



- Beschlusskammer 2 -
Az.: BK 2a 04/042

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

wegen des Antrages auf Ausübung der besonderen Missbrauchsaufsicht gemäß § 42 TKG (Überlassung von AGB-Leistungen an Telekommunikationsdiensteanbieter zu Endnutzerpreisen) der Antragstellerinnen

MCI WorldCom Deutschland GmbH, Solmsstr. 83, 60486 Frankfurt/Main und UUNET Deutschland GmbH, Sebrathweg 20, 44149 Dortmund, beide vertreten durch die Geschäftsführung

- Antragstellerinnen -

Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Dr. Andreas Peya (MCI/UUNET)

gegen

Deutsche Telekom AG, Friedrich-Ebert-Allee 140, 53113 Bonn, vertreten durch den Vorstand,

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Redeker, Sellner, Dahs, Widmaier, Mozartstr. 4-10, 53115 Bonn

Beigeladene :

1. Arcor AG & Co. KG, Alfred-Herrhausen-Allee 1, 65760 Eschborn, vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 1 -

Verfahrensbevollmächtigter: Herr Ronald Weiss (Arcor)

2. BT (Germany) GmbH & Co. oHG, Barthstrasse 22, 80339 München, vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 2 -

Verfahrensbevollmächtigter: Rechtsanwalt Felix Müller (für BT)

3. Broadnet mediascape communications AG, Weidestr. 122a, 22083 Hamburg, vertreten durch den Vorstand

- Beigeladene zu 3 -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwältin Christina Jesse (broadnet)

4. COLT Telecom GmbH, Herriotstr. 4, 60528 Frankfurt/Main, vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 4 -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwältin Sabine Hennig (COLT)

5. 01051 Telcom GmbH, Postfach 10 30 01, 40021 Düsseldorf, vertreten durch die Geschäftsführung

- Beigeladene zu 5 -

Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Piepenbrock, Schuster, Achenbachstr. 73, 40237 Düsseldorf

hat die Beschlusskammer 2 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 30.05.2005 durch

den Vorsitzenden Dir. Dipl.Ing. Bernhard Kuhrmeyer,
den Beisitzer RD Rainer Busch,
den Beisitzer RR Jörg Lindhorst

(Vorsitzender)
(Beisitzer 1)
(Beisitzer 2)

am 15.11.2005 beschlossen:

Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, den Antragstellerinnen weiterhin analoge Telefonschlüsse und ISDN-Anschlüsse entsprechend denjenigen Bedingungen, wie sie in ihren derzeit geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen Telefondienst i.V.m. den „Zusätzlichen Bedingungen für Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ geregelt sind, zu den jeweils gültigen Endkunden-AGB-Preisen zu überlassen, ohne dass dies von dem vorherigen Abschluss einer „Duldungsvereinbarung“ abhängig gemacht wird. Diese Verpflichtung gilt insoweit sowohl für bereits laufende Überlassungsverträge, als auch für künftige Bestellungen von Telekommunikationsdiensteanbietern.

G r ü n d e :

I.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Antragsgegnerin bietet auf der Basis eines von ihr bundesweit betriebenen Telekommunikationsnetzes öffentlich zugängliche Telefondienstleistungen (Anschlüsse, Inlands- und Auslandsverbindungen) an.

In diesem Zusammenhang hat die Antragsgegnerin in der Vergangenheit insbesondere auch Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit, T-Net-Anschlüsse und T-ISDN-Anschlüsse, zur gewerblichen Nutzung an Wettbewerber überlassen. Die Antragsgegnerin hat insoweit den jeweiligen Anschluss an dem vom Diensteanbieter genannten Kundenstandort bereitgestellt. Die Diensteanbieter haben hierfür die genehmigten Endkundenpreise gezahlt und auch die spezifischen Kundenkonditionen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Endkunden, insbesondere Ziffer 11.1 i.V.m. den „Zusätzlichen Bedingungen für Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“, anerkannt. Die vorbeschriebene Verfahrensweise ist langjährige Praxis und diente insoweit der Sicherstellung der Gleichbehandlung von Nachfragern der oben genannten Leistungen.

Ende August 2004 hat die Antragsgegnerin den betroffenen Diensteanbietern mitgeteilt, dass sie Endkundenanschlüsse zukünftig den Diensteanbietern nur noch dann bereitstellen und überlassen werde, wenn diese sich verpflichten würden, eine sog. Duldungsvereinbarung zu unterzeichnen. Die von der Antragsgegnerin zunächst angebotene Vereinbarung sah vor, dass sich die Vertragsparteien darüber einig sind,

- dass der Vertragspartner von der Antragsgegnerin ein Endkunden-AGB-Produkt und kein Resale- oder ein anderes Vorleistungsprodukt erhält,
- dass Anschlüsse, die in der Vergangenheit Dritten gewerblich überlassen wurden, ebenfalls keine Resale- oder anderen Vorleistungsprodukte darstellen,
- dass eine über die Vereinbarung hinausgehende Duldung der gewerblichen Überlassung von Endkunden-AGB-Anschlüssen an Dritte nicht verlangt werden kann,
- die Duldung der gewerblichen Überlassung von Endkunden-AGB-Anschlüssen an Dritte am 31.01.2005 endet.

Ferner machte die Antragsgegnerin die Weiterbelieferung davon abhängig, dass eine Preselection bei den betroffenen Anschlüssen nicht mehr möglich ist.

In der Folgezeit hat die Antragsgegnerin den Entwurf mehrfach modifiziert und insoweit von bestimmten Forderungen, z.B. Ausschluss von Preselection und zeitlicher Begrenzung der Duldungsvereinbarung Abstand genommen.

In ihren letzten Vertragsangeboten vom 21.09.2004 und 24.09.2004 verlangt sie jedoch weiterhin, dass sich der betroffene Diensteanbieter verpflichtet,

- dass der Vertragspartner von der Antragsgegnerin ein Endkunden-AGB-Produkt und kein Resale- oder ein anderes Vorleistungsprodukt erhält,
- dass Anschlüsse, die in der Vergangenheit vom Vertragspartner von Dritten übernommen und/oder Dritten gewerblich überlassen wurden, ebenfalls keine Resale- oder anderen Vorleistungsprodukte darstellen,
- dass eine über die Vereinbarung hinausgehende Duldung der gewerblichen Überlassung von Endkunden-AGB-Anschlüssen an Dritte nicht vom Vertragspartner verlangt werden kann bzw. dass eine über das Ende des Geltungszeitraumes dieser Vereinbarung hinausgehende Zustimmung zur Vertragsübernahme und Duldung der gewerblichen Überlassung dieser Endkunden-AGB-Anschlüsse an den vormaligen Anschlussinhaber nicht vom Vertragspartner verlangt werden kann. Die Vertragsparteien sind sich einig, dass die

in dieser Vereinbarung geregelte Duldung zur Vertragsübernahme und Duldung der gewerblichen Überlassung von Endkunden-AGB-Anschlüssen an den vormaligen Anschlussinhaber kein freiwilliges Angebot im Sinne von § 21 Abs. 1 Nr. 7 TKG darstellt,

- dass für Anschlüsse, die Gegenstand dieser Vereinbarung sind, die jeweils gültigen Endkunden-AGB-Preise zu zahlen sind und keine Reduzierung auf Vorleistungs- oder Resale-Preise verlangt werden kann,
- dass die Menge der im Geltungszeitraum dieser Vereinbarung bei T-Com beauftragten Endkunden-AGB-Anschlüsse für die Überlassung an Privatkunden nicht wesentlich die Menge der vom Vertragspartner vor der Geltung dieser Vereinbarung bei T-Com beauftragten Endkunden-AGB-Anschlüsse übersteigen wird. Eine wesentliche Überschreitung liegt insbesondere dann vor, wenn die ab Inkrafttreten dieser Vereinbarung bestellte Menge im Monat die in dem Jahr vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung im monatlichen Mittel bestellte Menge um mehr als 100 Prozent überschritten wird. Diese Beschränkung betrifft nicht die Übernahme von Endkunden-AGB-Anschlüsse durch den Vertragspartner von Geschäftskunden.

Weil sie die Bedingungen der Antragsgegnerin für eine Weiterbelieferung als missbräuchlich erachtet, haben die Antragstellerinnen mit Schreiben vom 28.09.2004 einen Antrag auf Ausübung der besonderen Missbrauchsaufsicht gemäß § 42 TKG gestellt.

Die Antragstellerinnen beantragen danach,

1. gegen die Antragsgegnerin ein Missbrauchsverfahren gemäß § 42 TKG einzuleiten,
2. der Antragsgegnerin aufzugeben, den Antragstellerinnen weiterhin auf Nachfrage Endkunden-Telefonanschlüsse (sog. AGB-Produkte), insbesondere analoge Anschlüsse (T-Net-Anschlüsse) und Standard-ISDN-Anschlüsse (T-ISDN-Anschlüsse) – auch zur Weiterüberlassung an Dritte - zu den Bedingungen zur Verfügung zu stellen, die auch für sonstige Endkunden der Antragsgegnerin gelten, sowie Standortverlagerungen (Umzüge) bestehender Anschlüsse zu diesen allgemeinen Bedingungen vorzunehmen, wobei weitergehende Beschränkungen bei den Bestellungen zu Lasten der Antragstellerinnen, insbesondere ein sog. Preselection-Verbot bzw. eine Preselection DTAG und eine 010er-Sperre, nicht zulässig seien,
3. darüber hinaus der Antragsgegnerin aufzugeben, alle von den Antragstellerinnen bereits beauftragten aber von der Betroffenen im Zuge ihres Lieferstopps noch nicht bearbeiteten Bestellungen der zuvor genannten AGB-Produkte unverzüglich auszuführen.

Gleichzeitig haben die Antragstellerinnen zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie zur Abwendung erheblicher wirtschaftlicher und betrieblicher Nachteile beantragt, die Antragsgegnerin im Rahmen einer vorläufigen Anordnung bis zum Abschluss des Verfahrens in der Hauptsache gemäß §§ 126 Abs. 4, 130 TKG zu verpflichten.

1. den Antragstellerinnen weiterhin auf Nachfrage Endkunden-Telefonanschlüsse (sogenannte AGB-Produkte), insbesondere analoge Anschlüsse (T-Net-Anschlüsse) und Standard-ISDN-Anschlüsse (T-ISDN-Anschlüsse) – auch zur Weiterüberlassung an Dritte - zu den Bedingungen zur Verfügung zu stellen, die auch für sonstige Endkunden der Betroffenen gelten, sowie Standortverlagerungen (Umzüge) bestehender Anschlüsse zu diesen allgemeinen Bedingungen vorzunehmen, wobei weitergehende Beschränkungen bei den Bestellungen zu Lasten der Antragstellerinnen, insbesondere ein sog. Preselection-Verbot bzw. eine Preselection DTAG und eine 010er-Sperre,

nicht zulässig seien,

2. darüber hinaus die Antragsgegnerin zu verpflichten, alle von den Antragstellerinnen bereits beauftragten aber von der Betroffenen im Zuge ihres Lieferstopps noch nicht bearbeiteten Bestellungen der zuvor genannten AGB-Produkte unverzüglich auszuführen.

Auf Grund dieses Antrages hat die Beschlusskammer 2 am 08.10.2004 ein entsprechendes Missbrauchsverfahren eingeleitet.

Der Einleitungsbeschluss wurde am 08.10.2004 auf der Internetseite der Bundesnetzagentur sowie am 20.10.2004 im Amtsblatt Nr. 21/2004 als Mitteilung Nr. 332 veröffentlicht

Zu dem Sachverhalt haben sich die Antragstellerinnen mit Schreiben vom 28.09.2004, 18.03.2005 und 06.06.2005 geäußert. Zur Begründung ihres Antrages machen die Antragstellerinnen im Wesentlichen folgende Ausführungen:

Die Antragsgegnerin verweigere die Bereitstellung von Anschlüssen zu Endkundenbedingungen zu Unrecht. Sie handele damit entgegen ihrer eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen für diese Produkte, welche eine Bereitstellung erlauben und entgegen ihrer Verpflichtung, diskriminierungsfrei Leistungen dort zur Verfügung zu stellen, wo sie eine Monopolstellung inne habe. Bei den betroffenen Projekten handele es sich ausnahmslos um Großprojekte. Die Projekte zeichneten sich dadurch aus, dass diese nicht massenhaft betreut würden, so dass der Verlust eines einzelnen Kunden – aufgrund der drohenden Schadensersatzklagen und dem damit einhergehenden Reputationsverlust – sehr schnell existenzgefährdend sei.

Vorliegend gehe es nicht um eine Resale-Verpflichtung der Antragsgegnerin, sondern um das Recht, Standard-AGB-Produkte regulär beziehen und im Rahmen von Projekten an Endkunden weitergeben zu können. Es sei ausdrücklich kein Resale i.S.v. § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG nachgefragt worden, sondern lediglich eine Weiterbelieferung mit Endkundenprodukten, welche die Antragsgegnerin dem Großteil der Diensteanbieter seit annähernd zehn Jahren in Kenntnis der Weitervermarktung zu unveränderten Konditionen geliefert habe. Zusätzlich zur eigenen Infrastruktur benötigten die Antragstellerinnen vor allem bei Großunternehmen oder großen Geschäftskunden die Möglichkeit, einzelne Teilnehmeranschlüsse anzubieten, etwa um Außenstellen oder einzelne Mitarbeiter im Rahmen eines Gesamtangebotes für einen Geschäftskunden mit anzuschließen. Für diese Anschlüsse komme die Anmietung einer Teilnehmeranschlussleitung nicht in Betracht, da es nicht um die Erschließung von Anschlussbereichen gehe, sondern lediglich um einzelne, oftmals weit verstreute Anschlüsse. Für dieses Geschäftsmodell mieteten die Antragstellerinnen von der Antragsgegnerin selbst diese verstreut liegenden einzelnen Anschlüsse ohne jeden Großkundenabschlag zu den normalen Endkundenkonditionen an und stellen diese Anschlüsse sodann im Rahmen eines Gesamtangebotes ihren Geschäftskunden in Rechnung. Diese gemieteten Anschlüsse seien auf die Antragstellerinnen voreingestellt worden. Vertragspartner seien die Antragstellerinnen geworden; die Lieferung der Anschlüsse sei jedoch an den jeweiligen Kundenstandort erfolgt.

Die Antragsgegnerin habe diese Konstellation in Nr. 11.1 ihrer „Allgemeinen Geschäftsbedingungen Telefondienst“ und in den „Zusätzlichen Bedingungen Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ geregelt.

Der Lieferstopp sei u.a. damit begründet worden, dass es sich um „resale-nahe“ Leistungen handele, zu denen die Antragsgegnerin nicht verpflichtet sei. Nach Auffassung der Antragstellerinnen handele es sich statt dessen um ein „Rebilling“ von AGB-Leistungen.

Dieser Lieferstopp habe bei den Antragstellerinnen und anderen Diensteanbietern immensen Schaden verursacht, von dem die Antragsgegnerin profitiert habe. Die von der Antragsgegnerin vorgelegte „Duldungsvereinbarung“ sei ebenfalls nicht geeignet, die Behinderung zu beenden. Für die Antragstellerinnen sei es nicht annehmbar, dass die Duldungsvereinbarung sechs Wochen, nachdem die Antragsgegnerin ein Angebot für „gebündeltes Resale“ unterbreitet habe, enden solle. Es könne nicht akzeptiert werden, dass nach Ablauf der Vereinbarung entweder die Anschlüsse gekündigt werden, oder diese im Rahmen des dann vorliegenden „Resale“-Angebotes fortgeführt werden müssten, zumal die Bedingungen dieses Angebotes heute noch völlig unbekannt seien. Mit der Annahme des Vorschlages der „Duldungsvereinbarung“ würden sich die Antragstellerinnen wie auch andere Diensteanbieter verpflichten, das von der Antragsgegnerin in Zukunft avisierte „Resale“-Angebot annehmen zu müssen. Im Weigerungsfall würden die bestehenden Anschlüsse nach einer Frist von sechs Werktagen seitens der Antragsgegnerin gekündigt. Schließlich sei es nicht hinnehmbar, dass die Bereitstellung von Anschlüssen an die Diensteanbieter zeitlich befristet in Form einer „Duldung ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ erfolgen und danach kein Anspruch mehr auf die gewerbliche Überlassung von Anschlüssen bestehen soll. Jedenfalls widerspreche sich die Antragsgegnerin selbst, wenn sie einerseits den gewerblichen Bezug von AGB-Produkten durch eine Vereinbarung für eine bloß vorübergehende Duldung vorsehe, andererseits genau diese Konstellation der gewerblichen Nutzung bereits in Ziffer 11.1 ihrer AGB konkret geregelt habe.

In rechtlicher Hinsicht sei das missbräuchliche Verhalten der Antragsgegnerin als Verstoß gegen § 42 Abs. 1 und Abs. 2 TKG zu werten. Indem die Antragsgegnerin ihrem eigenen Vertriebsarm T-Com im Gegensatz zu den Antragstellerinnen und alternativen Diensteanbietern Endkundenprodukte auch weiterhin zur Verfügung stelle und per „Duldungsvereinbarung“ den Bezug anderer Leistungen von anderen Bedingungen, als jenen, die bei Bezug durch andere Nachfrager gelten, abhängig mache, begehe die Antragsgegnerin eine Diskriminierung i.S.v. § 42 Abs. 2 TKG.

Darüber hinaus liege auch ein Behinderungsmissbrauch i.S.v. § 42 Abs. 1 Satz 2 TKG vor, indem die Antragsgegnerin ihre Marktmacht auf dem Markt für Teilnehmeranschlüsse strategisch dazu einsetze, flächendeckende Angebote der Antragstellerinnen und anderer Diensteanbieter zu unterbinden. Eine sachliche Rechtfertigung für den Lieferstopp sei nicht gegeben; auch beseitige das Angebot in Form einer „Duldungsvereinbarung“ den vorliegenden Missbrauch nicht. Die Liefersperre beeinträchtige die Wettbewerbsmöglichkeiten der Antragstellerinnen und anderer Diensteanbieter in erheblicher Weise und erfülle somit den Tatbestand des § 42 Abs. 1 Satz 2 Fall 2 TKG.

Die Antragstellerinnen haben nach der mündlichen Verhandlung mit Schriftsatz vom 06.06.2005 ergänzend Stellung genommen.

Sie sind der Auffassung, dass die hier zu beurteilende Leistung nicht unter den Zugangsbegriff in § 3 Nr. 32 TKG zu subsumieren sei. Denn hierbei gehe es um den Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung, nicht aber um den Zugang zum Endkunden. Die betroffenen Wettbewerber begeherten vorliegend gerade keinen Zugang zur TAL, sondern fragten lediglich einen Telefonanschluss bzw. einen Anschluss des ISDN als Endkunde ohne unmittelbaren Zugang zum Netz der Antragsgegnerin nach. Die Richtigkeit dieser Sichtweise ergebe sich aus Art. 1 Abs. 2 S. 3 der Zugangsrichtlinie, wonach der Zugang für Endnutzer nicht unter den Begriff „Zugang“ i.S.d. Richtlinie und damit auch nicht unter den Zugangsbegriff i.S.v. § 3 Nr. 32 TKG falle. Festzuhalten sei, dass die Vorschrift des § 21 Abs. 2 Nr. 2 TKG vorliegend überhaupt nicht einschlägig sei.

Nach Auffassung der Antragstellerinnen bestehe ein gesetzlicher Anspruch der Wettbewerber, weiterhin mit Endnutzerangeboten der Antragsgegnerin zu AGB-

Konditionen beliefert zu werden. Dieser Anspruch ergebe sich aus dem zivilrechtlichen Kontrahierungszwang, wonach marktbeherrschende Unternehmen einem Abschlusszwang unterlägen, soweit die Ablehnung des Vertragsabschlusses gegen das Diskriminierungsverbotes des § 20 Abs. 2 GWB verstoße. Insofern sei entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin die Frage des „Ob“ der Lieferverpflichtung uneingeschränkt zu bejahen. Hinsichtlich der Frage des „Wie“ sei darauf hinzuweisen, dass sie erst neun Tage nach dem Lieferstopp überhaupt eine erste Duldungsvereinbarung angeboten habe. Dies zeige, dass die Antragsgegnerin zunächst überhaupt nicht beabsichtigt habe, ihre Leistungen zu erbringen. Vielmehr habe sie sich unter dem Druck der – erfolgreichen – Schritte der Wettbewerber dazu gezwungen gesehen, eine Wiederaufnahme der Belieferung zu erwägen. Kartell- und wettbewerbsrechtlich sei anerkannt, dass es zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr nicht ausreichend sei, dass der Verletzer - wie hier die Antragsgegnerin - verspreche, sich zukünftig an das Verbot des missbräuchlichen Verhaltens zu halten. Hierzu sei vielmehr nur eine strafbewehrte Unterlassungserklärung geeignet. Die streitgegenständlichen Duldungsvereinbarungen seien jedenfalls in keiner Weise dazu geeignet, die Antragsgegnerin vom Kernvorwurf der Diskriminierung zu entlasten bzw. die Diskriminierung zu beenden. Bereits die Koppelung „Lieferung gegen Duldungsvereinbarung“ sei schon für sich genommen missbräuchlich, weil diskriminierend i.S.v. § 42 Abs. 1 TKG. So verlange die Betroffene von ihren übrigen Endkunden keine Unterzeichnung einer Duldungsvereinbarung vor Bestellung der AGB-Produkte. Es erscheine zudem auch abwegig, dass die Antragsgegnerin von ihrem eigenen Vertriebsarm den Abschluss einer solchen Duldungsvereinbarung verlange. Zudem hätte sie es jederzeit in der Hand, sogar unmittelbar nach Abschluss der Duldungsvereinbarung diese wieder zu kündigen. Die Antragsgegnerin könne die Vertragspartner nach erfolgter Kündigung darauf verweisen, dass nun kein vertraglicher Anspruch auf Belieferung mehr bestehe. Damit hätte es die Antragsgegnerin erreicht, dass die Wettbewerber eine Belieferung mit AGB-Produkten auch nicht mehr verlangen könnten. Hierdurch wären die Wettbewerber jedenfalls nicht mehr in der Lage, bereits angefangene oder bevorstehende Projekte, bei denen auch AGB-Produkte der Antragsgegnerin eingesetzt werden sollen, zu beenden bzw. überhaupt erst aufzunehmen. Vertragliche Verpflichtungen könnten die Wettbewerber dann nicht einhalten, was wiederum zu einem Verlust von Neuaufträgen und insgesamt einer Beschädigung des Rufes der einzelnen Wettbewerber führen würde. Gleiches gelte auch für eine fehlende Befristung der Regelung.

Die zuletzt vorgelegte Duldungsverfügung vom 21.09./24.09.2004 enthalte unter Punkt 3, letzter Unterpunkt am Ende, die Regelung, dass die Bestellmengenbegrenzung nicht für die Überlassung von Endkunden-AGB-Anschlüssen an Geschäftskunden gelten solle. Dies stelle eine erneute Diskriminierung dar in Bezug auf Unternehmen, die AGB-Anschlüsse gewerblich an Privatkunden und Unternehmen, die diese Anschlüsse gewerblich an Geschäftskunden überlassen wollen.

Abschließend tragen die Antragstellerinnen hilfsweise vor, dass ein Rückgriff auf eine sogenannte „freiwillige Selbstverpflichtung“, wie sie im Verfahren BK3-05/028 von der Bundesnetzagentur akzeptiert worden sei, bei der vorliegenden Fallkonstellation nicht akzeptiert werden könne. Es handle sich hier nicht nur um die vorübergehende, sondern um die dauerhafte Regelung eines Sachverhaltes.

Die Antragsgegnerin hält die Vorwürfe für unberechtigt und beantragt die Einstellung des Verfahrens.

Sie hat sich in ihren Stellungnahmen vom 17.01.2005, 24.01.2005, 06.05.2005, 06.06.2005 und 10.06.2005 sowie in der mündlichen Verhandlung dahingehend eingelassen, dass sie zur Überlassung der streitgegenständlichen Anschlüsse gesetzlich nicht verpflichtet sei. Sie habe es, gestützt auf Nr. 11.1 der AGB, unter dem bisherigen TKG geduldet, dass streitgegenständliche AGB-Anschlüsse zur gewerblichen

Überlassung an Dritte genutzt wurden. Diese Überlassung habe sie nicht als Resale-Leistung angesehen. Mit Inkrafttreten des neuen TKG schließe § 150 Abs. 5 TKG ein entbündeltes Anschluss-Resale i.S.v. § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG bis 30.06.2008 aus. Die Antragsgegnerin befürchtet, dass die Wettbewerber nun auf der Grundlage der Nr. 11.1 der AGB beabsichtigten, ein entbündeltes Anschluss-Resale zu realisieren. Hierdurch würden die mit Einführung des § 150 Abs. 5 TKG verfolgten gesetzgeberischen Ziele umgangen und gleichsam ein entbündeltes Anschluss-Resale auch vor Ablauf des 30.06.2008 eingeführt. Um diese Umgehung zu verhindern, habe sie vertragliche Änderungsvereinbarungen, bezeichnet als „Duldungsvereinbarungen“, mit Datum vom 02.09.2004, 09.09.2004 und 21./24.09.2004 vorgelegt. Hiernach hätten die Vertragspartner einem „gemeinsamen Verständnis“ zustimmen sollen, wonach es sich bei den überlassenen Anschlüssen um ein Endkunden-AGB-Produkt und kein Resale- oder ein anderes Vorleistungsprodukt handele. Ferner werde vorausgesetzt, dass die Menge der im Geltungszeitraum der Vereinbarung bei der Antragsgegnerin beauftragten Endkunden-AGB-Anschlüssen für die Überlassung an Privatkunden nicht wesentlich die Menge der von dem Vertragspartner vor der Geltung dieser Vereinbarung bei der Antragsgegnerin beauftragten Endkunden-AGB-Anschlüsse übersteigen werde. Hierdurch solle einer massenweisen Inanspruchnahme des Endkunden-AGB-Anschlusses, die die Umgehung des § 150 Abs. 5 TKG indiziere, begegnet werden. Diese Beschränkung gelte nicht für die Überlassung der Anschlüsse an Geschäftskunden. Eine Klausel über ein Ende der Vereinbarung sei, anders als in dem Angebot vom 02.09.2004, nicht mehr vorgesehen.

Die Antragstellerinnen hätte dem Inhalt der vorgelegten Änderungsvorschläge jedoch nicht zustimmen können, da sie hierin ein missbräuchliches Verhalten der Antragsgegnerin vermuten. Diese Auffassung sei jedoch abzulehnen, da ein Verstoß gegen § 42 TKG, mangels eines Vorliegens der Voraussetzungen für eine Verfügung nach § 42 Abs. 4 TKG, nicht vorliege.

Nach Auffassung der Antragsgegnerin sei § 42 TKG vor Erlass einer Regulierungsverfügung bereits unanwendbar. Zuständig seien vorliegend die allgemeinen Kartellbehörden und nicht die Regulierungsbehörde. Wegen des Fehlens einer Marktanalyse und Marktdefinition nach § 10 und § 11 TKG finde § 42 TKG demnach als Vorschrift des Teils 2 des TKG wegen § 9 Abs. 1 TKG keine Anwendung. Auch eröffne § 33 TKG a.F. i.V.m. § 150 Abs. 1 TKG keine Befugnis für die Regulierungsbehörde, vor Erlass einer Regulierungsverfügung tätig werden zu können. Zudem werde § 33 TKG auch nicht als fortgeltende Verpflichtung von § 150 Abs. 1 TKG umfasst, wie schon das VG Köln mit Beschluss vom 06.09.2004, Az.: 1 L 1832/04, Blatt 4 ff., ausgeführt habe. Unabhängig von der fehlenden Anwendbarkeit des § 42 TKG liege jedenfalls kein Verstoß gegen diese Norm vor. Das Angebot einer freiwilligen Duldungsvereinbarung durch die Antragsgegnerin stehe sowohl mit § 42 Abs. 1 Satz 2 TKG als auch mit § 42 Abs. 2 TKG in Einklang.

Ein Behinderungsmissbrauch gemäß § 42 Abs. 1 Satz 2 TKG sei weder in der von den Antragstellerinnen gerügten Liefersperre noch durch die Bedingungen der angebotenen Duldungsvereinbarungen gegeben. Wie aus der Unterbreitung der Duldungsangebote ersichtlich, ist die Antragsgegnerin bereit, die bisherige Belieferung mit Endkunden-AGB-Anschlüssen fortzusetzen. Von einer Liefersperre könne daher keine Rede sein. Auch die vorherige Unterzeichnung der Duldungsvereinbarungen führten nicht zu einer Abhängigmachung von der Lieferung. Die Antragsgegnerin sei darin frei, von der bisherigen Grundlage von Ziffer 11.1 der AGB abzuweichen und die freiwillige Leistung nicht oder nur unter geänderten Konditionen fortzusetzen. Das Diskriminierungsverbot des § 42 TKG hindere sie nicht daran, diesen bisherigen Stand ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu ändern und auf dieser geänderten Vertragslage die Leistung fortzusetzen.

Auch die Bedingungen, unter denen die Antragsgegnerin ausweislich ihres neuen Vertragsangebotes zur Fortsetzung der Leistung bereit sei, stelle keine unbillige Behinderung i.S.v. § 42 Abs. 1 Satz 2 TKG dar. Insbesondere sei weder die fehlende Anerkennung einer Rechtspflicht zur Anschlussüberlassung noch die Beschränkung der Überlassungspflicht auf den Geltungszeitraum, die Verknüpfung mit der Vorlage eines Angebotes auf gebündeltes Resale, die Beschränkung auf Neubeauftragungen oder eine Bestellmengenbegrenzung als Behinderungsmissbrauch anzusehen.

Die Klausel, dass die Überlassung von Endkunden-AGB-Anschlüssen ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erfolge, gebe die objektiv bestehende Gesetzeslage wieder, da die Antragsgegnerin zur Überlassung dieser Anschlüsse kraft Gesetzes nicht verpflichtet sei. Dabei könnten sich die Antragstellerinnen auch nicht auf § 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG berufen. Zudem käme es einer Umgehung des § 150 Abs. 5 TKG gleich, wenn danach lediglich ein entbündeltes Anschlussresale ausgeschlossen wäre, nicht hingegen die isolierte Überlassung von Endkunden-AGB-Anschlüssen an Wettbewerber zu dem Zwecke, diese in eigenem Namen und auf eigene Rechnung gegenüber ihren Endkunden weiter zu vermarkten. Hierdurch würde der Infrastrukturwettbewerb mangels Anreizen für Wettbewerber erheblich gefährdet.

Es sei zudem rechtlich nicht zu beanstanden, dass eine über die Vertragsdauer hinausgehende Duldung nicht verlangt werden könne. Dies trage dem Umstand Rechnung, dass die Überlassung von Endkunden-AGB-Anschlüssen keine gesetzliche Pflicht, sondern lediglich eine freiwillige vertragliche Leistung darstelle. Der Vorwurf einer Verknüpfung mit der Vorlage eines Angebotes auf gebündeltes Resale einerseits und der Vorwurf einer Beschränkung auf Neubeauftragungen andererseits gehe schon deshalb fehl, da die Antragsgegnerin entsprechende Regelungen in der Neufassung der Vertragsangebote vom 21./24.09.2004 nicht mehr vorgesehen habe.

Schließlich begründe auch die in den Vertragsangeboten vorgesehene Begrenzung der Bestellmengen keine unbillige Behinderung i.S.v. § 42 Abs. 1 Satz 2 TKG. Es handele sich hierbei um keine strikte Bestellmengenbegrenzung, sondern um eine gemeinsame Geschäftsgrundlage, über die nach Wegfall dieser Geschäftsgrundlage erneut zu verhandeln sei. Die Antragstellerinnen übersehen zudem, dass diese Klausel – anders als noch bei dem Vertragsangebot vom 02.09.2004 – nicht die Überlassung von Endkunden-AGB-Anschlüssen durch den Vertragspartner an Geschäftskunden betreffe. Durch diese Klausel werden die Antragstellerinnen nicht betroffen.

Der Missbrauchstatbestand des § 42 Abs. 2 TKG sei nicht erfüllt, da es bereits an vergleichbaren Sachverhalten mangle. Die Wettbewerber handelten nicht als Endkunden, sondern als Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen. Auch könnten sich diese nicht auf das konzerninterne Verhältnis zwischen dem Produktionsbereich der Antragsgegnerin und ihrem internen Vertrieb berufen. Das Verhältnis zwischen der Antragsgegnerin und T-Systems International GmbH betreffe ebenfalls nur die vorgelagerte Wertschöpfungsebene.

Jedenfalls wäre die Weigerung der Antragsgegnerin, ihren Wettbewerbern weiterhin bedingungslos Endkunden-Anschlüsse zu AGB-Bedingungen zu überlassen, eine sachlich gerechtfertigte bzw. nicht unbillige Beeinträchtigung. Vorliegend folge die sachliche Rechtfertigung einerseits aus dem Gesichtspunkt der Privatautonomie und andererseits aus der Problematik einer Umgehung des § 150 Abs. 5 TKG durch die umfangreiche Inanspruchnahme von Endkunden-AGB-Anschlüssen durch die Wettbewerber. Die Wettbewerber hätten keinen Anspruch darauf, dass das Angebot der Antragsgegnerin unverändert für die Zukunft weiter bestehe. Zudem wäre ein solches Vertrauen auch nicht schutzwürdig. Das Ziel des TKG, effiziente Infrastrukturinvestitionen zu fördern und Innovationen zu unterstützen, sei daher der uneingeschränkten Fortsetzung der bisherigen Vertragspraxis gegenläufig. Jedenfalls rechtfertige es die-

ses Ziel, die bisherige Vertragspraxis nur unter Bedingungen fortzusetzen, die eine Umgehung dieser Ziele ausschlieÙe. Eine Interessenabwägung falle daher zugunsten der Antragsgegnerin aus.

Im Nachgang zur mündlichen Verhandlung wies die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 06.06.2005, dessen Inhalt zunächst als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis gekennzeichnet war, die gegen sie erhobenen Vorwürfe zurück. Mit Schreiben vom 10.06.2005 teilte sie mit, dass das Schreiben vom 06.06.2005 keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalte.

In ihrem Schreiben vom 06.06.2005 stellt die Antragsgegnerin klar, dass das letzte Vertragsangebot vom 21./24.09.2004 eine Voreinstellung der Anschlüsse auf den Vertragspartner im Wege von Call-by-Call oder Preselection nicht ausschlieÙe und dies auch nicht beabsichtigt sei. Die Bedingungen dieses Vertragsangebotes seien lediglich im Vergleich zu Nr. 11.1 der AGB-Telefonanschluss geringfügig geändert worden. Diese Änderungen seien vorgenommen worden, um zu verhindern, dass das bislang freiwillige Angebot nach § 21 Abs. 2 Nr. 2 TKG zur Grundlage für die Auferlegung zusätzlicher Zugangsverpflichtungen durch die Regulierungsbehörde gemacht werde. Es bestünde die Befürchtung, dass die bisherige Überlassung von Endkundenanschlüssen zu Endnutzerbedingungen an Wettbewerber dazu benutzt werde, die Überleitungsvorschrift des § 150 Abs. 5 TKG und den darin verfüigten Ausschluss eines entbündelten Anschluss-Resales zu umgehen. Diese Überlegungen stellten einen sachlichen Grund für die von der Antragsgegnerin vorgenommene Vertragsänderung dar. Jedenfalls sei zu betonen, dass die Bedingungen, unter denen die Überlassung der Anschlüsse nach dem neuen Vertragsangebot stehe, keinen Missbrauch i.S.v. § 42 TKG darstellten. Eine gesetzliche Verpflichtung bestünde nicht. Ausdrücklich sei darauf hingewiesen, dass sich das Vertragsangebot auch auf die Fälle der Vertragsübernahme beziehe. Insbesondere sei die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung bei freiwilligen Vertragsangeboten, für welche eine gesetzliche Rechtspflicht nicht bestehe, nicht als missbräuchlich zu betrachten.

Schließlich sei auf die Liefer- und Leistungsbeziehungen zwischen der Antragsgegnerin und der T-Systems International GmbH (TSI) einzugehen, wonach die Antragsgegnerin jedenfalls der TSI Telefonanschlüsse zu den Bedingungen eines gebündelten Anschluss-Resales zur Verfügung stelle. Dies bedeute, dass Anschlüsse nur zusammen mit Verbindungsleistungen zur Verfügung gestellt und abgenommen würden. Da sich somit die Nachfrage der TSI von der Nachfrage der Beigeladenen des vorliegenden Verfahrens unterscheide, die gerade kein Resale nachfragten, handele es sich um unterschiedliche Sachverhalte. Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des § 42 Abs. 2 TKG, das eine Ungleichbehandlung gleicher Sachverhalte voraussetze, sei daher nicht gegeben.

Die Beigeladenen zu 2, 3 und 4 haben sich hierzu ergänzend mit Schreiben vom, 03.06.2005, 07.06.2005 und 17.06.2005 sowie in der mündlichen Verhandlung vom 30.05.2005 geäußert. Da sich die vorgenannten Stellungnahmen ebenfalls auf das von Amts wegen eingeleitete Missbrauchsverfahren BK2a 04/028 als auch auf die ebenfalls anhängen Missbrauchsverfahren BK2a 04/040, BK2a 04/041 und BK2a 04/043 beziehen, kann diesbezüglich auf die Darstellung in der Entscheidung BK2a 04/028 verwiesen werden.

Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 08.11.2005 Gelegenheit gegeben, sich zur beabsichtigten Entscheidung zu äußern.

Die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes hat diesbezüglich mit Schreiben

vom 14.11.2005 auf ihre im Verfahren BK2a 04/028 abgegebene Stellungnahme verwiesen.

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

II.

Die Entscheidung beruht auf § 42 i.V.m. § 150 Abs. 1 TKG.

1. Formelle Rechtmäßigkeit

- a) Die Voraussetzungen für ein Verfahren gemäß § 132 Abs. 1 TKG sind erfüllt, denn es handelt sich um eine Entscheidung der Bundesnetzagentur nach den Regelungen des Zweiten Teils des TKG.
- b) Eine Entscheidung innerhalb der in § 42 Abs. 4 S. 2 TKG geregelten 4-monatigen Regelbearbeitungsfrist war aufgrund temporärer personeller Engpässe und der komplexen Sach- und Rechtslage nicht möglich.
- c) Dem Bundeskartellamt wurde gemäß § 123 TKG Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.
- d) Das sich aus §§ 132 Abs. 4 TKG, 27 Abs. 2 TKG i.V.m. § 10 ff GO der Bundesnetzagentur ergebende Konsistenzgebot und die zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis ergebenden Abstimmungs-, Auskunfts- und Informationspflichten wurde insoweit beachtet.

2. Anwendbarkeit von § 42 TKG

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin steht der Anwendung von § 42 TKG nicht entgegen, dass eine endgültige Regulierungsverfügung für den hier in Betracht kommenden Markt für analoge Anschlüsse und ISDN-Anschlüsse noch nicht ergangen ist.

Vielmehr kann die Behörde diesbezüglich auf die zuletzt mit den Beschlüssen vom 25.06.2004 (Az.: BK2a 04/007, BK2a 04/013 und BK2a 04/014) getroffenen Feststellungen einer marktbeherrschenden Stellung der Antragsgegnerin auf den Sprachtelefondienstmärkten (Anschlüsse, Inlands- und Auslandsverbindungen) zurückgreifen, die insoweit gemäß § 150 Abs. 1 TKG im Übergangszeitraum bis zum Erlass einer ersten Regulierungsverfügung wirksam geblieben sind.

Es kann daher vorliegend dahinstehen, ob das für ein Eingreifen nach § 42 TKG erforderliche Tatbestandsmerkmal einer beträchtlichen Marktmacht zunächst im Rahmen eines förmlichen Marktdefinitions- und Marktanalyseverfahren nach §§ 10, 11 TKG wirksam festgestellt worden ist oder ob es ausreichend ist, wenn die in § 3 Nr. 4 i.V.m. § 11 Abs. 1 Satz 3-5 TKG genannten Voraussetzungen für eine beträchtliche Marktmacht materiell vorliegen.

3. Systematik der besonderen Missbrauchsaufsicht nach § 42 Abs. 1 TKG

Der Zweck der Regelung des § 42 Abs. 1 TKG beschränkt sich entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht lediglich darauf, dass der allgemeine kartellrechtliche Maßstab des Behinderungsmissbrauchs anstatt durch das Bundeskartellamt durch die Bundesnetzagentur durchgesetzt wird.

Vielmehr ist bei der Anwendung der besonderen Missbrauchsaufsicht deren besondere

Systematik zu berücksichtigen. Danach ist festzustellen, dass der Gesetzgeber des TKG 2004 zwar nicht zu übersehende Anleihen bei den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften, insbesondere bei § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB und § 20 Abs. 1 GWB genommen hat, dass jedoch spätestens im Rahmen der bei der Prüfung vorzunehmenden Interessenabwägung neben allgemeinen kartellrechtlichen Erwägungen insbesondere auch Ziel- und Zwecksetzung des Telekommunikationsgesetzes zu berücksichtigen sind.

So hat der Gesetzgeber mit § 42 Abs. 1 S. 2 TKG zwei (nicht abschließende) Regelbeispiele geschaffen, bei denen ein Missbrauch der marktmächtigen Stellung angenommen werden kann. Hierbei handelt es sich zum einen um die „unbillige Behinderung“ durch das marktmächtige Unternehmen (§ 42 Abs. 1 S. 2 1. Alt. TKG). Diese Regelung hat ihr Vorbild in § 20 Abs. 1 GWB. Zum anderen liegt ein Missbrauch bei „erheblicher Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten“ durch das marktmächtige Unternehmen (§ 42 Abs. 1 S. 2 2. Alt. TKG) vor. Dieses Regelbeispiel folgt in großen Teilen der Systematik von § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB. Ebenso wie bei § 19 oder § 20 GWB kommt der Frage, ob ein Verhalten als „missbräuchliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten“ oder als „unbillige Behinderung“ einzustufen ist, wegen der Identität der Rechtsfolge in der Praxis keine Bedeutung zu (vgl. Bechthold § 20 GWB Rdnr. 2).

Unter dem Begriff Behinderung im Sinne von § 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, 3. Aufl, § 20 Rn. 116 m. w. N). 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. Hier ist – ebenso wie in § 20 Abs. 1 GWB – eine abschließende Interessenabwägung vorzunehmen. Danach sind die Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Zielsetzungen des Telekommunikationsgesetzes gegeneinander abzuwägen. Diese Abwägung kann grundsätzlich nur einzelfallbezogen erfolgen, wobei jedoch die in § 2 Abs. 2 TKG angeführten Ziele des Telekommunikationsgesetzes einen wesentlichen Maßstab zur Gewichtung und Bewertung bieten, an dem sich die Individualinteressen zu messen haben.

Zur Bewertung des Merkmals „erheblichen Wettbewerbsbeeinträchtigung“ können folgende Aspekte der Praxis zu § 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB auch bei der Anwendung von § 42 Abs. 1 TKG herangezogen werden.

Danach ist zunächst zu prüfen, ob eine Beeinträchtigung stattgefunden hat und ob diese erheblich war. Unter Beeinträchtigung versteht man jeden für die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen nachteiligen Wirkzusammenhang (Möschel in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl, § 19 Rn. 112). Ebenso wie dem Begriff der Wettbewerbsmöglichkeiten wohnt diesem Begriff eine gewisse Uferlosigkeit inne. Eine Einschränkung erfährt dieses Merkmal jedoch durch das Erheblichkeitskriterium, da für die Annahme einer erheblichen Beeinträchtigung nicht lediglich die reine Gefahr oder Wahrscheinlichkeit des Eintritts ausreicht, sondern tatsächliche Beeinträchtigungen nachgewiesen werden müssen.

Bei dem Merkmal „ohne sachlich gerechtfertigten Grund“ handelt es sich um das entscheidende Bewertungselement - die Interessenabwägung. Dabei sind ebenso wie bei § 42 Abs. 1 S. 2 1. Alt. TKG die Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Zielsetzungen des Gesetzes gegeneinander abzuwägen und dabei der Zielekanon des TKG zu beachten.

Daraus ergeben sich für die genannten Regelbeispiele unter Berücksichtigung der Erfahrungen zu §§ 20 Abs. 1, 19 Abs. 4 Nr. 1 GWB folgende Prüfungsschritte:

- Vorliegen einer Behinderung bzw. einer erheblichen Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens
- Unbilligkeit bzw. Fehlen eines sachlich gerechtfertigten Grundes , d. h. Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Regulierungsziele (vgl. § 2 Abs. 2)

4. Begründetheit der Ausübung der besonderen Missbrauchsaufsicht

Die Ausübung der besonderen Missbrauchsaufsicht ist vorliegend auch begründet. Die Antragsgegnerin nutzt ihre beträchtliche Marktmacht gemäß § 42 Abs. 1 TKG auch missbräuchlich aus, in dem sie die Antragstellerin und die beigeladenen Diensteanbieter dadurch unbillig behindert bzw. deren Wettbewerbsmöglichkeiten ohne sachlich gerechtfertigten Grund erheblich beeinträchtigt, indem sie diese abweichend von der bisherigen Praxis vom weiteren Bezug von Telefonanschlüssen und Anschlüssen des ISDN entsprechend den geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen Telefondienst ausschließt. Ebenso handelt die Antragsgegnerin missbräuchlich, wenn sie den Bezug dieser Leistungen vom Abschluss einer sogenannten „Duldungsvereinbarung“ abhängig macht.

a. Beträchtliche Marktmacht

Die Antragsgegnerin verfügt auf den 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.

b. Behinderungsmissbrauch

Die Antragsgegnerin verhält sich missbräuchlich im Sinne von § 42 Abs. 1 TKG, da sie andere Unternehmen, unter anderem die beigeladenen Telekommunikationsanbieter, unmittelbar behindert, bzw. deren Wettbewerbsmöglichkeiten ohne sachlich gerechtfertigten Grund erheblich beeinträchtigt.

ba) Behinderung bzw. erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen

Soweit die Antragsgegnerin die Überlassung von Telefonanschlüssen und Anschlüssen des ISDN an Telekommunikationsdiensteanbieter zum Endkundenpreis in Abweichung von ihrer bisherigen Praxis davon abhängig gemacht hat, dass diese zuvor eine von der Antragsgegnerin vorgegebene Duldungsvereinbarung unterzeichnen, stellt dies nach Überzeugung der Beschlusskammer eine erhebliche Behinderung bzw. Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der betroffenen Unternehmen dar.

Die Antragstellerin und die beigeladenen Wettbewerber haben diesbezüglich glaubhaft dargelegt, dass sie insbesondere im Hinblick auf die Erfüllung bereits abgeschlossener Verträge zwingend auf eine Weiterbelieferung der bei der Antragsgegnerin bestellten AGB-Anschlüsse angewiesen sind. Die Einstellung der Weiterbelieferung durch die Antragsgegnerin würde dazu führen, dass die betroffenen Unternehmen begonnene Projekte nicht zu Ende führen und ihre vertraglichen Verpflichtungen gegenüber ihren Auftraggebern nicht nachkommen könnten. Es ist insoweit naheliegend, dass dies bei den betroffenen Wettbewerbern nicht nur zu einem möglichen Verlust von Aufträgen sondern auch zu einer möglichen Beschädigung ihres Rufes in

der Branche führen und damit erhebliche wirtschaftliche Nachteile für die betroffenen Unternehmen nach sich ziehen könnte.

Dem kann insoweit auch nicht entgegengehalten werden, dass sich die Antragsgegnerin für den Fall, dass die betroffenen Unternehmen eine von ihr vorformulierte „Duldungsvereinbarung“ unterzeichnen, bereit erklärt hat, die Belieferung der bestellten Anschlüsse an die Antragstellerin und andere Telekommunikationsdiensteanbieter zunächst ohne Anerkennung einer Rechtspflicht fortzusetzen. Zwar hat die Antragsgegnerin ihre an die betroffenen Telekommunikationsdiensteanbieter gerichteten ursprünglichen Angebote zum Abschluss von Duldungsvereinbarung zwischen Ende August 2004 und Ende September 2004 mehrfach modifiziert und auf von den Wettbewerbern als besonders missbräuchlich erachtete Regelungen, wie etwa einem vertraglichen Preselection-Ausschluss und einer zeitlichen Begrenzung der Duldungsvereinbarung verzichtet. Jedoch stellen sich auch die letzten Versionen immer noch als aus Sicht der betroffenen Unternehmen inakzeptable Beeinträchtigung ihrer unternehmerischen Betätigungsfreiheit dar, weil die Antragsgegnerin ihre marktbeherrschende Stellung im Bereich der Anschlüsse in missbräuchlicher Weise dazu ausnutzt, von der Antragstellerin sowie den übrigen betroffenen Wettbewerbern rechtlich verbindliche Willenserklärungen abzufordern, die diese ansonsten freiwillig gar nicht abgegeben hätten und für deren Abgabe auch kein nachvollziehbares Interesse der Antragsgegnerin erkennbar ist. So fordert die Antragsgegnerin weiterhin von der Antragstellerin und den weiteren betroffenen Unternehmen die rechtsverbindliche Erklärung, dass es sich bei dem nachgefragten Produkt um ein Endkunden-AGB-Produkt und nicht um ein Resale- oder ein anderes Vorleistungsprodukt handle, ohne dass dies im Vorfeld von Seiten der Wettbewerber überhaupt in Frage gestellt worden ist. Ferner ist die Antragsgegnerin von ihrer Forderung auf Abgabe einer Erklärung durch die Antragstellerin und die weiteren betroffenen Telekommunikationsdiensteanbieter, dass diese eine über das Ende des Geltungszeitraums der Vereinbarung hinausgehende Duldung der Überlassung von Endkunden-AGB-Anschlüssen nicht verlangen könnten, bis zuletzt nicht abgewichen, obwohl die Antragsgegnerin insoweit keinen nachvollziehbaren Grund für eine derartige Erklärung benannt hat. Das Gleiche trifft insoweit auch auf die in den Vereinbarungsentwürfen geforderten Begrenzungen der Bestellmenge zu.

Insoweit ist festzustellen, dass die Antragsgegnerin im Rahmen ihrer Allgemeinen Geschäftsbedingungen analoge Anschlüsse und ISDN-Anschlüsse bereits seit vielen Jahren als Endkundenprodukt unabhängig vom Nutzungszweck, das heißt nicht nur privaten Nutzung, sondern gemäß Punkt 11.1 auch zur Nutzung als Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit am Markt angeboten hat. Im Hinblick auf etwaige, sich aus der gewerblichen Nutzung ergebenden Haftungsrisiken hat sich die Antragsgegnerin dadurch abgesichert, dass sie mit den betroffenen Telekommunikationsdienstleistungs-Anbietern ergänzend die zusätzliche Geltung der „Zusätzlichen Bedingungen Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ vereinbart hat. Diese sehen insoweit Regelungen zur Haftungsbegrenzung bei von der Antragsgegnerin fahrlässig verursachten Vermögensschäden vor. Angesichts der Tatsache, dass dieses Angebot über viele Jahre hinweg gerade von vielen kleineren Anbietern zur Vervollständigung ihres Produkt-Portfolios genutzt wurde und es in der Vergangenheit insoweit auch noch nicht zu nennenswerten Problemen in Bezug auf Leistungsabwicklung gekommen zu sein scheint, drängt sich vorliegend der Verdacht auf, dass die Antragsgegnerin die mit der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes verbundenen rechtlichen Unsicherheiten, vorliegend etwa im Hinblick § 150 Abs. 5 TKG, ganz offensichtlich dazu auszunutzen versucht, um langjährig gelebte vertragliche Leistungsbeziehungen zu anderen Telekommunikationsanbietern einseitig zu ihren Gunsten zu verändern.

bb) Fehlende sachliche Rechtfertigung

Im Rahmen der zur Feststellung einer möglichen sachlichen Rechtfertigung der vorliegenden Behinderung bzw. Wettbewerbsbeeinträchtigung unter Berücksichtigung der Zielsetzungen des Gesetzes vorzunehmenden Interessenabwägung ist zunächst zu berücksichtigen, dass den im Falle der Nicht-Unterzeichnung der Duldungsvereinbarung von einem möglichen Lieferstopp bedrohten Telekommunikationsdiensteanbietern gemäß § 2 TKV i.V.m. § 42 Abs. 1 TKG nach Auffassung der Bundesnetzagentur ein rechtlicher Anspruch auf Fortsetzung der Belieferung mit AGB-Anschluss-Produkten zusteht. Gemäß § 2 TKV ist die Antragsgegnerin verpflichtet, ihre AGB-Produkte jedermann zu gleichen Bedingungen zur Verfügung zu stellen, es sei denn, dass unterschiedliche Bedingungen sachlich gerechtfertigt sind. Insbesondere stellt der Umstand, dass die Antragstellerin und die beigeladenen Wettbewerber die AGB-Anschlüsse der Antragsgegnerin ihrerseits gewerblich als Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit nutzen, keine sachliche Rechtfertigung dafür dar, dass die Antragsgegnerin die Weiterbelieferung der beigeladenen Wettbewerber vom Abschluss der dargestellten Duldungsvereinbarungen abhängig gemacht hat. Insoweit ist nämlich zu berücksichtigen, dass sich die Antragsgegnerin, wie oben bereits dargestellt, im Hinblick auf etwaige, sich aus der gewerblichen Nutzung ergebenden Haftungsrisiken abgesichert hat, indem sie mit den betroffenen Telekommunikationsdienstleistungs-Anbietern ergänzend die zusätzlich Geltung der „Zusätzlichen Bedingungen Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ vereinbart. Für den Abschluss einer weitergehenden Duldungsvereinbarung besteht somit überhaupt kein erkennbarer Anlass.

Die Antragsgegnerin kann sich zur sachlichen Rechtfertigung auch nicht auf § 150 Abs. 5 TKG berufen. Zwar trifft es zu, dass die Antragsgegnerin seit In-Kraft-Treten des neuen TKG am 26.06.2004 gemäß § 21 Abs. 2 Nr. 3, § 150 Abs. 5 TKG anderen Unternehmen bis zum 30. Juni 2008 Anschlüsse zu Großhandelsbedingungen nur in Verbindung mit Verbindungsleistungen anbieten muss, ein Anspruch auf entbündelte Überlassung von Anschlüssen zu Großhandelsbedingungen zum Zwecke des Weiterverkaufs in dem genannten Zeitraum also nicht besteht. Im vorliegenden Fall handelt es sich jedoch ganz eindeutig nicht um ein Resale-Produkt im Sinne von § 21 Abs. 2 Nr. 3, § 150 Abs. 5 TKG, sondern um ein Endkundenprodukt der Antragsgegnerin. Die Möglichkeit, dieses nur zusammen mit Verbindungsleistungen anzubieten, sieht das Gesetz gerade nicht so. Insoweit kann hier auch auf die Spruchpraxis der Kammer hingewiesen werden, nach der es der Antragsgegnerin aus wettbewerbsrechtlichen Aspekten nicht erlaubt ist, die durch ihre Verpflichtung zur Netzbetreiberauswahl und Netzbetreibervorauswahl sichergestellte Entkopplung der Verbindungsleistungen von den Anschlussleistungen im Rahmen von Tarifoptionen vertraglich auszuschließen (vgl. Entscheidungen BK 2c 01/012 bezüglich des Optionsangebots „AktivPlus xxl“ vom 20.09.2002, BK2a 02/002 bezüglich des Optionsangebots „AktivPlus basis“ vom 28.03.2002 sowie zuletzt BK2a 04/013 bezüglich des Optionsangebots „AktivPlus xxl“ vom 25.06.2004). Die entscheidende Unterschied zwischen einem Resale-Produkt im Sinne von §§ 21 Abs. 2 Nr. 3 TKG einerseits und einem Endkunden-Produkt andererseits besteht darin, dass das Resale-Produkt gemäß § 30 Abs. 5 TKG zu einem Abschlag auf den Endnutzerpreis zur Verfügung gestellt werden muss. Da die Antragsgegnerin von der Antragstellerin als Anbieterin von Telekommunikationsdiensten jedoch den gleichen Preis verlangt, wie von anderen Endnutzern, greift entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin der dem § 150 Abs. 5 TKG zugrundeliegende Gesetzeszweck, vor dem 30.06.2008 kein entbündeltes Anschluss-Resale-Geschäft zuzulassen, um insoweit Investitionen der Teilnehmernetzbetreiber zu schützen und auf diese Weise den Infrastrukturwettbewerb zu fördern, vorliegend nicht ein. Es besteht daher kein erkennbarer Grund, die betroffenen Dienstleister von der Überlassung von AGB-Produkten auszuschließen. Es kommt hinzu, dass die Antragstellerin und die übrigen am Verfahren beteiligten Telekommunikationsdiensteanbieter insbesondere dort, wo sich für sie aus betriebswirtschaftli-

chen Gründen die Anmietung einer Teilnehmeranschlussleitung nicht lohnt, etwa bei Kunden mit Standorten außerhalb von Ballungsgebieten oder bei Kunden mit verschiedenen, verstreut liegenden Standorten, auf die Nutzung der Endkunden-Anschlussprodukte der Betroffenen zwingend angewiesen sind, um ihren Kunden unter Einbeziehung dieser Produkte überhaupt eigene Komplettangebote anbieten zu können.

Die vorliegende Behinderung, bzw. erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der beteiligten Anbieter von Telekommunikationsdiensten und insbesondere auch der Antragstellerin lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, dass sich für die Antragsgegnerin aus der gewerblichen Nutzung der überlassenen Anschlüsse möglicherweise ein anderes Haftungsrisiko ergibt, da diesem Umstand bereits durch die in Ziffer 11.1 der Allgemeinen Geschäftsverbindungen Telefondienst (T-Net Anschlüsse und T-ISDN-Anschlüsse) i.V.m. den „Zusätzlichen Bedingungen für Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ geregelten Haftungsobergrenzen für fahrlässig verursachte Vermögensschäden Rechnung getragen worden ist.

Insgesamt ist daher unter Berücksichtigung aller in Betracht zu ziehenden Interessen sowohl der Antragsgegnerin als auch der Antragstellerin und der weiteren am Verfahren beteiligten Diensteanbieter kein sachlich gerechtfertigter Grund für die festgestellte erhebliche Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der beteiligten Unternehmen, bzw. Behinderung dieser Unternehmen erkennbar.

Rechtsfolgen:

Gemäß § 42 Abs. 4 S. 2 TKG kann die Bundesnetzagentur einem Unternehmen, welches seine marktbeherrschende Stellung missbräuchlich ausnutzt, ein Verhalten auferlegen oder untersagen oder Verträge ganz oder teilweise für unwirksam erklären. Die im Tenor ausgesprochene Verpflichtung der Antragsgegnerin, der Antragstellerin weiterhin analoge Telefonanschlüsse und ISDN-Anschlüsse entsprechend denjenigen Bedingungen, wie sie in ihren derzeit geltenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen Telefondienst i.V.m. den „Zusätzlichen Bedingungen für Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit“ geregelt sind, zu den jeweils gültigen Endkunden-AGB-Preisen zu überlassen, ohne dass dies von dem vorherigen Abschluss einer „Duldungsvereinbarung“ abhängig gemacht wird, ist nach Überzeugung der Beschlusskammer geeignet, erforderlich und angemessen, um den festgestellten Behinderungsmissbrauch abzustellen. Sie stellt insbesondere für die Antragsgegnerin keine unverhältnismäßige Belastung dar, weil im Ergebnis lediglich ein über viele Jahre zwischen der Antragsgegnerin einerseits und der Antragstellerin und den beige-ladenen Telekommunikationsdiensteanbietern andererseits praktiziertes Verfahren fortgeführt wird. Die ausgesprochene Verpflichtung gilt insoweit sowohl für bereits laufende Überlassungsverträge, als auch für künftige Bestellungen von Telekommunikationsdiensteanbietern.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann 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.

Kuhrmeyer

Busch

Lindhorst

Vorsitzender

Beisitzer

Beisitzer