

---

**Datum:** 13.04.2005  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** Kartellsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** VI-Kart 3/05 (V)  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2005:0413.VI.KART3.05V.00

---

**Tenor:**

Der Antrag der DPAG, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde vom 21. Februar 2005 gegen den Beschluss des Bundeskartellamtes, 9. Beschlussabteilung, Gesch.-Z.: B 9-55/03, vom 11. Februar 2005 wiederherzustellen, wird zurückgewiesen.

---

<b>Gründe</b>	1
<b>I.</b>	2
Das Bundeskartellamt hat der Antragstellerin mit Beschluss vom 11. Februar 2005 untersagt,	3
<i>"Unternehmen, die Inhaber einer postrechtlichen Lizenz gemäss § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG sind und Briefsendungen mehrerer Absender bündeln und vorsortiert in die Briefzentren der DPAG einliefern ("Konsolidierern"), den Zugang zu Teilleistungen nach § 28 Abs. 1 PostG und die Gewährung von Rabatten für die von diesen erbrachten teilleistungsrelevanten Eigenleistungen ("Teilleistungsrabatten") für Briefsendungen unterhalb der Gewichts- und Preisgrenzen der Exklusivlizenz (§ 51 Abs. 1 S. 1 PostG) in dem Umfang zu verweigern, in dem die DPAG Absendern ("Massenversendern") Teilleistungszugang und Teilleistungsrabatte im Rahmen ihrer "Teilleistungsverträge Kunde" unabhängig von den Gewichts- und Preisgrenzen der Exklusivlizenz und Konsolidierern im Rahmen ihrer "Teilleistungsverträge Wettbewerber" für die Einlieferung von Briefsendungen oberhalb der Gewichts- und Preisgrenzen der Exklusivlizenz gewährt".</i>	4
Zudem hat es die sofortige Vollziehung der Verfügung angeordnet.	5
	6

Das Bundeskartellamt stützt die Untersagungsverfügung auf § 20 Abs. 1 GWB und Art. 82 EGV. Die Weigerung der DPAG, Konsolidierern für Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenze der Exklusivlizenz von § 51 Abs. 1 S. 1 PostG Teilleistungszugang und Teilleistungsrabatte zu gewähren, sei als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu beurteilen und daher verboten. Die aus § 48 Abs. 2 GWB folgende Zuständigkeit des Bundeskartellamtes zur Wahrnehmung der allgemeinen Missbrauchsaufsicht nach § 20 GWB sei auf dem Postsektor nicht durch die in § 32 PostG geregelte besondere Missbrauchsaufsicht der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation (nachfolgend: RegTP) verdrängt. Der Gesetzessystematik sei zu entnehmen, dass durch die genannte postgesetzliche Regelung keine Spezialzuständigkeit begründet werde. Für die Überprüfung des beanstandeten Verhaltens nach Art. 82 EGV ergebe sich seine Zuständigkeit aus § 50 Abs. 1 GWB i.V.m. Art. 5 VO 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrages niedergelegten Wettbewerbsregeln.

Einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und das Verbot unbilliger Behinderung gemäss § 20 Abs. 1 GWB begründet das Bundeskartellamt im wesentlichen damit, dass die DPAG als marktbeherrschendes Unternehmen auf dem bundesweit abzugrenzenden (Gesamt-)Markt für die Briefbeförderung und etwaigen Teilmärkten innerhalb der gesamten Briefbeförderungskette durch die Verweigerung des Teilleistungszugangs und Teilleistungsrabatten für Konsolidierer im Bereich von Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenze der Exklusivlizenz Konsolidierer im Vergleich zu Massensendern ohne sachliche Rechtfertigung ungleich behandle bzw. die Konsolidierer in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten unbillig behindere. Das Verhalten der DPAG sei nicht durch die sektorspezifischen Regelungen des Postgesetzes gerechtfertigt. Vielmehr folge aus § 28 Abs. 1 PostG ein Anspruch der Konsolidierer auf Teilleistungszugang zum Postnetz der Antragstellerin und ein Anspruch auf Gewährung von Rabatten auf das Standardporto für die erbrachten (teilleistungsrelevanten) Eigenleistungen. Das Konsolidieren, d.h. das Vorsortieren nach Postleitzahlen und Einliefern bei einer Großannahmestelle, von Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenze der Exklusivlizenz des § 51 Abs. 1 S. 1 PostG falle nicht in den für die DPAG reservierten Bereich. Dies folge unter Berücksichtigung der europarechtlichen Vorgaben der Richtlinie 97/67/EG über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstqualität in Übereinstimmung mit den Ausführungen der Europäischen Kommission in ihrer Entscheidung vom 20.10.2004 aus einer richtlinienkonformen Auslegung von § 51 Abs. 1 Satz 1 PostG und des dort genannten Begriffs des gewerbsmäßigen Beförderung. Überdies ergebe sich aus Art. 12, 5. Spiegelstrich der Richtlinie 97/67/EG die Pflicht der DPAG, Konsolidierer untereinander und Konsolidierer und Massensender gleich zu behandeln.

Auch nach europäischem Wettbewerbsrecht sei das Verhalten der DPAG verboten. Sie missbrauche ihre marktbeherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes und beeinträchtige dadurch den zwischenstaatlichen Handel. Eine Rechtfertigung ihres Verhalten gemäss Art. 86 Abs. 2 EGV sei nicht gegeben.

Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit der Untersagungsverfügung stützt das Bundeskartellamt auf § 65 Abs. 1 GWB i.V.m. § 64 Abs. 1 GWB. Nach seinen Ausführungen führt die Abwägung der beteiligten Interessen zu dem Ergebnis, dass das öffentliche Interesse an der Schaffung der Voraussetzung eines funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem Markt für Konsolidierungsleistungen sowie das Interesse Dritter, die aus dem missbräuchlichen Verhalten der DPAG resultierenden Beschränkungen ihrer wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit zu überwinden, dem Interesse der DPAG an einer aufschiebenden Wirkung der Beschwerde Vorrang einzuräumen ist. Der Sofortvollzug sei geeignet, die

7

8

9

aktuellen Marktverhältnisse einschneidend zu verändern, während das Entstehen eines irreversiblen Schadens für die DPAG nicht erkennbar sei. Ein Fall unbilliger Härte im Sinne von § 65 Abs. 3 Nr. 3 GWB läge nicht vor.

Gegen die Anordnung des Sofortvollzuges wendet sich die Antragstellerin mit ihrem Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde. Sie stützt ihr Begehren zum einen auf § 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB und meint, es beständen in verfahrensrechtlicher und materiell-rechtlicher Hinsicht ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung. Darüber hinaus beruft sie sich auf § 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Die Voraussetzungen für einen Sofortvollzug seien nicht erfüllt. Das Bundeskartellamt habe mangels ausreichender Sachverhaltsaufklärung keine ordnungsgemäße einzelfallbezogene Interessenabwägung vorgenommen. Zudem bestehe kein ihre Interessen überwiegendes Interesse der Öffentlichkeit und der übrigen Beteiligten. 10

## II. 11

Der Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerde gegen die Verfügung des Bundeskartellamtes wiederherzustellen, ist nicht begründet. Die Entscheidung über diesen Antrag richtet sich nach § 65 Abs. 3 Satz 1 GWB. Danach kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise wiederherstellen, wenn 12

1. die Voraussetzungen für die Anordnung nach § 65 Abs. 1 GWB nicht vorgelegen haben oder nicht mehr vorliegen oder 13
2. ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen oder
3. die Vollziehung für die Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

Keiner der genannten Anordnungsgründe liegt hier vor. 14

### A. § 65 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB 15

Nach § 65 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ganz oder teilweise wiederherstellen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen. 16

Solche Zweifel können in tatsächlicher (so bei nicht zureichender Sachaufklärung) oder in rechtlicher (in verfahrens- oder in materiell-rechtlicher) Hinsicht begründet sein. Ernstliche Zweifel sind regelmäßig dann zu bejahen, wenn nach der Einschätzung des Gerichts die Aufhebung der angefochtenen Verfügung überwiegend wahrscheinlich ist. Nicht ausreichend ist, wenn die Rechtslage als offen zu bewerten ist (vgl. KG WuW/E OLG 1497, 1498 - AGIP I; KG WuW/E OLG 5263, 5266 - Krupp-Hoesch-Brüninghaus; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.07.2003, Az.: Kart 18/03, Seite 16 - Stadtwerke Mainz; Kollmorgen in Langen/Bunte, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 3. Aufl., § 65 Rn. 13). Die Umstände des einzelnen Falles sind in Betracht zu ziehen. Ungewissheiten bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung können danach um so mehr ins Gewicht fallen, je stärker das betroffene Unternehmen durch einen Sofortvollzug der Verfügung belastet ist. Fehlt es an derartigen Härten, dann reicht der offene Verfahrensausgang nicht aus, die sofortige Vollziehung auszusetzen bzw. die aufschiebende Wirkung anzuordnen. 17

Ausgehend von diesen Voraussetzungen begründet die im Verfahren nach § 65 GWB gebotene lediglich summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Untersagungsverfügung.

I.	19
In formaler und verfahrensrechtlicher Hinsicht gibt die Verfügung des Bundeskartellamtes zu ernstlichen Zweifeln an ihrer Rechtmäßigkeit keinen Anlass.	20
1.	21
Der Entscheidungstenor der angefochtenen Verfügung ist inhaltlich hinreichend bestimmt.	22
Der Adressat muss in die Lage versetzt werden, zu erkennen, was von ihm gefordert wird, wobei nicht notwendig ist, dass der Inhalt der Regelung im Entscheidungssatz so zusammengefasst ist, dass er alle Punkte aus sich heraus verständlich darstellt; es genügt vielmehr, dass sich der Regelungsgehalt aus der Verfügung insgesamt einschließlich ihrer Begründung ergibt. Das Erfordernis der Bestimmtheit des Verwaltungsaktes (§ 37 Abs. 1 VwVfG) bedeutet weiterhin, dass der Verwaltungsakt geeignet sein muss, Grundlage für Maßnahmen zu seiner zwangsweisen Durchsetzung zu sein. Welche Anforderungen danach an die notwendige Bestimmtheit eines Verwaltungsaktes zu stellen sind, richtet sich im Einzelnen nach den Besonderheiten des jeweils anzuwendenden und mit dem Verwaltungsakt umzusetzenden materiellen Rechts (vgl. BGH WUW/E BGH 977, 978 - Fährhafen Puttgarden - m.w.Nachw.).	23
Diesen Anforderungen genügt der Entscheidungssatz der angefochtenen Verfügung.	24
a.	25
Ohne Erfolg macht die DPAG geltend, aus dem Entscheidungssatz und den Entscheidungsgründen ergebe sich nicht, ob sie verpflichtet sei, den Wettbewerbern die von der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (nachfolgend: RegTP) für andere Konstellationen genehmigten Teilleistungsrabatte sofort ohne ein vorheriges Entgeltgenehmigungsverfahren bei der RegTP einzuräumen oder ob lediglich der Anstoß gegeben werden solle, ein solches Genehmigungsverfahren einzuleiten.	26
Der Entscheidungssatz der angefochtenen Verfügung enthält nicht ein Gebot, Teilleistungszugang sofort, d.h. ohne die Einleitung gegebenenfalls erforderlicher Vorbereitungsmaßnahmen zu gewähren. Er enthält vielmehr ein Verbot. Der DPAG wird untersagt, Unternehmen, die im Besitz einer postrechtlichen Lizenz gemäß § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG sind und Briefsendungen gebündelt und vorsortiert bei einem Briefzentrum zur Weiterbeförderung einliefern wollen, den Zugang zu Teilleistungen und die Gewährung von Rabatten für Briefsendungen unterhalb der Gewichts- und Preisgrenze des § 51 Abs. 1 S. 1 PostG in dem Umfang zu verweigern, in dem sie anderen Unternehmen bereits Teilleistungszugang und Rabatte gewährt. Dieses Verbot verlangt von der Antragstellerin nur, von ihrer grundsätzlichen Weigerung Abstand zu nehmen und alle in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erforderlichen Maßnahmen für den Teilleistungszugang und die Rabattgewährung in die Wege zu leiten. Welche Maßnahmen dazu im einzelnen erforderlich sind, wird durch die gesetzlichen Vorgaben der Entgeltregulierung und nicht zuletzt durch die unternehmerische Gestaltungsfreiheit der Antragstellerin bestimmt. Die Verfügung enthält daher zu Recht - anders als die Beschwerde meint - kein an die DPAG gerichtetes Gebot, den Teilleistungszugang ohne die Einholung einer Genehmigung der Teilleistungsentgelte	27

durch die RegTP zu gewähren, wenn eine solche Genehmigung erforderlich sein sollte.

Davon abgesehen, besteht nach den Ausführungen der Regulierungsbehörde in ihrer Stellungnahme vom 24.03.2005 für die Einleitung eines neuen Genehmigungsverfahrens kein Anlass. Gemäss § 28 Abs. 2 Satz 1 PostG bedürfen Entgelte für die nach § 28 Abs. 1 PostG anzubietenden Teilleistungen und damit auch die auf das übliche Beförderungsentgelt anzurechnenden Rabatte für teilleistungsrelevante Eigenleistungen der Genehmigung durch die RegTP (§§ 19 und 20 PostG), wenn die Teilleistungen von der DPAG in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen werden. Die DPAG hat die in Rede stehenden Teilleistungen bisher in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen "Teilleistungen BZA/BZE Kunde Brief" und "Teilleistungen BZA/BZE Wettbewerber Brief" für Briefsendungen außerhalb der Exklusivlizenz des § 51 Abs. 1 S. 1 PostG aufgenommen. Die RegTP hat die Höhe der Entgelte für die Teilleistungen der DPAG in Form von Rabatten genehmigt. Die Entgeltgenehmigungen sind an die Leistungen und nicht daran geknüpft, wem gegenüber - Großkunde oder Wettbewerber - der Teilleistungszugang gewährt wird. An den von der DPAG zu erbringenden Teilleistungen und dem hierfür erforderlichen Aufwand würde sich nach Ansicht der RegTP aber nichts verändern, wenn dem Konsolidierer nach Maßgabe der Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes Teilleistungszugang gewährt wird.

b. 29

Aus dem Entscheidungssatz und den Entscheidungsgründen ergibt sich ferner mit hinreichender Bestimmtheit, dass sich die Antragstellerin den gewerblichen Konsolidierern gegenüber verpflichten soll, die gebündelten und vorsortierten Briefsendungen in den jeweiligen Großannahmestellen entgegenzunehmen und ihnen hierfür einen Nachlass auf das Beförderungsentgelt zu gewähren. Gegenstand des Verfahrens ist gerade die Weigerung der DPAG, mit den gewerblich, für einen oder mehrere Absender tätigen Konsolidierer einen Vertrag über Teilleistungen zu schließen, soweit es um gebündelte und vorsortierte Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenze der Exklusivlizenz geht. Diese Weigerung ist der DPAG durch die angefochtene Verfügung untersagt worden. Nur hinsichtlich der Konditionen, zu denen der Teilleistungszugang zu gewähren ist, bezieht sich der Verfügungstenor auf die Bedingungen (Mengen- und Rabattstaffeln, Bedingungen der Einlieferung, Zahlungsweise etc.), wie sie bereits derzeit von der DPAG mit den Massenversendern für alle Briefsendungen und mit den Konsolidierern für Briefsendungen oberhalb der Gewichtsgrenze der Exklusivlizenz praktiziert werden. Ein darüber hinaus gehendes bestimmtes Vertragsmodell gibt das Bundeskartellamt der DPAG nicht auf.

2. 31

Es bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Zuständigkeit des Bundeskartellamtes, die allgemeine Missbrauchsaufsicht nach § 20 GWB auch auf dem Postsektor wahrzunehmen.

a. 33

Gute Gründe sprechen dafür, dass die in § 32 PostG geregelte Missbrauchsaufsicht keine spezialgesetzliche Zuständigkeit der RegTP begründet, die einer Anwendung des GWB und insbesondere der §§ 19, 20 GWB entgegensteht.

§ 32 PostG sieht eine eigene sektorspezifische und von der RegTP auszuübende Aufsicht über das Verhalten von marktbeherrschenden Postdienstunternehmen vor. Nach Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 dieser Vorschrift kann die Regulierungsbehörde einem Unternehmen, das auf einem Markt für Postdienstleistungen marktbeherrschend ist und seine marktbeherrschende

Stellung ausnutzt, ein Verhalten auferlegen, ein missbräuchliches Verhalten untersagen und Verträge ganz oder teilweise für unwirksam erklären. Ein Missbrauch liegt nach § 32 Abs. 1 S. 2 PostG insbesondere vor, wenn ein marktbeherrschender Anbieter von Postdienstleistungen durch Verträge über Leistungen nach den §§ 28 und 29 PostG die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Anbieter von Postdienstleistungen ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt.

Zu der Frage, ob § 32 PostG eine ausschließliche spezialgesetzliche Regelung mit der Folge enthält, dass für eine allgemeine Missbrauchsaufsicht des Bundeskartellamtes kein Raum ist, werden unterschiedliche Auffassungen vertreten. Insbesondere unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung zu § 2 Abs. 3 PostG (BTDrucks 13/7774 v. 30.05.1997, S. 19) wird die Ansicht vertreten, § 32 PostG begründe eine umfassende Aufsichtsbefugnis der RegTP über missbräuchliches Verhalten des marktbeherrschenden Lizenznehmers, die eine, auch nur subsidiäre, Zuständigkeit des Bundeskartellamtes nach den allgemeinen Missbrauchsvorschriften des GWB verdränge (Gerstner in Beckscher PostG Kommentar, 2. Aufl., § 32 Rn. 6 u. 20; unklar Badura in Beckscher PostG Kommentar, aaO., § 2 Rn. 32, ders. § 48 Rn. 11; Habersack in K & R 2001, 121, 129; Habersack, Die besondere Missbrauchsaufsicht gemäss § 32 PostG, in Habersack/Holzner/Lübbig, Behördliche Auskunftsrechte und besondere Missbrauchsaufsicht im Postrecht, S. 1, 14 ff.; wohl auch Möschel in WuW 1999, 832, 839 f. zu derselben Problematik zwischen GWB und § 33 TKG). Zwar bleibe nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 3 PostG, der insoweit mit § 2 Abs. 3 TKG übereinstimmt, das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unberührt. Die Entstehungsgeschichte der Vorschrift und die Zielsetzung des Postgesetzes zeige jedoch, dass das GWB nur subsidiär, nämlich insoweit, als das PostG keine spezielle Regelung enthalte, zur Anwendung gelangen solle.

Nach anderer Ansicht wird hingegen eine Parallelzuständigkeit von RegTP und Bundeskartellamt jedenfalls für die gleiche Problematik im Verhältnis zwischen GWB und TKG befürwortet (Gramlich VerwArch 1997, 598, 641; Geppert in Beckscher TKG Kommentar, 2. Aufl., § 82 Rn. 15; Piepenbrock/Schuster, CR 2002, 98, 102 f.; Dahlke, Rechtssystematische Besonderheiten im Telekommunikationsrecht, 37 f., 142 m.w.Nachw.; Schroeder WuW 1999, 14 f.; OVG NRW Beschluss vom 03.02.2003, Az.: 13 B 2130/02, S. 10, 11; offen lassend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2001, Az.: U (Kart) 47/01, Seite 22). Zur Begründung wird im wesentlichen darauf abgestellt, dass der in der Gesetzesbegründung auch für das TKG inhaltsgleich zum Ausdruck gekommene Wille einer sektorspezifischen Spezialzuständigkeit im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden habe. Vielmehr ergebe sich aus § 82 S. 4 TKG, dass im Telekommunikationssektor nicht ausschließlich die RegTP zuständig sei, sondern auch das Bundeskartellamt in seinem Zuständigkeitsbereich telekommunikationsrechtliche Missbrauchsverfahren nach §§ 19, 20 GWB durchführen könne.

Nach Ansicht des Senates sprechen gute Gründe dafür, für die sektorspezifische Missbrauchsaufsicht nach § 32 PostG und die allgemeine Missbrauchsaufsicht nach §§ 19, 20 GWB eine Parallelzuständigkeit zwischen der RegTP und dem Bundeskartellamt anzunehmen.

Den Vorschriften des PostG ist eine umfassende Spezialzuständigkeit, die zum Ausschluss der eindeutig allgemeineren Vorschriften des GWB und damit auch der Zuständigkeit des Bundeskartellamtes führen müssen, nicht zu entnehmen. Der in der Gesetzesbegründung anklingende Wille, dass das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (nur) subsidiär immer dann Anwendung finden soll, wenn keine Spezialzuständigkeit getroffen ist, hat keinen

Eingang in den Wortlaut des Gesetz gefunden, dem insoweit Vorrang einzuräumen ist. Nach § 2 Abs. 3 PostG bleibt das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen unberührt. Irgendwelche Einschränkungen des Anwendungsbereichs sind nicht gemacht worden. Zudem steht der Annahme einer spezialgesetzlichen Zuständigkeit § 48 PostG entgegen. Gemäss § 48 S. 3 PostG gilt § 82 S. 4 - 6 TKG entsprechend, und nach der letztgenannten Vorschrift hat das Bundeskartellamt, wenn es im Bereich der Telekommunikation Verfahren nach §§ 19 und 20 Abs. 1 und 2 GWB durchführt, der Regulierungsbehörde vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Damit ist ausdrücklich festgestellt, dass auch das Bundeskartellamt im Bereich des Postwesens Verfahren nach §§ 19 und 20 Abs. 1 und 2 GWB durchführen kann. Des weiteren zeigt das gesetzliche Gebot der gegenseitigen Beteiligung zwischen Bundeskartellamt und RegTP (§ 48 S. 1 und 2 PostG), dass die Vorschriften des GWB ihre eigenständige Bedeutung und Anwendbarkeit neben dem PostG behalten. Die gegenseitige Mitwirkung wäre andernfalls unverständlich. Im Ergebnis ist daher festzuhalten: Überall dort, wo eine Zuständigkeit und materielle Regelungen im GWB ein Eingreifen des Bundeskartellamtes ermöglichen, besteht diese Möglichkeit auch im Post- und Telekommunikationsbereich nach § 82 S. 4 TKG fort. Auf Grund der Besonderheiten dieses Marktes und der z.T. sehr speziellen Problemstellungen hat dabei das Bundeskartellamt die Regulierungsbehörde zu informieren und zu hören. Soweit das PostG demgegenüber Vorschriften, Zuständigkeitsregelungen oder Eingriffsmöglichkeiten für die RegTP enthält, die keine korrespondierende Regelung im GWB finden, beispielsweise die Entgeltgenehmigung oder die Lizenzierung, ergibt sich aus § 48 PostG eine abschließende Zuständigkeitsregelung zugunsten der RegTP.

b. 40

Besteht nach den obigen Ausführungen schon keine ausschließliche Spezialzuständigkeit der RegTP für die Mißbrauchsaufsicht nach nationalem Recht, erübrigt sich die Frage, ob eine solche Spezialzuständigkeit zugleich unter Verdrängung von § 50 GWB dazu berechtigt, die Vereinbarkeit des beanstandeten Verhalten mit europäischem Kartellrecht (Art. 82 EGV) zu prüfen, so wie die DPAG meint. 41

3. 42

Das Bundeskartellamt greift mit der im Beschlusstenor getroffenen Anordnung, den Inhabern "einer postrechtlichen Lizenz gemäss § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 PostG" Teilleistungszugang in dem hier in Rede stehenden Umfang zu gewähren, nicht - so wie die Antragstellerin meint - in die ausschließliche Lizenzerteilungszuständigkeit der RegTP nach § 6 PostG ein. Durch diese Anordnung wird den Inhabern einer Lizenz nach § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 PostG (sog. E-Lizenz) keine neue, gesetzlich nicht geregelte Erlaubnis erteilt. Vielmehr vertritt das Bundeskartellamt gestützt auf eine europarechtskonforme Auslegung der genannten Vorschrift lediglich abweichend von der bisherigen Verwaltungspraxis der Regulierungsbehörde eine andere Rechtsauffassung zur Reichweite dieser Lizenz. 43

4. 44

Soweit die Antragstellerin geltend macht, sie würde sich an einem ordnungswidrigem Verhalten im Sinne von § 49 Abs. 1 Nr. 1 PostG beteiligen, wenn sie Inhabern einer Lizenz nach § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG Teilleistungszugang und Teilleistungsrabatte für konsolidierte Briefsendungen gewähre, da diese Lizenz keine solche Tätigkeit gestatte, vermag der Senat sich diesen Ausführungen nicht anzuschließen. 45

46

Der erhobene Vorwurf, die Ausführungen des Bundeskartellamtes zu § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 PostG entsprächen weder den Anforderungen richtlinienkonformer Auslegung noch der Aussage und Tragweite dieser Bestimmung (vgl. S. 54 f. Gutachten Prof. Dr. v. D. aus März 2005), ist nicht gerechtfertigt. Die genannte Vorschrift ist vielmehr dahingehend auszulegen, dass auch Sortier- und Beförderungsdienstleistungen, die im Wege des Konsolidierens erbracht werden, hiervon erfasst sind.

a. 47

Die genannte Vorschrift ist der Auslegung zugänglich. Zwar hat der Bundesrat am 18.02.2005 beschlossen, einen Gesetzesentwurf zur Änderung des Postgesetzes beim Deutschen Bundestag einzubringen, wonach im Hinblick auf die Entscheidung der Kommission vom 20.10.2004 § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 PostG geändert und § 51 Abs. 1 Satz 1 PostG danach nicht für diejenigen gelten soll, "der Briefsendungen einsammelt und diese befördert, um sie bei einer Annahmestelle der D. P. AG zu weiteren Beförderung einzuliefern". Dies bedeutet aber nicht, dass der Wortlaut des § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 PostG in der derzeit gültigen Fassung eindeutig ist und keinerlei Entscheidungsspielräume lässt, mithin nicht auslegungsfähig ist. Wie noch auszuführen sein wird, ist der Wortlaut der genannten Vorschrift durchaus der Auslegung zugänglich, so dass die vorgeschlagene Gesetzesänderung lediglich der Klarstellung dient. 48

Nichts anderes ergibt sich aus der Entscheidung der Kommission vom 20.10.2004. Zwar richtet sich die auf Art. 86 EGV gestützte Entscheidung nach Art. 3 des Entscheidungstenors gegen die Bundesrepublik Deutschland. Hieraus kann aber nicht - so wie die Antragstellerin meint - der Schluss gezogen werden, der Wortlaut der beanstandeten nationalen Vorschrift sei nicht der Auslegung fähig und der von der Kommission angenommene Verstoß gegen Art. 82 EGV könne nur durch eine Gesetzesänderung beseitigt werden. Es ergibt sich vielmehr im Gegenteil aus den Formulierungen der Kommission insbesondere in Art. 1 des Entscheidungstenors, dass auch nach Ansicht der Kommission der Wortlaut von § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 PostG der Auslegung zugänglich ist. So heißt es dort, dass § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 PostG wie von der RegTP im Gesetzeszusammenhang ausgelegt gegen Art. 86 Abs. 1 i.V.m. Art. 82 EGV insofern verstößt, als diese Bestimmung gewerbsmäßige Postvorbereiter, unabhängig davon, ob sie als Eigenbeförderungsmittler für eine einzigen Absender oder als Konsolidierer für mehrere Kunden auftreten, daran hindert, mengenabhängige Engeltermääßigungen für die Einlieferung von Postsendungen bei Briefzentren der DPAG zu erhalten. Sie beanstandet damit also gerade eine bestimmte Auslegung der genannten Vorschrift. 49

b. 50

Das Bundeskartellamt hat hier § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 PostG so weit wie möglich so ausgelegt, dass er im Einklang mit den Zielen der Richtlinie 97/67/EG angewandt werden kann. Allen Trägern öffentlicher Gewalt in den Mitgliedstaaten und damit im Rahmen ihrer Zuständigkeiten auch den Gerichten obliegen die sich aus einer Richtlinie ergebene Verpflichtungen der Mitgliedstaaten, das in dieser Richtlinie vorgesehene Ziel zu erreichen, und die Pflicht der Mitgliedstaaten, alle zur Erfüllung dieser Verpflichtungen geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen. Bei der Anwendung innerstaatlichen Rechts, insbesondere der Bestimmungen einer speziell zur Umsetzung der Vorgaben einer Richtlinie erlassenen Regelung, ist das innerstaatliche Recht daher so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks dieser Richtlinie auszulegen, um das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und so Art. 249 Abs. 3 EGV nachzukommen (EuGH, Urteil vom 05.10.2004 - C-397/01 bis C-403/01 - NJW 2004, 3547, 3549 m.w.Nachw.; Schroeder in 51

Nach seinem Wortlaut gilt § 51 Abs. 1 Satz 1 PostG nicht "für denjenigen, der Briefsendungen im Auftrage des Absenders bei diesem abholt und bei der nächsten Annahmestelle der D. P. AG oder bei einer anderen Annahmestelle der D. P. AG innerhalb derselben Gemeinde einliefert". Unter den Wortlaut dieser Vorschrift fällt nicht nur der Eigenbeförderer bzw. Eigenbeförderungsmittler. Auch der Konsolidierer wird "im Auftrag des Absenders" tätig, wenn er Briefsendungen bei ihm und auch noch bei mehreren anderen Absendern jeweils "in dessen Auftrag" abholt, um sie anschließend vorsortiert bei der DPAG einzuliefern. Der Wortlaut von § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 PostG setzt nicht voraus, dass die Briefsendungen nur im Namen des jeweiligen Absenders vorsortiert und eingeliefert werden dürfen. Soweit in der Bestimmung auf die Einlieferung der Briefsendungen bei der "nächsten Annahmestelle" der DPAG abgestellt wird, kann damit nur eine solche Annahmestelle gemeint sein, die zur Entgegennahme von Massensendungen überhaupt in der Lage und hierzu von der DPAG zur Verfügung gestellt worden sind. Unter einer Annahmestelle sind sowohl das Briefzentrum Eingang als auch das Briefzentrum Ausgang zu verstehen.

5. 53

Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung werden nicht dadurch begründet, dass sich das Bundeskartellamt - jedenfalls nach Auffassung der DPAG - nicht ernsthaft mit der von seiner eigenen Auffassung abweichenden Rechtsmeinung der RegTP mit dem Ziel auseinandergesetzt habe, eine einheitliche Entscheidung herbeizuführen und sich über die ständige Anordnungs- und Beschlusspraxis der Regulierungsbehörde und deren Auslegung von § 51 Abs. 1 PostG hinweggesetzt habe.

Nach § 48 S. 3 PostG i.V.m. § 82 S. 4 TKG a.F. hat das Bundeskartellamt der RegTP vor Abschluss des Verfahrens nach §§ 19 und 20 Abs. 1 u. 2 GWB Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Diese Stellungnahme ist zu berücksichtigen. Sie entfaltet aber keinerlei Bindungswirkung für die Entscheidung des Bundeskartellamtes. Die Verpflichtung, einer anderen Behörde vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, ist kein Fall sog. bestimmender Mitwirkung, bei dem die zuständige Behörde - so wie etwa die RegTP gemäss § 48 Satz 1 PostG - nur im Einvernehmen mit einer anderen Behörde entscheiden kann. Ein Verfahrensfehler liegt nicht vor. Das Bundeskartellamt hat der RegTP mit Schreiben vom 29.10.2004 Gelegenheit zur Stellungnahme zu der beabsichtigten Untersagungsverfügung gegenüber der DPAG gegeben. Die RegTP hat mit Schreiben vom 06.12.2004 Stellung genommen und auf ihre inhaltlich von der Rechtsansicht des Bundeskartellamts zum Teilleistungszugang für Konsolidierer abweichenden Beschlüsse vom 03.09.2001 (m. v. GmbH, Az.: BK 5a-01/69) und vom 12.03.2001 (V. D., Az.: BK 5a-01/075) sowie auf den Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln vom 29.05.2002 (Az.: 22 L 725/01) verwiesen.

Es hat keine Auswirkungen auf die Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung, dass es das Bundeskartellamt im Anschluss an die Stellungnahme der RegTP nicht versucht hat, auf eine einheitliche Auslegung von § 51 Abs. 1 PostG hinzuwirken, und bei ihrer abweichenden, auf europarechtliche Vorgaben gestützten Auslegung geblieben ist. Zwar trifft beide Behörden über die speziell geregelten Fälle des Zusammenwirkens in einzelnen Verfahren hinaus nach § 48 S. 3 PostG i.V.m § 82 S. 5 TKG a.F. die Pflicht, auf eine einheitliche und den Zusammenhang mit dem GWB wahrende Auslegung des PostG hinzuwirken. Der Begriff "hinwirken" intendiert, dass beide Behörden vom ernsthaften Willen getragen sein sollen, gemeinsame Auffassungen in Auslegungsfragen zu finden und beide Seiten im Zweifel der Kompromissbereitschaft den Vorrang gegenüber ausgedehnten Kontroversen um die

zutreffende Interpretation einzuräumen (Geppert, aaO., § 82 Rn. 19). Ziel dieser Vorschrift ist es, dem sich aus der Parallelzuständigkeit von RegTP und Bundeskartellamt ergebenden Risiko uneinheitlicher Rechtsanwendung wirksam zu begegnen. Eine etwaige Verletzung dieser Koordinierungspflicht hat auf die Rechtmäßigkeit einer Verfügung jedoch keinen Einfluss. Ein Verfahrensfehler wird hierdurch nicht begründet. Es handelt sich um eine reine Ordnungsvorschrift, die die Behörden zu einer Abstimmung in Auslegungsfragen anhalten soll.

Auch ist das Bundeskartellamt durch die bisherige Entscheidungspraxis der RegTP, Anträge gewerblicher Postdienstleister nach §§ 31, 28 Abs. 1 PostG, hier insbesondere der m. v. GmbH und V. D., zur Erbringung von Konsolidierungsleistungen für Briefsendungen unterhalb der Exklusivlizenz zurückzuweisen, nicht an einer abweichenden Auslegung von § 51 Abs. 1 PostG und einer hierauf gestützten Missbrauchsverfügung gehindert. Zwar ist das Bundeskartellamt an Verwaltungsakte der RegTP gebunden, die sie - wie etwa eine Entgeltgenehmigung - im Rahmen ihrer sektorspezifischen Spezialzuständigkeit getroffen hat. Die Tatbestandswirkung dieser Verwaltungsakts bewirkt, dass die bereichsspezifische Regulierung eine kartellrechtliche Maßnahme ausschließt. Ob eine Bindungswirkung auch dann anzunehmen ist, wenn die Regulierungsbehörde bereits in eigener Zuständigkeit denselben Sachverhalt im Rahmen ihrer Missbrauchsaufsicht nach § 32 PostG geprüft und einen Verwaltungsakt erlassen hat, kann dahin stehen, denn eine solcher Fall liegt hier nicht vor. Die RegTP hat in den zitierten Entscheidungen über die Gewähr des Zugangs zu Teilleistungen im Anordnungsverfahren nach § 31 Abs. 2 PostG und unter den dort festgelegten Voraussetzungen entschieden. Eine Entscheidung im Rahmen ihrer Zuständigkeit nach § 32 PostG hat sie nicht getroffen. Das Bundeskartellamt ist an das in den Verfahren nach § 31 PostG zum Ausdruck gekommenen Verständnis der RegTP von § 51 Abs. 1 PostG nicht gebunden. Alle Träger öffentlicher Gewalt und daher auch alle nationalen Behörden sind bei der Anwendung innerstaatlichen Rechts, insbesondere der Bestimmungen einer speziell zur Umsetzung der Vorgaben einer Richtlinie erlassenen Regelungen, verpflichtet, das innerstaatliche Recht so weit wie möglich anhand des Wortlauts und des Zwecks dieser Richtlinie auszulegen, um so das in ihr festgelegte Ergebnis zu erreichen und Art. 249 Abs. 3 EGV nachzukommen. Dies schließt es aus, dass eine Behörde an die Rechtsansicht einer anderen Behörde in Auslegungsfragen gebunden ist, solange dies nicht verbindlich geklärt ist. Welchen Regelungsgehalt § 51 Abs. 1 PostG bei europarechtkonformer Auslegung hat, steht bisher noch nicht verbindlich fest. Eine Vorabentscheidung des EuGH auf den Vorlagebeschluss des Verwaltungsgerichts Köln vom 29.05.2002 zu dieser Frage, der jedenfalls für die nationalen Behörden Bindungswirkung hätte, ist bisher noch nicht ergangen. Solange diese Entscheidung aussteht, ist das Bundeskartellamt aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht an eine von der RegTP ohne Berücksichtigung des Gemeinschaftsrechts vorgenommene Auslegung gebunden.

II. 58

Auch in materiell-rechtlicher Hinsicht bestehen keine ernstlichen Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung. 59

Die Weigerung der DPAG, gewerblichen Konsolidierern für Sendungen unterhalb der Gewichtsgrenze ihrer Exklusivlizenz (§ 51 Abs. 1 Satz PostG) Teilleistungszugang zu ihrem Postnetz und entsprechende Nachlässe auf die Briefbeförderungskosten zu gewähren, stellt nach der gebotenen summarischen Prüfung einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot und das Verbot unbilliger Behinderung dar (§ 20 Abs. 1 GWB). 60

61

Nach der genannten Vorschrift dürfen marktbeherrschende Unternehmen ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln.

1. 62

Zutreffend hat das Bundeskartellamt die DPAG als Normadressatin der in § 20 Abs. 1 GWB geregelten Verbote angesehen, weil sie auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt marktbeherrschend ist. 63

a. 64

Der von dem beanstandeten Verhalten der DPAG betroffene sachliche Markt ist der Angebotsmarkt für die Beförderung von vorsortierten (konsolidierten) Briefsendungen von einer Großannahmestelle der DPAG zum Empfänger gegen Gewährung eines Nachlasses auf das übliche Briefporto. 65

aa. 66

Die Marktmacht eines Unternehmens wird unter anderem durch das Ausmaß der Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite bestimmt. Nach ständiger Rechtsprechung erfolgt die Abgrenzung von Angebotsmärkten auf der Grundlage des Bedarfsmarktkonzeptes nach der funktionellen Austauschbarkeit aus der Sicht des Abnehmers. Zum sachlich-relevanten Markt gehören alle Waren bzw. Dienstleistungen, die sich nach Eigenschaften, Verwendungszweck und Preislage so nahe stehen, dass der verständige Verbraucher sie als für die Deckung seines bestimmten Bedarfs gleichfalls als geeignet ansieht (vgl. nur BGH WuW/E BGH 2771, 2772 - Kaufhof/Saturn -; WuW/E BGH 1447 - Valium -; WuW/E BGH 2150, 2153 - Edelstahlbestecke). 67

Ausgehend hiervon hat das Bundeskartellamt zunächst einen sachlich betroffenen Markt für Briefbeförderung angenommen, der die gesamte Beförderungskette vom Absender bis zum Empfänger umfasse und sich aus Einzelmärkten für verschiedene Leistungen zusammensetze. Ob und inwieweit die verschiedenen Teile der Beförderungskette als eigenständige Märkte angesehen werden müssten, hat das Bundeskartellamt indes offen gelassen, da nach jeder denkbaren Abgrenzung die DPAG eine marktbeherrschende Stellung gemäß § 19 Abs. 2 GWB inne habe. 68

bb. 69

Nach Ansicht des Senates besteht für die Beförderung von Briefsendungen ein sachlich abgegrenzter (Teil-)Markt für eine um Eigenleistungen (Vorsortieren und Einliefern) verkürzte Briefbeförderung durch die DPAG, und zwar von ihren Großannahmestellen - entweder Briefzentrum Abgang (BZA) oder Briefzentrum Eingang (BZE) - zum Absender. 70

Die DPAG bietet auf dem Markt für Briefbeförderung als sog. Universaldienstleister die Beförderung von Briefsendungen vom Briefkasten oder einer ihrer Postfilialen zum Empfänger an. Insoweit wird die integrierte Gesamtleistung als Vollprodukt angeboten. Daneben tritt die DPAG aber auch als Anbieter von sog. Teilleistungen, d.h. einem um Eigenleistungen des Kunden reduzierten Teil der Beförderungskette auf. Sie bietet einen nachgeschalteten Zugang zu ihrem Beförderungsnetz an, indem vorsortierte Sendungen 71

unter bestimmten Voraussetzungen bei einer Großannahmestelle eingeliefert werden können. Von dort werden die Sendungen von der DPAG zum Empfänger befördert. Gestaffelt nach Mindestmengen und Einlieferungsort (BZA oder BZE) werden für die Konsolidierungsleistungen im Wege der Rückvergütung Rabatte auf das Beförderungsentgelt gewährt. Grundlage für die Rückvergütung sind die mit dem Massenversender oder dem Postdienstleister geschlossenen Teilleistungsverträge.

Die Nachfrageseite wird dementsprechend von den Massenversendern, die größere Briefmengen zu versenden haben, und den gewerblichen Anbietern von Postdienstleistungen repräsentiert. Die Massenversender erbringen die in Rede stehenden Eigenleistungen (Konsolidieren und Einliefern) entweder selbst im eigenen Unternehmen oder beauftragen hiermit einen Postdienstleister, der als sog. Eigenbeförderungsmittler die konsolidierten Briefsendungen im Namen und im Auftrag des Absenders/Massenversenders bei der DPAG einliefert. Das Teilleistungsangebot der DPAG wird darüber hinaus aber auch von gewerblich tätigen Postdienstleistern nachgefragt, die im eigenen Namen gebündelte und konsolidierte Briefsendungen mehrerer Absender bei den Großannahmestellen der Post einliefern und die Rabatte erhalten möchten. Dies gilt für Briefsendungen oberhalb der Gewichtsgrenze der Exklusivlizenz ebenso wie für solche unterhalb dieser Gewichtsgrenze. 72

Bei dieser Ausgangslage bildet die Beförderung der Briefpost, bei der die beschriebenen Eigenleistungen erbracht worden sind, einen gesonderten Teilmarkt. Aus Sicht der Nachfrager ist nämlich die von der DPAG angebotene Universalbeförderungsleistung vom Briefkasten/Filiale zum Empfänger mit dem Teilleistungsangebot nicht austauschbar. Es handelt sich um zwei unterschiedliche Leistungen. Entscheidend hierfür ist der Preisvorteil, den der Nachfrager durch die von ihm zu erbringenden Eigenleistungen erlangen kann. Die DPAG gewährt den Massenversendern und den Postdienstleistern - letzteren allerdings nur für Sendungen oberhalb der Gewichtsgrenze der Exklusivlizenz des § 51 Abs. 1 Satz 1 PostG - für ihre Eigenleistungen einen erheblichen Nachlass auf das Beförderungsentgelt. Der Nachlass beträgt abhängig von den eingelieferten Mindestmengen zwischen 3 % und 21 %, wobei die Sendungen entweder beim BZA (Rabatte von 3 % - 18 % bei einer Mindesteinlieferungsmenge von 5.000 Stück) oder beim BZE (Rabatte in Höhe von 21 % bei einer Mindesteinlieferungsmenge von 500 Stück) eingeliefert werden können. 73

b. 74

Räumlich ist der relevante Markt auf das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland begrenzt. Ursächlich hierfür ist das bundesweit betriebene Postnetz. Es gibt in der Bundesrepublik Deutschland insgesamt 83 Großannahmestellen. Von dort werden Briefsendungen im gesamten Bundesgebiet zugestellt. 75

c. 76

Die DPAG ist auf dem relevanten Angebotsmarkt für die Beförderung vorsortierter (konsolidierter) Briefsendungen von einer ihrer Großannahmestelle zum Empfänger gegen Gewährung eines Nachlasses auf das übliche Briefporto marktbeherrschend (§ 19 Abs. 2 und 3 GWB). 77

Das Bundeskartellamt hat in nicht zu beanstandender Weise die Ergebnisse der "7. Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen 2003" der Regulierungsbehörde verwertet und hierauf gestützt sowohl für den Markt der Briefbeförderung insgesamt als auch für die jeweiligen Teilmärkte der Briefbeförderungskette eine marktbeherrschende Stellung der Antragstellerin festgestellt. Nach den Untersuchungen 78

der Regulierungsbehörde hat der Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen im Jahr 2002 ein Gesamtmarktvolumen von 10,15 Mrd. Euro. Auf diesem Markt beträgt der Marktanteil der Antragstellerin etwa 97 %. Davon entfallen 7,8 Mrd. Euro und damit etwa 77 % des Gesamtmarktvolumens auf lizenzpflichtige Postdienstleistungen im Bereich der Exklusivlizenz der DPAG. Aber auch in den Bereichen, in denen eine Exklusivlizenz nicht mehr besteht (vgl. § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-8 PostG), hat die DPAG nach wie vor eine marktbeherrschende Stellung. Bei individuellen Briefsendungen mit einem Gewicht ab 100 g beträgt ihr Marktanteil 95,1 %, und bei inhaltsgleichen Briefen über 50 g liegt er bei ca. 90 %.

Zutreffend folgert das Bundeskartellamt aus der marktbeherrschenden Stellung der DPAG auf dem Markt für die Briefbeförderung, dass die DPAG auch auf den jeweiligen Teilmärkten einen ähnlich hohen Marktanteil hat. 79

2. 80

Die Weigerung der DPAG, gewerblichen Konsolidieren für Sendungen unterhalb der Gewichtsgrenze ihrer Exklusivlizenz (§ 51 Abs. 1 Satz 1 PostG) Teilleistungszugang zu ihrem Postnetz und entsprechende Nachlässe auf die Briefbeförderungskosten zu gewähren, betrifft einen Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist. 81

a. 82

Für die Beurteilung, ob eine Behinderung oder unterschiedliche Behandlung in einem Geschäftsverkehr stattfindet, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, ist zunächst der maßgebliche Geschäftsverkehr abzugrenzen. Geschäftsverkehr im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB ist jeder privatrechtlich geregelte Verkehr mit Waren oder Dienstleistungen (vgl. BGH WuW/E BGH 1493, 1494 - medizinischer Badebetrieb -; Markert in Immenga/Mestmäcker, aaO., § 20 Rn. 95; Schultz in Langen/Bunte, aaO., § 20 Rn. 93 jeweils m.w.Nachw.). Hiernach ist im Streitfall der maßgebliche Geschäftsverkehr das Angebot der DPAG, nachgeschalteten Netzzugang zu gewähren und damit Teilleistungen der Briefbeförderungskette anzubieten. Die DPAG hat den Geschäftsverkehr eröffnet, indem sie Massenversendern uneingeschränkt und gewerbsmäßigen Konsolidieren beschränkt auf Briefsendungen oberhalb der Gewichtsgrenze der Exklusivlizenz Teilleistungszugang anbietet und für die erbrachten Eigenleistungen Nachlässe auf das Beförderungsentgelt gewährt. 83

b. 84

Die einliefernden Massenversender und die gewerbsmäßigen Konsolidierer sind in diesem Geschäftsverkehr gleichartige Unternehmen im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB. 85

Für dieses nur einer verhältnismäßig groben Sichtung dienende Merkmal genügt es, dass die zu vergleichenden Unternehmen nach unternehmerischer Tätigkeit und wirtschaftlicher Funktion im Verhältnis zu dem marktbeherrschenden Unternehmen dieselben Aufgaben erfüllen (BGH WuW/E DE-R 134 f. - Bahnhofsbuchhandel - ; BGHZ 52, 65, 69 - Sportartikelmesse II -; BGH GRUR 2004, 527, 529 - Galopprennübertragung -). In der Regel reicht deshalb aus, dass die Unternehmen als Anbieter oder Nachfrager einer bestimmten Art von Waren oder gewerblichen Leistungen auf derselben Wirtschaftsstufe tätig sind (Markert in Immenga/Mestmäcker, aaO., § 20 Rn. 10, 102 m.w.Nachw.). Dabei kommt es auf das Verhältnis der zu vergleichenden Unternehmen zur Marktgegenseite dieses Geschäftsverkehrs an. 86

Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen sind Massenversender und Konsolidierer im Verhältnis zur DPAG gleichartige Unternehmen. Zwar ist zutreffend, dass es sich bei den Massenversendern um Unternehmen aller Art handelt, die im Gegensatz zu den Konsolidierern keine Postdienstleistungen für Dritte anbieten, sondern die teilleistungsrelevanten Eigenleistungen entweder im eigenen Unternehmen erbringen oder sich diese Dienste von Dritten (Eigenbeförderungsmittler) beschaffen. Jedoch ist für die Annahme der Gleichartigkeit nicht erforderlich, dass die zu vergleichenden Unternehmen untereinander auf einem bestimmten Markt in einer aktuellen oder potentiellen Wettbewerbsbeziehung stehen (vgl. Markert in Immenga/Mestmäcker, aaO., § 20 Rn. 101). Entscheidend ist hier, dass die Massenversender und die Konsolidierer bei der DPAG dieselbe Leistung auf derselben Wirtschaftsstufe nachfragen. Massenversender und Konsolidierer fragen bei der DPAG dieselbe Leistung nach. Es geht ihnen darum, eine um ihre Eigenleistung verkürzte Briefbeförderung zu erhalten, indem sie vorsortierte Briefsendungen bei Großannahmestellen der DPAG einliefern können und hierfür einen Nachlass auf das Beförderungsentgelt erhalten. Im Verhältnis zur DPAG üben sie dieselbe unternehmerische Tätigkeit und wirtschaftliche Funktion aus, denn sie fragen für gleichermaßen vorbereitete Briefsendungen bei der DPAG nachgeschalteten Netzzugang als Letztverbraucher nach.

3. 88

Das beanstandete Verhalten der DPAG führt zu einer Ungleichbehandlung gleichartiger Unternehmen und zu einer Behinderung der Konsolidierer im übrigen. 89

a. 90

Die DPAG behandelt Massenversender und Konsolidierer unterschiedlich, obwohl sie gleichermaßen Massensendungen vorsortiert einliefern und damit im selben Umfang Eigenleistungen erbringen können. Dass die eingelieferten Briefsendungen im Fall der Massenversender nur von einem Absender stammen, während die Konsolidierer die Briefsendungen mehrerer Absender bündeln und vorsortieren, ist ohne Relevanz, da die Briefsendungen bei der DPAG sowieso gebündelt werden. 91

Während die DPAG den Massenversendern aber Teilleistungszugang zur ihrem Postnetz und Teilleistungsrabatte für konsolidierte und bei einer Großannahmestelle eingelieferte Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenze der Exklusivlizenz gewährt, weigert sie sich, mit Konsolidierern, die Briefsendungen mehrerer Absender bündeln, vorsortieren und im eigenen Namen einliefern, ebenso zu verfahren. Zwar weigert sie sich nicht, die konsolidierten Briefsendungen entgegenzunehmen. Trotz der erbrachten Eigenleistungen ist sie aber nicht bereit, den Konsolidierern Rabatte auf das Standardporto zu gewähren und Teilleistungsverträge über die Beförderung von Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenze der Exklusivlizenz abzuschließen. 92

b. 93

Die Verweigerung von Teilleistungszugang und Teilleistungsrabatten für Konsolidierer im Bereich von Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenze der Exklusivlizenz stellt zudem eine Behinderung im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB dar. 94

Unter der Behinderung eines anderen Unternehmens ist hiernach jede Beeinträchtigung seiner Betätigungsmöglichkeiten im Wettbewerb zu verstehen (vgl. nur BGH WuW/E BGH 1829, 1832 - Original-VW-Ersatzteile II -; BGH WuW/E BGH 2762, 2768 - Amtsanzeiger). 95

Allerdings stellt nicht jeder wirtschaftliche Nachteil, der einem Unternehmen zugefügt wird, ohne weiteres eine Beeinträchtigung seiner Betätigungsmöglichkeiten im Wettbewerb dar. Erforderlich ist vielmehr eine Auswirkung auf die Wettbewerbschancen des beeinträchtigten Unternehmens gegenüber anderen Nachfragern oder Anbietern (Markert in Immenga/Mestmäcker, aaO., § 20 Rn. 117).

Die Konsolidierer werden durch das Verhalten der Antragstellerin in ihren Betätigungsmöglichkeiten auf dem Angebotsmarkt für Konsolidierungsleistungen (Abholen, Vorsortieren und Einliefern) beeinträchtigt. Die DPAG hindert die Konsolidierer daran, Entgeltermäßigungen für die Einlieferung vorbereiteter Postsendungen unterhalb der Gewichtsgrenze der Exklusivlizenz zu erhalten. Dies gilt für Eigenbeförderungsmittler, die die vorsortierten Sendungen im Namen und im Auftrag eines Massenversenders einliefern, ebenso wie für die Konsolidierer, die die Briefsendungen mehrerer Absender bündeln, vorsortieren und im eigenen Namen einliefern. Bei Tätigwerden des Eigenbeförderungsmittlers gewährt die DPAG zwar Rabatte. Jedoch werden die Rabatte dem Massenversender und nicht dem Eigenbeförderungsmittler ausbezahlt, so dass er daran gehindert ist, selbst darüber zu entscheiden, ob er die ganze Ermäßigung oder nur einen Teil davon an seine Kunden weitergibt, um eine gewisse Marge für sich zu behalten. Bei Tätigwerden von Konsolidierern nimmt die DPAG zwar die von mehreren Absendern gebündelten und konsolidierten Briefsendungen bei Einlieferung entgegen. Sie gewährt ihnen hierfür aber keine Tarifiermäßigung, die diese an ihre Kunden weitergeben könnten. Für die Absender, die die Mindestvolumina für eine Rabattgewährung selbst nicht erreichen, ist die Beauftragung eines Konsolidierers unter diesen Umständen ohne wirtschaftlichen Vorteil und daher nicht attraktiv. Sie müssten das Standardporto entrichten und zudem die Konsolidierungsleistung vergüten.

96

Die dargestellte Situation führt dazu, dass die Betätigungsmöglichkeiten der Konsolidierer im Wettbewerb zur DPAG beeinträchtigt werden. Für die Konsolidierer besteht im Verhältnis zur DPAG ein Wettbewerbsnachteil, weil sie anders als die DPAG nicht die Möglichkeit haben, ihren Kunden ermäßigte Beförderungstarife zu verschaffen. Die DPAG ist selbst auf dem Markt für Konsolidierungsleistungen tätig. Als Anbieter von Universaldienstleistungen gehört zu ihren Standardleistungen das Einsammeln, Sortieren, Bündeln und Befördern der Briefsendungen von der Annahmestelle, an der der Absender diese in das öffentliche Postnetz einspeist. Zudem bietet sie selbst oder durch Tochterunternehmen Dienstleistungen an, die jedenfalls teilweise mit den Dienstleistungen der Konsolidierer konkurrieren können. So bietet sie den Druck und die Etikettierung von Briefsendungen über ihre Tochterfirma "e." ebenso an wie das Eintüten, Frankieren und Abholen beim Absender ("Hin + Weg"). Zu ihrem Angebot gehört auch der Betrieb ganzer Poststellen, wobei die einzelnen Dienstleistungen kombiniert und auf die individuellen Bedürfnisse des Kunden zugeschnitten werden können. Nach den nicht in Abrede gestellten Ausführungen der Kommission in ihrer Entscheidung vom 20.10.2004 gehört die Möglichkeit, Kunden Mengenrabatte für nachgeschalteten Zugang zum Postnetz zu verschaffen, zu den Hauptverkaufsargumenten. Die DPAG selbst setzt nach den Feststellungen der Kommission diese Mengenrabatte intensiv als Marketing-Instrument ein, um Kunden zurückzugewinnen, die zu Wettbewerbern (Postvorbereitern oder integrierten Briefdiensten) gewechselt sind (vgl. Entscheidung der Kommission vom 20.10.2004 Rn. 62).

97

Eine weitere Beeinträchtigung der Konsolidierer im Wettbewerb mit der DPAG kann daraus resultieren, dass sie ihre Konsolidierungsleistung für Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenze der Exklusivlizenz unter Umständen unentgeltlich erbringen müssen. Nach den nicht bestrittenen Feststellungen des Bundeskartellamts erwartet die Mehrzahl der Kunden eine vollständige Übernahme aller Postsendungen. Sie sind nicht bereit, ihre

98

Briefsendungen etwa in Briefsendungen unterhalb und oberhalb der Gewichtsgrenze der Exklusivlizenz aufzuteilen. Dies hat zur Folge, dass der Konsolidierer in der Regel nur dann beauftragt wird, wenn er sich verpflichtet, sämtliche Briefsendungen bei den Absendern abzuholen, gegebenenfalls, soweit dies nach § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 PostG gestattet ist, selbst in der Region zuzustellen und die übrigen Briefsendungen bei einer Großannahmestelle der DPAG einzuliefern. Die hierfür erforderlichen Arbeitsschritte bewirken - wie die Kommission in ihrer Entscheidung vom 20.10.2004 dargestellt hat (vgl. dort Rn. 82, 83) -, dass auch Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenze der Exklusivlizenz konsolidiert und vorsortiert bei den Briefzentren eingeliefert werden. Die Konsolidierer sind danach praktisch gezwungen, der DPAG einen kostenlosen Dienst zu erbringen, während die DPAG das reguläre Porto verlangen kann und Kosten für die Vorsortierung und Beförderung der Briefsendungen von der Annahmestelle zum Briefzentrum erspart.

4. 99
- Es fehlt ein sachlich gerechtfertigter Grund für die Ungleichbehandlung von Massenversendern und Konsolidierern; die dargestellte Behinderung der Konsolidierer ist unbillig. 100
- a. 101
- Die festgestellte Ungleichbehandlung bzw. Behinderung findet keine Rechtfertigung in den sektorspezifischen Regelungen des PostG. 102
- Die DPAG ist bei richtlinienkonformer Auslegung von § 51 Abs. 1 Satz 1 und 2 PostG nicht berechtigt, Konsolidierern Teilleistungszugang und Teilleistungsrabatte für Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenze der Exklusivlizenz zu verweigern. Sie ist vielmehr im Gegenteil gemäss § 28 Abs. 1 PostG verpflichtet, ihnen Teilleistungszugang zu gewähren. 103
- Ist ein Lizenznehmer auf einem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen marktbeherrschend, so hat er nach § 28 Abs. 1 Satz 1 PostG, soweit dies nachgefragt wird, auf diesem Markt Teile der von ihm erbrachten Beförderungsleistungen gesondert anzubieten, sofern ihm dies wirtschaftlich zumutbar ist. Diese Voraussetzungen sind bei der gebotenen summarischen Prüfung vorliegend erfüllt, ohne dass es einer Entscheidung bedarf, ob und inwieweit § 28 PostG im Rahmen der gesetzlichen Exklusivlizenz des § 51 Abs. 1 Satz 1 PostG Anwendung findet (gegen eine Teilleistungsverpflichtung im Bereich der gesetzlichen Exklusivlizenz: Gerstner in Beck'scher PostG Kommentar, § 28 Rn. 36, 38; Herdegen in Herdegen/Immenga/Knieps, Die Teilleistungsregelung des § 28 PostG, Seite 13, 30; a.A. Gramlich, N & R 2004, Seite 154 f.). Das Bundeskartellamt hat in Übereinstimmung mit der Europäischen Kommission (vgl. Entscheidung der Kommission vom 24.10.2001, Rn. 115 - 134) nachvollziehbar und in sich stimmig § 51 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 5 PostG richtlinienkonform dahingehend ausgelegt, dass das hier in Rede stehende Bündeln und Konsolidieren von Briefsendungen mehrerer Absender nicht in den Exklusivbereich der DPAG eingreife, sondern gemäss § 51 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 PostG hiervon ausgenommen sei. Zusammengefasst hat die Kommission ausgeführt: Das in § 51 Abs. 1 Satz 1 PostG eingeräumte ausschließliche Recht der DPAG zur gewerbsmäßigen Beförderung von Briefsendungen unter 100 g beginne dort, wo die Kunden ihre Sendungen in das öffentliche Postnetz geben könnten. Nach der Definition des § 4 Nr. 3 PostG beginne die Postbeförderung mit dem Einsammeln. Der Begriff des Einsammelns sei gemäss Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 97/67/EG i.V.m. Art. 2 Nr. 4 RL97/67/EG als Abholung bzw. Einsammeln an den Zugangspunkten zu verstehen. Zugangspunkte seien nach der Definition des Art. 2 Nr. 3 RL 97/67/EG die Räumlichkeiten des Anbieters von Universaldiensten, wo die Kunden ihre
- 104

Sendungen in das öffentliche Postnetz geben könnten. Da die DPAG insbesondere für große Mengenlieferungen als Einlieferungsstelle ausdrücklich auch Großannahmestellen anbiete, beginne der Bereich der Exklusivlizenz bei vorbereiteten Briefsendungen erst mit Einlieferung der Briefsendungen in einer Großannahmestelle.

Die DPAG kommt zwar unter ergänzender Bezugnahme auf das von ihr eingeholte Rechtsgutachten von Prof. Dr. v. D. aus März 2005 zu einem abweichenden Auslegungsergebnis. Ihrer Meinung nach erlaubt Art. 7 Abs. 1 Satz 1 RL 97/67/EG die Reservierung der gesamten postalischen Wertschöpfungskette, wozu ausdrücklich auch das Sortieren und der Transport gehöre. Das öffentliche Postnetz beginne an den Briefkästen und Postfilialen und nicht erst an den Briefzentren. Auf die chronologische Reihenfolge der in Art. 7 RL 97/67/EG bezeichneten Dienste (Abholung, Transport und Zustellung) komme es nicht an, weshalb nicht davon ausgegangen werden könne, dass der reservierbare Bereich gemäss Art. 2 Nr. 4 RL 97/67/EG erst mit dem Einsammeln der Postsendungen an Zugangspunkten beginne. 105

Die von der Antragstellerin vorgebrachten Einwände führen nicht dazu, ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des vom Bundeskartellamt gefundenen Auslegungsergebnisses und damit an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung zu begründen. Die Ausführungen der Antragstellerin mögen zwar als eine denkbare Auslegungsalternative in Betracht kommen. Sie sind aber nicht in dem Sinne stichhaltig oder gar zwingend, dass das vom Bundeskartellamt befürwortete Normenverständnis bei summarischer Betrachtung ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit begründet. Vielmehr ist, wie die Entscheidung der Europäischen Kommission und nicht zuletzt auch der Vorlagebeschluss des Verwaltungsgerichts Köln an den EuGH zeigen, die Rechtslage zumindest offen. 106

Soweit die Antragstellerin den Umfang des reservierbaren Bereichs nach Art. 7 RL 97/67/EG anders bestimmt und sie sich in diesem Zusammenhang insbesondere mit dem Wortlaut und der Reihenfolge der dort genannten Dienstleistungen auseinandersetzt, hat sich bereits die Kommission in ihrer Entscheidung vom 20.10.2004 (dort Rn. 119 - 134) mit diesen Argumenten auseinandergesetzt und sie allesamt mit einer schlüssigen und nachvollziehbaren Begründung verworfen. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann auf die diesbezüglichen Ausführungen Bezug genommen werden. 107

b. 108

Ist die DPAG nach alldem gemäss § 28 Abs. 1 PostG verpflichtet, den Konsolidierern Teilleistungszugang und Teilleistungsrabatte zu gewähren, kann sich auch aus der Interessenlage keine sachliche Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung und die Behinderung ergeben. Das Interesse der Antragstellerin an der Verweigerung des Teilleistungszugangs ist unter diesen Umständen nicht schutzwürdig, so dass das Interesse der Konsolidierer am Zugang zum Postnetz der Antragstellerin in dem hier in Rede stehenden Umfang überwiegt. 109

**B. § 65 Abs. 3 Satz 1 Nr.1 GWB** 110

Ohne Erfolg macht die DPAG geltend, die Voraussetzungen für die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Untersagungsverfügung nach § 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB lägen nicht vor. 111

Die Beschwerde gegen eine nach § 32 GWB erlassene Untersagungsverfügung hat kraft Gesetzes aufschiebende Wirkung (§ 64 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Nur ausnahmsweise kann die Kartellbehörde die sofortige Vollziehung der Verfügung anordnen, wenn die sofortige 112

Durchsetzung des ausgesprochenen Verbots im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten geboten ist § 65 Abs. 1 GWB. Dabei ist ein strenger Maßstab anzulegen. Das öffentliche Interesse der Kartellbehörde an dem Erlass der angefochtenen Verbotsverfügung als solches reicht für die Anordnung des Sofortvollzuges nicht aus. Es müssen vielmehr Gründe vorliegen, die es gerade gebieten, das ausgesprochene Verbot schon vor einer endgültigen gerichtlichen Überprüfung zu vollziehen. Erforderlich ist stets eine Einzelfallbetrachtung, bei der das öffentliche Interesse oder Drittinteresse an der sofortigen Vollziehung auf der einen Seite und das Interesse des Verfügungsadressaten auf der anderen Seite gegeneinander abzuwägen sind. Nach dem Gesetzeswillen ist dabei der Suspensiveffekt die Regel und die sofortige Vollziehung die Ausnahme. Dementsprechend ist die Anordnung des Sofortvollzugs nur unter strengen Anforderungen zulässig (OLG Düsseldorf WuW DE-R 1094, 1095 - TEAG; KG WuW/E OLG 5132, 5133 - Empfehlung Ersatzwagenkostenerstattung; WuW/E OLG 1465, 1466 - Kalkulationsklausel; Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker, aaO., § 65 Rn. 6 f.; Kollmorgen in Langen/Bunte, aaO., § 65 Rn. 5).

Eine Abwägung der gegenläufigen Interessen rechtfertigt hier die Anordnung des Sofortvollzuges. Die gegen die zutreffenden Ausführungen des Bundeskartellamtes vorgebrachten Einwendungen der DPAG führen zu keinem anderen Ergebnis. 113

I. 114

Das Bundeskartellamt hat den der Interessenabwägung zu Grunde liegenden Sachverhalt ausreichend aufgeklärt. Eine eigene Marktumfrage war nicht erforderlich. Der Vorwurf, die Interessenabwägung basiere auf reinen Spekulationen und sei willkürlich, ist nicht gerechtfertigt. 115

Die Feststellungen des Bundeskartellamtes zu den Marktverhältnissen im Bereich lizenzpflichtiger Postdienstleistungen beruhen im wesentlichen auf Erkenntnissen, die sich aus Marktuntersuchungen der Regulierungsbehörde und der Monopolkommission ergeben haben. Hierbei handelt es sich um die "7. Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen 2003" der Regulierungsbehörde, den Bericht der Regulierungsbehörde zur Wettbewerbssituation im Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, vorgelegt im Rahmen der 40. Sitzung des Beirats der RegTP am 28.06.2004 sowie um das Sondergutachten Nr. 39 der Monopolkommission "Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation - Zementierung des Postmonopols" aus Dezember 2003. Einwendungen substantieller Art hat die DPAG gegen diese Marktuntersuchungen und deren Ergebnisse nicht erhoben. Zwar macht sie auf Seite 39 ihres Schriftsatzes vom 11.04.2005 geltend, die Ausführungen des Bundeskartellamtes würden auf alten Werten basieren und nicht die Situation im Jahr 2005 widerspiegeln. Jedoch sind keine Anhaltspunkte dafür vorhanden und von der Antragstellerin dargetan, dass sich die Ergebnisse der zuvor genannten Marktuntersuchungen zwischenzeitlich in einem für die Entscheidung relevanten Umfang verändert haben. Die vornehmlich im Jahr 2003 gewonnenen Erkenntnisse können daher bedenkenlos der Entscheidung zu Grunde gelegt werden. 116

Soweit das Bundeskartellamt einem Teilleistungszugang zum Postnetz der Antragstellerin in dem hier in Rede stehenden Umfang eine nachhaltige positive wettbewerbliche Wirkung beimisst, wird diese Einschätzung von der Regulierungsbehörde nach den Ergebnissen ihrer Marktuntersuchung geteilt. Ergänzend wird in diesem Zusammenhang, wiederum gestützt durch die Erkenntnisse der RegTP, auf die positive Entwicklung in den USA hingewiesen, wo seit 1976 das sog. workshare-Programm die Grundlage für die Zusammenarbeit zwischen 117

dem ehemaligen Monopolisten U.S. P. und Privatunternehmen (gewerbliche Postvorbereiter, Konsolidierer) bildet. Bezogen auf den britischen Briefmarkt und die hierfür bestehende Prognose einer ähnlich positiven Entwicklung wird zudem auf den Jahresbericht 2003/2004 der Britischen Regulierungsbehörde für Post (PostComm) abgestellt. Ob die im Auftrag der Beigeladenen zu 3) eingeholte ökonomische Studie von Prof. Dr. K. und A. L. "Netzzugang und Wettbewerb bei Briefdiensten" hinsichtlich der angewandten Methode und infolgedessen auch hinsichtlich des gefundenen Ergebnisses angreifbar ist, so wie die DPAG meint, ist in Anbetracht der übrigen - im Ergebnis übereinstimmenden - Erkenntnisquellen nicht entscheidend.

Auch mit ihrem Einwand, die Schätzung des Bundeskartellamtes zu Umsatzvolumina und Umsatzeinbußen der DPAG entbehre jeglicher Berechnungsgrundlage, vermag die DPAG nicht durchzudringen. Das Bundeskartellamt bezieht sich in diesem Punkt auf die Markteinschätzung der Regulierungsbehörde. Da es sich um eine Prognoseentscheidung handelt, kann es sich naturgemäß nur um ungefähre Zahlen handeln, deren Größenordnung nicht anhand einer Berechnungsgrundlage konkret bestimmt werden kann. Dass die von der Regulierungsbehörde auf Grund ihrer Erfahrung und nach den infolge der Marktuntersuchung gewonnenen Erkenntnissen geschätzte Umsatzeinbuße der DPAG von etwa 100 Mio. EUR bei einem unveränderten Marktvolumen bei den lizenzpflichtigen Postdienstleistungen nicht unrealistisch ist, wird durch die eigene Einschätzung der DPAG bestätigt. Sie selbst rechnet im Extremfall mit Umsatzverlusten in Höhe von 150 bis 200 Mio. EUR. 118

II. 119

Zutreffend ist das Bundeskartellamt überdies zu dem Ergebnis gelangt, dass das öffentliche Interesse an der Schaffung eines funktionsfähigen Wettbewerbs zwischen der DPAG und den gewerblichen Konsolidierern durch die Gewährung von Teilleistungszugang und Rabatten und das Interesse Dritter, Teilleistungszugang in dem begehrten Umfang zu erhalten, den Sofortvollzug rechtfertigen. 120

Soweit die DPAG geltend macht, mit ihrem Verhalten orientiere sie sich lediglich an dem vom nationalen Gesetzgeber vorgegebenen Rahmen der Exklusivlizenz, und es sei nicht Aufgabe des Bundeskartellamtes, dem Wegfall der Exklusivlizenz zum 31.12.2007 aus rechtspolitischen Gesichtspunkten der Wettbewerbsförderung und Marktöffnung im Bereich des Postwesens gegen den Willen des nationalen Gesetzgebers vorzugreifen, bleibt dieses Vorbringen ohne Erfolg. Diese Argumentation berücksichtigt nicht, dass das Abholen, Vorsortieren und Einliefern von Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenze des § 51 Abs.1 PostG bei richtlinienkonformer Auslegung der Vorschrift - jedenfalls so wie es das Bundeskartellamt in Übereinstimmung der europäischen Kommission in ihrer Entscheidung vom 20.10.2004 in vertretbarer Weise vorgenommen hat - nicht in den Bereich der Exklusivlizenz fällt und nach Maßgabe der Voraussetzungen des § 28 Abs. 1 PostG Teilleistungszugang zu gewähren ist. 121

III. 122

Ein überwiegendes Interesse der DPAG an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde, hat die DPAG auch in ihrer Antragschrift nicht dargetan. Ihrem pauschalem Vorbringen, ein Sofortvollzug würde vollendete und nicht wieder rückgängig zu machende Tatsachen geschaffen, ist nicht beizupflichten. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann auf die zutreffenden Ausführungen des Bundeskartellamtes Bezug genommen werden. 123

**C. § 65 Abs. 3 Nr. 3 GWB**

Ein Fall unbilliger Härte liegt nicht vor. Gegen die zutreffenden Ausführungen des Bundeskartellamts hat sich die Antragstellerin nicht gewandt. 125

a. Dr. M. 126

---