



- Beschlusskammer 2 -
Az.: BK 2a 04/036

Beschluss
- geschwärzte Fassung -

In dem Verwaltungsverfahren

wegen Antrags auf Ausübung der besonderen Missbrauchsaufsicht gemäß § 42 TKG (Verkauf von Endgeräten mit Call-by-Call- und Preselectionsperre)

der 01051 Telecom GmbH, Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung,

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Piepenbrock & Schuster, Achenbachstraße 73,
40237 Düsseldorf,

gegenüber der Deutschen Telekom AG, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn, vertreten
durch den Vorstand,

- Antragsgegnerin -

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post
durch

den Vorsitzenden Dir. Dipl. Ing. Bernhard Kuhmeyer,
den Beisitzer RD Rainer Busch,
den Beisitzer RR z.A. Jörg Lindhorst

(Vorsitzender)
(Beisitzer 1)
(Beisitzer 2)

am 03.12.2004 beschlossen:

Der Betroffenen wird zunächst bis zum Abschluss des Missbrauchsverfahrens im Wege einer vorläufigen Anordnung untersagt, ihre Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung durch in Verkehr bringen der Endgeräte „T-Sinus 711 Net“ und „T-Sinus 721 Net“ faktisch einzuschränken.

Gründe:

I.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Betroffene vertreibt in ihren T-Punkt-Läden und über ihren Internet-Shop die Festnetztelefone „Sinus 711 Net“ (analog) und „Sinus 721 Net“ (ISDN) und bewirbt diese Telefone über eine Beilage zur Telefonrechnung und über das Internet. Beide Endgeräte verfügen über die zusätzliche Funktion „voreingestellte T-Com Netzwahl“. Dies bedeutet, dass das Endgerät aufgrund einer entsprechenden Softwareprogrammierung im Gerät bei jeder Nummernwahl durch den Teilnehmer automatisch die 01033 als Netzvorwahl voransetzt.

Will ein Käufer eines der genannten Endgeräte, der über einen Anschluss der Betroffenen verfügt, die Call-by-Call-Möglichkeit über einen anderen Verbindungsnetzbetreiber nutzen, wählt das Endgerät beide Netzbetreiber-Vorwahlen an, so dass eine Verbindung nicht zustande kommt. Die Vermittlungsstellen erzeugen in diesen Fällen - je nach Bauart – ein Besetzzeichen oder eine Ansage, die entweder „Netzbetreiberauswahl ungültig“ oder „kein Anschluss unter dieser Nummer“ lautet.

Die Funktion „voreingestellte T-Com Netzwahl“ bewirkt darüber hinaus, dass auch Gespräche solcher Anschlusskunden der Betroffenen, die sich auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber dauerhaft voreingestellt haben lassen, automatisch über das Netz der Betroffenen geführt werden.

Der Käufer kann die Funktion „voreingestellte T-Com Netzwahl“ manuell durch eine bestimmte Tastenkombination und der Eingabe einer „System-PIN“ im Einzelfall aufheben, so dass sowohl Call-by-Call-Angebote alternativer Anbieter als auch ein Preselection-Angebot zumindest theoretisch, d.h. mit sehr viel zusätzlichem Aufwand genutzt werden könnten. Eine permanente Aufhebung der Funktion selbst ist jedoch nicht möglich. Insofern bedarf es in jedem Fall der Unterstützung durch den Hersteller.

Verfügt der Käufer über den Anschluss eines alternativen Teilnehmernetzbetreibers und lässt dieser Teilnehmernetzbetreiber Call-by-Call in seinem Netz zu, so bewirkt die Funktion „voreingestellte T-Com Netzwahl“, dass sämtliche Gespräche in das Netz der Betroffenen geführt werden. Lässt der Teilnehmernetzbetreiber Call-by-Call dagegen nicht zu, sind die genannten Geräte für abgehende Gespräche nicht funktionsfähig.

Die Telefone werden zu einem Preis von 49,99 brutto (T-Sinus 711 Net) bzw. 89,99 € brutto (T-Sinus 721 Net) angeboten. Für die, bis auf Funktion „voreingestellte T-Com Netzwahl“, vollkommen identischen Geräte verlangt die Betroffene einen Preis in Höhe von 59,98 € brutto (T-Sinus 711) bzw. 119,99 € brutto (T-Sinus 721). Darüber hinaus können Käufern der Geräte „T-Sinus 711 Net“ und „T-Sinus 721 Net“ eine Gutschrift in Höhe von 550 bzw. 590 Digits für das Kundenwertprogramm „Happy Digits“ erhalten, was einem Wert von 5,50 € bzw. 5,90 € entspricht.

Mit Schreiben vom 08.11.2004 hat die Antragstellerin beantragt,

1. das Angebot von Telefonen mit voreingestellter Netzwahl der DTAG-VNB (01033) unverzüglich zu untersagen,

für Fall, dass die Beschlusskammer zunächst ein förmliches Verfahren einleitet,

2. eine vorläufige Untersagungsanordnung gem. § 130 TKG zu erlassen.

Zur Begründung ihres Antrags hat die Antragstellerin im Wesentlichen folgende Ausführungen gemacht:

Sie biete u.a. bundesweit Sprachtelefondienste im Wege des Call-by-Call und Preselection an und stehe hierbei mit der Antragsgegnerin in einem ständigen Wettbewerb. In dem die Antragsgegnerin Endgeräte mit eingebauter Preselection- und Call-by-

Call-Sperre anbiete, verletze diese die ständige Spruchpraxis der Beschlusskammer, wonach das von der Antragsgegnerin in vielen Endkundentarifen beantragte Preselection-Verbot untersagt worden sei. Die Ermöglichung der Verbindungsnetzbetreiberauswahl sei für die marktbeherrschende Antragsgegnerin eine Verpflichtung, von der nicht abgewichen werden könne.

Es könne dahingestellt bleiben, ob die Untersagung auf §§ 130, 12 Abs. 2 Nr. 4, 40 TKG oder auf §§ 150 TKG i.V.m. § 43 Abs. 6 TKG (a.F.) gestützt werde, weil die zu prüfenden materiellen Maßstäbe in beiden Fällen eine Untersagung des Angebotes notwendiger Weise übereinstimmend mit der ständigen Praxis der Beschlusskammer gebieten würden.

Die voreingestellte Netzwahl könne nur im Einzelfall durch eine sehr zeitaufwändige und umständliche Eingabe mehrerer Befehle auf der Tastatur des Telefons umgangen werden. Dies hindere aber faktisch jeden Kunden, die Angebote anderer Wettbewerber in Anspruch zu nehmen. Hierdurch werde nicht nur der Kunde in seiner freien Auswahl erheblich eingeschränkt, sondern die Wettbewerber vom Zugang zum Kunden faktisch abgeschnitten.

Es sei offensichtlich, dass sich aus dem Verkauf erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigungen für die Antragstellerin ergäben. Bereits von den verschiedenen Optionsangeboten der Antragsgegnerin würden, wie von der Antragstellerin in anderen Stellungnahmen dargelegt, Wettbewerbsbeeinträchtigungen ausgehen. Es sei aber herauszustellen, dass die vorliegenden Angebote allein auf eine Behinderung der Wettbewerber abzielten, da nur für den gezielten Ausschluss von Call-by-Call und Preselection-Angeboten der Wettbewerber ein technischer Aufwand betrieben werde. Die Endkunden der Antragsgegnerin könnten grundsätzlich auch ohne Vorwahl der 01033 die Angebote der Antragsgegnerin nutzen. Die feste Voreinstellung auf die Antragsgegnerin sei überflüssig, es sei denn, man ziele auf den Ausschluss der Wettbewerber-Angebote und dabei insbesondere auf solche Kunden, die sich vorher gegen die Antragstellerin entschieden hätten, sei es als Preselection- und Call-by-Call-Kunde oder sogar als Kunde eines alternativen Teilnehmernetzbetreibers.

Die Angebote seien auch deshalb missbräuchlich, weil sie gegen das Verbot, Endgeräte grundsätzlich nicht unter Einstandspreis zu verkaufen, verstießen.

Die besondere Eilbedürftigkeit ergebe sich vorliegend aus dem Umstand, dass mit weiterem Verkauf der Endgeräte Fakten geschaffen würden, die sich im Wege einer späteren Untersagungsverfügung kaum noch beseitigen ließen.

Die Antragsgegnerin hat sich bezüglich des Untersagungsantrags mit Schreiben vom 15.11.2004 wie folgt geäußert:

a) Unzulässigkeit des Antrags

Der Antrag sei bereits deshalb unzulässig, weil die Antragstellerin nicht geltend gemacht habe, dass und warum sie durch die angegriffene Maßnahme in eigenen Rechten verletzt sein soll. Im Hinblick auf die sich aus § 42 Abs. 4 S. 5 TKG ergebende Darlegungslast der Antragstellerin reiche der pauschale Hinweis auf eine erhebliche Wettbeeinträchtigung durch den Verkauf der Telefonapparate insoweit nicht aus.

Der Bezug auf die von der Beschlusskammer durchgeführten Genehmigungsverfahren zu einzelnen Optionstarifen sei verfehlt. Auch die Verpflichtung der Antragstellerin zur Ermöglichung von Preselection und Call-by-Call könne eine Verlet-

zung eigener Rechte der Antragstellerin nicht begründen, da es sich bei diesen Vorschriften um Regelungen handle, die ausschließlich dem Schutz der Endnutzer zu dienen bestimmt seien, nicht hingegen dem Schutz der Wettbewerber.

b) Fehlende Begründetheit des Antrages

Hiervon abgesehen sei der Antrag aber auch unbegründet.

Weder Endgeräte, noch die hierfür erhobenen Preise seien Gegenstand des neuen TKG. Zudem verfüge die Antragsgegnerin auf dem Markt für Endgeräte über keine marktbeherrschende Stellung, bzw. sei eine marktbeherrschende Stellung auf diesem Markt bislang noch nicht festgestellt worden.

Der Vorwurf, die Antragsgegnerin würde Endgeräte unter Einstandspreis verkaufen, gehe an der Sache vorbei. Da die betreffenden Endgeräte ausschließlich „stand-alone“, d.h. nicht im Rahmen von Paketangeboten veräußert würden, sei die Antragstellerin in ihrer Preisbildung frei. Im übrigen sei der Vorwurf auch sachlich unrichtig, da die Geräte nicht unter Einstandspreis veräußert würden.

Des weiteren seien auch die Voraussetzungen für eine Anwendung des § 42 TKG nicht gegeben. § 42 TKG finde lediglich auf solchen Märkten Anwendung, welche die Regulierungsbehörde durch eine Regulierungsverfügung der Marktregulierung unterworfen habe. Bisher lägen weder Marktabgrenzungen nach § 10 noch Marktanalysen nach § 11 TKG vor.

§ 42 TKG werde auch nicht als fortgeltende Verpflichtung von § 150 Abs. 1 TKG umfasst. Eine Befugnis für die Regulierungsbehörde, vor Erlass einer Regulierungsverfügung nach § 42 TKG tätig werden zu können, bestehe somit nicht. Entsprechend der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Köln sei auch eine Überleitung der bisherigen Missbrauchsregelung des § 33 TKG a.F. über § 150 Abs. 1 TKG nicht möglich, da das europäische Richtlinienrecht keine Verpflichtung zur Aufrechterhaltung einer besonderen Missbrauchsaufsicht vorsehe.

Selbst wenn man - zu Unrecht – davon ausginge, dass § 150 Abs. 1 TKG vom Grundsatz her eine Anwendung des § 42 TKG erlauben würde, könne der Anwendungsbereich nicht über den Regelungsumfang des § 33 TKG a.F. hinausgehen.

Im Übrigen verstoße der Vertrieb der Endgeräte „T-Sinus 711 Net“ und „T-Sinus 721 Net“ auch nicht gegen die Anforderungen des § 42 TKG.

Ausschließlicher Zweck der Regelung des § 42 Abs. 1 S. 2 TKG sei es, dass der allgemeine kartellrechtliche Maßstab statt durch das Bundeskartellamt durch die Regulierungsbehörde durchgesetzt werden könne.

Sowohl die unbillige Behinderung als auch die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten ohne sachlich gerechtfertigten Grund setzten voraus, dass die Wettbewerbsmöglichkeiten in einer für den Markt erheblichen Weise ohne sachlich gerechtfertigten Grund beeinträchtigt würden. Beide Merkmale seien vorliegend nicht erfüllt.

Eine erhebliche Behinderung sei jedenfalls dann zu verneinen, wenn der angeblich behinderte Wettbewerber noch Marktanteile gewinne.

Eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten habe die An-

tragstellerin nicht dargelegt. Sie liege auch nicht vor.

Keineswegs würden die Endkunden, welche die streitgegenständlichen Endgeräte nutzten, den Wettbewerbern endgültig entzogen. Vielmehr könnten die Kunden auch weiterhin von Call-by-Call und Preselection Gebrauch machen.

Auch die österreichische Regulierungsbehörde sei in einem ähnlichen Fall davon ausgegangen, dass derartige Endgeräte nur dann missbräuchlich seien, wenn der Endkunde nicht hinreichend über die Möglichkeit aufgeklärt werde, dass die vorinstallierte Netzvorwahl aufgehoben werden könne. Vorliegend komme die Antragsgegnerin ihrer Aufklärungspflicht durch entsprechende Hinweise in der Betriebsanleitung in ausreichendem Maße nach.

Gegen eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung spreche auch die geringe Anzahl der betroffenen Geräte. Zum jetzigen Zeitpunkt seien lediglich [REDACTED] „T-Sinus 711 Net“- und [REDACTED] „T-Sinus 721 Net“-Geräte (**BuGG**) verfügbar, die von der Antragstellerin vertrieben würden.

Eine erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten könne auch deshalb ausgeschlossen werden, da das Verbindungsvolumen von Preselection-Anbietern immer noch ansteige.

Selbst wenn man von einer erheblichen Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten ausginge, sei dies sachlich gerechtfertigt, bzw. nicht unbillig. Bei dem Angebot der streitgegenständlichen Geräte handele es sich um ein markt- und wettbewerbskonformes Verhalten. Die Antragstellerin vollziehe insoweit nur das Verhalten von Teilnehmernetzbetreibern und Verbindungsnetzbetreibern nach. Auch diese vertrieben Endgeräte bzw. schlossen Call-by-Call sogar durch netzseitige Sperrung aus. Demgegenüber verwehre die Antragsgegnerin ihren Kunden nicht die gesetzlich zugestandene Möglichkeit, Call-by-Call und Preselection zu nutzen, sondern überlasse die diesbezügliche Entscheidung dem Kunden.

Die Maßnahme verstoße schließlich auch nicht gegen § 40 Abs. 1 TKG. Aufgrund des Anschlussvertrages habe der Kunde das Recht, die Antragstellerin zur Vornahme der dauerhaften Voreinstellung zu verpflichten bzw. jederzeit Call-by-Call in Anspruch zu nehmen.

c) Unzulässigkeit einer vorläufigen Anordnung nach § 130 TKG

Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung seien ebenfalls nicht erfüllt.

Ein Anordnungsanspruch sei bereits aus o.g. Gründen nicht gegeben.

Darüber hinaus fehle es auch an einem Anordnungsgrund. Eine besondere Eilbedürftigkeit sei vor dem Hintergrund der geringen Anzahl der der Antragstellerin derzeit zur Verfügung stehenden Geräte nicht erkennbar.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sachverhalt wird auf den Inhalt der Verfahrensakte Bezug genommen.

II.

Die Voraussetzungen für den Erlass einer vorläufigen Anordnung liegen vor.

a.) Rechtsgrundlage

Die vorläufigen Verpflichtungen der Antragsgegnerin, bis zum Abschluss des Missbrauchverfahrens keine weiteren Endgeräte der Marke „T-Sinus 711 Net“ und „T-Sinus 721 Net“ zu vertreiben, beruht auf §§ 130, 150 Abs. 1 Satz 1 TKG i.V.m. § 42 Abs. 1 TKG.

Gemäß § 130 TKG kann die Beschlusskammer bis zur endgültigen Entscheidung vorläufige Anordnungen treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechtes der Antragstellerin vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte, oder um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder wenn die Anordnung aus anderen Gründen nötig erscheint (Weber/Rommersbach in Manssen TKG-Kommentar § 78 RN). Nach Abwägung aller öffentlichen Interessen und den Interessen der Verfahrensbeteiligten ist die Beschlusskammer vorliegend zur Überzeugung gelangt, dass vorliegend das öffentliche Interesse sowie das Interesse der Antragstellerin und beteiligten Wettbewerber an einer vorläufigen Anordnung das Interesse der Antragstellerin an einen Weiterverkauf der streitgegenständlichen Endgeräte deutlich überwiegt. In diesem Zusammenhang ist insbesondere der Umstand zu berücksichtigen, dass voraussichtlich auch im Hauptsacheverfahren eine entsprechende Entscheidung zu erwarten ist.

b.) Formelle Voraussetzung

Der Erlass einer vorläufigen Anordnung setzt voraus, dass vor der Beschlusskammer ein Verwaltungsverfahren in der Hauptsache anhängig und noch nicht abschließend entschieden worden ist. Dies ist vorliegend der Fall, da aufgrund des Antrages der Antragstellerin vom 08.11.2004 gemäß § 42 Abs. 4 S. 5 TKG ein Verfahren der besonderen Missbrauchsaufsicht eingeleitet worden ist. Der Antragsgegnerin wurde mit Schreiben vom 11.11.2004 der Antrag auf Ausübung der besonderen Missbrauchsaufsicht übersandt und das Aktenzeichen des Verfahrens mitgeteilt.

c.) Zulässigkeit des Antrages auf Ausübung der besonderen Missbrauchsaufsicht.

Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin hat die Antragstellerin gemäß § 42 Abs. 4 S. 5 TKG geltend gemacht, durch ein Verhalten der Antragsgegnerin in eigenen Rechten verletzt zu sein. Nach Auffassung der Beschlusskammer ist es insoweit ausreichend, wenn eine Verletzung subjektiver Rechte nach Vortrag der Antragstellerin zumindest möglich erscheint. Dies ist vorliegend der Fall. Die Antragstellerin hat insoweit substantiiert dargelegt, dass ihre Wettbewerbsmöglichkeiten durch den Verkauf der Endgeräte „T-Sinus 711 Net“ und „T-Sinus 721 Net“ erheblich beeinträchtigt werden können und insoweit insbesondere ein Verstoß gegen die Interessen von Wettbewerbern der Antragsgegnerin schützende Vorschrift des § 42 Abs. 1 TKG in Betracht kommt.

Der Anwendung von § 42 TKG steht auch nicht entgegen, dass eine Regulierungsverfügung für die hier in Betracht kommenden Märkte noch nicht ergangen ist. Im Unterschied zu anderen Vorschriften des 2. Teils des TKG, etwa §§ 21 oder 39 TKG setzt die Anwendung des § 42 TKG keine explizite Auferlegung einer Verpflichtung durch die Regulierungsbehörde auf der Grundlage eines vorausgegangenen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens voraus. Entscheidend ist allein, dass das betroffene Unternehmen auf dem relevanten Markt

über eine beträchtliche Marktmacht verfügt.

d.) Anordnungsanspruch

Die vorläufige Anordnung setzt bei einem beantragten Anordnungserlass voraus, dass ein Anordnungsanspruch, d.h. ein materieller Anspruch, für den der Antragsteller vorläufigen Rechtsschutz sucht, gegeben ist. Dies ist vorliegend der Fall, da nach derzeitigem Verfahrensstand davon ausgegangen werden muss, dass die Antragsgegnerin durch den Verkauf der streitgegenständlichen Endgeräte die Antragstellerin unbillig behindert, bzw. die Wettbewerbsmöglichkeiten der Antragstellerin ohne sachlichen Grund erheblich beeinträchtigt.

da.) Beträchtliche Marktmacht

Die Betroffene verfügt auf dem fraglichen Märkten für Sprachtelefondienst (Anschlüsse, Inlands- und Auslandsverbindungen) über eine beträchtliche Marktmacht i.S.v. § 42 I TKG. Insoweit gilt die zuletzt mit den Beschlüssen vom 25.06.2004 (Az.: BK2a 04/007, BK2a 04/013 und BK2a 04/014) festgestellte marktbeherrschende Stellung gemäß § 150 TKG fort. Danach ist sie gemäß § 40 Abs. 1 TKG auch verpflichtet, ihren Teilnehmern bis zum Erlass einer auf dem derzeit noch anhängigen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahrens beruhenden Regulierungsverpflichtung den Zugang zu den Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Anbietern von Telekommunikationsleistungen sowohl durch Betreiberauswahl im Einzelverfahren (Call-by-Call) als auch durch Betreibervorauswahl (Preselection) zu ermöglichen. Insofern wirkt sich ihr Verhalten beim Verkauf von Endgeräten unmittelbar auf die Situation in den von ihr beherrschten Sprachtelefondienstmärkten aus, da die Möglichkeit derjenigen Kunden, die die betreffenden Endgeräte erworben haben, von ihrem Recht auf Call-by-Call und Preselection Gebrauch zu machen, wesentlich erschwert wird.

db.) Missbräuchliches Verhalten i.S.v. § 42 TKG

Die Betroffene nutzt ihre beträchtliche Marktmacht auch missbräuchlich aus.

Missbrauch i.S.v. § 42 Abs. 1 TKG liegt insbesondere dann vor, wenn andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder deren Wettbewerbsmöglichkeiten ohne sachlich gerechtfertigten Grund erheblich beeinträchtigt werden.

Erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen

Die Einschränkung der Call-by-Call- und Preselection-Möglichkeit durch den Verkauf der Endgeräte „T-Sinus 711 Net“ und „T-Sinus 721 Net“ beeinträchtigt die Wettbewerbsmöglichkeiten sowohl von Verbindungsnetzbetreibern als auch von Teilnehmernetzbetreibern erheblich.

Die Funktion „dauerhafte Voreinstellung auf die T-Com“ bewirkt, dass die Möglichkeit des Nutzers, Gespräche im Wege des Call-by-Call und von Preselection über einen anderen Verbindungsnetzbetreiber zu führen, im Normalzustand der genannten Endgeräte gesperrt ist. Der Nutzer kann die Sperre lediglich durch Eingabe einer umständlichen Tastenkombination und einer System-Pin gesprächsweise aufheben. Eine permanente Aufhebung der Sperre durch den Nutzer selbst ist dagegen nicht möglich. Vielmehr bedarf es hier mindestens einer Mitwirkung des Herstellers.

Zwar ist es für den Nutzer nach Erwerb der o.g. Endgeräte theoretisch möglich, von seinem gesetzlich eingeräumten Recht auf Call-by-Call und Preselection Gebrauch zu machen. In der Praxis dürfte er hiervon aber aufgrund des aufwendigen Eingabeverfahrens kaum Gebrauch machen. Insoweit kommt der mit dem Verkauf der streitgegenständlichen Endgeräten verbundene erhebliche Einschränkung der Call-by-Call-Möglichkeit des Kunden eine vergleichbare Wirkung zu, wie der von der Beschlusskammer in früheren Verfahren behandelte Ausschluss der Preselection-Ausschluss in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen bestimmter Optionstarife.

In diesen Fällen hatte die Beschlusskammer in ständiger Spruchpraxis eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bejaht, wenn die Call-by-Call- und Preselection-Möglichkeit des Kunden nicht uneingeschränkt erhalten bleibt (vgl. Beschluss BK2c 01/012 vom 20.09.2001).

Der Verkauf von Endgeräten mit einer Call-by-Call- und Preselection-Sperre führt ebenfalls dazu, dass Kunden von Verbindungsnetzbetreibern, die sich ein derartiges Gerät anschaffen, ihre Verbindungsleistungen im Zweifel nicht mehr vom bisherigen Verbindungsnetzbetreiber, sondern von der Antragsgegnerin beziehen werden, da eine Aufhebung der Sperre zwar theoretisch möglich ist, vom Kunden, in der Praxis aufgrund der aufwändigen und komplizierten Eingabeprozedur kaum wahrgenommen werden dürfte. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass zwar die Käufer auf der Verpackung des Gerätes und in der Betriebsanleitung formal auf die Funktion „Voreingestellte Netzwahl (Preselection)“ hingewiesen werden, jedoch äußerst fraglich ist, ob sie sich tatsächlich der Bedeutung dieser Funktion auch bewusst sind. Ebenso wie der vertragliche Preselection-Ausschluss der Verkauf von Endgeräten mit einer Call-by-Call- und Preselection-Sperre darüber hinaus dazu führen, dass Kunden, solange sie das Gerät nutzen, für Call-by-Call- und Preselection-Angebote anderer Anbieter von Fernverbindungsleistungen nicht zur Verfügung stehen und den Wettbewerbern somit ein beträchtliches Kundenpotential verloren geht. Ein diesbezüglicher Hinweis reicht daher nicht aus.

Darüber hinaus beeinträchtigt die Maßnahme auch die Wettbewerbsmöglichkeiten derjenigen Teilnehmernetzbetreiber, die ihren Kunden Call-by-Call oder Preselection auf die Antragsgegnerin ermöglichen, da automatisch jedes Gespräch über das Netz der Antragsgegnerin geführt werden. Auch hier ist damit zu rechnen, dass viele Käufer sich aus bloßen Preisgründen für den Kauf eines der Geräte entscheiden werden, ohne sich darüber bewusst zu sein, dass sie als Ausgleich für den anscheinenden Preisnachlass beim Endgerät die im Vergleich zu den Tarifen des Teilnehmernetzbetreiber regelmäßig deutlich höheren Standardtarife der Antragsgegnerin bezahlen müssen. Ob das Gerät dabei unter Kosten angeboten wird, kann hier zunächst dahinstehen.

Zum Vortrag der Antragsgegnerin, die österreichische Regulierungsbehörde sei in einen ähnlichen Fall davon ausgegangen, dass derartige Endgeräte nur dann missbräuchlich seien, wenn der Endkunde nicht hinreichend über die Möglichkeit aufgeklärt werde, dass die voreingestellte Netzvorwahl aufgehoben werden könne, ist anzumerken, dass die Entscheidungen der österreichischen Regulierungsbehörde andere Sachverhalte betrafen. So war es bei den von Telekom Austria vertriebenen Geräten zum einen möglich, die Call-by-Call- und Preselection-Sperre dauerhaft aufzuheben. Darüber hinaus war zur fallweisen Aufhebung der Funktion keine aufwändige Eingabe-Prozedur erforderlich. Vielmehr reichte es bereits aus, die eine bestimmte Taste zu drücken, um die geräteseitig eingestellten automatischen Wahl von "1001" (= Carrier Code des österreichischen Incumbent) aufzuheben (vgl. den Ihnen übermittelten Beschluss des OLG Wien als Kartellgericht zu 29 Kt 396/02-26 v. 27.01.2003, S. 13).

Gegen eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung spricht desweiteren auch nicht die angeblich geringe Anzahl der betroffenen Geräte. Zum anderen hat die Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme keine Angaben zur Zahl der bereits verkauften Geräte gemacht, sondern lediglich die Anzahl derjenigen Geräte benannt, die zur Zeit noch verfügbar sein sollen. Zum anderen wäre die Antragstellerin als eine der bedeutendsten Anbieter von Telefonendgeräten in Deutschland mit Sicherheit in der Lage, kurzfristig neue Endgeräte des Typs „T-Sinus 711 Net“ und „T-Sinus 721 Net“ produzieren zu lassen und am Markt anzubieten.

Die Beschlusskammer teilt schließlich auch nicht die Auffassung der Antragsgegnerin, dass eine erhebliche Wettbewerbsbeeinträchtigung bereits deshalb ausgeschlossen werden müsse, weil die Wettbewerber immer noch Marktanteile gewännen. Das Wettbewerber im Falle

der Öffnung eines ehemaligen Monopolmarktes zu Lasten des marktbeherrschenden Unternehmens Marktanteile gewinnen, liegt in der Natur der Sache. Für die Beurteilung einer erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung kann es daher nur darauf ankommen, ob sich das Verhalten negativ auf die Marktanteilsentwicklung der Wettbewerber auswirkt, was vorliegend aus den oben bereits genannten Gründen anzunehmen ist.

Fehlende sachliche Rechtfertigung

Die festgestellten Beeinträchtigungen und Behinderungen von Wettbewerbern ist nach derzeitiger Auffassung der Beschlusskammer auch i.S.v. § 42 Abs. 1 S. 2 sachlich nicht gerechtfertigt bzw. unbillig.

Die genannten Begriffe orientieren sich insoweit am Wortlaut der §§ 19 Abs. 4 Nr. 1 und 20 Abs. 1 GWB. Entsprechend der Rechtsprechung zum allgemeinen Kartellrecht ist daher auch hier davon auszugehen, dass die Begriffe inhaltlich identisch sind und daher eine Interessenabwägung aller beteiligten Unternehmen unter Berücksichtigung des auf Förderung des Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation abzielenden Gesetzeszweckes erforderlich ist. Von Bedeutung ist hierbei insbesondere die Zielsetzung der Missbrauchsaufsicht nach § 42 GWB, marktbedingte Marktzugangsbehinderungen Dritter zu unterbinden (vgl. Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 19 Rdnr. 112, § 20 Rdnr. 116). Als sachlich nicht gerechtfertigt bzw. unbillig einzustufen wäre eine Verhaltensweise vor allem dann, wenn sie sich in erheblichem Ausmaß als Marktzutrittsschranke auswirken würde. Es ist daher vorliegend zu entscheiden, ob das durch § 42 TKG gesetzlich geschützte Interesse der Wettbewerber an der Öffnung der Märkte das Interesse der Antragstellerin, Kunden durch den Verkauf der streitgegenständlichen Endgeräte an sich zu binden überwiegt.

Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin gemäß § 40 Abs. 1 i.V.m. § 150 TKG als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht verpflichtet ist, ihren Teilnehmern bis zum Erlass einer auf dem derzeit noch anhängigen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren beruhenden Regulierungsverpflichtung den Zugang zu den Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Anbietern von Telekommunikationsleistungen sowohl durch Betreiberauswahl im Einzelverfahren (Call-by-Call) als auch durch Betreiber vorauswahl (Preselection) zu ermöglichen.

Eine nachvollziehbare Begründung für die Notwendigkeit, die Call-by-Call- und Preselection-Möglichkeit des Kunden durch den Verkauf der streitgegenständlichen einzuschränken, wurde von der Antragstellerin bislang nicht vorgebracht und ist auch nicht erkennbar.

Soweit sich die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang auf ein angeblich markt- und wettbewerbskonformes Verhalten beruft, mit dem sie insoweit nur das Verhalten von Teilnehmernetzbetreibern und Verbindungsnetzbetreibern nachvollzieht, ist dem entgegenzuhalten, dass diese im Unterschied zur Antragsgegnerin gerade nicht verpflichtet sind, ihren Teilnehmern Call-by-Call und Preselection zu ermöglichen.

Da Anschlusskunden der Antragsgegnerin Verbindungsleistungen der Antragsgegnerin grundsätzlich auch Vorwahl der 01033-Kennziffer nutzen können, dient die Funktion „Voreingestellte Netzvorwahl T-Com“ einzig und allein dem Ziel, die Preselection- und Call-by-Call-Möglichkeit des Kunden einzuschränken und die Wettbewerber hierdurch in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten zu behindern. Diese Behinderungsabsicht wird auch daran deutlich, dass die Geräte, obwohl sie im Vergleich zu den Standardendgeräten „T-Sinus 711“ und „T-Sinus 721“ über eine zusätzliche Funktion verfügen, nicht etwa zu einem höheren, sondern zu einem deutlich niedrigeren Preis angeboten werden. Die Antragsgegnerin gewährt dem Käufer insoweit einen erheblichen finanziellen Vorteil, für den dieser eine Einschränkung seines Rechts auf Call-by-Call und Preselection in Kauf nehmen soll. Eine derartige Verknüpfung zwischen finanziellen Vorteilen und dem Verzicht auf gesetzliche Rechte des Kunden hat die Beschlusskammer bereits im Fall des Vertraglich vereinbarten Preselection-

Ausschlusses für nicht sachlich gerechtfertigt erachtet (vgl. Beschluss vom 20.09.2001 BK 2c 01/012).

c. Anordnungsgrund

Der Anordnungsgrund, d.h. die Eilbedürftigkeit für die vorliegende Entscheidung, liegt ebenfalls vor.

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass ohne den Erlass der vorläufigen Anordnung die Gefahr bestünde, dass die Antragstellerin weitere Endgeräte mit „Call-by-Call“- und „Preselection“-Sperrung in den Markt bringen würde, mit der Folge dass Käufer dieser Geräte auf ungewisse Zeit für Call-by-Call- und Preselection-Angebote anderer Anbieter von Fernverbindungsleistungen nicht zur Verfügung stehen und den Wettbewerbern somit ein beträchtliches Kundenpotential verloren geht. Demgegenüber ergeben sich für die Antragsgegnerin aus der vorläufigen Anordnung keine unzumutbaren Belastungen. So bleibt es ihr unbenommen, bis zur abschließenden Entscheidung über den vorliegenden Missbrauchsantrag Endgeräte des gleichen Typs ohne Call-by-Call- und Preselectionssperre anzubieten, mit denen die Kunden grundsätzlich ebenso gut Verbindungsleistungen der Antragsgegnerin nutzen können, wie mit den streitgegenständlichen Geräten. Insbesondere liegt vorliegend auch keine Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung vor, da die Antragsgegnerin die von der Untersagung betroffenen Endgeräte, von denen nach Angabe der Antragstellerin derzeit noch ca. [REDACTED] (**BuGG**) verfügbar sein sollen, für den Fall, dass in der Hauptsache eine andere, für sie günstige Entscheidung ergehen sollte, auch später noch in den Markt bringen könnte.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung, § 137 Abs. 1 TKG.

Kuhmeyer

Busch

Lindhorst

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer