BUNDESKARTELLAMT
9. BESCHLUSSABTEILUNG
B 9 - 55/03

Für die Veröffentlichung bestimmt

BESCHLUSS

In dem Verwaltungsverfahren

1. Deutsche Post AG

- Beteiligte -

Verfahrensbevollmächtigte:
[...]

2. DID Deniz Intelligente Dienstleistungen

- Beigeladene -

3. PIN intelligente dienstleistungen AG

- Beigeladene -

4. Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienste e. V. (BIEK)

- Beigeladener -

Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 2.-4.:
[...]

5. CITIPOST Gesellschaft für Kurier- und Postdienste

- Beigeladene -

6. MaxiMail GmbH & Co. KG

- Beigeladene -

7. WPS Westdeutscher Post Service GmbH

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 5.-7.:
[...]

8. PostCon Deutschland e.G.

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 8.:
[...]

wegen Prüfung eines missbräuchlichen Verhaltens gemäß § 32 in Verbindung mit § 20 GWB und § 50 Abs. 1 und Abs. 2 GWB i.V.m. Art. 82 EG hat die 9. Beschlussabteilung am **11. Februar 2005** beschlossen:

1. Der Deutschen Post AG, Bonn („DP AG“) wird untersagt, 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 DP AG 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 DP AG 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.

2. Die sofortige Vollziehung der Verfügung zu 1. wird angeordnet.

3. Die Gebühr für diese Entscheidung wird auf **[...]** Euro festgesetzt.

Gründe:

A.

I. Zur Deutschen Post AG

Die Deutsche Post AG, Bonn („DP AG“) ist Obergesellschaft des Konzerns Deutsche Post World Net, dessen Konzernumsatz im Geschäftsjahr 2003 bei 40 Mrd. Euro lag. Aktionäre der DP AG sind zu 7 % die Bundesrepublik Deutschland und zu 49 % die KfW Bankengruppe (vormals: Kreditanstalt für Wiederaufbau). 44 % der Aktien befinden sich im Streubesitz.[1] Die KfW ihrerseits steht zu 80 % im Eigentum der Bundesrepublik Deutschland und zu 20 % im Eigentum der Bundesländer. Die DP AG ist unter anderem im Unternehmensbereich „Brief“ tätig, in dem sie im Geschäftsjahr 2003 Umsätze von 11,934 Mrd. Euro erwirtschaftete.[2] Sie erbringt Leistungen für 3 Millionen Geschäftskunden und 39 Millionen Haushalte. Sie verfügt über eine Infrastruktur von 13.000 Filialen, 18.000 Zustellern und 3.500 Zustellzentren.[3]

II. Das beanstandete Verhalten

Die Beschwerdeführer beanstanden, dass die DP AG sich weigert, für Sendungen unterhalb der Gewichts- und Preisgrenzen der Exklusivlizenz sog. „Konsolidierern“ Zugang zu Teilleistungen und Rabatte für die von den Konsolidierern erbrachten „teilleistungsrelevanten Eigenleistungen“[4] nach § 28 Abs. 1 PostG („Teilleistungsrabatte“) zu gewähren. „Konsolidierer“ sind Postdienstleistungsunternehmen, die Sendungen verschiedener Absender bündeln, für diese Sendungen bestimmte Leistungen der Briefbeförderungskette selbst erbringen und diese Sendungen dann in die Beförderungskette der DP AG einspeisen. Die

---

1 S. www.investors.dpwn.de, unter Aktie/Grundkapital & Aktionärsstruktur.

2 Geschäftsbericht 2003 der DP World Net, www.dpwn.de, S. 52

3 S. www.dpwn.de unter „Facts & Figures“.

4 Dieser Begriff wird von der RegTP in ständiger Praxis gebraucht, vgl. Stellungnahme der RegTP zum Abmahnschreiben (Bl. 2447 Verfahrensakte).

von der DP AG erbrachten Leistungen werden als „Teilleistungen“ bezeichnet und stellen den um den vom Einlieferer als Eigenleistung reduzierten Teil der Beförderungskette dar. Das für die Beförderungsleistung der DP AG zu entrichtende Entgelt ergibt sich aus dem um den sogenannten „Teilleistungsrabatt“ reduzierten Standard-Porto für die jeweils betroffenen Briefsendungen. Dabei wird der Rabatt jedoch nur dann gewährt, wenn bestimmte Mindestmengen von Briefsendungen eingeliefert werden. Die Konsolidierer bündeln Briefsendungen mehrerer (kleinerer) Absender, um die erforderlichen Mindestmengen zu erreichen, die für die Gewährung der Rabatte notwendig sind. Auf diese Weise können die Konsolidierer den Endkunden (Absendern) eine Senkung der Portokosten anbieten, wenn sie nur einen Teil der gewährten Rabatte zur Deckung ihrer Kosten und gegebenenfalls als Gewinn einbehalten.

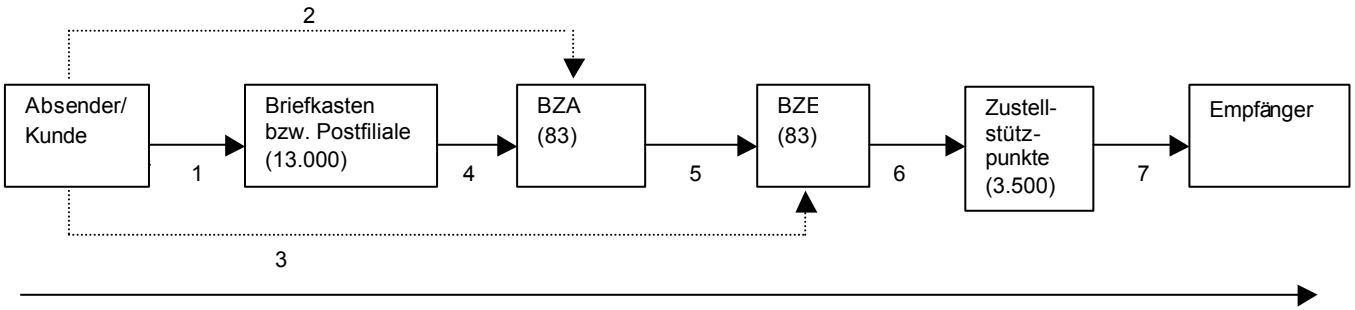
1. Die Briefbeförderungskette

Am Anfang der Briefbeförderungskette steht der Absender, der den Brief erstellt, druckt, kuvertiert und frankiert und ihn anschließend zum Versand bringt. Der private Absender bringt seinen Brief zum Briefkasten oder zur Postfiliale. Massenversender, die größere Briefmengen zu versenden haben, haben die Möglichkeit, diese Briefe zu sogenannten „Briefzentren“ (auch „Großannahmestellen“) der DP AG zu bringen, von denen es in Deutschland insgesamt 83 gibt. Jedes Briefzentrum ist einer oder mehreren Leitregionen (d.h. den ersten beiden Ziffern der insgesamt fünfstelligen Postleitzahl) zugeordnet. Das in der Leitregion des Absenders liegende Briefzentrum wird „Briefzentrum Abgang“ („BZA“) genannt, das in der Leitregion des Empfängers liegende Briefzentrum wird „Briefzentrum Eingang“ („BZE“) genannt. Diese Briefzentren haben eine Bündelungsfunktion, indem sie – als BZA – die ausgehenden Briefe aus der betreffenden Leitregion bündeln und für den Transport zu den anderen Leitregionen vorbereiten; die für Empfänger in der betreffenden Leitregion selbst bestimmten Briefe verbleiben im BZA, das insoweit mit dem BZE identisch ist. Aus anderen Leitregionen (BZA) eingehende Briefe, die an Empfänger in der betreffenden Leitregion adressiert sind, werden im Briefzentrum, das dann ebenfalls als BZE fungiert, auf die einzelnen Zustellstützpunkte weitersortiert, von wo aus der Brief anschließend – ggf. nach weiteren Sortiervorgängen – zum Empfänger gebracht wird (Zustellung).

In der Briefbeförderungskette finden zahlreiche Sortiervorgänge statt: Zunächst werden die Briefsendungen auf die ersten beiden Postleitzahlen, die „Leitregionen“ der Empfänger vorsortiert. Dieser Sortierungsschritt kann entweder im BZA oder aber von den einliefern-

den Massenversendern oder gewerblichen Postdienstleistern vorgenommen werden. Eine „Feinsortierung“ auf die verschiedenen Zustellstützpunkte findet im BZE statt. In den Zustellstützpunkten werden die Briefe nach den Zustellbezirken der jeweiligen Zusteller weitersortiert, die anschließend die Briefe ihres Zustellbezirks an die Empfänger austragen. Sämtlichen Sortiervorgängen ist jedoch gemeinsam, dass sie ausschließlich an Empfänger-Kriterien anknüpfen. Keiner der Sortiervorgänge in der Briefbeförderungskette erfolgt nach Absenderkriterien.

Schema 1: Graphische Darstellung der Briefbeförderungskette[5]



1 = Einlieferung des Briefes am Briefkasten bzw. bei der nächsten Postfiliale des Absenders

2 = (alternativ zu 1.) Einlieferung beim „Briefzentrum Abgang“ (BZA)

3 = (alternativ zu 1. bzw. 2.) Einlieferung beim „Briefzentrum Eingang“ (BZE)

4 = Transport vom Briefkasten/Postamt zum „Briefzentrum Abgang“ (BZA)

5 = Transport vom „Briefzentrum Abgang“ zum „Briefzentrum Eingang“ (BZE)

6 = Transport vom „Briefzentrum Eingang“ (BZE) zu den Zustellstützpunkten

7 = Transport vom Zustellstützpunkt zum Empfänger (Zustellung)

2. Die Praxis der DP AG

Die DP AG gewährt bereits in bestimmten Grenzen Teilleistungszugang und Teilleistungsrabatte. Voraussetzung für die Rabattgewährung ist grundsätzlich das Erbringen von Leistungen, die ansonsten von der DP AG erbracht werden müssten. Solche Leistungen sind das Vorsortieren der Sendungen nach Leitregionen (also nach den ersten beiden Ziffern der Postleitzahl des Empfängers), die Durchnummerierung der Sendungen sowie die Einlieferung der Sendungen bis zu einer bestimmten Uhrzeit. Für diese Leistungen werden von der DP AG Rabatte von 3% bis zu 21% gewährt, soweit bestimmte Mindestmengen von Sendungen eingeliefert werden. Die Sendungen können entweder beim BZA (Rabatte

[5] Ähnlich auch Kruse, Netzzugang und Wettbewerb bei Briefdiensten, S. 10 (Bl. 2651 Verfahrensakte).

von 3%-18% bei einer Mindesteinlieferungsmenge von 5000 Sendungen) oder beim BZE (Rabatte in Höhe von 21% bei einer Mindesteinlieferungsmenge von 500 Sendungen) eingeliefert werden.

Die Rabatte werden von der DP AG in Form einer Rückvergütung gewährt. Bei der Einlieferung der Briefsendungen ist an die DP AG zunächst das volle Beförderungsentgelt zu zahlen.[6] Sofern die eingelieferten Briefsendungen die Voraussetzungen für den Teilleistungszugang erfüllen, erstattet die DP AG bis spätestens 2 Wochen nach Ablauf des einmonatigen Abrechnungszeitraums den Teilleistungsrabatt.[7]

Für Sendungen oberhalb der (Gewichts-)Grenzen der Exklusivlizenz (hierzu sub III.1) gewährt die DP AG jedem Einlieferer unabhängig von seinem Status als „Kunde“ oder „Wettbewerber“ Teilleistungszugang. Unterhalb der (Gewichts-)Grenzen der Exklusivlizenz differenziert die DP AG bei der Gewährung von Teilleistungszugang jedoch danach, ob es sich bei dem Einlieferer um einen „Kunden“ oder um einen „Wettbewerber“ handelt. „Kunden“ gewährt die DP AG Teilleistungszugang für Sendungen aller Gewichtsklassen. „Kunden“ sind dabei solche Einlieferer, die *nicht gewerbsmäßig* Briefsendungen befördern und *eigene* Sendungen einliefern.

Im Rahmen der konkreten Vertragsgestaltung verwendet die DP AG daher die Begriffe „Kunde“ und „Absender“ synonym. Im Rahmen der Teilleistungsverträge für „Kunden“ (Absender) ist es den „Kunden“ (Absendern) zwar möglich, Postdienstleister mit der Vorsortierung und der Einlieferung der Sendungen zu betrauen. Die Teilleistungsrabatte für Sendungen unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz werden jedoch nur gewährt, wenn und soweit die *einzelnen* „Kunden“ (Absender), in deren Auftrag der Postdienstleister einliefert, einen Teilleistungsvertrag mit der DP AG abgeschlossen haben und bezogen auf die einzelnen „Kunden“ (Absender) jeweils die Mindestmengen erreicht werden, die für die Gewährung von Teilleistungsrabatten Voraussetzung sind. Die DP AG steht im Hinblick auf den Teilleistungszugang rechtlich in einem Vertragsverhältnis mit dem „Kunden“ (Absender), der Postdienstleister wird als „Erfüllungsgehilfe“ für den „Kunden“ (Absender) tätig. Im Innenverhältnis zwischen Absender und Postdienstleister besteht dann regelmäßig ein entgeltliches Auftragsverhältnis über die erforderliche Sortier- und Transportleistung. Die DP AG akzeptiert daher bereits eine Einlieferung von vorsortierten Briefsendungen bei den BZE und BZA durch gewerbliche Postdienstleister unabhängig von den Gewichtsgrenzen der Briefsendungen.

---

6 § 3 Abs. 3 i. V. m. § 4 AGB „Teilleistungen“ (Verfahrensakte Bl. 622 ff.)

7 § 4 Abs. 2 bzw. 3 der AGB „Teilleistungen“.

Die von der DP AG als „Wettbewerber“ bezeichneten Postdienstleister haben lediglich die Möglichkeit, Teilleistungsverträge für Sendungen oberhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz mit der DP AG abzuschließen. “Wettbewerber“ sind dabei „gewerbliche Postdienstleister, die Briefsendungen gewerbsmäßig für Dritte befördern“. Dabei kommt der Teilleistungsvertrag stets zwischen DP AG und Wettbewerber und nicht zwischen DP AG und den Absendern zustande, in deren Auftrag der Wettbewerber einliefert. Der Wettbewerber liefert „Briefsendungen ein, deren Beförderung er unmittelbar vertraglich vom Absender der Briefsendungen übernommen hat.“[8] Auch für diese Briefsendungen ist jedoch zunächst das volle Beförderungsentgelt an die DP AG zu zahlen. Der einliefernde Wettbewerber „gewährleistet den bedingungsgerechten Zustand der Briefsendungen und schuldet das aus der Freimachung resultierende Beförderungsentgelt“.[9] Die Erstattung des Teilleistungsrabattes an den Wettbewerber erfolgt nach den gleichen Bedingungen wie beim Teilleistungszugang für „Kunden“.

Unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz lehnt die DP AG den Abschluss von Teilleistungsverträgen mit Wettbewerbern ab. Somit haben Konsolidierer, die nach der Definition der DP AG als „Wettbewerber“ zu klassifizieren sind, nicht die Möglichkeit, Sendungen unterhalb der Gewichtsgrenzen zu bündeln und sie sodann gebündelt („konsolidiert“) und vorsortiert bei der DP AG einzuliefern, um auf diese Weise die erforderlichen Mindestmengen zu erreichen, die für die Gewährung von Rabatten erforderlich sind.

Zur Veranschaulichung der jeweiligen Vertragsgestaltung der DP AG und der jeweils gewährten Rabatte wird auf das folgende Schema verwiesen.

8 § 3 Abs. 6 AGB „Teilleistungen Wettbewerber“ (Verfahrensakte, Bl. 632).

9 § 4 Abs. 2 AGB „Teilleistungen Wettbewerber“.

Schema 2: Vertragsgestaltung und gewährte Rabatte der DP AG bei der Gewährung von Teilleistungszugang

	Vertragsgestaltung	Gewährte Rabatte
Briefsendungen		
Teilleistungsvertrag BZA „für Kunden“	- Einlieferung von mind. 5000 Sendungen - Vertragsgegenstand ist die Annahme, Sortierung und Zustellung aller Arten von Briefsendungen (keine Gewichtsbeschränkung), soweit der Kunde sie nicht gewerbsmäßig befördert und eigene Sendungen einliefert - Sendungen sind nach Leitregion (ersten beiden Ziffern der PLZ) vorsortiert - Einlieferung bis spätestens 15 Uhr bei BZA	3 % 5000-10.000 Sendungen 6 % 10.001-15.000 Sendungen 10 % 15.001-20.000 Sendungen 14 % 20.001-25.000 Sendungen 18 % ab 25.000 Sendungen
Teilleistungsvertrag BZE „für Kunden“	- Einlieferung von mind. 500 Sendungen - Sendungen sind an Empfänger innerhalb der Leitregion gerichtet (§ 3 II AGB) - Vertragsgegenstand ist die Annahme, Sortierung und Zustellung aller Arten von Briefsendungen (keine Gewichtsbeschränkung), soweit der Kunde sie nicht gewerbsmäßig befördert und eigene Sendungen einliefert - Einlieferung bis spätestens eine Stunde vor Ende der Öffnungszeiten des BZE	21 %
Teilleistungsvertrag BZA „für Wettbewerber“	- Einlieferung von mind. 5000 Sendungen - Vertragsgegenstand ist die Annahme, Sortierung und Zustellung von Briefen mit dem **Gewicht von 101-500g** („Großbrief“) bzw. **101-1000 g** („Maxibrief“), soweit das Unternehmen sie gewerbsmäßig für Dritte befördert - Sendungen sind nach Leitregion (ersten beiden Ziffern der PLZ) vorsortiert - Einlieferung bis spätestens 15 Uhr bei BZA	3 % 5000-10.000 Sendungen 6 % 10.001-15.000 Sendungen 10 % 15.001-20.000 Sendungen 14 % 20.001-25.000 Sendungen 18 % ab 25.000 Sendungen
Teilleistungsvertrag BZE „für Wettbewerber“	- Einlieferung von mind. 500 Sendungen - Sendungen sind an Empfänger innerhalb der Leitregion gerichtet (§ 3 II AGB) - Vertragsgegenstand ist die Annahme, Sortierung und Zustellung von Briefen mit dem **Gewicht von 101-500g** („Großbrief“) bzw. **101-1000 g** („Maxibrief“), soweit das Unternehmen sie gewerbsmäßig für Dritte befördert - Einlieferung bis spätestens eine Stunde vor Ende der Öffnungszeiten des BZE	21 %
Infopost-Sendungen		
Teilleistungsvertrag Infopost für Kunden	- Einlieferung von mind. 250 Sendungen - Sendungen sind an Empfänger innerhalb der Leitregion gerichtet (§ 3 II AGB) - Vertragsgegenstand ist die Annahme, Sortierung und Zustellung aller Arten von Briefsendungen (keine Gewichtsbeschränkung), soweit der Kunde sie nicht gewerbsmäßig befördert und eigene Sendungen einliefert - Einlieferung innerhalb der allgemeinen Öffnungszeiten der jeweiligen BZE	3 %
Teilleistungsvertrag Infopost für Wettbewerber	- Einlieferung von mind. 250 Sendungen - Sendungen sind an Empfänger innerhalb der Leitregion gerichtet (§ 3 II AGB) - Vertragsgegenstand ist die Annahme, Sortierung und Zustellung von Briefen in der **Gewichtsklasse 51-1000g** („Infopost Groß“) bzw. **51-1000 g** („Infopost Maxi“) - Sendungen sind nach Leitregion (ersten beiden Ziffern der PLZ) vorsortiert - Einlieferung innerhalb der allgemeinen Öffnungszeiten der jeweiligen BZE	3 %

Im Hinblick auf die physisch erbrachte Leistung führt diese Praxis der Gewährung von Teilleistungszugang für Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz zu folgendem Ergebnis: Wettbewerber der DP AG können diese Briefsendungen gewerbsmäßig zum BZA/BZE **transportieren**. Dabei kann ein einzelner Transportvorgang auch Briefsendungen mehrerer Absender umfassen. Die Wettbewerber der DP AG können diese Briefsendungen auch nach Leitregionen **sortieren**. Der Sortiervorgang muss jedoch für jeden einzelnen Absender getrennt erfolgen. Denn den Wettbewerbern ist es nicht gestattet, die Briefsendungen mehrerer Absender zu **mischen** („konsolidieren"), um diese Sendungen anschließend zu sortieren und zum BZA/BZE zu transportieren. Die DP AG behält sich mithin vor, für Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz das einzige Unternehmen in Deutschland zu sein, das vor einem Sortiervorgang die Briefsendungen mehrerer Absender mischen (konsolidieren) kann. Für Briefe oberhalb der maßgeblichen (Gewichts-)Grenzen können hingegen auch andere Postdienstleister diese Konsolidierungsleistungen erbringen.

Im Hinblick auf die konkrete Vertragsgestaltung führt die Praxis der DP AG dazu, dass die DP AG das einzige Unternehmen in Deutschland ist, das für Briefe unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz mit dem Absender unmittelbare Verträge über die Beförderung der Sendungen zum Empfänger abschließen kann. Im Bereich der Exklusivlizenz erhebt die DP AG mithin nicht nur den Anspruch, dass die physische Beförderung bestimmter Briefsendungen ab bestimmten Zugangspunkten des Postnetzes für sie reserviert sei, sondern dass auch der **Abschluss von Verträgen mit dem Absender** über die Beförderung solcher Sendungen zum Empfänger ausschließlich ihr vorbehalten ist.

Obwohl die DP AG mit „Wettbewerbern" nur Teilleistungsverträge für Sendungen oberhalb der Gewichtsgrenze der Exklusivlizenz schließt, hat sie im August 2003 Teilleistungsverträge mit der PostCon Deutschland e.G. geschlossen. Die DP AG hat die PostCon als „Kunden" und nicht als „Wettbewerber" eingestuft und ihr Teilleistungszugang unabhängig von dem Gewicht der Sendungen gewährt.

Die PostCon ist in Form einer Genossenschaft im Postmarkt tätig. Sie wurde zu dem Zweck gegründet, die Portokosten ihrer Mitglieder bei der Beförderung von Standard-, Kompakt- und Großbriefen zu senken. Dies geschieht im Wesentlichen durch die Erbringung von teilleistungsrelevanten Eigenleistungen für die Briefsendungen ihrer Mitglieder und durch die Ausschüttung der durch den Geschäftsbetrieb erwirtschafteten Überschüsse

nach dem System der genossenschaftlichen Rückvergütung (§ 44 der Satzung der PostCon). In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der PostCon heißt es unter 2. (3): „PostCon führt die teilleistungsfähigen Sendungen des Kunden mit den Sendungen anderer Kunden zusammen, nachfolgend „Konsolidierung“, und liefert diese zur weiteren Beförderung und Auslieferung an den Adressaten bei der DP AG ein“. Die PostCon ist daher derzeit neben der DP AG das einzige Unternehmen in Deutschland, das unterhalb der (Gewichts-)Grenzen der Exklusivlizenz Briefsendungen mehrer Absender vor der Sortierung nach Leitregionen und dem Transport zu den Briefzentren „mischen“ (konsolidieren) kann und für diese konsolidierten Sendungsvolumina von der DP AG Teilleistungsrabatte erhält. Sie ist damit neben der DP AG auch das einzige Unternehmen in Deutschland, das mit Absendern Verträge über die Beförderung von Briefen unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz zum Empfänger abschließen kann. Unter 1.(2) der AGB der PostCon heißt es dementsprechend ohne Einschränkungen im Hinblick auf das Einzelgewicht der Sendungen: „Verträge über die Beförderung von Sendungen [...] kommen durch Aufnahme des Kunden in die Genossenschaft oder durch gesonderte Vereinbarung einer Testphase zustande.“

III. Gang des Verfahrens

Beim Bundeskartellamt, bei der RegTP sowie bei der Europäischen Kommission sind seit dem Jahre 2003 vermehrt Beschwerden von Postdienstleistungsunternehmen gegen die DP AG eingegangen, die sich gegen die Weigerung der DP AG richteten, Konsolidierern im Hinblick auf Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenzen der gesetzlichen Exklusivlizenz Teilleistungszugang und Teilleistungsrabatte zu gewähren.

Im Einzelnen haben beim Bundeskartellamt die Deniz Intelligente Dienstleistungen, Bremen („DID“) am 17.6.2003 und die PIN intelligente dienstleistungen AG („PIN“) am 11.6.2004 Beschwerde eingelegt. Bei der RegTP ist am 13.1.2004 eine Beschwerde der IHK Gesellschaft für Informationsverarbeitung mbH („IHK-Gfl“) eingegangen, die zwischenzeitlich nach Auskunft der RegTP wieder zurückgenommen worden ist. Bei der Kommission ist eine Beschwerde des Bundesverbands Internationaler Expess- und Kurierdienste e.V. („BIEK“) vom 6.5.2004 eingegangen. Die Kommission ist mit dem Bundeskartellamt darin übereingekommen, dass sämtliche Missbrauchsverfahren gemäß Art. 82 EG gegen die DP AG ausschließlich vom Bundeskartellamt im Rahmen seiner Zuständigkeit gemäß Art. 5 VO 1/2003 verfolgt werden sollen. Die Kommission hat dem Bundeskar-

tellamt mit Schreiben vom 6.8.2004 die Beschwerde des BIEK (COMP/C-1/39.057 – BIEK/DPAG) daher zur weiteren Bearbeitung übersandt.[10]

Der DP AG ist vom Bundeskartellamt mit Schreiben vom 12.5.2004 erstmals Gelegenheit gegeben worden, zu den Beschwerden Stellung zu nehmen. Von dieser Gelegenheit hat die DP AG mit Schreiben vom 4.6.2004 Gebrauch gemacht. Mit Schreiben vom 28.7.2004 hat die Beschlussabteilung der DP AG mitgeteilt, dass gegen sie ein Missbrauchsverfahren gem. §§ 32, 50 GWB i.V.m. §§ 19 ff. GWB, Art. 82 EG eingeleitet wurde. Sie hat die DP AG mit Schreiben vom 26.8.2004 um weitere Informationen, insbesondere im Hinblick auf den der „PostCon Deutschland e.G." gewährten Teilleistungszugang, gebeten. Die DP AG hat daraufhin durch ihren Verfahrensbevollmächtigten mit Schreiben vom 1.9.2004 Einsicht in die Verfahrensakte beantragt, die ihr am 10.9.2004 gewährt worden ist. Mit Schreiben vom 17.9.2004 hat die DP AG das Schreiben des Bundeskartellamts vom 26.8.2004 beantwortet. In diesem Rahmen hat sie zu den aufgeworfenen Rechtsfragen, auch durch die Vorlage von Gutachten, umfassend Stellung genommen. Das Bundeskartellamt hat der DP AG mit Schreiben vom 29.10.2004 mitgeteilt, dass es beabsichtigt, der DP AG die Verweigerung des Teilleistungszugangs und von Teilleistungsrabatten für Konsolidierer von Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz gemäß § 32 GWB i.V.m. § 20 Abs. 1 GWB und Art. 82 EG zu untersagen („Abmahnschreiben").[11]

Die DP AG hat mit Schreiben vom 15.12.2004 Stellung zu dem Abmahnschreiben genommen. In dieser Stellungnahme vertritt die DP AG die Auffassung, dass sie Konsolidierern Teilleistungszugang und Teilleistungsrabatten für Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz nicht gewähren müsse. Ihr stehe das ausschließliche Recht zu, gewerbsmäßig Briefe vom Absender bis zum Empfänger zu befördern. Dies ergebe sich aus dem deutschen PostG, das auch europarechtskonform sei.[12]

Das Abmahnschreiben ist der Europäischen Kommission am 29.10.2004 gemäß Art. 11 Abs. 4 VO 1/2003 zur Stellungnahme übermittelt worden. Die Kommission hat zu dem Abmahnschreiben mündlich Stellung genommen und hat das Verfahren des Bundeskartellamts – auch vor dem Hintergrund des von ihr geführten Verfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland (dazu noch unten unter IV.1) - ausdrücklich begrüßt.

Das Abmahnschreiben ist der RegTP am 29.10.2004 übersandt worden und ihr ist Gelegenheit zur Stellungnahme gemäß § 48 PostG gegeben worden. Die RegTP hat mit

---

10 Bl. 4573 der Verfahrensakte.
11 Bl. 1395 ff. Verfahrensakte.
12 S. Bl 2504 ff. Verfahrensakte.

Schreiben vom 6.12.2004 Stellung zu dem Abmahnschreiben genommen. In diesem Schreiben hat sie keinen Einspruch gegen das Verfahren des Bundeskartellamts erhoben. Insbesondere hat sie keine Bedenken gegen eine Zuständigkeit des Bundeskartellamts geäußert.[13]

Mit Beschlüssen vom 25.11.2004 hat das Bundeskartellamt gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB die PIN, die DID, die CITIPOST Gesellschaft für Kurier- und Postdienstleistungen („CITIPOST“) sowie die PostCon zu dem Verfahren beigeladen. Mit Beschlüssen vom 30.11.2004 hat die Beschlussabteilung weiterhin die WPS Westdeutscher Postservice GmbH („WPS“), die Maximail GmbH & Co. KG („Maximail“) sowie mit Beschluss vom 28.12.2004 den Bundesverband Internationaler Express- und Kurierdienstleister e.V. („BIEK“) beigeladen. Die Beigeladenen haben mit Schriftsätzen vom 14.12.2004 (CITIPOST, WPS und Maximail), 29.12.2004 (PIN AG), 30.12.2004 (PostCon) sowie 6.1.2005 (BIEK und DID) zu dem Abmahnschreiben der Beschlussabteilung Stellung genommen. Die Beigeladenen weisen in ihren Stellungnahmen insbesondere auf die wirtschaftlichen Einbußen hin, die ihnen durch das Verhalten der DP AG entstehen. Die PostCon hat geltend gemacht, dass sie nicht gewerbsmäßig tätig sei und ihr deswegen zu Recht Teilleistungszugang gewährt werde.[14] Zu den Stellungnahmen der Beigeladenen hat die DP AG mit Schreiben vom 20.1.2005 und 4.2.2005 ihrerseits nochmals Stellung genommen.

IV. Parallele Verfahren anderer Behörden und Gerichte

1. Verfahren vor der Kommission gemäß Art. 86 EG

Auf der Grundlage einer Beschwerde des Bundesverbands der Kurier-Express-Post Dienste e. V. (BdKEP) hat die Europäische Kommission Mitte 2003 gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Verfahren gemäß Art. 86 in Verbindung mit Art. 82 EG eingeleitet. Im Rahmen dieses Verfahrens hat die Kommission überprüft, ob die Bundesrepublik Deutschland durch den Erlass von § 51 PostG gegen europäisches Wettbewerbsrecht verstoßen hat. Am 20.10.2004 hat die Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland eine Entscheidung gemäß Art. 86 Abs. 3 EG erlassen.[15] Die Kommission hat entschieden, dass §51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG insoweit gegen das Verbot des Art. 86 Abs. 1 EG in Verbindung mit Art. 82 EG verstoße, als dass diese Bestimmung gewerbsmäßige Postdienstleister, unabhängig davon, ob sie als Eigenbeförderungsmittler für einen einzi-

13 Schreiben der RegTP vom 6.12.2004 (Bl. 2446 Verfahrensakte).
14 Schreiben der PostCon vom 30.12.2004 (Bl. 2618 Verfahrensakte).
15 Diese Entscheidung ist dieser Verfügung als Anlage 1 beigefügt.

gen Absender oder als Konsolidierer für mehrere Kunden auftreten, daran hindere, mengenabhängige Entgeltermäßigungen für die Einlieferung von Postsendungen zu erhalten.[16] Der Bundesrepublik Deutschland ist aufgegeben worden, die Kommission innerhalb von zwei Monaten ab der Zustellung der Entscheidung über die von ihr geplanten Maßnahmen zur Beseitigung dieses Verstoßes zu unterrichten.

Die Bundesrepublik Deutschland ist dieser Verpflichtung innerhalb der gesetzten Frist nicht nachgekommen. Sie hat am 22.12.2004 Klage gegen die Entscheidung der Kommission bei dem Europäischen Gericht 1. Instanz eingelegt. Sie beantragt ein beschleunigtes Verfahren gemäß Art. 76 a § 1 der Verfahrensordnung EuG und beantragt, die Entscheidung der Kommission für nichtig zu erklären. Neben der Bundesrepublik Deutschland hat auch die DP AG gemäß Art. 230 Abs. 4 EG Klage bei dem Europäischen Gericht 1. Instanz erhoben. Von der Möglichkeit, im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes die Aussetzung der sofortigen Vollziehung gem. Art. 242 EG zu beantragen, hat weder die Bundesrepublik Deutschland noch die DP AG Gebrauch gemacht.

2. Verwaltungsgerichtsverfahren in Sachen „mdm Versandservice/RegTP“

In einem laufenden Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Köln („mdm Versandservice/RegTP“, Az. 22 K 7266/01) geht es ebenfalls um die Frage, inwieweit Konsolidierern für Sendungen unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz Zugang zu Teilleistungen gewährt werden muss. Dem Verfahren zugrunde liegt eine Beschwerde, mit der sich die Firma mdm Versandservice GmbH („mdm“) gegen einen Beschluss der RegTP wendet, mit dem ein Antrag der mdm auf Anordnung des Teilleistungszugangs zurückgewiesen worden war. Die RegTP hatte den Antrag unter anderem mit Hinweis auf den Beschluss des VG Köln im Verfahren Europost Common Mail[17] abgelehnt und ausgeführt, dass es sich „bei der Vorsortierung und Einlieferung der Postsendungen zwar um teilleistungsrelevante Vorleistungen handele“.[18] Inhabern einer Lizenz gemäß § 51 S. 2 Nr. 5 PostG stünde jedoch kein Anspruch auf Zugang zu Teilleistungen gemäß § 28 PostG zu. Das Verwaltungsgericht Köln, bei dem der Rechtsstreit seit dem 4.10.2001 anhängig ist, hat das Verfahren mit Beschluss vom 30.6.2004 ausgesetzt, um den EuGH bezüglich der Auslegung der RL 97/67/EG um Vorabentscheidung einer Vorlagefrage zu bitten. Im Kern geht es um die Frage, ob Art. 12, 5. Spiegelstrich i.V.m. Art. 7 Abs. 1 RL 97/67/EG dahin auszulegen

---

16 Entscheidung veröffentlicht im Internet unter www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38745/de.pdf

17 S. unten sub A V.1 (S. 16).

18 Bl. 875a) ff. Verfahrensakte.

ist, dass Konsolidierern zu den gleichen Konditionen Teilleistungszugang gewährt werden muss wie Massenversendern, wenn und soweit einzelnen Massenversendern Teilleistungszugang und Teilleistungsrabatte gewährt werden.[19]

V. Rechtliche Rahmenbedingungen

1. Die Rechtslage in Deutschland

In Deutschland sind die Grundlagen der Briefbeförderung im PostG geregelt, das im Zuge der Liberalisierung des deutschen Postmarktes am 1.1.1998 in Kraft getreten ist.[20] Der bis dahin nahezu ausschließlich der Deutschen Bundespost POSTDIENST vorbehaltene Briefmarkt wurde teilweise auch für andere Anbieter geöffnet. Für die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen bis 1.000 g ist nach §§ 5 ff. PostG eine Lizenz der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post („RegTP") erforderlich. Der Gesetzgeber hat der DP AG in § 51 Abs. 1 S. 1 PostG als „Übergangsregelung" eine befristete Exklusivlizenz gewährt. Diese gab der DP AG zunächst bis zum 31.12.2002 das ausschließliche Recht, Briefsendungen und adressierte Kataloge mit einem Gewicht von weniger als 200 g[21] gewerbsmäßig zu befördern. Die Exklusivlizenz ist im Herbst 2001 durch das „Erste Gesetz zur Änderung des Postgesetzes" bis zum 31.12.2007 verlängert worden.[22] Nach einer weiteren Gesetzesänderung aus dem Jahr 2002[23] gilt die Exklusivlizenz nun bis zum 31.12.2005 für Briefsendungen bis 100 g und für den Zeitraum vom 1.1.2006 bis zum 31.12.2007 für Briefsendungen bis 50 g. Die Exklusivlizenz umfasst ferner die Beförderung von „inhaltsgleichen"[24] Briefsendungen mit einem Gewicht bis zu 50 g, sofern die eingelieferte Menge 50 Sendungen unterschreitet (sog. „Infopost", vgl. § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 PostG). Zusätzlich gelten gewisse Preisgrenzen. Da es hierauf für die rechtliche Wertung

---

19 Die Vorlagefrage des Verwaltungsgerichts lautet wörtlich: „Ist Art. 47 Abs. 2 i.V.m. Art. 95 EGV i.V.m. Art. 12, 5. Spiegelstrich i. V. m. Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 97/67/EG in der Fassung der Richtlinie 2002/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates dahin auszulegen, dass dann, wenn ein Anbieter von Universaldienstleistungen Sondertarife für Geschäftskunden anwendet, die Postsendungen an anderen Punkten der Beförderungskette als den Zugangspunkten vorsortiert in das Postnetz geben, der Anbieter von Universaldienstleistungen verpflichtet ist, diese Sondertarife auch gegenüber Unternehmen anzuwenden, die Postsendungen beim Absender abholen und diese am selben Zugangspunkt und zu denselben Bedingungen wie Geschäftskunden vorsortiert in das Postnetz geben, ohne dass der Anbieter von Universaldienstleistungen dies mit Rücksicht darauf verweigern darf, dass er zur Erbringung von Universaldienstleistungen verpflichtet ist?" (s. Pkt. 2 des Beschlusses); vgl. Bl. 869 ff. Verfahrensakte.

20 BGBl. 1997 I, S. 3294.

21 Bzw. einem Einzelpreis bis zum Fünffachen des am 31.12.1997 geltenden Preises für entsprechende Postsendungen der untersten Gewichtsklasse.

22 Erstes Gesetz zur Änderung des Postgesetzes vom 2.9.2001, BGBl. 2001 I, S. 2271.

23 Drittes Gesetz zur Änderung des Postgesetzes vom 16.8.2002, BGBl. 2002 I, S. 3218

24 S. Definition „inhaltsgleicher Sendungen" in § 51 Abs. 2 PostG.

im Detail nicht ankommt, wird im Folgenden aus Vereinfachungsgründen lediglich auf die festgelegten Gewichtsgrenzen Bezug genommen.

Sachlich umfasst ist von der Exklusivlizenz die „gewerbsmäßige **Beförderung**“ von Briefsendungen. **„Beförderung“** ist gemäß der Definition in § 4 Nr. 3 PostG „das **Einsammeln, Weiterleiten oder Ausliefern** von Postsendungen an den Empfänger“.

Ausnahmen von der Exklusivlizenz des § 51 Abs. 1 S. 1 PostG gelten für die in § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-8 PostG genannten Fallgruppen. Die dort aufgeführten Leistungen dürfen von Dritten erbracht werden, soweit sie von der RegTP gemäß § 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 PostG eine Lizenz für die Dienstleistung erhalten haben. Gemäß § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG gilt die Exklusivlizenz nicht für „denjenigen, der Briefsendungen im Auftrage des Absenders bei diesem abholt und bei der *nächsten* Annahmestelle der DP AG oder bei einer anderen Annahmestelle der DP AG *innerhalb derselben Gemeinde* einliefert“.

Die DP AG ist als marktbeherrschendes Unternehmen gemäß § 28 Abs. 1 PostG unter bestimmten Bedingungen dazu verpflichtet, Teile der von ihr erbrachten Beförderungsleistungen (sog. „Teilleistungen“) gesondert anzubieten. Diese Teilleistungspflicht besteht unter bestimmten Voraussetzungen auch gegenüber anderen Anbietern von Postdienstleistungen.[25] In wirtschaftlicher Hinsicht ist die Teilleistungsverpflichtung der DP AG der Verpflichtung gleichzusetzen, konkurrierenden Anbietern von Briefbeförderungsleistungen den Zugang zu den Infrastruktureinrichtungen und mithin zu dem Briefbeförderungsnetz der DP AG zu gewähren. Der Zugang wird in der Weise gewährt, dass die konkurrierenden Briefbeförderungsunternehmen Briefsendungen an bestimmten Zugangspunkten des Briefbeförderungsnetzes der DP AG einliefern können und für die Weiterbeförderung der Sendungen ein Entgelt zu entrichten haben, das um einen sogenannten Teilleistungsrabatt gegenüber dem Standardentgelt für die Beförderung dieser Briefsendung reduziert wird. Die Höhe der Teilleistungsrabatte muss gemäß § 28 Abs. 2 S. 1 PostG von der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation („RegTP“) genehmigt werden. Dabei müssen die „anteiligen Kosten der gesamten Beförderungskette angemessen berücksichtigt werden.“ (§ 28 Abs. 2 S. 3 PostG). Die von der DP AG derzeit angewendeten Rabatt-

[25] § 28 Abs. 1 PostG: „Ist ein Lizenznehmer auf einem Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen marktbeherrschend, so hat er, soweit dies nachgefragt wird, auf diesem Markt Teile der von ihm erbrachten Beförderungsleistungen gesondert anzubieten, sofern ihm das wirtschaftlich zuzumuten ist. Gegenüber *einem anderen Anbieter von Postdienstleistungen* besteht die Verpflichtung nach Satz 1 nur dann, wenn das nachfragende Unternehmen nicht marktbeherrschend ist und wenn ansonsten Wettbewerb auf dem selben oder einem anderen Markt unverhältnismäßig behindert würde. Der Lizenznehmer darf die Teilleistung verweigern, wenn hierdurch die Funktionsfähigkeit seiner Einrichtungen oder die Betriebssicherheit gefährdet würde oder im Einzelfall die vorhandenen Kapazitäten für die nachgefragte Leistung erschöpft sind.“

staffeln entsprechen den von der RegTP auf dieser gesetzlichen Grundlage angeordneten Mengenstufen und Prozentsätzen.

Die DP AG hat sich unter Berufung auf § 51 Abs. 1 S. 1 PostG bisher geweigert, Konsolidierern für Sendungen unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz Teilleistungszugang zu gewähren. Das Verwaltungsgericht Köln hat die Rechtsauffassung der DP AG im Rahmen einer Eilentscheidung zunächst mit der Begründung bestätigt, dass gewerblichen Postdienstleistern ein Zugang zu Teilleistungen im der DP AG vorbehaltenen Bereich nicht zu gewähren sei.[26] Es hat in einem Beschluss die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen einen Beschluss der RegTP vom 12.3.2001 (BK 5a-01/004) hergestellt. Mit diesem Beschluss hatte die RegTP die DP AG dazu verpflichtet, der Europost Common Mail GmbH unabhängig vom Gewicht der eingelieferten Sendungen bestimmte Teilleistungen gemäß §§ 31 Abs. 2, 28 Abs. 1 PostG gesondert anzubieten. Das Verwaltungsgericht Köln hatte Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Beschlusses der RegTP. Es war der Auffassung, dass gewerblichen Postdienstleistern ein Zugang zu Teilleistungen im der DP AG vorbehaltenen Bereich nicht zu gewähren sei. Das Verwaltungsgericht sah in der Anordnung der RegTP einen Verstoß gegen die gesetzliche Exklusivlizenz, da Europost „gewerbsmäßig" tätig sei. Da die RegTP in ihrer Anordnung keine Gewichtsuntergrenzen angegeben hatte, sah das Gericht die Gefahr, dass die Exklusivlizenz der DP AG unterlaufen werde. Die Beschwerde gegen den Beschluss des VG Köln beim OVG Münster wurde zurückgenommen. Das vor dem Verwaltungsgericht Köln anhängige Hauptsacheverfahren ist für erledigt erklärt worden; eine Entscheidung in der Hauptsache ist nicht ergangen.

Das VG Köln sieht jedoch die Frage der „Gewerbsmäßigkeit" der Postdienstleistung im aktuellen Verfahren „mdm Versandservice/RegTP"[27] nicht mehr als entscheidungserheblich an: Bei der mdm Versandservice GmbH handelt es sich wie bei der Europost Common Mail GmbH unstreitig um einen gewerblichen Anbieter von Briefbeförderungsleistungen. Das VG Köln hat dennoch davon abgesehen, in Fortführung seiner Eilentscheidung im Fall „RegTP/Europost Common Mail" die Beschwerde der mdm Versandservice mit der Begründung zurückzuweisen, dass mdm „gewerbsmäßig" tätig und der Antrag auf Teilleistungszugang durch die RegTP daher zu Recht abgelehnt worden sei. Das Gericht hat mithin die in der Eilentscheidung im Fall „RegTP/Europost Common Mail" entwickelte Rechtsauffassung aufgegeben und – wie die dem EuGH vorgelegte Fragestellung belegt –

---

26 Beschluss des VG Köln vom 29.5.2003, Az. 22 L 725/01 („DP AG/RegTP"), Bl. 186 ff. Verfahrensakte.

27 S. oben sub A IV.2. (S. 13)

nicht mehr entscheidend auf das Merkmal der „Gewerbsmäßigkeit“ des Postdienstleisters abgestellt.

2. Die Postdienste-RL 97/67/EG

Auf europäischer Ebene sind die Grundlagen der Briefbeförderung durch die Postdienste-Richtlinie 97/67/EG[28] geregelt worden, die nachträglich durch die Richtlinie 2002/39/EG[29] und die Verordnung Nr. 1882/2003[30] modifiziert wurde.[31] Gemäß Art. 7 Abs. 1 RL können die Mitgliedstaaten – soweit dies für die Aufrechterhaltung des Universaldienstes notwendig ist – dem Anbieter von Universaldienstleistungen „die Abholung, das Sortieren, den Transport und die Zustellung“ von Briefsendungen unterhalb bestimmter Gewichtsgrenzen reservieren.[32] **„Abholung“** ist gemäß Art. 2 Nr. 4 RL 97/67/EG „das **Einsammeln** der Postsendungen **an Zugangspunkten**“. **„Zugangspunkte“** sind gemäß Art. 2 Nr. 3 RL „die **Einrichtungen,** einschließlich der für die Allgemeinheit bestimmten Postbriefkästen auf öffentlichen Wegen oder in den Räumlichkeiten des Anbieters von Universaldienstleistungen, **wo die Kunden ihre Postsendungen in das öffentliche Postnetz geben können**.“ Der Begriff des **„Kunden“** (englische Textfassung: „customer“; französische Textfassung: „client“) wird in der Richtlinie nicht definiert. Als **„Absender“** (englische Textfassung: „sender“; französische Textfassung: „expediteur“) ist legaldefiniert die „natürliche oder juristische Person, die **Urheber der Postsendung** ist“ (Art. 2 Nr. 16 RL 97/67/EG).

Art. 12 der RL 97/67/EG regelt die Grundsätze für die Festsetzung von Tarifen. Gemäß dem 4. und 5. Spiegelstrich müssen die Tarife diskriminierungsfrei sein:

> „Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die Tarife für die einzelnen Universaldienstleistungen folgenden Grundsätzen entsprechen: Die Tarife müssen transparent und nichtdiskriminierend sein; *wenn* Anbieter von Universaldienstleistun-

---

28 „Richtlinie 97/67/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 15.9.1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstequalität“, ABlEG 1998 L, 15/14 ff. (Bl. 175 ff Verfahrensakte).

29 „Richtlinie 2002/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10.6.2002 zur Änderung der Richtlinie 97/67/EG im Hinblick auf die weitere Liberalisierung des Marktes für Postdienste in der Gemeinschaft“, ABlEG 2002, L 176/21 ff.

30 „Verordnung (EG) Nr. 1882/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.9.2003“, ABlEG L 284/1 ff.

31 Soweit nicht anders gekennzeichnet, wird die „RL 97/67/EG“ im Folgenden in ihrer aktuell gültigen Fassung zitiert.

32 Art. 7 Abs. 1 (konsolidierte) RL 97/67/EG: „Soweit es für die Aufrechterhaltung des Universaldienstes notwendig ist, kann jeder Mitgliedstaat Dienste für Anbieter von Universaldienstleistungen reservieren. Diese Dienste beschränken sich auf die Abholung, das Sortieren, den Transport und die Zustellung von Inlandsbriefsendungen und eingehenden grenzüberschreitenden Briefsendungen, entweder als beschleunigte oder als normale Zustellung, innerhalb der beiden nachfolgend genannten Preis- und Gewichtsgrenzen. Die Gewichtsgrenze beträgt ab 1. Januar 2003 100 Gramm und ab 1. Januar 2006 50 Gramm (...).“

gen *Sondertarife* anwenden, *beispielsweise für Dienste für Geschäftskunden, Massenversender oder Konsolidierer von Postsendungen verschiedener Kunden*, so gelten die *Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung* sowohl für die Tarife als auch für die entsprechenden Bedingungen. Die Tarife tragen den im Vergleich zu dem allumfassenden Standarddienst einschließlich Einsammeln, Transport, Sortierung und Zustellung einzelner Sendungen eingesparten Kosten Rechnung und gelten, ebenso wie die entsprechenden Bedingungen, sowohl im Verhältnis zwischen verschiedenen Dritten als auch im Verhältnis zwischen Dritten und Universaldienstleistern, die gleichwertige Dienste anbieten. Alle derartigen Tarife werden auch privaten Kunden gewährt, die Sendungen unter vergleichbaren Bedingungen einliefern." [Hervorhebung hinzugefügt]

Art. 12, 5. Spiegelstrich, der erst durch die Richtlinie 2002/39/EG eingefügt wurde, beruht auf folgendem Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2002/39/EG:

„Die Anbieter von Universaldienstleistungen bieten z.B. *Geschäftskunden, Konsolidierern von Postsendungen für verschiedene Kunden und Massenversendern* in der Regel Dienste an, die es ihnen ermöglichen, ihre Post im Vergleich zur normalen Briefpost *an anderen Punkten* und zu anderen Bedingungen *in den Postgang* zu geben. *Dabei sollten die Universaldienstanbieter* sowohl im Verhältnis zwischen den Dritten als auch im Verhältnis zwischen Dritten und Universaldienstanbietern mit gleichwertigen Diensten die *Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung beachten*. Solche Dienste sollten auch privaten Kunden, die Sendungen unter vergleichbaren Bedingungen einliefern, zur Verfügung stehen, da es bei der Erbringung von Dienstleistungen nicht zu Diskriminierungen kommen darf." [Hervorhebung hinzugefügt]

B.

Die unter Punkt A. geschilderte Praxis der DP AG ist als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verboten. Das Bundeskartellamt ist für die Überprüfung des beanstandeten Verhaltens nach § 20 GWB und Art. 82 EG zuständig (hierzu sub I.). Verfahrensrechtliche Hindernisse für den Erlass einer Untersagungsentscheidung sind nicht ersichtlich (sub II.). Das beanstandete Verhalten der DP AG verstößt gegen das Missbrauchsverbot des § 20 Abs. 1 GWB (sub III.). Es ist ferner als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung im Sinne des Art. 82 EG zu qualifizieren (sub IV.). Die Untersagung des beanstandeten Verhaltens gemäß § 32 GWB ist in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens geboten (sub V.).

I. Zuständigkeit des Bundeskartellamts

1. Zuständigkeit zur Anwendung des GWB

Das Bundeskartellamt ist für die Überprüfung des beanstandeten Verhaltens nach § 20 Abs. 1 GWB in Verbindung mit §§ 48 Abs. 2, 32 GWB zuständig (sub a)). Die Befugnisse der Regulierungsbehörde gemäß § 32 Abs. 2 i.V.m. § 32 Abs. 1 PostG stehen einer Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamts nicht entgegen (sub b)).

a) Zuständigkeit gemäß § 48 Abs. 2 GWB

Das Bundeskartellamt ist für die Überprüfung des beanstandeten Verhaltens nach § 20 Abs. 1 GWB gemäß § 48 Abs. 2 GWB zuständig. Gemäß § 48 Abs. 2 GWB nimmt das Bundeskartellamt die im GWB der Kartellbehörde übertragenen Aufgaben und Befugnisse wahr, wenn die Wirkung der Marktbeeinflussung oder des diskriminierenden Verhaltens über das Gebiet eines Bundeslandes hinausreicht. Da die DP AG die Verweigerung des Teilleistungszugangs und der Teilleistungsrabatte für Konsolidierer von Sendungen unterhalb der Gewichtsgrenze der Exklusivlizenz deutschlandweit praktiziert, reicht die Wirkung der Marktbeeinflussung oder des diskriminierenden Verhaltens über das Gebiet eines Bundeslandes hinaus.

b) Zuständigkeit zur Anwendung des GWB im Postsektor

Die Befugnisse der RegTP gemäß § 32 PostG schließen ein Tätigwerden des Bundeskartellamts nicht aus.

Nach § 32 PostG führt die Regulierungsbehörde gegenüber einem marktbeherrschenden Anbieter von Postdienstleistungen eine *besondere* Missbrauchsaufsicht. Die Missbrauchsaufsicht gemäß § 32 PostG ist ausweislich der Gesetzesbegründung eine „spezialgesetzliche *Ergänzung* zu dem allgemeinen Verbot der Wettbewerbsbeschränkung und Diskriminierung, das in den §§ 22 und 26 GWB [a.F.] enthalten ist“ (BT-Drucksachen 13/7774, S. 28). Gemäß § 2 Abs. 3 PostG bleibt das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von den Bestimmungen des Postgesetzes unberührt. Schließlich sieht § 48 PostG eine enge Zusammenarbeit der RegTP mit dem Bundeskartellamt vor; gemäß § 48 S. 3 PostG i.V.m. § 23 S. 3 TKG (§ 82 S. 4 TKG a.F.) hat das Bundeskartellamt vor Abschluss von Verfahren nach den §§ 19, 20 GWB der RegTP Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Diese Regelung wäre nicht erforderlich, wenn die RegTP für die Missbrauchsaufsicht im Postsektor eine umfassende Spezialzuständigkeit besäße. Die RegTP hat in ihrer Stellungnahme vom 6.12.2004 keine Einwände gegen das Verfahren des Bundeskartellamts erhoben. Sie hat insbesondere nicht die Auffassung vertreten, dass das Bundeskartellamt zur Missbrauchsaufsicht nicht zuständig sei.[33]

Die DP AG ist der Auffassung, dass das Bundeskartellamt aufgrund der Spezialzuständigkeit der RegTP gemäß §§ 32 und 28 PostG für die Missbrauchsaufsicht im Postsektor nicht zuständig sei. Sie stützt sich hierbei auf die Gesetzesbegründung und die Systematik des PostG. Sie behauptet, es bestehe in der Literatur Einigkeit dahingehend, dass innerhalb des 6. Abschnitts des PostG und damit auch hinsichtlich des Teilleistungszuganges keine Missbrauchsaufsicht nach dem GWB stattfinde. Eine solche Einigkeit sieht das Bundeskartellamt angesichts zahlreicher anderer Stimmen in der Literatur[34] nicht. Der Streit kann jedoch in vorliegendem Fall dahinstehen. Denn selbst wenn man die Ansicht vertrete, dass für den Bereich der Gewährung des Teilleistungszugangs gemäß § 28 PostG die Missbrauchsaufsicht nach § 32 PostG lex specialis zu den §§ 19, 20 GWB sei, besäße das Bundeskartellamt gemäß Art. 5 der VO 1/2003 i.V.m. § 50 Abs. 1 S. 1 GWB eine Zuständigkeit zur Anwendung des Art. 82 EG. Da dem europäischen Kartellrecht Anwen-

33 S. Schreiben der RegTP, Bl. 2446 Verfahrensakte.

34 S. Emmerich, Kartellrecht, 9. Auflage, § 30, S. 334 (zum Verhältnis TKG und GWB) und Zitate bei Habersack, K & R 2001, S. 121 (129), Fn. 46 und 47 a.E.

dungsvorrang vor der nationalen postgesetzlichen Missbrauchsaufsicht gebührt, ist eine Zuständigkeit des Bundeskartellamts jedenfalls bezüglich eines Einschreitens nach Art. 82 EG gegeben.[35]

2. Zuständigkeit zur Anwendung europäischen Wettbewerbsrechts

Das Bundeskartellamt ist für die Überprüfung des beanstandeten Verhaltens nach Art. 82 EG gemäß § 50 Abs. 1 GWB in Verbindung mit Art. 5 VO 1/2003 zuständig.

Das Bundeskartellamt ist grundsätzlich befugt, dem Missbrauchsverbot gemäß Art. 82 EG Geltung zu verschaffen. Dies ergibt sich aus § 50 Abs. 1 GWB, wonach die in Art. 84, 85 EG (Art. 88, 89 EG a.F.) sowie in Verordnungen nach Art. 83 EG (Art. 87 EG a.F.) den Behörden der Mitgliedstaaten übertragenen Aufgaben durch das Bundeskartellamt wahrgenommen werden.

Das Bundeskartellamt ist auch im konkreten Einzelfall für die Überprüfung des beanstandeten Verhaltens nach Art. 82 EG zuständig. Gemäß Art. 5 der seit dem 1.5.2004 geltenden und auf Art. 83 EG beruhenden VO 1/2003[36] sind die nationalen Wettbewerbsbehörden für die Anwendung der Art. 81 und 82 EG in Einzelfällen zuständig. Gemäß Art. 11 Abs. 6 VO 1/2003 entfällt diese Zuständigkeit nur, wenn die Kommission ein Verfahren zum Erlass einer Entscheidung nach Kapitel III (Art. 7 ff. VO) einleitet. Von dieser Ermächtigung hat die Kommission im vorliegenden Fall keinen Gebrauch gemacht und beabsichtigt auch nicht die Einleitung eines solchen Verfahrens. Sie hat das bei ihr gemäß Art. 82 EG anhängige Verfahren „BIEK/DP AG“ vielmehr auf das Bundeskartellamt übertragen und ist mit diesem übereingekommen, dass sämtliche Verfahren gegen die DP AG nach Art. 82 EG wegen der Verweigerung von Teilleistungsrabatten für Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz ausschließlich vom Bundeskartellamt geführt werden.

---

35 So auch Emmerich, Kartellrecht, 9. Auflage, § 30, S. 335 (bezüglich TKG).

36 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16.12.2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABlEG 2003, L 1/1 ff.

II. Fehlen verfahrensrechtlicher Hindernisse

1. Keine Sperrwirkung des Verfahrens der Kommission

Das von der EU-Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland gemäß Art. 86 Abs. 1 EG i.V.m. Art. 82 EG geführte Verfahren entfaltet keine Sperrwirkung im Hinblick auf eine an die DP AG gerichtete Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamtes.

Die Kommissionsentscheidung gegen die Bundesrepublik Deutschland hindert das Bundeskartellamt nicht daran, gemäß Art. 82 EG gegen die DP AG vorzugehen (sub a)). Es besteht kein Zuständigkeitskonflikt mit der Kommission bezüglich der Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG (sub b). Auch ist das Bundeskartellamt nicht deswegen an dem Erlass einer Entscheidung gehindert, weil die Gefahr divergierender Entscheidungen bestünde (sub c).

a) Zulässigkeit einer Entscheidung des Bundeskartellamts

Das Bundeskartellamt ist für die Anwendung des Art. 82 EG gegen die DP AG zuständig. Eine Spezialzuständigkeit der Kommission besteht insofern nicht. Das Bundeskartellamt stützt sein Missbrauchsverfahren unmittelbar auf Art. 82 EG und nicht auf Art. 86 Abs. 1 EG in Verbindung mit Art. 82 EG, während die Kommission gegen die Bundesrepublik Deutschland eine Entscheidung gemäß Art. 86 Abs. 3, Abs. 1 EG in Verbindung mit Art. 82 EG führt. Art. 86 Abs. 1 EG verleiht der (insoweit allein zuständigen) Kommission eine Befugnis im Hinblick auf *staatliche Maßnahmen*.[37] Wettbewerbswidrige Verhaltensweisen der *Unternehmen* selbst können jedoch nur mit Einzelentscheidungen auf der Grundlage der Art. 81 und 82 gerügt werden.[38] Ist das wettbewerbsverfälschende Verhalten des Unternehmens durch staatliche Maßnahmen gefördert, begünstigt oder in seiner Wirkung verstärkt worden, so sind die Art. 81 und/oder 82 EG auf das Verhalten der Unternehmen anwendbar, während die staatlichen Maßnahmen ggf. unter Art. 86 Abs. 1 EG fallen.[39]

Ein Vorgehen gegen Unternehmen nach Art. 82 EG ist nur dann ausgeschlossen, wenn das Verhalten der Unternehmen durch nationale Rechtsvorschriften vorgeschrieben wurde oder wenn der nationale rechtliche Rahmen selbst jede Möglichkeit für ein wettbewerbskonformes Verhalten ausschließt (sog. „state action defense“).[40] Ein Vorgehen gegen die Unternehmen ist daher nur dann möglich, wenn die nationalen Vorschriften noch Spiel-

37 Langen/Bunte/Jungbluth, Art. 86 EG, Rn. 6.
38 Langen/Bunte/Jungbluth, Art. 86 EG, Rn. 6 mit Rechtsprechungszitaten des EuGH.
39 Langen/Bunte/Jungbluth, Art. 86 EG, Rn. 6 mit Rechtsprechungszitaten des EuGH.
40 EuGH vom 9.9.2003, Rs. C-198/01, „CIF“, Rn. 67 m.w.N.

raum für Wettbewerb lassen, der durch selbständige Verhaltensweisen dieser Unternehmen verhindert, eingeschränkt oder verfälscht werden kann.[41]

Für die DP AG besteht die Möglichkeit, den Wettbewerb durch „selbständige Verhaltensweisen“ zu beschränken. Die geltenden rechtlichen Rahmenbedingungen belassen der DP AG einen Spielraum bei der Ausgestaltung der Art und des Umgangs der Gewährung des Teilleistungszugangs.[42] Von diesem Spielraum hat die DP AG in der Vergangenheit bereits Gebrauch gemacht, indem sie ihre Exklusivlizenz des § 51 Abs. 1 S. 1 PostG weit ausgelegt und die Ausnahmen von der Exklusivlizenz in § 51 Abs. 1 S. 2 PostG sehr restriktiv ausgelegt hat. Insbesondere enthalten weder das PostG noch die Richtlinie 97/67/EG Bestimmungen, nach denen die DP AG gezwungen wäre, Konsolidierern den Zugang zu Teilleistungen und Teilleistungsrabatte zu verweigern. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass § 28 Abs. 3 PostG ausdrücklich die Möglichkeit vorsieht, Teilleistungszugang auf freiwilliger Basis zu gewähren, soweit keine Verpflichtung nach § 28 Abs. 1 PostG besteht. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die DP AG Absendern einen Teilleistungszugang nicht nur in den „nächsten Annahmestellen“ i.S.d. § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG, sondern generell in allen BZA und BZE gewährt. Die DP AG hält sich somit selbst nicht an den restriktiven Wortlaut des § 51 PostG und gestaltet den Teilleistungszugang durch ihre derzeitige Annahmepraxis selbst aus.

Die DP AG bringt vor, dass ihr kein eigenständiger Wettbewerbsspielraum zukomme, innerhalb dessen ein missbräuchliches Verhalten erst möglich wäre. Die Grenzen der Exklusivlizenz seien objektiv zu bestimmen. Selbst wenn sie es wollte, dürfte die DP AG einem Wettbewerber keinen Zugang für eine der Exklusivlizenz unterfallende Tätigkeit gewähren. Ließe sie eine solche Tätigkeit zu, begehe sie selbst eine Ordnungswidrigkeit (§ 14 OWiG).

Dem ist nicht zuzustimmen. Zunächst ist davon auszugehen, dass nur ein Unternehmen, das *selbst* ohne Lizenz Briefsendungen befördert, ordnungswidrig handeln kann (s. Wortlaut des § 49 Abs. 1 Nr. 1 PostG). Es ist nicht ersichtlich, welchen Tatbeitrag die DP AG zu einer solchen Ordnungswidrigkeit leisten würde, da sich die Tätigkeit der DP AG darin erschöpfte, die von dem Konsolidierer eingelieferten Sendungen zum Empfänger weiterzubefördern. Weiterhin kann jeder Konsolidierer gemäß § 6 PostG bei der RegTP eine E-

41 EuGH vom 9.9.2003, Rs. C-198/01, „CIF“, Rn. 59 ff. m.w.N.

42 Vgl. eine vergleichbare Entscheidung der Kommission gegen die DP AG vom 25.7.2001, ABlEG L 331/40, Rn. 98 ff. (dort hatte die DP AG mit Blick auf Vorschriften des Weltpostvertrages ähnlich argumentiert; die Kommission wies diese Argumentation jedoch zurück, da nach ihrer Ansicht der Weltpostvertrag die DP AG nicht daran hinderte, ein eigenständiges Verhalten an den Tag zu legen, das wettbewerbswidrig sei.)

Lizenz (§ 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG) beantragen, da der Konsolidierer - nach europarechtskonformer Auslegung des PostG - eine Dienstleistung im Sinne des § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG vornimmt.[43]

b) Kein Zuständigkeitskonflikt bezüglich der Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG

Es besteht darüber hinaus kein Zuständigkeitskonflikt zwischen Kommission und Bundeskartellamt bezüglich der Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EG. Das Bundeskartellamt ist im Rahmen seines Verfahrens gemäß Art. 82 EG grundsätzlich befugt und verpflichtet, zu überprüfen, ob das Verhalten der DP AG gemäß Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG gerechtfertigt ist. Nach dieser Vorschrift gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Wettbewerbsvorschriften des EG, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.

Die DP AG ist der Auffassung, dass eine Prüfung des Art. 86 Abs. 2 EG ausschließlich von der Kommission vorgenommen werden könne, da Art. 86 Abs. 2 EG stets in Verbindung mit Art. 86 Abs. 1 EG zu sehen sei.[44] Sie schließt hieraus, dass das Bundeskartellamt nicht gemäß Art. 82 EG tätig werden dürfe, da Art. 86 Abs. 1 EG und Art. 86 Abs. 2 EG stets von derselben Behörde geprüft werden müssten. Wenn dies zuträfe, wäre die Anwendung von Art. 82 EG durch nationale Behörden stets ausgeschlossen, wenn das betroffene Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut ist; weder den Normen noch den Gesetzesmaterialien ist dies zu entnehmen. Sie steht zudem im Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH. Hiernach ist Art. 86 Abs. 2 *S. 1* EG unmittelbar von den zuständigen nationalen Verwaltungsbehörden und Gerichten anzuwenden.[45] Die nationalen Behörden und Gerichte können selbst darüber entscheiden, ob eine Betrauung mit Aufgaben von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse vorliegt und ob deren Erfüllung durch die Anwendung der Wettbewerbsregeln verhindert wird.[46] Dagegen liegt die Anwendung des Art. 86 Abs. 2 *S. 2* EG in Zweifelsfällen ausschließlich bei der Kommission. Sollten nationale Behörden oder Gerichte also zu dem Ergebnis kommen, dass die Voraussetzungen von Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG vorliegen, jedoch eine Abwägung gemäß S. 2 für erforderlich halten, ist es insbesondere im Hinblick auf Art. 86 Abs. 3

---

43 S. dazu noch unten sub B. III. 6. b) bb) (S. 45).

44 Schriftsatz Freshfields vom 13.9.2003, S. 6 (Bl. 1245 Verfahrensakte).

45 EuGH, Rs. 66/86, „Ahmed Saeed“, Slg. 1989, 803, Rn. 55 f.; EuGH, Rs. C-320/91, “Corbeau”, Slg. 1993, I-2533, Rn. 20; Rs. C- 393/92, “Almelo”, Slg. 1994, I-1477, Rn. 50.

46 S. EuGH aaO; s. auch Calliess/Ruffert, EGV, Art. 86 EG, Rn. 9; Schwarze, EGV, Rn. 59 ff.

EG Sache der Kommission, unter Kontrolle des EuGH das Interesse der Gemeinschaft zu definieren, an dem die Entwicklung des Handels zu messen ist.[47]

Die Kommission hat in ihrer Entscheidung ausführlich begründet, warum eine Rechtfertigung nach Art. 86 Abs. 2 EG im vorliegenden Fall ausscheidet und warum die Erfüllung der Aufgaben des Universaldienstes durch die Anwendung der europäischen Wettbewerbsvorschriften nicht verhindert wird.[48] Diesen Ausführungen schließt sich das Bundeskartellamt ausdrücklich an, so dass sich eine eigenständige Prüfung des Art. 86 Abs. 2 EG durch das Bundeskartellamt erübrigt.[49]

c) Keine Gefahr divergierender Entscheidungen

Die DP AG ist der Auffassung, das Bundeskartellamt sei an dem Erlass einer Untersagungsentscheidung deswegen gehindert, weil die Gefahr einer von der Kommissionsentscheidung abweichenden Entscheidung bestehe. Diese Gefahr besteht indes nicht. Der Kommission ist gemäß Art. 11 Abs. 4 VO 1/2003 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden. In der wettbewerblichen Beurteilung stimmen die Entscheidungen der Kommission und des Bundeskartellamtes im Ergebnis vollständig überein.

Die DP AG macht geltend, dass die Kommissionsentscheidung derzeit von der Bundesrepublik Deutschland mit einer Nichtigkeitsklage angefochten werde und dass das Bundeskartellamt aufgrund der Ungewissheit dieses Verfahrensabschlusses an dem Erlass einer Verfügung gehindert sei, da das Europäische Gericht die Entscheidung der Kommission aufheben könnte. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass Klagen bei den europäischen Gerichten gemäß Art. 242 S. 1 EG – im Gegensatz zur Konzeption des deutschen Verwaltungsprozessrechts – keine aufschiebende Wirkung haben. Die Bundesrepublik Deutschland hat bewusst darauf verzichtet, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Aussetzung der sofortigen Vollziehung gemäß Art. 242 EG zu beantragen. Die Entscheidung der Kommission hat daher bis zu einer Entscheidung des EuG Bestand und kann vollzogen werden.[50] Das Bundeskartellamt trifft mit vorliegender Verfügung damit eine Entscheidung, die inhaltlich mit einer wirksamen und vollziehbaren Entscheidung der Kommission übereinstimmt.

---

47 EuGH, Rs. C-159, Slg. 1997, I-5815, Rn. 113; Schwarze, EGV, Rn. 60.
48 Kommissionsentscheidung vom 20.10.2004, Rn. 104 ff. (s. Anlage).
49 S. noch unten B IV. 4 (S. 56).
50 EuGH, Rs. 101/78, Slg. 1979, 623, Rn. 4.

2. Keine Sperrwirkung des Vorabentscheidungsverfahrens

Das auf der Grundlage einer Vorlagefrage des Verwaltungsgerichts Köln[51] anhängige Vorabentscheidungsverfahren des EuGH zur Auslegung der Richtlinie 97/67/EG steht einer an die DP AG gerichteten und auf § 20 GWB, Art. 82 EG gestützten Untersagungsentscheidung des Bundeskartellamts ebenfalls nicht entgegen. Das Bundeskartellamt ist nicht daran gehindert, während der Dauer des Verfahrens vor dem EuGH eine Verfügung zu erlassen.

Zwar ist eine Entscheidung des EuGH zu der Frage, wie sich nationale *Behörden* während eines Vorabentscheidungsverfahrens, das eine für die beabsichtigte Entscheidung ggf. maßgebliche Rechtsfrage betrifft, zu verhalten haben, bisher nicht ergangen. Der EuGH hat jedoch im Rahmen seines Urteils „Factortame“[52] bereits entschieden, dass ein nationales *Gericht* bis zur Beantwortung seiner Vorlagefrage einstweiligen Rechtsschutz gewähren kann, bis es auf der Grundlage der Antwort des EuGH seine eigene Entscheidung erlässt.[53] Dies ergibt sich aus Sicht des EuGH aus dem durch Art. 234 EG (Art. 177 EG a.F.) geschaffenen System der „praktischen Wirksamkeit“ des Gemeinschaftsrechts.[54] Der Gerichtshof hat entschieden, dass

> „jede Bestimmung einer nationalen Rechtsordnung (...) mit den in der Natur des Gemeinschaftsrechts liegenden Erfordernissen unvereinbar wäre, die dadurch zu einer Abschwächung der Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts führen würde, dass dem für die Anwendung dieses Rechts zuständigen Gericht die Befugnis abgesprochen wird, *bereits zum Zeitpunkt dieser Anwendung* alles Erforderliche zu tun, *um diejenige innerstaatlichen Rechtsvorschriften auszuschalten, die unter Umständen ein wenn auch nur vorübergehendes Hindernis für die volle Wirksamkeit der Gemeinschaftsnormen bilden*.“[55] [Hervorhebung hinzugefügt]

Aus dieser Rechtsprechung folgt der Grundsatz, dass ein Vorlageverfahren nationale Maßnahmen, die dem europäischen Recht zur Wirksamkeit verhelfen sollen, nicht ausschließt.

Durch eine Verfügung des Bundeskartellamts würde die Hauptsache auch nicht vorweggenommen.[56] Denn die DP AG hat die Möglichkeit, gegen die Verfügung des Bundeskartellamts gem. §§ 63 ff. GWB Beschwerde einzulegen. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung durch das Bundeskartellamts kann auf Antrag der DP AG vom Beschwerdegericht

---

51 Dazu oben A.IV.2. (S. 13).
52 EuGH, Rs. C-213/98, Slg. 1990, I-2466 ff.
53 EuGH aaO, Rn. 22.
54 EuGH aaO, Rn. 22.
55 EuGH aaO, Rn. 20 unter Zitat von EuGH, Rs. 106/77, Slg. 1978, 629, Rn. 21/23.
56 So Schriftsatz Freshfields vom 13.9.2004, S. 3 (Bl. 1221 Verfahrensakte).

aufgehoben und die aufschiebende Wirkung der Verfügung wiederhergestellt werden, wenn die Voraussetzungen des § 65 Abs. 3 GWB vorliegen. Das Gericht hätte dann unter anderem zu prüfen, ob „ernstliche Zweifel“ an der Rechtmäßigkeit der Verfügung des Bundeskartellamts bestehen. Ob solche „ernstlichen Zweifel“ bestehen, steht zum jetzigen Zeitpunkt jedoch noch nicht fest und folgt nicht zwangsläufig aus dem Vorlageverfahren des VG Köln. Aus dem Grundsatz der Unabhängigkeit des gesetzlichen Richters folgt vielmehr, dass das Beschwerdegericht bei der Auslegung der Vorschriften des Postrechtes nur an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) und nicht an parallele Entscheidungen anderer, insbesondere an Entscheidungen unterinstanzlicher Gerichte anderer Gerichtszweige, gebunden ist. Daher könnte das Gericht im vorliegenden Fall zu dem Schluss kommen, dass es für die Beurteilung des unter Wettbewerbsgesichtspunkten zu prüfenden Verhaltens der DP AG auf eine Auslegung der Richtlinie 97/67/EG gar nicht ankomme, weil sich ein Anspruch auf Teilleistungszugang bereits aus der nationalen Regelung des Postrechts[57] in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot des § 20 GWB ergebe. Das Vorlageverfahren des VG Köln hat damit nicht automatisch zur Folge, dass das OLG Düsseldorf aufgrund „ernstlicher Zweifel“ an der Rechtmäßigkeit der Verfügung des Bundeskartellamts die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederherstellen muss.

Die DP AG ist entgegen dieser Rechtsansicht der Auffassung, dass für nationale Wettbewerbsbehörden eine Pflicht bestehe, den Erlass noch ausstehender Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs oder der Kommission abzuwarten, um die Gefahr divergierender Entscheidungen im Interesse der Rechtseinheitlichkeit im Binnenmarkt zu vermeiden.[58] Sie stützt diese Auffassung maßgeblich auf die Rechtsprechung des EuGH in den Fällen „Delimitis“[59] und „Masterfoods“[60]. Die zitierte Rechtsprechung lässt sich auf den vorliegenden Sachverhalt jedoch nicht anwenden, da die vorliegende Verfahrenssituation eine grundlegend andere ist als die in den von der DP AG zitierten Urteilen.

Die Entscheidungen, auf die die DP AG ihre Rechtsauffassung stützt, betrafen das Verhältnis zwischen der *Europäischen Kommission* und den *nationalen Gerichten*.[61] Der

---

57 So Gramlich, N & R 2004, S. 154 ff. (Bl. 2732 ff. Verfahrensakte).

58 S. Schriftsatz Freshfields vom 13.9.2004, S. 4 (Bl. 1222 Verfahrensakte).

59 Rs. C-243/89, Slg. 1991, I-935

60 Rs. C-344/98, Slg. 2000, I-11369.

61 Das Urteil „Delimitis“ betraf die Frage, ob ein nationales Gericht einen Bierbezugsvertrag gemäß Art. 81 Abs. 3 EG (Art. 85 Abs. 3 EG a.F.) im Wege der Einzelfreistellung vom Verbot des Art. 81 Abs. 1 EG freistellen könne. Diese Befugnis hat der EuGH mit der Begründung verneint, dass gem. Art. 9 Abs. 1 der VO 17/62 ausschließlich die Kommission zum Erlass von Entscheidungen zur Durchführung des Art. 81 Abs. 3 EG (Art. 85 Abs. 3 EG a.F.) befugt sei. Es bestünde die Gefahr, dass die nationalen Gerichte Entscheidungen erließen, die im Gegensatz zu denjenigen stünden, die die Kommission zur Anwendung der Art. 85 Abs. 1 und 86 EG (a.F.) wie auch des Art. 85 Abs. 3 EG (a.F.) getrof-

EuGH führte in den zitierten Entscheidungen aus, dass nationale Gerichte aufgrund des Gebots zur loyalen Zusammenarbeit dazu verpflichtet seien, nationale Verfahren dann auszusetzen, wenn die *Kommission* in derselben Sache wie die nationalen Gerichte eine Entscheidung beabsichtigt bzw. getroffen habe, diese Entscheidung jedoch noch nicht rechtskräftig geworden ist. Hierdurch solle verhindert werden, dass nationale Gerichte in einen Bereich eingriffen, der der Kommission vorbehalten ist. Keine Aussage enthalten die zitierten Entscheidung jedoch bezüglich der Frage, ob eine *nationale Behörde*, die aufgrund nationaler Kartellrechtsvorschriften und in enger Abstimmung mit der Kommission (Art. 11 VO 1/2003) aufgrund von Art. 81, 82 EG in Verbindung mit Art. 5 VO 1/2003 tätig wird, wegen eines Vorlagebeschlusses eines anderen nationalen Gerichtes, der eine im Rahmen des Verfahrens gegebenenfalls entscheidungserhebliche Rechtsfrage betrifft, verpflichtet ist, das behördliche Verfahren bis zu einer abschließenden Entscheidung des *EuGH* auszusetzen. Die Gefahr, dass sich das Bundeskartellamt oder ein deutsches Gericht in Widerspruch zum Verhalten der Kommission setzt, besteht im konkreten Einzelfall nicht. Die Kommission ist über das Verfahren des Bundeskartellamts gemäß Art. 11 VO 1/2003 unterrichtet worden. Sie hat das bei ihr anhängige Missbrauchsverfahren „Dt. Post AG/BIEK“ zur weiteren Bearbeitung an das Bundeskartellamt übersandt und wird selbst nicht gemäß Art. 82 EG gegen die DP AG vorgehen. In der Sache stimmt die Kommission in ihrer Entscheidung mit dem Bundeskartellamt überein.

III. Verstoß gegen § 20 Abs. 1 GWB

Das beanstandete Verhalten der DP AG verstößt gegen das Diskriminierungsverbot und das Verbot der unbilligen Behinderung gemäß § 20 Abs. 1 GWB. Danach ist es marktbeherrschenden Unternehmen verboten, andere Unternehmen in einem Geschäftsverkehr,

---

fen habe oder zu treffen beabsichtige. Lediglich in den Fällen, in denen die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 1 EG (a.F.) offensichtlich nicht erfüllt bzw. die Voraussetzungen offensichtlich erfüllt und die Voraussetzungen für eine Einzelfreistellungsentscheidung der Kommission keinesfalls in Betracht kämen, könne das nationale Gericht das nationale Verfahren fortsetzen und über den streitigen Bierbezugsvertrag entscheiden.

Das Urteil „Masterfoods“ betraf die verfahrensrechtlich komplexe Situation, dass parallel zu einem nationalen kartellrechtlichen Verfahren über denselben Streitgegenstand ein Verfahren der Kommission wegen Verletzung von Art. 81, 82 EG (Art. 85, 86 EG a.F.) geführt wurde. Die Kommission hatte den Verstoß einer Ausschließlichkeitsbindung gegen Art. 85, 86 EG (a.F.) bejaht. Diese Entscheidung wurde vor dem EuG angefochten. Der irische Supreme Court, der als 2. Instanz mit dem nationalen Kartellrechtsverfahren befasst war, stellte dem EuGH nun die Frage, ob es die Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit mit der Kommission verlange, dass der Supreme Court das (nationale) Verfahren aussetze, bis das EuG über die Entscheidung der Kommission entschieden habe. Diese Frage bejahte der EuGH. Aus der Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit folge, dass ein nationales Gericht, um nicht eine der Entscheidung der *Kommission* zuwiderlaufende Entscheidung zu erlassen, das Verfahren aussetzen sollte, bis die Gemeinschaftsgerichte eine endgültige Entscheidung erlassen haben.

der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, unmittelbar oder mittelbar unbillig zu behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich zu behandeln.

1. Normadressateneigenschaft

Die DP AG ist als marktbeherrschendes Unternehmen Normadressatin der in § 20 Abs. 1 GWB geregelten Verbote.

a) Marktabgrenzung

Die Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung setzt voraus, dass der jeweils betroffene Markt in sachlicher und räumlicher Hinsicht abgegrenzt wird. Hierbei ist von dem Bedarfsmarktkonzept auszugehen, das auf die Sicht der Marktgegenseite abstellt und prüft, welche Güter und Leistungen aus deren Sicht austauschbar sind.

aa) Sachliche Marktabgrenzung

In sachlicher Hinsicht betroffen sind die Märkte für die Briefbeförderung bzw. die Teilmärkte innerhalb der Briefbeförderungskette.

Diese Marktabgrenzung weicht von der Marktabgrenzung der Kommission in ihrer Entscheidung vom 20.10.2004 ab. Die *Kommission* hat die Konsolidierungsleistungen dem sachlich relevanten Markt der postvorbereitenden Dienstleistungen zugeordnet.[62] Sie stützt sich dabei auf die Kommissionsentscheidung SNELPD/France, nach der die Postvorbereitungstätigkeit die Vorbereitung der Sendungen für den Versand (Druck, Kuvertierung oder Einschweißung, Etikettierung, Adressierung und Frankierung), die Sammlung, Ordnung, Sortierung sowie die Einlieferung bei den Postämtern umfasst.[63] Die Kommission hat damit sämtliche Leistungen, die vor der Einlieferung von Briefsendungen in das Postnetz an Zugangspunkten erbracht werden, dem Markt für postvorbereitende Dienstleistungen zugeordnet.

Auch für diese sachliche Marktabgrenzung der Kommission sprechen einige Gründe. Die betroffenen Konsolidierungsleistungen liegen auf der Schnittstelle zwischen der Vorbereitung und der Beförderung einer Briefsendung und sie können daher sowohl dem sachli-

62 Kommissionsentscheidung vom 20.10.2004, Rn. 45 ff. (s. Anlage).

63 S. Kommission vom 23.10.2001, ABlEG L 120/19, Rn. 2 (Bl. 229 Verfahrensakte).

chen Markt der Postvorbereitung als auch dem sachlichen Markt der Briefbeförderung zugerechnet werden. Die Frage, welche Marktabgrenzung zutreffend ist, kann jedoch dahinstehen, da sie für die Beurteilung des konkret beanstandeten Verhaltens der DP AG als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung nicht entscheidungserheblich ist. Die sachliche Marktabgrenzung sagt schließlich nichts über die Rechtsfrage aus, welche Leistungen der DP AG im Wege einer Exklusivlizenz zulässigerweise reserviert werden dürfen. Auch wenn Konsolidierungsleistungen dem sachlichen Markt für die Briefbeförderung zuzuordnen sind, heißt dies keinesfalls, dass sich auch die Exklusivlizenz auf den gesamten sachlichen Markt der Briefbeförderung erstreckt. Auf die Reichweite der Exklusivlizenz ist später zurückzukommen (s. unten unter B III. 6.)

(1) Markt für Briefbeförderung

Sachlich betroffen ist hier zunächst der **Markt für die Briefbeförderung**. Bei diesem Markt handelt es sich um einen dem klassischen Logistikmarkt vergleichbaren Markt. Er umfasst – ähnlich wie der Markt für das Angebot logistischer Dienstleistungen im Sinne der Organisation komplexer Beförderungsketten – die gesamte Briefbeförderungskette vom Absender zum Empfänger: Der Absender einer Briefsendung fragt die Beförderung seiner Briefsendung zum Empfänger nach. Dabei ist für den Absender unerheblich, wie der Transport der Briefsendung im Einzelnen ausgestaltet ist. Der Absender fragt vielmehr grundsätzlich die gesamte Logistikleistung nach, die dafür erforderlich ist, den Brief über mehrere Transportschritte bis zum Empfänger zu bringen. Die Anbieter dieser Leistung erbringen jedoch gegebenenfalls nur einen Teil der physischen Beförderungsleistungen selbst; die nicht selbst erbrachten Beförderungsleistungen fragen sie bei Anbietern der entsprechenden Leistung im Sinne einer „Vorleistung“ am Markt nach.

Eine weitere Unterteilung des Briefbeförderungsmarkts in verschiedene Arten von Briefsendungen kann offen bleiben, da die DP AG bei jeder denkbaren Abgrenzung marktbeherrschend im Sinne des § 19 Abs. 2 GWB wäre (s. dazu noch unter b)). So kann offen bleiben, ob der Markt der Briefbeförderung weiterhin in den Markt für **lizenzpflichtige** Postdienstleistungen (die gewerbsmäßige Beförderung von Briefsendungen bis 1000 g - vgl. §§ 5 ff. PostG), und nicht-lizenzpflichtige Postdienstleistungen (Sendungen über 1000 g) zu unterteilen ist. Aus dem gleichen Grund kann offen bleiben, ob der sachlich relevante Markt für Briefbeförderung noch weiter in die Teilmärkte für den durch die Exklusivlizenz geschützten Bereich (**Monopolbereich**) nach § 51 Abs. 1 S. 1 PostG und den **Wettbewerbsbereich** (§ 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 1- 8 PostG) zu unterteilen ist.

(2) Teilmärkte innerhalb der Briefbeförderungskette

Ähnlich wie im Bereich der Logistik setzt sich der Gesamtmarkt für die Briefbeförderung aus Einzelmärkten für verschiedene Leistungen zusammen, die jeweils Teile der Briefbeförderungskette darstellen. In bestimmten Fällen fragt der Absender einer Briefsendung nicht die gesamte Briefbeförderung nach, sondern möchte bestimmte Vorleistungen selbst erbringen und lediglich die verbleibenden „Teilleistungen“ von Dritten erbringen lassen. Nachfrager solcher Teilleistungen sind jedoch neben den Absendern selbst auch gewerbliche Postdienstleister, die gegenüber dem Absender zwar teilleistungsrelevante Eigenleistungen anbieten, die übrigen Teilleistungen, die nicht von ihnen selbst erbracht werden (können oder dürfen), jedoch von der DP AG nachfragen (müssen).

Der Postbereich ist in Deutschland wie in den meisten Mitgliedstaaten der EU durch die Existenz eines vormals mit einem umfassenden gesetzlichen Monopol ausgestatteten Postdienstleisters gekennzeichnet. Im Rahmen der Marktliberalisierung wurden diesen Unternehmen zum Zweck der Gewährleistung einer flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit Postdienstleistungen sogenannte Universaldienst-Pflichten auferlegt. Sofern die DP AG als Universaldienstleister Teile der genannten Briefbeförderungskette anbietet, werden diese Leistungen als „Teilleistungen“ bezeichnet (vgl. § 28 Abs. 1 PostG). Die Leistungen, die von anderen Postdienstleistern erbracht werden, werden als „teilleistungsrelevante Eigenleistungen“ bezeichnet.

Wo die teilleistungsrelevante Eigenleistung des Postdienstleisters endet und wo die Teilleistung des Universaldienstleisters (DP AG) beginnt, muss jeweils im Einzelfall anhand einer konkret nachgefragten Teilleistung bestimmt werden. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise können grundsätzlich sämtliche Teile der Briefbeförderungskette (s. Schema, S. 3) als eigenständige sachlich relevante Teilmärkte angesehen werden. Jede Dienstleistung innerhalb der Briefbeförderungskette kann grundsätzlich isoliert nachgefragt werden und bildet einen eigenständigen Teilmarkt. Diese Ansicht vertritt auch die EU-Kommission in ihrer Bekanntmachung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln auf den Postsektor[64]. Hiernach sollten die innerhalb der Briefbeförderungskette erbrachten Dienstleistungen „im Prinzip als eigenständige Märkte“ betrachtet werden. Die EU-Kommission nennt als mögliche Teilleistungsmärkte u.a. das Abholen und Sortieren der

[64] ABlEG 1998, C 39, 2 ff. (Bl. 216 Verfahrensakte).

Postsendungen, ihre Beförderung oder die Aushändigung der Briefsendungen an den Empfänger.[65]

Es kann vorliegend jedoch offen bleiben, ob und inwieweit die verschiedenen Teile der Briefbeförderungskette als eigenständige Märkte angesehen werden müssen, da nach jeder denkbaren Abgrenzung von einer marktbeherrschenden Stellung der DP AG gemäß § 19 Abs. 2 GWB ausgegangen werden muss (s. noch unten b)).

(3) Abgrenzung zu sog. „postvorbereitenden Dienstleistungen“

Der Markt für die Briefbeförderung bzw. die Teilmärkte innerhalb der Briefbeförderungskette sind von dem Markt für „postvorbereitende Dienstleistungen“ abzugrenzen. Diese sogenannten „postvorbereitenden Dienstleistungen“ sind der gesamten Beförderungskette („Postweg“) vorgeschaltet, betreffen also die Leistungen, die einen Brief erst „versandfertig“ machen wie beispielsweise den Druck, die Kuvertierung, die Etikettierung, die Adressierung und die Frankierung der Sendungen. Untechnisch ausgedrückt handelt es sich bei diesen Leistungen um von Dritten gegen Entgelt erbrachte Dienstleistungen einer unternehmensinternen „Poststelle“. Nach den Ermittlungen des Bundeskartellamtes zählen zu den Nachfragern dieser Leistungen insbesondere Unternehmen bzw. Institutionen, die wie z.B. Behörden, Versicherungen, Telekom-Anbieter oder werbeintensive Branchen ein großes und stark standardisiertes Sendungsvolumen generieren.

Die beschriebenen Leistungen betreffen einen anderen Bearbeitungsschritt als die Briefbeförderung selbst und sie sind aus Nachfragesicht nicht mit Teilen der Briefbeförderungskette oder der Briefbeförderung austauschbar. Für die beiden Dienstleistungen sind auch die Wettbewerbsbedingungen nicht homogen, da postvorbereitende Dienstleistungen nicht den Bestimmungen des Postgesetzes unterliegen und keiner Lizenz gem. §§ 5 ff. PostG bedürfen. Zwischen den Märkten der Postvorbereitung und der Briefbeförderung besteht indes ein enger wettbewerblicher Bezug, da die Postvorbereitung der Briefbeförderung unmittelbar vorgelagert ist und Postvorbereitung und Briefbeförderung häufig aus „einer Hand“ angeboten werden. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise kann davon ausgegangen werden, dass die Anbieter von Postvorbereitungsdienstleistungen nicht nur die Dienstleistung des Drucks und der Versandvorbereitung von Massensendungen anbieten, sondern zugleich auch die Einlieferung der Sendungen bei dem Zugangspunkt der DP AG anbieten. Es wäre nicht sinnvoll, dass der Kunde die für den Versand bereits abschlie-

65 Kommission aaO, Rn. 2.5. (Bl. 218 Verfahrensakte).

ßend vorbereiteten Sendungen zunächst wieder entgegennimmt, um selbst für die bestimmungsgemäße Versendung an den Empfänger zu sorgen.

Aufgrund dieses engen Bezugs zwischen Postvorbereitung und Briefbeförderung wirkt sich ein Missbrauch auf dem sachlichen Markt der Briefbeförderung auch auf dem Markt der Postvorbereitung aus. Es ist der DP AG möglich, ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt der Briefbeförderung auszunutzen, um Dritte auf dem Markt der Postvorbereitung unbillig zu behindern („Drittmarktbehinderung“). Insoweit wird auf die Entscheidung der Kommission verwiesen.[66]

bb) Räumliche Marktabgrenzung

In räumlicher Hinsicht umfassen die betroffenen Märkte das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland. Dies folgt aus der bundesweiten Postinfrastruktur und aus dem Charakter der Briefbeförderungskette, de die Beförderung von Sendungen innerhalb des gesamten Bundesgebiets umfasst.

b) Marktbeherrschende Stellung der DP AG

Die DP AG ist bei jeder denkbaren Marktabgrenzung marktbeherrschend im Sinne des § 19 Abs. 2 GWB. Eine Marktbeherrschung wird gemäß § 19 Abs. 3 S. 1 GWB vermutet, wenn das Unternehmen einen Marktanteil von mindestens einem Drittel hat. Die DP AG hat sowohl auf dem Markt für die Briefbeförderung als auch auf den jeweiligen Teilmärkten der Briefbeförderungskette einen Marktanteil von über einem Drittel.

Für den Markt der Briefbeförderung kann dies aus den Daten der „7. Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen 2003“ der Regulierungsbehörde gefolgert werden.[67] Zwar enthält diese Untersuchung nur Zahlen für den Bereich der *lizenzpflichtigen Postdienstleistungen*, also für Sendungen unter 1000g. Da jedoch die lizenzpflichtigen Postdienstleistungen den Großteil des Briefbeförderungsmarktes ausmachen, können diese Daten auch über eine Marktstellung der DP AG auf dem Gesamtmarkt für Briefbeförderung Aufschluss geben. Der Markt für lizenzpflichtige Postdienstleistungen wies im Jahr 2002 ein Gesamtmarktvolumen von 10,15 Mrd. Euro auf. Auf diesem Markt hat die DP AG noch einen Marktanteil von ca. *97 %*.[68] Davon entfallen 7,8 Mrd. Euro und

---

66 Kommissionsentscheidung vom 20.10.2004 aaO, Rn. 59 ff. (Anlage).

67 Abrufbar unter www.regtp.de.

68 S. RegTP, 7. Marktuntersuchung, S. 66 (Bl. 433 Verfahrensakte).

somit ca. 77 % des Gesamtmarktvolumens auf lizenzpflichtige Postdienstleistungen im Bereich der Exklusivlizenz der DP AG.[69] Aber auch in den Bereichen, in denen eine Exklusivlizenz der DP AG nicht mehr besteht (s. § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 1-8 PostG), hat die DP AG nach wie vor eine marktbeherrschende Stellung. So beträgt der Marktanteil der DP AG bei individuellen Briefsendungen mit einem Gewicht ab 100 g noch 95,1 %.[70] Auch bei inhaltsgleichen Briefen über 50 g (§ 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 PostG) liegt der Marktanteil der DP AG bei ca. 90 %.[71]

Auch auf den jeweiligen Teilmärkten für einzelne Leistungen der Briefbeförderungskette ist von einer Marktbeherrschung der DP AG auszugehen. Da diese Leistungen nur Teile des Briefbeförderungsmarkts sind, ist auf den jeweiligen Märkten von ähnlich hohen Marktanteilen wie auf dem Markt für Briefbeförderung auszugehen. Nach den Marktermittlungen der RegTP verfügt die DP AG unter anderem auf den Märkten für Abhol- und Bringdienstleistungen für den Absender bzw. den (Postfach-)Empfänger von Briefsendungen über eine marktbeherrschende Stellung. Auf diesem Markt ist die DP AG mit ihrem Produkt „Hin und Weg“ im Wettbewerb zu anderen Lizenznehmern der Lizenzgruppe E und F tätig. Mit diesem Produkt bietet die DP AG die Abholung von Briefsendungen beim Absender und die Beförderung zu einer Annahmestelle im Namen des Absenders zur Weiterbeförderung an.[72]

Selbst wenn die Marktanteile der DP AG auf einzelnen Teilmärkten deutlich unter den o.a. Prozentwerten lägen, wäre aufgrund der extrem großen Marktanteilsvorsprünge dennoch von einer marktbeherrschenden Stellung der DP AG auszugehen. Ausschlaggebend hierfür ist neben der Tatsache, dass die DP AG als einziges Unternehmen über eine flächendeckende und dichte postalische Infrastruktur verfügt, der außerordentlich große Finanzkraftvorsprung der DP AG gegenüber den übrigen ca. 1.000 Lizenznehmern in Deutschland. Nicht zuletzt aus diesen Gründen verfügt die DP AG über einen weit überlegenen Zugang zu den maßgeblichen Beschaffungs- und Absatzmärkten.

Über ihr Tochterunternehmen „Printcom GmbH“, das auf den Druck und die Versandvorbereitung individualisierter Massensendungen spezialisiert ist, ist die DP AG darüber hinaus auf dem Markt der Postvorbereitung tätig. Aufgrund der engen Verknüpfung zwischen dem Markt der Postvorbereitung und dem Markt der Briefbeförderung[73] ist es der DP AG

---

69 S. RegTP, 7. Marktuntersuchung, S. 66 (Bl. 433 Verfahrensakte).
70 S. RegTP, 7. Marktuntersuchung, S. 21 (Bl. 388 Verfahrensakte).
71 S. RegTP, 7. Marktuntersuchung, S. 22. (Bl. 389 Verfahrensakte).
72 Vgl. AGB für den Bring- Service und Abhol-Service für Postsendungen (AGB Hin&Weg), Bl. 761a) Verfahrensakte.
73 Dazu oben sub B III.1. a) aa) (S. 32).

daher auch möglich, ihre marktbeherrschende Stellung auf dem Markt der Briefbeförderung auszunutzen, um Dritte auf dem Markt der Postvorbereitung unbillig zu behindern („Drittmarktbehinderung“).

2. Andere Unternehmen

Geschützt werden durch § 20 Abs. 1 GWB nur „Unternehmen“. Der Unternehmensbegriff ist hierbei weit zu ziehen und umfasst jegliche Tätigkeit im geschäftlichen Verkehr.[74] Anbieter von Konsolidierungsleistungen sind „andere Unternehmen“ im Sinne dieser Vorschrift. Sie sind als gewerblich tätige Postdienstleister Wettbewerber der DP AG und Nachfrager von Teilleistungen im Bereich der Briefbeförderung.

3. Gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr

Das beanstandete Verhalten betrifft auch einen „Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist“. Allgemein ist der Begriff des „gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglichen Geschäftsverkehrs“ im Licht der auf die Freiheit des Marktzugangs gerichteten Zielsetzung des § 20 Abs. 1 GWB weit auszulegen.[75]

a) Üblicherweise zugänglicher Geschäftsverkehr

„Geschäftsverkehr“ im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB ist jeder privatrechtlich geregelte Verkehr mit Waren oder gewerblichen Leistungen.[76] Im vorliegenden Fall ist der „maßgebliche Geschäftsverkehr“ die Briefbeförderung bzw. das Angebot und die Nachfrage nach Teilen der Briefbeförderungskette. Die Briefbeförderung und das Angebot und die Nachfrage von Teilen der Briefbeförderungskette sind Unternehmen auch „üblicherweise zugänglich“. Die Zugänglichkeit richtet sich nämlich nicht nach der Geschäftspraxis desjenigen Unternehmens, dessen Verhalten beanstandet wird, sondern danach, „was sich innerhalb der in Betracht kommenden Kreise in natürlicher wirtschaftlicher Entwicklung als allgemein geübt und als angemessen empfunden herausgebildet hat.“[77] Da der Markt für Briefbeförderung im Bereich von Sendungen über den Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz bereits für Unternehmen zugänglich ist und auch auf dem Markt für Sendungen unter den Gewichts-

---

74 Langen/Bunte/Schultz, § 20 GWB, Rn. 90.
75 Immenga/Mestmäcker/Markert, § 20 GWB, Rn. 93.
76 Ständige Rspr., vgl. Immenga/Mestmäcker/Markert, § 20 GWB, Rn. 95 m.w.N.
77 Langen/Bunte/Schultz, § 20 GWB, Rn. 102 m.w.N.

grenzen der Exklusivlizenz Unternehmen tätig wären, wenn die DP AG eine solche Betätigung unter Hinweis auf ihre Exklusivlizenz nicht unterbinden würde, ist ein zugänglicher Geschäftsverkehr im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB anzunehmen. Außerdem wird individuellen Absendern („Massenversendern“) von Briefen unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz der Zugang zum Geschäftsverkehr „Teilleistungen“ gewährt.

b) Gleichartige Unternehmen

Konsolidierer sind selbst einliefernden Massenversendern und den in deren Namen einliefernden Postdienstleistern „gleichartig“. Für die Beurteilung der „Gleichartigkeit“ ist entscheidend, ob die in den Vergleich einbezogenen Unternehmen „gleichartige Funktionen“ ausüben.[78] Das Tatbestandsmerkmal dient lediglich einer Grobsichtung.[79]

Die Konsolidierer üben gleichartige Funktionen wie die anderen „Einlieferer“ aus, denen die Teilleistungsrabatte gewährt werden. Dies ergibt sich zunächst daraus, dass Konsolidierer die gleichen teilleistungsrelevanten Eigenleistungen erbringen wie andere Einlieferer: Sie sortieren die Briefsendungen nach Postleitzahlen vor, transportieren die Briefsendungen zu den Briefzentren und liefern die Sendungen anschließend bei den Briefzentren ein. Die Konsolidierer „ersparen“ der DP AG somit die gleichen Leistungen wie die anderen Einlieferer; die Teilleistungsrabatte der DP AG tragen entsprechend den postrechtlichen Bestimmungen (vgl. § 28 Abs. 2 PostG) dem Umstand Rechnung, dass bestimmte Leistungen von dem einliefernden Unternehmen bereits erbracht wurden, so dass die DP AG diese Leistungen nicht mehr erbringen muss.

Eine Gleichartigkeit scheidet auch nicht deswegen aus, weil die Konsolidierer „gewerblich“ tätig sind, während die anderen Einlieferer nicht gewerblich tätig sind. Diese Auffassung vertritt zwar die DP AG[80]. Dieser Auffassung ist jedoch nicht zuzustimmen. Sie verkennt, dass im Rahmen der sog. „Teilleistungsverträge Kunden“ nicht nur die Massenversender als Absender selbst einliefern, sondern dass diese sich auch gewerblich tätiger Dritter bedienen, die ihrerseits als „Kunden“ der DP AG bezeichnet werden können. Unabhängig von der diesen Verträgen zugrundeliegenden zivilrechtlichen Konstruktion werden diese Postdienstleistungsunternehmen regelmäßig gegen ein Entgelt und somit ebenfalls „gewerblich“ tätig. Diese Postdienstleistungsunternehmen sammeln in der Regel auch Briefsendungen von mehreren Massenversendern ein und liefern sie erst anschließend bei

78 Langen/Bunte/Schultz, § 20 GWB, Rn. 96.
79 Ständige Rechtsprechung, s. beispielsweise BGH, 30.6.1981, „Adidas“, WuW/E BGH 1885, 1887.
80 Vgl. Schriftsatz Freshfields vom 13.9.04, S. 11 ff. (Bl. 1229 Verfahrensakte).

der DP AG auf. Sie beschränken sich nicht auf die Einlieferung von Sendungen einzelner Massenversender, da diese isolierte Einlieferung für die Postdienstleistungsunternehmen unwirtschaftlich wäre. Die gewerblichen Postdienstleistungsunternehmen sparen durch die Sammlung der Sendungen mehrerer Massenversender Transportwege und können aufgrund dieser Bündelungseffekte den Transport zu den Briefzentren günstiger vornehmen als die Massenversender selbst.

Der einzige „Unterschied“, der zwischen diesen gewerblichen Postdienstleistungsunternehmen und den Konsolidierern besteht, liegt darin, dass die Konsolidierer die Sendungen mehrerer Absender bündeln, diese gebündelten („konsolidierten“) Sendungen vorsortieren und sie dann bei den Briefzentren anliefern, während die anderen (gewerblichen) Postdienstleistungsunternehmen die Sendungen der Massenversender jeweils getrennt vorsortieren und dann zum gleichen Zeitpunkt getrennt nach Absendern einliefern. In beiden Fällen besteht die „Funktion“ der Unternehmen darin, Briefsendungen vorsortiert nach der Leitregion des Empfängers in den Briefzentren der DP AG einzuliefern. In beiden Fällen erbringen diese Unternehmen daher Sortier- und Transportdienstleistungen im Rahmen der Briefbeförderungskette. Da sämtliche Sortier- und Transportvorgänge der Briefbeförderungskette empfängerorientiert erfolgen, unterscheiden sich die in beiden Fällen eingelieferten Sendungen weder in postalischer noch in wirtschaftlicher Hinsicht. Ob beispielsweise 15.000 nach Leitregionen vorsortierte Briefsendungen, die in einem Briefzentrum der DP AG eingeliefert werden, von einem Absender oder von 100 Absendern stammen, ist insbesondere im Hinblick auf die im Anschluss an die Einlieferung erforderlichen weiteren Schritte der Briefbeförderung bis zum Empfänger vollkommen unerheblich. Art und Ausmaß der erbrachten Vorleistung und die Höhe der von der DP AG bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise eingesparten Prozessschritte und Kosten sind in beiden Fällen identisch. Aufgrund der Empfängerorientierung der gesamten Briefbeförderungskette stellt die Vermischung der Sendungen verschiedener Absender keine eigenständige wirtschaftliche „Funktion“ dar. Sie ist vielmehr lediglich eine postalisch nicht gebotene Form der Sortierung von Briefsendungen, die ausschließlich aufgrund der von der DP AG geübten Praxis der (Nicht-)Gewährung des Teilleistungszugangs eine Bedeutung erlangt.

Das gilt auch für die vertraglichen Beziehungen zwischen Absendern, Postdienstleistern und der DP AG. Dass den von nicht konsolidierenden Einliefern erbrachten Leistungen eine Vertragsbeziehung zwischen der DP AG und den Absendern zugrunde liegt und dieses für die Konsolidierer nicht der Fall ist, beruht ausschließlich auf der Weigerung der DP

AG, mit den einliefernden Postdienstleistern selbst entsprechende Teilleistungsverträge abzuschließen.

4. Behinderung

Das beanstandete Verhalten stellt eine Behinderung gemäß § 20 Abs. 1, 1. Alt. GWB dar. Unter einer Behinderung im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB ist jedes Verhalten zu verstehen, das die wettbewerbliche Betätigungsfreiheit eines anderen Unternehmens nachteilig beeinflusst.[81]

Durch die Verweigerung von Teilleistungszugang und Teilleistungsrabatten für Konsolidierer im Bereich von Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz beeinflusst die DP AG die Wettbewerbsmöglichkeiten der Konsolidierer ganz erheblich, da diese nicht die Möglichkeit haben, Sendungen unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz von mehreren Absendern zu bündeln und diese anschließend nach Leitregionen vorsortiert bei der DP AG einzuliefern.

Der Anwendungsbereich des § 51 Abs.1 S. 2 Nr. 5 PostG (E-Lizenz) wird durch die derzeitige Praxis der DP AG in wirtschaftlicher Hinsicht erheblich vermindert: Obgleich § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG ausdrücklich vorschreibt, dass die gesetzliche Exklusivlizenz nicht „für denjenigen [gilt], der Briefsendungen im Auftrag des Absenders bei diesem abholt und bei der [...] DP AG einliefert“ und dabei keinerlei Mindestsendungsvolumina benennt, reserviert sich die DP AG durch die derzeitige Praxis einen nicht unerheblichen Teil des hier betroffenen Sendungsvolumens. Denn nur diejenigen Absender, die die notwendigen Mindestvolumina an Briefen unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz erreichen, um Teilleistungszugang und Teilleistungsrabatte zu erhalten, kommen bei einer wirtschaftlichen Betrachtung als Nachfrager von Dienstleistungen im Sinne des § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG in Betracht. Für alle anderen Absender wäre – da sie das unverminderte Standardporto entrichten müssen – die Beauftragung eines Dienstleisters mit Mehrkosten verbunden und damit unwirtschaftlich. Durch die derzeitige Praxis der (Nicht-)Gewährung des Teilleistungszugangs beschränkt die DP AG den Kreis der Absender, die für Inhaber einer E-Lizenz gemäß § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG als Vertragspartner in Frage kommen. Die wettbewerbliche und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit dieser Unternehmen wird nachhaltig behindert.

---

81 Langen/Bunte/Schultz, § 20 GWB, Rn. 109.

Die dargelegten Beschränkungen bei der Akquisition entsprechender Sendungsvolumina wirken sich auch negativ auf die Auslastung der vorhandenen Kapazitäten konkurrierender Postdienstleister in denjenigen Sendungsbereichen aus, die bereits vollständig für den Wettbewerb geöffnet sind. Dies gilt sowohl für die von den konkurrierenden Postdienstleistern eingesetzten Sortierkapazitäten als auch für die jeweils eingesetzten Fahrzeugkapazitäten, die unter anderem für die Erbringung von Abhol-Dienstleistungen eingesetzt werden, die mit dem Produkt „ Hin&Weg“ der DP AG im Wettbewerb stehen.

5. Ungleichbehandlung

Die DP AG behandelt auch gleichartige Unternehmen unterschiedlich, indem sie den Konsolidierern die Rabatte verweigert, die sie anderen „Einlieferern“ gewährt. Sie macht die Rabattgewährung davon abhängig, ob der Absender der Briefsendungen, der die Briefsendungen möglicherweise gar nicht selbst, sondern durch ein Postdienstleistungsunternehmen einliefern lässt, bestimmte Mindestmengen an Briefsendungen erreicht. Konsolidierern, die die erforderlichen Mindestmengen durch die Bündelung von Briefsendungen mehrerer Absender erreichen, wird ein Teilleistungsrabatt nicht gewährt.

Die Gewährung der Rabatte wird von der DP AG nicht davon abhängig gemacht, **wie viele Briefsendungen** in welchem Sortierungsgrad eingeliefert werden, sondern davon, ob diese **Briefsendungen von einem oder mehreren Absendern** stammen. Da sämtliche Sortiervorgänge der Briefbeförderungskette empfängerorientiert erfolgen, ergeben sich aus postalischer Sicht bezüglich der Qualität der eingelieferten Briefsendungen jedoch keine erkennbaren Unterschiede. Auch die von der DP AG eingesparten Prozessschritte und Kosten sind unabhängig von der Anzahl der Kunden, die konsolidiert werden.

6. Keine sachliche Rechtfertigung bzw. Unbilligkeit

Weder für die dargestellten Behinderungswirkungen noch für die aufgezeigte Ungleichbehandlung sind sachliche Rechtfertigungsgründe ersichtlich. Ob eine sachliche Rechtfertigung gegeben ist bzw. ob ein Verhalten nicht unbillig ist, ist anhand einer umfassenden Interessenabwägung unter Berücksichtigung der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB zu ermitteln.[82]

[82] Ständige Rechtsprechung; vgl. aus der neueren Rechtsprechung BGH WuW/E BGH 2351, 2357; Wuw/E BGH 2479, 2482; WuW/E BGH 2584, 2588.

Bei der hier vorzunehmenden Abwägung der Interessen der beteiligten Unternehmen, also den Interessen der DP AG einerseits und den Interessen der Konsolidierer andererseits, kommt der Zielsetzung des Gesetzes, die Freiheit des Wettbewerbs zu sichern, erhöhte Bedeutung zu. Die DP AG verfolgt mit der Verweigerung der Teilleistungsrabatte gegenüber Konsolidierern den Schutz ihrer Exklusivlizenz, die sich ihrer Ansicht nach auf Konsolidierungsleistungen erstreckt. Damit verbunden ist ihr Interesse, von möglichst vielen Absendern für die Beförderung deren Sendungen das volle Standardporto zu erhalten. Das Interesse der Konsolidierer ist darauf gerichtet, sogenannte teilleistungsrelevante Eigenleistungen erbringen zu können und hierfür Rabatte auf das von der DP AG erhobene Standardporto zu erlangen. Damit verbunden ist das Interesse kleinerer Absender, im Rahmen der Briefbeförderung die Kosten für das Versenden von Briefen in ähnlicher Weise senken zu können, wie dies Massenversendern gegenüber zugebilligt wird.

Die von Konsolidierern beim BZA oder BZE eingelieferten, nach Leitregionen vorsortierten und von mehreren Absendern stammenden Briefsendungen unterscheiden sich in postalischer Hinsicht in keiner Weise von denjenigen Sendungen, die von anderen Unternehmen im Auftrag eines einzelnen Massenabsenders nach Leitregionen vorsortiert eingeliefert werden. Die von der DP AG eingesparten Kosten und Leistungen sind in beiden Fällen identisch. Eine wirtschaftliche Rechtfertigung für die festgestellte Behinderung und Ungleichbehandlung ist daher nicht ersichtlich.

Bei der Abwägung der jeweiligen Interessen sind jedoch ergänzend spezialgesetzliche Regelungen des Gesetzgebers zu berücksichtigen, die dieser für bestimmte Wirtschaftsbereiche geschaffen hat. Eine sachliche Rechtfertigung des Verhaltens der DP AG könnte allenfalls dann gegeben sein, wenn postrechtliche Bestimmungen ihr ein solches Verhalten zubilligten. Wie unten ausgeführt wird, ist das Verhalten der DP AG auch nach postrechtlichen Bestimmungen nicht gerechtfertigt. Aus § 28 PostG besteht ein Anspruch auf Teilleistungszugang, der grundsätzlich auch für Konsolidierer besteht (sub a)). Eine Konsolidierung von Briefsendungen greift nicht in den Bereich der Exklusivlizenz gemäß § 51 S. 1 PostG ein (sub b)). Selbst wenn die DP AG nach postrechtliche Bestimmungen grundsätzlich berechtigt (aber nicht verpflichtet) wäre, einen Teilleistungszugang für Briefsendungen unterhalb der Exklusivlizenz zu verweigern, besteht jedoch die Pflicht der DP AG, diesen Teilleistungszugang – wenn sie ihn ermöglicht - diskriminierungsfrei allen nachfragenden Unternehmen zu gleichen Konditionen zu gewähren (sub c)).

a) Anspruch der Konsolidierer auf Zugang zu Teilleistungen gemäß § 28 PostG

Aus § 28 PostG folgt ein Anspruch der Konsolidierer auf Teilleistungszugang und Teilleistungsrabatte. Dies folgt zunächst aus dem **Wortlaut** des § 28 PostG. § 28 PostG regelt den sog. Teilleistungszugang. Nach § 28 Abs. 1 S. 1 PostG ist ein marktbeherrschender Postdienstleister verpflichtet, Teile der von ihm erbrachten Briefbeförderungsleistungen gesondert anzubieten, sofern ihm das wirtschaftlich zumutbar ist. § 28 Abs. 1 S. 2 PostG sieht einen Teilleistungszugang nicht nur für Kunden, sondern ausdrücklich auch für Wettbewerber vor (§ 28 Abs. 1 S. 2 PostG). Voraussetzung für diese Teilleistungsverpflichtung ist es, dass der Wettbewerber nicht marktbeherrschend ist und dass ansonsten Wettbewerb auf demselben oder einem anderen Markt unverhältnismäßig behindert würde. Der marktbeherrschende Postdienstleister darf die Teilleistungen nur dann gemäß § 28 Abs. 1 S. 3 PostG verweigern, wenn hierdurch die Funktionsfähigkeit seiner Einrichtungen oder die Betriebssicherheit gefährdet würde oder im Einzelfall die vorhandenen Kapazitäten für die nachgefragte Leistung erschöpft sind.

Neben dieser Pflicht zur Gewährung von Teilleistungszugang sieht § 28 Abs. 3 PostG schließlich vor, dass Teilleistungen auf freiwilliger Basis angeboten werden. Bietet das marktbeherrschende Unternehmen Teilleistungen auf freiwilliger Basis an, so gelten die Entgeltbestimmungen des § 28 Abs. 2 PostG entsprechend.

Aus dieser isolierten Betrachtung des Wortlauts des § 28 PostG folgt zunächst, dass unter bestimmten Voraussetzungen eine Pflicht eines marktbeherrschenden Postdienstleistungsunternehmens besteht, Wettbewerbern Teilleistungszugang zu gewähren. Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt: Die DP AG ist marktbeherrschend.[83] Konsolidierer, die Teilleistungszugang begehren, sind nicht marktbeherrschend. Der Wettbewerb wird durch eine Verweigerung des Teilleistungszugangs für Konsolidierer unverhältnismäßig behindert.[84] Die DP AG hat schließlich nicht dargelegt, dass durch die Gewährung von Teilleistungszugang die Funktionsfähigkeit ihrer Einrichtungen oder die Betriebssicherheit gefährdet würde.

Auch aus den **Gesetzesmaterialien** zu § 28 PostG folgt ein Anspruch von Wettbewerbern auf Teilleistungszugang. In der Begründung der Bundesregierung heißt es:

> „Im Interesse der Kunden soll mit der Vorschrift dafür Sorge getragen werden, dass marktbeherrschende Lizenznehmer ihr Angebot auf die Bedürfnisse der

[83] S. dazu schon oben sub B III. 1 (S. 29).
[84] S. dazu schon oben sub B III. 4. (S. 38)

> Nachfrage ausrichten, das heißt entsprechend differenzierte Leistungen anbieten und gesondert tarifieren. Dies bedeutet, dass Marktbeherrscher Kunden die Möglichkeit einräumen, Teile der Wertschöpfungskette (z. B. Einsammeln, Vorsortieren, Transportieren) in Eigenleistung zu erbringen und damit existierende Vorteile der Arbeitsteilung zu nutzen. (..) Die Verpflichtung des Marktbeherrschers zum Angebot von Teilleistungen gilt mit Blick auf nationales und europäisches Wettbewerbsrecht und in Übereinstimmung mit der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in sehr engen Grenzen *auch gegenüber anderen Anbietern von Postdienstleistungen*. Mit der Verpflichtung zum offenen Netzzugang für Wettbewerber wird sichergestellt, dass durch die Existenz sog. „Bottleneck-Ressourcen" auf Seiten des Marktbeherrschers die Entstehung und Entwicklung wettbewerblicher Strukturen nicht verhindert wird. Durch die infolge eines offenen Netzzugangs realisierbaren Gewinne aus Arbeitsteilung können die Gesamtkosten des Postsektors gesenkt und damit letztlich ein niedrigeres Preisniveau in diesem Bereich erreicht werden."[85] [Hervorhebung hinzugefügt]

Der nationale Gesetzgeber hat daher – im Gegensatz zur Rechtsansicht der DP AG – mit § 28 PostG eine umfassende Verpflichtung marktbeherrschender Unternehmen zur Gewährung des Teilleistungszugangs gesetzlich verankert.

Auch aus der **Systematik** des PostG folgt nichts anderes. Soweit von der DP AG und in der Literatur[86] die Auffassung vertreten wird, eine Teilleistungsverpflichtung bestehe lediglich im nicht-exklusiven Bereich, also außerhalb der Exklusivlizenz des § 51 Abs. 1, S. 1 PostG, findet diese Auffassung keine Stütze im Gesetz. Die Exklusivlizenz ist in § 51 Abs. 1, S. 1 PostG unter der Überschrift „Übergangsvorschriften" geregelt. Weder aus den Gesetzesmaterialien noch aus dem Wortlaut geht hervor, dass für den Bereich der Exklusivlizenz eine Teilleistungsverpflichtung nicht besteht. Es ist daher nicht ersichtlich, wie eine „Übergangsbestimmung" wie die des § 51 Abs. 1, S. 1 PostG als „lex specialis" die allgemeine Regelung des Teilleistungszugangs in § 28 PostG verdrängen könnte.[87]

Selbst wenn eine *Pflicht* zur Gewährung von Teilleistungszugang nicht bestünde, hätte die DP AG gemäß § 28 Abs. 3 PostG die Möglichkeit, auf *freiwilliger Basis* Teilleistungszugang zu gewähren. Es besteht daher - entgegen der von der DP AG vertretenen Ansicht - keinesfalls die Verpflichtung der DP AG, den Teilleistungszugang für Konsolidierer zu verweigern. Soweit die DP AG Teilleistungszugang gewährt, muss dieser Zugang diskriminierungsfrei gewährt werden.[88]

---

85 Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum PostG, BT/Drs. 13/7774.
86 S. Sedemund in Beck'scher PostG-Kommentar, § 28, Rn. 26.
87 S. dazu noch ausführlich unten b).
88 Dazu noch unten B. III. 6. c) (S. 47 f.).

b) Konsolidierung greift nicht in den Exklusivbereich der DP AG ein

Das Bundeskartellamt geht in Übereinstimmung mit der Europäischen Kommission davon aus, dass Konsolidierungsleistungen nicht in den Bereich der Exklusivlizenz der DP AG eingreifen. Die Reichweite der Exklusivlizenz ist im deutschen Recht in § 51 Abs. 1 S. 1 PostG normiert, so dass sich die Reichweite der Exklusivlizenz durch die Auslegung dieser Norm ergibt. § 51 Abs. 1 S. 1 PostG beruht jedoch auf den Vorgaben der Richtlinie 97/67/EG, so dass eine Auslegung des § 51 Abs. 1 S. 1 PostG im Lichte dieser Richtlinie vorzunehmen ist (sub aa)). Konsolidierungsleistungen fallen unter § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG, der im Wege der europarechtskonformen Auslegung weit auszulegen ist (sub bb)).

aa) Reichweite der Exklusivlizenz gemäß § 51 Abs. 1 S. 1 PostG

Der Zugang von Konsolidierern zu Teilleistungen und die Gewährung von Teilleistungsrabatten für Sendungen unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz verstößt nicht gegen die Exklusivlizenz des § 51 Abs. 1 S. 1 PostG. Gemäß § 51 Abs. 1 S. 1 PostG hat die DP AG das ausschließliche Recht, Briefsendungen unter 100 g „gewerbsmäßig zu befördern". **„Beförderung"** ist gemäß der Definition des § 4 Nr. 3 PostG **„das Einsammeln, Weiterleiten oder Ausliefern** von Postsendungen an den Empfänger."

Da es bei der Frage der Zulässigkeit von Konsolidierungsleistungen entscheidend auf die Frage ankommt, wo der Exklusivbereich der DP AG zulässigerweise *beginnt*, ist auf den chronologisch zuerst genannten Begriff des **„Einsammelns"** ganz wesentlich abzustellen. Der Begriff des „Einsammelns" ist im Postgesetz nicht näher definiert. Es wird anhand einer Wortlautauslegung nicht deutlich, *wo* das Einsammeln der Briefsendungen erfolgt. Auch in den Gesetzesmaterialien findet sich kein Aufschluss darüber, was unter dem Begriff des „Einsammelns" zu verstehen ist.

Maßstäbe zur Auslegung des Begriffes des „Einsammelns" ergeben sich aus den Begriffsbestimmungen der Richtlinie 97/67/EG.[89] Die Richtlinie 97/67/EG verwendet im Hinblick auf den reservierbaren Bereich gemäß Art. 7 Abs. 1 RL nicht den Begriff **„Einsammeln"**, spricht jedoch von der **„Abholung"** (englisch: „clearance"; französisch: „levée"), was als **„Einsammeln** (englisch: „collecting"; französisch: „collecter") **an den Zugangspunkten"** definiert ist (Art. 2 Nr. 4 RL 97/67/EG). **„Zugangspunkte"** sind wiederum „die Einrichtungen, einschließlich der für die Allgemeinheit bestimmten Postbriefkästen auf öffentlichen Wegen oder in den Räumlichkeiten des Anbieter von Universaldienstleistern, wo die **Kun-**

[89] So wohl auch Herdegen in Beck'scher PostG-Kommentar, § 4, Rn. 34.

den ihre Sendungen in das öffentliche Postnetz geben können." (Art. 2 Nr. 3 RL 97/67/EG). Der Begriff der „Abholung" weist somit einen klaren Bezug zu den „Zugangspunkten" des Postnetzes auf.

In richtlinienkonformer Auslegung ist unter dem Begriff des „Einsammelns" vor diesem Hintergrund das Abholen im Sinne des „Einsammelns an Zugangspunkten" zu verstehen, also an den Punkten, wo die Kunden ihre Sendungen in das öffentliche Postnetz geben können. Was jedoch als „Zugangspunkt" im Sinne der Richtlinie anzusehen ist, wird von der in dem Mitgliedstaat bestehenden Infrastruktur bestimmt, da der jeweilige Universaldienstleister durch seine Infrastruktur bestimmt, „wo die Kunden ihre Postdienstsendungen in das öffentliche Postnetz geben können". Als „Zugangspunkte" kommen zunächst die Briefkästen, die jeweiligen Postfilialen, jedoch auch die jeweiligen Briefzentren in Betracht (s. bereits Schema auf S. 3). Insbesondere für große Mengenlieferungen bietet die DP AG als Einlieferungsstelle ausdrücklich Großannahmestellen (= Briefzentren) an. Dabei gewährt die DP AG ihren Kunden ausdrücklich Zugang sowohl für die „BZA" (Briefzentren Abgang) als auch für die „BZE" (Briefzentren Eingang). Die DP AG hat somit diese Briefzentren zu „Zugangspunkten" im Sinne der Richtlinie erklärt, da die Kunden ihre Sendungen in diesen Briefzentren abgeben können. Dies führt dazu, dass lediglich der Bereich ab diesen Zugangspunkten von der Exklusivlizenz erfasst ist.

Die DP AG ist mit Blick auf den in **Art. 7 RL** genannten Begriff des **Transports** der Ansicht, dass die gesamte postalische Wertschöpfungskette, beginnend bei dem **Absender** als Verfasser der Briefsendung, reservierbar sei. Die DP AG verkennt bei ihrer Argumentation jedoch, dass in Art. 7 RL die „Abholung" als erster Schritt genannt wird. Die Abholung ist jedoch das Einsammeln der Briefsendungen beim Zugangspunkt. Erst ab diesem Zeitpunkt beginnt der nach der Richtlinie reservierbare „Transport" der Briefsendung. Der Begriff „**Absender"**, auf den sich die DP AG in ihrer Stellungnahme ganz wesentlich stützt und den Art. 2 Nr. 16 RL als „natürliche oder juristische Person, die Urheber von Postsendungen ist" definiert, wird bei der Abgrenzung des reservierbaren Bereichs in Art. 7 RL an keiner Stelle verwendet. Er wird lediglich in Erwägungsgrund 21 zur Umschreibung der sog. „Eigenbeförderung" gebraucht (dazu s. noch unten) und bedeutet dort – wie die DP AG richtig ausführt – den Absender als Urheber der Briefsendung („materieller Absenderbegriff", s. auch Legaldefinition in Art. 2 Nr. 16 RL). In der Richtlinie wird der Begriff des Zugangspunkts ausdrücklich nicht mit dem in der Richtlinie legaldefinierten Begriff **„Absender" (englisch: „sender"; französisch: „expediteur")** in Verbindung gebracht, sondern mit dem allgemeineren Begriff des **„Kunden" (englisch: „customer"; französisch:**

„client“). Dass an den Zugangspunkten BZA und BZE daher nur Zugang bestehen soll und Rabatte zu gewähren sind, wenn für jeden einzelnen „Absender“ die Zugangsvoraussetzungen erfüllt sind, lässt sich aus dem insoweit klaren Wortlaut der Richtlinie gerade nicht herleiten. Die bewusste Unterscheidung zwischen „Kunde“ („customer“ bzw. „client“) und „Absender“ („sender“ bzw. „expediteur“) spricht vielmehr ausdrücklich gegen diese Ansicht. Als „Kunde“ ist daher jeder anzusehen, der (eigene oder fremde) Briefsendungen an den hierfür von der DP AG vorgesehenen Zugangspunkten einliefert.

bb) Konsolidierung als Fall des § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG

Konsolidierungstätigkeiten fallen unter § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG. Nach § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG gilt die Exklusivlizenz nicht für denjenigen, der Briefsendungen im Auftrage des Absenders bei diesem abholt und bei der nächsten Annahmestelle der Deutschen Post AG oder bei einer anderen Annahmestelle innerhalb derselben Gemeinde einliefert.

Entgegen dem Wortlaut des § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 ist eine Einlieferung nicht auf die nächste Annahmestelle bzw. die Annahmestellen innerhalb derselben Gemeinde beschränkt (sub (1)). Ferner umfasst § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG bei europarechtskonformer Auslegung nicht lediglich die sog. „Eigenbeförderung“ im engeren Sinne, sondern darüber hinaus auch die Konsolidierungstätigkeiten (sub (2)).

(1) Keine Beschränkung auf Einlieferungen *innerhalb derselben Gemeinde*

Der restriktive Wortlaut des § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG, wonach Briefsendungen nur in der *nächstgelegenen* Annahmestelle eingeliefert werden dürfen, findet in der Richtlinie 97/67/EG keine Stütze und ist europarechtskonform dahingehend auszulegen, dass Einlieferungen an sämtlichen Annahmestellen erfolgen können. Hierüber besteht zwischen DP AG und Bundeskartellamt auch kein Streit, da sich die DP AG im Rahmen ihrer derzeitigen Praxis nicht an diesen restriktiven nationalen Wortlaut hält und derzeit bereits Teilleistungszugang auch außerhalb der nächstgelegenen Annahmestelle gewährt: Sie gewährt Massenversendern und den im Auftrag von Massenversendern einliefernden gewerblichen Postdienstleistern bereits derzeit Zugang zu den BZA und BZE und definiert diese Einrichtungen als Einlieferungsstellen. Die Notwendigkeit dafür folgt bereits aus den technischen und personellen Kapazitäten einzelner („nächstgelegener“) Filialen, die nicht in der Lage sind, Massensendungen anzunehmen.

Diese Praxis der DP AG ist auch richtlinienkonform: Die Richtlinie verwendet den Begriff des „Zugangspunkts“, der in Art. 2 Nr. 3 Richtlinie definiert ist (s. bereits oben sub aa)). Danach sind Zugangspunkte „die Einrichtungen, einschließlich der für die Allgemeinheit bestimmten Postbriefkästen auf öffentlichen Wegen oder in den Räumlichkeiten des Anbieters von Universaldienstleistern, wo die Kunden ihre Sendungen in das öffentliche Postnetz geben können.“ Dem Richtlinientext ist nicht zu entnehmen, dass der Zugangspunkt innerhalb der Gemeinde des Absenders liegen müsste.

Dementsprechend hat auch die Regierung der Bundesrepublik Deutschland der EU-Kommission mitgeteilt, § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG dadurch richtlinienkonform auszugestalten, dass das Adjektiv „nächste“ Annahmestelle und die Formulierung „Annahmestelle in derselben Gemeinde“ gestrichen werden und somit sämtliche Briefzentren der DP AG als Einlieferungsstellen und Zugangaspunkte zum Briefbeförderungsnetz der DP AG anerkannt werden.

(2) § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG nicht auf Fälle der Eigenbeförderung beschränkt

Entgegen der Ansicht der DP AG ist § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG nicht auf die Fälle der sogenannten „Eigenbeförderung“ beschränkt, so dass auch Konsolidierungstätigkeiten unter § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG fallen.

Es ist zwischen Bundeskartellamt und DP AG unstreitig, dass eine sogenannte „Eigenbeförderung“ nach deutschem und europäischem Postrecht zulässig ist. Dies ergibt sich bereits aus der Richtlinie, in dessen Erwägungsgrund 21 die Eigenbeförderung definiert ist. Hiernach stellt die Eigenbeförderung die

> Übernahme postalischer Dienstleistungen durch eine natürliche oder juristische Person dar, die *gleichzeitig* der Absender der Briefsendungen ist, oder die Übernahme von Abholung und Transport dieser Sendungen durch einen Dritten, der *ausschließlich* im Namen dieser Person handelt.

Diese „Eigenbeförderung“ zählt nicht zum Universaldienst, da sie bereits nicht unter die Kategorie einer „Dienstleistung“ fällt.[90] Dies hat der EuGH in einem Urteil vom 11.3.2004 bestätigt, in dem er ausführte, dass die Eigenbeförderung nicht im Wege des Art. 7 Richtlinie 97/67/EG reservierbar sei.[91]

Unter § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG fallen jedoch – entgegen der Ansicht der DP AG – nicht *ausschließlich* Eigenbeförderungen, sondern auch die Konsolidierungsleistungen.

---

90 S. Erwägungsgrund 21 der Richtlinie 97/67/EG.

91 EuGH vom 11.3.2004, Rs. C 240/02, „Asempre“, EuZW 2004, Rn. 21 ff. (Bl. 1136 ff. Verfahrensakte).

Dies ergibt sich bereits aus dem **Wortlaut** des § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG. Hiernach gilt die Exklusivlizenz nicht für denjenigen, der Briefsendungen im Auftrage des Absenders bei diesem abholt und anschließend einliefert. Dieser Wortlaut unterscheidet nicht zwischen „gewerblichen" Dienstleistern und privaten Einlieferern, sondern nimmt die genannten Dienstleistungen insgesamt von der Exklusivlizenz aus. Auch Konsolidierer liefern Briefsendungen „im Auftrag des Absenders" ein. Aus dem Wortlaut ergibt sich auch nicht, dass die gewerblichen Postdienstleister stets nur im Auftrag eines *einzelnen* Absender einliefern müssen, was der Eigenbeförderung im Sinne des Erwägungsgrundes 21 entspräche. Der Wortlaut des § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG ist vielmehr weiter gefasst und umfasst alle Dienstleister, die „im Auftrag" des Absenders einliefern. Dies tun auch Konsolidierer, die in einem Auftragsverhältnis mit dem Absender stehen, die Sendungen mehrerer kleinerer Absender bündeln und diese anschließend gebündelt in das öffentliche Postnetz einliefern. Der Wortlaut bietet weiterhin keinen Anhaltspunkt für die unterschiedliche Behandlung von Absendern verschiedener Größe.

Auch **Sinn und Zweck** gebieten eine Einbeziehung von Konsolidierern in § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG. Sollte der Tatbestand tatsächlich lediglich die Eigenbeförderung umfassen, so liefe er praktisch leer, da es in der Praxis kaum gewerbliche Postdienstleister gibt, die – wie Erwägungsgrund 21 der Richtlinie es vorschreibt - *ausschließlich* für einen Absender tätig sind. Nur diese gewerbliche Postdienstleister werden jedoch in der Richtlinie als „Eigenbeförderer" qualifiziert. Da die DP AG bereits derzeit gestattet, dass gewerbliche Postdienstleister Sendungen von mehreren (Massen-)Versendern gleichzeitig (allerdings getrennt nach Absendern) einliefern, ist es nur folgerichtig, auch Konsolidierern die Einlieferung und die Teilleistungsrabatte zu gewähren.

Schließlich ergibt eine **richtlinienkonforme Auslegung** des § 51 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 PostG, dass Konsolidierer von dem dort genannten Tatbestand umfasst werden. Wie bereits oben unter aa) dargestellt, umfasst die Exklusivlizenz die Briefbeförderung erst ab dem Zeitpunkt der Einlieferung an Zugangspunkten. Zugangspunkte in diesem Sinne sind in Deutschland auch die BZE und die BZA. Alle Beförderungsschritte vor Einlieferung an diesen Zugangspunkten sind nicht reservierbar und können auch von anderen gewerblichen Postdienstleistern erbracht werden.

c) Pflicht zur Gleichbehandlung aller Teilleistungssuchenden

Jedenfalls aber ist die DP AG, *soweit* sie anderen Massenversendern und Konsolidierern tatsächlich Teilleistungszugang gewährt, verpflichtet, alle Teilleistungszugang begehrenden Unternehmen gleich zu behandeln. Dies gilt sowohl für Konsolidierer einerseits und Massenversender andererseits (sub bb) als auch für Konsolidierer untereinander (sub aa)).

Gemäß Art. 12, 5. Spiegelstrich der Richtlinie 97/67/EG müssen Universaldienstleister, wenn sie Sondertarife anwenden, diese Dritten gegenüber zu gleichen Bedingungen anbieten. In der Vorschrift heißt es wörtlich:

> „*wenn*[92] Anbieter von Universaldienstleistungen Sondertarife anwenden, beispielsweise für *Dienste für Geschäftskunden, Massenversender oder Konsolidierer von Postsendungen verschiedener Kunden*, so gelten die Grundsätze der Transparenz und *Nichtdiskriminierung* sowohl für die Tarife als auch für die entsprechenden Bedingungen. Die Tarife tragen den im Vergleich zu dem allumfassenden Standarddienst einschließlich Einsammeln, Transport, Sortierung und Zustellung einzelner Sendungen eingesparten Kosten Rechnung und gelten, ebenso wie die entsprechenden Bedingungen, *sowohl im Verhältnis zwischen verschiedenen Dritten als auch im Verhältnis zwischen Dritten und Universaldienstleistern, die gleichwertige Dienste anbieten*. Alle derartigen Tarife werden auch privaten Kunden gewährt, die Sendungen unter vergleichbaren Bedingungen einliefern [Hervorhebung hinzugefügt]."

aa) Pflicht zur Gleichbehandlung von *Konsolidierern und Massenversendern*

Der in der Richtlinie normierte Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet zunächst, dass *zwischen* den dort genannten Gruppen nicht diskriminiert werden darf. Dies folgt aus dem Wortlaut von Art. 12, 5. Spiegelstrich und Erwägungsgrund 29[93] der Richtlinie, wonach ein Universaldienstanbieter auch nicht „im Verhältnis *zwischen* Dritten" unterscheiden darf. Da in den genannten Bestimmungen als Gruppen sowohl Massenversender als auch Konsolidierer genannt werden, folgt hieraus, dass die DP AG, soweit sie der Gruppe der Massenversender Teilleistungszugang gewährt, auch der Gruppe der Konsolidierer Teilleistungszugang gewähren muss.

---

92 Englische Version: „Whenever universal service providers apply special tariffs, for example for services…"; französische Version: "Lorsqu'ils appliquent des tarifs spéciaux, par exemple pour les services aux entreprises, aux expéditeurs d'envois en nombre ou aux intermédiaires chargés de grouper les envois de plusieurs clients… »

93 Wortlaut s. S. 18.

Die DP AG hat es „Kunden“, insbesondere Massenversendern mit einem hohen Sendungsaufkommen, im Bereich ihrer Exklusivlizenz ermöglicht, gemäß Erwägungsgrund 29 „ihre Post im Vergleich zur normalen Briefpost an anderen Punkten und anderen Bedingungen in den Postgang zu geben“, indem sie eine Einlieferung im BZA und im BZE möglich gemacht hat. Durch diese Entscheidung, Einlieferungen auch in diesen Briefzentren möglich zu machen, hat die DP AG in ihrem Exklusivbereich bewusst auf einen generellen Ausschluss des Teilleistungszugangs verzichtet. Da die DP AG jedoch diesen Zugang zu BZA und BZE gewährt, hat sie diesen Zugang allen Teilleistungsinteressenten zu gleichen Preisen und zu gleichen Bedingungen zu gewähren. Dies gilt nach dem Wortlaut des Art. 12, 5. Spiegelstrich RL insbesondere auch im Hinblick auf einliefernde Massenversender einerseits und einliefernde Konsolidierer andererseits. Für eine unterschiedliche Behandlung der in Art. 12, 5. Spiegelstrich genannten Gruppen bleibt angesichts dieses eindeutigen Wortlauts der Richtlinie kein Raum.

Die DP AG ist der Auffassung, dass sich aus der Kommissionsbekanntmachung über die Anwendung der Wettbewerbsregeln im Postsektor[94] ergebe, dass sogenannten „Mittlern“ im Gegensatz zu „Kunden“ (im Sinne des Absenders) die Einlieferung von Briefsendungen im reservierten Bereich nicht gestattet sei.[95] Diese Auffassung ist unzutreffend. Zunächst ist zu beachten, dass die Kommissionsbekanntmachung lediglich ergänzend als Auslegungshilfe der Richtlinie herangezogen werden kann und der Bekanntmachung kein Gesetzesrang zukommt. Darüber hinaus ergibt sich aus der Bekanntmachung entgegen der Auffassung der DP AG nicht die Aussage, dass sogenannten „Mittlern“ im Exklusivbereich die Einlieferung von Briefsendungen nicht gestattet sei. „Mittler“ ist nach der Kommissionsbekanntmachung „jeder Wirtschaftsteilnehmer, der zwischen dem Absender und dem Universaldienstanbieter durch Abholung, Transport und/oder Vorsortierung der Postsendungen tätig wird, bevor die Postsendungen in das öffentliche Postnetz im gleichen oder in einem anderen Land gelangen“.

Soweit die DP AG auf die Kommissionsbekanntmachung verweist und Ziff. 8.6. zitiert, wonach „(...) bestimmte bestehende Beschränkungen für die Abholung, das Sortieren und die Beförderung von Postsendungen durch Mittler aufrechterhalten [werden können]“ lässt dieses Zitat Fußnote 30 der Kommissionsmitteilung außer Acht, wo es heißt: „Selbst dort, wo eine Monopolsituation besteht, können Versender auf die besonderen Dienste von Mittlern, beispielsweise beim (Vor-)Sortieren der Post *vor* ihrer Ablieferung beim Post-

94 ABlEG 1998, C 39/2.

95 Schriftsatz Freshfields vom 13.9.2004, S. 18 ff. (Bl. 1236 ff.).

betreiber, zurückgreifen“. Durch diese Fußnote wird klargestellt, dass zumindest der „erste“ Sortierungsschritt, nämlich die Grobsortierung auf Leitregionen, nicht beschränkt werden darf. Darüber hinaus verweist die von der DP AG zitierte Ziff. 8.6 auf Ziffer 8 b) vii) der Bekanntmachung. Dort heißt es:

> „Betreiber müssen den Universaldienst in einer Weise erbringen, dass Kunden oder Mittler entsprechend ihren Bedürfnissen ohne jegliche Diskriminierung *Zugang zum Postnetz an geeigneten öffentlichen Zugangsstellen* erhalten. (...) Insbesondere soll sichergestellt werden, dass Mittler – einschließlich Betreiber anderer Mitgliedstaaten – *unter den verfügbaren Zugangsstellen des öffentlichen Postnetzes wählen können* und innerhalb angemessener Zeit zu Preiskonditionen, die auf den Kosten basieren und die den tatsächlich verlangten Leistungen entsprechen, Zugang zum Netz erhalten können.“ [Hervorhebungen hinzugefügt]

Hieraus ist zu folgern, dass Mittlern Zugang zu sämtlichen verfügbaren Zugangsstellen des öffentlichen Postnetzes gewährt werden muss und dass Mittler gegenüber anderen Einlieferern nicht diskriminiert werden dürfen.

bb) Pflicht zur Gleichbehandlung aller *Konsolidierer*

Aus dem in der Richtlinie normierten Gleichbehandlungsgrundsatz ergibt sich zudem, dass die DP AG nicht zulässigerweise *innerhalb* einer der in der Richtlinie genannten Gruppen unterscheiden darf: Sie darf Konsolidierer untereinander nicht unterschiedlich behandeln, indem sie einem Konsolidierer Teilleistungszugang gewährt und diesen anderen Konsolidierern gegenüber verweigert.

Da sie der PostCon Deutschland e.G. („PostCon“), einem gewerblichen Konsolidierer, Teilleistungszugang und Teilleistungsrabatte gewährt, kann sie sich anderen Konsolidierern gegenüber nicht auf ihre Exklusivlizenz des § 51 Abs. 1 PostG berufen.

Die PostCon e.G. wurde zu dem Zweck gegründet, die Portokosten ihrer Mitglieder bei der Beförderung von Briefsendungen zu senken. Dies geschieht im Wesentlichen durch die Erbringung von Teilleistungen und durch die Ausschüttung der durch den Geschäftsbetrieb erwirtschafteten Überschüsse nach dem System der genossenschaftlichen Rückvergütung (§ 44 der Satzung der PostCon). In den AGB der PostCon, die dem Bundeskartellamt von der RegTP übermittelt wurden, heißt es unter 2. (3): „PostCon führt die teilleistungsfähigen Sendungen des Kunden mit den Sendungen anderer Kunden zusammen, nachfolgend „Konsolidierung“, und liefert diese zur weiteren Beförderung und Auslieferung an den Adressaten bei der DP AG ein“. Der PostCon wird seit dem 1.10.2003 von der DP

AG umfassender Teilleistungszugang sowohl für Briefsendungen unterhalb als auch für Briefsendungen oberhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz gewährt. Die DP AG hat im August 2003 entsprechende „Kunden"-Teilleistungsverträge mit der PostCon geschlossen.

Entgegen der Ansicht der DP AG handelt es sich bei der PostCon um einen klassischen Konsolidierer, der „gewerbsmäßig" teilleistungsrelevante Eigenleistungen erbringt. Der Begriff der „Gewerbsmäßigkeit" ist im PostG nicht legaldefiniert. Nach einer allgemeinen Definition ist ein Gewerbe „jede erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete, selbständige Tätigkeit, die fortgesetzt und nicht nur gelegentlich ausgeübt wird – mit Ausnahme der Urproduktion, der Verwaltung des eigenen Vermögens, wissenschaftlicher, künstlerischer und schriftstellerischer Berufe sowie persönlicher Dienstleistungen höherer Art."[96] Die gewerbsmäßige Tätigkeit der PostCon ergibt sich bereits aus ihrer Rechtsform als eingetragene Genossenschaft. Eine Genossenschaft ist nach der Legaldefinition in § 1 Abs. 1 GenG eine Gesellschaft von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die *Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft* ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebs bezweckt. Eine eingetragene Genossenschaft verfolgt als handelsrechtliche Sonderform des rechtsfähigen Wirtschaftsvereins (§§ 22 ff. BGB)[97] – im Gegensatz zum nichtwirtschaftlichen Verein gem. § 21 BGB – rein wirtschaftliche Zwecke.[98] Gemäß § 17 Abs. 2 GenG gilt eine Genossenschaft als Kaufmann.

Die DP AG hat in Erwägung gezogen, eine Ungleichbehandlung zwischen einzelnen Konsolidierern dadurch zu beseitigen, dass sie den Teilleistungsvertrag mit der PostCon kündige, um hierdurch „einen diskriminierungsfreien Zustand wiederherzustellen".[99] Doch auch wenn die DP AG den Teilleistungszugang mit der PostCon kündigte, bliebe es dabei, dass sie Massenversendern den Teilleistungszugang gewährt, während sie Konsolidierern gegenüber einen Teilleistungszugang verweigert. Bereits diese Praxis verletzt den in Art. 12, 5. Spiegelstrich Richtlinie normierten Gleichbehandlungsgrundsatz (s. bereits oben aa)).

---

96 S. Herdegen in Beck'scher PostG-Kommentar, § 4 PostG, Rn. 64 m.w.N.

97 So K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, S. 1267 m.w.N.; aus diesem Grund können deshalb die §§ 22 ff. BGB analog herangezogen werden, soweit das GenG keine sondergesetzlichen Vorschriften enthält.

98 Vgl. auch zur Abgrenzung zwischen wirtschaftlichem und nicht-wirtschaftlichen Verein BVerwG, NJW 1998, S. 1166 ff.; VGH Baden-Württemberg, DVBl. 2004, 523; BayOLG, NJW-RR 1999, 765; Reuter in Münchner Kommentar zum BGB, §§ 21, 22 BGB, Rn. 29 ff.

99 Schriftsatz Freshfields vom 15.12.2004, S. 16 (Bl. 2546).

IV. Verstoß gegen Art. 82 EG

Auch nach europäischem Wettbewerbsrecht ist das Verhalten der DP AG verboten. Die DP AG hat eine marktbeherrschende Stellung auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Markts (sub 1.). Diese Stellung missbraucht sie (sub 2.) und beeinträchtigt dadurch den zwischenstaatlichen Handel (sub 3.) Eine Rechtfertigung des Verhaltens gemäß Art. 86 Abs. 2 EG ist nicht gegeben (sub 4.).

1. Marktbeherrschung auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes

Die DP AG hat eine marktbeherrschende Stellung im Sinne des Art. 82 EG auf einem wesentlichen Teil des gemeinsamen Markts inne. Als sachlich relevante Märkte sind hier der Markt der Briefbeförderung bzw. die Teilmärkte der Briefbeförderungskette anzusehen, die in räumlicher Hinsicht das gesamte Bundesgebiet umfassen. Auf diesen Märkten hat die DP AG eine marktbeherrschende Stellung inne.[100]

Das Gebiet der Bundesrepublik Deutschland stellt auch einen „wesentlichen Teil des gemeinsamen Marktes“ dar. Der Begriff des „wesentlichen Teils des gemeinsamen Marktes“ wird nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Teilmarkts für den Gesamtmarkt beurteilt. Dabei sind die Märkte einzelner Mitgliedstaates stets als ein „wesentlicher Teil“ des Gesamtmarkts angesehen worden.[101] Auch für den deutschen Markt hat der EuGH dies ausdrücklich klargestellt.[102]

2. Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung

Durch ihr Verhalten missbraucht die DP AG ihre marktbeherrschende Stellung. „Missbräuchlich“ ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH „eine Verhaltensweise eines Unternehmens in beherrschender Stellung, die die Struktur eines Marktes beeinflussen kann, auf dem der Wettbewerb gerade wegen der Anwesenheit des fraglichen Unternehmens bereits geschwächt ist, und die die Aufrechterhaltung des auf dem Markt noch bestehenden Wettbewerbs oder dessen Entwicklung durch die Verwendung von Mitteln behindern, welche von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbe-

---

100 S. hierzu schon ausführlich oben B.III.1 (S. 29).

101 Ständige Rechtsprechung seit EuGH vom 9.11.1983, Rs. 322/81, „Michelin“, Slg. 1983, S. 3461, Rn. 102-104.

102 EuGH vom 23.4.1991, Rs. C-41/90, „Höfner u. Elser/Macroton GmbH“, Slg. 1991 I, Rn. 24.

werbs auf der Grundlage der Leistungen der Unternehmen abweichen.[103] Art. 82 S. 2 EG nennt vier Fallgruppen, in denen ein solcher Missbrauch insbesondere angenommen werden kann. Daneben erfasst die Generalklausel des Art. 82 S. 1 sonstige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, durch die Wettbewerber, Handelspartner oder Verbraucher geschädigt oder die Strukturen des Marktes beeinträchtigt werden.[104]

Das Verhalten der DP AG ist sowohl unter die in Art. 82 S. 2 lit. c) EG genannte Fallgruppe als auch unter die Generalklausel des Art. 82 S. 1 EG zu subsumieren.

a) Missbrauch gem. Art. 82 S. 2 lit. c) EG

Das Verhalten der DP AG ist als Missbrauch im Sinne des Art. 82 S. 2 lit. c) EG zu qualifizieren. Danach liegt ein missbräuchliches Verhalten in der „Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden."

Sowohl Konsolidierer als auch Massenversender sind **Handelspartner** im Sinne des Art. 82 S. 2 lit. c) EG. „Handelspartner" sind Unternehmen, die im Verhältnis zum Marktbeherrscher auf einer vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe stehen und mit diesem im geschäftlichen Kontakt stehen.[105] Konsolidierer und Massenversender sind insoweit „Handelspartner" der DP AG, als dass sie teilleistungsrelevante Eigenleistungen erbringen, die den Teilleistungen der DP AG vorgeschaltet sind. Sowohl Konsolidierer und Massenversender liefern bereits derzeit vorsortierte Briefsendungen ein und stehen insoweit in geschäftlichem Kontakt mit der DP AG. Soweit die DP AG behauptet, nur *Vertragspartner* seien als „Handelspartner" der DP AG anzusehen, ist dem nicht beizupflichten. Der Begriff des „Handelspartners" ist bisher weder in der Entscheidungspraxis der Kommission noch in der Rechtsprechung restriktiv im Sinne von „Vertragspartner" ausgelegt worden. Es werden grundsätzlich Geschäftsbeziehungen zwischen dem marktbeherrschenden Unternehmen und seinen Handelspartner als ausreichend angesehen.[106] Darüber hinaus sind Konsolidierer bezüglich der Einlieferung von Briefen *oberhalb* der (Gewichts-) Grenzen der Exklusivlizenz bereits Vertragspartner der DP AG, da für diesen Bereich unstreitig Teilleistungszugang besteht. Für Briefsendungen unterhalb der (Gewichts-)Grenzen der Exklusivlizenz sind Konsolidierer nur aus dem Grunde nicht Vertragspartner der DP AG, weil ihnen

---

103 Ständige Rechtsprechung seit EuGH vom 13.2.1979, „Hoffmann-La Roche", Slg. 1979, 461, 541.

104 Langen/Bunte/*Dirksen*, Art. 82 EG, Rn. 167.

105 Langen/Bunte/*Dirksen*, Art. 82 EG, Rn. 141 m. w. N. zu Kommissionspraxis und Rechtsprechung des EuGH.

106 S. auch Entscheidung der Kommission vom 20.10.2004, Rn. 92 (s. Anlage).

kein Teilleistungszugang gewährt wird. Es wäre jedoch widersinnig, wenn es die DP AG durch die Ausgestaltung ihrer Vertragsbeziehungen in der Hand hätte, die Anwendung des Art. 82 EG auszuschließen.

Konsolidierer und Massenversender erbringen auch **„gleichwertige Leistungen“**. Der Begriff der „Leistungen“ ist weit auszulegen und erfasst alle in dem jeweiligen wirtschaftlichen Zusammenhang stehenden Haupt- und Nebenleistungen, die die Geschäftsbeziehungen zwischen Marktbeherrscher und Handelspartner auszeichnen.[107] Die von Konsolidierern beim BZA oder BZE eingelieferten, nach Leitregionen vorsortierten und von mehreren Absendern stammenden Briefsendungen unterscheiden sich in postalischer Hinsicht in keiner Weise von denjenigen Sendungen, die von anderen Unternehmen im Auftrag eines einzelnen Massenabsenders nach Leitregionen vorsortiert eingeliefert werden. Die von der DP AG eingesparten Kosten und Leistungen sind in beiden Fällen identisch.

Die DP AG macht geltend, dass ein Verstoß nur dann vorliegt, wenn die vom Marktbeherrscher ungleich behandelten Unternehmen tatsächlich oder zumindest potentiell im Wettbewerb zueinander stehen.[108] Sie beruft sich diesbezüglich auf die ständige Rechtsprechung des EuGH seit dem Urteil *Suiker Unie* aus dem Jahre 1975.[109] Nur wenn die Handelspartner *untereinander* im Wettbewerb zueinander stünden, könnten sie durch die diskriminierenden Praktiken marktbeherrschender Unternehmen im Verhältnis zueinander auch diskriminiert bzw. begünstigt werden. Die DP AG verkennt bei ihren Ausführungen, dass ein Wettbewerbsverhältnis zwischen Konsolidierern und Massenversendern sehr wohl besteht. Dies folgt zunächst daraus, dass die Massenversender ihre Briefsendungen in der Regel nicht selbst einliefern, sondern sich hierzu eines gewerblichen Postdienstleistungsunternehmen oder aber des Produktes „Hin & Weg“ der DP AG bedient, um ihre Sendungen einzuliefern. Insbesondere zu diesen gewerblichen Postdienstleistern, die für die Massenversender tätig sind, stehen die Konsolidierer in einem Wettbewerbsverhältnis: In beiden Fällen liefern Postdienstleistungsunternehmen die gleichen Mengen an Briefsendungen ein – der einzige Unterschied besteht darin, dass die einen Sendungen von einem Absender stammen, während die anderen Sendungen von verschiedenen Absendern stammen und konsolidiert wurden. Darüber hinaus besteht ein Wettbewerbsverhältnis dadurch, dass die Konsolidierer als Mittler für ihre Kunden tätig sind, die als Absender nicht die notwendigen Sendungsvolumina generieren können, um in den Genuss der

---

107 Langen/Bunte/*Dirksen*, Art. 82 EG, Rn. 143.

108 Schriftsatz vom 15.12.2004, S. 16 (Bl. 2546 Verfahrensakte).

109 Schriftsatz vom 15.12.2004, S. 17 (Bl. 2547 Verfahrensakte).

der jeweiligen Rabatte zu gelangen. Diese Kunden stehen im Wettbewerb zu Massenversendern, die für ihre Briefsendungen Teilleistungsrabatte erhalten.

Die DP AG wendet **„unterschiedliche Bedingungen“** an, indem sie den gewerblichen Konsolidierern Teilleistungsrabatte verweigert und Massenversendern die Rabatte gewährt. Dieses Verhalten der DP AG stellt eine Diskriminierung von Konsolidierern gegenüber Massenversendern dar. Massenversender erhalten Zugang zu den Briefzentren und Teilleistungsrabatte, während Postvorbereiter, die identische Mengen (konsolidierter) Post einspeisen, dafür keine Vergünstigung gewährt bekommen. Indirekt führt die Diskriminierung von Konsolidierern durch die DP AG zu einer Begünstigung von Massenversendern gegenüber kleineren Firmenkunden, da diese zwar – zusammen mit anderen – vergleichbare Mengen einspeisen können, hierfür jedoch keine Rabatte erlangen können.

b) Missbrauch gem. Art. 82 S. 1 EG

Jedenfalls ist das Verhalten der DP AG auch als Verstoß gegen die Generalklausel des Art. 82 S. 1 EG zu qualifizieren. Diese erfasst sonstige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen, durch die Wettbewerber, Handelspartner oder Verbraucher geschädigt oder die Strukturen des Marktes beeinträchtigt werden.[110]

Eine Beeinträchtigung im Sinne des Art. 82 S. 1 EG kann insbesondere in der Nichtaufnahme von Geschäftsbeziehungen liegen. So verstößt ein marktbeherrschendes Unternehmen dann gegen Art. 82 EG, wenn es die Aufnahme von Geschäftsbeziehungen mit potentiellen Handelspartnern verweigert, obwohl es auf Grund seiner besonderen Marktstellung kontrahierungspflichtig ist und seine Weigerung nicht sachlich rechtfertigen kann.[111] In Betracht kommen dabei insbesondere Unternehmen, die aufgrund tatsächlicher oder gesetzlicher Rahmenbedingungen eine Monopolstellung haben.[112] Im vorliegenden Fall ist die DP AG als marktbeherrschendes Unternehmen in der Lage, den Zugang zu Teilleistungen zu kontrollieren.

Die Weigerung der DP AG ist auch sachlich nicht zu rechtfertigen. Die Exklusivlizenz der DP AG erstreckt sich nicht auf den Teil der Briefbeförderung vor Einlieferung bei den Zugangspunkten. Selbst wenn dieser Teil von der Exklusivlizenz umfasst wäre, hätte die DP AG das Diskriminierungsverbot zu beachten.[113]

---

110 Langen/Bunte/*Dirksen*, Art. 82 EG, Rn. 167.
111 Langen/Bunte/*Dirksen*, Art. 82 EG, Rn. 172.
112 St. Rspr. seit EuGH vom 30.4.1974, Rs. 155/73, „Sacchi“, Slg. 1974, 409, 431
113 S. dazu schon ausführlich oben unter B III. 6 c) (S. 47).

3. Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels

Das missbräuchliche Verhalten der DP AG beeinträchtigt den zwischenstaatlichen Handel. Der zwischenstaatliche Handel ist nach ständiger Rechtsprechung des EuGH bereits dann beeinträchtigt, „wenn die betreffende Maßnahme aufgrund der gesamten Umstände geeignet ist, unmittelbar oder mittelbar den Handel zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu beeinträchtigen, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen zwischenstaatlichen Marktes nachteilig sein kann, indem sie zur Errichtung von Handelsschranken im Gemeinsamen Markt beiträgt und die vom Vertrag gewollte gegenseitige Durchdringung der Märkte erschwert".[114] Die DP AG verfügt nach § 51 PostG über eine Exklusivlizenz und hat somit in diesem Bereich eine Monopolstellung. Sie ist damit ein nicht zu umgehender Partner für Konsolidierer, die auf dem deutschen Briefbeförderungsmarkt tätig werden wollen. Der zwischenstaatliche Handel wird unmittelbar dadurch beeinflusst, dass die DP AG inländischen sowie ausländischen gewerblichen Postdienstleistungsunternehmen einen Teilleistungszugang sowie Teilleistungsrabatte im Bereich der Exklusivlizenz verweigert. Hierdurch werden inländische und ausländische Wettbewerber der DP AG gleichermaßen behindert und die DP AG trägt daher zur Errichtung von Handelsschranken im Gemeinsamen Markt bei.

Schließlich wird eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels dadurch evident, dass die DP AG in Deutschland einen Teilleistungszugang verweigert, den sie in Großbritannien derzeit selber nutzt. Eine solche unterschiedliche Praxis bei der Gewährung von Teilleistungszugang beeinträchtigt den zwischenstaatlichen Handel, da sie die vom Vertrag gewollte gegenseitige Durchdringung der Märkte erschwert.

4. Art. 86 Abs. 2 EG

Eine Rechtfertigung des Verhaltens der DP AG gemäß Art. 86 Abs. 2 EG ist nicht gegeben. Nach Art. 86 Abs. 2 EG gelten für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, die Wettbewerbsvorschriften, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.

---

[114] St. Rspr. seit EuGH, „LTM/MBU", Slg. 1966, 281 (303); „Iab", Rs. 61/80, Slg. 1981, 861(867); EuGH, Rs. C-215/96 u. C-216/96, "Bagnasco", Slg. 1999, I-161; s. auch Leitlinien der Kommission über den Begriff der Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels in Art. 81, 82 EG, ABlEG 2004, C - 101/81, Rn. 93 ff.

Die DP AG trägt die Beweislast für den Nachweis des Vorliegens der Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG.[115] Die DP AG hat nicht dargetan, inwieweit durch die Anwendung der Wettbewerbsregeln die Erfüllung der ihr übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert würde. Die DP AG hat bisher nicht nachgewiesen, das die Anwendung der Wettbewerbsregeln im vorliegenden Fall die Aktivitäten der DP AG so stark behindern würde, dass die Sicherstellung des Universaldienstes unter finanziell ausgewogenen Bedingungen gefährdet würde.

Die Beschlussabteilung verweist insoweit auf die Entscheidung der Kommission, die sich ausführlich mit den Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 EG auseinandersetzt und zu dem Ergebnis kommt, dass die Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht gegeben sind.[116]

V. Ermessen gemäß § 32 GWB

Die Untersagung des beanstandeten Verhaltens erfolgt in Ausübung pflichtgemäßen Ermessens gemäß § 32 GWB.

Die Untersagung ist erforderlich, um einen gemäß § 20 Abs. 1 GWB verbotenen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung durch die DP AG zu unterbinden. Das Verfahren und die Entscheidung der EU-Kommission gemäß Art. 86 Abs. 3 EG in Verbindung mit Art. 82 EG steht ebenso wie das Vorlageverfahren des VG Köln der Erforderlichkeit eines Aufgreifens des missbräuchlichen Verhaltens der DP AG durch das Bundeskartellamt nicht entgegen.

Die Entscheidung der EU-Kommission richtet sich an die Bundesrepublik Deutschland. Im Falle ihrer Rechtskraft ergäben sich unmittelbare Handlungspflichten daher zunächst ausschließlich für die Bundesrepublik Deutschland. Die Bundesrepublik Deutschland hat gegen die Entscheidung vor dem Europäischen Gericht Erster Instanz Klage erhoben, jedoch auf einstweiligen Rechtsschutz und einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung gemäß Art. 242 EG verzichtet. Es ist – auch vor dem Hintergrund der durchschnittlichen Dauer von Verfahren vor den Europäischen Gerichten – daher derzeit nicht absehbar, zu welchem Zeitpunkt eine Klärung der mit der Entscheidung aufgeworfenen materiellen Streitfragen erfolgt und der Missbrauch im Wege einer sprachlich eindeutigen Ausgestaltung des PostG beendet wird.

---

115 EuGH, Rs. C-203/96, „Chemische Abfallstoffe“, Slg. 1998, I –4075, Rn. 67.

116 S. Kommissionsentscheidung, Rn. 104 ff. (s. Anlage).

Streitgegenstand des Vorlageverfahrens des VG Köln ist die Rechtmäßigkeit einer Einzelfallentscheidung der RegTP. Selbst bei einer erschöpfenden Beantwortung der Vorlagefrage des VG Köln durch den EuGH ist in der Folge eine gerichtliche Entscheidung in der Hauptsache erforderlich. Da diese Hauptsacheentscheidung einer weiteren verwaltungsgerichtlichen Überprüfung zugänglich ist, ist derzeit nicht absehbar, bis zu welchem Zeitpunkt das missbräuchliche Verhalten der DP AG im Wege rechtskräftiger Einzelfallentscheidungen der RegTP beendet wird.

Die Untersagung des beanstandeten Verhaltens ist auch das geeignete Mittel, der auf die Freiheit des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung des GWB im hier betroffenen Dienstleistungsbereich der Post- und Briefbeförderung wirksam Geltung zu verschaffen. Dabei hat das Bundskartellamt in besonderem Maße die spezifischen Wettbewerbsbedingungen in diesem Wirtschaftszweig berücksichtigt. Diese sind dadurch gekennzeichnet, dass sich wettbewerbliche Strukturen nach einer langen Phase eines staatlich geschützten Monopols erst in Ansätzen zu entwickeln beginnen. Gerade in einer solchen Marktentwicklungsphase bedürfen die dem Markt neu hinzutretenden Wettbewerber eines besonderen Schutzes vor missbräuchlichen Behinderungs- und Diskriminierungspraktiken des marktbeherrschenden Anbieters.

Die Untersagung des beanstandeten Verhaltens ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Ein milderes Mittel zur Verwirklichung des Ziels, den festgestellten Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu unterbinden, ist nicht ersichtlich.

C. Zur Anordnung des Sofortvollzugs

Gemäß § 65 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 64 Abs. 1 GWB kann die sofortige Vollziehbarkeit einer Untersagungsverfügung angeordnet werden, wenn dies im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten geboten ist. Die strengen Anforderungen, die an die Anordnung des Sofortvollzugs zu stellen sind, sind vorliegend erfüllt. Das öffentliche Interesse an einem Sofortvollzug der Untersagung geht weit über das öffentliche Interesse an einer Unterbindung eines verbotenen missbräuchlichen Verhaltens hinaus (hierzu unter I.). Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung sind ferner gewichtige Drittinteressen, insbesondere die wirtschaftlichen Interessen der Beigeladenen des Verfahrens, in Rechnung zu stellen (hierzu unter II.). Das öffentliche Interesse und die Interessen der Beigeladenen überwiegen die Interessen der DP AG und ein Sofortvollzug

der Untersagungsverfügung hat für die DP AG keine unbillige Härte zur Folge (hierzu unter III.). Ferner bestehen keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung (unter IV.).

I. Öffentliches Interesse

Die Anordnung des Sofortvollzugs erfordert ein gewichtiges und in die Zukunft gerichtetes öffentliches Interesse, das über dasjenige Interesse hinausgehen muss, das für das Eingreifen der Kartellbehörde und die Untersagung selbst maßgeblich ist.[117] Ein solches Interesse kann in der Erhaltung von Wettbewerbsstrukturen liegen.[118] Der Sofortvollzug kann sich jedoch insbesondere aus dem Bestreben rechtfertigen, die Voraussetzungen für einen funktionierenden Wettbewerb erst zu schaffen.[119] Der Sofortvollzug muss dann geeignet und erforderlich sein, um die Verhältnisse auf dem relevanten Markt einschneidend zu verändern (sub 2.) und den angestrebten Wettbewerb entstehen zu lassen (sub 1.).[120]

1. Schaffung der Voraussetzungen eines funktionsfähigen Wettbewerbs

Die Anordnung des Sofortvollzugs ist für die Schaffung eines funktionsfähigen Wettbewerbs geeignet und erforderlich. Die Weigerung der marktbeherrschenden DP AG, Konsolidierern unterhalb der (Gewicht-)Grenzen ihrer Exklusivlizenz den Teilleistungszugang und entsprechende Teilleistungsrabatte zu gewähren, geht mit Marktverschließungseffekten einher; hierdurch verhindert die DP AG den Marktzutritt neuer Wettbewerber bzw. das Entstehen hinreichend wettbewerbsfähiger Unternehmen.

Die Schaffung eines funktionsfähigen Wettbewerbs ist sowohl vom nationalen als auch vom europäischen Gesetzgeber gewollt. Die Öffnung der Briefbeförderungsmärkte für einen funktionsfähigen Wettbewerb wird auf nationaler Ebene durch die Regelungen des PostG und auf europäischer Ebene durch die Liberalisierungsrichtlinien konkretisiert. Nach der Regierungsbegründung zum PostG „besteht ein wesentliches Ziel der gesetzlichen Bestimmungen darin, die staatlichen Rahmenbedingungen so zu gestalten, dass chancengleicher Wettbewerb ermöglicht wird.“[121] Um einen solchen Wettbewerb zu ermöglichen, sind marktbeherrschende Unternehmen wie die DP AG einer besonderen Regulie-

---

117 Vgl. u.a. Immenga/Mestmäcker/Schmidt, § 65 GWB, Rn. 6 m.w.N.; Langen/Bunte/Kollmorgen, § 65 GWB, Rn. 5 m.w.N.

118 KG WuW/E OLG 5132, 5133 „Empfehlung Ersatzwagenkostenerstattung“.

119 WuW/E DE-R 1094, 1097 „TEAG“.

120 Vgl. insoweit: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.7.2003, „Stadtwerke Mainz“, S. 10 der Beschlussausfertigung.

121 Regierungsbegründung zum PostG, BT-Drs 13/7774, S.17 (rechte Spalte), Bl. 507 a) der Verfahrensakte.

rung unterworfen. In der Regierungsbegründung heißt es hierzu: „[D]er Markt für Postdienstleistungen [wird] auch nach Wegfall des Beförderungsvorbehalts noch für längere Zeit von der Deutschen Post AG bestimmt sein. [...] Internationale Erfahrungen zeigen, dass sich wettbewerbliche Strukturen und Verhaltensweisen in diesen Märkten nicht allein durch die Aufhebung von Monopolrechten entwickeln. [...] Im Interesse der Sicherstellung eines chancengleichen und der Förderung eines funktionsfähigen Wettbewerbs sind marktbeherrschende Unternehmen einer besonderen Regulierung zu unterwerfen. Dies betrifft insbesondere [...] Regelungen, die darauf abzielen, den Marktzutritt kleiner und mittlerer Unternehmen zu erleichtern."[122]

Um den Marktzutritt anderer Unternehmen zu erleichtern, sind marktbeherrschende Lizenznehmer gemäß § 28 PostG verpflichtet, nicht nur Absendern, sondern auch Wettbewerbern („anderen Anbietern von Postdienstleistungen") den Zugang zu Teilleistungen zu gewähren. In den Gesetzesmaterialien wird in der Regierungsbegründung dementsprechend ausdrücklich darauf hingewiesen, dass „mit der Verpflichtung zum offenen Netzzugang für Wettbewerber [...] sichergestellt [wird], dass durch die Existenz sogenannter „Bottleneck-Ressourcen" auf Seiten des Marktbeherrschers die Entstehung und Entwicklung wettbewerblicher Strukturen nicht verhindert wird."[123] Als mittelbares Ziel des offenen Netzzugangs wird hervorgehoben, dass „durch die infolge eines offenen Netzzugangs realisierbaren Gewinne aus Arbeitsteilung [...] die Gesamtkosten des Postsektors gesenkt und damit letztlich ein niedrigeres Preisniveau in diesem Bereich erreicht werden [kann]."[124] In diesem Zusammenhang wird ausdrücklich u.a. auf die Marktverhältnisse in den USA Bezug genommen.[125]

Ökonomisch ist der - auch von der Regierungsbegründung - betonte enge Zusammenhang zwischen Teilleistungszugang (offenem Netzzugang) und dem Entstehen wettbewerblicher Strukturen folgendermaßen zu erklären:[126] Neu auf die Märkte der Briefbeförderung hinzutretende Unternehmen sind nicht in der Lage, durch den Aufbau einer flächendeckenden Infrastruktur von Einsammel-, Sortier- und Umschlageinrichtungen und umfangreicher Transportkapazitäten (Fahrzeuge) ein mit dem etablierten Postnetz konkurrierendes „Parallelnetz" aufzubauen. Dies gilt insbesondere für den Aufbau der Infrastruktur für ein flächendeckendes Zustellnetz. Der Bereich der „Zustellung" wird in der Regel als

122 Regierungsbegründung, a.a.O., S. 18 (rechte Spalte).
123 Regierungsbegründung, a.a.O., S. 27 (linke Spalte).
124 Regierungsbegründung, a.a.O.
125 Vgl. Regierungsbegründung, a.a.O.
126 Vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen u.a.: OECD, Promoting Competition in Postal Services, Background Paper to a Roundtable of the Committee on Competition Law and Policy, Paris 1999 (Verfahrensakte, Blatt 2950ff.), S. 26 ff.

das maßgebliche infrastrukturelle „Bottleneck“ (alternativ: „natürliches“ Monopol) im Bereich der Briefbeförderung identifiziert. Ausschlaggebend hierfür sind die diesen Bereich kennzeichnenden Kostenstrukturen (durchgängig sinkende und subadditive Durchschnittskosten der Produktion), die zur Folge haben, dass die Gesamtleistung von einem Anbieter kostengünstiger erstellt werden kann als von mehreren Unternehmen.[127] Andere physische (Teil-)Leistungen der Briefbeförderungskette lassen sich im Hinblick auf die erforderliche Infrastruktur leichter duplizieren und mithin im Wettbewerb durch mehrere Unternehmen produzieren und anbieten. In diesen Bereichen sind zwar ebenfalls sogenannte Größenvorteile der Produktion („economies of scale“) wirksam. Diese führen im Ergebnis jedoch nicht dazu, dass diese (Teil-)Leistungen von einem einzelnen Unternehmen stets zu geringeren Kosten angeboten werden können. Diese Voraussetzungen sind z.B. erfüllt für den Bereich der (Vor-)Sortierung und der Abholung und Einsammlung von Briefen bei den in einer bestimmten Region ansässigen Absendern und deren Einspeisung in das (bereits vorhandene) flächendeckende Zustellnetz.

Dem Zugang zu Teilleistungen, der den offenen Zugang zum Postnetz der DP AG gewährleistet und im Hinblick auf die physische Beförderungskette eine Arbeitsteilung („worksharing“) zwischen der DP AG und anderen Anbietern von Postdienstleistungen ermöglicht, kommt daher ausschlaggebende Bedeutung für die Entstehung wettbewerblicher Strukturen und mithin die Schaffung der Voraussetzungen eines funktionsfähigen Wettbewerbs zu. Insoweit ist das mit der Untersagungsverfügung angestrebte Ziel der Beseitigung missbräuchlicher Beschränkungen des Teilleistungszugangs deckungsgleich mit dem öffentlichen Interesse, im Postbereich die Voraussetzungen eines funktionsfähigen Wettbewerbs zu schaffen. Das gilt für die Briefbeförderung außerhalb der Exklusivlizenz sowie die Teilleistungen bereits seit 1998 im Zuge der Liberalisierung des deutschen Postmarktes, bezogen auf die gesamte Beförderungskette ab 2008.

2. Einschneidende Veränderung der Marktverhältnisse

Der Sofortvollzug ist geeignet, die aktuellen Marktverhältnisse im Sinne der Rechtsprechung des OLG[128] auf den betroffenen Märkten „einschneidend zu verändern“.

---

127 Vgl. OECD, a.a.o., S. 38 ff.; vgl. ferner: Cohen, Robert et al., The Role of Scale Economies in the Cost Behaviour of Posts, Februar 2004 (Verfahrensakte, Blatt 2900 ff.), S. 1 ff.; Kruse, Jörn, Liebe, Andreas, Netzzugang und Wettbewerb bei Briefdiensten, Ökonomische Studie im Auftrag des BIEK, Dez. 2004 (Verfahrensakte, Blatt 2642 ff.), S. 34 ff. m.w.N.; RegTP, Tätigkeitsbericht 2002/2003 (Verfahrensakte, Blatt 2829 ff.), S. 279 ff.

128 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.7.2003, „Stadtwerke Mainz“, S. 10 der Beschlussausfertigung.

Nach der von der RegTP durchgeführten „Siebten Marktuntersuchung für den Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen“[129] ist „die Deutsche Post AG [...] bei Briefsendungen bis 1.000 Gramm [derzeit] keinem oder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt. Dies gilt sowohl für den Gesamtbereich als auch für den Bereich, der bereits für den Wettbewerb geöffnet ist.“[130] Die Monopolkommission kommt in ihrem jüngsten Sondergutachten gemäß § 44 PostG zur Entwicklung des Wettbewerbs im Postbereich[131] zu dem Schluss, dass „es in den Märkten des Postwesens keinen chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerb [gibt].“[132]

Der Bereich der Exklusivlizenz umfasst derzeit ein Sendungsvolumen von ca. 13,5 Mrd. Sendungen und damit einen Anteil von ca. 80% des gesamten Sendungsvolumens lizenzpflichtiger Briefsendungen. Bezogen auf den Gesamtumsatz im Bereich lizenzpflichtiger Postdienstleistungen in Höhe von ca. 10 Mrd. € beläuft sich der Anteil der Briefsendungen innerhalb der Grenzen der Exklusivlizenz auf ca. 70% (= 7 Mrd. €).[133] Nach den Feststellungen der RegTP gibt es in Deutschland neben der DP AG derzeit ca. 1.000 Inhaber postrechtlicher Lizenzen (Stand 2003). Von den bis 31.12.2003 insgesamt erteilten ca. 1.500 Lizenzen wurden im Zeitraum 1999 bis 2003 als Folge von Marktaustritten ca. 500 Lizenzen wieder zurückgegeben.[134] Im Hinblick auf die Größenstruktur der mit der DP AG konkurrierenden Lizenznehmer stellt die RegTP fest, dass es sich „zum größten Teil um kleine oder mittlere Unternehmen [handelt]. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die für eine Betätigung im größeren Umfang erforderlichen Beförderungsmengen [...] nicht [...] zur Verfügung stehen. Das Ausnutzen von Größenvorteilen ist den Wettbewerbern auch nach der Gewichts- und Preisgrenzenabsenkung nur bedingt möglich.“[135]

Im Hinblick auf die im vorliegenden Fall unmittelbar betroffene Dienstleistung der Abholung, Vorsortierung und Einlieferung von Briefsendungen (E-Lizenz) ergeben sich aus den Marktuntersuchungen der RegTP folgende Eckwerte der Marktstruktur: „Von den 840 Lizenznehmern, die geantwortet haben, haben 652 die Erlaubnis zur Erbringung der Dienstleistung E und/oder F; davon sind 227 mit Dienstleistungen E und/oder F aktiv im Markt. Die restlichen 425 Lizenznehmer bieten die Dienstleistung E und/oder F noch nicht,

129 Vgl. Verfahrensakte, Blatt 368 ff.
130 Siebte Marktuntersuchung, a.a.O., S. 67.
131 Monopolkommission, Telekommunikation und Post 2003: Wettbewerbsintensivierung in der Telekommunikation – Zementierung des Postmonopols, Sondergutachten Nr. 39, Dezember 2003 (vgl. Verfahrensakte, Blatt 2858 ff.).
132 Monopolkommission, a.a.O., S. 170.
133 Vgl. 7. Marktuntersuchung, a.a.O., S. 10/11.
134 Vgl. 7 Marktuntersuchung, a.a.O., S. 53.
135 7. Marktuntersuchung, a.a.O., S. 30.

nicht oder nicht mehr an oder konnten keine Aufträge akquirieren."[136] Von den im Markt aktiven Lizenznehmern erreichen nach den Feststellungen der RegTP lediglich 5 Unternehmen Umsätze von mehr als 500.000 € pro Jahr. Die Mehrzahl der Lizenznehmer (210 von 227) erzielt jährliche Umsätze von weniger als 100.000 €.[137] Das Umsatzvolumen für die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der E-Lizenz wird von der RegTP für die Jahre 2002 und 2003 mit ca. 29 Mio. € angegeben; der Umsatzanteil der 227 aktiven Wettbewerber der DP AG belief sich im gleichen Zeitraum auf ca. 9 Mio. €.[138] Bei einem Marktanteil der DP AG von ca. 70% erreichen die 227 konkurrierenden Lizenznehmer einen gemeinsamen Marktanteil von 30%.

Legt man das maßgebliche Sendungsvolumen von 13,5 Mrd. Sendungen im Bereich der Exklusivlizenz zugrunde, sind aufgrund der aktuellen Praxis der DP AG bei der Gewährung des Teilleistungszugangs ca. 80% des Gesamtmarktes für lizenzpflichtige Briefsendungen dem Angebot von Konsolidierungsleistungen durch konkurrierende Postdienstleister und mithin dem Wettbewerb entzogen. Durch den Sofortvollzug der Untersagungsverfügung wird dieses Sendungsvolumen für den Wettbewerb im Bereich des Angebots von E-Lizenz-Leistungen (Abholung, Vorsortierung und Einlieferung) geöffnet.

Bezogen auf ein Umsatzvolumen der Briefsendungen im Bereich der Exklusivlizenz von ca. 7 Mrd. Euro ergibt sich bei einer aktuellen Spanne des erzielbaren Teilleistungsrabatts von 3% bis 21% ein zugängliches Marktvolumen von mindestens 210 Mio. Euro (Zugrundelegung eines Mindestrabattes von 3 % pro Sendung) und höchstens 1,47 Mrd. Euro (Zugrundelegung eines Maximalrabattes pro Sendung). Legt man einen durchschnittlichen Rabatt von lediglich ca. 8-10% zugrunde, beläuft sich das (potenzielle) Rabattvolumen auf ca. 480 - 700 Mio. €. Dieser Wert kann als Näherungswert für das Marktvolumen gewertet werden, das durch den Vollzug der Untersagung für Wettbewerber geöffnet wird. Bei dieser Prognose handelt es sich um eine konservative Schätzung. Nach überschlägigen Berechnungen der RegTP ergibt sich unter Berücksichtigung bereits gewährter Rabatte ein zusätzliches Wettbewerbspotenzial in der Größenordnung von ca. 1 Mrd. €.[139] Bezogen auf das Umsatzvolumen des Gesamtmarktes für lizenzpflichtige Postdienstleistungen würden ca. 10% des Marktes für den Wettbewerb geöffnet.[140] Das Volumen des Teilmarktes

136 Vgl. 7. Marktuntersuchung, a.a.O., S. 36.
137 Vgl. 7. Marktuntersuchung, a.a.O.
138 Vgl. 7. Marktuntersuchung, a.a.O., S.11 und S. 25.
139 Vgl. RegTP, Bericht der Regulierungsbehörde zur Wettbewerbssituation im Bereich der lizenzpflichtigen Postdienstleistungen, vorgelegt im Rahmen der 40. Sitzung des Beirats der RegTP am 28.6.2004 (Verfahrensakte, Blatt 2836 ff.), S. 16.
140 Vgl. RegTP, a.a.O., S. 4.

für E-Lizenz-Dienstleistungen (Abholung, Vorsortierung und Einlieferung) wird sich ausgehend von dem sehr niedrigen aktuellen Niveau (ca. 30 Mio. €) um ein Vielfaches erhöhen.

Vor dem aufgezeigten Hintergrund werden mit dem Sofortvollzug der Verfügung die Voraussetzungen für einen erfolgreichen Marktzutritt neuer Wettbewerber geschaffen. Dies gilt unter anderem für diejenigen 425 Unternehmen, die derzeit bereits über eine E-Lizenz verfügen, das Angebot entsprechender Dienstleistungen aber aufgrund der bisher bestehenden Beschränkungen des Teilleistungszugangs noch nicht aufgenommen oder wieder eingestellt haben. Den bisher im Markt bereits aktiven 227 E-Lizenznehmern wird die Möglichkeit eröffnet, durch eine Ausweitung des zugänglichen Sendungsvolumens in eine wettbewerbsfähige Unternehmensgröße hinein zu wachsen, die damit verbundenen Größenvorteile der Produktion zu nutzen und auf diesem Wege ihre Wettbewerbsfähigkeit im Bereich der E-Lizenz und in anderen Bereichen der Erbringung von Postdienstleistungen zu verbessern.

Die dargelegten Auswirkungen einer Beseitigung der von der DP AG derzeit praktizierten Beschränkungen des Teilleistungszugangs belegen die durch den Sofortvollzug mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintretenden einschneidenden Veränderungen der Marktverhältnisse.

In diesem Zusammenhang ist darüber hinaus zu betonen, dass die angegebenen Umsatzwerte nicht gleichbedeutend mit der Höhe der Umsatzeinbußen sind, die im Falle des Sofortvollzugs bei der DP AG eintreten würden. Denn es ist nicht zu erwarten, dass es den konkurrierenden Postdienstleistern kurzfristig gelingt, das gesamte für den Wettbewerb geöffnete zusätzliche Marktpotenzial auf sich zu ziehen. Die RegTP geht vor dem Hintergrund der bisherigen Erfahrungen mit der Marktöffnung im Postbereich davon aus, dass sich in den ersten beiden Jahren nach der Beseitigung der derzeit wirksamen Beschränkungen die Umsatzeinbußen der DP AG auf ca. 100 Mio. € belaufen werden.[141] Nach Presseberichten geht auch die DP AG selbst davon aus, dass schlimmstenfalls Umsätze in Höhe von 150 bis 200 Mio. € gefährdet wären. Als Begründung verweist sie u.a. darauf, dass sich „die Konkurrenz in dem Segment [der Konsolidierung] ja erst einmal etablieren [müsse].“[142]

Die nachhaltig positiven wettbewerblichen Wirkungen des offenen Netzzugangs und einer „Arbeitsteilung“ zwischen Konsolidierern und marktbeherrschender DP AG werden – wie auch der entsprechende Hinweis in der Regierungsbegründung zum PostG verdeutlicht –

141 Vgl. RegTP, a.a.O., S. 17.
142 Financial Times Deutschland vom 20.10.2004 (Verfahrensakte, Blatt 1385).

durch die Erfahrungen in den USA und – neuerdings – auch in Großbritannien bestätigt. In den USA hat das „work-sharing“ zwischen Konsolidierern und dem ehemaligen Monopolanbieter U.S. Postal Services nicht nur zu einer spürbaren Kostenreduktion im Postsektor, sondern auch zu einem Anstieg des insgesamt beförderten Sendungsvolumens geführt.[143] Für den britischen Briefmarkt wird eine ähnlich positive Entwicklung prognostiziert.[144] Hierzu wird nicht zuletzt auch die DP AG ihren Beitrag leisten, da sie in Großbritannien auf der Grundlage einer entsprechenden Lizenz und einer Teilleistungsvereinbarung mit dem britischen Universaldienstleister Royal Mail bereits als Konsolidierer aktiv ist und insoweit im europäischen Ausland wettbewerbliche Handlungsmöglichkeiten nutzt, die sie anderen Postdienstleistern im Inland verweigert.

Soweit die DP AG vorträgt, dass eine Vergleichbarkeit mit dem amerikanischen Postmarkt nicht gegeben sei[145], da maßgebliche Ursache für den Anstieg der Sendungsmengen die Fortentwicklung computergestützter Technologien gewesen sei, so hat die DP AG diese Behauptung nicht näher belegt. Auch die Behauptung, die USPS sei vor Einführung des worksharing in einem qualitativ schlechten Niveau gewesen, das mit dem heutigen Niveau der DP AG nicht vergleichbar sei, ist nicht belegt worden.[146] Außerdem spricht dieses Argument zumindest dafür, dass durch die Einführung des „worksharing“ und somit mit der Einführung von Wettbewerb im Bereich der Teilleistungen sowohl die Qualität der Dienstleistungen gesteigert als auch die Kosten der Dienstleistungen vermindert worden ist. Ein solcher Effekt ist auch für den deutschen Markt im öffentlichen Interesse.

II. Interessen Dritter / Beteiligter

Die Interessen Dritter, insbesondere die Interessen der Beigeladenen zu 2.-7., ergeben sich aus dem Bestreben, die aus dem missbräuchlichen Verhalten der DP AG resultierenden Beschränkungen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit zu überwinden. Ergänzend ist das Interesse der Beigeladenen zu berücksichtigen, für die Erbringung von Vorleistungen, die auf Seiten der DP AG zu Kosteneinsparungen führen, von der DP AG einen Gegenwert in Form entsprechender Teilleistungsrabatte zu erhalten.

---

143 Vgl. u.a. RegTP, a.a.O., S. 17 f.; Kruse, Jörn, Liebe, Andreas, Netzzugang und Wettbewerb bei Briefdiensten, a.a.O., S. 67 ff.; Cohen, Robert et al., Impacts of Using Worksharing to Liberalize a Postal Market, in: Wissenschaftliches Institut für Kommunikationsdienste (WIK), Liberalisation of Postal Markets, Rheinbreitbach 2002, S. 83 ff.;

144 PostComm (Britische Regulierungsbehörde für Post), Jahresbericht 2003/2004 (abrufbar unter: www.postcomm.gov.uk), S. 20 ff.; RegTP, a.a.O., S. 18; Kruse, Liebe, a.a.O.

145 Schriftsatz Freshfields vom 4.2.2004, S. 6.

146 Schriftsatz Freshfields vom 4.2.2004, S. 6.

Im Hinblick auf das Interesse der Beigeladenen, unzulässige Beschränkungen der eigenen wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten zu überwinden, kann auf die Ausführungen im vorangegangenen Abschnitt verwiesen werden. Die individuellen Interessen der Beigeladenen ergeben sich insoweit unmittelbar aus dem öffentlichen Interesse, den Markt für die Briefbeförderung für einen funktionsfähigen Wettbewerb zu öffnen und gerade auch kleineren und mittleren Unternehmen den Marktzutritt und das Erreichen einer wettbewerbsfähigen Unternehmensgröße zu ermöglichen.

Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass konkurrierenden Postdienstleistern derzeit die Vergütung für erbrachte Vorleistungen vorenthalten wird. Die Wettbewerber der DP AG erbringen derzeit bereits für Briefsendungen unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz die Vorleistung der Vorsortierung und Einlieferung in die Briefzentren der DP AG; für diese Leistungen erhalten sie jedoch – sofern das kundenspezifische Sendungsvolumen nicht ausreichend hoch ist und/oder der Absender keinen Teilleistungsvertrag mit der DP AG abgeschlossen hat – weder von ihrem Kunden noch von der DP AG eine Vergütung. Die Wettbewerber der DP AG sind faktisch gezwungen, diese Leistungen unentgeltlich zu erbringen. Ihre Kunden sind nicht gewillt, ihre Sendungen aufzuspalten in einen Teil, der – z.B. im Rahmen des Angebots von höherwertigen Dienstleistungen (D-Lizenz gemäß § 51 Abs. Satz 2 Nr. 4 PostG) oder im Rahmen der Beförderung von Briefen oberhalb der Grenzen der Exklusivlizenz – bis zum Empfänger das Beförderungsnetz des Dienstleisters durchläuft, und einen anderen Teil, der nach der Einlieferung im Briefzentrum über das Beförderungsnetz der DP AG dem Empfänger zugestellt wird. Die Mehrzahl der Kunden erwartet vielmehr eine vollständige Übernahme aller Postsendungen durch den beauftragten Dienstleister („one-stop-shopping“). Die Kunden würden daher den konkurrierenden Postdienstleister nicht beauftragen, wenn er sich nicht bereit erklärte, alle Briefsendungen abzuholen, vorzusortieren sowie diejenigen Sendungen, die nicht über das eigene Zustellnetz befördert werden können (bzw. dürfen), der DP AG zum Zwecke der Beförderung zum Empfänger zu übergeben.

Nach den Feststellungen der RegTP führt die aktuelle Praxis der DP AG bei der Gewährung des Teilleistungszugangs u.a. dazu, dass im Bereich der E-Lizenz „ein Teil der Anbieter [...] ihren Kunden diese Dienstleistungen [Abholung und Einlieferung] als kostenlose zusätzliche Dienstleistung [anbietet].“[147] Die Beigeladene PIN AG macht in diesem Zusammenhang geltend, dass sie in einem Quartal mehr als **[...]** Sendungen der DP AG zur Zustellung übergibt und für diese Sendungen trotz erbrachter Konsolidierungsleistun-

147 Vgl. 7. Marktuntersuchung, a.a.O., S. 36.

gen keine Rabatte erhält. Auch die Beigeladenen zu 3. bis 5. geben an, dass sie mehrere Tausend Sendungen vorsortiert bei der DP AG einliefern, ohne hierfür von der DP AG Rabatte zu erhalten.

III. Interessen der DP AG und Interessenabwägung

Das öffentliche Interesse und die Interessen der Beigeladenen an einem Sofortvollzug der Untersagungsverfügung überwiegen die Interessen der DP AG an einer aufschiebenden Wirkung der Beschwerde und der Sofortvollzug hat für die DP AG keine unbillige Härte im Sinne des § 65 Abs. 3 Nr. 3 GWB zur Folge.

1. Interessen der DP AG

Das Interesse der DP AG an einer aufschiebenden Wirkung der Beschwerde ist auf die Erhaltung des Status quo gerichtet. Es geht damit nicht über das Interesse hinaus, das jedes marktbeherrschende Unternehmen im Falle der Untersagung eines missbräuchlichen Verhaltens an der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde geltend machen kann, nämlich das Interesse, das beanstandete Verhalten bis zur rechtskräftigen Feststellung eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung fortsetzen zu können und die damit verbundenen (zusätzlichen) wirtschaftlichen Vorteile zu erzielen.

Die DP AG macht geltend, dass aufgrund der aktuellen Rechtslage in Deutschland eine „Rechtmäßigkeitsvermutung“ zu ihren Gunsten bestehe. Die Tatsache, dass die aktuelle Rechtslage ggf. nicht mit gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben vereinbar und eine Änderung des PostG erforderlich sein könnte, stehe dieser Vermutung nicht entgegen und gebe – da andernfalls der deutsche Gesetzgeber „umgangen“ werde – dem Bundeskartellamt nicht die Ermächtigung, den Sofortvollzug anzuordnen.[148] Dieser Ansicht liegt jedoch bereits eine falsche Darstellung der aktuellen Rechtslage zugrunde. Denn die DP AG geht davon aus, dass das PostG in seiner derzeitigen Fassung ihre aktuelle Praxis der Gewährung des Teilleistungszugangs rechtfertige. Sie unterstellt hiermit, dass die Auslegung des geltenden Rechts durch die RegTP und das VG Köln in der Eilentscheidung „DP AG/Europost Common Mail/RegTP“ zutrifft und für das Bundeskartellamt bindend ist. Genau dies ist jedoch gerade nicht der Fall. Denn wie nicht zuletzt auch die Vorlagefrage des VG Köln im Verfahren „RegTP/mdm Versandservice GmbH“ belegt, ist die Auslegung des geltenden Rechts derzeit offen. Auf die Ausführungen in Abschnitt B.IV.6. kann insoweit

[148] Schriftsatz Freshfields vom 15.12.2004, S. 25 (Verfahrensakte, Blatt 2555).

verwiesen werden. Vor dem Hintergrund der geltenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ist es entgegen der ausdrücklich von der DP AG vertretenen Ansicht daher gerade keine „*politisch* zu entscheidende Frage der Marktöffnung“, in welchem Umfang die DP AG derzeit bereits verpflichtet ist, Konsolidieren den Zugang zu Teilleistungen zu gewähren.

Im Rahmen der vorliegenden kartellrechtlichen Prüfung ist die Frage der *nach geltender Rechtslage* anzunehmenden Reichweite der Exklusivlizenz der DP AG entscheidungserheblich. Die DP AG verkennt mit ihrer Argumentation nicht zuletzt die Tatsache, dass das Bundeskartellamt das Verhalten der DP AG ausschließlich an kartellrechtlichen Maßstäben misst. Die Behauptung der DP AG, dass das Bundeskartellamt lediglich das Interesse geltend machen könne, „ihm nicht genehme Entscheidungen des Gemeinschafts- und des deutschen Gesetzgebers korrigieren zu wollen,“[149] ist daher vollkommen abwegig.

Auch soweit die DP AG gegen einen Sofortvollzug der Untersagung einwendet, dass hiermit „kaum revidierbare Fakten“ geschaffen würden,[150] verkennt sie, dass die insoweit maßgeblichen rechtlichen Fakten bereits von dem Gemeinschafts- und dem nationalen Gesetzgeber geschaffen wurden. Das Bundeskartellamt beschränkt sich – ebenso wie die Europäische Kommission in ihrer Entscheidung vom 20.10.2004 – ausschließlich auf die Befugnis, ein konkretes Verhalten der DP AG an dieser Rechtslage zu messen und die für eine Einhaltung geltenden Rechts erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Es ist auch nicht erkennbar, dass der DP AG ein irreversibler Schaden entsteht, wenn sie Konsolidierern die einschlägigen Rabatte gewährt. Denn auch die von diesen eingelieferten Sendungen sind mit dem vollen, dem jeweiligen Tarif entsprechenden, Porto freigemacht, vermindern also zunächst den Umsatz nicht. Die einzuräumenden Rabatte entsprechen – ihrer Genehmigung durch die RegTP zufolge – der Kostenersparnis, die mit den Vorleistungen der Einlieferer verbunden sind. Der rabattbedingten Erlösschmälerung steht eine entsprechende Kostenreduktion gegenüber, Ertragseinbußen sind daher allenfalls im geringfügigen Umfang als Folge gegebenenfalls geringerer Kapazitätsauslastungen zu erwarten. Sollte die DP AG in der Hauptsache letzten Endes obsiegen, kann sie die „Fakten“ ohne weiteres revidieren, indem sie den Zugang zu Teilleistungen bzw. die Gewährung von Teilleistungsrabatten wieder einstellt.

149 Schriftsatz Freshfields vom 15.12.2004, S. 2557 (Verfahrensakte, Blatt 2557).
150 Schriftsatz Freshfields vom 15.12.2004, S. 26 (Verfahrensakte, Blatt 2556).

2. Interessenabwägung und Fehlen einer unbilligen Härte im Sinne des § 65 Abs. 3 Nr. 3 GWB

Das gewichtige und in die Zukunft gerichtete öffentliche Interesse, den Bereich der Briefbeförderung für einen funktionsfähigen Wettbewerb zu öffnen und die Interessen der Beigeladenen, unzulässige Beschränkungen ihrer wirtschaftlichen Betätigung zu überwinden, überwiegen das Interesse der DP AG, bis zu einer rechtskräftigen Feststellung eines Missbrauchs der marktbeherrschenden Stellung die beanstandete Verweigerung des Teilleistungszugangs für Konsolidierer fortzusetzen und die damit verbundenen wirtschaftlichen Vorteile in Form vermiedener Erlöseinbußen zu erzielen. Dabei sind insbesondere folgende Tatsachen zu berücksichtigen, die auch gegen das Vorliegen einer unbilligen Härte für die DP AG im Sinne des § 65 Abs. 3 Nr. 3 GWB sprechen:

Auch im Falle des Sofortvollzuges der Untersagung bliebe der weit überwiegende Teil der physischen Beförderungskette für Briefe unterhalb der Grenzen der Exklusivlizenz ausschließlich der DP AG vorbehalten. Nach den von der RegTP genehmigten Teilleistungsrabatten verbleibt der DP AG für jede Briefsendung unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz zumindest ein Erlös in Höhe von 79% des jeweiligen Beförderungsentgelts, da sich die höchste Rabattstufe, die bei der Einlieferung beim BZE gewährt wird, auf 21% beläuft.

Ergänzend ist zu berücksichtigen, dass die RegTP bei der Genehmigung der Teilleistungsrabatte gemäß § 28 Abs. 2 Satz 3 PostG die anteiligen Kosten der gesamten Beförderungskette zu berücksichtigen hat und die Rabatte daher ausschließlich die von der DP AG aufgrund der Vorleistungen Dritter eingesparten Kosten (Prinzip der „avoided costs“) widerspiegeln. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Rabatte auf das jeweils genehmigte Beförderungsentgelt (u.a. Standardporto von 0,55 €) bezogen sind. Diese Entgelte haben sich gemäß § 20 Abs. 1 PostG zum einen an den Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (einschließlich eines angemessenen Gewinnzuschlags) zu orientieren. Gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 PostG sind jedoch insbesondere auch die Kosten für die Einhaltung der wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizensierten Bereich üblich sind, sowie die Kosten einer flächendeckenden Versorgung mit Postdienstleistungen sowie weitere Kosten angemessen zu berücksichtigen.

Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, welche wirtschaftlichen Nachteile der DP AG aus dem Sofortvollzug der Untersagung überhaupt entstehen würden. Diese wären nur

dann anzunehmen, wenn entweder die genehmigten Teilleistungsrabatte nicht den von der DP AG durch die Vorleistungen Dritter ersparten Kosten entsprächen oder die genehmigten Beförderungsentgelte (u.a. Standardporto), auf die diese Rabatte bezogen sind, auf deutlich überhöhten Kostenansätzen oder einem überhöhten Gewinnaufschlag beruhen würden und der DP AG insoweit aufgrund dieser Entgelte weit überhöhte Gewinne zugestehen würden.

Darüber hinaus ist – vor dem Hintergrund der Erfahrungen in den USA – mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der offene Netzzugang für Konsolidierer und die entstehende Arbeitsteilung zwischen Konsolidierern und DP AG insgesamt zu einem Anstieg des Sendungsvolumens führt, von dem die DP AG unmittelbar profitiert. Es ist daher bereits sehr fraglich, ob der Sofortvollzug der Untersagung überhaupt im Ergebnis zu Umsatzeinbußen bei der DP AG führen würde. Aufgrund der aufgezeigten Berechnungsgrundlagen für die von der RegTP genehmigten Entgelte der Briefbeförderung ist jedenfalls auszuschließen, dass der Sofortvollzug zu negativen Effekten im Hinblick auf die Profitabilität und die Gewinnsituation der DP AG führt. Selbst wenn der Sofortvollzug punktuell zu einem Anstieg der Kosten bei der DP AG (z.B. als Folge einer geringeren Auslastung vorhandener Kapazitäten) führen würde, wäre dieser Effekt von der RegTP bei der Entgeltgenehmigung zu berücksichtigen.

Entgegen der von der DP AG vertretenen Ansicht[151] gefährdet ein Sofortvollzug auch nicht die Erfüllung der Universaldienstverpflichtung durch die DP AG. Auch in diesem Zusammenhang ist auf die Berechnungsgrundlagen der Entgeltgenehmigung gemäß § 20 PostG zu verweisen. Diese sehen ausdrücklich vor, dass die Entgelte, welche die Bezugsgrundlage für die an den von der DP AG eingesparten Kosten orientierten Teilleistungsrabatte bilden, die Kosten für die flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Postdienstleistungen angemessen berücksichtigen.

Gegen das Vorliegen einer unbilligen Härte spricht ferner, dass die DP AG selbst in Übereinstimmung mit der RegTP den unmittelbar zu erwartenden Umsatzverlust im Falle des Sofortvollzuges auf ca. 100 – 200 Mio. € beziffert. Negative Einflüsse auf die Gewinnsituation wurden von der DP AG bisher nicht geltend gemacht. Auch die RegTP stellt im Zusammenhang mit der Abschätzung der Folgen einer Gewährung des Teilleistungszugangs für Konsolidierer unterhalb der Gewichtsgrenzen der Exklusivlizenz ausdrücklich fest, dass „der Kernbereich der Exklusivlizenz nicht verändert [wird]“ und „die Auswirkungen [des

[151] Schriftsatz Freshfields vom 15.12.2004, S. 18 (Verfahrensakte, Blatt 2548).

Teilleistungszugangs] auf die Deutsche Post AG weder das finanzielle Gleichgewicht der DP AG noch die Erbringung der Universaldienstleistungen gefährden."[152]

Das öffentliche Interesse an einem Sofortvollzug überwiegt daher das Interesse der DP AG an der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde und eine unbillige Härte der DP AG i.S.d. § 65 Abs. 3 Nr. 3 GWB ist auszuschließen.

IV. Fehlen ernstlicher Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung gemäß § 65 Abs. 3 Nr. 2. GWB

Ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung im Sinne des § 65 Abs. 3 Nr. 2 GWB bestehen nicht. Auf die Begründung der Verfügung wird insoweit verwiesen. Auch die Tatsache, dass die Reichweite der Exklusivlizenz derzeit umstritten ist, vermag solche ernstlichen Zweifel nicht zu begründen. Nach ständiger Rechtsprechung sind die Voraussetzungen des § 65 Abs. 3 Nr. 2 GWB nicht bereits dann erfüllt, wenn die Rechtslage – wie hier – offen ist.[153] Das Vorlageverfahren des VG Köln sowie die Klage der Bundesrepublik Deutschland gegen die Kommissionsentscheidung vom 20.10.2004 sind daher nicht geeignet, ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung zu begründen.

D. Kostenentscheidung

[...]

---

[152] RegTP, Bericht zur Wettbewerbssituation, a.a.O., S. 15 und S. 17 (Verfahrensakte Bl. 2852 und Bl. 2854).

[153] Immenga/Mestmäcker/Schmidt, GWB, § 65, Rn. 13; OLG WuW/E DE-R 1246, 1247 „GETEC net" mit weiteren Nachweisen.

Rechtsmittelbelehrung:

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

Die Beschwerde ist zu begründen. Die Frist für die Beschwerdebegründung beträgt einen Monat. Sie beginnt mit der Einlegung der Beschwerde und kann auf Antrag vom Vorsitzenden des Beschwerdegerichts verlängert werden. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit der Beschluss angefochten und seine Abänderung oder Aufhebung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Beschwerdeschrift und Beschwerdebegründung müssen durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Auf Antrag kann das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde ganz oder teilweise wiederherstellen.

Dr. Ruppelt Dr. Pfeil-Kammerer Ewald