

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

**Nur per E-Mail: BK5-Postfach@BNetzA.de**

Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas,  
Telekommunikation, Post und Eisenbahn  
Beschlusskammer 5  
Herrn Vorsitzenden Mario Lamoratta  
Herrn Beisitzer Martin Balzer  
Frau Beisitzerin Stephanie Willemsen  
Postfach 80 01  
53105 Bonn



Az.: 001685-15 Sre/ko

18. Oktober 2024

**Genehmigung von Entgelten für lizenzpflichtige Postdienstleistungen  
im Price Cap-Verfahren, Az.: BK5-24/0003 // Stellungnahme**

Sehr geehrter Herr Lamoratta,  
sehr geehrter Herr Balzer,  
sehr geehrte Frau Willemsen,

wir melden uns, ordnungsgemäße Bevollmächtigung anwaltlich versichernd, für den Bundesverband Paket und Expresslogistik e.V. („BPEX“) zu o.a. Verfahren.

Für die Möglichkeit der Stellungnahme zum Entwurf des Maßgrößenbeschlusses vom 25.09.2024 danken wir. Gerne nehmen wir diese wahr; schon aufgrund der begrenzten Zeit beschränken wir uns dabei auf aus unserer Sicht besonders wichtige und neue Punkte. Diese ergeben sich zuvörderst aus der erstmaligen Anwendung des neuen, seit dem 18.07.2024 geltenden Postmodernisierungsgesetzes, auf das nachfolgend jeweils Bezug genommen wird, wenn das „PostG“ zitiert wird. Soweit wir auf die Vorgängerausfassung abstellen, die bis zum 17.07.2024 galt, weisen wir dies entsprechend aus.

Prof. Dr. Michael Loschelder<sup>5\*</sup>  
Dr. Wilfried Ruffer<sup>6</sup>  
Dr. Jürgen Lauer<sup>3</sup>  
Dr. Ulrich von Schönfeld  
Dr. Henning W. Wahlers<sup>4</sup>  
Dr. Detlef Grimm<sup>1</sup>  
Dr. Thomas Schulte-Beckhausen<sup>5</sup>  
Dr. Andreas Fink<sup>3</sup>  
Dr. Walter Klein<sup>3</sup>  
Dr. Raimund Schütz<sup>2</sup>  
Dr. Frank Heerstraßen<sup>4</sup>  
Dr. Martin Brock<sup>1</sup>  
Dr. Nikolai Wolff  
Dr. Sandra Orlikowski-Wolf<sup>6</sup>  
Dr. Stefan Maaßen, LL.M.<sup>5</sup>  
Dr. Stefan Stock, MScRE  
Dr. Cedric C. Meyer<sup>2</sup>  
Dr. Mirko Ehrich<sup>3</sup>  
Dr. Martin Empt, LL.M.  
Dr. Sebastian Pelzer<sup>1</sup>  
Dr. Sebastian Kalb, MBA  
Dr. Kristina Schreiber<sup>2</sup>  
Dr. Felix Ebbinghaus, LL.M.<sup>7</sup>  
Dr. Maike Friedrich, LL.M.<sup>2</sup>  
Dr. Hans-Georg Schreier, LL.M.  
Arne Gehrke, LL.M.<sup>1</sup>  
Dr. Simon Kohm  
Dr. Oliver Kerpen<sup>3</sup>  
Dr. Stefan Freh<sup>1</sup>  
Dr. Robert Kessler<sup>3</sup>  
Dr. Patrick Pommerening<sup>5</sup>  
Janos Mahlo  
Dr. Marcel Kleemann  
Dr. Nils Derksen  
Dr. Söre Jötten<sup>3</sup>  
Dr. Florian Dressel<sup>3</sup>  
Dr. Svenja Fröhlich  
Farzan Daneshian, LL.M.<sup>1</sup>  
Gina Hützen  
Dr. Tim Leverentz  
Thomas Mäuser  
Dr. Fabian Reiter  
Dr. Philipp M. P. Schrage  
Dr. Gianna Perino-Stiller  
Christoff Klug  
Dr. André Michels

1 Fachanwalt für Arbeitsrecht  
2 Fachanwalt für Verwaltungsrecht  
3 Fachanwalt für Bau- u. Architektenrecht  
4 Fachanwalt für Handels- u. Gesellschaftsrecht  
5 Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz  
6 Fachanwalt für Versicherungsrecht  
7 Attorney at Law (New York)

\* bis 2019

Auch wenn über die Übergangsregelung des § 112 Abs. 6 PostG die neue Entgeltregulierungssystematik noch nicht in vollem Umfang Anwendung findet, werden doch auch in diesem Beschluss bereits die wesentlichen neuen Vorgaben relevant und damit die Weichen für die künftige Regulierungspraxis gestellt. Umso wichtiger ist es, dass diese den Zielen des PostG und seiner verfassungs- wie unionsrechtlich fundierten Grundlagen entsprechend wettbewerbsfördernd erfolgt und mit umfassender methodischer Grundlage, sofern – wie bei der Marktbeherrschung – nicht ausdrücklich eine Übergangsfrist den Rückgriff auf frühere Festlegungen vorsieht.

Dies vorausgeschickt, nehmen wir zu den aus unserer Sicht besonders wichtigen Punkten im Entwurf der Maßgrößenentscheidung wie folgt Stellung:

## **1. Erstmalsige Entgeltregulierung von Paketprodukten**

Die BNetzA beabsichtigt erstmalig die ex ante-Genehmigung auch der Entgelte für C2X-Pakete. Dies ist angesichts der marktbeherrschenden Stellung der DPAG auf diesem Teilmarkt angesichts der für die aktuelle Übergangszeit geltenden Vorgaben des zum 18.07.2024 in Kraft getretenen PostG folgerichtig. Das neue PostG ermöglicht das, weil die BNetzA in Missbrauchsverfahren nach dem alten Postrecht zu der Erkenntnis gekommen ist, dass die DPAG auf diesem Markt marktbeherrschend ist.

Aus Sicht des BPEX ist es dabei unabdingbar, wie auch überzeugend seitens der BNetzA begründet, die dem C2X-Paket-Teilmarkt zuzuordnenden Produkte in einem eigenen, von den Briefprodukten getrennten Korb zusammenzufassen. Die Logik der Korbbildung muss für marktliche Ergebnisse der Marktabgrenzung folgen (so auch überzeugend BNetzA, Maßgrößenbeschlusssentwurf, S. 26).

Unklar bleibt allerdings bei Durchsicht der Anlage 3, wie die dort gelisteten Produkte von den B2X-Angeboten abgegrenzt werden. Denn Versandkontingente über 50 oder 100 Versandmarken werden üblicherweise gerade nicht von Verbrauchern als Versendern genutzt. Diese Angebote zielen üblicherweise auf B2X-Versender, die indes so geringe Umfänge einliefern, dass kein individuelles Entgelt vereinbart wird. Ebenso bittet der BPEX um Überprüfung der Gewichtsklasse „bis 31,5 kg“ in Anlage 3, Zeile 4, die über den durch das Postmodernisierungsgesetz angepassten Umfang der Universaldienstleistungen hinausgeht. Unklar bleibt auch, wie genau die Abgrenzung zur Warensendungen auch mit Blick auf die hohe Wettbewerbsrelevanz dieser Position (BT-Drs. 20/10283, S. 129) erfolgt, berücksichtigend, dass diese Sendungsart nach der neuen Legaldefinition im PostG wohl Korb 1 zuzuordnen wäre, ohne dass dies im Beschlusssentwurf indes hinreichend klargestellt wird.

Der BPEX regt gerade auch mit Blick auf die in Anlage 3 enthaltenen Produkte weiterführend an, nach neuem PostG auch eine ex ante-Entgeltregulierung der DPAG-Entgelte für Produkte im B2X-Paketmarkt zu erwägen: Die BNetzA verweist selbst auf die insofern grundlegende Prüfung der BK5 im Verfahren BK5-11/069, in der die BNetzA die marktbeherrschende Stellung der Pakettochter der DPAG im B2X-Paketmarkt entsprechend festgestellt hat. Dass es sich dabei nicht um einen Bestandteil des Tenors handelt, sondern die BNetzA i.E. eine Verfahrenseinleitung abgelehnt hat, ist unerheblich. Schon angesichts der damit einhergehenden belastenden Wirkung für die Beschwerdeführer kommt der Feststellung regelnder Charakter zu; es handelt sich um einen Verwaltungsakt. Wird die marktbeherrschende Stellung in der Begründung eines solchen festgestellt, ist das hinreichend für die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung gem. § 112 Abs. 6 PostG. Dass dies von der BNetzA als ausreichend für eine Einbeziehung auch dieser Paketprodukte in das Price Cap-Verfahren angesehen werden sollte, wird durch die aktuellen Feststellungen der Monopolkommission zur Marktbeherrschung der DPAG auf dem B2X-Paketmarkt unterstrichen:

„Die Deutsche Post AG vereint jedoch immer noch über 40 Prozent der Sendungsmengen im Paketsegment auf sich.“ (Monopolkommission, Sektorgutachten Post 2023, K4)

Die Monopolkommission bezieht sich in ihren Feststellungen dabei auf den Tätigkeitsbericht Post 2022/2023 der BNetzA, die eben diesen Marktanteil der Pakettochter der DPAG für die Paketmärkte ausweist (ebd., S. 43). Nach § 18 Abs. 4 GWB wird vermutet, dass ein Unternehmen marktbeherrschend ist, wenn sein Marktanteil wie hier jener der DPAG 40% überschreitet (darauf weist die BNetzA auch in dem hier konsultierten Beschlussentwurf hin, S. 23). Auch wenn die DPAG auf diesem Teilmarkt mithin deutlich weniger Marktanteile hält als im C2X- und Briefsegment, ist sie dennoch marktbeherrschend. Darüber beständen bei isolierter Betrachtung der Marktverhältnisse auf dem B2X-Paketmarkt keine Zweifel, auch mit Blick auf die auch diesen Markt prägende überragende Finanzkraft der DPAG (ebd., S. 24).

## **2. Berechnung des X-Faktors und Kostenzuschlüsselung nach Tragfähigkeit**

Der BPEX bittet die BNetzA die Vorgehensweise bei der Kostenzuschlüsselung nach Tragfähigkeit grundlegend auf den Prüfstand zu stellen, da diese (1) nicht mit dem Effizienzkostenmaßstab des § 42 Abs. 1, § 44 Abs. 1 S. 1 PostG vereinbar ist und der Effizienzkostenmaßstab (2) verfassungs- und unionsrechtlich fundiert ist, so dass die Kostenzuschlüsselung nach Tragfähigkeit auch gegen dieses höherrangige Recht verstößt, was jedenfalls bei Letzterem im Zuge des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs auch unmittelbar von der BNetzA zu beachten ist.

## 2.1 Effizienzkostenmaßstab des PostG

§ 42 Abs. 1, § 44 Abs. 1 PostG normiert den Effizienzkostenmaßstab als Fundament und entscheidenden Maßstab der Entgeltregulierung, wie dies bis zum 17.07.2024 grundsätzlich bereits § 20 Abs. 1-2 PostG a.F. vorsah. Dass der Effizienzkostenmaßstab im Postmodernisierungsgesetz fortgeschrieben wird, überrascht nicht, ist er doch verfassungs- und unionsrechtlich verankert (dazu sogleich, 2.2).

Ebenso wenig überrascht mit Blick auf dieses höherrangige Recht, die Rechtsprechung zum PostG und insbesondere auch die Entwicklung in den benachbarten Sektoren der Telekommunikation, Energie und Eisenbahnen, dass der Effizienzkostenmaßstab im nun erstmalig zur Anwendung kommenden PostG deutlich verschärft wurde: Während § 20 Abs. 1 PostG a.F. noch vorsah, dass sich genehmigungsbedürftige Entgelte an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) „orientieren“ müssten, sieht § 42 Abs. 1 PostG n.F. nun ausdrücklich vor, dass diese nicht überschritten werden dürfen. Der Entgeltmaßstab wird damit strenger. Dies muss auch die Anwendungspraxis der BNetzA spiegeln. Insoweit irritiert es, wenn bei der konkreten Subsumtion und Anwendung doch von einer „Orientierung“ an den KeL die Rede ist (so S. 40, 3. Abs. unter Ziff. 7.3.2 Beschlussentwurf).

Jedenfalls aber wird der Effizienzkostenmaßstab durch die Kostenzuschlüsselung nach Tragfähigkeit verletzt (zu dieser Vorgehensweise S. 101 ff. Beschlussentwurf). Durch die im neuen PostG erstmalig vorgesehene Differenzierung der Zuschlüsselung für Universaldienstlasten und andere Lasten führt die Regelung in § 44 Abs. 5 PostG deutlicher hin zu einer verfassungs- und unionsrechtskonformen Anwendung unter Einhaltung des Effizienzkostenmaßstabs. Zu kritisieren ist indes in der Anwendung der BNetzA nach wie vor die Schlüsselung von Filial- und Zustellkosten nach Tragfähigkeit, da diese den Wettbewerbern ebenso entstehen und daher unter den KeL ansatzfähig sein müssen oder aber insgesamt gekürzt werden müssten. Die Betroffene refinanziert ihr Netz, welches ihr gerade auch in den nicht der Price-Cap-Regulierung unterfallenden Segmenten (etwa ggü. Großkunden im Brief- und Paketbereich) erhebliche Vorteile gegenüber ihren Wettbewerbern einbringt, über „Lasten“ außerhalb des Effizienzkostentest. Werden diese Kosten nun noch nach Tragfähigkeit anderen Segmenten zugeschlüsselt, verursacht dies einen noch tiefgreifenderen Einschnitt in die Marktchancen der Wettbewerber, die auf den Paketmärkten gleiche Leistungen erbringen und ebenso den Leistungsumfang des Universaldienstes abbilden. Ausweislich der Ausführungen auf S. 103 Beschlussentwurf wurden Universaldienstlasten nach Tragfähigkeit den Price-Cap-Segmenten zugeschlüsselt, wobei Umfang und Richtung aufgrund der umfangreichen Schwärzungen nicht ersichtlich sind. So kann es zur Zuschlüsselung von angeblichen Universallasten der C2X-Paketdienstleistungen zu anderen Segmenten kommen, obwohl entsprechende Lasten von den Wettbewerbern im Markt refinanziert werden

müssen. Dies ist unzulässig und führt nicht zu einer Stärkung, sondern im Gegenteil zu einer eklatanten Schwächung des Wettbewerbs.

Sofern die BNetzA in ihren Ausgangserläuterungen auf S. 37 Maßgrößenbeschlussentwurf anklingen lässt (dort Abs. 3), dass eine Verrechnung von Lasten des Paketmarktes auf Briefsegmente ausgeschlossen sei, findet sich dies in der konkreten Anwendung auf S. 101 ff. nicht mehr entsprechend wieder. Wenn dies der Fall sein sollte, regt der BPEX eine deutlich klarere Erläuterung an, die auch nach Schwärzung noch nachvollziehbar ist.

## 2.2 Verfassungs- und unionsrechtliche Verankerung des Effizienzkostenmaßstabs

Der Effizienzkostenmaßstab ist verfassungs- und unionsrechtlich verankert; der Gesetzgeber kann angesichts dessen nicht widerspruchsfrei eine Zuschlüsselung nach Tragfähigkeit in § 44 Abs. 5 PostG vorsehen. Das BVerwG hat in seiner Entscheidung vom 27.05.2020 klar bestätigt, dass der Effizienzkostenmaßstab der entscheidende materielle Maßstab ist (BVerwG, Urt. v. 27.05.2020, Az.: 6 C 1.19, Rn. 29, 41; Verweis auf BVerwG, Urt. v. 05.08.2015, Az.: 6 C 8.14, Rn. 43). Durch die Regelung auf Ebene des formellen Gesetzes, wie dies schon durch die kleine PostG-Novelle 2021 umgesetzt wurde, ist der Vorwurf mithin nicht geheilt; die materiell-rechtlichen Einwände bleiben unverändert bestehen. Der Effizienzkostenmaßstab entspricht dem *Sinn und Zweck* der Entgeltregulierung. Er durchzieht die gesamte Entgeltregulierung des PostG, so dass von ihm abweichende Vorgaben und Maßstäbe das Regulierungsregime perplex werden lassen (BVerwG, Urt. v. 27.05.2020, Az.: 6 C 1.19, Rn. 57 f.).

Erheblichen Bedenken begegnet insofern nicht nur die Zuschlüsselung nach Tragfähigkeit dem Grunde nach, sondern auch die in § 44 Abs. 7 PostG vorgesehene Aufteilung 80/20, nach der erzielte Erlöse, die die KeL überschreiten, für die Deckung der Lasten in Höhe von 80% herangezogen werden können, während 20% dieser die KeL übersteigenden Erlöse beim Unternehmen verbleiben.

## 3. Gewinnzuschlag, Vergleichsmarktbetrachtung und Korrekturfaktor

Im neuen Maßgrößenbeschluss findet auch die weiterentwickelte Gewinnzuschlagsermittlung erstmals Anwendung. Während § 20 Abs. 2 S. 2-3 PostG in der bis zum 17.07.2024 geltenden Fassung noch sehr allgemein vorgab, dass bei der Ermittlung des angemessenen Gewinnzuschlags „insbesondere die Gewinnmargen solcher Unternehmen als Vergleich heranzuziehen [sind], die mit dem beantragenden Unternehmen in struktureller Hinsicht vergleichbar und in anderen europäischen Ländern auf den mit dem lizenzierten Bereich vergleichbaren, dem Wettbewerb geöffneten Märkten tätig sind“ sowie dabei „solche Zeiträume unberücksichtigt [bleiben], in denen die wirtschaftliche Entwicklung in einer erheblichen

Anzahl der Vergleichsländer durch außergewöhnliche Umstände beeinflusst wurde“, werden die Vorgaben im Postmodernisierungsgesetz nochmals ausdifferenzierter:

Nach § 44 Abs. 2 PostG n.F. bestimmt sich der angemessene Gewinnzuschlag „aus dem risikobereinigten Durchschnitt der Umsatzrenditen der zum Entscheidungszeitpunkt in einem repräsentativen europäischen Aktienindex geführten Unternehmen“, bei dem Finanzdienstleister unberücksichtigt bleiben. „Zur Verstetigung des Gewinnzuschlags umfasst der Betrachtungszeitraum die vergangenen zehn Jahre. Für jedes Kalenderjahr ist die durchschnittliche Umsatzrendite aus den unternehmensspezifischen Umsatzrenditen zu bilden.“ Nach diesem Basisvergleich muss sodann durch einen Betafaktor die Marktrisikoprämie an das regulierte Unternehmen und sein unternehmensspezifisches Risiko angepasst werden: „Die Berücksichtigung des spezifischen Risikos des regulierten Unternehmens erfolgt mittels eines Korrekturfaktors, der das geringere Risiko der der Regulierung unterliegenden Geschäftstätigkeit im Vergleich zu den Geschäftstätigkeiten von anderen im Aktienindex geführten Unternehmen angemessen berücksichtigt.“

Der BPEX begrüßt die Weiterentwicklung der Vergleichsmarktbetrachtung nachdrücklich, ermöglicht sie doch nochmals klarer eine Anwendung der Methodik, die zu risikoangemessenen Werten führt. Dies setzt aber insbesondere voraus, dass der Korrekturfaktor, auch hinlänglich als Betafaktor bekannt, sein Ziel erreichen kann, nämlich die Durchschnittsrendite an das konkrete Risiko der Betroffenen anzupassen. Eben dies ist im aktuell vorliegenden Beschlussentwurf noch nicht hinreichend nachvollzogen; der BPEX bittet nachdrücklich um Korrektur der Vorgehensweise.

Die BNetzA ist den unsubstantiierten Ausführungen im Entwurf zum PostG gefolgt, der bekanntlich aus den zuständigen Referaten des Ministeriums stammt und – anders, als der Wortlaut des PostG selbst – nicht gleichermaßen Ausweis der demokratischen Willensbildung ist. Es fehlt ausweislich des Beschlussentwurfs jede eigene wirtschaftswissenschaftlich fundierte Ermittlung.

Im Entwurf zu § 44 PostG heißt es:

„Um das geringere Risiko der regulierten Geschäftstätigkeit gegenüber den Risiken der Geschäftstätigkeit anderer im Euro Stoxx 50 geführter Unternehmen zu berücksichtigen, ist ein Korrekturfaktor auf den ermittelten Durchschnitt anzuwenden.

Aktuell liegt der so ermittelte Zehn-Jahres-Durchschnitt der Umsatzrenditen (EBIT-Marge) bei 13 Prozent. Zur Ermittlung der durchschnittlichen Renditen greift die Bundesnetzagentur auf Daten eines anerkannten Finanzmarktdateninformationsdienstes zurück. Wird die so ermittelte Durchschnittsrendite durch einen Korrekturfaktor in Höhe von 50 Prozent zum Ausgleich des geringeren Risikos in einer der Regulierung



unterliegenden Geschäftstätigkeit modifiziert, ergibt sich ein regulierter Gewinnsatz von 6,5 Prozent. Dieser Gewinnsatz in Höhe in etwa des bislang gewährten Gewinnzuschlags ist nach Einschätzung der Bundesregierung erforderlich, um eine auskömmliche Finanzierung und Investitionen in einen modernen und nachhaltigen Universaldienst im Sinne des Infrastrukturgewährleistungsauftrags zu ermöglichen. Der Euro Stoxx 50, auf den die Gesetzesregelung zielt, wird im Gesetzestext nicht namentlich genannt, weil sich die Bezeichnung und die Zusammensetzung von Indizes verändern kann. In diesem Fall kann die Bundesnetzagentur gezwungen sein, auf einen Nachfolge-Index auszuweichen. Um dies zu ermöglichen, ist der Gesetzestext weit gefasst. Tritt ein solcher Fall ein, soll die Bundesnetzagentur auch den Korrekturfaktor neu bestimmen, um den Gewinnsatz auf dem beschriebenen Niveau zu verfestigen.“ (BT-Drs. 20/10283, S. 122)

Darauf nimmt die BNetzA ohne weitere Begründung Bezug:

„Die Kammer sieht vorerst keinen Anlass, von dem Korrekturfaktor in Höhe von 50% abzuweichen.“ (Beschlusssentwurf, S. 66)

Weder in der Gesetzesbegründung, noch im Maßgrößenbeschluss findet sich damit eine substantiierte Herleitung, welchem Wagnis die DPAG ausgesetzt ist und wie sich dies im Verhältnis zum Eurostoxx 50 verhält, der offensichtlich nicht unmittelbar vergleichbare Unternehmen wie Adidas, Airbus, L'Oréal, Mercedes, Nokia u.a. enthält. Der Ansatz, von einem derart breiten Index auszugehen, mag nur dann überzeugen und haltbar sein, wenn der Korrekturfaktor mit entsprechender Belastbarkeit ermittelt wird! Derzeit aber macht es den Eindruck, dass der Korrekturfaktor alleine ergebnisorientiert gewählt wurde; dies widerspricht jeglicher methodischer Vorgabe.

Besonders deutlich wird dies bei einem vergleichenden Blick in den Energiesektor. Dort enthält § 7 StromNEV eine ähnliche Regelung, die die Ermittlung der Eigenkapitalverzinsung regelt. Dort heißt es ausdrücklich in den relevanten Absätzen 4-5:

„(4) Der auf das betriebsnotwendige Eigenkapital, das auf Neuanlagen entfällt, anzuwendende Eigenkapitalzinssatz darf den auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitt der von der Deutschen Bundesbank veröffentlichten Umlaufrenditen festverzinslicher Wertpapiere inländischer Emittenten zuzüglich eines angemessenen Zuschlags zur Abdeckung netzbetriebsspezifischer unternehmerischer Wagnisse nach Absatz 5 nicht überschreiten. Der auf das betriebsnotwendige Eigenkapital, das auf Altanlagen entfällt, anzuwendende Eigenkapitalzinssatz ist zusätzlich um den auf die letzten zehn abgeschlossenen Kalenderjahre bezogenen Durchschnitt der Preisänderungsrate gemäß dem vom Statistischen Bundesamt veröffentlichten Verbraucherpreisgesamtindex zu ermäßigen.“

(5) Die Höhe des Zuschlags zur Abdeckung netzbetriebsspezifischer unternehmerischer Wagnisse ist insbesondere unter Berücksichtigung folgender Umstände zu ermitteln:

1. Verhältnisse auf den nationalen und internationalen Kapitalmärkten und die Bewertung von Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen auf diesen Märkten;
2. durchschnittliche Verzinsung des Eigenkapitals von Betreibern von Elektrizitätsversorgungsnetzen auf ausländischen Märkten;
3. beobachtete und quantifizierbare unternehmerische Wagnisse.“

Der Korrekturfaktor oder, im Sprech des Energierechts, der „Betafaktor“ findet sich in § 7 Abs. 5 StromNEV. Wie im neuen Postgesetz ist auch hier Ausgangspunkt ein Aktienindex mit breiter Streuung, der sodann im zweiten Schritt durch individuelle Risikofaktoren angepasst und so für das regulierte Unternehmen zu einem risikoangemessenen Ergebnis geführt wird. Die Vorgehensweise nach § 7 Abs. 4-5 StromNEV war bereits umfassend Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung, die auch auf die rechtmäßige Vorgehensweise nach § 44 Abs. 2 PostG übertragen werden kann unter Berücksichtigung der Unterschiede in der Formulierung der Regelungen und der Märkte.

Im Grundsatz ist für beide Netzwirtschaftssektoren entscheidend, dass die Ermittlung des risikoangemessenen Gewinnzuschlags für alle beteiligten Akteure elementar ist:

„Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist allerdings auch im vorliegenden Zusammenhang zu beachten. Aus ihm folgt, dass die Festlegung der Erlösobergrenzen zur Erreichung der mit der Anreizregulierung verfolgten Ziele geeignet und erforderlich sein muss und nicht zu einer unverhältnismäßigen Belastung führen darf. Dem trägt die Regelung in § 7 Abs. 4 und 5 GasNEV Rechnung, indem für die Verzinsung des Eigenkapitals ein angemessener Zuschlag angesetzt wird, der den unternehmerischen Wagnissen Rechnung trägt.

Hierbei ist indes nicht nur das Interesse der Netzbetreiber an einer möglichst hohen Verzinsung des Eigenkapitals zu berücksichtigen. Vielmehr ist auch den berechtigten Interessen der Netznutzer und den in § 1 EnWG normierten Zielen einer möglichst sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität Rechnung zu tragen.“ (BGH, Beschl. v. 27.01.2025 – EnVR 39/13 Rn. 24 f. juris)

Um dieses Ziel zu erreichen, ist es unausweichlich, für die Ermittlung von Beta- bzw. Korrekturfaktor auf ein anerkanntes wirtschaftswissenschaftliches Modell und eine entsprechend anerkannte Methode zur Ermittlung und Bemessung der im Rahmen des gewählten Modells heranzuziehenden Parameter zurückzugreifen. Die BNetzA ist hier von Gesetzes



wegen nicht auf eine bestimmte Methode und spezifische Parameter festgelegt, muss aber entsprechend anerkannte Wege wählen und begründen:

„Bei der auf dieser Grundlage vorzunehmenden Beurteilung ist die Regulierungsbehörde, soweit das Gesetz hierzu keine Vorgaben macht, weder an ein bestimmtes (wirtschafts-)wissenschaftliches Modell noch an bestimmte Methoden zur Ermittlung und Bemessung der im Rahmen des gewählten Modells heranzuziehenden Parameter gebunden. Vielmehr hat die Regulierungsbehörde im Rahmen der ihr eingeräumten Befugnisse in eigener Würdigung zu entscheiden, welche Kriterien insbesondere für die Ermittlung des netzbetriebsspezifischen Risikozuschlags heranzuziehen und in welcher Weise diese anzuwenden und zu anderen Kriterien ins Verhältnis zu setzen sind. Hierbei kann sie sich gegebenenfalls sachverständiger Hilfe bedienen, wie dies die Bundesnetzagentur vor Erlass der angefochtenen Festlegung auch getan hat. Wenn aus sachverständiger Sicht mehrere Methoden in Betracht kommen, ist eine Auswahl zu treffen, die den Vorgaben des § 7 Abs. 4 und 5 GasNEV und dem Ziel einer angemessenen, wettbewerbsfähigen und risikoangepassten Eigenkapitalverzinsung gerecht wird. Diese Auswahlentscheidung muss demgemäß nicht zwingend zugunsten derjenigen Methode ergehen, die zum höchstmöglichen Zinssatz führt. Sie kann von Rechts wegen nur dann beanstandet werden, wenn sich feststellen lässt, dass der gewählte methodische Ansatz von vornherein ungeeignet ist, die Funktion zu erfüllen, die ihm im Rahmen des zugrunde gelegten Modells zukommt, oder dass ein anderes methodisches Vorgehen unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände, wie insbesondere seiner Eignung für die Zwecke der Ermittlung der zu bestimmenden Endgröße (hier des Eigenkapitalzinssatzes), der Verfügbarkeit der benötigten Datengrundlage, des zu ihrer Feststellung erforderlichen Aufwands und der Präzision und Belastbarkeit der mit diesem methodischen Vorgehen erzielbaren Ergebnisse, dem von der Regulierungsbehörde gewählten Vorbringen so deutlich überlegen ist, dass die Auswahl einer anderen Methode nicht mehr als mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar angesehen werden kann.“ (ebd., Rn. 26 juris; Hervorh. d. Verf.)

Angreifbar ist ein Vorgehen danach jedenfalls dann, wenn der gewählte methodische Ansatz „von vornherein ungeeignet ist, die Funktion zu erfüllen, die ihm im Rahmen des zugrunde gelegten Modells zukommt“ (ebd., Rn. 26 juris). Genau das aber ist hier eklatant der Fall, wenn die BNetzA gar keinen eigenen methodischen Ansatz wählt, sondern – gerade auch mit Blick auf ihre Unabhängigkeit – lediglich auf die Erwägungen der Entwurfsverfasser verweist, die ihrerseits ebenfalls keinen methodisch konsistenten Ansatz angeben, sondern eine rein ergebnisorientierte Lösung präsentieren.

Die Ermittlung des Korrekturfaktors müsste mindestens „auf Marktdaten gestützt“ sein und so entsprechende Risiken für die Betroffenen identifizieren und belegen (ebd., Rn. 77 juris). Daran fehlt es vorliegend gänzlich.

Wäre eine derartige Fundierung erfolgt, so hätte dies vermutlich zu anderen Ergebnissen geführt. Der zugestandene kalkulatorische Gewinnsatz von 6,56% ist schon ungeachtet des Zusatzgewinnes jedenfalls im Paketsegment, welches der BPEX ungleich besser bewerten kann, als das Briefsegment, gänzlich unüblich verglichen mit den tatsächlichen Gegebenheiten im Markt. Derart robuste Margen sind für einfache Dienstleistungen, wie sie Gegenstand der Regulierung in Korb 3 sind, am Markt nicht zu erzielen.

Hinzu kommt, dass durch den Gewinnzuschlag von bis zu 2,5%-Punkten nach § 44 Abs. 3 PostG, den „Zusatzgewinn“, weitere Wettbewerbsverzerrungen entstehen. Die Norm begegnet aufgrund der Abweichung vom Effizienzkostenmaßstab bereits grundlegenden verfassungs- und unionsrechtlichen Bedenken, von denen jedenfalls letztere auch seitens der BNetzA unmittelbar zu beachten sind und zur Unanwendbarkeit der Norm führen. Jedenfalls aber müsste die Regelung so angewendet werden, dass sie die Ziele des § 2 Abs. 2 PostG nicht konterkariert, insbesondere eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs. Denn durch den Zusatzgewinn erhält die DPAG einen regulatorisch gesicherten Gewinn oberhalb des (bei korrekter Anwendung) angemessenen Risikoausgleichs (Gewinnzuschlags), wodurch sie u.a. im stärkeren Wettbewerb stehende Produkte zu geringeren Preisen anbieten kann. Aufgrund der umfangreichen Schwärzungen und nur bruchstückhaften Herleitungen und Erläuterungen im ungeschwärzten Text wird letztlich nicht hinreichend deutlich, welche Leistungen mit welchem Zusatzgewinn belegt sind, etwa auch in den Bereichen Paket sonstige und kleinformatige Pakete, und wie hier eine Quersubventionierung zu Produkten außerhalb der Price-Cap-Regulierung ausgeschlossen wird.

Diese Bedenken greifen in besonderem Maße für den Korb 3 und den dort zugewiesenen Zusatzgewinn, da die für die als C2X-Produkte ausgewiesenen Angebote so einen erheblichen Gewinn regulatorisch abgesichert erzielen können, der unmittelbar für die Paketprodukte außerhalb des Price-Cap-Bereichs und die dafür benötigte Infrastruktur eingesetzt werden können. Die DPAG erhält hier außerordentliche Beiträge zu Investitionen, deren Nutzen keineswegs dem Erhalt der C2X-Versorgung dient oder auf die operative Tätigkeit und Angebotsgestaltung dort begrenzt wäre, sondern weit darüber hinaus in sämtlichen Paketsegmenten wirkt. Den Wettbewerbern der DPAG in den Paketmärkten steht diese Möglichkeit nicht offen; sie müssen sämtliche Investitionen am Markt refinanzieren, im Wettbewerb und ohne regulatorisch gesicherten Zusatzgewinn.

Verschärft wird dies noch, nimmt man überdies die nach Qualifikation des § 3 Nr. 20 PostG wohl dem Korb 1 zuzuordnenden Warensendungen in den Blick, die eine erhebliche Bedeutung für den Wettbewerb im Brief- und Paketsegment einnehmen und zu denen völlig unklar bleibt, in welchem Umfang Zusatzgewinne dort anerkannt werden (vgl. S. 67 Beschlussentwurf).

Für Rückfragen stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Kristina Schreiber