



- Beschlusskammer 2 -
Az.: BK 2a 05/002

B e s c h l u s s

In dem Verwaltungsverfahren

wegen vorläufiger Festlegung einer Call-by-Call und Preselection-Verpflichtung gemäß § 12 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. § 40 Abs. 1 TKG

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

- Betroffene -

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Redecker, Sellner, Dahs, und Widmaier, Mozartstraße 4-10, 53115 Bonn,

Beigeladene:

1. Communication Services Tele2 GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, In der Steele 39a, 40599 Düsseldorf,

- Beigeladene 1 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Rechtsanwälte Bornhofen, Buchta, Örtel, Rädler, Sondermann, Berliner Allee 10, 40212 Düsseldorf,

2. 01058 Telecom GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Leopoldstrasse 16 40211 Düsseldorf,

- Beigeladene 2 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Frau Katharina Dugnus (01058),

3. freenet.de AG, vertreten durch den Vorstand, Deelbögenkamp 4c, 22297 Hamburg,

- Beigeladene 3 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Franziska Oelte (freenet),

4. Colt Telecom GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Herriotstraße4, 60528 Frankfurt,

- Beigeladene 4 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Sabine Hennig (Colt),

5. QSC AG, vertreten durch den Vorstand, Mathias-Brüggen-Straße 55, 50829 Köln,

- Beigeladene 5 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Christoph Sommerberg und Thomas Bösel (QSC),

6. 01051 Telecom GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Stadttor 1, 40219 Düsseldorf,

- Beigeladene 6 -

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

7. MCI WorldCom Deutschland GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Solmsstraße 83, 60486 Frankfurt am Main,

- Beigeladene 7 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Salomon Grünberg (MCI WorldCom),

8. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V., vertreten durch die Geschäftsführung, Oberländer Ufer 180 – 182 50968 Köln,

- Beigeladene 8 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Dr. Peter Dahlke (VATM).

9. Arcor AG & Co. KG, Alfred-Herrhausen-Allee 1, 65760 Eschborn, vertreten durch den Vorstand,

- Beigeladene 9 -

Verfahrensbevollmächtigte: Herr Ronald Weiss (Arcor),

10. BT (Germany) GmbH & Co. OHG, vertreten durch die Geschäftsführung, Barthstraße 22,
80339 München,

- Beigeladene 10 -

- Verfahrensbevollmächtigte: Michaela Drechsler und Felix Müller (BT Germany),

11. EWE TEL GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Cloppenburg Straße, 26133
Oldenburg,

- Beigeladene 11-

Verfahrensbevollmächtigter: Matthias Büning (EWE TEL),

12. NetCologne GmbH, vertreten durch die Geschäftsführung, Maarweg 163, 50825 Köln,

- Beigeladene 12 -

- Verfahrensbevollmächtigter: Patrick Helmes (NetCologne),

hat die Beschlusskammer 2 der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post durch

den Direktor Dipl.-Ing. Bernhard Kuhmeyer
den Regierungsdirektor Rainer Busch
den Regierungsrat Jörg Lindhorst

(Vorsitzender),
(Beisitzer 1) und
(Beisitzer 2)

aufgrund der am 25.05.2005 durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18.07.2005
beschlossen:

Die Betroffene wird bis zum Erlass einer auf dem Ergebnis des derzeit anhängigen Markt-
definitions- und Marktanalyseverfahrens beruhenden endgültigen Regulierungsverfügung
verpflichtet, ihren Teilnehmern den Zugang zu den Diensten aller unmittelbar zusammen-
geschalteten Anbietern von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit zu ermögli-
chen, und zwar sowohl durch Betreiberauswahl durch Wählen einer Kennzahl als auch
durch Betreibervorauswahl, wobei jedoch bei jedem Anruf die Möglichkeit besteht, die fest-
gelegte Vorauswahl durch Wählen einer Betreiberkennzahl zu übergehen. Der Teilnehmer
soll dabei auch unterschiedliche Voreinstellungen für Orts- und Fernverbindungen vorneh-
men können.

Begründung:

I.

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

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

Nach Auffassung der Beschlusskammer ist die Betroffene insoweit auch nach Inkrafttreten des neuen TKG am 25.06.2004 gemäß § 150 TKG i.V.m. § 43 Abs. 6 TKG verpflichtet, sicherzustellen, dass jeder Nutzer die Möglichkeit hat, den Verbindungsnetzbetreiber durch eine dauerhafte Voreinstellung (Preselection) oder durch die Wahl einer Verbindungsnetzbetreiberkennzahl im Einzelfall (Call-by-Call) frei auszuwählen. Insoweit ergibt sich bereits aus der Begründung (BT Drucksache 15/2316 S. 107) zu § 148 Abs. 1 des Gesetzesentwurfes, der dem jetzt geltenden § 150 Abs. 1 TKG entspricht, dass diese Vorschrift die europarechtlichen Vorgaben des Art. 27 der Rahmenrichtlinie (2002/21/EG) und des Art. 7 der Zugangsrichtlinie (2002/19/EG) umsetzen soll. Darüber hinaus ist die nationale Umsetzung der Richtlinienvorgaben auch nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes in jedem Falle richtlinienkonform auszulegen. Insoweit muss daher bei der Auslegung von § 150 Abs. 1 TKG berücksichtigt werden, dass sich die Mitgliedstaaten gemäß Art. 27 der Rahmenrichtlinie i.V.m. Art. 16 Abs. 1 b) Universaldienstrichtlinie dazu verpflichtet haben, die Betreiber Auswahl und Betreibervorauswahl nach der Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 30.06.1997 über die Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP) solange aufrecht zu erhalten, bis diese Verpflichtungen einer Überprüfung unterzogen wurden und eine Feststellung gemäß Art. 16 Absatz 3 Universaldienstrichtlinie getroffen wurde. Der Begriff „an marktbeherrschende Stellungen anknüpfende Verpflichtungen“ in § 150 Abs. 1 Satz 1 TKG kann daher nach seinem Sinn und Zweck nur so verstanden werden, dass jedenfalls die Verpflichtung zur Betreiber Auswahl und Betreibervorauswahl, die sich aus Art. 12 Absatz 7 der ONP-Richtlinie ergibt, von § 150 Abs. 1 Satz 1 TKG erfasst wird.

Derzeit sind bei der Beschlusskammer mehrere Missbrauchsverfahren anhängig, die im Wesentlichen die Umsetzung der Preselection-Verpflichtung durch die Betroffene zum Gegenstand haben (BK2a 04/029, BK2a 04/030, BK2a 04/036, BK2a 04/037, BK2a 04/038 und BK2a 04/044). Nach Einschätzung des bei der Regulierungsbehörde für die Prozessführung zuständigen Fachreferates bestehen insoweit aufgrund der Entscheidungspraxis des Verwaltungsgerichts in anderen Verfahren Bedenken, ob sich das Verwaltungsgericht Köln im Falle etwaiger Klagen gegen die in den Missbrauchsverfahren anstehenden Entscheidungen der dargestellten Auffassung der Beschlusskammer anschließen wird.

Aus diesem Grund hat die Beschlusskammer vorsorglich mit Datum vom 27.04.2005 gemäß §§ 132 Abs.1, 134 Abs.1 i.V.m. § 12 Abs. 4 TKG ein Verfahren zur vorläufigen Festlegung einer Verpflichtung zur Betreiber Auswahl im Einzelwahlverfahren bzw. zur Betreibervorauswahl nach § 40 Abs. 1 TKG eingeleitet (veröffentlicht im Amtsblatt Nr. 8 der RegTP vom 04.05.2005 als Mitteilung Nr. 106).

Die Betroffene sowie die Beigeladenen 1, 2, 4, 6, 7, 8 und 10 haben sich zur vorgesehenen Maß-

nahme schriftlich bzw. in der am 25.05.2005 durchgeführten öffentlichen Mündlichen Verhandlung im Wesentlichen wie folgt geäußert:

Betroffene:

- Nach Auffassung der Betroffenen sei unklar, gegen wen sich das Verfahren richte und in welchem Umfang und zu welchem Zweck 11 Monate nach Inkrafttreten des neuen TKG über den Erlass vorläufiger Maßnahmen nachgedacht werde. Es verstoße gegen das Gebot rechtlichen Gehörs und eines fairen Verfahrens, die Betroffene zu einer Stellungnahme zu einem Verfahren aufzufordern, dessen Gegenstand und Umfang nicht mitgeteilt worden sei.
- Es lägen keine außergewöhnlichen Umstände vor, die einen dringenden Handlungsbedarf rechtfertigen würden.

Es sei insbesondere nicht zu befürchten, dass die Betroffene ohne die beabsichtigte Maßnahme ihren Kunden in naher Zukunft Call-by-Call und Preselection nicht mehr ermöglichen würde, da sie sich hierzu im Rahmen ihrer AGB gegenüber ihren Endkunden verpflichtet habe.

Für den Fall, dass aus Sicht der Beschlusskammer gleichwohl Unsicherheiten in Bezug auf den Fortbestand einer Call-by-Call und Preselection-Verpflichtung im Übergangszeitraum bis zur endgültigen Regulierungsverfügung bestehen sollten, erkläre sich die Betroffene im Rahmen einer freiwilligen Selbstverpflichtung bereit, dass diese die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Verpflichtungen, Call-by-Call und Preselection zu ermöglichen, bis zum Erlass einer endgültigen Regulierungsverfügung nicht ändern und weiterhin erfüllen werde.

Ein dringender Handlungsbedarf ergebe sich auch nicht aus den anhängigen Missbrauchsverfahren. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass es sich bei Preselection und Call-by-Call um Endkundenleistungen handle. Die Einordnung als Endkundenleistung entspreche insoweit auch dem Richtlinienrecht. Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl seien in Art 19 der Universalienrichtlinie geregelt und nicht in der Zugangsrichtlinie. Zudem sei in Art. 19 Abs. 3 URL ausdrücklich vorgesehen, dass Entgelte bei den Endnutzern verlangt werden könnten. Eine solche Regelung wäre unverständlich, wenn die Leistung als Zugangsleistung eingestuft würde. Selbst im Falle einer vorläufigen Anordnung der Preselection- und Call-by-Call-Verpflichtung könne eine Missbrauchsverfügung somit nicht auf § 42 TKG gestützt werden.

Der Erlass einer vorläufigen Anordnung sei darüber weder geeignet noch erforderlich. Würde der bisherige Status Quo (Schriftform) bei Beauftragung durch einen Verbindungsnetzbetreiber bis zum Erlass der endgültigen Regulierungsverfügung fortgeführt, so würde dies weder zu einer Gefährdung des Wettbewerbs führen noch Nutzerinteressen zuwiderlaufen.

Die beabsichtigte vorläufige Maßnahme sei auch unverhältnismäßig. Die Befürchtung, die Betroffene könnte die Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl einstellen, sei durch keine Tatsache veranlasst und auch mit keinen Tatsachen belegt worden.

Sollte die Beschlusskammer die Verpflichtung zur Betreibervorauswahl nur im Hinblick auf das Missbrauchsverfahren BK2a 04/029 auferlegen, so wäre auch dies unverhältnismäßig. Eine Anordnung nach § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG sei aufgrund ihres vorläufigen Charakters kein angemessenes Instrumentarium, um hierauf eine Missbrauchsverfügung zu stützen, die ein seit

Jahren geübtes Verfahren in Frage stelle.

Beigeladene 1:

Für eine Weitergeltung der bisherigen Preselection-Verpflichtung aus § 43 Abs. 6 TKG (a.F.) spräche der europarechtliche Hintergrund von § 150 Abs. 1 TKG, insbesondere Art. 16 Abs. 1 b) URL i.V.m. Art. 12 Abs. 7 der Zusammenschaltungsrichtlinie 97/33 in der Fassung der Richtlinie 98/61.

Hierauf komme es vorliegend jedoch nicht an. Auch bei einer engeren Auslegung des § 150 Abs. 1 TKG sei aufgrund der wirksam bleibenden Feststellungen zur marktbeherrschenden Stellung der Betroffenen gemäß § 40 Abs. 1 von einer Preselection-Verpflichtung der Betroffenen auszugehen, da eine „Auswahlentscheidung“ der Regulierungsbehörde bei Feststellung einer beträchtlichen Marktmacht nicht erforderlich sei.

Diesem Ergebnis stehe insoweit auch nicht die Rechtsprechung des VG Köln zum § 150 Abs. 1 TKG entgegen. Zwar könne die Regulierungsbehörde Maßnahmen zur Durchsetzung der Verpflichtungen eines marktbeherrschenden Unternehmen grundsätzlich erst dann treffen, wenn die jeweilige Verpflichtung durch eine Regulierungsverfügung auferlegt worden sei. Jedoch habe das VG Köln in der E-Plus-Entscheidung vom 11.04.2005 jedenfalls bis zum Abschluss der Marktanalyse eine Ausnahme von dieser Zweistufigkeit anerkannt und ausgeführt, dass es vertretbar sei, die Voraussetzungen für eine Zugangsgewährung i.S.v. § 18 Abs. 1 TKG im Rahmen einer Entscheidung nach § 25 Abs. 1 TKG bzw. Abs. 5 TKG zutreffen. Das Gericht habe weiter ausgeführt, dass es in der Übergangsphase bis zum Abschluss des Marktanalyseverfahrens auch eine förmliche Regulierungsverfügung – dort §§ 13 Abs. 3, 18, 21 TKG, hier §§ 13 Abs. 3, 40 TKG – für nicht erforderlich halte, „wenn eine Marktanalyse nach § 11 TKG durch eine konkretindividuelle Feststellung der Regulierungsbehörde zum Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung nach § 150 TKG ersetzt werden kann“.

Gegen eine Zweistufigkeit für die Preselection-Verpflichtung spreche insoweit auch der Wortlaut des § 40 Abs. 1 TKG, der keinen Zweifel daran lasse, dass die Preselection-Verpflichtung ohne Prüfung sonstiger Voraussetzungen – sozusagen „automatisch“ – nach Feststellung der beträchtlichen Marktmacht wirke. Die Auferlegung der Regulierungsverfügung gemäß § 13 Abs. 1 TKG stehe daher nicht im Gestaltungsspielraum bzw. Ermessen der Regulierungsbehörde, sondern erfolge jedenfalls für den Anschlussmarkt im Festnetz nach § 40 Abs. 1 TKG nur deklaratorisch. Vor diesem Hintergrund sei selbst dann, wenn man der restriktiven Auslegung des VG Kölns zu § 150 Abs. 1 TKG folge, vorliegend keine Entscheidung nach § 12 Abs. 2 S. 4 TKG erforderlich.

Beigeladene 2:

Nach Auffassung der Beigeladenen 2 bestehe keine Notwendigkeit für ein Vorgehen nach § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG, da bei einer richtlinienkonformen Auslegung des § 150 Abs. 1 TKG in der Übergangszeit bis zur Überprüfung dieser Verpflichtungen im Rahmen eines Marktanalyseverfahrens von einer Fortgeltung der bisherigen Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung auszugehen sei.

Selbst wenn man hilfsweise von der Nichtfortgeltung der bisherigen Verpflichtungen ausgehen

wollte, so wäre jedenfalls der Erlass einer Regulierungsverfügung nach § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG i.V.m. § 40 Abs. 1 TKG geboten. Die Betroffene sei unter Verweis auf die Marktabgrenzungen für die Märkte 1-6 der Kommissionsempfehlungen ohne weiteres bei der Bereitstellung des Anschlusses an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht i.S.v. § 40 Abs. 1 TKG einzustufen. Als solches sei die Betroffene zur Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl zu verpflichten, ohne dass der Regulierungsbehörde insoweit ein Entschließungsermessen zukomme. Das Auswahlermessen der Behörde werde durch die Vorgaben in Satz 1 und Satz 4 weiter gesteuert. Danach sei zu gewährleisten, dass durch die Betreiber(vor)auswahl Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen nicht entfielen. Diese Regelung sei mit der entsprechenden Regelung des bisherigen TKG identisch, so dass zumindest für die Zwecke einer auf § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG gestützten Regulierungsverfügung insoweit der bisherige Regulierungsstand fortgeführt werden könne.

Des weiteren lägen auch außergewöhnliche Umstände i.S.v. § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG vor. Diese lägen darin, dass, wollte man die Übergangsvorschrift des § 150 Abs. 1 TKG nicht als hinreichende Regulierungsgrundlage ansehen, ohne Erlass einer auf § 40 Abs. 1 TKG gestützten Regulierungsverfügung nicht eindeutig geregelt wäre, dass die Betroffene überhaupt eine Verpflichtung zur Ermöglichung der Betreiber(vor)auswahl unterliege. Dies führe dazu, dass dem gesamten Geschäft der Verbindungsnetzbetreiber, welches auf Call-by-Call und Preselection aufbaue, der rechtliche Boden entzogen wäre. Jedenfalls diene eine solche Regulierungsverfügung auch der Absicherung effektiven Vorgehens im Rahmen der Missbrauchsaufsicht.

Schließlich liege auch dringender Handlungsbedarf vor. Dieser ergebe sich insoweit daraus, dass die Durchführung förmlicher Marktprüfungen nach § 12 Abs. 1 TKG und des Notifizierungsverfahrens nach § 12 Abs. 2 Nr. 1-3 TKG zu erheblichen Verzögerungen führen würden. Für diesen Zeitraum bestünde weiter erhebliche Rechtsunsicherheit im Markt. Darüber hinaus wäre die Regulierungsbehörde gehindert, nach § 42 TKG effektiv gegen missbräuchliches Verhalten der Betroffenen vorzugehen. Dies sei gerade unter Berücksichtigung der auf Wettbewerbsförderung ausgerichteten Zielsetzung des TKG nicht hinnehmbar.

Beigeladene 4:

Die Voraussetzungen für eine vorläufige Maßnahme nach § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG lägen, insbesondere auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des VG Köln, vor.

Die Regulierungsbehörde habe mit ihrem im Amtsblatt 23/2004 veröffentlichten Entwurf zur Marktdefinition und Marktanalyse das erforderliche Marktdefinitionsverfahren abgeschlossen. Danach sei die Betroffene insbesondere auf den Märkten für den Zugang zum öffentlichen Telefonnetz (Teilnehmeranschluss) marktbeherrschend. Damit müsse die Betroffene gemäß § 40 Abs. 1 TKG verpflichtet werden, Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl anzubieten. Von diesem Ergebnis gehe im Übrigen auch die Marktanalyse aus.

Außergewöhnliche Umstände für den Erlass einer vorläufigen Maßnahme nach § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG lägen unzweifelhaft vor. Diese ergäben sich zum einen aus der Eindeutigkeit der Verpflichtung zur Gewährung von Call-by-Call und Preselection. Diese gesetzliche Verpflichtung liege so offen zu Tage, dass es der Betroffenen offensichtlich zunächst selber nicht aufgefallen sei, dass die Rechtslage möglicher Weise einen Hauch einer Unsicherheit bieten würde, die sich zum eigenen Vorteil nutzen ließe. Zum anderen ergäben sich die außergewöhnlichen Umstände aus der wichtigen Bedeutung, die Call-by-Call und Preselection für den Telekommunikationssektor selbst hätten. Die Betroffene werde durch die Maßnahme auch nicht unange-

messen belastet, da sie beide Dienste derzeit anbieten und in kurzer Frist wieder anbieten müssen. Andererseits stehe der Wettbewerb im gesamten Call-by-Call- und Preselection-Markt vor dem Aus, wenn auch nur für einen kurzen Zeitraum die Call-by-Call- und Preselection-Leistungen nicht mehr von der Betroffenen erbracht würden.

Beigeladene 6:

Gerade vor dem Hintergrund der nur schwer zu prognostizierenden Rechtsprechung des VG Köln zur Reichweite und den Voraussetzungen von § 150 Abs. 1 und 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG sei es erforderlich, dass die Beschlusskammer alternative Voraussetzungen für die Zugangsverpflichtung aufstelle.

Die von der Betroffenen im Verfahren erklärte Selbstverpflichtung sei keinesfalls ausreichend, die erforderliche Rechtssicherheit zu gewährleisten. Die Betroffene sei nämlich nicht bereit, diese Verpflichtung auch gegenüber ihren Wettbewerbern anzuerkennen. Sie beschränke die Reichweite der Verpflichtung gegenüber den Endnutzern. Außerdem sei unklar, welche Rechte nach dem TKG die Wettbewerber aus einer Selbstverpflichtung ableiten könnten. Nach § 22 TKG i.V.m. § 25 TKG könnten nur Ansprüche aus Zugangsverpflichtungen, nicht aber aus Selbstverpflichtungen durchgesetzt werden.

Gerade weil die Betroffene das Bestehen einer Zugangsverpflichtung gegenüber den Wettbewerbern wiederholt bestreite, sei auch dringender Handlungsbedarf nach § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG gegeben. Hier müsse es der Regulierungsbehörde möglich sein, bereits bei Bestehen der Gefahr für die Verweigerung der Zugangsleistung eine entsprechende Zugangsverpflichtung aufzuerlegen, nicht erst bei Realisierung der Gefahr.

Die Regelung des § 40 TKG diene insoweit auch dem Schutz der Wettbewerber. Materiell ließen sich die Verpflichtungen des § 40 TKG auch auf den Katalog aus § 21 Abs. 2 und Abs. 3 TKG stellen. Die Regelung des § 40 TKG sei im Übrigen auch in § 13 Abs. 3 TKG erwähnt. Diesbezügliche Zugangsverpflichtungen lägen also im gesetzlichen Handlungsbereich der Regulierungsbehörde.

Beigeladene 7:

Die Beigeladene 7 begrüße die Eröffnung des Verfahrens. Insbesondere die seitens des VG Köln ergangenen unanfechtbaren Eilentscheidungen hätten gezeigt, dass das gerichtliche Verständnis der Übergangsvorschrift in § 150 TKG entgegen der Auffassung der Regulierungsbehörde und vieler Marktteilnehmer die beabsichtigte Kontinuität bei der Marktregulierung durchbrochen und zudem alte Lücken aufgerissen habe. Da die Regulierungsbehörde andererseits trotz anders lautender Sichtweise der EU-Kommission die Ergebnisse der Marktanalyse nicht mit der Regulierungsverfügung nach § 13 Abs. 1 TKG verknüpfe, entstünden auch zeitliche Lücken für die Anwendung von Verpflichtungen nach dem neuen TKG. Diese müssten durch vorläufige Maßnahmen nach § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG geschlossen werden.

In Bezug auf die Feststellung der beträchtlichen Marktmacht könne insoweit nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Köln auf den am 24.11.2004 im Amtsblatt der Regulierungsbehörde veröffentlichten Entwurf zur Marktdefinition und Marktanalyse verwiesen werden.

Im Übrigen lägen bei einem Nichtfortgelten der bisherigen Preselection- und Call-by-Call-Verpflichtung nach § 43 Abs. 6 TKG (a.F.) außergewöhnliche Umstände unzweifelhaft vor.

Sowohl nach dem alten als auch nach dem neuen europarechtlichen Rahmen sei die Verpflichtung zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl eine zentrale Verpflichtung von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht zur Sicherstellung des Wettbewerbs. Dies komme darin zum Ausdruck, dass die Verpflichtung zur Betreibervorauswahl in Art. 19 Universaldienstrichtlinie und nicht in der Zugangsrichtlinie enthalten sei und dort nicht als Ermessensbestimmung sondern als gebundene Entscheidung der Regulierungsbehörde ausgestaltet sei. Da die Universaldienstrichtlinie die grundlegenden Verpflichtungen im Interesse der Nutzer enthalte, bedeute schon die Stellung und Formulierung des § 19 Universaldienstrichtlinie, dass die dortigen Verpflichtungen unmittelbar umzusetzen sind. Diese Formulierung lasse sogar an eine unmittelbare Anwendbarkeit der Richtlinie zugunsten der Nutzer denken. Dementsprechend müsse die Regulierungsbehörde einen Zustand vermeiden, der diese Verpflichtung im nationalen Recht (wenn auch nur zeitweise) aufhebe. Denn dies hätte genau die negativen Folgen für Wettbewerb und Nutzerinteressen, die durch die Ermächtigung für vorläufige Maßnahmen in § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG verhindert werden sollen.

Schließlich seien auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 40 Abs. 1 TKG erfüllt. In Bezug auf die beträchtliche Marktmacht könne auf den bereits erwähnten Entwurf der Marktanalyse verwiesen werden. Weitere Voraussetzungen seien nicht zu prüfen.

Beigeladene 8:

Aus Sicht der Beigeladenen 8 stelle sich die Auferlegung einer Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung als regulatorische Selbstverständlichkeit dar, die sowohl in § 40 TKG als auch in Art. 19 Universaldienstrichtlinie normiert sei.

Das neue TKG ermögliche der Regulierungsbehörde dabei verschiedene Möglichkeiten, die Verpflichtungen in der Übergangsphase bis zum Abschluss der Marktanalysen durchzusetzen.

Zum einen könne sie auf der Grundlage des § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG im Wege einer Dringlichkeitsentscheidung eine entsprechende Verpflichtung aussprechen, wobei es nach Rechtsprechung des VG Köln ausreiche, dass bereits ein entsprechender Marktanalyseentwurf veröffentlicht worden sei.

Alternativ böte sich für die Beschlusskammer die Möglichkeit, ihre Entscheidung gem. §§ 40, 150 TKG zu treffen. Danach wäre die Betroffene bereits auf der Grundlage der Übergangsbestimmungen zu Call-by-Call verpflichtet. Selbst bei restriktiver Auslegung der Rechtsprechung des VG Köln könnte die Call-by-Call- / Preselection-Verpflichtung nach § 40 Abs. 1 TKG ohne Prüfung sonstiger Voraussetzungen wirken.

In Anbetracht der dargestellten Optionen sei es geboten, die Entscheidung auf mehrere Säulen zu Stützen.

Die von der Betroffenen ausgesprochene Selbstverpflichtung, die den Endkunden auf Basis der geänderten AGB angeboten werden solle, sei jedenfalls nicht geeignet, die förmliche Festlegung einer Verpflichtung zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl zu ersetzen, da eine entsprechende Selbstverpflichtung lediglich das Verhältnis zum Endkunden und nicht das Inter-Carrier-Verhältnis zu den Wettbewerber betreffe. Auf diese Weise blieben beispielsweise Regelungen der Unternehmen über die elektronische Schnittstelle unberücksichtigt.

Zudem sei darauf hinzuweisen, dass die vorliegend zu treffende Entscheidung auch im Lichte des Art. 19 Universaldienstrichtlinie zu betrachten sei. Diese Vorschrift betreffe entgegen der

Auffassung der Betroffenen auch das Verhältnis zu Wettbewerbsunternehmen. Dies ergebe sich insbesondere aus der Stellung im Kapitel III der Universaldienstrichtlinie unter der Überschrift „Regulierungsmaßnahmen in Bezug auf Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auf speziellen Märkten“. Würde es sich tatsächlich um einen reinen Kundenanspruch handeln, hätte der europäische Richtlinienggeber die Vorschrift in Kapitel IV „Interessen und Rechte der Endnutzer“ verortet. Im Übrigen könne eine Selbstverpflichtung der Betroffenen grundsätzlich nicht dazu führen, dass die Regulierungsbehörde von einer behördlichen Entscheidung absehe.

Beigeladene 10:

Nach Auffassung der Beigeladenen 10 haben die Eilentscheidungen des VG Köln zur Auslegung des § 150 Abs. 1 TKG die vom Gesetzgeber beabsichtigte Kontinuität bei der Marktregulierung durchbrochen und dadurch Lücken gerissen, die die Wettbewerbsfähigkeit von Vorleistungsnachfragern sowie die Entstehung nachhaltig wettbewerbsfähiger Endnutzermärkte ernsthaft gefährdeten.

Festzuhalten sei aber auch, dass diese Lücken an der Schnittstelle zwischen altem und neuem TKG nicht zuletzt deswegen entstünden, weil die Regulierungsbehörde unnötiger Weise die Ergebnisse der Marktanalyse verfahrensmäßig getrennt von der Regulierungsverfügung behandle und notifiziere und dadurch erhebliche zeitliche Verzögerungen in Kauf nehme, innerhalb derer nun Notfallmaßnahmen zur Aufrechterhaltung der wichtigsten Marktbereiche erforderlich seien. Vor diesem Hintergrund werde die Einleitung des Verfahrens begrüßt.

Die Voraussetzungen für ein Einschreiten nach § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG seien vorliegend erfüllt. Bei der Feststellung der beträchtlichen Marktmacht könne unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Köln auf den am 09.11.2004 veröffentlichten Entwurf der Marktanalyse für die Märkte 1-6 zurückgegriffen werden.

Die außergewöhnlichen Umstände ergäben sich aus der Verpflichtung der Regulierungsbehörde, die sich aus Art. 19 Universaldienstrichtlinie ergebenden Verpflichtungen unmittelbar umzusetzen. Dementsprechend müsse die Regulierungsbehörde einen Zustand vermeiden, der diese Verpflichtung im nationalen Recht (wenn auch nur zeitweise) aufhebt.

Schließlich seien auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 40 Abs. 1 TKG erfüllt. Die dort erforderliche beträchtliche Marktmacht ergebe sich zwanglos aus der Regulierungsverfügung zur Teilnehmeranschlussleitung, die ausführe, dass die Betroffene auch auf der Endnutzerseite eine beträchtliche Marktmacht inne habe. Weitere Voraussetzungen seien nicht zu prüfen. Ein Ermessen der Regulierungsbehörde scheide aus, weil es sich bei § 40 Abs. 1 TKG um eine gebundene Entscheidung handle.

Dem Bundeskartellamt wurde mit Schreiben vom 08.07.2005 Gelegenheit gegeben, sich zur beabsichtigten Entscheidung zu äußern.

Die 7. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes hat diesbezüglich mit Schreiben vom 15.07.2005 mitgeteilt, dass sie der vorläufigen Festlegung einer Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung zustimme.

II.

Die vorläufige Festlegung einer Verpflichtung zur Betreiberauswahl im Einzelwahlverfahren bzw. zur Betreibervorauswahl der einstweiligen Maßnahme beruht auf §§ 132 Abs.1, 134 Abs.1, § 12 Abs. 4 TKG i.V.m. § 40 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 Regulierungsbehörde nach den Regelungen des Zweiten Teils des TKG.
- b) Dem Bundeskartellamt wurde gemäß § 123 TKG Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt.
- c) Die sich aus §§ 132 Abs. 4 TKG i.V.m. § 10 ff GO RegTP zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis ergebenden Abstimmungs- Auskunfts- und Informationspflichten wurde insoweit beachtet.

2. Voraussetzungen für die Verpflichtungen zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl:

Gemäß § 40 Abs. 1 TKG muss die Regulierungsbehörde Unternehmen, die bei der Bereitstellung des Anschlusses an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eingestuft wurden, nach Maßgabe des Satzes 4 verpflichten, ihren Teilnehmern den Zugang zu den Diensten aller unmittelbar zusammengeschalteten Anbietern von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit zu ermöglichen, und zwar sowohl durch Betreiberauswahl durch Wählen einer Kennzahl als auch durch Betreibervorauswahl, wobei jedoch bei jedem Anruf die Möglichkeit besteht, die festgelegte Vorauswahl durch Wählen einer Betreiberkennzahl zu übergehen. Der Teilnehmer soll dabei auch unterschiedliche Voreinstellungen für Orts- und Fernverbindungen vornehmen können. Die Voraussetzungen für eine Verpflichtung der Betroffenen zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl sind vorliegend erfüllt.

a) Beträchtliche Marktmacht:

Die Betroffene verfügt insoweit bei der Bereitstellung des Anschlusses an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten über eine beträchtlicher Marktmacht. Insoweit kann zwar vorliegend entgegen der Auffassung der Beigeladenen nicht auf den am 24.11.2004 im Amtsblatt Nr. 23/2004 der Regulierungsbehörde veröffentlichten Entwurf der Marktdefinition und Marktanalyse für die Märkte 1-6 der Marktempfehlungen der EU-Kommission zurückgegriffen werden, da die Ergebnisse nach Mitteilung des zuständigen Fachreferates nach Durchführung des Konsultationsverfahrens in bestimmten Bereichen nochmals einer Überprüfung unterzogen werden müssen. Eine beträchtliche Marktmacht auf dem hier relevanten Markt für die Bereitstellung des Anschlusses an das

öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten ergibt sich insoweit jedoch unter anderem aus den entsprechenden Feststellungen der Regulierungsbehörde im Rahmen der Beschlüsse der BK2a 04/009 vom 08.06.2004 bzw. BK 2a 04/007, BK2a 04/013 und BK2a 04/014 vom 25.06.2004. Die in den genannten, noch nach TKG (a.F.) getroffenen Entscheidungen enthaltene Feststellung, dass die Betroffene auf den Märkten für Sprachtelefondienstleistungen (Anschlüsse, Inlandsverbindungen und Auslandsverbindungen) über eine marktbeherrschende Stellung verfügt, behält aufgrund der vom Gesetzgeber getroffenen Übergangsregelungen in § 150 Abs. 1 TKG weiterhin Geltung.

b) Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen

Gemäß § 40 Abs. 1 S. 1 TKG sind im Zusammenhang mit der Auferlegung der Verpflichtung zur Betreiberwahl und Betreibervorauswahl auch die Maßgaben des Satzes 4 zu beachten. Danach ist im Rahmen der Ausgestaltung der zur Erfüllung dieser Verpflichtung erforderlichen Zusammenschaltungsleistungen bei Entscheidungen nach Teil 2 des Gesetzes zu gewährleisten, dass Anreize zu effizienten Investitionen in Infrastruktureinrichtungen nicht entfallen, die langfristig einen stärkeren Wettbewerb sichern, und dass eine effiziente Nutzung des vorhandenen Netzes durch ortsnahe Zuführung erfolgt. Beide Vorgaben wurden insoweit durch entsprechende Entscheidungen der Beschlusskammer 4 im Vorleistungsbereich sichergestellt (vgl. insbesondere Beschlüsse BK 4c-02-045/Z13.12.02 vom 21.02.2003, BK 4e-03-004/Z03.02.03 vom 27.03.2003 und BK 4d-03-024 /Z19.05.03 vom 11.07.2003).

3. Im vorliegenden Fall bedarf es des weiteren keines vorherigen Konsultations- und Konsolidierungsverfahrens (§ 13 Abs. 1 S. 1 TKG). Es liegen außergewöhnliche Umstände vor. Die Kammer ist der Ansicht, dass dringend mit angemessenen vorläufigen Maßnahmen gehandelt werden muss, um den Wettbewerb zu gewährleisten und die Nutzerinteressen zu schützen (vgl. § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG).

a. Vorliegen außergewöhnlicher Umstände

Voraussetzung für den Erlass vorläufiger Maßnahmen im Sinne des § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG ist zunächst das Vorliegen außergewöhnlicher Umstände. Diese ergeben sich aus Sicht der Beschlusskammer vorliegend aus dem Umstand, dass aufgrund der jüngsten Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Köln zur Auslegung von § 150 Abs. 1 TKG erhebliche Unsicherheiten in Bezug auf die Frage einer Preselection- und Call-by-Call-Verpflichtung der Betroffenen entstanden sind.

Zwar geht die Beschlusskammer, wie im Sachverhalt bereits dargestellt, nach wie vor von einer Fortgeltung der bisherigen Preselection- und Call-by-Call-Verpflichtung aus. Andererseits besteht jedoch ein nicht unerhebliches Risiko, dass sich das Verwaltungsgericht Köln im Falle etwaiger Klagen, bspw. gegen die in den o.g. Missbrauchsverfahren anstehenden Entscheidungen der dargestellten Auffassung der Beschlusskammer nicht anschließen könnte. So hat die 1. Kammer Verwaltungsgericht Köln etwa in seinem Beschluss v. 11.04.2005 (Az 1 L 277/05) die Auffassung vertreten, dass die den §§ 36, 37, 39 2. Alt. TKG (a.F.) innewohnende Zusammenschaltungspflicht und die daran anknüpfende Unterwerfung unter die Anordnungsbefugnis der Regulierungsbehörde zur Festlegung von Zusammenschaltungsentgelten nicht vom Anwendungsbereich des § 150 Abs. 1 S. 3 TKG er-

fasst wird, da dies nach Ansicht des Verwaltungsgerichts auf eine Fortgeltung abstrakter gesetzlicher Verpflichtungen und Befugnisse und damit der alten Rechtslage hinausläufe, was nach Ansicht des Gerichts weder mit dem Wortlaut, noch mit Sinn und Zweck der Übergangsregelung vereinbar wäre. Mit der o.g. Rechtsprechung sind nunmehr auch erhebliche Zweifel aufgetreten, inwieweit die bisherige Preselection- und Call-by-Call-Verpflichtung rechtlich weitergilt, zumal sich nunmehr auch die 21. Kammer des Verwaltungsgerichts Köln in seinem Beschluss 21 L 319 / 05 vom 03.06.05 offensichtlich der Rechtsauffassung der 1. Kammer bezüglich der Nichtfortgeltung bisheriger gesetzlicher Verpflichtungen angeschlossen hat. Wären die Aussagen des Verwaltungsgerichts Köln auch auf die bisher in § 43 Abs. 6 TKG a.F. gesetzlich geregelte Preselection- und Call-by-Call-Verpflichtung übertragbar, so hätte dies zu Folge, dass in Deutschland entgegen dem in Art. 27 der Rahmenrichtlinie i.V.m. Art. 16 Abs. 1 b) Universaldienstrichtlinie zum Ausdruck kommenden Willen des Richtliniengebers die Verpflichtung zur Betreiber Auswahl und Betreibervorauswahl nach der Richtlinie 97/33/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 30.06.1997 über die „Zusammenschaltung in der Telekommunikation im Hinblick auf die Sicherstellung eines Universaldienstes und der Interoperabilität durch Anwendung der Grundsätze für einen offenen Netzzugang (ONP)“ im Übergangszeitraum bis zum Erlass einer auf dem Ergebnis der Marktanalyse für die Märkte 1-6 beruhenden Regulierungsverfügung nicht mehr sichergestellt wäre. Die sich aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Köln in Bezug auf die Geltung der Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung im Übergangszeitraum bis zur endgültigen Regulierungsverfügung ergebenden Risiken stellen insoweit aus Sicht der Beschlusskammer ungewöhnliche Umstände im Sinne des § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG dar.

b. Dringender Handlungsbedarf

Die Beschlusskammer ist ferner der Ansicht, dass aufgrund der unter a) dargestellten außergewöhnlichen Umstände dringend gehandelt werden muss, um den Wettbewerb zu gewährleisten und die Nutzerinteressen zu schützen.

Es kann zwar auf den Märkten für Verbindungsleistungen trotz beträchtlicher Marktmacht des ehemaligen Monopolunternehmens und beträchtlicher anhaltender Marktzutrittschranken eine Entwicklung hin zu wettbewerblichen Verhältnissen beobachtet werden. Gleichwohl ist der Fortbestand des Wettbewerbs auf den Verbindungsmärkten nur dann hinreichend abzusichern, wenn die Betroffene als Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bei der Bereitstellung des Anschlusses an das öffentliche Telefonnetz und dessen Nutzung an festen Standorten verpflichtet ist, gegenüber ihren Anschlusskunden das Recht auf freie Betreiber Auswahl bzw. Betreibervorauswahl sicherzustellen. Dies ergibt sich insoweit bereits aus den Wertungen des § 40 Abs. 1 TKG und des Art. 19 Abs. 1 Universaldienstrichtlinie.

Wie die bei der Beschlusskammer derzeit anhängigen Missbrauchsverfahren zeigen, ist die Betroffene bestrebt, dass im Zusammenhang mit der Umsetzung der Betreibervorauswahl offensichtlich vorhandene beträchtliche Missbrauchspotential zu Lasten der Wettbewerber zu erhöhen. Dieses wäre ohne Auferlegung der Verpflichtung zur Betreiber Auswahl und Betreibervorauswahl bis zum Erlass einer abschließenden Regulierungsverfügung einer Kontrolle durch die Regulierungsbehörde gänzlich entzogen.

So zeigen die bei der Beschlusskammer derzeit anhängigen Missbrauchsverfahren nach § 42 TKG bezüglich des Angebotes von Telefonendgeräten mit Call-by-Call- und Preselecti-

on-Sperre bzw. bezüglich der Abwicklung von Preselection-Aufträgen über eine elektronische Schnittstelle, dass sich die zwischen der Betroffenen einerseits und den auf die ordnungsgemäße Erfüllung der Betreiberauswahl- und Betreibervorauswahl ebenfalls angewiesenen alternativen Verbindungsnetzbetreibern andererseits bestehenden erhebliche Differenzen in Bezug auf die Art und Weise der Call-by-Call- und Preselection-Abwicklung verstärkt haben.

Es ist festzustellen, dass die Betroffene die unsichere Rechtslage in der Übergangsphase vom TKG 1996 zum TKG 2004 ganz offensichtlich dazu nutzt, ihre Verhaltensspielräume zu Lasten der auf Call-by-Call und Preselection angewiesenen Verbindungsnetzbetreiber in missbräuchlicher Weise auszuweiten. So hat die Beschlusskammer der Betroffenen mit Beschluss BK2a 04/028 vom 03.12.2004 im Wege einer vorläufigen Anordnung gemäß § 130 i.V.m. § 42 TKG untersagt, ihre Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung durch in Verkehr bringen der Endgeräte „T-Sinus 711 Net“ und „T-Sinus 721 Net“ missbräuchlich einzuschränken. Darüber hinaus hat die Betroffene ihre mit verschiedenen Verbindungsnetzbetreibern abgeschlossenen Vereinbarung zur elektronischen Übermittlung von Preselection-Auftragsdaten Anfang Juni 2004, d.h. unmittelbar vor Auslaufen des TKG 1996 mit Wirkung zum 15.09.2004 gekündigt und den betroffenen Verbindungsnetzbetreibern insoweit eine geänderte Vereinbarung (Vereinbarung zur elektronischen Übermittlung von Preselection-Auftragsdaten –Version 4.0 vom 02.06.2004) unterbreitet. Die geänderte Vereinbarung räumt der Betroffenen unter anderem zusätzlich zur bisherigen Regelung ein Recht auf Ziehung von Stichproben von Kundenunterschriften ein und bedeutet insoweit eine Verschärfung in Bezug auf die von den betroffenen Verbindungsnetzbetreibern ohnehin bereits als missbräuchlich erachtete Ausgangs-Vereinbarung. Ohne den Erlass einer vorläufigen Verpflichtung zur Ermöglichung der Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl gem. § 40 TKG bestünde insoweit das Risiko, dass die Betroffene die in den genannten Missbrauchsverfahren noch ausstehenden endgültigen Entscheidungen der Regulierungsbehörde vor dem Verwaltungsgericht Köln mit der Begründung angreift, dass eine rechtlich verbindliche Festlegung der Call-by-Call- und Preselection-Verpflichtung gemäß § 40 Abs. 1 TKG bislang noch nicht ausgesprochen worden ist. Darüber hinaus ist zu erwarten, dass die Betroffene im Falle einer weiteren Verzögerung der anhängigen Missbrauchverfahren nicht mehr bereit sein wird, die Verlängerung der ursprünglich Vereinbarung zur elektronischen Übermittlung von Preselection-Auftragsdaten auf unbestimmte Zeit zu tolerieren. Dies hätte zur Folge, dass die Betroffenen entweder die aus ihrer Sicht missbräuchliche neue Vereinbarung unterzeichnen oder aber ihre Preselection-Aufträge zukünftig über die herkömmliche Fax-Schnittstelle abwickeln müssten, was angesichts der hohen Anzahl von monatlichen Preselection-Aufträgen gerade bei größeren Anbietern nicht realisierbar wäre und damit dem Wettbewerb auf den Märkten für Orts- und Inlandsverbindungen einen ganz erheblichen Schaden zufügen würde.

Insoweit ist es nach Auffassung der Beschlusskammer nicht ausreichend, dass sich die Betroffene bereit erklärt hat, gegenüber ihren Endnutzern die in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Verpflichtungen, Call-by-Call und Preselection zu ermöglichen, bis zum Erlass einer endgültigen Regulierungsverfügung nicht zu ändern und weiterhin zu erfüllen. Entgegen der Ansicht der Betroffenen lässt sich der Zweck der in § 40 Abs. 1 TKG und in Art. 19 Universaldienstrichtlinie zwingend vorgeschriebenen Verpflichtung zur Betreiberauswahl und Betreibervorauswahl insoweit nicht auf den bloßen Schutz des Endnutzers reduzieren. Die genannten Vorschriften dienen vielmehr auch dem Schutz der Verbindungsnetzbetreiber, die im Zusammenhang mit der Verfolgung ihres Geschäftsmodells darauf angewiesen sind, dass die Betroffene ihrer entsprechenden Ver-

pflichtung insoweit auch vollumfänglich, d.h. ohne Einschränkungen auch im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern, nachkommt.

c. Angemessenheit der vorläufigen Maßnahme

Im Rahmen der nach § 12 Abs. 2 Nr. 4 TKG zu treffenden Ermessenserwägungen ist die Beschlusskammer zu dem Ergebnis gelangt, dass die Auferlegung einer vorläufigen Verpflichtung zur Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl vorliegend eine geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahme darstellt, um den Wettbewerb zu gewährleisten und die Nutzerinteressen zu schützen.

Die Maßnahme ist geeignet, den Zweck zu erreichen, weil sie der Regulierungsbehörde die Möglichkeit eröffnet, bei Vorliegen missbräuchlicher Praktiken der Betroffenen im Zusammenhang mit der Abwicklung der Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl einschreiten zu können.

Die Maßnahme ist auch erforderlich, da kein anderes Mittel zur Verfügung steht, das ebenso (oder sogar besser) geeignet ist, den Zweck zu erreichen, gleichzeitig aber denjenigen, den die Maßnahme betrifft, weniger belastet. Insoweit stellt insbesondere die von der Betroffenen angebotene „freiwillige Selbstverpflichtung“ kein ebenso geeignetes Mittel dar. Dies wäre allenfalls dann vorstellbar, wenn die Betroffene entsprechend den aus derzeitiger Sicht durchaus berechtigten Forderungen der Wettbewerber bereit wäre, auf den Verkauf von Endgeräten mit Call-by-Call- und Preselection-Sperre zu verzichten oder der Übermittlung von Preselection-Aufträgen über eine elektronische Schnittstelle nicht vom Vorliegen einer schriftlichen Willenserklärung und einer zusätzlichen stichprobenartigen Prävention des Teilnehmers abhängig zu machen. Diesbezüglich hat die Betroffene jedoch weder in der öffentlichen mündlichen Verhandlung noch im Rahmen der anhängigen Missbrauchsverfahren eine Bereitschaft zu irgendwelchen Zugeständnissen erkennen lassen. Sie beharrt vielmehr auch weiterhin auf ihren nach Einschätzung der Beschlusskammer von den Wettbewerbern durchaus zu Recht missbräuchlich eingestuften Rechtspositionen.

Die Maßnahme ist schließlich auch angemessen, da die Nachteile, die mit der Maßnahme insbesondere für die Betroffene verbunden sind, nicht völlig außer Verhältnis zu den Vorteilen stehen, die sie bewirkt.

Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Betroffene für die Übergangsphase nicht übermäßig belastet wird, da die Betroffene bereits nach der alten Rechtslage zur Sicherstellung der freien Verbindungsnetzbetreiberauswahl und –vorauswahl verpflichtet gewesen ist und sie aufgrund ihrer offenkundig nach wie vor bestehenden überragenden Marktmacht im Anschlussbereich bei Erlass der endgültigen Regulierungsverfügung zur Ermöglichung von Call-by-Call und Preselection verpflichtet werden muss.

Ferner ist zu beachten, dass die Betroffene, wie oben bereits dargestellt, die unsichere Rechtslage in der Übergangsphase vom TKG 1996 zum TKG 2004 ganz offensichtlich dazu nutzt, ihre Verhaltensspielräume zu Lasten der auf Call-by-Call und Preselection angewiesenen Verbindungsnetzbetreiber in missbräuchlicher Weise auszuweiten. Ohne den Erlass einer vorläufigen Verpflichtung zur Ermöglichung der Betreiber Auswahl und Betreiber vorauswahl gem. § 40 TKG bestünde insoweit die Gefahr, dass die Betroffene die in den genannten Missbrauchsverfahren noch ausstehenden endgültigen Entscheidungen der Regulierungsbehörde vor dem Verwaltungsgericht Köln mit der Begründung angreifen könnte, dass eine rechtlich verbindliche Festlegung der Call-by-Call- und Preselection-

Verpflichtung gemäß § 40 Abs. 1 TKG bislang noch nicht ausgesprochen worden ist. Darüber hinaus muss, wie oben bereits dargestellt, davon ausgegangen werden, dass die Betroffene im Falle einer weiteren Verzögerung der anhängigen Missbrauchsverfahren nicht mehr bereit sein wird, die Verlängerung der ursprünglichen Vereinbarung zur elektronischen Übermittlung von Preselection-Auftragsdaten nicht auf unbestimmte Zeit zu dulden. In diesem Fall müssten die Betroffenen entweder die aus ihrer Sicht missbräuchliche neue Vereinbarung unterzeichnen oder aber ihre Preselection-Aufträge zukünftig über die herkömmliche Fax-Schnittstelle abwickeln. Angesichts der hohen Anzahl von monatlichen Preselection-Aufträgen würde dies gerade bei größeren Anbietern zu ganz erheblichen Verzögerungen und schlimmstenfalls sogar zu einem Erliegen der Bearbeitung von Preselection-Aufträgen führen und bei allen Beteiligten erhebliche Mehrkosten verursachen. Dem Wettbewerb auf den Verbindungsmärkten würde insoweit ein erheblicher Schaden zugefügt.

Die Anordnung dient darüber hinaus auch dem Schutz der Nutzerinteressen. Denn auch diese können nur geschützt werden, wenn die bestehenden Wettbewerbstendenzen nicht durch einen zwischenzeitlichen etwaigen offenkundigen Missbrauch der Marktmacht in der Übergangsphase bis zur ersten Regulierungsverfügung zunichte gemacht werden.

Insgesamt überwiegt daher ganz eindeutig der mit der vorläufigen Maßnahme bezweckte Schutz des Wettbewerbs auf Verbindungsmärkten und der Nutzerinteressen gegenüber dem Interesse der Betroffenen, bis zum Erlass einer endgültigen Regulierungsverfügung nicht zur Ermöglichung der Betreiber Auswahl bzw. Betreiber vorauswahl verpflichtet zu werden.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe Klage bei dem Verwaltungsgericht in 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.

Der Klage nebst Anlagen sollen so viele Abschriften beigelegt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

Falls die Frist durch das Verschulden eines von Ihnen Bevollmächtigten versäumt werden sollte, würde dessen Verschulden Ihnen zugerechnet.

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

Kuhrmeyer
(Vorsitzender)

Busch
(Beisitzer)

Lindhorst
(Beisitzer)