



Az.: BK 2a 07 /006

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Streitbeilegung Youngtel GmbH ./ E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG

V e r f a h r e n s b e t e i l i g t e :

- 1) youngtel GmbH, Kaiserswertherstr. 269, 40474 Düsseldorf,
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Antragstellerin und Beteiligte zu 1,

- 2) E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, E-Plus-Platz 1, 40468 Düsseldorf, gesetzlich vertreten
durch die E-Plus Mobilfunk Geschäftsführungs GmbH, diese gesetzlich vertreten durch
die Geschäftsführung,

Antragsgegnerin und Beteiligte zu 2,

- Verfahrensbevollmächtigte: Loschelder Rechtsanwälte, Konrad-Adenauer-Ufer 11,
50668 Köln -

- 3) Callax Telecom Holding Leopold Straße 16, 40211 Düsseldorf, gesetzlich vertreten durch
die Geschäftsführung,

Beteiligte zu 3,

- Verfahrensbevollmächtigte: : Loschelder Rechtsanwälte, Konrad-Adenauer-Ufer 11,
50668 Köln -

- 4) debitel AG, Gropiusplatz 10, 70545 Stuttgart, gesetzlich vertreten durch die
Geschäftsführung,

Beteiligte zu 4,

- 5) mobilcom Communicationstechnik GmbH, Deelbögenkamp 4c, 22297 Hamburg,
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Beteiligte zu 5,

- 6) M-net Telekommunikations GmbH, Emmy-Noether-Straße 2, 80992 München,
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Beteiligte zu 6,

Hat die Beschlusskammer 2 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen, Tulpenfeld 4, 53113 Bonn, gesetzlich vertreten durch ihren Präsidenten Matthias Kurth,

durch

ihren Vorsitzenden Dir. Dipl. Ing. Bernhard Kuhrmeyer,

ihren Beisitzer ORR Joerg Lindhorst,

und ihre Beisitzerin ltd. RegDir´n Ute Dreger

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. November 2007

am 03.01.2008 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, der Antragstellerin den vom Bundesministerium für Post und Telekommunikation mit Schreiben vom 29.04.1994 genehmigten „E-Plus Diensteanbietervertrag“ nach Punkt 17.5 der „Lizenz zum Errichten und Betreiben eines digitalen zellularen Mobilfunknetzes (E1-Netz)“ vom 4. Mai 1994 in seiner gegenwärtigen Fassung zu übermitteln.
2. Im Übrigen werden die Anträge zurückgewiesen.

Gründe

I.

1. Verfahrensgegenstand

Die Parteien streiten über Fragen der Verhandlungspflicht im Zusammenhang mit der Zulassung von Diensteanbietern auf GSM-Mobilfunknetzen.

Die Antragstellerin ist ein 2004 gegründetes Unternehmen, das bislang als Händlerin im Bereich des Verkaufs von Mobilfunkgeräten tätig ist. Darüber hinaus vertreibt die Antragstellerin Prepaid-Karten und Kartenverträge von Mobilfunknetzbetreibern und Diensteanbietern (Service Providern) im Mobilfunkmarkt.

Die Antragstellerin beabsichtigt, nunmehr selbst als Diensteanbieterin auf dem GSM-Mobilfunkmarkt tätig zu werden. Sie plant, ihren Kunden auf der Grundlage eines sogenannten "Service Provider Vertrages" Mobilfunkdienste u. a. auch der Antragsgegnerin im eigenen Namen und auf eigene Rechnung anzubieten.

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um die Betreiberin eines digitalen zellularen Mobilfunknetzes nach dem GSM-Standard.

Für die Errichtung und den Betrieb des GSM-Netzes wurde der Antragsgegnerin auf der Grundlage von § 2 FAG am 04.05.1993 eine Verleihung ("E1-Lizenz") durch das damalige Bundespostministerium erteilt (Vfg. 259.3, ABI. BMPT 23/94 S. 880 ff.). Diese enthält u. a. Regelungen über die Zulassung, Auswahl und Nichtdiskriminierung von Diensteanbietern.

Ziffer 17.1 der Lizenz lautet:

"Der LIZENZNEHMER ist verpflichtet, geeignete Diensteanbieter zuzulassen. Die Diensteanbieter haben unter Beachtung der ausschließlichen Rechte des Bundes (vgl. § 1 Abs. 2 und 4 Satz 2 FAG) das Recht, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Mobil-

funkdienste des LIZENZNEHMERS zu vertreiben sowie Zusatzdienste im Rahmen der Lizenz zu entwickeln und ihren Teilnehmern anzubieten."

Ziffer 17.2 der Lizenz lautet:

"Der LIZENZNEHMER verpflichtet sich, die Auswahl und Zulassung der Diensteanbieter nach sachlichen Kriterien unter Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen, sie weder exklusiv noch unverhältnismäßig lange an sich zu binden, noch sonst hinsichtlich ihrer eigenen Preis- und Konditionengestaltung oder hinsichtlich anderer Betätigungsfelder einzuschränken."

Ziffer 17.5 der Lizenz lautet:

„Die Grundsätze der Entgeltregelungen und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für die Verträge mit den Diensteanbietern bedürfen im Hinblick auf deren Übereinstimmung mit dieser Lizenz der vorherigen Zustimmung durch den LIZENZGEBER. Das gleiche gilt für solche Vereinbarungen mit Diensteanbietern, die wesentliche Abweichungen von diesen Grundsätzen der Entgeltregelungen sowie von diesen Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten. Hinsichtlich der Höhe der Entgelte ist der LIZENZNEHMER im übrigen frei, soweit sich nicht aus dem nachfolgenden Absatz etwas anders ergibt.“

Die Antragstellerin hatte bei der Antragsgegnerin bereits im Jahre 2006 den Abschluss eines Diensteanbieter-Vertrages nachgefragt. Geschäftsidee war seinerzeit, Pre-Paid Mobilfunkverträge über den Discount Einzelhandel zu vertreiben. Ein Diensteanbietervertrag mit der Antragsgegnerin kam nicht zustande, da die Antragsgegnerin die Eignungsvoraussetzungen der Antragstellerin als Diensteanbieterin auf ihrem Netz als nicht erfüllt ansah. Insbesondere waren/seien Fragen der technischen Umsetzung des Konzepts der Antragstellerin nicht geklärt worden. Die Antragstellerin hatte daraufhin ein Streitbeilegungsverfahren nach § 133 i.V.m. § 44 TKG - seinerzeit vor der Beschlusskammer 3 der Bundesnetzagentur - anhängig gemacht (Az. BK 3 – 06/007), mit dem Antrag die Antragstellerin zur Zahlung von Schadensersatz in Höhe von 2 Millionen Euro zu verpflichten, da diese sich durch den Vertrieb von Mobilfunkkarten über den Discounter Aldi ihr Konzept zu eigen gemacht und ausgenutzt habe. Die Antragsgegnerin hatte hierzu vorgetragen, die Geschäftsidee "Aldi" schon lange vor und unabhängig von den Ideen der Antragstellerin verfolgt zu haben. Nachdem die Beschlusskammer in der mündlichen Verhandlung ernsthafte Zweifel daran geäußert hatte, dass über § 133 TKG Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können, nahm die Antragstellerin den Antrag zurück.

Im hier streitigen Verfahren fordert die Antragstellerin unter Berufung auf die lizenzrechtlichen Verpflichtungen der Antragsgegnerin aus Punkt 17.1 und 17.2 der E1-Lizenz ernsthafte Verhandlungen über den Abschluss eines Diensteanbietervertrages in Form von Übermittlung der für Service-Provider geltenden technischen und finanziellen Konditionen durch die Antragsgegnerin, um ihrerseits ein als "Dual-SIM/Mehrnetztechnik" bezeichnetes neues Geschäftsmodell realisieren zu können.

Das Geschäftsmodell basiert auf dem Einsatz von am Markt bereits verfügbarer sog. Mehr-SIM-Geräte. Da gegenwärtig nur Dual-SIM-Geräte verfügbar sind, will die Antragstellerin zunächst diese zum Einsatz bringen. Später sollen auch Triple- oder Quadro-SIM-Geräte eingesetzt werden. Dual-SIM-Geräte bieten aktuell die Möglichkeit, zwei SIM-Karten gleichzeitig in einem Endgerät zu verwenden. Beide SIM-Karten sind durch die doppelte Send- und Empfangstechnik dabei ständig im Netz eingebucht. Die Geräte funktionieren so, als betreibe der Endkunde zwei separate Endgeräte in einem. Mit einem "CLIP no screening Verfahren" sei es dabei möglich nur eine Rufnummer für abgehende Gespräche zu verwenden. Mit diesem neuen Geschäftsmodell würden bestehende verschiedene Produkte verschiedener Netzbetreiber zu einem neuen Gesamtangebot zusammengeführt. Die Antragstellerin strebt mit dem neuen Geschäftsmodell die Preisführerschaft im Mobilfunkmarkt an.

Ziel ist es ein neues günstiges Preisniveau am Markt zu erreichen, dadurch dass die Gesprächsführung ohne Terminierung in fremde Netze und entsprechend ohne Terminierungskosten erfolge. Hierzu soll ggf. ein Verfahren zur automatischen Anwahl des Netzes der Zielrufnummer zum Einsatz kommen.

Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin das Geschäftsmodell unter Zugrundelegung eines Patentes für automatische Anwahlverfahren am 24.05.2007 präsentiert und das Patent bis 16.08.2007 mehrfach unter Hinweis auf Fristablauf wegen Bindung an einen oder mehrere (andere) Investoren zum Kauf bzw. zur Lizenzierung angeboten. Zwischen den Parteien ist streitig, ob die Antragstellerin bei der Präsentation am 24.05.2007 zu diesem Zeitpunkt erklärt hat, über ein zum Patent alternatives Geschäftsmodell nicht zu verfügen.

Im hier streitigen Verfahren wandte sich die Antragstellerin erstmals mit Schreiben vom 11.04.2007 - sodann wiederholt mit Schreiben vom 23.04.2007, 01.06.2007, 11.07.2007, 14.07.2007, 30.07.2007, 16.08.2007 und unter mehrfacher Fristsetzung - an die Antragsgegnerin und bat mit Blick auf ihre geschäftliche Planung erfolglos um Übermittlung einer "Kosten- und Konditionenübersicht" für Diensteanbieter. Die Antragstellerin fordert von der Antragsgegnerin im Einzelnen:

- Übersicht über Kosten und Konditionen (Mustervertrag)
- einer Service Provider Anbindung
- Zeitrahmen, wann die Anbindung herstellbar sei
- notwendige technische Spezifikationen der Anbindung
- vollständige Kosten der Anbindung
- laufende Kosten der Anbindung
- Einkaufskonditionen für bestehende Tarife
- Einkaufskonditionen für Netzminuten (intern und extern)
- Angaben zur Höhe einer Sicherheitsleistung
- Angaben zu Provisionen
- Angaben zu Boni
- Vergütung für eingehende Gespräche
- Staffelpreise für Netzminuten
- Sonstige Erfordernisse

Die Antragstellerin macht geltend, die Antragsgegnerin sei entgegen Punkt 17.1 und 17.2 der E1-Lizenz nicht bereit, einen Diensteanbietervertrag mit ihr abzuschließen. Die Antragsgegnerin sei bestrebt, das von der Antragstellerin beabsichtigte neue Geschäftsmodell im Markt zu verhindern, da bei diesem Geschäftsmodell Terminierungsleistungen zwischen dem Netz der Antragsgegnerin und den anderen deutschen Mobilfunknetzen weitgehend entfielen und der Antragsgegnerin daher eine Einnahmequelle verschlossen würde. Die Antragsgegnerin habe bereits eingangs der Verhandlungen in einem Telefonat am 20.04.2007 erklärt, sie als Diensteanbieter nicht zulassen zu wollen. Auch in der Präsentation des Mehr-SIM-Modells am 24.04.2007 habe die Antragsgegnerin zum Ausdruck gebracht, dass sie kein Interesse am Markteintritt dieses Modells habe.

Um einen Vertragsschluss mit der Antragstellerin zu verhindern, würde die Antragsgegnerin immer wieder Unterlagen zu dem von der Antragstellerin angemeldeten und der Antragsgegnerin zuletzt mit Schreiben vom 16.08.2007 bzw. 24.08.2007 - mit Frist bis Oktober 2007 - zum Kauf bzw. zur Lizenzierung angebotenen Patent anfordern und habe die Verhandlung mit Schreiben vom 12.06.2007 bis zur Übermittlung von Patentunterlagen ruhend gestellt. Die Antragsgegnerin sei zum Aussetzen der Verhandlungen mit Blick auf die Patentunterlagen aber nicht berechtigt. Denn das Geschäftsmodell der Antragstellerin ließe sich auch unabhängig von dem Patent verwirklichen. Ein Patenterwerb durch die Antragsgegnerin sei nur eine von mehreren Alternativen der geschäftlichen Zusammenarbeit mit der Antragsgegnerin. Hierauf sei die Antragsgegnerin auch mehrfach hingewiesen worden, ohne von ihrer

Forderung nach Patentunterlagen abzulassen.

Die Antragsgegnerin verhindere einen Vertragsabschluss mit der Antragstellerin ferner dadurch, dass sie die Übermittlung der o.g. technischen und finanziellen Diensteanbieter-Konditionen verweigere, die die Antragstellerin mehrfach unter Fristsetzung angefordert habe. Die Antragsgegnerin sei nicht berechtigt, diese Angaben zu verweigern, da die Antragstellerin sie für ihre eigene weitere geschäftliche Planung benötige und Fragen der Antragsgegnerin an ihr Geschäftsmodell zum Teil auch nur in Abhängigkeit von diesen Angaben der Antragsgegnerin beantworten könnte.

Die Antragsgegnerin verzögere den Abschluss der Eignungsprüfung bzw. -feststellung der Antragstellerin und damit den Abschluss des Diensteanbietervertrages ferner dadurch, dass sie immer wieder und immer neue Fragen zum Geschäftsmodell der Antragstellerin stelle. Hierzu sei die Antragsgegnerin aber nicht berechtigt, da die Antragstellerin alle erforderlichen und zumutbaren Angaben, insbesondere zu ihrer technischen und finanziellen Eignung - bereinigt um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse - bereits gemacht und auf Nachfrage sogar ergänzt, präzisiert und vervollständigt habe.

Sie sei zudem zur Beantwortung weiterer Fragen zu der von ihr beabsichtigten Tarifgestaltung nicht in der Lage, da sie hierfür zunächst auf die Kenntnis der Einkaufsbedingungen der Tarife der Antragsgegnerin angewiesen sei, die diese ihr vorenthalte. Sie sei zudem zur Beantwortung von Fragen der Antragsgegnerin nicht verpflichtet, eigene Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse preiszugeben. Zwar habe sie eine Vertraulichkeitsvereinbarung mit der Antragsgegnerin abgeschlossen. Die Preisgabe von Geschäftsgeheimnissen sei ihr aber deshalb nicht zuzumuten, weil sich die Antragsgegnerin im „Aldi-Fall“ bereits einmal eine Geschäftsidee der Antragstellerin zu Unrecht zueigen gemacht und selbst in den Markt gebracht hätte.

Die Antragstellerin hat daher Einblick in die von der Antragsgegnerin erbetenen Patentunterlagen zuletzt von der Übermittlung der Konditionen für Diensteanbieter abhängig gemacht. Ebenso macht sie die Beantwortung von weiteren Fragen der Antragsgegnerin an ihre Geschäftsmodelle von der Übermittlung von Diensteanbieterkonditionen und dem Nachweis abhängig, dass die noch offenen Fragen von allen Diensteanbietern der Antragsgegnerin hätten beantwortet werden müssen.

Mit Schreiben vom 03.09.2007 stellte die Antragstellerin einen "Eilantrag auf Einleitung eines Schlichtungsverfahrens" mit dem sie die Bundesnetzagentur um Durchführung eines Schlichtungsgesprächs ersuchte.

Mit Schreiben vom 17.09.2007 wurde der Antrag weiter begründet und folgende "Ziele der Antragstellerin" benannt:

- 1) "Die E-Plus ist zur sofortigen Aufnahme ernsthafter Verhandlungen über eine Anbindung der youngtel GmbH zu verpflichten (inkl. Nennung verbindlicher Kriterien)"
- 2) "Der Zeitpunkt (Datum) der Nichterfüllung der Anbindungsverpflichtung ist zu benennen"
- 3) Die E-Plus ist zu verpflichten, der youngtel GmbH den entstandenen Schaden, den diese durch die Nichtbelieferung ihrer Lieferanten/Kunden ab dem Zeitpunkt der Nichterfüllung der Anbindungsverpflichtung erlitten hat vollständig zu erstatten"
- 4) "Zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens und als Signal an die Marktteilnehmer ist die E-Plus zur Zahlung einer empfindlichen Strafzahlung zu verpflichten, da sie wesentlich und wiederholt gegen die ihr erteilte Lizenz und das TKG verstoßen hat"
- 5) "Es ist zu prüfen, ob das Verhalten der E-Plus ein uneingeschränktes Aufrechterhalten der erteilten Lizenz weiterhin erlaubt oder der Absatz 35.1 der Lizenz greift".

Die Antragstellerin bittet, den Antrag auf Schadensersatz separat zu behandeln, da die Wettbewerbsbehinderung in jedem Falle sanktioniert werden müsse. Auch die Wettbewerbsbehinderung der Antragsgegnerin aus 2005/2006 müsse hierbei berücksichtigt werden. Auch die weiteren Antragsziele sollen aus Gründen des Wettbewerbsschutzes und im öffentlichen Interesse unabhängig von Antrag der Antragstellerin durch die Bundesnetzagentur weiterverfolgt werden.

Die Antragsgegnerin beantragt,

das Begehren der Antragstellerin insgesamt zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin trägt vor:

Die mit der Antragstellung verfolgten Ziele seien weder zulässig noch begründet.

Die Voraussetzungen des § 133 TKG lägen nicht vor.

Das Streitbeilegungsverfahren sei kein statthafter Rechtsbehelf bei Verpflichtungen aus Mobilfunklizenzen. Jedenfalls erfasse es nicht die Diensteanbieter-Verpflichtung der Antragsgegnerin aus der E1-Lizenz.

§ 133 TKG knüpfe an die Verletzung von Verpflichtungen aus dem TKG oder aufgrund des TKG an. Die Verpflichtung zur Zulassung von Diensteanbietern sei aber keine solche aus oder aufgrund des TKG, sondern eine lizenzrechtliche Verpflichtung aus der E1-Mobilfunklizenz, die der Antragsgegnerin vor dem TKG 1996 erteilt wurde. § 150 Abs. 4 TKG regule lediglich die Fortgeltung der damals eingegangenen Verpflichtungen. Die Regelung setze damit aber keinen neuen Rechtsgrund. Die Verpflichtungen blieben Verpflichtungen nach dem alten Recht. Sie seien damit keine Verpflichtungen aus oder aufgrund des TKG 2004. Dies habe auch die Bundesnetzagentur in ihrer Stellungnahme im Verfahren 1 K 4871/05 so gesehen. Zur weiteren Begründung werde auf die Stellungnahme der Antragsgegnerin im Verfahren BK3a-05/042 (debitel ./ E-Plus) verwiesen.

Auch die Neuregelung des § 150 Abs. 4a TKG, die in das TKG durch das Änderungsgesetz 2007 aufgenommen worden sei, ändere nichts daran, dass § 133 TKG beim Streit um Lizenzverpflichtungen nicht anwendbar sei. Nach § 150 Abs. 4a TKG würden zwar Verpflichtungen u. a. aus § 150 Abs. 4 TKG auch als Verpflichtungen im Sinne des § 133 TKG gelten. Dies gelte freilich nur, soweit solche Altverpflichtungen wirksam blieben oder fort gelten würden. Diese Voraussetzung sei aber für die Diensteanbieter-Verpflichtung nicht gegeben. Die Diensteanbieter-Verpflichtung verstoße jedenfalls für Mobilfunknetzbetreiber ohne beträchtliche Marktmacht gegen die geltenden gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Das geltende Gemeinschaftsrecht sehe in Artikel 12 Abs. 1 Buchstabe d) in Verbindung mit Artikel 8 Abs. 2 der Zugangsrichtlinie derartige Resale-Verpflichtungen nur noch für Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht vor. Die Regelung des § 133 TKG sei daher im Zweifelsfall gemeinschaftsrechtskonform dahin zu verstehen, dass von ihr jedenfalls nicht Verpflichtungen von Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht erfasst werden.

Hinzu komme, dass die Bundesnetzagentur im Entwurf der Festlegung der Präsidentenkammer für den Bereich Zugang und Verbindungsaufbau in öffentliche Mobilfunknetze (Teilmarkt für Diensteanbieter) vom 30.08.2006 (S. 56 ff., 71) die Abwesenheit beträchtlicher Marktmacht der Mobilfunknetzbetreiber festgestellt habe. § 133 TKG könne sich aber nicht auf Übergangsregelungen bezüglich eines für eine Vorabregulierung abstrakt in Betracht kommenden Marktes beziehen, wenn die Bundesnetzagentur in einer Analyse dieses Marktes zwischenzeitlich die Abwesenheit beträchtlicher Marktmacht festgestellt habe und daher bestehende Vorabverpflichtungen mangels einschlägiger Ausnahmeregelung zwingend aufzuheben seien.

Es handele sich nicht um eine Streitigkeit "zwischen" Telekommunikationsunternehmen. Die einschlägige Lizenzbestimmung gelte lediglich in dem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zwischen der Lizenznehmerin und der Lizenzgeberin. Sie begründe keine subjektiven, leistungsbezogenen Rechte Dritter. Auch wenn die Lizenz insoweit von einem "Recht" der Diensteanbieter spreche, sei damit nicht gesagt, dass sie einen subjektiven privatrechtlichen Anspruch eines Bewerbers gegen den Lizenznehmer begründen wollte.

Es fehle an einer von § 133 TKG zwingend vorausgesetzten "Streitigkeit" zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin.

Das Streitbeilegungsverfahren solle nicht bereits dann zum Einsatz kommen, wenn eine Partei eine Entscheidung der Beschlusskammer einer privatrechtlichen Einigung vorziehe (Gurlit in: Berliner Kommentar zum TKG, 2006, § 133 Rn 8 mwN). Ein Antrag nach § 133 TKG sei daher nur dann statthaft, wenn der Antragsteller zuvor zumindest ein unmissverständliches Anliegen an die andere Partei herangetragen und auf diese Anfrage entweder überhaupt keine Reaktion oder nur eine solche erhalten habe, die nach seiner Auffassung unzureichend ist (Gurlit, aaO, Rn 9).

Die Antragsgegnerin sei bislang noch gar nicht in der Lage gewesen, eine abschließende Prüfung des Anliegens der Antragstellerin vorzunehmen, so dass sich ein Streit noch gar nicht habe entwickeln können.

Die Antragsgegnerin habe auf das letzte Angebot der Lizenzierung eines Patentes Informationen zu diesem angefordert. Noch im Schreiben vom 16.08.2007 habe die Antragstellerin selbst angekündigt, bis Ende Oktober zu Verhandlungen mit der Antragsgegnerin über die Lizenzierung des Patents bereit zu sein. In diesem Schreiben habe sie der Antragsgegnerin noch unterschiedliche Varianten einer Zusammenarbeit vorgestellt. Dies belege deutlich, dass am 16.08.2007 noch keine Streitigkeit vorlag, sondern die Parteien immer noch in der "Informationsaustausch- und Informationssammelungsphase" gewesen seien. Auf erneute Nachfrage der Antragsgegnerin zum Patent mit Schreiben vom 30.08.2007 habe die Antragstellerin dann das Streitbeilegungsverfahren beantragt.

Auch aus der Korrespondenz der vorangegangenen Monate ergebe sich nicht, dass zwischen der Antragsgegnerin und der Antragstellerin eine Streitigkeit im Sinne des § 133 TKG bestanden hätte. Vielmehr habe die Antragstellerin der Antragsgegnerin immer wieder unterschiedliche Informationen zu wechselnden Geschäftsmodellen zukommen lassen, die zum Teil auch noch widersprüchlich gewesen seien. Auf Nachfrage der Antragsgegnerin habe die Antragstellerin ausweichend und missverständlich reagiert, teils ohne Belege für ihre Behauptungen.

Der Antrag zu 1), die Antragsgegnerin zur sofortigen Aufnahme "ernsthafter Verhandlungen" über eine "Anbindung" der Antragstellerin unter Nennung verbindlicher Kriterien zu verpflichten, sei schon mangels Bestimmtheit unzulässig.

Der Begriff "ernsthafte Verhandlungen" sei völlig offen, eine entsprechende Verpflichtung wäre nicht vollziehbar.

Jedenfalls sei der Antrag unbegründet. Die Antragstellerin habe keinen Anspruch auf Aufnahme von Verhandlungen über einen Diensteanbieter-Vertrag. Denn die Lizenzauflagen aus Ziffer 17.1 und 17.2 der E1-Lizenz seien europarechtswidrig und daher aufzuheben.

Die Verpflichtung zur Zulassung von Diensteanbietern gelte nur gegenüber "geeigneten" Diensteanbietern. "Ernsthafte" Verhandlungen über einen Diensteanbieter-Vertrag seien daher nur mit geeigneten Diensteanbietern durchzuführen. Die Verhandlungen setzten damit denotwendig die Eignung des potenziellen Diensteanbieters voraus. Die Eignung als Diensteanbieter habe aber bislang noch nicht festgestellt werden können.

Um die Eignung feststellen zu können sei - denknotwendig - eine Prüfung der verschiedenen Eignungsparameter durch die Antragsgegnerin erforderlich. Die Prüfung der Eignungsparameter habe noch nicht abgeschlossen werden können.

Die Zweifel, die bereits im letzten Jahr an der Eignung der Antragstellerin bestanden hätten, hätten von dieser bislang nicht ausgeräumt werden können, seien durch die widersprüchlichen Ausführungen der Antragstellerin rund um ihr angeführtes Patent sogar noch verstärkt worden.

So habe die Antragstellerin Ende Mai 2007 anlässlich der Präsentation der Mehr-SIM-Technik die Übermittlung von Patentunterlagen angekündigt. Die Übermittlung sei trotz mehrfacher Nachfrage aber zu keinem Zeitpunkt erfolgt. Stattdessen habe die Antragstellerin mit E-Mail vom 01.06.2007 erklärt, ihre Geschäftsidee sei völlig unabhängig von dem Patent und dessen Umsetzung. Mit E-Mail vom 14.06.2007 habe die Antragstellerin dann zugestanden, zu diesem Zeitpunkt über gar kein Patent zu verfügen, aber ihr Businessmodell aber auch mit standardmäßiger 1-SIM-Technik betreiben zu können. Eine Patententscheidung sei sodann für Anfang September angekündigt worden. Mit Schreiben vom 16.08.2007 habe die Antragstellerin dann wiederum behauptet, ein weltweites Patent zur automatischen Steuerung und Netzzuordnung von Mehr-SIM-Geräten zu halten. Mit Schreiben vom 28.09.2007 habe sie eingeräumt, dass ein Patent mit Blick auf den allgemeinen Stand der Technik eventuell nicht eintragungsfähig sei.

Die Antragsgegnerin fordere unter Berücksichtigung der gesetzlichen Wertungen im Rahmen der Frequenzvergabeverfahren als Eignungsvoraussetzung von Diensteanbietern Leistungsfähigkeit, Fachkunde und Zuverlässigkeit (vgl. § 61 Abs. 6 Satz 2 TKG und § 8 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 2 und 3 TKG 1996):

Bei der Leistungsfähigkeit sei ein wesentlicher Gesichtspunkt, ob der Bewerber die Gewähr dafür bietet, dass ihm die für den Aufbau und Betrieb des Geschäfts erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen.

Fachkunde besitze, wer die Gewähr dafür bietet, dass die im Geschäft tätigen Personen über die erforderlichen Kenntnisse und Fertigkeiten verfügten.

Zuverlässig sei, wer die Gewähr dafür bietet, dass die für den Betrieb maßgeblichen Rechtsvorschriften eingehalten werde.

Die Antragstellerin habe bislang nicht dargelegt, dass sie zuverlässig, fachkundig und leistungsfähig sei oder wie diese Voraussetzungen erfüllt werden sollten.

Die Antragstellerin habe die für Diensteanbieter erforderliche Fachkunde nicht nachgewiesen. Die Antragstellerin verfüge neben zwei Geschäftsführern lediglich über drei - nicht festangestellte - Mitarbeiter. Sie verfüge damit offenkundig nicht über das Personal, das die für die Tätigkeit als Diensteanbieter notwendigen kaufmännischen, technischen und rechtlichen Kenntnisse abbilden könnte.

Die Antragstellerin habe ihre Leistungsfähigkeit nicht nachgewiesen. Insbesondere könne ohne präzise Informationen und Unterlagen zum vorgetragenen Patent die Leistungsfähigkeit nicht abschließend beurteilt werden.

Die Leistungsfähigkeit sei auch insofern nicht dargelegt als es bislang an der Darstellung eines schlüssigen und umsetzbaren Geschäftsmodells fehle, das insbesondere auch geeignete und volumentaugliche Absatzkanäle identifiziere. Das Vorliegen eines realisierbaren Geschäftsmodells sei bei der Antragstellerin besonders wichtig, da es sich um ein sehr kleines Unternehmen ohne Erfahrung im operativen Telekommunikationsgeschäft handle. Die

Antragstellerin habe insoweit auch immer wieder wechselnde Geschäftsmodelle vorgetragen, so dass gegenwärtig schlicht unklar sei, welches konkrete Modell nun verfolgt werden solle. Das Geschäftsmodell habe daher unter dem Gesichtspunkt Leistungsfähigkeit noch gar nicht geprüft werden können.

Ferner fehlten konkrete Informationen zur Vertriebsstrategie und ein schlüssiges Finanzierungskonzept der Antragstellerin als Voraussetzungen der Leistungsfähigkeit. Es sei von der Antragstellerin Gewähr dafür zu bieten, dass ihr die für den Aufbau und Betrieb des Geschäfts erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen. Die bisherigen Angaben seien so pauschal, dass sie nicht prüffähig seien.

Die Antragstellerin habe weder ihre Partner benannt noch quantifizierte Informationen zu Absatzzahlen vorgelegt.

Die Antragstellerin habe widersprüchliche Angaben zu ihrem Patent gemacht. Ohne präzise Informationen über Bestehen und Inhalt des Patents, könne die Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht abschließend beurteilt werden.

Die Antragstellerin habe die Fragen der Antragsgegnerin an ihr Geschäftsmodell bzw. ihre alternativen Geschäftsmodelle in der E-Mail vom 30.07.2007 nicht substantiiert beantwortet.

Aufgrund der widersprüchlichen Angaben rund um das Patent der Antragstellerin bestünden Zweifel an der Zuverlässigkeit der Antragstellerin. Es sei auch im öffentlichen Interesse erforderlich, dass keine Zweifel daran bestünden, dass die Antragstellerin ein verlässlicher Diensteanbieter sein werde, der die Gewähr für die Einhaltung der maßgeblichen Bestimmungen biete. Die Antragstellerin habe nichts unternommen, bestehende Zweifel auszuräumen.

Zweifel an der Zuverlässigkeit bestünden auch deshalb, weil bislang nicht habe ausgeschlossen werden können, dass das Mehr-SIM-Modell ein sog. SIM-Boxing darstelle, welches dem Widmungszweck der Frequenzen zuwider laufe.

Selbst wenn die Eignung der Antragstellerin als Diensteanbieterin zu bejahen wäre, bestünde damit kein Anspruch auf Zulassung als Diensteanbieter. Die Lizenz sehe neben dem Kriterium der Geeignetheit in Ziffer 17.2 eine Auswahl der Bewerber vor. Sei aber eine Auswahl eröffnet, ergebe sich im Umkehrschluss, dass eben nicht alle Bewerber zugelassen werden müssten. Es könnten unter Beachtung der Prüfkriterien der Lizenz auch Zurückweisungen erfolgen. Die Entscheidung hierüber obliege der Antragsgegnerin, jedenfalls komme ihr die Einschätzungsprärogative zu.

Der Antrag zu 2), den Zeitpunkt (Datum) der Nichterfüllung der Anbindungsverpflichtung zu benennen, sei unbestimmt und unverständlich. Es bleibe im Unklaren, was die Antragstellerin damit bezwecken wolle.

Der Antrag zu 3) auf Verpflichtung zur Zahlung von Schadensersatz sei unzulässig, jedenfalls aber unbegründet.

Das Verfahren nach § 133 TKG stelle keinen Rechtsbehelf dar, um über zivilrechtliche Schadensersatzansprüche zu befinden.

Der Antrag auf Schadensersatz sei offenkundig auch unbegründet. Die Antragstellerin habe keinen materiellen Anspruch gegen die Bundesnetzagentur auf Verpflichtung der Antragsgegnerin zu Schadensersatz.

Ein Schadensersatzanspruch scheitere auch daran, dass keine Verpflichtung zur Zulassung - selbst geeigneter - Diensteanbieter bestünde.

Schließlich fehle es auch an einem Schaden, der geltend gemacht werden könnte. Die Antragstellerin verlange Ersatz eines hypothetischen Schadens, den sie "durch Nichtbelieferung ihrer Lieferanten/Kunden ab dem Zeitpunkt der Nichterfüllung der Anbindungsverpflichtung erlitten hat". Die Entstehung eines Schadens hänge aber von vielen von der Antragsgegnerin nicht zu beeinflussenden Faktoren ab (Aufbau und Finanzierung des eigenen Betriebs, Gewinnung von Kunden etc.), so dass nicht erkennbar sei, ob und in welcher Höhe ein Schaden entstanden sein könnte.

Das Antragsziel zu 4), die Antragsgegnerin zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens und als Signal an die Marktteilnehmer zur Zahlung einer empfindlichen Strafzahlung wegen Verstoßes gegen die Lizenz und das TKG zu verpflichten, sei im Verfahren nach § 133 TKG nicht zulässig.

Das Antragsziel zu 5) einen Lizenzwiderruf gegenüber der Antragsgegnerin zu prüfen sei unzulässig.

Die Kammer hat am 28.11.2007 eine mündliche Verhandlung mit dem Ziel einer gütlichen Einigung durchgeführt. Die Vergleichsbemühungen der Kammer sind gescheitert, da die Antragstellerin erklärte, sie sei zur Beantwortung eines konkreten und abschließenden Fragenkatalogs der Antragsgegnerin an ihr Geschäftsmodell nur unter der Voraussetzung bereit, dass diese zugleich auch über Schadensersatzleistungen mit ihr verhandele.

Die Antragsgegnerin hat im nachgelassenen Schriftsatz vom 04.12.2007 nochmals angeboten, Kriterien für die Zulassung der Antragstellerin als Diensteanbieterin zu benennen, sobald die Antragstellerin ihr Geschäftsmodell eindeutig benenne und die im Schriftsatz im einzelnen aufgeführten Fragen hierzu beantworte.

Die Antragstellerin hat mit Schreiben vom 06.12.2007 hierzu erwidert, dass die geforderten Zahlen entweder bereits vorlägen oder ohne Mitwirkung der Antragsgegnerin seriös nicht zu ermitteln seien. Die Antragstellerin sei nicht berechtigt, die an die Antragstellerin gerichteten Fragen zu stellen. Sie hat ihren Rechtsstandpunkt nochmals bekräftigt und erklärt, die Anträge in vollem Umfang aufrechterhalten zu wollen.

2. Sonstiges

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Akten Bezug genommen.

II.

Dem Antrag zu 1 ist im Umfang des Tenors statt zu geben. Im Übrigen sind die Anträge als unzulässig abzulehnen.

1. Zulässigkeit

1.1 Verfahren im allgemeinen

Über die auf § 133 TKG gestützten Anträge war nach §§ 133 Abs. 1, 133 Abs. 3 i.V.m. § 132 Abs. 1 Satz 1 TKG im Beschlusskammerverfahren zu entscheiden. Die Entscheidung ergeht gemäß § 133 Abs. 3 i.V.m. § 132 Abs. 1 Satz 1 TKG nach Anhörung der Beteiligten sowie aufgrund öffentlicher mündlicher Verhandlung (§ 133 Abs. 3 i.V.m. § 135 Abs. 3 Satz 1 TKG).

Die viermonatige Verfahrensfrist nach § 133 Abs. 1 Satz 2 TKG nach Anrufung durch die Antragstellerin, für deren Beginn der Eingang der über den Antrag vom 03.09.2007 hinausgehenden konkreten - als „Ziele“ formulierten - Anträge der Antragstellerin bei der Be-

schlusskammer maßgeblich ist, ist gewahrt.

Die nach § 133 Abs. 3 i.V.m. § 132 Abs. 4 Satz 1 TKG erforderlichen Abstimmungs-, Auskunfts- und Informationspflichten wurden beachtet. Die übrigen Beschlusskammern und Abteilungen wurden im erforderlichen Umfang über die beabsichtigte Entscheidung informiert und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Eine formelle Beteiligung des Bundeskartellamtes in Form einer Stellungnahme nach § 123 Abs. 1 Satz 2 TKG war nicht erforderlich. Bei Streitbeilegungsverfahren nach § 133 TKG handelt es sich nicht um „Entscheidungen nach Teil 2 Abschnitt 2 bis 5“ des TKG, die von dieser Vorschrift in Bezug genommen werden, sondern um Entscheidungen nach Teil 8 Abschnitt 3 des Gesetzes. Eine entsprechende Anwendung von § 123 Abs. 1 Satz 2 TKG kommt nicht in Betracht, da § 133 Abs. 3 TKG zwar die entsprechende Geltung der §§ 126-137 TKG anordnet, aber auf § 123 TKG gerade nicht Bezug nimmt. Eine Regelungslücke besteht nach Sinn und Zweck des Stellungnahmerechts nicht, das auf eine einheitliche Rechtsauslegung (vgl. § 123 Abs. 1 Satz 4 TKG) und –anwendung zielt. Denn auch bei anderen Regulierungsverfahren von grundsätzlicher rechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung, etwa im Bereich der Frequenzzuteilung oder Nummerierung, gibt es nach dem im Wortlaut des § 123 Abs. 2 Satz 2 TKG eindeutig manifestierten gesetzgeberischen Willen kein solches Stellungnahmerecht. Da der Streitstoff allerdings für die Erfüllung der Aufgaben des Bundeskartellamtes von Bedeutung sein kann, wird die Beschlusskammer dieses hierüber nach § 123 Abs. 1 Satz 5 TKG unterrichten.

Die besonderen Voraussetzungen an die Parteifähigkeit für das Streitbeilegungsverfahren liegen für Antragstellerin und Antragsgegnerin vor. § 133 Abs. 1 Satz 1 TKG beschränkt die Fähigkeit, Streitpartei eines solchen Verfahrens zu sein, auf Unternehmen, die öffentliche Telekommunikationsnetze betreiben oder Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit anbieten. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um die Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes in Form des „E1-Netzes“. Die Antragstellerin tritt mit dem Verkauf von Mobilfunkkarten bislang als sog. Vertragshändlerin auf und bietet insofern keine „Telekommunikationsdienste“ im Sinne von § 3 Nr. 24 TKG an. Mit ihrer Absicht, Diensteanbieter im Mobilfunk zu werden, strebt sie aber an, Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit im Sinne von § 3 Nr. 24 TKG anzubieten. Eine Parteifähigkeit im Sinne des § 133 TKG ist damit gegeben. § 133 TKG setzt nicht voraus, dass die Tätigkeit zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits aufgenommen wurde (vgl. Gurlit in: Berliner Kommentar zum TKG, 2006, § 133 Rn. 6).

1.2 Zulässigkeit des Antrages zu 1

Die Antragstellerin ist berechtigt, sich mit dem Vortrag einer Verletzung der Diensteanbieterverpflichtung aus der E1-Lizenz auf § 133 TKG zu berufen. Das Streitbeilegungsverfahren ist ein statthafter Rechtsbehelf bei Verpflichtungen aus Mobilfunklizenzen. § 133 TKG erfasst im Besonderen auch die Diensteanbieter-Verpflichtung der Antragsgegnerin aus der E1-Lizenz.

Nach § 133 TKG trifft die Beschlusskammer - soweit dies gesetzlich nicht anders geregelt ist - auf Antrag eine verbindliche Entscheidung, wenn sich im Zusammenhang mit Verpflichtungen aus diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes Streitigkeiten ergeben. Die Statthafteit des Streitbeilegungsverfahrens folgt insoweit aus § 150 Abs. 4 TKG. Denn § 150 Abs. 4 Satz 1 TKG ordnet die Fortgeltung der aufgrund von Auswahlverfahren vergebenen Frequenznutzungs- und Lizenzrechten eingegangenen Verpflichtungen an. Nach Satz 2 der Vorschrift gilt dies insbesondere auch für die im Zeitpunkt der Erteilung der Mobilfunklizenzen geltende Verpflichtung, Diensteanbieter zuzulassen. Damit mag die Diensteanbieterverpflichtung zwar in ihrer Entstehung möglicherweise noch nicht, jedenfalls aber in ihrem Fortbestand aus dem TKG, dessen Teil § 150 Abs. 4 ist, resultieren. Dafür, dass die Mobilfunklizenzen einschließlich ihrer Nebenbestimmungen dem Geltungsbereich des TKG unterfallen, spricht auch der Umstand, dass § 97 Absatz 5 Satz 1 TKG (1996) die Wirksamkeit der

Verleihungen nach § 2 Absatz 1 FAG anordnete (vgl. VG Köln, CR 2007, 162 ff). Ohne die genannten gesetzlichen Bestimmungen würde sich die Fortgeltung aus der Bestandskraft der Verwaltungsakte ergeben, mit denen die genannten Lizenzen erteilt worden sind.

Nach Stand der Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass die Diensteanbieterverpflichtung der Antragsgegnerin auch mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Eine Unvereinbarkeit der Diensteanbieterverpflichtung nebst Diskriminierungsverbot ergibt sich danach insbesondere nicht aus Artikel 8 der Zugangsrichtlinie (Richtlinie 2002/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002) in Verbindung mit deren Artikel 12 Absatz 1 Satz 2 Buchstabe d), denen zufolge die Auferlegung von Verpflichtungen, bestimmte Dienste zu Großhandelsbedingungen zwecks Weitervertriebs durch Dritte anzubieten, an die - bei der Antragsgegnerin bislang nicht erfolgte - Einstufung als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht gebunden ist. Gemäß Artikel 12 Absatz 1 Unterabsatz 2 Buchstabe d) der Richtlinie 2002/19/EG (Zugangsrichtlinie) ist die Verpflichtung, bestimmte Dienste zu Großhandelsbedingungen zwecks Weitervertriebs durch Dritte anzubieten, eine Verpflichtung in Bezug auf den Zugang zu bestimmten Netzeinrichtungen und deren Nutzung. Nach Artikel 8 Absatz 2 der Zugangsrichtlinie kann einem Betreiber diese Verpflichtung im erforderlichen Umfang auferlegt werden, wenn dieser Betreiber aufgrund einer Marktanalyse nach Artikel 16 der Richtlinie 2002/21/EG (Rahmenrichtlinie) als Betreiber mit beträchtlicher Marktmacht auf einem bestimmten Markt eingestuft wird. Artikel 8 Absatz 3 der Zugangsrichtlinie gebietet, dass Betreiber, die nicht gemäß Artikel 8 Absatz 2 der Zugangsrichtlinie eingestuft wurden, die Verpflichtungen aus den Artikeln 9 bis 13 der Zugangsrichtlinie nicht auferlegt werden. Dieses Verbot, Zugangsverpflichtungen ohne beträchtliche Marktmacht aufzuerlegen, gilt jedoch nach Artikel 8 Absatz 3 Spiegelstrich 2 Fall 2 der Zugangsrichtlinie unbeschadet der Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Richtlinie 2002/20/EG (Genehmigungsrichtlinie). Daraus folgt, dass Verpflichtungen, die ein Unternehmen im Rahmen eines Auswahlverfahrens eingeht nach Artikel 9 bis 12 der Zugangsrichtlinie einem Netzbetreiber im Anwendungsbereich der Bedingung 7 in Teil B des Anhangs der Genehmigungsrichtlinie auferlegt werden dürfen. Zu diesen Verpflichtungen zählt auch die Verpflichtung eines Mobilfunknetzbetreibers, Diensteanbietern diskriminierungsfrei Zugang zu gewähren. So liegt der Fall bei der lizenzrechtlichen Diensteanbieterverpflichtung der Antragsgegnerin. Diese ist im Fall der Antragsgegnerin auch ohne beträchtliche Marktmacht mit Gemeinschaftsrecht vereinbar, weil die Antragsgegnerin diese Verpflichtung im Rahmen der Ausschreibung der E1-Lizenz freiwillig eingegangen ist (vgl. VG Köln, a.a.O.).

Das Verfahren nach § 133 TKG ist auch gegenüber dem Verfahren nach § 126 TKG nicht subsidiär (VG Köln a.a.O., m.w.N.).

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist auch vom Vorliegen einer Streitigkeit „zwischen“ Telekommunikationsunternehmen auszugehen. Die Antragstellerin ist berechtigt sich auf eine Verletzung der Zulassungsverpflichtung aus Punkt 17.1 und Punkt 17.2 der E1-Lizenz zu berufen. Diese Lizenzbestimmungen räumen einem Diensteanbieter bzw. einem Unternehmen, das als Diensteanbieter zugelassen werden möchte, unmittelbar Rechte ein und sind daher drittschützend (vgl. VG Köln, CR 2007, 162, 164). Drittschützend ist eine Regelung dann, wenn sich (1.) aus ihren individualisierenden Tatbestandsmerkmalen ein einschlägiger Personenkreis entnehmen lässt, der sich von der Allgemeinheit unterscheidet, und (2.) sich im Wege der Auslegung ermitteln lässt, dass die Regelung unmittelbar auch den rechtlichen Interessen dieses Personenkreises zu dienen bestimmt ist und nicht nur tatsächlich, also reflexartig, seine Rechte berührt (VG Köln a.a.O., m.w.N.). Die Diensteanbieter, die in dem Wortlaut des Punktes 17 der E1-Lizenz ausdrücklich genannt sind, bilden einen abgrenzbaren, individualisierten Personenkreis, dem in Punkt 17.1 eigene Rechte eingeräumt werden (VG Köln a.a.O.). Da sich die Verpflichtung auf die Zulassung und nicht nur zugelassene Diensteanbieter bezieht, umfasst der personale Anwendungsbereich auch Unternehmen, die gegenüber dem Verpflichteten die Zulassung beantragt haben. Die Antragstellerin begehrt Verhandlungen und letztlich die Zulassung als Diensteanbieter bei der Antragstellerin und hat ihre diesbezügliche ernsthafte Absicht durch schriftliche Anfragen an

und die Teilnahme an mündlichen und fernmündlichen Besprechungen mit der Antragsgegnerin hinreichend belegt. Daher fällt sie in den durch die Tatbestandsmerkmale der Lizenzbestimmungen individualisierten Personenkreis und kann die darin enthaltenen Rechte als eigene Rechte geltend machen.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist auch vom Vorliegen einer "Streitigkeit" zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin auszugehen.

Zwar trifft es zu, dass das Streitbeilegungsverfahren nicht bereits dann zum Einsatz kommen soll, wenn eine Partei eine Entscheidung der Beschlusskammer einer privatrechtlichen Einigung vorzieht (Gurlit in: Berliner Kommentar zum TKG, 2006, § 133 Rn 8 m.w.N.). Ein Antrag nach § 133 TKG ist aber dann statthaft, wenn der Antragsteller zuvor zumindest ein unmissverständliches Anliegen an die andere Partei herangetragen und auf diese Anfrage entweder überhaupt keine Reaktion oder nur eine solche erhalten hat, die nach ihrer Auffassung unzureichend ist (Gurlit, a.a.O., Rn 9). Insoweit ist unerheblich, ob sich die Parteien am 16.08.2007, als die Antragstellerin erneut ein von ihr angemeldetes Patent zum Kauf anbot, noch in der "Informationsaustausch- und Informationssammelungsphase" befanden oder ob die Antragstellerin immer wieder wechselnde ggf. auch widersprüchliche Geschäftsmodelle vorgetragen hat. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Antragsgegnerin bislang überhaupt in der Lage war, eine abschließende Prüfung des Anliegens der Antragstellerin vorzunehmen. Denn die Streitigkeit geht vorliegend nicht um eine abschließende Bewertung von Fragestellungen zur Geeignetheit der Antragstellerin als Diensteanbieterin. Die Streitigkeit liegt vielmehr in der Fragestellung, ob die Antragsgegnerin im jetzigen Verhandlungsstand verpflichtet ist, der Antragstellerin Konditionen für Diensteanbieter zur Verfügung zu stellen. Damit liegt eine Streitigkeit im Sinne des § 133 TKG vor. Denn die Antragstellerin hat beginnend mit ihrem ersten Schreiben vom 11.04.2007 immer wieder und unter mehrfacher Fristsetzung bei der Antragsgegnerin die Übermittlung von Konditionen für Diensteanbieter eingefordert, ohne diese oder eine Reaktion explizit auf dieses Anliegen zu erhalten. Die Antragsgegnerin hat statt auf diese Forderung einzugehen oder zu erklären, warum sie dies nicht tue, mit der Bitte auf Überlassung von Patentunterlagen und Fragestellungen an das Geschäftsmodell der Antragsgegnerin geantwortet. Die Antragstellerin hat die Beantwortung von Fragen der Antragsgegnerin und die Überlassung von Patentunterlagen mehrfach von einer Übermittlung der Diensteanbieterkonditionen abhängig gemacht und hält die Antragsgegnerin insoweit für „vorleistungspflichtig“ aus der Lizenz. Die Antragsgegnerin ihrerseits ist zur Übermittlung von Konditionen allenfalls nach Beantwortung ihrer Fragen und erfolgreichem Abschluss der Prüfung der Geeignetheit der Antragstellerin als Diensteanbieterin bereit. Es liegt daher auch offenbar eine Streitigkeit zwischen den Parteien vor. Dies auch mit Blick auf den von der Antragstellerin geltend gemachten Schadensersatzanspruch, zumal der Einigungsversuch der Kammer zwischen den Parteien in der mündlichen Verhandlung vom 28.11.2007 daran gescheitert ist, dass die Antragstellerin glaubt, einen Schadensersatzanspruch aufgrund bisheriger Verhandlungsführung durch die Antragsgegnerin zu haben, auf dessen Geltendmachung sie nicht verzichten will, um den Verhandlungen um den Abschluss eines Diensteanbietervertrages Fortgang zu geben.

Der Antrag zu 1), die Antragsgegnerin zur sofortigen Aufnahme "ernsthafter Verhandlungen" über eine "Anbindung" der Antragstellerin unter Nennung verbindlicher Kriterien zu verpflichten, ist auch nicht mangels Bestimmtheit unzulässig.

Zwar ist der Antragsgegnerin zuzugeben, dass der Begriff "ernsthafte Verhandlungen" offen ist und der Ausspruch einer entsprechenden Verpflichtung nicht vollziehbar wäre. Der Antrag ist daher auslegungsbedürftig aber auch auslegungsfähig. Nach Aktenlage und dem Vortrag der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung geht die Kammer davon aus, dass die Antragstellerin im Wesentlichen begehrt die Antragsgegnerin dazu zu verpflichten, ihm die in mehreren Schreiben einzeln aufgelisteten Konditionen für Diensteanbieter zur Verfügung zu stellen, um seine geschäftliche Planung weiter ausarbeiten zu können. Eine solche Verpflichtung könnte hinreichend bestimmt und damit vollstreckungsfähig ausgesprochen werden.

1.3 Unzulässigkeit des Antrags zu 2

Der Antrag zu 2, den Zeitpunkt (Datum) der Nichterfüllung der Anbindungsverpflichtung zu benennen, ist nicht zulässig. Zwar ist der Antrag nach entsprechender Auslegung hinreichend bestimmt und verständlich. Der Antrag steht in Bezug zu dem mit Antrag zu 3) geltend gemachten Schadensersatzanspruch der Antragstellerin, die vorträgt durch „Verschleppung“ des Vertragsabschlusses ihrerseits zur Erfüllung von Lieferverträgen nicht in der Lage zu sein. Die „Anbindungsverpflichtung“ meint daher ersichtlich die Verpflichtung zum Abschluss eines Diensteanbietervertrages mit der Antragstellerin. Das Begehren, den Zeitpunkt der Nichterfüllung dieser Verpflichtung zu benennen zielt also auf eine Verpflichtung, mit der ein Auskunftsanspruch geltend gemacht wird, oder auf eine Feststellung, die begehrt wird.

Die Frage, ob es sich um einen Verpflichtungsantrag handelt, mit dem ein Auskunftsanspruch geltend gemacht wird, oder um einen Feststellungsantrag, kann jedoch dahinstehen, da eine für die Antragstellerin streitende Antragsbefugnis nicht erkennbar ist.

Die Antragstellerin kann zunächst nicht geltend machen, durch die Unterlassung der begehrten Auskunft in eigenen Rechten verletzt zu sein (§ 42 Abs. 2 VwGO entsprechend). Es ist nicht erkennbar, dass der Antragstellerin gegen die Bundesnetzagentur ein eigenständiges Recht auf Auskunftgabe im beantragten Umfang zusteht.

Zum einen ist schon zweifelhaft, ob im kontradiktorischen Verfahren nach § 133 TKG Ansprüche gegen die entscheidende, aber nicht beteiligte Bundesnetzagentur geltend gemacht werden können.

Zum anderen ist keine Anspruchsgrundlage zugunsten der Antragstellerin ersichtlich. Eine ausdrückliche gesetzliche Anspruchsgrundlage fehlt. Aus dem auch im öffentlichen Recht geltenden Rechtsgrundsatz von Treu und Glauben kann eine Auskunftspflicht dann entstehen, wenn die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen es mit sich bringen, dass der Berechtigte in entschuldbarer Weise über Bestehen oder Umfang seines Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderliche Auskunft unschwer geben kann (vgl. hierzu Heinrichs, in: Palandt, BGB, 63. Auflage 2003, § 261, Rn. 8). Bei gesetzlichen Ansprüchen kommt ein derartiger Anspruch nur in Betracht, wenn die Auskunft der Durchsetzung eines dem Grunde nach bestehenden Anspruchs dient (Heinrichs a.a.O.).

Die von der Antragstellerin begehrte Auskunft dient ausweislich des Vortrags der Antragstellerin der Durchsetzung eines behaupteten Schadensersatzanspruchs. Da die Bundesnetzagentur für die Entscheidung über derartige bürgerlich-rechtliche Ansprüche nicht zuständig ist, kann die Bundesnetzagentur erst Recht nicht für die Entscheidung über – einen eigentlichen Leistungsanspruch lediglich vorbereitenden – Auskunftsanspruch zuständig sein.

Sofern der Antrag zu 2 ein Leistungsantrag zur Durchsetzung eines Auskunftsanspruchs ist, wäre der Antrag daher unzulässig.

Schließlich kann die Antragstellerin ihr Begehren auch nicht mit einem Feststellungsantrag durchsetzen, denn die Antragstellerin kann ihr eigentliches Rechtsschutzziel mit einer Leistungsklage gegen die Antragsgegnerin verfolgen (§ 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO entsprechend). Mit dem Antrag zu 2 begehrt die Antragstellerin die Benennung des Zeitpunktes, ab dem die Antragsgegnerin einer „Anbindungspflicht“ aufgrund der E 1-Lizenz unterlag. Diese Benennung dient letztlich der Vorbereitung der Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs (Antrag zu 3), den die Antragstellerin für sich geltend macht. Die Antragstellerin kann diesen Schadensersatzanspruch im Wege der Leistungsklage vor einem Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit geltend machen. Sofern der Antrag als Feststellungsantrag anzusehen ist, ist der Antrag daher wegen Subsidiarität zu einem Leistungsantrag unzulässig.

1.4 Unzulässigkeit des Antrags zu 3

Der Antrag zu 3) auf Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Zahlung von Schadensersatz war im Verfahren nach § 133 TKG als unzulässig abzuweisen.

Das Verfahren nach § 133 TKG stellt keinen zulässigen Rechtsbehelf dar, um über zivilrechtliche Schadensersatzansprüche zu befinden.

Der deutsche Gesetzgeber hat mit § 133 TKG die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben aus Artikel 20 und 21 der Rahmenrichtlinie (Richtlinie 2002/21/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. März 2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste) umsetzen wollen (vgl. BT-Drs. 15/2316, S. 100). Art. 20 Abs. 1 Rahmenrichtlinie zielt auf die Verpflichtung der nationalen Regulierungsbehörde, auf Antrag einer Partei eine verbindliche Entscheidung zu treffen, damit eine Streitigkeit schnellstmöglich beigelegt werden kann. Dies gilt ausdrücklich für Streitigkeiten zwischen Unternehmen im Zusammenhang mit Verpflichtungen aus der Rahmenrichtlinie oder den dazugehörigen Einzelrichtlinien. Erläutert wird diese Vorgabe in Erwägungsgrund 32 der Rahmenrichtlinie. Als Beispiel für die erfassten Streitigkeiten werden dort Streitigkeiten in Bezug auf den Zugang oder die Zusammenschaltung oder in Bezug auf die Mittel zur Übertragung von Teilnehmerverzeichnissen genannt.

Aus diesem Kontext folgt, dass das Gemeinschaftsrecht eine Streitentscheidung über Primäransprüche, die in den Richtlinien enthalten sind, fordert. Sekundäransprüche, die aus der Verletzung von Bestimmungen der Richtlinie folgen, werden hingegen hiervon nicht erfasst. Solche Sekundäransprüche sind in der Rahmenrichtlinie sowie den Einzelrichtlinien nicht geregelt. Die Richtlinien erfassen vielmehr das Verhältnis zwischen den Marktteilnehmern und dem Staat, etwa bei dem Zugang zu Infrastruktur (insbesondere von Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht). Entstehung, Art und Umfang von Schadensersatzansprüchen sind indes nicht Gegenstand der Richtlinien, soweit sie die Rechtsbeziehung zwischen Telekommunikationsunternehmen betreffen.

Unterstrichen wird dieses Verständnis durch Artikel 20 der Rahmenrichtlinie. Bei der Beilegung einer Streitigkeit trifft die nationale Regulierungsbehörde Entscheidungen, die auf die Verwirklichung der in Artikel 8 genannten Ziele ausgerichtet sind. Verpflichtungen, die die nationale Regulierungsbehörde einem Unternehmen im Rahmen der Streitbeilegung auferlegen kann, müssen im Einklang mit dieser Richtlinie und den Einzelrichtlinien stehen. Die Bezugnahme auf die politischen Ziele und regulatorischen Grundsätze in Artikel 8 der Rahmenrichtlinie verdeutlicht die Zielrichtung der Streitbeilegungskompetenz der Bundesnetzagentur als nationaler Regulierungsbehörde auf leistungsbezogene Primäransprüche. Dementsprechend betont auch Erwägungsgrund 32 der Rahmenrichtlinie, die Regulierungsbehörden sollen anstreben, die Einhaltung der Verpflichtungen aus der Richtlinie oder den Einzelrichtlinien sicherzustellen. Es geht demnach um das Leistungs-, nicht jedoch um das Schadensersatzinteresse.

Dieses aus den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben folgende Verständnis des § 133 Abs. 1 TKG wird durch dessen Wortlaut unterstrichen. Zur Streitbeilegung aufgerufen sind die Beschlusskammern der Bundesnetzagentur bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit Verpflichtungen aus diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes.

Systematisch wird dies durch die Regelung des § 133 Abs. 3 TKG unterstrichen, die die entsprechende Geltung der §§ 126 bis 132 sowie der §§ 134 bis 137 anordnet. In den Gesetzesmaterialien heißt es hierzu:

"Um die nach den Absätzen 1 oder 2 ergangenen verbindlichen Entscheidungen durchsetzen zu können, gelten nach Abs. 3 die Befugnisnormen der §§ 124 bis 130 und 132 bis 135 entsprechend" (BT-Drs. 15/2316, S. 100f.).

Die zitierten Befugnisnormen setzen auf die Durchsetzung von Primäransprüchen. Dies zeigt sich insbesondere in den aufsichtsrechtlichen Verfügungen und den Möglichkeiten, diese Verfügungen mit Zwangsgeld durchzusetzen (§ 126 Abs. 2 und Abs. 5 TKG).

Gegen die Einbeziehung von Schadensersatzforderungen in Streitbeilegungsverfahren spricht schließlich, wie im Beschluss BK3a-05/042 dargelegt, dass bei einer Anfechtung der Entscheidung der Bundesnetzagentur die Verwaltungsgerichte über zivilrechtliche Schadensersatzforderungen zu entscheiden hätten. Die durch § 40 VwGO und § 13 GVG bestimmten Zuständigkeiten der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Verhältnis zur ordentlichen Gerichtsbarkeit würden dadurch aber unzulässig überspielt. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der Normierung des Streitbeilegungsverfahrens in § 133 TKG eine derart weitreichende Revision der gerichtlichen Zuständigkeit bezwecken wollte.

Hinzu kommt, dass die Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen auf dem Zivilrechtsweg der Parteimaxime und den Beweislastgrundsätzen der ZPO folgt, während das Verfahren nach § 133 TKG, dem Grunde nach den Grundsätzen der Amtsermittlung folgt und eine Beweislastverteilung daher nicht kennt. Es ist aber nicht Sinn und Zweck des § 133 TKG Telekommunikationsunternehmen Beweislasterleichterungen einzuräumen, die ihnen im parallel eröffneten Zivilrechtsweg nicht zustehen.

Schließlich ist auch im insoweit vergleichbaren Kartellrecht für Entscheidungen über Schadensersatzansprüche nach § 33 Abs. 3 GWB nicht die Kartellbehörde, sondern das Kartellgericht zuständig.

1.5 Unzulässigkeit des Antrags zu 4

Das Antragsziel zu 4), die Antragsgegnerin zur Wiederherstellung des Rechtsfriedens und als Signal an die Marktteilnehmer zur Zahlung einer empfindlichen Strafzahlung wegen Verstoßes gegen die Lizenz und das TKG zu verpflichten, ist im Verfahren nach § 133 TKG nicht zulässig. Die Antragstellerin begehrt damit offensichtlich die Einleitung eines aufsichtsrechtlichen Verfahrens gegenüber der Antragsgegnerin, das zu einer Strafzahlung führen soll. Die Verfolgung öffentlicher Interessen ist aber weder Sinn und Zweck eines Streitbeilegungsverfahrens nach § 133 TKG, das auf Konfliktlösung zwischen den Parteien gerichtet ist, noch wird dieser Antrag dem Charakter des Streitbeilegungsverfahrens als Schlichtungsverfahren gerecht. § 133 TKG ermöglicht keine objektive Verhaltenskontrolle auf Antrag von Wettbewerbern (Attendorn in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage 2006, § 133 Rn 14). Die Antragstellerin ist insoweit daher nicht antragsbefugt.

1.6 Unzulässigkeit des Antrags zu 5

Das Antragsziel zu 5), einen Lizenzwiderruf gegenüber der Antragsgegnerin zu prüfen, ist im Rahmen des § 133 TKG unzulässig. Das damit beehrte aufsichtsrechtliche Verfahren kann nicht Gegenstand eines Streitbeilegungsverfahrens nach § 133 TKG sein. § 133 ermöglicht keine objektive Verhaltenskontrolle auf Antrag von Wettbewerbern (Attendorn in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage 2006, § 133 Rn 14).

Ein subjektives Recht auf Einleitung eines solchen aufsichtsrechtlichen Verfahrens steht der Antragstellerin nicht zu.

2. Begründetheit

Das als Antragsziel bezeichnete Begehren der Antragstellerin, die Antragsgegnerin „zur sofortigen Aufnahme ernsthafter Verhandlungen über eine Anbindung der Antragstellerin zu verpflichten (inkl. Nennung verbindlicher Kriterien)“, ist im Sinne eines prozessualen Antrags nicht hinreichend bestimmt, da eine Verpflichtung zu „ernsthaften Verhandlungen“ mangels

Konkretisierung auf vorzunehmende Handlungen nicht vollziehbar wäre. Entsprechendes gilt für die Verpflichtung zur Nennung verbindlicher Kriterien, da diese im Einzelnen nicht benannt sind. Der Antrag bedarf daher der Auslegung. Der Antrag ist unter Zuhilfenahme der Akten und des Vortrags der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung auch auslegungsfähig.

Die Kammer geht davon aus, dass es der Antragstellerin bei dem Antrag im Wesentlichen darum geht, die Antragsgegnerin dazu zu verpflichten, ihr die in mehreren Schreiben einzeln aufgelisteten Konditionen für Diensteanbieter zur Verfügung zu stellen. Eine Übersendung dieser Unterlagen wäre für sie Ausdruck „ernsthafter“ Verhandlungen, da sie damit in die Lage versetzt würde, ihre geschäftlichen Planungen weiter ausarbeiten und - so die Einlassung der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 28.11.2007 im Parallelverfahren Youngtel ./ Vodafone, Az: BK2a 07/007) - die Konditionen im Einzelnen weiter zu verhandeln. Der Antrag der Antragstellerin ist zur Überzeugung der Kammer daher dahingehend zu verstehen, dass sie beantragt,

die Antragsgegnerin zum Fortgang der Verhandlungen zur Übermittlung folgender Unterlagen zu verpflichten:

Einen Mustervertrag für Diensteanbieter, der eine Übersicht über die für Diensteanbieter anfallenden Kosten und Konditionen enthält, insbesondere

- notwendige technische Spezifikationen der Anbindung
- vollständige Kosten der Anbindung
- laufende Kosten der Anbindung
- Einkaufskonditionen für bestehende Tarife
- Einkaufskonditionen für Netzminuten (intern und extern)
- Angaben zur Höhe einer Sicherheitsleistung
- Angaben zu Provisionen
- Angaben zu Boni
- Vergütung für eingehende Gespräche
- Staffelpreise für Netzminuten
- Sonstige Erfordernisse

zu übermitteln sowie den Zeitrahmen zu benennen, in dem die Anbindung nach Abschluss des Diensteanbietersvertrages herstellbar ist.

Der so verstandene Antrag ist zwar hinreichend bestimmt, in der Sache jedoch nur insoweit begründet, als die Antragstellerin mit E-Mail vom 23.04.2007 die Übersendung auch eines "Mustervertrages" für Diensteanbieter erbat.

Denn die Antragsgegnerin hat - jedenfalls im jetzigen Verhandlungsstadium - weder gegen die ihr obliegende Verpflichtung zur Zulassung von Diensteanbietern nach Punkt 17.1 und 17.2 der E1-Lizenz verstoßen, noch hat sie die aus diesen Auflagen folgende Verhandlungspflicht gegenüber der Antragstellerin verletzt.

Im Einzelnen:

Die Antragsgegnerin hat bislang nicht gegen die Verpflichtung zur Zulassung von Diensteanbietern auch aus Punkt 17.1 und 17.2 E1-Lizenz verstoßen. Denn die Antragsgegnerin hat einen Vertragsschluss mit der Antragstellerin nicht (endgültig) abgelehnt. Zwar hat die Antragsgegnerin in einem Telefonat am 20.04.2007 möglicherweise geäußert, die Anfrage nach Abschluss eines Service-Provider-Vertrages vom 11.04.2007 negativ bescheiden zu wollen. Es mag auch zutreffen, dass die Antragsgegnerin im Rahmen der Präsentation am 24.05.2007 erklärt hat, kein Interesse an einem Markteintritt des Geschäftsmodells der An-

tragstellerin zu haben. Sie hat indessen mit Schreiben vom 04.05.2007 erklärt, das Telefonat sei missverstanden worden und um Vorstellung des Modells gebeten. In der Folgezeit ist es ersichtlich zu Verhandlungen zwischen den Parteien gekommen. Die genannten Äußerungen haben demnach kein Verhandlungshindernis dargestellt.

Nach Lage der Akten und ausdrücklicher Rückfrage in der mündlichen Verhandlung am 28.11.2007 behauptet auch keine der Verfahrensbeteiligten, dass die Antragsgegnerin die Zulassung der Antragstellerin (endgültig) abgelehnt hat. Zwar hat die Antragsgegnerin mit ihrem Hinweis im Schreiben vom 19.10.2007 auf ein ggf. unerlaubtes "SIM-Boxing" im Rahmen des Geschäftsmodells der Antragstellerin angedeutet, dass sie sich nicht ohne weiteres für verpflichtet hält, das Geschäftsmodell auf ihrem Netz zu ermöglichen. Sie hat zudem in der mündlichen Verhandlung die Auffassung vertreten, von ihr könne aus rechtlichen wie tatsächlichen Gründen nicht verlangt werden, ein Modell zu ermöglichen, das auf die Vermeidung von Terminierungsentgelten abziele. Dennoch hat die Antragstellerin an ihrem Antrag auf Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Aufnahme ernsthaften Verhandlungen festgehalten und auch die Antragsgegnerin hat ihre grundsätzliche Bereitschaft zur Prüfung der Geeignetheit der Antragstellerin als Diensteanbieterin erklärt. Die Frage, ob die Antragstellerin aus sachlichen Gründen berechtigt wäre, die Antragstellerin mangels Geeignetheit als Diensteanbieterin abzulehnen oder auch bei bestehender Geeignetheit, mit Blick auf Punkt 17.2 der E1-Lizenz, das Geschäftsmodell der Antragstellerin abzulehnen, stellt sich zum jetzigen Zeitpunkt daher nicht.

Auch die Antragstellerin geht davon aus, dass ein Vertragsschluss mit ihr nicht endgültig abgelehnt worden sei, denn sie verlangt nicht festzustellen, dass die Antragsgegnerin zum Vertragsabschluss mit ihr verpflichtet sei, sondern die Antragsgegnerin zu ernsthaften Verhandlungen mit ihr zu verpflichten.

Die Antragsgegnerin trägt weiter vor, sie habe die Prüfung der Geeignetheit der Antragstellerin als Diensteanbieterin bislang nicht abschließen können. Der Fortgang der Verhandlungen zwischen den Parteien scheidet derzeit daher nicht an einer förmlichen oder faktischen Ablehnung der Antragstellerin als Diensteanbieterin, sondern daran, dass die Antragstellerin die von der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 29.06.2007 und E-Mail vom 30.07.2007 sowie im nachgelassenen Schreiben vom 04.12.2007 aufgelisteten Fragen an ihr Geschäftsmodell nur Zug um Zug gegen Übermittlung eines Angebots für ihr Geschäftsmodell beantworten will. Die Antragstellerin wollte ferner in der mündlichen Verhandlung einem angestrebten Vergleich über den Fortgang der Verhandlungen unter Mitwirkung beider Parteien nur unter der Voraussetzung zustimmen, dass die Antragsgegnerin sich zugleich auch zu Schadensersatzzahlungen verpflichte. Ferner geht die Antragstellerin offenkundig davon aus, dass die Verhandlungen noch nicht beendet sind, da sie ausdrücklich um "Vermittlung" bittet.

Diese Äußerungen lassen nicht den Schluss zu, dass die Antragsgegnerin die Zulassung der Antragstellerin abgelehnt hat oder die Antragstellerin selbst davon überzeugt ist, die Antragsgegnerin werde sie in jedem Falle ablehnen. Insofern kommt eine Verletzung der Zulassungsverpflichtung für Diensteanbieter nicht in Betracht.

Die Antragsgegnerin hat jedoch zum Teil ihrer Verpflichtung zu redlicher Verhandlungsführung aus vorvertraglichem Schuldverhältnis nach §§ 311 Absatz 2 Satz 1, 241 Absatz 2 BGB in Verbindung mit Punkt 17.1 und 17.2 der E1-Lizenz nicht entsprochen.

Dabei hat die Antragsgegnerin nicht entgegen der ihr aus Punkt 17.1 der E1-Lizenz und § 311 i.V.m. § 241 BGB obliegenden Verhandlungspflicht die Verhandlungen verschleppt. Sie hat die Verhandlungen auch nicht treuwidrig dadurch geführt, dass sie die Patentunterlagen angefordert hat noch dadurch, dass sie der Antragstellerin technische und finanzielle Diensteanbieterkonditionen nicht übersandt hat noch dadurch, dass sie Fragen an die Geschäftsmodelle der Antragstellerin gerichtet hat.

Die Antragsgegnerin hat den ihr aus Punkt 17.1 der E1-Lizenz i.V.m. §§ 311 Absatz 2 Satz 1, 241 Absatz 2 BGB resultierenden vorvertraglichen Verhaltenspflichten allerdings insoweit nicht genügt, als sie der Antragstellerin den "Mustervertrag für Diensteanbieter" nicht zur Verfügung gestellt hat sowie die Antragstellerin nicht darüber aufgeklärt hat, dass die von der Antragstellerin im übrigen unterstellten finanziellen Standardkonditionen für Diensteanbieter nicht existieren.

Im Einzelnen:

Die Antragsgegnerin hat die Diensteanbieterverpflichtung aus Punkt 17.1 der E1-Lizenz zunächst nicht dadurch verletzt, dass sie die Verhandlungen mit der Antragstellerin in einem solchen Ausmaß treuwidrig geführt hat, dass die Auswirkungen der treuwidrigen Verhandlungsführung einer Ablehnung der Zulassung gleich kommen.

Soweit sich die Antragstellerin auf eine Verletzung der Verpflichtungen aus Punkt 17.1 und 17.2 der E1-Lizenz beruft, ist die Antragsgegnerin nicht nur verpflichtet, geeignete Diensteanbieter zuzulassen, sowie die Auswahl und Zulassung der Diensteanbieter nach sachlichen Kriterien unter Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen, sondern die Verpflichtung der Antragsgegnerin beinhaltet damit denklogisch auch die Pflicht zur Aufnahme von Verhandlungen mit Unternehmen, die die Zulassung als Diensteanbieter begehren. Denn diese Verhandlungen gehen der "Zulassung", also dem Abschluss eines bürgerlich-rechtlichen Diensteanbietervertrages, voraus. Der Schutzbereich aus Punkt 17.1 und Punkt 17.2 der E1-Lizenz ist mithin nicht nur bei einer Ablehnung der Zulassung eröffnet, sondern schon bei einer treuwidrigen Verhandlungsführung des Lizenznehmers, die in ihren Auswirkungen einer Ablehnung der Zulassung gleich kommt.

Gemäß § 311 Absatz 2 Nr. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) entsteht ein Schuldverhältnis nach § 241 BGB auch durch die Aufnahme von Vertragsverhandlungen. Gemäß § 241 Abs. 2 BGB kann das Schuldverhältnis nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten. Ferner ist ein Schuldner gemäß § 242 BGB verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Es ist allgemein anerkannt, dass diese gesetzlichen Maßstäbe für jeden Teilnehmer am Rechtsverkehr gelten und von diesem verlangen, dass er bei der Erfüllung seiner Pflichten und bei der Ausübung seiner Rechte nach Treu und Glauben handelt. Hierbei bedeutet Treue, dass die Parteien einander zuverlässig, aufrichtig und rücksichtsvoll sein müssen, und Glaube, dass die Parteien auf eine solche Haltung des anderen vertrauen dürfen (vgl. Heinrichs, in Palandt, BGB, 62. Auflage 2003, § 242, Rn. 3).

Nach diesen Maßstäben ist eine treuwidrige Verhandlungsführung zunächst dann gegeben, wenn die Aufnahme von Verhandlungen abgelehnt wird. Dies trägt die Antragstellerin jedoch nicht vor. Auch die Antragstellerin geht erkennbar davon aus, dass Verhandlungen aufgenommen worden sind.

Die Antragsgegnerin hat sich auch nicht dadurch treuwidrig verhalten, dass sie den Abschluss des Diensteanbietervertrages dadurch verzögert oder verschleppt hat, dass sie unzulässige Bedingungen für die Verhandlungen gesetzt hat.

Die Zulässigkeit der Bedingungen beurteilt sich insbesondere danach, ob die von der Antragsgegnerin aufgestellten Voraussetzungen für die Geeignetheit eines Unternehmens als Diensteanbieter mit den Vorgaben der E1-Lizenz in Einklang stehen.

Nach Punkt 17.2 der E1-Lizenz hat der Lizenznehmer die Auswahl der Diensteanbieter nach sachlichen Kriterien unter Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Ver-

hältnismäßigkeit vorzunehmen. Mit dieser Bestimmung hat der Lizenzgeber lediglich die Grenzen und den Rahmen für die Auswahl von Diensteanbietern gesetzt, nicht aber Prüfkriterien vorgegeben. Der Lizenzgeber kann daher die Einhaltung der Grenzen der Eignungsprüfung überprüfen, nicht aber die Auswahl selbst vornehmen. Die Entscheidung über die Zulassung ist folglich eine unververtretbare Handlung der Antragsgegnerin.

Insoweit kann dahinstehen, ob es sachgerecht ist, wenn die Antragsgegnerin ist, den nach § 61 Abs. 6 Satz 2 TKG und § 8 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, 2 und 3 TKG 1996 im einzelnen erforderlichen Nachweis der Zuverlässigkeit, Fachkunde und Leistungsfähigkeit wie er an Netzbetreiber im Rahmen von Vergabeverfahren und an Frequenzzuteilungsinhaber gestellt wurde bzw. gestellt wird, uneingeschränkt auf Diensteanbieter überträgt. Dies gilt insbesondere für Fragen des Umfangs des Nachweises der Leistungsfähigkeit. Die Kammer vermag jedenfalls - unabhängig von der Frage der Übertragbarkeit dieses Maßstabs - vorliegend nicht festzustellen, dass die Antragsgegnerin bislang die Grenzen zulässiger Verhandlungsführung und zulässiger Einungsprüfung verletzt hätte.

Die Antragsgegnerin hat die Verhandlungen nicht treuwidrig dadurch geführt, dass sie die Antragstellerin wiederholt zur Vorlage des von dieser in die Verhandlungen eingebrachten Patents aufgefordert hat. Dies folgt aus dem Gang der Verhandlungen, der sich im Wesentlichen wie folgt darstellt:

Am 11.04.2007 hat die Antragstellerin eine Mail an die Antragsgegnerin gesandt. Mit dieser Mail wurde eine „offizielle Anfrage an die E-Plus bezüglich der Aufnahme von Service-Provider-Anbindung an Ihr Netz“ zugeleitet. In dem anhängenden Schreiben führt die Antragstellerin aus, dass sie bei den entsprechenden Gesprächen gerne „unsere technische und finanzielle Eignung“ nachweise. Für eine „erste Einschätzung einer möglichen Anbindung“ erwarte sie „die kurzfristige Übermittlung einer ersten Kosten- und Konditionenübersicht“.

In einem Schreiben vom 23.04.2007 hat die Antragstellerin der Antragsgegnerin angeboten, „sich noch einmal unseren besonderen Business-Case „Mehr-SIM-Technik“ detailliert vorstellen zu lassen. Die Antragstellerin führte weiter aus: „Hierbei werden Sie schnell erkennen können, dass es sich bei unserem Geschäftsmodell nicht um ein „klassisches Serviceproviding“ bisheriger Auffassung handelt. Mit dem Patent der youngtel sind wir vielmehr in der Lage, eigenständige Preis- und Tarifstrategien in den Deutschen Mobilfunkmarkt zu bringen.“

Die Antragsgegnerin hat mit Schreiben vom 04.05.2007 geantwortet, dass sie gerne „mehr über Ihr Geschäftsmodell „Mehr-SIM-Technik“ erfahren würde. Weiter wies sie darauf hin, dass die „entsprechende Geeignetheit eines Unternehmens zu validieren“ sei. Abschließend schlug sie vor, einen Termin in der 21. Kalenderwoche abzustimmen. Ausweislich einer E-Mail vom 31.5.2007 kam dieser Termin am 24.05.2007 zustande. Die Antragstellerin präsentierte dort Charts unter der Überschrift „Das youngtel Patent verändert den Mobilfunkmarkt“.

In einer Mail an die Antragsgegnerin vom 16.05.2007 schilderte die Antragstellerin, dass sie „mit einer Dual-SIM-Technik starten und vermutlich dann Mitte 2008 über entsprechende 4-SIM-Endgeräte verfügen“ werde. Ferner führte sie mit Blick auf die Eintragung des Patents aus: „Sollte E-Plus vor einer endgültigen Entscheidung Einfluss nehmen wollen, so bitten wir um rechtzeitige Vorgespräche/Prüfung in Ihrem Haus. Wir freuen und bis dahin auf die Umsetzung unseres Patents im Rahmen der besprochenen Service-Provider Anbindung mit Ihrem Haus.“

Mit E-Mail vom 23.05.2007 übersandte die Antragsgegnerin der Antragstellerin den Entwurf einer Vertraulichkeitsvereinbarung, die ausweislich des Schreibens vom 17.09.2007 auch zustande kam.

Am 31.05.2007 bat die Antragsgegnerin die Antragstellerin per E-Mail darum, die „avisierten

Patentunterlagen zukommen zu lassen, damit wir die Prüfung Ihrer Geschäftsidee fortsetzen können.“

Die Antragstellerin erwiderte darauf mit E-Mail vom 01.06.2007, das das Patent „ja, wie bereits erläutert völlig unabhängig von der Geschäftsidee und der Umsetzung“ sei.

Daraufhin antwortete die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 12.06.2007 und führte aus: „Nach unserer Auffassung ist das von Ihnen in unserem Gespräch vom 24.05.2007 dargestellte Patent von ausschlaggebender Bedeutung für den Erfolg Ihres Business-Case als Diensteanbieter. Wir dürfen daran erinnern, dass Sie selbst in unserer Besprechung die hohe Bedeutung des Patents für den Erfolg Ihres Geschäftsmodells als „USP“ hervorgehoben und auch klargestellt haben, dass Sie neben der Mehr-SIM-Technik über kein alternatives Geschäftsmodell im Diensteanbieter Bereich verfügen“. Ferner erbat die Antragsgegnerin die Zusendung der Patentunterlagen und stellt die Prüfung der Anfrage auf Zulassung als Diensteanbieter bis dahin ruhend.

Die Antragstellerin wiederum erklärte in einer E-Mail vom 14.06.2007: „Wir möchten noch einmal explizit feststellen, dass unsere Anfrage auf eine Service-Provider-Anbindung“ völlig unabhängig von der patentrechtlichen Lage ist. Unser Businessmodell beinhaltet eine so erhebliche Streuung auch auf standardmäßige 1-SIM-Geräte sowie die Nutzung von bestehenden 2-SIM-Geräten ohne automatische Steuerung, dass wir im Zweifel auch ohne die Patentunterstützung auskommen würden.“

Mit Schreiben vom 29.06.2007 führte die Antragsgegnerin aus, dass sie über das alternative Geschäftsmodell der Antragstellerin überrascht sei. Sie ginge davon aus, dass das Geschäftsmodell geändert worden sei. Ferner stellt sie einen Anforderungskatalog für die Prüfung beider Geschäftsmodelle auf und hielt damit nicht nur an dem Patentmodell fest.

Die Antragstellerin trug mit Schreiben vom 11.07.2007 vor, dass sie die Fragen nicht abschließend beantworten könne, bevor die Antragsgegnerin ihrerseits Detailangaben zu Konditionen mache.

Mit weiterem Schreiben vom 16.08.2007 erläuterte die Antragstellerin zwei Szenarien einer Zusammenarbeit. In dem ersten Szenario würde die Antragstellerin das Patent an die Antragsgegnerin „veräußern oder sie lizenzieren.“ In dem zweiten Szenario würde die Antragstellerin als „unerwünschter Service-Provider“ bestehende Produkte mehrerer Netzbetreiber oder eines Netzbetreibers intern zu einem neuen Gesamtangebot zusammenführen.

Mit Mail vom 24.08.2007 erkundigte sich die Antragstellerin hierzu nach dem Stand der Entscheidungen bei der Antragsgegnerin.

Mit Schreiben vom 30.08.2007 zeigt sich die Antragsgegnerin erstaunt, dass von ihr erwartet werde ggf. ein bislang nur behauptetes und nicht nachgewiesenes Patent zu erwerben und bittet erneut um Übermittlung der Patentunterlagen.

Der Gang dieser Verhandlungen lässt keinen Zweifel daran, dass sich die Antragsgegnerin mit ihrer Verhandlungsführung innerhalb der Grenzen vertrauensvoller Verhandlungsführung und ihrer Prüfberechtigung nach der E1-Lizenz bewegt hat. Es lässt sich nicht feststellen, dass die wiederholte Anforderung des Patents- bzw. der Patentanmeldung durch die Antragsgegnerin treuwidrig gewesen wäre. Die Antragsgegnerin ist erkennbar zunächst davon ausgegangen, dass die Antragstellerin ausschließlich das Geschäftsmodell „Mehr-SIM-Technik“ verfolgt und dass die Umsetzung dieses Geschäftsmodells von der erfolgreichen Patentanmeldung abhängig ist. Selbst sofern zugunsten der Antragstellerin unterstellt wird, dass sie von Anfang an auch ein 1-SIM-Geschäftsmodell“ oder ein „Mehr-SIM-Modell ohne patentierte automatische Steuerung und Netzzuordnung“ umsetzen wollte, so ist der Antragsgegnerin zuzugestehen, dass die Antragstellerin zumindest objektiv den Eindruck er-

weckt hat, dass sie gerade „kein typischer Diensteanbieter“ sein wollte. Denn sie hat ihr Schreiben vom 23.04.2007 wörtlich so abgefasst, dass es sich um einen „besonderen Business-Case „Mehr-SIM-Technik“ und nicht um eine „klassisches Serviceproviding“ bisheriger Ausgestaltung handele.

Noch mit Schreiben der Antragstellerin vom 16.08.2007 teilte diese mit, dass sie zwei Szenarien einer Zusammenarbeit mit der Antragsgegnerin sehe und hielt den Patenterwerb als eine bis Mitte Oktober gangbare Alternative für die Antragsgegnerin zumindest bis zur Mail vom 24.08.2007 aufrecht. Hierbei legte sie - obwohl sie sich zwischenzeitlich davon distanziert hatte - erneut das Patent zur „automatischen Steuerung und Netzzuordnung von Mehr-SIM-Geräten“ zugrunde. Beide Szenarien der Geschäftsmodelle vom 16.08.2007 stellten auf dieses Patent ab und unterschieden sich nur in dem Umstand, ob die Antragsgegnerin das Patent selbst oder Nutzungsrechte daran erwerben würde. Die Alternative eines neben diesen Szenarien auch möglichen „patentunabhängigen Geschäftsmodells“ wird nicht zum Ausdruck gebracht. Vom Standpunkt eines objektiven Betrachters hat sich die Antragstellerin damit nicht hinreichend klar und eindeutig von dem Patent als wesentlichem Bestandteil des Geschäftsmodells verabschiedet und nicht zu erkennen gegeben, wie ihr dann verfolgtes Geschäftsmodell aussehen soll.

Vor diesem Hintergrund stellt es sich nicht als unsachlich oder unverhältnismäßig dar, dass die Antragsgegnerin die Verhandlungen auch mit dem Ziel der Vorlage und Prüfung des genannten Patents abhängig gemacht hat, das bis Oktober 2007 zu erwerben ihr angeboten war. Selbst mit Schreiben vom 03.09.2007 - also zeitgleich mit der Beantragung des Schlichtungsverfahrens - bot die Antragstellerin der Antragsgegnerin noch bis zur 37. KW (d.h. bis 15.10.2007) die Einbindung in die Verhandlungen um die Patentveräußerung und damit einen Patenterwerb an. Entsprechend erscheint es nicht treuwidrig, dass die Antragsgegnerin die Vorlage substantiierter Beschreibungen des Patents oder der Patentanmeldung zur Voraussetzung weiterer Prüfungen dieses Geschäftsmodells der Antragstellerin gemacht hat.

Der Antragsgegnerin ist auch nicht vorzuwerfen, dass sie alternative, von einem Patent unabhängige Geschäftsmodelle der Antragstellerin nicht zur Kenntnis genommen und sich auf die „Patentvariante“ fixiert habe. Denn die Antragsgegnerin hat mit Schreiben vom 29.06.2007 und E-Mail vom 30.07.2007 sowie nochmals mit nachgelassenem Schreiben vom 04.12.2007 für die alternativen Geschäftsmodelle „1-SIM-Technik“ und „Mehr-SIM-Technik ohne Patent zur automatischen Steuerung und Netzauswahl“ geschäftliche Planungen erbeten, ohne diese erhalten zu haben.

Die Antragsgegnerin hat die Verhandlungen auch nicht treuwidrig dadurch geführt, dass sie der Antragstellerin die von dieser begehrten finanziellen Konditionen für Diensteanbieter ("Kosten- und Konditionenübersicht") nicht zur Verfügung gestellt hat.

Insoweit ist zunächst festzustellen, dass die Antragsgegnerin im Rahmen der Verhandlungen nicht verpflichtet war, der Antragstellerin ein "verhandlungsfähiges" Angebot im Sinne eines Angebotes auf Abschluss eines Vertrages nach §§ 145 ff. BGB zu unterbreiten.

Denn die Rücksichtnahme- und Verhaltenspflichten nach §§ 311, 241 BGB im Rahmen vorvertraglicher Schuldverhältnisse sind auf Verpflichtungen bei der Anbahnung von Vertragsverhältnissen gerichtet nicht aber auf deren Abschluss. Die Abgabe eines Angebotes auf Abschluss eines Vertrages geht aber über Verhaltenspflichten im Rahmen von Vertragsverhandlungen hinaus, da sie die Verhandlungsphase beendet oder aber auf eine neue Stufe hebt, auf der Verhandlungsgegenstand nicht mehr die Vorfragen, sondern eben das abgegebene Angebot wird. Ein Rechtssatz, der im Rahmen laufender Verhandlungen eine Partei vorleistungspflichtig hinsichtlich der Abgabe eines Angebotes machen würde, ist aber nicht ersichtlich. Etwas anderes folgt auch nicht aus Punkt 17.1 der E1-Lizenz. Danach besteht nicht uneingeschränkter Kontrahierungszwang des Lizenznehmers mit Diensteanbietern. Der Lizenznehmer muss vielmehr nur geeignete Diensteanbieter zulassen. Sind Verhandlungen

hierüber aber - wie vorliegend von Antragstellerin und Antragsgegnerin übereinstimmend geltend gemacht - noch nicht abgeschlossen, so ist die Antragsgegnerin auch nicht zur Abgabe eines bindenden Angebots verpflichtet. Da die E1-Lizenz wie oben ausgeführt nur den sachlichen Rahmen der Eignungsprüfung begrenzt nicht aber die Kriterien benennt, kann der Lizenzgeber auch nur die Einhaltung des sachlichen Rahmen überprüfen, nicht aber die Eignungsprüfung selbst vornehmen oder diese ersetzen. Da die Antragstellerin nicht als ungeeignet ablehnt wurde, kann auch nicht geprüft werden, ob sich eine Ablehnung im Rahmen sachlicher Kriterien bewegt.

Die Antragsgegnerin hat die Verhandlungen auch nicht treuwidrig dadurch geführt, dass sie der Antragstellerin keine finanziellen "Standard-Konditionen" für Diensteanbieterverträge übersandt hat.

Zwar können sich aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis im Rahmen der Rücksichtnahme und Verhaltenspflichten auch Auskunftspflichten ergeben (Heinrichs in Palandt, BGB, 62. Aufl. 2003, § 311 Rn. 21), wobei Inhalt und Umfang des Pflichtprogramms jeweils davon abhängt, inwieweit durch den vorvertraglichen Kontakt ein Vertrauensverhältnis entstanden ist (Heinrichs a.a.O.).

Es kann dahinstehen, ob durch den konkreten Gang der Verhandlungen zwischen den Parteien ein Vertrauensverhältnis überhaupt entstehen konnte, das eine Vertiefung der Verhandlungen durch Auskunft über finanzielle Konditionen rechtfertigte. Denn die Auskunftspflicht setzt voraus, dass die Antragsgegnerin über entsprechende finanzielle "Standard-Konditionen" für Diensteanbieter verfügt.

Das ist nach Kenntnis der Kammer vorliegend aber nicht der Fall. Zwar liegt der Kammer ein "Mustervertrag für Diensteanbieter" vor, der mit Schreiben vom 29.04.1994 vom Lizenzgeber genehmigt wurde. Dieser Mustervertrag enthält im Wesentlichen aber lediglich den rechtlichen Rahmen für Diensteanbieter ohne die von der Antragstellerin begehrten finanziellen Konditionen. Auch aus den weiteren Akten lässt sich nicht erkennen, dass die Antragsgegnerin insoweit über Standardkonditionen verfügen würde. Die Antragsgegnerin hat schließlich auf Nachfrage der Kammer mit Schreiben vom 20.12.2007 bestätigt, dass sie über derartige Standardkonditionen nicht verfüge. Die von der Antragstellerin nachgefragten finanziellen Bedingungen würden vollumfänglich für jeden für geeignet befundenen Diensteanbieter individuell ermittelt und angeboten. Hierzu werde für jeden Diensteanbieter ein Projekt mit eigenem Projektteam aufgesetzt.

Die Antragsgegnerin ist nach dem TKG auch nicht verpflichtet, ein "Standard-Angebot" für Diensteanbieter zu entwickeln. Eine entsprechende Verpflichtung findet sich auch nicht in der E1-Lizenz. Punkt 17.3 der E1-Lizenz bestimmt insoweit lediglich, dass die Leistungsentgelte und Geschäftsbedingungen im Verhältnis zu Diensteanbietern so zu gestalten sind, dass der Teilnehmerwechsel zwischen Diensteanbietern nicht unverhältnismäßig erschwert wird und die Leistungsentgelte und Geschäftsbedingungen gegenüber dem Lizenzgeber offen zu legen sind. Auch nach Punkt 17.5 der Lizenz ist die Antragsgegnerin lediglich verpflichtet, die Grundsätze und die AGB für Diensteanbieter-Verträge zur Zustimmung vorzulegen. Eine Verpflichtung "Standardtarife" zu entwickeln folgt hieraus nicht.

Die Antragsgegnerin ist der ihr obliegenden Pflicht zu redlicher Verhandlungsführung nach Punkt 17.1 der E1-Lizenz in Verbindung mit §§ 311, 241 BGB allerdings insofern nicht hinreichend nachgekommen, als sie die Antragstellerin nicht darüber aufgeklärt hat, dass sie sich im Irrtum befände, soweit sie annähme, dass "Standard-Konditionen" für Diensteanbieter existierten.

Aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis erwachsen nach § 241 Abs. 2 BGB Pflichten zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Güter und Interessen des anderen Teils (Verhaltenspflichten). Diese Pflichten können sich vor allem auf Aufklärung, Auskunft, Obhut oder Fürsorge

richten. Inhalt und Umfang des Pflichtprogramms hängt jeweils davon ab, inwieweit durch den vorvertraglichen Kontakt ein Vertrauensverhältnis entstanden ist. (Heinrichs in Palandt, BGB, 62. Aufl. 2003, § 311 Rn. 21).

Die Antragstellerin ging in ihren Schreiben ersichtlich davon aus, dass es "Standard-Konditionen" für Diensteanbieter gibt. Bereits mit ihrem ersten Schreiben vom 11.04.2007 erbat sie die "Übermittlung einer ersten Kosten- und Konditionenübersicht." Die Antragstellerin hatte zu diesem Zeitpunkt ihr Geschäftsmodell noch gar nicht angesprochen, sondern nur darauf hingewiesen, Diensteanbieter werden zu wollen. Sie wiederholte diese Bitte im Schreiben vom 23.04.2007. Ebenfalls ohne näher auf ihr Vorhaben einzugehen. Entsprechendes gilt für die E-Mail vom 23.04.2007, in der ebenfalls die Konditionen und Kosten "einer Service-Provider Anbindung" verlangt werden. Mit Schreiben vom 11.07.2007 erbat die Antragstellerin u.a. "weitere notwendige Zahlen im Rahmen eines Standard-Service-Provider Vertrages". Auch in der E-Mail vom 16.07.2007 und 16.08.2007 verlangt die Antragstellerin "Konditionen einer Service-Provider Anbindung".

Die Antragsgegnerin hätte daher erkennen können, dass die Antragstellerin davon ausging, es gäbe, unabhängig vom jeweiligen Geschäftsmodell, Standardkonditionen, die auf alle Diensteanbieterverträge zuträfen. Im Schreiben vom 11.07.2007 verlangt die Antragstellerin sogar ausdrücklich „weitere, notwendige Zahlen im Rahmen eines Standard-Service-Provider Vertrages“. Die Antragstellerin hat durch beständige Forderung nach solchen Kosten-Konditionen und mehrfache Fristsetzungen u.a. in den genannten Schreiben auch zum Ausdruck gebracht, dass ihr dieses Anliegen ganz besonders wichtig war. Dies hat sie auch begründet. So weist die Antragstellerin bereits in ihrem ersten Schreiben vom 11.04.2007 darauf hin, dass sie die Konditionen "für eine erste Einschätzung einer möglichen Anbindung" benötige. In der E-Mail vom 23.04.2007 sowie im Schreiben vom 23.04.2007 heißt es hierzu, dass sie die Informationen "für eine Einordnung der Produkte der E-Plus in unsere weitere Geschäftsplanung" benötige. In der E-Mail vom 1.07.2007 macht die Antragstellerin geltend, dass sie die Unterlagen "für die weitere Optimierung unserer Unterlagen und die Weiterführung der konkreten Businessplanung" benötige. Von der Antragsgegnerin durfte daher im Rahmen redlicher Verhandlungsführung erwartet werden, dass sie die Antragstellerin über deren irriige Annahmen aufklärte. Eine entsprechende Aufklärung war von der Antragsgegnerin in Anbetracht der Bedeutung, die die Kenntnis solcher Konditionen für die Antragsteller hatte, redlicherweise auch zu erwarten und im Rahmen des durch die Verhandlungen sich bildenden Vertrauensverhältnisses auch zuzumuten. Zwar hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 23.04.2007 vorgetragen, "dass es sich bei unserem Geschäftsmodell nicht um ein "klassisches Serviceproviding" bisheriger Auffassung handelt. Mit dem Patent der youngtel sind wir vielmehr in der Lage, eigenständige Preis- und Tarifstrategien in den deutschen Mobilfunkmarkt zu bringen". Dies rechtfertigte aufgrund des folgenden Beharrens der Antragstellerin auf "Standardkonditionen" aber ersichtlich nicht die Annahme, die Antragstellerin könne kein Interesse an "Standardkonditionen" haben. Dies gilt um so mehr als die Antragstellerin mehrfach erklärt hat, ihr Geschäftsmodell sei von der Patenterteilung, mit der das Schreiben vom 23.04.2007 in Zusammenhang stand, unabhängig und mit E-Mail vom 14.06.2007 sogar geltend machte, sie sei mit ihrer Idee unter Nutzung bereits verfügbarer 2-SIM-Geräte ohne automatische Steuerung in der Lage selbst ein herkömmliches 1-SIM-Modell mit der Antragsgegnerin zu verwirklichen. Eine Aufklärung über das Fehlen von für alle Diensteanbieter geltende Standardkonditionen war der Antragsgegnerin auch nicht deshalb unzumutbar, weil die Antragstellerin ihrerseits die Übermittlung der Patentunterlagen und Beantwortung weiterer Fragen an ihre Geschäftsmodelle von der vorausgehenden Übermittlung der Konditionen abhängig gemacht hat. Ebenso wenig durfte die Antragsgegnerin mangels entstandenem Vertrauensverhältnisses von einer Aufklärung der Antragstellerin absehen, weil diese versucht hat Druck, auf die Antragsgegnerin zum Erwerb des Patents auszuüben, dadurch dass sie für den Fall des Nichterwerbs der Lizenz u.a. mit Anlage zum Schreiben vom 16.08.2007 ein für die Antragsgegnerin schadensträchtiges Szenario eines "unerwünschten Service-Providers" in Aussicht stellte, dass sie widersprüchliche Angaben zu einem Patent gemacht hat und mit Hinweis auf Investorengespräche versucht hat, Zeitdruck

hinsichtlich eines Patenterwerbs zu erzeugen. Denn die Antragsgegnerin hat dieses Auftreten der Antragstellerin nicht zum Anlass genommen die Verhandlungen abzubrechen, sondern dem Grunde nach einer Fortführung der Verhandlungen festgehalten. Auch in der mündlichen Verhandlung und im nachgelassenen Schreiben vom 06.12.2007 hat die Antragsgegnerin ihre fortbestehende Verhandlungsbereitschaft bekundet und weitere Fragen an die Antragstellerin gerichtet. Setzt die Antragsgegnerin die Verhandlungen aber fort, schuldet sie der Antragstellerin redlicherweise auch Aufklärung über deren Irrtum. Eine solche Aufklärung ist auch nicht durch die Schreiben der Antragsgegnerin erfolgt, in denen diese wiederholt auf die Bedeutung des konkreten Geschäftsmodells u.a. für die Prüfung der Leistungsfähigkeit der Antragstellerin hingewiesen hat. Denn diese Schreiben enthalten nicht die Erklärung, dass weitere konkrete Informationen erforderlich seien, um überhaupt erst Konditionen für die Antragstellerin finden zu können. Die Antragsgegnerin war auch unter dem Gesichtspunkt zur Aufklärung verpflichtet, dass sie diese Aufklärung unschwer hätte leisten können und dies hätte geschehen können ohne eigene Rechte damit preiszugeben. Dies gilt um so mehr als der Fortgang der Verhandlungen zwischen den Parteien u.a. offenbar deshalb blockiert war, weil die Antragstellerin an die Existenz solcher Standardkonditionen glaubte und die mangelnde Übersendung zum Anlass nahm ihre eigene Mitwirkung an der weiteren Verhandlungsführung bis zu deren Übersendung zurückzustellen. Eine Aufklärung war somit auch deshalb geboten, um die Verhandlungen - die die Antragsgegnerin nach eigenem Bekunden bereit ist fortzusetzen - wieder in Gang zu bringen.

Die Antragsgegnerin ist der ihr nach obigen Grundsätzen obliegenden Pflicht zu redlicher Verhandlungsführung auch insofern nicht hinreichend nachgekommen, als die der Antragstellerin den von der Lizenzgeberin mit Schreiben vom 29.04.1994 genehmigten "Standardvertrag für Diensteanbieter" in seiner geltenden Fassung nicht zur Verfügung gestellt hat. Die Antragstellerin hat mit E-Mail vom 23.04.2007 und Schreiben vom 11.07.2007 ausdrücklich einen "Mustervertrag" bzw. einen „Standard-Service-Provider Vertrag“ erbeten. Ein solcher Mustervertrag liegt - unabhängig von der Frage, ob er auf das Geschäftsmodell der Antragstellerin Anwendung finden könnte, vor. Die Antragsgegnerin hätte der Bitte der Antragstellerin daher unschwer entsprechen können. Dem steht auch nicht entgegen, dass der verfügbare Mustervertrag von 1994 im Wesentlichen lediglich das rechtliche Rahmenwerk für Serviceproviderverträge enthält, nicht aber finanzielle Konditionen, auf die es der Antragstellerin ersichtlich in erster Linie ankommt. Da die Antragsgegnerin aber wie beschrieben mit der Antragstellerin von April bis September 2007 Verhandlungen unterhalten hat, ohne diese mit Hinweis auf die Verhandlungsführung der Antragstellerin abzubrechen, durfte im Rahmen redlicher Verhandlungsführung von ihr auch erwartet werden, dass sie zusammen mit der erforderlichen Aufklärung über die Nichtexistenz von "Standardkonditionen" der Antragstellerin auch den Mustervertrag zugänglich gemacht hätte. Die Antragstellerin kann sich insoweit nicht darauf berufen, die Eignungsprüfung der Antragstellerin noch nicht abgeschlossen zu haben und zur Übersendung eines Vertrages erst nach Feststellung der Eignung verpflichtet zu sein. Denn der Mustervertrag beinhaltet ersichtlich nur ein - hinsichtlich der tatsächlichen Geschäftstätigkeit nicht konkretisiertes - Rahmenwerk, dass nicht als Angebot eines Vertragsabschlusses hätte missverstanden werden können.

Die Antragsgegnerin hat die ihr gegenüber der Antragstellerin obliegende Pflicht zu redlicher Verhandlungsführung nicht dadurch verletzt, dass sie Fragen an die Antragstellerin gerichtet hat, die von der Antragstellerin – wie diese vorträgt - schon beantwortet waren.

Die Antragstellerin hat entgegen ihrem Vortrag Fragen der Antragsgegnerin zu ihren Geschäftsmodellen – insbesondere soweit diese von einer Patentierung der automatischen Rufnummernumschaltung unabhängig sein sollten -, nicht beantwortet.

Die Antragsgegnerin hatte - jedenfalls mit Schreiben vom 29.06.2007 - zur Kenntnis genommen, dass die Antragstellerin für sich ein Geschäftsmodell als Diensteanbieterin auch unabhängig von einer Patentierung sah und ggf. einen Vertrag mit ihr auch auf herkömmlicher 1-SIM-Basis abschließen wollte. Mit Schreiben vom 29.06.2007 bat sie die Antragstellerin da-

her um Angaben zur „Prüfung des Business-Case der beiden Geschäftsmodelle“ und erklärte „unabdingbare Angaben sind insbesondere (jeweils für einen Zeitraum von 3 Jahren nach Launch):

- Produktbeschreibung (Pre-oder Postpaid, Tarifstruktur)
- Teilnehmereinschätzung (Anzahl der Bruttoaktivierungen auf Monatsbasis, Churquoten auf Monatsbasis)
- Teilnehmerbeschreibung (Durchschnittsumsatz, Durchschnitts-Usage, Datenanteil am Umsatz, Inaktivitätsquoten)
- Zielgruppe (Beschreibung, erwarteter Marktanteil von youngtel)
- Vertriebskanäle (mit welchen Kanälen bestehen Vereinbarungen? Welche weiteren sind geplant?)
- Marketingkonzept“

Im selben Schreiben wies sie darauf hin, dass angesichts des hohen Wettbewerbsdrucks auf dem Diensteanbietermarkt, aus ihrer Sicht ein fundierter Business Case mit überzeugendem Konzept unabdingbar für den Erfolg der Antragstellerin als Markteinsteigerin sei.

Die Antragstellerin hat diese Fragen weder im einzelnen noch getrennt nach ihren geschäftlichen Alternativen beantwortet. Zwar heißt es hierzu im Schreiben der Antragstellerin vom 11.07.2007, dass eine abschließende Beantwortung der Fragen der Antragsgegnerin erst erfolgen könne, wenn der Antragstellerin ihrerseits „genauere Details einer möglichen Service-Provider-Anbindung“ vorlägen, so dass man meinen könnte, die Fragen seien bis auf diese Details beantwortet worden. Die mit Schreiben vom 11.07.2007 hierzu übersandten „Eckdaten zum Businessmodell“ sind aber derart pauschal gehalten und weisen ein derart hohes Abstraktionsniveau auf, dass hierin eine Beantwortung der Fragen – zumal für alternative Geschäftsmodelle – nicht erfolgt. Dies war der Antragstellerin im Übrigen auch bewusst. Denn sie schreibt selbst in Beantwortung des Fragenkataloges nur „natürlich noch grobe Details zu den von Ihnen – in ihrem Schreiben vom 29.06.2007 – gestellten Fragen“ zu übersenden. Die Antragstellerin gibt damit zu erkennen, dass sie selbst die übersandten Unterlagen nicht als Beantwortung versteht.

Im Anhang zu einer E-Mail vom 16.07.2007 hat die Antragstellerin dann in Beantwortung der Fragen der Antragsgegnerin weitere Unterlagen u.a. Produktdatenblätter für Flatratemodelle übersandt. Diese Unterlagen waren offenbar interpretationsbedürftig. Denn mit E-Mail vom 30.07.2007 hat die Antragsgegnerin anknüpfend an die Produktdatenblätter hierzu sieben konkrete Nachfragen zum Geschäftsmodell geäußert. Bei einigen dieser Fragen handelt es sich um Verständnisfragen zum Geschäftsmodell, die aus einer Interpretation der überlassenen Unterlagen folgen. So fragt die Antragsgegnerin z.B. an, ob es richtig sei, dass die Antragstellerin zwei Tarifarten einsetzen und damit zwei Verträge bei ihr einkaufen wolle (Frage 1 des Schreibens), welche dieser Tarifarten für interne und welche für externe Gespräche eingesetzt werden sollten (Frage 2 des Schreibens), ob sich die Teilnehmereinschätzung auf die geplanten Endkundenverhältnisse beziehe und welche Tarifarten hierbei unterstellt würden (Frage 3), ob die Antragstellerin ihre Einkaufstarife unter Zugrundelegung der Tarifarten Base 2 und Zehnsation geplant oder anders geplant habe (Frage 4) wie die prozentuale Verteilung der Gross Adds zwischen den vier von der Antragstellerin geplanten Tarifen sei (Frage 5) welche Art von Points of Service die Antragstellerin plane und wie belastbar diese Planung sei, ob dort bereits postpaid Mobilfunk verkauft würde und ob schon unterschriebene ggf. exklusive Verträge hierzu mit der Antragstellerin vorlägen (Frage 6), schließlich zu welchem Zeitpunkt die von der Antragstellerin benötigten Mehr-SIM-Endgeräte auf den Markt kämen und welcher Hersteller diese produziere (Frage 7).

Nach Lage der Akten ist nicht feststellbar, dass die Antragstellerin diese Fragen beantwortet hätte. Zwar liegt eine E-Mail vom 30.07.2007 vor, in der es heißt „anbei erhalten Sie die Antworten auf die von Ihnen gestellten Fragen“. Die E-Mail enthält aber nur einen pauschalen

Hinweis auf einen Investor und eine abgeschlossene detaillierte Businessplanung mit allen notwendigen technischen und finanziellen Details. Antworten auf die konkreten Fragen der Antragsgegnerin finden sich dort nicht; auch nicht im Anhang zu dieser E-Mail.

Ebenso wenig enthält die E-Mail der Antragstellerin vom 16.08.2007 Antworten auf die Fragen der Antragsgegnerin. Zwar heißt es auch hier „anbei erhalten Sie einige weiterführende Informationen zu den möglichen Alternativen der youngtel Geschäftsplanung“. Die E-Mail benennt aber lediglich einen Link zu einer Umfrage, dem Verweis auf eine nicht benannte Studie, in die gesprächsweise Einblick gewährt werden könnte, und den Hinweis, dass es einen Investorenbrief gäbe, in dem ein exklusiver Vertragsabschluss mit einem (nicht benannten) vierten großen Vertriebspartner der Antragstellerin geschlossen worden sei, der sich im Online-Handel engagiere. Informationen, die auf die Fragen der Antragsgegnerin eingehen oder geeignet wären diese zu beantworten, enthält die E-Mail entgegen der darin enthaltenen Ankündigung nicht. Im Anhang der Mail findet sich ein Schreiben über „Möglichkeiten einer Zusammenarbeit zwischen youngtel und E-Plus“, das grob skizzierte Szenarien einer Zusammenarbeit als erwünschter Service-Provider unter Patenterwerb durch die Antragsgegnerin und als unerwünschter Service Providers enthält. Auch dieses Schreiben geht auf die konkreten Fragen der Antragsgegnerin an die Geschäftsmodelle der Antragstellerin nicht ein und beantwortet diese nicht.

Die Antragsgegnerin hat den Rahmen sachlich gerechtfertigter Eignungsprüfung auch nicht dadurch überschritten, dass sie nach Punkt 17.1 der E1-Lizenz für die Eignungsfeststellung nicht erforderliche Fragestellungen an die Antragstellerin gerichtet hat.

Zunächst ist festzustellen, dass die bis zum Schreiben vom 30.08.2007 wiederholt erfolgten Aufforderungen der Antragsgegnerin an die Antragstellerin zur Vorlage des Patents bzw. Einsicht in die Patentanmeldung unabhängig vom Umfang zulässiger Eignungsprüfung für Diensteanbieter berechtigt waren. Denn die Antragstellerin hatte der Antragsgegnerin dieses Patent wiederholt – zuletzt mit Schreiben vom 16.08.2007 – zum Kauf bzw. zur Lizenzierung angeboten und sich hierzu noch mit E-Mail vom 24.08.2007 nach dem Sachstand erkundigt. Die Antragsgegnerin beruft sich mit Schreiben vom 30.08.2007 an die Antragstellerin daher zu Recht darauf, Aussagen zu einem Patenterwerb erst dann machen zu können, wenn ihr zu diesem Patent auch Unterlagen vorlägen. Dies gilt umso mehr als die Antragstellerin die Antragsgegnerin immer wieder darauf hingewiesen hat, dass die Möglichkeit des Patenterwerbs allenfalls bis Mitte Oktober 2007 eröffnet sei.

Die in der E-Mail der Antragsgegnerin vom 30.07.2007 gestellten Fragen an das Geschäftsmodell der Antragstellerin überschreiten den Rahmen sachlicher Eignungsprüfung nach Punkt 17.1 und 17.2 der E1-Lizenz nicht. Die Fragen in der E-Mail der Antragsgegnerin vom 30.07.2007 beruhen zum Teil darauf, dass die von der Antragstellerin übersandten Unterlagen nicht eindeutig und daher interpretationsbedürftig waren. Die Antragsgegnerin war zum Verständnis des genauen geschäftlichen Vorhabens der Antragstellerin berechtigt wie verpflichtet nachzufragen, ob bestimmte von ihr vorgenommene Interpretationen zum Geschäftsmodell (im Tatsächlichen) zutreffend seien. Auch die weiteren Fragen im Schreiben vom 30.07.2007 zielen auf sachliche Informationen zu den Planungen der Antragstellerin und über den Verhandlungsstand mit beteiligten weiteren Parteien. Es ist nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin hiermit von der Antragstellerin mehr Informationen oder größere Details verlangt hätte, als im Rahmen eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses erwartet werden durfte. Dies gilt um so mehr als die Antragsgegnerin ihre Fragen mehrfach damit begründet hat, dass angesichts des hohen Wettbewerbsdrucks auf dem Diensteanbietermarkt, aus ihrer Sicht ein fundierter Business Case mit überzeugendem Konzept unabdingbar für den Erfolg der Antragstellerin als Markteinsteigerin sei. Die Antragstellerin hat diesem Ansatz nicht widersprochen. Schließlich hat die Antragstellerin auch nicht geltend gemacht, dass einzelne bestimmte Fragen der Antragsgegnerin sich außerhalb des nach Punkt 17.1 und 17.2 der E1-Lizenz gerechtfertigten Rahmens bewegten.

Die Fragen der Antragsgegnerin in der E-Mail vom 30.07.2007 gingen auch nicht deshalb über den Rahmen zulässiger Eignungsprüfung nach Punkt 17.1. der E1-Lizenz hinaus, weil sie von der Antragstellerin eine ihr nach dem Verfahren BK3 – 06/007 nicht zumutbare Preisgabe von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen verlangt hätten. Denn zum einen haben die Parteien eine Vertraulichkeitsvereinbarung geschlossen, eigens zu dem Zweck auch den Austausch von Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu ermöglichen. Zum anderen hat die Antragsgegnerin – soweit ersichtlich – Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bislang gar nicht erfragt.

Die Fragen der Antragsgegnerin in der E-Mail vom 30.07.2007 gingen auch nicht deshalb über den Rahmen zulässiger Eignungsprüfung nach Punkt 17.1. der E1-Lizenz hinaus, weil sie nicht erfüllbare Anforderungen an die Antragstellerin gerichtet hätten. Die gestellten konkreten Fragen hätten zur Überzeugung der Kammer durch die Antragstellerin auf der Grundlage ausgearbeiteter Planungen unschwer beantwortet werden können. Die Antragstellerin war an der Beantwortung auch nicht dadurch gehindert, dass sie zur Beantwortung auf Informationen durch die Antragsgegnerin zu Diensteanbieterkonditionen angewiesen gewesen wäre, die ihr nicht vorlagen. Für die Beantwortung der in der E-Mail vom 30.07.2007 genannten Verständnisfragen zum Geschäftsmodell, zu Points of Services, zu benötigten Tarifarten, Marktreife der Geräte sowie deren Hersteller stehen werden Angaben zu Diensteanbieterkonditionen nicht benötigt. Allenfalls könnten diese zur Beantwortung der Frage 4 erforderlich sein, bei der die Antragsgegnerin wissen möchte, ob die Antragstellerin ihre Einkaufstarife unter Zugrundelegung der Tarifarten Base 2 und Zehnsation oder anders geplant habe. Da die Antragstellerin in ihren Produktdatenblättern aber Endkundenpreise geplant hat, ist zu erwarten, dass sie auch eine Planung zu Einkaufstarifen – wenigstens über Vorstellungen hierzu – gemacht hat, ohne über ein Angebot der Antragsgegnerin zu verfügen. Es ist daher davon auszugehen, dass die Antragstellerin entsprechende – wenn auch ungenaue - Planungen auch ohne Kenntnis von Angebotskonditionen der Antragsgegnerin durchführen konnte und auch erstellt hat. Dessen ungeachtet ist die Frage der Antragsgegnerin nach den Einkaufstarifen von der Antragstellerin zugrunde gelegten Tarifarten wohl eher dahingehend zu verstehen, dass die Antragsgegnerin wissen möchte, ob die Antragstellerin ihren Planungen bestimmte Produkte der Antragsgegnerin (Base2 , Zehnsation) zugrunde gelegt hat oder ob sie z.B. Airtime einkaufen will. Die Antragstellerin hätte diese Frage unschwer beantworten können, ohne auf vorausgehende Angaben der Antragsgegnerin zu Einkaufspreisen für Tarife angewiesen zu sein.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appelhofplatz, 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 Anlage sollen so viele Abschriften beigelegt werden, dass alle Beteiligten eine Ausfertigung erhalten können.

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

Bernhard Kuhrmeyer

Ute Dreger

Joerg Lindhorst

Vorsitzender

Beisitzerin

Beisitzer