



- Beschlusskammer 5 -

Beschluss

Einstweilige Anordnung

In dem Verwaltungsverfahren

BK5-21/018

der Deutschen Post AG, Charles-de-Gaulle-Straße 20, 53113 Bonn, vertreten durch den Vorstand,

- Antragstellerin -

Beigeladener:

Bundesverband Paket und Expresslogistik e.V. (BIEK), vertreten durch den Vorstand,
Dorotheenstraße 33, 10117 Berlin

Verfahrensbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Loschelder, Konrad-Adenauer-Ufer 11, 50668 Köln

wegen

**der Genehmigung von Entgelten für lizenzpflichtige Postdienstleistungen nach
§ 19 PostG ab 01.01.2022 im Rahmen des Price-Cap-Verfahrens**

hat die Beschlusskammer 5 der Bundesnetzagentur in der Besetzung:

Vorsitzender Mario Lamoratta,
Beisitzer Jens Meyerding und
Beisitzer Martin Balzer

am 10.12.2021 beschlossen:

1. Die Geltung der von der Antragstellerin mit Antrag vom 24.11.2021 (Anlage 1) zur Genehmigung vorgelegten Entgelte und Entgeltermäßigungen wird bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache einstweilen angeordnet.
2. Die einstweilige Anordnung gilt ab dem 01.01.2022. Die einstweilige Anordnung gilt maximal bis zum Auslaufen der Maßgrößenentscheidung BK5-21/004 am 31.12.2024.

- öffentliche Fassung -

Gründe:

I.

Entgelte, die ein Lizenznehmer auf einem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen erhebt, bedürfen gemäß § 19 PostG der Genehmigung durch die Bundesnetzagentur, sofern der Lizenznehmer auf dem betreffenden Markt marktbeherrschend ist. Dies gilt nicht für Entgelte solcher Beförderungsleistungen, die ab einer Mindesteinlieferungsmenge von 50 Briefsendungen angewendet werden, vgl. § 19 Satz 2 PostG.

Gemäß § 21 Abs. 1 PostG genehmigt die Bundesnetzagentur Entgelte entweder auf der Grundlage der auf eine einzelne Dienstleistung entfallenden Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (Einzelgenehmigungsverfahren) oder auf der Grundlage der von ihr vorgegebenen Maßgrößen für die durchschnittlichen Änderungsraten der Entgelte für einen Korb zusammengefasster Dienstleistungen (Price-Cap-Verfahren).

Die derzeit von der Antragstellerin verlangten Entgelte basieren bis 31.12.2021 auf der Entgeltgenehmigung BK5-19/013.

Die Bundesnetzagentur hat mit Beschluss BK5-21/004 vom 23.11.2021 eine Entscheidung über die Zusammenfassung von Dienstleistungen und Vorgabe von Maßgrößen für die Price-Cap-Regulierung für Briefsendungen bis 1000 Gramm ab 01.01.2022 getroffen.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 24.11.2021, eingegangen am selben Tag, den Antrag gestellt, die in Anlage 1 zum Antrag aufgeführten Entgelte und Entgeltermäßigungen für die der Price-Cap-Regulierung unterliegenden Dienstleistungen für den Zeitraum ab dem 01.01.2022 zu genehmigen.

Dem Antrag sind neben der die Entgelte und Entgeltermäßigungen enthaltenden Anlage 1 u.a. eine Zusammenfassung der geplanten AGB-Änderungen, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Produktbroschüren hinsichtlich der der Price-Cap-Regulierung unterliegenden Dienstleistungen, ein Nachweis zur Einhaltung der Price-Cap-Formel sowie Informationen zur Qualität der Briefbeförderung beigelegt.

Mit Beschluss vom 07.12.2021 wurde dem Beiladungsantrag der Beigeladenen vom 02.12.2021 stattgegeben.

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

II.

Die Entscheidung findet ihre Rechtsgrundlage in §§ 46, 19, 20, 21 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 2, Abs. 3, Abs. 4, 22, 44 S. 2 PostG, §§ 78 TKG 1996, § 5 PEntgV. Die Kammer ist befugt, den Sachverhalt im Wege einstweiliger Anordnung zu regeln, bis eine Entscheidung in der Hauptsache ergeht.

1. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer ergibt sich aus §§ 46 Abs. 1 i. V. m. 19, 21 Abs. 1 Nr. 2 PostG.

Die von der Antragstellerin zur Genehmigung vorgelegten Entgelte unterliegen der Genehmigungspflicht, da es sich bei den zu vergütenden Leistungen um lizenzpflichtige Postdienstleistungen im Sinne des § 19 PostG handelt. Die beantragten Entgelte sehen keine Mindesteinlieferungsmenge von 50 Briefsendungen vor, § 19 Satz 2 PostG. Entgelte gemäß § 19 PostG, die ein Lizenznehmer auf einem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen erhebt, bedürfen der Genehmigung durch die Bundesnetzagentur, sofern der Lizenznehmer auf dem betreffenden Markt marktbeherrschend ist. Lizenzpflichtig ist nach Maßgabe des § 5 PostG die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen, deren Einzelgewicht nicht mehr als 1000 Gramm beträgt.

Die Antragstellerin verfügt – wie die Bundesnetzagentur im Einvernehmen mit dem Bundeskartellamt in dem Beschluss BK5-21/004 vom 23.11.2021 über die Zusammenfassung von Dienstleistungen und Vorgabe von Maßgrößen festgestellt hat – auf dem relevanten Markt für lizenzpflichtige Inlands- und Auslandsbriefsendungen über eine marktbeherrschende Stellung.

2. Zulässigkeit der einstweiligen Anordnung

Nach § 44 Satz 2 i.V.m. § 78 TKG 1996 kann die Beschlusskammer bis zu einer endgültigen Entscheidung einstweilige Anordnungen treffen, wenn ein praktisches Bedürfnis für vorläufige Regelungen besteht, „um nachteilige Entwicklungen zu vermeiden“ (BT-Drs. 13/3609, Seite 52 zu § 75). Das Erfordernis eines vor der Beschlusskammer laufenden und noch nicht entschiedenen Hauptsacheverfahrens ist erfüllt (vgl. Beck'scher TKG-Kommentar, 1. Auflage, Kerkhoff, § 78, Rn. 3).

Die Antragstellerin hat am 24.11.2021 den Antrag gestellt, die in Anlage 1 zum Antrag aufgeführten Entgelte und Entgeltermäßigungen für die der Price-Cap-Regulierung unterliegenden Dienstleistungen für den Zeitraum ab dem 01.01.2022 bis 31.12.2024 zu genehmigen.

Die einstweilige Anordnung ergeht ohne Anhörung der Antragstellerin, da die Geltung der Entgelte antragsgemäß – mithin ohne Eingriff in Rechte der Antragstellerin – angeordnet wird.

Auch eine Anhörung der Beigeladenen ist nach den Umständen des Einzelfalls - insbesondere mit Blick auf die Eilbedürftigkeit der Entscheidung - nicht geboten. Die Eilbedürftigkeit beruht u.a. darauf, dass die Antragstellerin vorliegend auf eine Bescheidung innerhalb der gesetzlichen Sollfrist von zwei Wochen vertrauen durfte – § 5 Abs. 3 PEntgV – und im Hinblick darauf die Einführung neuer Entgelte zum 01.01.2022 vorgesehen und die entsprechenden Vorkehrungen auch im Markt bereits treffen durfte und getroffen hat (Information

von Verbrauchern, Groß- und Teilleistungskunden und Agenturnehmern, Änderung der Leistungsverzeichnisse, Anpassung der Abrechnungssysteme, Beauftragung von Software- und Maschinenherstellern, Beauftragung für den Druck neuer Briefmarken im Zusammenspiel mit dem Bundesministerium für Finanzen). Die Antragstellerin hat bereits erhebliche Aufwendungen in die Umstellung der Entgelte vorgenommen. Einzig eine fehlerhafte Umsetzung der mit Beschluss vom 23.11.2021 festgestellten Maßgrößen wäre von ihr vertretbar – läge also in der Risikosphäre der Antragstellerin. Hätte die Genehmigung wegen einer solchen fehlerhaften Beantragung versagt werden müssen, müsste die Antragstellerin darauf beruhende Fehl-Aufwendungen selbst tragen. Die beantragten Entgelte halten jedoch die festgelegten Maßgrößen ein, vgl. dazu Punkt 3.1., und begründen damit einen Genehmigungsanspruch der Antragstellerin.

Die einstweilige Anordnung ohne vorherige Anhörung des Beigeladenen führt nicht zu einer Beeinträchtigung des Anspruchs des Beigeladenen auf rechtliches Gehör, sondern wahrt dessen Beteiligungsinteressen. Dem Beigeladenen könnte allenfalls ein unwesentlicher Nachteil entstehen. Nachdem der Beigeladene zum Verfahren BK5-21/004 (wie schon zu den Vorverfahren und gerichtlich) umfangreich schriftlich Stellung genommen hat, richtet sich sein Beteiligungsinteresse im vorliegenden Price-Cap-Entgeltgenehmigungsverfahren BK5-21/018 ausweislich des Beiladungsantrags insbesondere auf eine inzidente Überprüfung der diesem Verfahren vorausgehenden Maßgrößenentscheidung. Der Beigeladene hat entsprechend ein Akteneinsichtsgesuch hinsichtlich der Verfahrensakten aus dem Maßgrößenverfahren BK5-21/004 an die Beschlusskammer gerichtet. Schon die Aufbereitung der umfangreichen Akten zum Verfahren BK5-21/004 und Sichtung durch den Beigeladenen wird zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen im Entgeltgenehmigungsverfahren führen und damit eine Entscheidung in der Hauptsache zeitlich nicht absehbar, aber deutlich verschieben. Eine solche zeitliche Verzögerung ist mit der gesetzlich vorgesehenen Entscheidungsfrist von zwei Wochen nicht vereinbar und würde überdies dazu führen, dass ein antragsgemäßes Inkrafttreten der Entgeltanpassungen zum 01.01.2022 und damit zum Zeitpunkt des Auslaufens der aktuellen Entgeltgenehmigung nicht mehr erfolgen könnte; näheres dazu unter Punkt 3.2.

Der Verzicht auf eine Anhörung des Beigeladenen im Verfahren zur einstweiligen Anordnung steht in Einklang mit § 28 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG. Danach kann von der Anhörung insbesondere dann abgesehen werden, wenn durch die Anhörung die Einhaltung einer für die Entscheidung maßgeblichen Frist in Frage gestellt würde. Die Vorschrift enthält keine Einschränkungen dahingehend, dass sie lediglich für besondere Verjährungs- und Ausschlussfristen Geltung beansprucht. Sie ist daher auch bei sonstigen Fristen anzuwenden, die von der entscheidenden Behörde zu berücksichtigen sind (vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 18. Aufl., § 28, Rn. 62a).

3. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund

Die materiellen Voraussetzungen für den Erlass der einstweiligen Anordnung liegen vor.

Die vorläufige Regelung ergeht, damit die Genehmigung neuer Porti, wie vom Verordnungsgeber vorgesehen, zeitnah nach Abschluss des vorausgehenden Maßgrößenverfahrens erfolgt. Eine einstweilige Regelung des Zustands ab dem 01.01.2022 ist erforderlich, da die befristete Entgeltgenehmigung der Antragstellerin zum 31.12.2021 ausläuft. Eine entgeltgenehmigungsfreie Periode ist zu vermeiden.

Das Verfahren könnte binnen der vorgegebenen Frist auch ohne einstweilige Anordnung durch die Kammer materiell fristgerecht beschieden werden. Der Antrag ist entscheidungsreif und trägt die vorläufig angeordneten Entgelte. Eine antragsgemäße Entscheidung ist damit zum jetzigen Zeitpunkt ganz überwiegend wahrscheinlich (s. dazu Punkt 3.1.).

Lediglich die aus einer vom Verordnungsgeber in diesem Verfahren offensichtlich nicht vorgesehene Beteiligung Dritter und der damit einhergehende zusätzliche Zeitbedarf hindert die fristgerechte Entscheidung (s. dazu Punkt 3.2.). Eine Abwägung der Interessen der Antragstellerin sowie des Gemeinwohls überwiegen vorliegend die Interessen des Beigeladenen, die sich aus seinen Beteiligungsrechten ergeben. Ein Abwarten der Hauptsacheentscheidung ohne einstweilige Regelung eines interessengerechten Zustands ist nach Ansicht der Kammer unzumutbar. Die vorläufige Genehmigung der beantragten Entgelte ist dabei sachgerechter als die Verlängerung der bestehenden Entgeltgenehmigung bis zur Entscheidung der Hauptsache (s. dazu Punkt 3.2.2.).

3.1. Materieller Anspruch auf beantragte Entgelte (Anordnungsanspruch)

Die beantragten Entgelte entsprechen den in dem Beschluss BK5-21/004 über die Zusammenfassung von Dienstleistungen und Vorgabe von Maßgrößen für die Price-Cap-Regulierung ab 01.01.2022 festgelegten Maßgrößen.

Im Price-Cap-Verfahren nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 PostG genehmigt die Bundesnetzagentur Entgelte auf der Grundlage der von ihr vorgegebenen Maßgrößen für die durchschnittlichen Änderungsraten der Entgelte für einen Korb zusammengefasster Dienstleistungen. Nach § 21 Abs. 3 PostG ist die Genehmigung der Entgelte zu versagen, wenn nach Maßgabe des Absatzes 2 die Entgelte den Anforderungen des § 20 Abs. 3 Nr. 1 PostG nicht entsprechen. Gemäß § 21 Abs. 2 S. 2 PostG gelten bei Einhaltung der festgelegten Maßgrößen die Anforderungen des § 20 Abs. 3 Nr. 1 PostG als erfüllt. Nach § 4 Abs. 2 PEntgV umfassen die Maßgrößen für die Genehmigung die gesamtwirtschaftliche Preissteigerungsrate (Referenzindex I), die zu erwartende Produktivitätsfortschrittsrate des regulierten Unternehmens (X-Faktor) und die Nebenbedingungen. Schwerpunkt des Entgeltgenehmigungsverfahrens nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 PostG ist daher die Prüfung, ob diese Maßgrößen eingehalten sind.

Nach § 21 Abs. 3 PostG ist die Genehmigung der Entgelte auch dann zu versagen, wenn die Entgelte gegen andere Rechtsvorschriften verstoßen. Ferner ist die Genehmigung zu versagen, wenn offenkundig ist, dass die Entgelte den Anforderungen des § 20 Abs. 3 Nr. 2 oder Nr. 3 PostG nicht entsprechen. Die Prüfung der Einhaltung dieser Vorschriften ist daher der zweite Gegenstand des Entgeltgenehmigungsverfahrens nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 PostG. Versagungsgründe in vorgenanntem Sinne sind derzeit nicht ersichtlich.

Mit ihrem Entgeltgenehmigungsantrag vom 24.11.2021 hat die Antragstellerin gemäß § 5 Abs. 1 PEntgV die Absatzzahlen für den für die Price-Cap-Periode 2022 bis 2024 maßgeblichen Referenzzeitraum 2020 sowie die Umsatzzahlen vorgelegt. Diese ermöglichen es der Beschlusskammer, die Einhaltung der Maßgrößen zu überprüfen.

3.1.1. Einhalten der Maßgrößen

Für den Dienstleistungskorb ergibt sich für die Price-Cap-Periode 2022 bis 2024 ein Preisänderungsspielraum von 4,6 %. Dieser errechnet sich nach der Price-Cap-Formel (Ziffer 11. des Tenors des Beschlusses BK5-21/004 vom 23.11.2021) aus dem Referenzindex I (gesamtwirtschaftliche Preissteigerungsrate) in Höhe von 3,25 % abzüglich des X-Faktors von -1,35 %.

Als Referenzindex I wird nach Ziffer 6. des Tenors des Beschlusses BK5-21/004 der Verbraucherpreisindex für Deutschland herangezogen. Aufgrund der Zusammenfassung des Price-Cap-Zeitraums 2022 bis 2024 zu einer einzigen Genehmigungsperiode ist auch der Referenzindex I zu einem Wert für den gesamten Zeitraum zusammenzufassen. Als Wert für den Referenzindex wird das arithmetische Mittel der Werte von Juli 2020 bis Juni 2021 sowie die erwarteten Werte für den Zeitraum Juli 2021 bis Juni 2022 und Juli 2022 bis Juni 2023 herangezogen. Der der Genehmigung zugrunde zu legende Wert wurde im Rahmen des Maßgrößenbeschlusses in Höhe von 3,25 % ermittelt (vgl. hierzu Ziffer 8. Gesamtwirtschaftliche Preissteigerungsrate – Referenzindex I, Beschluss BK5-21/004, Seite 118 ff.).

In Ziffer 7. (Zu erwartende Produktivitätsfortschrittsrate – X-Faktor) des Beschlusses BK5-21/004 wurde der X-Faktor für den Dienstleistungskorb für die Jahre 2022 bis 2024 mit insgesamt -1,35 % festgelegt.

Die beantragten Entgelte und Entgeltermäßigungen führen bei Anwendung der Price-Cap-Formel (Tenor zu 11. des Beschlusses BK5-21/004) zu einer durchschnittlichen Preiserhöhung bei den Price-Cap-Produkten von 4,599 %. Die beantragten Entgelte halten die festgelegten Maßgrößen ein und sind somit genehmigungsfähig.

3.1.2. Einhalten der Nebenbedingungen

Die beantragten Entgelte halten die Nebenbedingungen der Maßgrößenentscheidung ein (Ziff. 7 des Tenors des Beschlusses BK5-21/004).

Die beantragten Entgeltanpassungen für die Leistung „Brief International zum Kilotarif“ zum 01.01.2022, 01.01.2023 und 01.01.2024 sehen jeweils eine gleiche prozentuale Veränderung des Stückpreisanteils und des Kiloanteils vor und genügen daher den Vorgaben der Nebenbedingung nach Ziff. 7 b) des Tenors des Beschlusses BK5-21/004.

Entgeltrelevante Änderungen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden nicht vorgenommen. Als Nachweis hat die Antragstellerin ihrem Schreiben die Anlagen 3 bis 9 beigelegt.

Eine entgeltrelevante Leistungsrückführung ist derzeit ebenfalls nicht erkennbar.

In der Maßgrößenentscheidung BK5-21/004 (Tenor zu 7 e) war der Antragstellerin aufgegeben worden, über die dem Ausgangsentgeltniveau zugrunde liegenden Qualitätsparameter der Briefbeförderung nach § 2 PUDLV jeweils zum Ende eines Quartals, beginnend mit dem Stand 3. Quartal 2021 zu berichten. Hierzu sind in EDV-fähigem Format folgende Informationen jeweils bis zwei Monate nach Quartalsende mitzuteilen:

- Übersicht über die vorhandenen Filialstandorte (mit Anschrift und Koordinaten) sowie Angaben zu Filialformat und Unternehmensorganisation
- Angaben über die Brieflaufzeitmessung getrennt nach Bund / Leitregion; jeweils aus Verbraucher- und Betriebssicht sowie Lieferung des dazugehörigen Rohdatensatzes gem. EN 13850
- Angaben über Zahl, Standorte (Anschrift und Koordinaten) und Leerungszeiten der Briefkästen
- Angaben zur werktäglichen Zustellung; insbesondere zur Anzahl der werktäglich durchgeführten Zustelltouren, der Zustellabbrüche sowie Angaben zur regionalen

Verteilung (getrennt nach Leitregionen) einschließlich Angabe der Gründe für die Zustellabbrüche.

Ziel dieser Regelung ist es, dem engen Zusammenhang zwischen Leistungsniveau und Kosten Rechnung zu tragen. Die Rückführung des Leistungsniveaus ist grundsätzlich nicht mit einer Produktivitätssteigerung gleichzusetzen. Zwar werden durch Einschränkung der Leistungsparameter – wie Anzahl von Annahmestellen (einschließlich Briefkästen), Zustellhäufigkeit und Brieflaufzeit – möglicherweise Kostenreduzierungen erreicht. Diese Kostenreduzierungen sind jedoch kein Ausfluss von Produktivitätssteigerungen. Insofern stellt es durchaus einen (möglicherweise verdeckten) Preisaufschlag dar, wenn der Verbraucher für eine qualitativ schlechtere Leistung dasselbe Entgelt wie zuvor zahlen muss.

Die der Antragstellerin auferlegten Berichtspflichten ermöglichen es der Beschlusskammer, die Einhaltung des Leistungsniveaus bezüglich der der Entgeltregulierung unterliegenden Postdienstleistungen zu überprüfen und auszuschließen, dass Kostenreduzierungen zu Lasten des Leistungsniveaus erfolgen. Ausgangspunkt der Betrachtung, ob kostenrelevante Leistungsrückführungen vorgenommen wurden, bildet der Informationsstand 3. Quartal 2021 (Ziff. 6 des Beschlusses BK5-21/004 vom 23.11.2021, Seite 25).

Bei der Ermittlung des Leistungsniveaus wurden sowohl die Beschreibung des Versorgungs- und Serviceniveaus sowie die Beschreibungen zu den Produkten einschließlich der in den Leistungsbeschreibungen dargelegten Leistungsmerkmale (Kosten-Leistungs-Relation) zugrunde gelegt. Das Leistungsniveau in Bezug auf die Versorgung umfasst die Anzahl der Annahmestellen (einschließlich der Anzahl der Briefkästen). Das Serviceniveau bezieht sich auf die Anzahl der Zustelltage, die Angaben zur werktäglichen Zustellung und die Brief-Laufzeiten. Als Kriterium für die Laufzeit werden die an einem Werktag eingelieferten Sendungen (mit Ausnahme der Sendungen, die eine Mindesteinlieferungsmenge von 50 Stück je Einlieferungsvorgang voraussetzen) zugrunde gelegt.

Die Antragstellerin war bereits in den vorangegangenen Maßgrößenbeschlüssen BK5-13/001, BK5-15/012 und BK5-18/003 verpflichtet worden, quartalsweise über die einschlägigen Leistungsparameter zu berichten. Dieser Verpflichtung ist sie nachgekommen.

Der Kammer wurden als maßgebliche Informationen für das 3. Quartal 2021 gemeldet, dass:

- die Antragstellerin bundesweit über [REDACTED] Filialstandorte verfügt, wovon [REDACTED] als Pflichtstandorte nach PUDLV bzw. Selbstverpflichtung betrieben werden;
- die Brieflaufzeiten der Antragstellerin bundesweit aus Verbrauchersicht bei [REDACTED] % E+1 und [REDACTED] % E+2 sowie aus Betriebssicht bei [REDACTED] % E+1 und [REDACTED] % E+2 liegen;
- die Antragstellerin über bundesweit [REDACTED] Briefkästen, davon [REDACTED] mit Angabe der nächsten Leerung (Drehkranz) verfügt.
- die Antragstellerin bei insgesamt [REDACTED] werktäglichen Zustelltouren [REDACTED] Zustelltouren, also [REDACTED] % abbuchen musste.

Aufgrund der vorliegenden und weiterhin vorzulegenden Daten ist die Kammer in der Lage zu prüfen, ob die Antragstellerin Kostenreduzierung durch signifikante und ggf. zu beanstandende Leistungsrückführungen herbeiführt.

3.2. Anordnungsgrund

Der Anordnungsgrund besteht im Verfahren nach § 44 S. 2 PostG i.V.m. § 78 TKG (1996) in der objektiv begründeten Besorgnis, dass durch die Verzögerung einer Entscheidung in der Hauptsache irreversible oder nur schwer behebbare Nachteile auf dem Postmarkt entstehen. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung muss im besonderen öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse von Beteiligten zur Abwehr von schweren oder wesentlichen Nachteilen erforderlich sein (vgl. Beck'scher TKG-Kommentar, 1. Auflage, Kerkhoff, § 78, Rn. 9).

Dies ist vorliegend der Fall: Die einstweilige Genehmigung der beantragten Entgelte, die die festgelegten Maßgrößen umsetzen, ist im öffentlichen Interesse zur Abwehr schwerer Nachteile für alle Marktteilnehmer erforderlich. Eine weitere Fortschreibung der bisherigen Porti, trotz festgestellter Preiserhöhungsmöglichkeit zur Deckung von KeL und Lasten, würde für die Antragstellerin zu erheblichen, nicht zumutbaren Umsatzeinbußen führen.

3.2.1. Mangelnde Entscheidungsreife aus formalen Gründen

Das aktuell von der Kammer geführte Genehmigungsverfahren ist aus formalen Gründen nicht entscheidungsreif. Aufgrund des Beiladungsantrags des BIEK vom 02.12.2021, dem mit Beschluss vom 07.12.2021 stattgegeben wurde, ist die vom Verordnungsgeber intendierte zweiwöchige (Soll-)Entscheidungsfrist nicht haltbar. Der Beigeladene, der – wie sich aus dem mit dem Beiladungsantrag verbundenen Aktenbeiziehungs- und Akteneinsichtsgesuch ergibt – eine inzidente Überprüfung der Maßgrößenentscheidung anstrebt, hat neben einem Stellungnahmerecht auch den Anspruch auf Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung. Der zeitliche Bedarf für eine ordnungsgemäße Beteiligung des Beigeladenen, die Auseinandersetzung und Auswertung der Stellungnahmen, einschließlich der der Beteiligung vorgelagerten administrativen Prozesse, wie beispielsweise die Aufbereitung der Akten des Maßgrößenverfahrens – ggf. mit einem sich anschließenden Streit über den Umfang und die Tiefe geltend gemachter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse – wird die für das Genehmigungsverfahren vorgesehenen 2-Wochen-Frist deutlich überschreiten.

Es ist derzeit nicht absehbar, wann mit einer endgültigen Entscheidung in der Hauptsache zu rechnen ist. Im vorhergegangenen Price-Cap-Entgeltgenehmigungsverfahren BK5-19/013, in welcher ebenfalls mit einer einstweiligen Regelung verfahren wurde, hat sich eine knapp 6-monatige Verzögerung ergeben.

3.2.2. Interessenabwägung

Das besondere öffentliche Interesse, das eine einstweilige Anordnung rechtfertigt und über die Verfügung erst zum Zeitpunkt der Hauptsacheentscheidung hinausragt (vgl. Beck'scher TKG-Kommentar, Kerkhoff, § 78, Rn. 9), ist vorliegend gegeben.

Dies folgt zunächst aus dem Umstand, dass die laufende Entgeltgenehmigung zum Ende des Jahres 2021 ausläuft. Ohne vorläufige Regelung für den dann folgenden Zeitraum lägen in 2022 keine genehmigten Beförderungsentgelte vor. Dies widerpräche der Regelungssystematik des Postgesetzes.

§ 23 Abs. 1 PostG verpflichtet den marktbeherrschenden Lizenznehmer, ausschließlich genehmigte Entgelte zu verlangen. Fehlt es trotz Genehmigungspflichtigkeit an einem genehmigten Entgelt, so sind die (Beförderungs-)Verträge unwirksam, § 23 Abs. 2 Satz 2 PostG.

Das Fehlen von genehmigten Entgelten für Briefdienstleistungen der Antragstellerin ab 01.01.2022 würde daher zu erheblichen (Rechts-)Unsicherheiten hinsichtlich der Annahme und Beförderung von Briefsendungen wie auch der Abrechnung von Beförderungsentgelten führen. Die mit der gesetzlichen Anordnung der Unwirksamkeit der Beförderungsverträge einhergehenden weiteren Rechtsfolgen sind im Postgesetz nicht geregelt und unklar. Nach § 23 Abs. 3 PostG hat die Bundesnetzagentur die Möglichkeit, die Durchführung unwirksamer Verträge zu untersagen. Eine solche Anordnung hätte vorliegend jedoch zur Folge, dass die flächendeckende Versorgung mit Briefdienstleistungen zum Erliegen käme und verbietet sich daher (auch mit Blick auf Artikel 87f GG). Nicht geklärt ist, ob die Antragstellerin infolge der gesetzlich angeordneten Unwirksamkeit der Beförderungsverträge zu einer unentgeltlichen Briefbeförderung verpflichtet wäre oder ob und ggf. in welcher Höhe zivilrechtlich an Stelle des unwirksamen Beförderungsvertrags z.B. ein bereicherungsrechtlicher Ausgleichsanspruch gegen den die Beförderung in Anspruch nehmenden Kunden tritt.

Je nach unterstellter Rechtsfolge der Unwirksamkeit nicht genehmigter Entgelte ab 01.01.2022 wären neben der flächendeckenden Versorgung auch wettbewerbliche Beeinträchtigungen (z.B. der auf die Zustelleistungen der Betroffenen angewiesenen Konsolidierer) und ggf. Beeinträchtigungen oder teilweiser Ausfall der Briefbeförderung zu befürchten, die die Bundesnetzagentur nach § 2 Abs. 2 Nr. 2 und 3 PostG, Artikel 87f Abs. 1 GG sicherstellen soll. Auch die Entgelte für Geschäfts- und Transaktionspost basieren nach der Abrechnungspraxis der Antragstellerin im Wesentlichen auf den im Wege des Price-Cap-Verfahrens genehmigten Entgelten.

Da rechtliche wie tatsächliche Lösungsmöglichkeiten für den Umgang mit einem „genehmigungslosen Interim“ bei Porti für alle Marktteilnehmer nicht ersichtlich sind, besteht die objektiv begründete Besorgnis, dass durch eine Verzögerung der Entscheidung erhebliche Unsicherheit im Markt und schwere wirtschaftliche Nachteile für die Antragstellerin wie auch die Nutzer und Wettbewerber auf dem Postmarkt entstehen würden. Diese wiegen schwerer als die lediglich einmal vorübergehende Genehmigung hypothetisch überhöhter Entgelte für eine kurze Dauer.

Der Erlass der einstweiligen Anordnung neuer Entgelte, die auf Grundlage der Maßgrößenentscheidung BK5-21/004 von der Antragstellerin beantragt wurden, ist geeignet, erforderlich, verhältnismäßig und unaufschiebbar, um die beschriebenen Nachteile für die Versender und die Antragstellerin abzuwenden. Sie überwiegen das Interesse des Beigeladenen an einem Abschluss des Hauptsacheverfahrens vor Durchführung der beantragten Entgeltanpassungen.

Die Anordnung ist verhältnismäßig. Sie belastet die Antragstellerin nicht, sondern ermöglicht ihr eine zeitnahe und fristgerechte Durchsetzung ihres Entgelterhöhungsspielraums zu dem mit dem Entgeltgenehmigungsantrag vom 24.11.2021 beantragten Zeitpunkt. Demgegenüber würde ein Abwarten der – zum jetzigen Zeitpunkt terminlich noch nicht absehbaren – Hauptsacheentscheidung für die Antragstellerin zu unzumutbaren Umsatzeinbußen führen, da die Umsetzung von Entgelterhöhungsansprüchen bei auf Seiten der Antragstellerin stetig auflaufenden Kosten verzögert würde.

Die Anordnung ist auch gegenüber den Kunden der Antragstellerin angemessen und verhältnismäßig. Aufgrund der Maßgrößenentscheidung BK5-21/004 vom 23.11.2021 steht fest, dass für den Zeitraum vom 01.01.2022 bis 31.12.2024 ein Entgelterhöhungsspielraum vom 4,6 % zur Deckung der KeL, anfallender Lasten sowie künftiger Faktorkostensteigerungen angemessen und erforderlich ist. Die dafür notwendigen Entgeltanpassungen sollen nach

Maßgabe der Maßgrößenentscheidung zum 01.01.2022 umgesetzt werden. Ein Vertrauensschutz der Versender auf eine Fortgeltung der nur bis 31.12.2021 genehmigten Entgelte besteht nicht. Eine Neuregelung der Briefporti nach Auslaufen der Price-Cap-Periode war vielmehr zu erwarten. Dem neuen Entscheidungszeitraum liegen geänderte nachgewiesene Kosten sowie prognostizierte Kosten- und Mengenentwicklungen zugrunde.

Das Interesse des Beigeladenen an einer Durchführung des Hauptsacheverfahrens vor einstweiliger Umsetzung der Entgelterhöhungsansprüche überwiegt die dargestellten, entgegenwirkenden Interessen nicht. Für den – aus Sicht der Kammer – wahrscheinlichen Fall, dass die (vorläufige) Entscheidung im Hauptsacheverfahren bestätigt wird, würden sich keine Veränderungen gegenüber der vorläufigen Entscheidung ergeben. Der Entgeltantrag der Antragstellerin hält rechnerisch die Maßgrößen ein (s.o.). Die bislang vorgetragenen Bedenken des Beigeladenen zur Rechtmäßigkeit der Maßgrößen hat die Kammer bereits im Maßgrößenbeschluss gewürdigt.

Es wäre unbillig, die aus einer Fortschreibung der Entgelte entstehenden Verluste der Antragstellerin anzulasten. Diese würden zumindest den der Antragstellerin gesetzlich zuzubilligenden Gewinn schmälern, könnten im (hier nicht zu befürchtenden) Extremfall jedoch sogar dazu führen, die Antragstellerin zu verpflichten, kostenunterdeckende Beförderungsentgelte zu verlangen. Nicht fristgerecht umgesetzte Entgelterhöhungen gingen daher allein zu Lasten der Antragstellerin, die für die zeitliche Verschiebung der Entgeltgenehmigung keinen Anlass gesetzt hat. Dieser resultiert allein aus dem vorliegenden Beiladungsgesuch und den zur Gewährung des den Verfahrensbeteiligten zustehenden rechtlichen Gehörs erwachsenden Verfahrensverzögerungen.

Für den Fall, dass eine Abänderung der im Rahmen der vorläufigen Entscheidung genehmigten Entgelte nach Anhörung des Beigeladenen (aus rechnerischen Gründen) erforderlich würde, könnte einem etwaigen Anpassungsbedarf im laufenden Verfahren dadurch Rechnung getragen werden, dass bei einer Änderung des Preiserhöhungsspielraums auch bereits vorgenommene (überhöhte) Entgeltänderungen in der endgültigen Entscheidung wieder ausgeglichen würden.

Selbst wenn sich im Rahmen des Hauptsacheverfahrens – nachträglich – eine Rechtswidrigkeit der zugrunde liegenden Maßgrößen herausstellen sollte, wäre eine einstweilige Entgeltgenehmigung unerlässlich. Denn aufgrund der im Maßgrößenverfahren vorgelegten Kosten-, Lasten- und Mengenentwicklung steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass der Antragstellerin ab dem 01.01.2022 höhere Entgelte als die bis Ende 2021 genehmigten zuzubilligen sind. Eine Beibehaltung der bisherigen Entgelte bis zum Abschluss des förmlichen Verfahrens wäre daher unverhältnismäßig. Auch der Ordnungsgeber hat mit der in § 5 Abs. 3 PEntgV vorgesehen 14-tägigen Sollfrist zur Genehmigung der Entgelte eine zeitnahe Umsetzung der Maßgrößenvorgaben in neue Entgelte beabsichtigt. Der Antragstellerin kann nicht zugemutet werden, flächendeckend Briefdienstleistungen unter Kosten bzw. auf Grundlage veralteter Maßgrößen zu erbringen, zumal sie für die Verfahrensverzögerung nicht verantwortlich ist.

Die vorläufige Entscheidung trägt damit den Interessen der verschiedenen Marktteilnehmer (Antragstellerin, Versender und Beigeladenen) weitestmöglich ausgleichend Rechnung.

Sollten aufgrund der vorläufigen Regelung wider Erwarten zeitweise doch zu hohe Entgelte durch die Versender entrichtet werden, dürften die Auswirkungen angesichts ihrer geringen Nachfrage vernachlässigbar sein. Geschäftskunden, die andere Produkte der Antragstellerin

in Anspruch nehmen und für die Portokosten ein finanzieller Faktor sind, sind von der Entgeltgenehmigung nicht betroffen.

In der Gesamtschau ist die vorläufige Entgeltgenehmigung wegen der (allenfalls) geringen Auswirkungen auf den einzelnen Versender als verhältnismäßig anzusehen. Größere Schäden für die Antragstellerin, die aus einer Verzögerung der Entgeltmaßnahmen trotz festgestelltem Kostenanstieg entstehen würden, können so vermieden werden.

Der Aufschub der Entscheidung in der Hauptsache bei gleichzeitiger vorläufiger Genehmigung der Entgelte gewährleistet, dass der Beigeladene sein Interesse an einer inzidenten Überprüfung der Maßgrößen – unter Wahrung der Vorgaben des Ordnungsgebers zu einem zügigen Verfahren und Berücksichtigung der Interessen aller anderen betroffenen Kreise – bereits im Verwaltungs- und nicht erst im Gerichtsverfahren wahren kann.

R e c h t s b e h e l f s b e l e h r u n g

Gegen diesen Beschluss kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, erhoben werden.

Vergebührung: Der Gebührenbescheid nach den Regeln des BGebG i. V. m. BNetzAGebV i.V.m. VwV-BK-BNetzAGebV ergeht mit gesondertem Bescheid.

Bonn, den 10.12.2021

Anlage

Übersicht genehmigte Entgelte

Lamoratta
Vorsitzender

Meyering
Beisitzer

Balzer
Beisitzer

Anlage 1 zum Beschluss BK5-21/018: Preise und Entgeltermäßigungen**1

| Gültig ab: | 01.01.2022 | 01.01.2022 | 01.01.2023 | 01.01.2024 |
|--|------------|------------|------------|------------|
| Gültig bis: | 31.12.2024 | 31.12.2022 | 31.12.2023 | 31.12.2024 |
| Briefprodukte und Services National | | | | |
| Standardbrief | 0,85 € | | | |
| Kompaktbrief | 1,00 € | | | |
| Großbrief | 1,60 € | | | |
| Maxibrief | 2,75 € | | | |
| Postkarte | 0,70 € | | | |
| Maxibrief Überschreitung Höchstmaße/-gewicht*2 | 2,20 € | | | |
| Zusatzleistungen*3 | | | | |
| Einschreiben | 2,65 € | | | |
| Einschreiben Einwurf | 2,35 € | | | |
| Eigenhändig*4 | 2,20 € | | | |
| Rückschein*4 | 2,20 € | | | |
| Wert National*4 | 1,80 € | | | |
| Nachnahme National | 3,70 € | | | |
| Prio | 1,10 € | | | |
| Dialogpostprodukte und Services National | | | | |
| Rücksendung | 0,25 € | | | |
| Werbeantwort | | | | |
| Standardbrief | 0,85 € | | | |
| Kompaktbrief | 1,00 € | | | |
| Großbrief | 1,60 € | | | |
| Maxibrief | 2,75 € | | | |
| Postkarte | 0,70 € | | | |
| Maxibrief Überschreitung Höchstmaße/-gewicht*2 | 2,20 € | | | |
| Briefprodukte und Services International | | | | |
| Standardbrief | 1,10 € | | | |
| Kompaktbrief | 1,70 € | | | |
| Großbrief | 3,70 € | | | |
| Maxibrief über 500 g bis 1.000 g | 7,00 € | | | |
| Postkarte | 0,95 € | | | |
| Zusatzleistungen*3 | | | | |
| Einschreiben | 3,50 € | | | |
| Eigenhändig*4 | 2,20 € | | | |
| Rückschein*4 | 2,20 € | | | |
| Wert International | 3,50 € | | | |
| zzgl. je angefangene 100 € Wertangabe | 2,00 € | | | |
| Nachnahme International*4 | 7,00 € | | | |
| Sonstige Services | | | | |
| Internationaler Antwortschein | 2,00 € | | | |
| Briefe International zum Kilotarif | | | | |
| je Stück | | 0,80 € | 0,81 € | 0,82 € |
| je Kilogramm | | 12,55 € | 12,80 € | 13,13 € |
| Zusatzleistungen Briefe International zum Kilotarif | | | | |
| Einschreiben | 3,50 € | | | |
| Eigenhändig*4 | 2,20 € | | | |
| Rückschein*4 | 2,20 € | | | |
| Nachnahme International*4 | 7,00 € | | | |
| Entgeltermäßigungen Brief International zum Kilotarif*5 | | | | |
| Ab 1.000 Sendungen pro Monat | | 2,5 % | | |
| Ab 2.000 Sendungen pro Monat | | 7,5 % | 5,0 % | 2,5 % |
| Ab 5.000 Sendungen pro Monat | | 12,5 % | 10,0 % | 7,5 % |
| Dialogpostprodukte International | | | | |
| Zusatzleistungen | | | | |
| Werbeantwort International | 1,20 € | | | |
| Absenderfreistempelung | | | | |
| Entgeltermäßigung | 1,00 % | | | |

*1 Im Übrigen gelten die Bedingungen der jeweiligen AGB

*2 zusätzlich zum Maxibriefentgelt

*3 zusätzlich zum Beförderungsentgelt für Briefe und Postkarten

*4 nur in Verbindung mit Einschreiben

*5 Entgeltermäßigung wird nicht gewährt für Zusatzleistungen Brief International zum Kilotarif