungen zu konkurrenzfähigen Preisen anzubieten, da die Preise für die Ende-zu-Ende-Beförderung, die Großversendern von der DPAG angeboten werden, unterhalb der Teilleistungsentgelte liegen. Dieser Umstand bildet eine Parallele zur Konstellation in der Rechtssache „Deutsche Telekom“; denn im Zeitraum von 1998 bis 2001 war auch in diesem Verfahren die errechnete Spanne zwischen den Vorleistungs- und den Endkundenentgelten der Deutschen Telekom AG stets negativ.²⁰³ Das Errichten von Marktzutrittsschranken lässt sich vorliegend zunächst dadurch belegen, dass die Wettbewerber im lizenzpflichtigen Briefbereich nach Umsätzen und Sendungsmengen auch im Jahr 2012 nur über einen Marktanteil von 11,5 % verfügten.²⁰⁴ Lag der Marktanteil der Wettbewerber im Jahr 2010 noch bei 10,4 %, war er im Jahr 2011 sogar wieder rückläufig (10,0 %).²⁰⁵ Dies belegt die insgesamt schleppend verlaufende Entwicklung auf den Briefmärkten und verdeutlicht die wettbewerbswidrige Wirkung der Preis-Kosten-Schere im vorliegenden Fall.

²⁰¹ Vgl. Kommission, Entsch. v. 21.5.2003, Az. COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, Rn. 181 – Deutsche Telekom.

²⁰² Vgl. Kommission, Entsch. v. 21.5.2003, Az. COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, Rn. 181 – Deutsche Telekom.

²⁰³ Vgl. Kommission, Entsch. v. 21.5.2003, Az. COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579, Rn. 153 – Deutsche Telekom.

²⁰⁴ BNetzA, Jahresbericht 2013, S. 109.

²⁰⁵ BNetzA, Jahresbericht 2013, S. 109.

219. Eine weitere wettbewerbswidrige Wirkung belegt der Umstand, dass Konsolidierer durch die praktizierte Preis-Kosten-Schere in der Vergangenheit Großversender als Kunden verloren haben. Würde man mit der DPAG auf dem Markt für die Ende-zu-Ende-Beförderung sogar eine weitere Segmentierung vornehmen und von einem enger abgegrenzten „Großversender-Markt für die Ende-zu-Ende-Beförderung“ ausgehen, auf dem Konsolidierer und alternative Ende-zu-Ende-Zusteller keine aktuellen Wettbewerber der DPAG wären,²⁰⁶ zeigen sich die durch die Preis-Kosten-Schere für dieses Marktsegment errichteten Marktzutrittsschranken noch deutlicher. Denn auf diesem Marktsegment beliefe sich der Marktanteil der DPAG sogar auf annähernd 100 %. Dies verdeutlicht, dass die von der DPAG praktizierte Preis-Kosten-Schere zu einer weitgehenden Abschottung des Großversender-Marktsegmentes geführt hat. Gerade diese Sendungen von Großversendern sind wichtig, um eine gleichmäßige Grundauslastung des Netzes zu erzielen.

4. Exklusivität / Treuerabatte

220. Schließlich liegt in den Zielpreisvereinbarungen und den dort vorgesehen Regelungen, mit denen sich die Kunden verpflichten, einen hohen Anteil ihrer Sendungen (oder bestimmter Arten von Sendungen) über die DPAG zu versenden, der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des europäischen und des deutschen Rechts auch unter folgendem Gesichtspunkt:

221. Ein Verstoß gegen Art. 102 AEUV liegt vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen seine (potentiellen) Wettbewerber vom Markt ausschließt, indem es mit seinen Abnehmern Ausschließlichkeitsbindungen wie Alleinbezugsbindungen oder Rabatte vereinbart und Wettbewerber so daran hindert, an diese Abnehmer zu verkaufen.²⁰⁷ Problematisch sind in diesem Zusammenhang insbesondere Treuerabatte, deren Gewährung davon abhängt, dass der Abnehmer - unabhängig von dem größeren oder geringeren Umfang seiner Käufe - seinen gesamten oder jedenfalls einen Teil seines Bedarfs bei einem bestimmten Anbieter deckt.²⁰⁸ Solche Rabatte haben keinerlei Bezug zu der jeweils angenommenen Menge oder zu Kostenersparnissen des Lieferanten. Sie sind daher in der Hand von Normadressaten des § 20 GWB grundsätzlich unzulässig.

222. Das gleiche Verhalten kann einen Verstoß gegen § 19 Abs. 1, 20 GWB darstellen. Kommt es bei der Gewährung von Rabatten zu einer Behinderung der Wettbewerber des Normadressaten dadurch, dass die vom Rabattsystem ausgehende Sogwirkung dazu führt,

²⁰⁶ Vgl. Schriftsatz DPAG v. 31.01.2014, Tz. 51 ff.

²⁰⁷ Bulst in Langen/Bunte, Rz. 328 zu Art. 102 AEUV.

²⁰⁸ EuGH, 13.02.1979 - Hoffman LaRoche/Vitamine, Slg. 1979, 461, Rz. 89; Bulst in Langen/Bunte, Kartellrecht, Tz. 341 zu Art. 102 AEUV.

dass die Abnehmer ihre Bezüge beim Normadressaten konzentrieren, um auf diese Weise in den Genuss geringerer Preise zu kommen, liegt ein Verstoß gegen das Missbrauchsverbot vor.²⁰⁹

223. So liegt es hier in Bezug auf die von der DPAG mit den TK-Unternehmen Deutsche Telekom, Telefónica und Freenet abgeschlossenen Zielpreisvereinbarungen, die jeweils auch eine sog. „share-of-wallet-Regelung“ enthalten.²¹⁰ Mit diesen Klauseln verpflichteten sich die drei Telekommunikationsunternehmen, einen Anteil von [90 bis 99,5] % ihres Bedarfes an Briefdienstleistungen bei der DPAG zu decken; die eingeräumten günstigen Konditionen stehen unter der Bedingung, dass diese Quoten erreicht werden. Die Abreden hatten eine lange Geltungsdauer von 27 bis 63 Monaten, zum Teil mit automatischer Verlängerung wenn sie nicht gekündigt wurden. Die mit dem TK-Unternehmen Vodafone abgeschlossenen Verträge sehen dagegen eine solche Regelung nicht vor. Dementsprechend war und ist dieses Unternehmen auch nicht daran gehindert, einen Teil seiner Sendungen über alternative Zustelldienste zu versenden.
224. Die Vereinbarung zwischen der DPAG und dem ersten der drei TK-Unternehmen sah eine solche „share-of-wallet-Regelung“ vor.²¹¹ Nach der entsprechenden Vertragsklausel war vorgesehen, dass dieses Unternehmen und seine Tochtergesellschaften mindestens [90 – 95] % des Briefvolumens ab Januar 2011 bei der DPAG einliefern. Die vereinbarten Preise standen ausdrücklich unter dem Vorbehalt, dass diese Mengen eingeliefert werden. Die Regelung hatte eine Laufzeit von ursprünglich [...] Monaten mit automatischer Verlängerung, wenn sie nicht gekündigt wurde.
225. Die Zielpreisvereinbarung zwischen der DPAG und dem zweiten der drei TK-Unternehmen sah ebenfalls in ihrer Nr. 1 vor, dass mindestens [95 – 99,5] % der Briefsendungen dieses Unternehmens und seiner verbundenen Unternehmen über die DPAG versendet werden. Die in der Zielpreisvereinbarung eingeräumten Entgelte standen ausdrücklich unter dem Vorbehalt, dass diese Mengen eingeliefert werden.
226. Schließlich enthielt auch die von der DPAG mit dem dritten der drei TK-Unternehmen abgeschlossene Ergänzungsvereinbarung²¹² eine „share-of-wallet-Regelung“. Nach dieser Regelung war Grundlage der Ergänzungsvereinbarung (und damit der in ihr eingeräumten günstigen Preise), dass [95 – 99,5] % der von diesem Unternehmen und der mit ihm verbundenen Unternehmen zentral produzierten Sendungen bei der DPAG eingeliefert wer-

²⁰⁹ Westermann in Münchener Kommentar, Textziffer 98 zu § 20 GWB.

²¹⁰ S.o. 66 ff.

²¹¹ Nr. 1 der Vereinbarung.

²¹² § 2.1. der Ergänzungsvereinbarung.

den. Für die dezentral produzierten Sendungen betrug die Quote [95 – 99,5] %²¹³, ebenso für Handelsflyer. Für sonstige Sendungen²¹⁴ galt § 3 der Ergänzungsvereinbarung. Demnach sollen Sondervereinbarungen getroffen werden, und zwar unter der Voraussetzung, „dass im vergleichbaren Marktumfeld unter Wettbewerbsgesichtspunkten ein Preis erzielt wird, der Marktkonditionen entspricht und für das TK-Unternehmen einen Bestpreis darstellt“.

227. Weiter ist festzustellen, dass es sich bei den genannten Regelungen um Alleinbezugsregelungen bzw. Treuerabatte im Sinne des europäischen Rechts und gleichzeitig um Treuerabatte im Sinne des deutschen Rechts handelt, da die Abnehmer die günstigen Preise unter der Voraussetzung erhalten, dass sie ihren Bedarf an Briefbeförderungsleistungen (fast) vollständig bei der DPAG decken. Nach ständiger Rechtsprechung der europäischen Gerichte liegt eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung im Sinne von Art. 102 AEUV vor, wenn ein marktbeherrschendes Unternehmen Abnehmer – sei es auch auf deren Wunsch – durch die Verpflichtung oder durch die Zusage, ihren gesamten Bedarf oder einen beträchtlichen Teil davon ausschließlich von ihm zu beziehen, an sich bindet, ohne dass es darauf ankäme, ob die fragliche Verpflichtung ohne weiteres oder gegen eine Rabattgewährung eingegangen worden ist.²¹⁵ Was speziell die Gewährung von Rabatten durch marktbeherrschende Unternehmen als Missbrauch angeht, unterscheidet die europäische Rechtsprechung drei Kategorien von Rabatten: Mengenrabattsysteme, Treuerabatte/Ausschließlichkeitsrabatte und „Rabatte der dritten Kategorie“²¹⁶, also Rabattsysteme, bei denen ein finanzieller Anreiz zwar nicht unmittelbar an die Bedingung des ausschließlichen oder nahezu ausschließlichen Bezugs bei den marktbeherrschenden Unternehmen geknüpft ist, der Mechanismus der Gewährung des Rabatts aber auch Kundenbindungswirkung hat (z. B. Rabattregelungen, die von der Erreichung individueller Umsatzziele abhängen). Als Treuerabatte oder Ausschließlichkeitsrabatte werden Rabatte bezeichnet, die unter der Bedingung gewährt werden, dass der Abnehmer seinen Bedarf vollständig oder zu einem beträchtlichen Teil bei dem Unternehmen in beherrschender Stellung deckt.
228. Solche Ausschließlichkeitsrabatte sind, wenn sie von einem marktbeherrschenden Unternehmen gewährt werden, nach der genannten Rechtsprechung mit dem Ziel eines unver-

²¹³ Diese Quote lag etwas niedriger als die zuvor genannte, aber innerhalb der gleichen Spanne.

²¹⁴ Also Sendungen, die weder zentral oder dezentral produzierte Briefsendungen noch Handelsflyer sind.

²¹⁵ EuG, 12.06.2014, T-286/99 – Intel, Tz. 72; Hoffmann-La Roche, 13.02.1979, Slg. 1979, 461, Tz. 89; EuGH, 19.04.2012 - Intel, Tomra Systems u.a./Kommission, C-549/10 P, Rn. 70.

²¹⁶ EuG, 12.06.2014, T-286/99, Tz. 78.

fälschten Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt unvereinbar. Begründet wird dies damit, dass sie, von Ausnahmefällen abgesehen, nicht auf einer wirtschaftlichen Leistung beruhen, die den finanziellen Vorteil rechtfertigt, sondern darauf abzielen, dem Abnehmer die Wahl zwischen mehreren Bezugsquellen unmöglich zu machen oder zu erschweren und anderen Herstellern den Zugang zum Markt zu verwehren.

229. Entscheidend ist dabei, dass es nach der genannten Intel-Rechtsprechung des EuG nicht erforderlich ist, dass die Wettbewerbsbehörde die Umstände des Einzelfalls prüft, um festzustellen, dass ein solcher Rabatt dazu dient, die Abnehmer an einen Bezug über Wettbewerber zu hindern.²¹⁷ Dies wird mit der besonderen Verantwortung des marktbeherrschenden Unternehmens begründet, einen wirksamen und unverfälschten Wettbewerb auf dem Gemeinsamen Markt nicht zu beeinträchtigen; wenn ein Wirtschaftsteilnehmer eine starke Marktstellung hat, stellen Alleinzugsbindungen für einen erheblichen Teil der Umsätze eines Abnehmers eine nicht hinnehmbare Behinderung des Zugangs zu diesem Markt dar.²¹⁸ In einem solchen Fall führe die Ausschließlichkeit des Bezugs zu einem zusätzlichen Eingriff in die Wettbewerbsstruktur des Marktes. Außerdem sei der marktbeherrschende Lieferant ein weitgehend nicht zu übergehender Geschäftspartner. Deshalb müssen die Kunden (hier: die Versender) in jedem Fall einen Teil ihres Bedarfs bei dem Marktbeherrscher (hier: der DPAG) decken (den nicht bestreitbaren Teil). Die Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens können also nur um den bestreitbaren Teil konkurrieren. Dies wird erschwert, wenn Ausschließlichkeits- oder Treuerabatte gewährt werden.
230. Es ist also nicht notwendig, festzustellen, dass die Treuerabatte eine marktverschließende Wirkung haben. Dennoch kann im vorliegenden Fall von einer solchen Wirkung ausgegangen werden. Die Treuerabatte führen dazu, dass Wettbewerber der DPAG nicht in der Lage sind, den drei genannten Großkunden Angebote zu unterbreiten, die einen Teil der Sendungsmengen umfassen. Zu denken ist dabei beispielsweise an Sendungsmengen, bei denen eine Zustellung „E+1“ nicht notwendig erscheint, oder die sich an Empfänger richten, bei denen eine Ende-zu-Ende-Zustellung durch einen alternativen Zustelldienst in Betracht kommt, also beispielsweise für Sendungen, die an Empfänger in Gebieten gerichtet sind, die von einem alternativen Zustelldienst bedient werden. Die Wettbewerber werden auch daran gehindert, ein Angebot abzugeben z.B. für die dezentral produzierten Sendungen. Schließlich verhindern die Alleinbezugs Klauseln auch, dass ein Wettbewerber der DPAG probeweise mit der Zustellung einer größeren Menge von Sendungen be-

²¹⁷ EuG, 12.06.2014, T-286/09 – Intel, Tz. 86; s. auch EuGH, 19.04.2012 – Tomra Systems, Tz. 68.
²¹⁸ EuG, a.a.O., Tz. 90 mit Hinweisen auf das Urteil BPB Industries und British Gypsum des EuGH.

auftragt wird. Dies gilt uneingeschränkt für zwei der drei Alleinbezugsvereinbarungen; in Bezug auf das TK-Unternehmen, mit dem eine Quote von [90 - 95] % vereinbart wurde, gilt allerdings, dass dieses Unternehmen nicht gehindert war, einen alternativen Postdienstleister mit einer geringen Menge probeweise zu beauftragen.

231. Die genannten Alleinbezugsbindungen führen mit anderen Worten dazu, dass Leistungen, bei denen der Wettbewerbsdruck, dem die DPAG ausgesetzt ist, geringer ist („unbestreitbare Leistungen“), mit solchen Leistungen gekoppelt werden, in denen eine Beauftragung eines Wettbewerbers eher in Betracht kommt („bestreitbare Leistungen“).²¹⁹ Wettbewerber, die nicht in der Lage wären, den gesamten Bedarf eines der drei Unternehmen zu decken, werden davon ausgeschlossen, wenigstens einen Teil der Sendungsmengen dieses Kunden zu befördern. Im Fall des in Tz. 226 genannten TK-Unternehmens werden etwa auch Unternehmen, die in der Lage wären, (einen Teil der) nicht zeitkritischen Handelsflyer zu verteilen, vom Markt ausgeschlossen.
232. Verstärkt werden diese Wirkungen durch die lange Geltungsdauer von 27 bis 63 Monaten. Auch in quantitativer Sicht wird eine nicht unbedeutende Menge an Sendungen betroffen: knapp [300 bis 400] Mio. Sendungen im Jahr 2013.²²⁰ Dies entspricht etwa einem Viertel der Briefmenge, die von den 30 größten Endkunden der DPAG versendet werden. Schließlich wird die Tragweite der Auswirkungen des missbräuchlichen Verhaltens auch durch den hohen Grad der Marktmacht bestimmt.²²¹
233. Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass die „share-of-wallet-Regelungen“ sowohl gegen § 19, 20 Abs. 1 GWB als auch gegen Art. 102 AEUV verstoßen. Eine sachliche Rechtfertigung für diese Vereinbarung ist nicht ersichtlich.

D. GEBÜHR

234. [...]

²¹⁹ Vgl. Prioritätenmitteilung der EU-Kommission (oben Fn.173), Tz. 36; EuG, 12.06.2014, T-286/09-Intel, Tz. 92.

²²⁰ Daten der DPAG (Fn. 10).

²²¹ EuGH, 19.04.2012 – Tomra Systems, Tz. 39.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist die Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich binnen einer mit Zustellung des Beschlusses beginnenden Frist von einem Monat beim Bundeskartellamt, Kaiser-Friedrich-Straße 16, 53113 Bonn, einzureichen. Es genügt jedoch, wenn sie innerhalb dieser Frist bei dem Beschwerdegericht, dem Oberlandesgericht Düsseldorf, eingeht.

Die Beschwerde ist durch einen beim Bundeskartellamt oder beim Beschwerdegericht einzureichenden Schriftsatz zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt zwei Monate. Sie beginnt mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die – gegebenenfalls auch neuen – Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung.

[Unterschriften]

Inhalt

A.	Zusammenfassung.....	2
B.	Sachverhalt	5
I.	Die Deutsche Post AG.....	5
II.	Die Beigeladene	6
III.	Die vier betroffenen Verträge	6
IV.	Wirtschaftliche Situation bei der Briefbeförderung	7
1.	Briefbeförderungskette unter Inanspruchnahme der Deutschen Post AG.....	7
a)	Abholen, Sortieren, Einliefern in einem Briefzentrum (Vorleistung)	8
b)	Teilleistungen	8
2.	Geschäftsmodelle im Briefbereich.....	11
a)	Vorleistung durch einen Konsolidierer.....	11
b)	Vorleistung durch einen Konsolidierer und Zustellung durch Wettbewerber der DPAG	12
c)	Ende-zu-Ende-Beförderung durch vertikal integrierte Briefdienstleister	12
d)	Kombination von Geschäftsmodellen.....	13
3.	Vor- und nachgelagerter Markt.....	13
V.	Die Verträge	14
1.	Teilleistungsverträge	14
2.	Abreden über Werbekooperationen.....	15
3.	Großkundenvertrag	16
4.	Konsolidierungsvereinbarungen	17
5.	Zielpreisvereinbarungen	18
a)	Zielpreise/Preise	18
b)	Abreden über die Lieferung von Qualitätsdaten	23
c)	„Share-of-wallet“-Regelungen.....	24
6.	Auslaufen der Verträge	24
VI.	Verfahrensablauf.....	25
C.	Rechtliche Würdigung.....	28
I.	Zulässigkeit.....	28
II.	Materielle Beurteilung	30
1.	Marktbeherrschende Stellung der DPAG.....	30
a)	Relevante Märkte.....	31
aa)	Ende-zu-Ende-Markt.....	31
bb)	Markt für Teilleistungen	37
cc)	Räumliche Marktabgrenzung	38
b)	Marktstellung der DPAG	38
2.	Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels	42
3.	Preis-Kosten-Schere	42
a)	Vorliegen einer marktbeherrschenden Stellung	44
b)	Vertikalverhältnis	44
c)	Wettbewerbsverhältnis auf dem nachgelagerten End-to-End-Markt.....	44
d)	Positive Preis-Kosten-Schere in Bezug auf die vier TK-Unternehmen	45
aa)	Ausgangspunkt: das vereinbarte Endkundenentgelt	45
bb)	Keine Hinzurechnung eines Entgeltes für Werbeleistungen.....	46
cc)	Keine Hinzurechnung eines Entgeltes für Qualitätsdaten	50
dd)	Vergleich mit dem individuellen Teilleistungsentgelt	52
ee)	Endkundenentgelt niedriger als Vorleistungsentgelt	54
ff)	Hilfsüberlegung: Preis-Kosten-Schere auch bei Hinzurechnung der Entgelte aus Werbekooperation und für Qualitätsdaten	54

gg)	Zweifel am Wert des Werbeaufdruckes	55
e)	Kein Ausschluss der Anwendung der Preis-Kosten-Schere wegen Entbehrlichkeit des Vorproduktes.....	59
f)	Kein Ausschluss der Anwendung der Preis-Kosten-Schere wegen Regulierung.....	62
g)	Keine Rechtfertigung zur Sicherstellung des Universaldienstes.....	63
h)	Auswirkungen der Preis-Kosten-Schere	65
4.	Exklusivität / Treuerabatte	67
D.	Gebühr	71