BNetzA: Missbräuchliches Verhalten bei der Bereitstellung von Endkunden-Telefonanschlüssen

TKG § 42 Abs. 1; GWB § 20 Abs. 1
Beschluss vom 30.1.2009 – BK 2c 08/008; nicht bestandskräftig

Leitsatz der Redaktion

Die Deutsche Telekom (DTAG) nutzt ihre beträchtliche Marktmacht missbräuchlich aus, indem sie bereits geschaltete Endkunden-Telefonanschlüsse, die von Wettbewerbern zum Zwecke der Weiterüberlassung an Dritte nachgefragt werden, nicht unverändert und unterbrechungsfrei, sondern nur mittels des Prozesses „Kündigung mit anschließender Neubereitstellung" bereitstellt.

Anm. d. Red.: Die Entscheidung wurde mitgeteilt und der Leitsatz wurde verfasst von RA *Frank Joachim Mayer*, LDM Lehner Dänekamp & Mayer Rechtsanwälte, Düsseldorf.

Sachverhalt

Die Ast. bezog zunächst über die *TBS GmbH* (Ag. zu 1.) seit dem 1.6.2006 Endkundentelefonanschlüsse zu Endkundenbedingungen und stellte diese eigenen Kunden zur Verfügung (1/1 Resale). Hierbei war der im Netz der *DTAG* (Ag. zu 2.) geschaltete Telefonanschluss bereits vor Übernahme durch die Ast. mittels Preselection auf die Ast. einschließlich der mit dem Telefonanschluss versehenen sonstigen Leistungsmerkmale voreingestellt. Der Eintritt der Ast. in das Endkundenverhältnis erfolgt unterbrechungsfrei im Wege der sog. Anschlussübernahme, d.h. unter Beibehaltung der eingestellten Preselection und der sonstigen bestehenden allgemeinen Leistungsmerkmale. Die Ast. übernahm damit den bereits beim eigenen Kunden bestehenden Telefonanschluss im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zwecks Rücküberlassung an den Kunden. An dem tatsächlichen Nutzerverhältnis änderte sich somit nichts, der Kunde blieb auch weiterhin tatsächlicher Nutzer des Anschlusses. Im Zuge der Überleitung der Geschäftsbeziehung von der *TBS GmbH* auf die *DTAG* (Ag. zu 2.) im September 2007 teilte die *DTAG* der Ast. mit, dass der bis dahin gelebte Prozess der unterbrechungsfreien Anschlussübernahme nicht übernommen würde. Stattdessen sollte künftig der Prozess „Kündigung mit anschließender Neubereitstellung" angewandt werden, der jedoch zu einem Wegfall der bereits eingerichteten Preselection einschließlich aller mit dem zu übernehmenden Telefonanschluss zum Zeitpunkt der Übernahme verbundenen sonstigen Leistungsmerkmale führte. Für die „Neubereitstellung" des Telefonanschlusses verlangte die *DTAG* sodann das für die Neuschaltung von Telefonanschlüssen vorgesehene einmalige Bereitstellungsentgelt i.H.v. € 50,37 netto gem. ihrer AGB-Preisliste. Mit dieser Änderung des Geschäftsprozesses wäre die Ast. gezwungen gewesen, die Preselection neu einzurichten, alle mit dem Telefonanschluss im Zeitpunkt der Übernahme verbundenen Leistungsmerkmale neu zu buchen und hierfür die entsprechenden Entgelte zu zahlen. Ggü. den Endkunden hätte dieser Prozess dazu geführt, dass die Ast. notwendigerweise vertragsbrüchig geworden wäre, weil die Endkunden auf Grund der zurückgesetzten Preselection standardmäßig bis zur Neueinrichtung der Preselection über das Netz der *DTAG* telefoniert hätten.

Aus den Gründen

... Die Zuständigkeit der *Beschlusskammer* (*BK*) für die Entscheidung folgt aus den §§ 116 Abs. 1, 132 Abs. 1 Satz 1 TKG. ...

2. ... Der Antrag ist zulässig. Die Ag. gehört als Anbieterin von TK-Dienstleistungen und Betreiberin eines öffentlichen TK-Netzes zum Adressatenkreis des § 42 Abs. 1 TKG. Die Ag. verfügen auf dem Markt für den „Zugang zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten" nach Regulierungsverfügung BK2a 06/001-R v. 23.6.2006 über beträchtliche Marktmacht. ...

Die Ast. macht geltend, als Anbieterin von TK-Dienstleistungen im Wettbewerb zu den Ag. zu stehen und durch die Änderung der zwischen der Ast. und der Ag. zu 1. gelebten Prozesse, insb. der Anschlussübernahme, in der Kundengewinnung betroffen zu sein. Sie macht damit die Verletzung eigener Rechte geltend und ist also antragsberechtigt nach § 42 Abs. 4 Satz 6 TKG.

§ 42 TKG ist vorliegend auch nicht subsidär ggü. § 21 TKG. Vorliegend handelt es sich nicht um ein Resale-Produkt i.S.v. § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG, sondern um ein Endkundenprodukt der Ag. zu 2. Der entscheidende Unterschied zwischen einem Resale-Produkt i.S.v. § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG einerseits und einem Endkunden-Produkt anderseits besteht darin, dass das Resale-Produkt gem. § 30 Abs. 5 TKG zu einem Abschlag auf den Endnutzerpreis zur Verfügung gestellt werden muss. Da die Ag. zu 2. von Wiederverkäufern von Endkundenanschlüssen jedoch den gleichen Preis verlangt, wie von anderen Endnutzern, greift § 21Abs. 2 Nr. 3 TKG nicht ein. Rechtlich sind an die Bedingungen, zu denen einem Wiederverkäufer ein AGB-Produkt überlassen wird, andere Maßstäbe anzulegen als an die Bedingungen, zu denen Endkunden ein solches Produkt überlassen wird. Anders als im Verhältnis der Ag. zu 2. zu ihren Endkunden, gilt im Verhältnis zu Wiederkäufern der Grundsatz der Behinderungsfreiheit aus § 42 Abs. 1 TKG.

3. Begründetheit der Ausübung der besonderen Missbrauchsaufsicht: Den Anträgen war in dem tenorierten Umfang stattzugeben. Nach § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG trifft die *Regulierungsbehörde* eine Entscheidung, um die missbräuchliche Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung zu beenden. Nach § 42 Abs. 1 TKG darf ein Betreiber von TK-Diensten bzw. TK-Netzen, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, seine Stellung nicht missbräuchlich ausnutzen. Ein Missbrauch liegt insb. vor, wenn andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder deren Wettbewerbsmöglichkeiten ohne sachlich gerechtfertigten Grund erheblich beeinträchtigt werden.

Die Ag. zu 2. nutzt ihre beträchtliche Marktmacht missbräuchlich aus. Sie behindert andere Unternehmen unbillig und beeinträchtigt deren Wettbewerbsmöglichkeiten ohne sachlich gerechtfertigten Grund, indem sie i.R.d. Ausfüllung ihrer Pflicht zur Überlassung von Endkundenanschlüssen zur Weiterüberlassung an Dritte die Anschlussübernahme nur noch mittels des Prozesses „Kündigung mit anschließender Neubereitstellung" zulässt und dabei eine ggü. dem Wiederverkäufer durch dessen Kunden beauftragte auf den zu übernehmenden Telefonanschluss voreingestellte Preselection zurückgesetzt und die mit dem jeweils zu übernehmenden Telefonanschluss im Zeitpunkt der Übernahme ggf. verbundenen zusätzlichen Leistungen löscht, sodass diese neu beauftragt werden müssen.

a) Behinderungs- bzw. Beeinträchtigungsmissbrauch: Die Ag. zu 2. verhält sich missbräuchlich i.S.v. § 42 Abs. 1 TKG, da sie andere Unternehmen, u.a. die Ast., unmittelbar behindert, bzw. deren Wettbewerbsmöglichkeiten ohne sachlich gerechtfertigten Grund erheblich beeinträchtigt.

aa) Behinderung bzw. erhebliche Beeinträchtigung, der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen: Die Ag. zu 2. behindert durch ihr Verhalten andere Unternehmen bzw. beeinträchtigt deren Wettbewerbsmöglichkeiten. Unter dem Begriff Behinderung i.S.v. § 20 Abs. 1 GWB wird jede Beeinträchtigung der Betätigungsmöglichkeiten im Wettbewerb verstanden, gleichgültig, ob dabei „wettbewerbsfremde" oder in sonstiger Weise anfechtbare Mittel angewendet werden (*Markert*, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 20 Rdnr. 116 m.w.Nw.). Dabei handelt es sich um eine wertneutrale Auslegung des Begriffs, die die erste Stufe, den Begehungstatbestand, darstellt. Eine Bewertung erfolgt erst in der zweiten Stufe, und zwar verbunden mit der Frage, ob es sich um eine „unbillige" Behinderung handelt (dazu unter bb).

Die Ag. zu 2. wendet im Falle einer Anschlussübernahme den Prozess „Kündigung mit anschließender Neubereitstellung" an. Die mit diesem Prozess einhergehende Zurücksetzung der Preselection und ggf. eingestellter zusätzlicher Leistungen (z.B. feste Rufnummernsperren) sind behindernd. Der Fall einer Anschlussübernahme durch einen Wiederverkäufer unterscheidet sich von der tatsächlichen Kündigung und Neubereitstellung eines Anschlusses beträchtlich. So wird bei der Anschlussübernahme durch einen Wiederverkäufer der Telefonanschluss nicht stillgelegt, um ihn einem neuen Kunden wieder zur Verfügung zu stellen. Der faktische Nutzer des Anschlusses (der Endkunde) bleibt vielmehr derselbe und es sind keine technisch betrieblichen Eingriffe an dem Anschluss erforderlich. Vielmehr erfolgt eine rein administrative Ersetzung des Vertragspartners. Unter wirtschaftlicher Betrachtung des Vorgangs wird im Wesentlichen nur der Rechnungsempfänger für den Anschluss ausgetauscht. Die Ag. zu 2. löscht jedoch in aus ihrer Sicht logischer Folge der Behandlung als Kündigung mit anschließender Neubereitstellung, im Falle der Anschlussübernahme durch einen Wiederverkäufer, die bereits auf diesem Anschluss geschaltete Preselection und die mit dem Anschluss verbundenen zusätzlichen Leistungen, obwohl dies nicht erforderlich ist. Dies führt dazu, dass der Nutzer des Anschlusses (Endkunde) bis zur Neueinrichtung der Preselection standardmäßig zunächst wieder über die Ag. zu 2. telefoniert und bis zur Neueinrichtung möglicher zusätzlicher Leistungen auf diese verzichten muss. Dies stellt aus Sicht des Kunden eine Unterbrechung des Leistungsangebots dar. Dieser Qualitätsverlust lässt den Wiederverkäufer für den Kunden als ein Unternehmen mit mangelhafter Servicequalität erscheinen. Der Wechsel zu einem Wiederverkäufer, insb. für Geschäftskunden, wird dadurch unattraktiver. Dies behindert einen Wiederverkäufer von Endkundenanschlüssen und beeinträchtigt ihn in seinen Wettbewerbsmöglichkeiten.

bb) Unbilligkeit bzw. fehlende sachliche Rechtfertigung: Die festgestellte Behinderung ist unbillig und nicht sachlich gerechtfertig. Bei der Frage nach der Unbilligkeit der Behinderung bzw. der fehlenden sachlichen Rechtfertigung der Beeinträchtigung ist – ebenso wie in § 20 Abs. 1 GWB – eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Danach sind die Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Zielsetzungen des TKG gegeneinander abzuwägen. Diese Abwägung kann grds. nur einzelfallbezogen erfolgen, wobei jedoch die in § 2 Abs. 2 TKG angeführten Ziele des TKG einen wesentlichen Maßstab zur Gewichtung und Bewertung bieten, an dem sich die Individualinteressen zu messen haben.

Ein tragfähiger sachlich gerechtfertigter Grund für die festgestellte erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten von Wiederverkäufern wurde i.E. von der Ag. zu 2. nicht vorgetragen und ist auch nicht ersichtlich.

Das Vorgehen der Ag. zu 2. hätte ggf. dann gerechtfertigt sein können, wenn ein Anspruch auf Belieferung von Anschlüssen zur Weiterüberlassung an Dritte nicht gegeben wäre. TK-Diensteanbietern steht jedoch gem. § 42 Abs. 1 TKG ein rechtlicher Anspruch auf Belieferung mit Anschlüssen zu Endkundenpreisen zu. So auch *VG Köln* (U. v. 15.5.2006 – 21 K 7046/05): „Eine grundsätzliche Billigkeit bzw. ein grundsätzlicher sachlicher Grund für eine Nicht-Belieferung ist nicht ersichtlich."

Das *VG* führt zur Begründung aus, dass die Ag. zu 2. Endkunden mit Anschlüssen beliefere und damit Gewinne mache. Auch mit der Belieferung von Wiederverkäufern mache die Ag. zu 2. Gewinne. Eine Nichtbelieferung führte zu einer ganz erheblichen Beeinträchtigung des tk-rechtlichen Wettbewerbs als solchem und beeinträchtigte damit empfindlich die Ziele des § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG. So i.E. auch *OLG Frankfurt/M.* v. 1.4.2008 (MMR 2008, 679–681).

Wenn jedoch ein derartiger grundsätzlicher Anspruch auf Belieferung existiert, dürfen auch die Bedingungen, unter denen die Belieferung erfolgt, nicht unbillig sein. Die sachlichen Gründe für eine bestimmte Ausgestaltung des Belieferungsanspruchs müssen gewichtig sein; so auch das *VG Köln* (a.a.O., S. 21).

Soweit sich die Ag. zu 2. darauf beruft, ihre Kunden für Endkundeanschlüsse, die ebenfalls unter die Kategorie „Wholesale" fallen, gleich behandeln zu müssen, scheitert eine Rechtfertigung vorliegend daran, dass der Prozess der Bereitstellung von Anschlüssen im Wege der Kündigung und Neubereitstellung unter Rücksetzung der Preselection und sämtlicher zusätzlicher mit dem Anschluss verbundener Leistungen, für sich genommen unbillig behindernd ist. Eine Gleichbehandlung aller derartigen Kunden mit einem unbillig behindernden Prozess kommt nicht in Betracht. Zwar mag es sein, dass – wie es die Ag. zu 2. vorträgt – die Ast. nicht dargelegt hat, dass der gegenständliche Prozess auch andere Wholesale-Kunden als die Ast. benachteilige. Doch ist der *Kammer* aus Stellungnahmen aus dem Verfahren zum Anschluss-Resale nach § 21 TKG (BK2c 08/007) bekannt (vgl. Mitt. 448/2008; ABl. 16/2008), dass sich Nachfragern von Endkundenanschlüssen zur Weiterüberlassung an Dritte eben das hier in Rede stehende Verhalten der Ag. zu 2. als behindernd darstellt. Aus der Tatsache, dass andere Wiederverkäufer von Endkundenanschlüssen kein Missbrauchsverfahren nach § 42 TKG beantragt haben, lässt sich nicht der Rückschluss ziehen, dass das Verhalten der Ag. zu 2. nicht missbräuchlich ist.

Weiterhin kann den Ag. nicht gefolgt wenden, wenn sie darlegen, die Preselection und andere zusätzliche mit dem Anschluss verbundenen Leistungen entfielen automatisch, wenn ein Anschluss gekündigt würde. Hierbei handelt es sich um einen Zirkelschluss, da sich gerade die Behandlung der Anschlussübernahme als Kündigung und Neubereitstellung, wegen der von der Ag. zu 2. daran geknüpften Folgen, als behindernd darstellt. Zu Recht trägt die Ast. vor,

dass die Anschlussübernahme schließlich nicht mit dem Wechsel des Endkunden zu einem alternativen Teilnehmernetzbetreiber (TNB) vergleichbar ist, da vorliegend der Endkunde im Netz der Ag. zu 2. geschaltet und daher den Ag. als Kunde erhalten bleibt.

Die Ag. zu 2. trägt weiterhin vor, sie sei berechtigt, ihr Absatzsystem so zu gestalten, wie sie dies für wirtschaftlich sinnvoll und richtig erachte. Seine Grenzen findet dieses unternehmerische Ermessen jedoch dann, wenn sich die konkrete Ausgestaltung als unbillig behindernd darstellt.

b) Verstoß gegen § 42 Abs. 2 TKG: Ob ein Verstoß gegen § 42 Abs. 2 TKG vorliegt, wie von der Ast. dargelegt, kann vorliegend dahinstehen. ...

c) Neubereitstellungsentgelt: Mit Untersagung des Prozesses „Kündigung mit anschließender Neubereitstellung" entfällt auch die Möglichkeit für die Ag. zu 2., ein entsprechendes Entgelt zu erheben. Die Frage, ob für die Anschlussübernahme ein Entgelt erhoben werden darf, stellt sich daher in diesem Verfahren nicht. Gleichwohl ist auf Folgendes hinzuweisen: Es bestehen Zweifel an der grundsätzlichen Zulässigkeit eines Entgelts, jedenfalls, wenn es in der Form eines Neubereitstellungsentgelts erhoben wird. Ein solches Entgelt würde nominell für eine Neubereitstellung erhoben, doch findet eine Neubereitstellung im eigentlichen Sinne gar nicht statt. Der Anschluss bleibt im Falle der Übernahme durch die Ast., anders als beim Wechsel zu einem alternativen TNB, eben gerade im Netz der Ag. zu 2. geschaltet und es erfolgt keine Abschaltung des Anschlusses vom Netz. Es bleibt der Ag. zu 2. jedoch unbenommen, ggf. ein Entgelt zu erheben, welchem der tatsächliche Aufwand der Anschlussübernahme gegenübersteht. Auf die Anzeigepflicht für AGB-Entgelte wird hingewiesen.

4. Ermessen und Verhältnismäßigkeit: Die im Tenor ausgesprochene Verpflichtung der Ag. zu 2. ist nach Überzeugung der *BK* auch verhältnismäßig. Gem. § 42 Abs. 4 Satz 2 TKG kann die *BNetzA* einem Unternehmen, welches seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt, ein Verhalten auferlegen oder untersagen oder Verträge ganz oder teilweise für unwirksam erklären. Somit war i.R.d. Entscheidungsfindung Ermessen auszuüben. Die *BK* hat ihr Ermessen ausgeübt und hat sich auf Grund der ebenso grundsätzlichen wie großen Bedeutung für den Gesamtmarkt sowie der Intensität der Behinderung entschieden, den vorliegenden Beschluss zu fassen.

Die im Tenor ausgesprochene Verpflichtung der Ag. zu 2. ist geeignet, erforderlich und angemessen, um den festgestellten Behinderungsmissbrauch abzustellen. Durch die Anordnung wird es der Ast. ermöglicht, Anschlüsse wieder ohne Unterbrechung von Leistungsmerkmalen zu übernehmen. Eine andere Form der Anordnung ist nicht ersichtlich gewesen. Schließlich ist sie auch verhältnismäßig im engeren Sinne und damit angemessen, da sie insb. für die Ag. zu 2. keine unverhältnismäßige Belastung darstellt. Die Ag. zu 1. hat über viele Jahre den Prozess der Anschlussübernahme ohne Unterbrechungen bei Leistungsmerkmalen und der eingestellten Preselection mit Wettbewerbern praktiziert. Sollte die Ag. zu 2. den Prozess der Anschlussübernahme derzeit oder innerhalb der tenorierten Frist nicht selber den Anforderungen des Tenors entsprechend umsetzen können, ist ihr durch die Art der Tenorierung eröffnet, die Anschlussübernahme durch die Ag. zu 1. durchführen zu lassen. ...

Anmerkung

Mit dieser Missbrauchsentscheidung wird dem Hauptbegehren der Ast. in diesem Verfahren stattgegeben, die *DTAG* zu verpflichten, bereits geschaltete Endkunden-Telefonanschlüsse, welche von Wettbewerbern der *DTAG* zum Zwecke der Überlassung an eigene Kunden nachgefragt werden, mit dem im Zeitpunkt der Übernahme bestehenden Leistungsumfang unverändert und ohne Unterbrechung bereitzustellen, das heißt insb. mit bestehender Preselection und ggf. eingestellten zusätzlichen Leistungsmerkmalen, ohne den Prozess „Kündigung mit Neubereitstellung" anzuwenden.

Sowohl das *OLG Frankfurt/M.* (MMR 2008, 679 ff.) als auch die *BNetzA* (B. v. 11.11.2005 – BK 2a 04/028, bestätigt durch *VG Köln*, U. v. 15.5.2006 – 21 K 7046/05) haben in der Vergangenheit die Verpflichtung der *DTAG* festgestellt bzw. bestätigt, den Telefonanschluss wenigstens zu Endkundenbedingungen als AGB-Produkt zu überlassen. Aber auch hier verhinderte die *DTAG* seit dem 14.12.2007 die Bereitstellung, indem Sie einseitig den Prozess der unterbrechungsfreien Übernahme von bereits bestehenden Telefonanschlüssen bei Endkunden (der Regelfall) im Wege der Vertragsübernahme einseitig umdefiniert hat in den Geschäftsvorfall „Kündigung mit Neubereitstellung", bei welchem alle mit dem Anschluss verbundenen Leistungsmerkmale wie Preselection, CLIP, CLIR etc. zunächst wegfielen und sodann kostenpflichtig wieder neu bereitgestellt werden mussten. Dieses verhinderte jedoch die Übernahme von Endkunden-Telefonanschlüssen zwecks Rücküberlassung an den Kunden jedenfalls im Bereich der Übernahme bestehender Telefonanschlüsse, da der Kunde für einen bestimmten Zeitraum vertragslos gestellt wurde und der Wettbewerber ggü. dem Kunden im Hinblick auf die bereits eingerichtete Preselection, die vorübergehend wegfiel, vertragsbrüchig wurde. Auch entfielen alle sonstigen Leistungsmerkmale des Telefonanschlusses, die gemeinsam mit der Preselection erst wieder kostenpflichtig neu gebucht werden mussten. Ferner berechnete die *DTAG* das für die „Neuschaltung" von Telefonanschlüssen vorgesehene einmalige Bereitstellungsentgelt, welches ebenso wie die Kosten für die Neueinrichtung der Preselection und der Neubuchung der sonstigen Leistungsmerkmale nicht an den Kunden weiterbelastet werden konnten. Mit dem nun ergangenen Beschluss wird der *DTAG* aufgegeben, diesen Missbrauch abzustellen.

1. Zunächst bestätigte die *BNetzA* die zuvor bereits durch eine frühere Entscheidung festgestellte Pflicht der *DTAG*, Wettbewerbern Endkunden-Telefonanschlüsse zu normalen (AGB) Endkundenbedingungen zur Verfügung zu stellen (B. v. 11.11.2005, a.a.O.) Auch zivilgerichtlich wurde diese Verpflichtung zwischenzeitlich rechtskräftig festgestellt (vgl. *OLG Frankfurt/M.*, a.a.O.).

2. Auch die Ast. bezog über die *TBS GmbH* (Ag. zu 1.) seit Juni 2006 Telefonanschlüsse (insb. analoge T-Net Anschlüsse und T-ISDN-Anschlüsse) auf Basis des Endkundenangebots der Ag. und stellte diese den eigenen Endkunden zur Verfügung (sog. 1/1 Resale). Die Möglichkeit, den Telefonanschluss des Kunden im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zwecks Rücküberlassung an den Kunden zu übernehmen, eröffnete der Ast. die Möglichkeit, dem Kunden einen Komplettanschluss anzubieten, bestehend aus

- dem Telefonanschluss (analog bzw. ISDN),
- der Abwicklung der Verbindungsminuten im Wege der Preselection und

■ das Angebot eines Datenprodukts, bestehend in einem DSL-Anschluss.

Diese Produktkombination des Bündelprodukts erhöhte die Wertschöpfungskette der Ast. erheblich. Außerdem wurde die Ast. hierdurch in die Lage versetzt, mit den Call&Surf-Angeboten der *DTAG* zu konkurrieren. Mit der vorliegenden Missbrauchsentscheidung folgte die *BNetzA* dem Begehren der Ast. und stellte fest, dass die *DTAG* nicht berechtigt ist, im Zusammenhang mit der Übernahme eines bestehenden Endkunden-Telefonanschlusses durch einen Wiederverkäufer zwecks Rücküberlassung an den Kunden den Prozess „Kündigung mit anschließender Neubereitstellung" anzuwenden, da der faktische Nutzer des Anschlusses (der Endkunde) derselbe bleibt und keine technischen Eingriffe an dem Telefonanschluss erforderlich sind. In dem somit nicht erforderlichen Prozess der „Kündigung mit anschließender Neubereitstellung" liegt demnach eine unbillige Behinderung i.S.v. § 42 Abs. 1 TKG, da der Nachfrager des Produkts in unnötige und kostenintensive Prozesse gezwungen wird, welche die Anschlussübernahme faktisch unmöglich machen.

3. Besteht demnach ein Belieferungsanspruch der Wettbewerber auf AGB-Produkte, hat die *DTAG* als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht diese Produkte auch zu behinderungsfreien Bedingungen anzubieten. Insoweit stellt die *BNetzA* zutreffend darauf ab, dass diese Bedingungen durchaus von den allgemeinen Endkundenbedingungen abweichen können. Daraus folgt entgegen dem Standpunkt der *DTAG* an verschiedenen Stellen ihrer Stellungnahmen auch nicht, dass aus dem AGB-Produkt sodann ein Resale-Produkt wird mit der Folge, dass eine Entscheidung nach § 42 TKG durch die Vorschrift für Zugangsleistungen nach § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG „gesperrt" würde. Damit verbleibt es für die Beurteilung des Vorliegens einer missbräuchlichen Behinderung bei der Bereitstellung von AGB-Produkten an Wettbewerber an dem Beurteilungsmaßstab des § 42 Abs. 1 TKG, auch wenn dies im Einzelfall dazu führen mag, dass dem unternehmerischen Ermessen der *DTAG* im Zusammenhang mit der Ausgestaltung ihrer AGB-Produkte Grenzen gesetzt werden.

4. Im Rahmen ihrer Ermessungsausübung nach § 42 Abs. 4 Satz 2 TKG kam die *BNetzA* zu dem Ergebnis, dass auf Seiten der *DTAG* auch kein sachlicher Grund erkennbar war, den zwischen der Ast. und der *TBS GmbH* entwickelten Prozess der Anschlussübernahme, der sich an dem zivilrechtlich üblichen und hierfür vorgesehenen Institut der nahtlosen Vertragsübernahme (Übertragung aller Rechte und Pflichten aus einem Vertrag ohne Kündigung) orientiert hat, einseitig in den Prozess „Kündigung mit anschließender Neubereitstellung" zu ändern. Denn diese einseitige, zivilrechtlich nicht gebotene und daher völlig unnötige Prozessänderung führte gerade deshalb zu einer erheblichen Behinderung der Ast. als Nachfrager nach diesem Produkt, weil hierdurch eine kostenintensive Leistungsunterbrechung verursacht wurde, welche die Möglichkeit der Anschlussübernahme i.E. unmöglich machte. Wie der zuvor mit der *TBS GmbH* gelebte Prozess der nahtlosen Anschlussübernahme jedoch zeigte, war die einseitige Prozessänderung in den Geschäftsvorfall „Kündigung mit anschließender Neubereitstellung" vermeidbar und tatsächlich und rechtlich nicht geboten.

5. Demnach verkannte die *DTAG*, dass eine Behinderung nach § 20 Abs. 1 GWB bereits jede für das Wettbewerbsverhalten des betroffenen Unternehmens objektiv nachteilige Maßnahme ist (vgl. hierzu *Bechtold*, in: GWB Komm., 4. Aufl., zu § 20 Rdnr. 40; *BGH* WuW/E 863 ff., 870; BGHZ 81, 322 ff., 327 – Original-VW-Ersatzteile 2; BGHZ 116, 47 ff., 57 – Amtsanzeigen). Die Behinderung ist hiernach unbillig, wenn i.R.e. Interessenabwägung unter Einschluss der Interessen aller Beteiligten die Freiheit des Wettbewerbs beeinträchtigt wird (vgl. hierzu *Bechtold*, a.a.O., Rdnr. 41; BGHZ 38, 90 ff., 102 – Treuhandbüro; *BGH* WuW/E 2479 ff., 2482 – Reparaturbetrieb; *BKartA* WuW/E DE-V 289 ff., 293 – freie Tankstellen). Die Interessenabwägung wird hierbei durch andere gesetzliche Wirkungen, z.B. durch das in § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG normierte Regulierungsziel der Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und der Förderung nachhaltig wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation beeinflusst (vgl. hierzu *Bechtold*, a.a.O., Rdnr. 42; *BGH* WuW/E 2875 ff., 2880 – Herstellerleasing). I.R.d. Interessenabwägung ist dabei der Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs zu beachten. Es kommt hierbei darauf an, ob dem behindernden Unternehmen weniger beeinträchtigende Mittel zur Verfügung stehen (vgl. hierzu *BGH* WuW/E 1829 ff., 1838 – Original VW-Ersatzteile 2; des Weiteren *Bechtold*, a.a.O., Rdnr. 43). Im Rahmen dieses Abwägungsmaßstabs war zu beachten, dass die Ast. mit der *TBS GmbH* einen Prozess zur Anschlussübernahme entwickelt und praktiziert hat, der orientiert an dem zivilrechtlich üblichen und hierfür vorgesehenen Institut der Vertragsübernahme (Übertragung aller Rechte und Pflichten aus seinem Vertrag ohne Kündigung) zu einer nahtlosen Anschlussübernahme geführt hat. Der *DTAG* war es somit unter Beachtung des Grundsatzes des geringstmöglichen Eingriffs ohne weiteres möglich, es bei diesem Prozess der Anschlussübernahme als nahtloser Vertragsübernahme zu belassen, um die mit dem Geschäftsvorfall „Kündigung mit anschließender Neubereitstellung" eingetretene Behinderung zu beseitigen.

6. Dem steht auch nicht entgegen, dass es der *DTAG* selbstverständlich unbenommen ist, ihr Vertriebssystem nach eigenem Ermessen so festzulegen, wie sie dies für wirtschaftlich richtig und sinnvoll erachtet. Dies darf nur nicht dazu führen, dass auf Grund einer einseitigen, willkürlichen und sachlich nicht gerechtfertigten Änderung des Geschäftsvorfalls der Anschlussübernahme als Vertragsübernahme in den Prozess „Kündigung mit anschließender Neubereitstellung" die Bereitstellung von Telefonanschlüssen an Wettbewerber im Wege der Anschlussübernahme tatsächlich und rechtlich unmöglich gemacht wird.

7. Nachdem der *DTAG* in den Fällen der Anschlussübernahme der Prozess „Kündigung mit anschließender Neubereitstellung" untersagt wurde, ist es der *DTAG* auch untersagt, weiterhin das Neubereitstellungsentgelt zu erheben. Zwar bleibt es der *DTAG* unbenommen, ein aufwandsbezogenes Entgelt für den Prozess der Übernahme bestehender Anschlüsse zu erheben. Dies hat sich aber an dem tatsächlichen Aufwand zu orientieren und darf folglich keine Bestandteile in Bezug auf Prozesse enthalten, die gar nicht erbracht werden. Da eine technische Neuschaltung bei der Übernahme bestehender Telefonanschlüsse nicht erforderlich ist, kommt allenfalls ein Bearbeitungsentgelt für den Wechsel eines Vertragspartners in Betracht. Dieses Entgelt dürfte also deutlich unter dem von der *DTAG* berechneten einmaligen Neubereitstellungsentgelt i.H.v. € 50,36 netto liegen. Auch die zu Unrecht erhobenen Entgelte für die Neubuchung der Preselection und der übrigen mit dem Anschluss verbundenen Leistungsmerkmale dürfen künftig nicht mehr erhoben werden. Dies bedingt, dass die Übernahme von Telefonan-

schlüssen durch Wettbewerber künftig auch wirtschaftlich zumindest wieder möglich ist.

8. Nach Ablauf der gesetzlichen Übergangsregelung zum 30.6.2008 hat das TKG auch die Möglichkeit der Nachfrage eines entbündelten Anschluss-Resale eröffnet. Hierbei geht es um die Verpflichtung der *DTAG* zur Unterbreitung eines Resale-Angebots im Hinblick auf PSTN-Telefonanschlüsse (analog/ISDN) mit allen Leistungsmerkmalen zu Großhandelsbedingungen. Bereits zuvor wurde die *DTAG* in der Regulierungsverfügung für die Märkte 1 bis 6 v. 23.6.2006 seitens der *BNetzA* darauf hingewiesen, im Hinblick auf das starke Interesse der Wettbewerber an einem entbündelten Anschluss-Resale alle erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, um den Wettbewerbern rechtzeitig zum 1.7.2008 ein akzeptables Angebot zu unterbreiten. Entgegen dieser Verpflichtung hat die *DTAG* bisher kein Angebot vorgelegt. Die *BNetzA* hatte daraufhin von Amts wegen ein Verfahren nach § 21 TKG im Bereich Anschluss-Resale eingeleitet (Mitt. Nr. 309/2008 ABl. der BNetzA Nr. 11/2008 v. 18.6.2008). Das Ergebnis dieses Verfahrens hat Eingang in den nun vorliegenden Entwurf einer Regulierungsverfügung für die Anschlussmärkte (Markt 1) v. 10.3.2009 gefunden (BK 2c 09/002), mit welcher der *DTAG* die Verpflichtung zum Angebot von entbündeltem Anschluss-Resale, allerdings ohne Großhandelsbedingungen, auferlegt werden soll. Damit würde die anstehende Regulierungsverfügung für den Markt 1 nur die derzeit ohnehin geltende Rechtslage perpetuieren, nach der die *DTAG* ohnehin verpflichtet ist, Wettbewerbern jedenfalls zu Endkundenbedingungen PSTN-Telefonanschlüsse bereitzustellen. Vorliegende Missbrauchsentscheidung findet aber insoweit Berücksichtigung in dem Entwurf der Regulierungsverfügung für den Markt 1, als dass die *BNetzA* darauf hinweist, dass i.R.d. Verpflichtung zur Bereitstellung von Telefonanschlüssen im Wege des entbündelten Anschluss-Resale auch ein Schwerpunkt auf standardisierte und behinderungsfreie Bestell- und Lieferprozesse zu legen sein wird. Demnach wird die *DTAG* zu beachten haben, dass sie auch nach Auferlegung der Verpflichtung für ein entbündeltes Anschluss-Resale durch die neue Regulierungsverfügung für den Markt 1 die Übernahme bestehender Anschlüsse nahtlos und unterbrechungsfrei und nicht im Wege des Prozesses der „Kündigung mit anschließender Neubereitstellung" ermöglicht, da ansonsten der mit der Missbrauchsentscheidung bereits festgestellte Behinderungsmissbrauch fortgesetzt würde. Soweit der derzeitige Entwurf einer Regulierungsverfügung für den Markt 1 hinter der Forderung der Wettbewerber zurückbleibt, die *DTAG* zur Gewährung von Großhandelsbedingungen im Zusammenhang mit der Bereitstellung von PSTN-Telefonanschlüssen zu verpflichten, wäre dies dringend notwendig, um insb. Anbietern von Preselection und Call by Call-Diensten (Verbindungsnetzbetreiber) in die Lage zu versetzen, durch den Bezug rabattierter Telefonanschlüsse das Call & Surf-Bündelprodukt der *DTAG* kostendeckend und damit wettbewerbsfähig nachzumodellieren und damit der diesbezüglichen Verdrängungsstrategie der *DTAG* im Verbindungsbereich zu begegnen. Immerhin hat die *BNetzA* mit dem nun vorliegenden Entwurf einer Regulierungsverfügung für den Markt 1 aber erkannt, dass wenigstens für einen Übergangszeitraum bis zur vollständigen Implementierung der All-IP-Netzmigration diejenigen Wettbewerber, die über keine eigene Infrastruktur im Anschlussnetz verfügen, nach wie vor einen dringenden Bedarf an dem Wiederverkauf von PSTN-Telefonanschlüssen mit allen Leistungsmerkmalen eines vollständigen Telefonanschlusses haben. Und über die Frage, ob es am Ende doch zu einem entbündelten Anschluss-Resale zu Großhandelsbedingungen kommt, wie es in § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG vorgesehen ist, ist das letzte Wort auch noch nicht gesprochen.

RA Frank Joachim Mayer, LDM Lehner Dänekamp & Mayer Rechtsanwälte, Düsseldorf.

Anm. d. Red.: Der Anmerkungsautor war Parteivertreter der Ast.

LEITSÄTZE*

EuGH: Französische UMTS-Gebühren

EG Art. 87 Abs. 1, 88 Abs. 2; RL 97/13/EG; Kommissions-Entscheidung Nr. 128/1999
Urteil vom 2.4.2009 – Rs. C-431/07 P – Bouygues v. Kommission

Leitsätze der Redaktion

1. Die gemeinsame Prüfung einer Verletzung des Art. 87 Abs. 1 EG (Auslegung des Begriffs selektiver Vorteil und des Diskriminierungsverbots) und einer Verletzung von Art. 88 Abs. 2 EG (Nichtdurchführung des förmlichen Prüfverfahrens trotz „ernster Schwierigkeiten"), ist unter Berücksichtigung des Umstands gerechtfertigt, dass der Begriff der ernsten Schwierigkeit seinem Wesen nach objektiv ist, und dass die Frage, ob solche Schwierigkeiten vorgelegen haben, nicht nur anhand der Umstände des Erlasses der angefochtenen Maßnahme, sondern auch anhand der Beurteilung zu prüfen ist, auf die sich die Kommission gestützt hat.

2. Die RL 97/13 und die Entscheidung Nr. 128/1999 räumen den Mitgliedstaaten ein Ermessen in Bezug auf die Wahl des Verfahrens zur Erteilung der Lizenzen ein, solange die Grundsätze des freien Wettbewerbs und der Gleichbehandlung beachtet werden. In der gegebenen Fallkonstellation, dass eine Ausschreibung nur zwei Bewerber ergibt und dass zur Abgabe weiterer Angebote aufgefordert werden soll, ist es zur Verringerung der Risiken einer verspäteten Einführung der UMTS-Dienste geeignet, zunächst zwei Lizenzen zu dem in Art. 3 Abs. 1 der Entscheidung Nr. 128/1999 vorgesehenen Zeitpunkt zu erteilen und mit einer Option auf Angleichung der Abgaben auszuschließen, dass die drei Betreiber diskriminiert werden. Unter diesen Umständen stellt die nachträgliche Angleichung der Gebührenregelung für zwei zuerst erteilte UMTS-Lizenzen an die für eine dritte, knapp eineinhalb Jahre später erteilte UMTS-Lizenz geltende Gebührenregelung keine staatliche Beihilfe dar.

3. Die nachträgliche Angleichung der Gebühren stellt auch keine Diskriminierung dar, wenn zum Zeitpunkt

* Die Leitsätze der Redaktion wurden, sofern nicht anders ausgewiesen, verfasst von RiOLG *Dr. Helmut Hoffmann*. Vgl. hierzu auch MMR 11/2008, S. V.