



Beschlusskammer 2

Az.: BK 2a 07 /007

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Streitbeilegung Youngtel GmbH ./.. Vodafone D2 GmbH

Verfahrensbeteiligte:

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

Antragstellerin und Beteiligte zu 1,
- 2) Vodafone D2 GmbH, Am Seestern 1, 40547 Düsseldorf,
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

Antragsgegnerin und Beteiligte zu 2,
- 3) debitel AG, Gropiusplatz 10, 70545 Stuttgart,
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Beteiligte zu 3,
- 4) mobilcom Communicationstechnik GmbH, Deelbögenkamp 4c, 22297 Hamburg,
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Beteiligte zu 4,
- 5) M-net Telekommunikations GmbH, Emmy-Noether-Straße 2, 80992 München,
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung,

Beteiligte zu 5,

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

den Vorsitzenden Dir. Dipl. Ing. Bernhard Kuhmeyer,

die Beisitzerin lfd. RegDir´n Ute Dreger

den Beisitzer ORR Joerg Lindhorst,

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. November 2007

am 01.02.2008 beschlossen:

Die Anträge werden 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 durch öffentlich-rechtlichen Vertrag 15.02.1990 auf Grundlage von § 2 FAG eine Verleihung ("D2-Lizenz") durch das damalige Bundespostministerium erteilt (D2-Lizenz in der Fassung vom 11.03.1994; Mitt. 43 Abl. BMPT 14/94, S. 415 ff). Diese enthält u. a. Regelungen über die Zulassung, Auswahl und Nichtdiskriminierung von Diensteanbietern.

Ziffer 7.2 der Lizenz lautet:

Dem LIZENZNEHMER oder einem mit ihm im Sinne des § 271 Abs. 2 HGB verbundenen Unternehmen ist es verwehrt, Dienstanbieter für das C-, D1- oder E1-Netz zu sein, sowie Dienstanbieter von Betreibern zu werden, die auf dem sachlich und räumlich gleichen Markt wie der LIZENZNEHMER auftreten.

Ziffer 17.1 der Lizenz lautet:

"Der LIZENZNEHMER ist verpflichtet, geeignete Dienstanbieter zuzulassen. Die Dienstanbieter 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 Mobilfunkdienste 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 Dienstanbieter 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."

Die Antragstellerin fordert unter Berufung auf die lizenzrechtlichen Verpflichtungen der Antragsgegnerin aus Punkt 17.1 und 17.2 der D2-Lizenz mit ihr ernsthafte Verhandlungen über den Abschluss eines Dienstanbietervertrages aufzunehmen. Sie begehrt insoweit die 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-Technik. 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 Sende- 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.

Für den Einsatz der Dual-SIM-Technik beabsichtigt die Antragstellerin, über einen Dienstanbieterverträge mit der Antragsgegnerin hinaus, den erforderlichen zweiten Dienstanbietervertrag mit der Lizenznehmerin des sog. E1-Netzes, der E-Plus GmbH & Co. KG zu schließen. Ein diesbezügliches Streitschlichtungsverfahren wurde unter dem Az: BK2a 07/006 durchgeführt.

Dem Schlichtungsbegehren liegt folgender Verhandlungsablauf zwischen den Parteien zugrunde:

Nach erster formloser Kontaktaufnahme im Januar 2007 wandte sich die Antragstellerin erstmals mit Schreiben vom 11.04.2007 „offiziell“ an die Antragsgegnerin mit der Bitte um Aufnahme von Verhandlungen über eine Service-Provider-Anbindung an das D2-Netz. Zugleich und bereits in diesem ersten Schreiben bat sie um „kurzfristige Übermittlung einer ersten Kosten- und Konditionenübersicht“ für Diensteanbieter und stellte in Aussicht, ihre technische und finanzielle Eignung als Diensteanbieter gesprächsweise nachweisen zu wollen.

Die Antragsgegnerin reagierte am 03.05.2007 mit der Übersendung einer Vertraulichkeitsvereinbarung zur Vorbereitung eines Gespräches, welches nach beidseitiger Unterzeichnung am 04.05.2007 stattfand.

Mit E-Mail vom 15.05.2007 machte die Antragstellerin daraufhin Ausführungen zu ihrem Geschäftsmodell „Mehr-SIM-Technik“, wobei sie erklärte, die bisherige Preisführerschaft der E-Plus kopieren und eine neue Preisrunde im Mobilfunkmarkt einläuten zu wollen. Sie nahm in diesem Zusammenhang Bezug auf ein von ihr „exklusiv gehaltenes Patent“, das im Rahmen der von ihr nachgefragten Zulassung als Diensteanbieter umgesetzt werden solle. Zugleich bot sie dieses Patent der Antragsgegnerin - mit Hinweis auf bis Mitte 2007 bzw. September 2007 begrenzte Veräußerungsmöglichkeiten - zum Erwerb an.

Die Antragsgegnerin erwiderte mit Schreiben vom 14.06.2007, dass sie erhebliche Zweifel an der Patentfähigkeit des Mehrkarten-Handys habe und ihr zudem kein für das Geschäftsmodell tragfähiger Business-Case vorläge. Sie erklärt sich im selben Schreiben bereit, über eine Zusammenarbeit mit der Antragstellerin als Diensteanbieterin nachzudenken – zu deren Absicherung eine Bürgschaft in Höhe eines dreifachen Monatsumsatzes erforderlich sei - und bat diesbezüglich um folgende Informationen zu

- *geplante Teilnehmer-, Umsatz- und ARPU-Zahlen,*
- *ein Business-Case mit der Entwicklung der o.a. Werte über einen Zeitraum von 3-5 Jahren,*
- *Finanzierung des Markteintritts (Billing-System, Customer Care etc.),*
- *inkl. Sicherheitsleistung,*
- *anvisierte Vertriebswege.*

Mit E-Mail vom 18.06.2007 antwortete die Antragstellerin - mit einem auch im Parallelverfahren gegen E-Plus (Az: BK2c 07/006) verwandten Text-, in dem sie darauf hinwies, dass ihr Geschäftsmodell von dem – noch nicht erteilten - Patent unabhängig sei und bot die Übersendung von Patentunterlagen unter der Bedingung an, dass die Antragstellerin ihr folgende Fragen beantworte:

- 1) *Welche effektiven Kosten für die Anbindung entstehen?*
- 2) *Wie hoch ist eine zu stellende Sicherheitsleistung*
- 3) *Welchen Zeitraum bis zur Anbindung muss eingeplant werden?*
- 4) *Entstehen laufende Kosten für die Anbindung?*

Eine detaillierte Übersicht über die Konditionen forderte sie bis Mitte Juli. Die Antragstellerin erklärte in dieser Mail ferner, die Ablehnung als Diensteanbieter sei für sie nicht akzeptabel, weshalb sie, seit April bereits die Bundesnetzagentur eingeschaltet habe.

Die Antragstellerin erinnerte mit E-Mail vom 19.06.2007 an die ausstehende Beantwortung ihrer

Fragen aus der Mail vom 14.06.2007, deren Beantwortung Voraussetzung für detaillierte Informationen an die Antragstellerin sei. Zugleich wies sie darauf hin, die Frage nach der Höhe der Sicherheitsleistung schon mit Mail vom 14.06.2007 beantwortet zu haben.

Mit Schreiben vom 11.07.2007 forderte die Antragstellerin die Antragsgegnerin erneut auf, ihr genauere Details einer möglichen Service-Provider-Anbindung mitzuteilen, nämlich zu

- *Kosten der Service-Provider-Anbindung, Sicherheitsleistung,*
- *Einkaufskonditionen für bestehende Tarife, für Netzminuten (intern und extern),*
- *Provision, Boni, Vergütung für eingehende Gespräche etc.*
- *Staffelpreise für Netzminuten, falls vorhanden,*
- *weitere, notwendige Zahlen im Rahmen eines Standard-Service-Provider Vertrages*

und bot abermals an, Zug-um-Zug gegen diese Informationen Einblick in die Patentunterlagen zu gewähren.

Mit Mail vom 27.07.2007 übersandte die Antragstellerin in Beantwortung der Fragen der Antragsgegnerin vom 14.06.2007 ein mit „Eckdaten zum Businessmodell“ überschriebenes Dokument, wobei sie erneut erklärte, ihr Business-Case sei von der tatsächlichen Erteilung des Patents nicht abhängig. Mit selber Mail forderte sie die Antragsgegnerin erneut auf, ihr zwecks detaillierterer Ausarbeitung eigener Zahlen die Konditionen einer Service-Provider-Anbindung zukommen zu lassen. Das Dokument „Eckdaten zum Businessmodell“ enthielt neben dem Punkt „Tätigkeitsbeschreibung“, Annahmen zu Produkten und Tarifen, Teilnehmereinschätzung, Teilnehmerbeschreibung, Zielgruppen und Vertriebskanälen, wobei die Antragstellerin zu einigen dieser Punkte keine eigenen Angaben machte, sondern darauf hinwies, dass entsprechende Zahlen bei der Antragsgegnerin vorhanden seien.

Die Antragsgegnerin bestätigte den Eingang mit Mail vom 31.07.2007 und sagte zu, sich nach Bewertung der Unterlagen bei der Antragstellerin wieder zu melden.

Mit Mail vom 14.08.2007 bat die Antragsgegnerin die Antragstellerin sodann konkrete, - nach Auswertung der „Eckdaten“ noch offen gebliebenen Fragen – zu beantworten. Die Antragsgegnerin forderte die Antragstellerin im Einzelnen auf, (1) für Annahmen zu ARPU, Datenanteil, Inaktivitätsquote etc., bei denen sie sich auf den Datenbestand der Antragsgegnerin bezogen hätte, eigene Einschätzungen unter Berücksichtigung ihrer Zielgruppe und Vertriebswege abzugeben. (Zur Begründung führte die Antragsgegnerin aus diese Einschätzungen nicht selbst vornehmen zu können, da insoweit deutliche Unterschiede zwischen den einzelnen Diensteanbietern bestünden). (2) Ferner stellte sie detaillierte Fragen zur Gegenfinanzierung der von der Antragstellerin beabsichtigten Tarife. (3) Die Antragsgegnerin wies ferner darauf hin, dass – in Widerspruch zum Vortrag der Antragstellerin, ein patentunabhängiges Business Case vorzustellen – die gesamte Tarifgestaltung auf ein patentbasiertes Geschäftsmodell hindeute und auch nur unter dieser Voraussetzung realistisch erscheine. Sie habe die Antragstellerin aber ausdrücklich um ein von diesem Patent unabhängiges Business Case gebeten. (4) Darüber hinaus wollte die Antragsgegnerin wissen, auf welcher Rufnummer – einen Patenteinsatz vorausgesetzt – eingehende Gespräche landen sollten.

Die Antragstellerin antwortete hierauf mit Mail - ebenfalls vom 14.08.2007-, dass sie ihre Produkte selbstverständlich in Verbindung mit dem Patent und einen zweiten Diensteanbietervertrag mit E-Plus unter Einkauf des Zehnsationstarifs der E-Plus plane und erläuterte ihre Tarifannahmen. Wegen der Zielrufnummer für eingehende Gespräche verwies sie auf das „CLIP no screening Verfahren“. Sie wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass diese nach der D2-Lizenz nicht berechtigt sei, die Antragstellerin als Diensteanbieterin abzulehnen,

weil diese ein Business-Case mit finanziellem Schaden für die Antragsgegnerin plane. Die Antragstellerin machte des weiteren Ausführung zum Patentstand: Das Patent sei nun durch und werde im September 2007 veröffentlicht. Zu diesem Zeitpunkt erfolge die Bindung an einen Investor. Die Antragsgegnerin könne das Patent daher nur noch bis zu diesem Zeitpunkt erwerben. Sie setzte der Antragsgegnerin insoweit eine Frist bis zur 34. KW (= bis Ende August 2007).

Mit E-Mail vom 28.08.2007 übersandte die Antragstellerin dann eine mit „Offene Fragen zur Service-Provider-Anbindung“ überschriebene Stellungnahme zu den Fragen der Antragsgegnerin aus der Mail vom 14.08.2007, in der sie Zahlen für ARPU, Datenanteil und Inaktivitätsquote benennt. Die Zahlen seien aber unverbindlich und die Angabe erfolge vollständig unabhängig von der Anfrage zur Anbindung als Service-Provider. Eine Angabe über Zielgruppen und Vertriebswege erfolge nicht, da diese wesentliche Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse darstellten.

Die Antragstellerin beklagt in diesem Schreiben im Übrigen, seit April 2007 die angeforderten Informationen zur den Kosten einer Service-Provider-Anbindung nicht erhalten zu haben, und setzt der Antragsgegnerin zur Übermittlung der Einkaufskonditionen (Netzminuten, Tarife, Modell) hierfür eine letzte Frist bis 15.09.2007, nach deren Ablauf sie sich an die Bundesnetzagentur wenden werde. Die Antragstellerin beklagt ferner auch, nichts mehr zu einem Interesse an einem Patenterwerb zu hören. Sie verhandele daher nunmehr mit Wettbewerbern der Antragsgegnerin über den Patenterwerb. Die Antragsgegnerin erhalte bis 14.08.2007 (!) Gelegenheit sich zu äußern, falls sie noch Gespräche über eine Zusammenarbeit mit der Antragstellerin mit positivem Saldo wünsche.

Mit Schreiben vom 18.09.2007 wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass die Antragstellerin einem Rechtsirrtum unterliege insoweit sie annehme, die D2-Lizenz verpflichte die Antragsgegnerin zu einer ausnahmslosen und bedingungslosen Bereitstellung ihres Mobilfunknetzes. Die Antragstellerin sei insbesondere nicht verpflichtet, ihr Mobilfunknetz unter Hinnahme eines „negativen Ergebnisses“ zur Verfügung zu stellen. Die Antragsgegnerin erklärte ferner, von dem Geschäftsmodell der Antragstellerin aus verschiedenen Gründen nicht überzeugt zu sein, und bekundete ihre Bereitschaft, diese Schlussfolgerung näher zu erläutern. Sie werde der Antragstellerin aber kein Vertragsangebot zukommen lassen, bis die sich stellenden Fragen befriedigend geklärt seien.

Mit Schreiben vom 19.09.2007 warf die Antragstellerin der Antragsgegnerin vor, trotz wiederholter Fristsetzung (1) die Konditionen einer Service-Provider-Anbindung nicht übermittelt zu haben, (2) die nach § 19 TKG erforderlichen Bedingungen für eine Anbindung nicht mitgeteilt zu haben und (3) die Ablehnung als Diensteanbieter nicht sachgerecht begründet zu haben. Die Antragsgegnerin (4) verzögere – bei ständiger Gesprächsbereitschaft der Antragstellerin - die Verhandlungen seit 6 Monaten. Die Antragstellerin merkt in diesem Schreiben ferner an, (5) ihr Modell führe nicht zu einem „negativen Ergebnis“ für die Antragsgegnerin, da die Antragstellerin nicht unter Herstellungskosten anbieten werde. Die mündlichen und schriftlichen Begründungen für die Verzögerung stellten einen Lizenzverstoß und eine bewusste Wettbewerbsbehinderung dar. Sie werde daher nunmehr Klage - u.a. vor der Bundesnetzagentur - erheben, sofern die Antragsgegnerin zu diesen Vorwürfen nicht bis 21.09.2007 eine Stellungnahme abgebe.

Eine E-Mail der Antragsgegnerin vom 20.09.2007 dokumentiert schließlicht, dass diese am 19.09.2007 sich erfolglos um Kontaktaufnahme bemüht hat.

Nachdem die Antragstellerin mit Schreiben vom 03.09.2007 die Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens mit E-Plus beantragt hatte (Az BK2a 07/006) stellte sie im vorliegenden Verfahren mit Schreiben vom 27.09.2007, eingegangen am 31.10.2007, einen

"Eilantrag auf Einleitung eines weiteren Schlichtungsverfahrens".

Die Antragstellerin begründet ihr Schlichtungsbegehren wie folgt:

Sie habe sich seit dem 11.04.2007 erfolglos um die Anbindung an das D2-Netz bemüht. Dabei habe sie alle notwendigen Schritte unternommen, um gegenüber der Antragsgegnerin ihre Eignung als Diensteanbieter nachzuweisen. Die Antragsgegnerin habe die Eignung weder in Frage gestellt noch offene klärungsbedürftige Punkte hierzu benannt. Mit Schreiben vom 18.09.2007 habe die Antragsgegnerin ihr sodann mitgeteilt, dass sie sie als Diensteanbieterin ablehne. Gründe für diese Ablehnung seien nicht benannt worden. Die Antragstellerin habe der Ablehnung umgehend widersprochen und die Antragsgegnerin mehrfach unter Fristsetzung aufgefordert, der Antragstellerin die sachlichen Kriterien für die Anbindung von Diensteanbietern nach § 19 TKG i.V.m. Punkt 17.2 der D2-Lizenz zu benennen.

Aufgrund der Informationsverweigerung durch die Antragsgegnerin und der nicht erfolgten Anbindung an das D2-Netz habe die Antragstellerin bestehenden Lieferverpflichtungen nicht nachkommen können. Ihr – wie auch den Verbrauchern - sei insoweit ein Schaden entstanden, den zu ersetzen die Antragsgegnerin verpflichtet sei. Die Antragsgegnerin verhalte sich wettbewerbswidrig. Ihr komme es allein darauf an, die Antragstellerin in ihrer geschäftlichen Entfaltung zu behindern.

Der Schlichtungsantrag enthält folgende "Ziele der Antragstellerin":

- 1) *"Die Vodafone 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 Vodafone 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 Vodafone zur Zahlung einer empfindlichen Strafzahlung zu verpflichten, da sie wissentlich 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 33 der Lizenz greift."*

Die Antragsgegnerin hat mit Schreiben vom 23.10.2007 und – im Nachgang zur mündlichen Verhandlung – mit Schreiben vom 21.12.2007 Stellung genommen und ihren Diensteanbietervertrag (nach Punkt 17.5 der D2-Lizenz) übersandt, der auch der Antragstellerin zwischenzeitlich vorliegt.

Die Antragsgegnerin erklärt, sie halte den gestellten "Eilantrag" wie die von der Antragstellerin formulierten Antrags-"Ziele" für unzulässig und materiell in jeder Hinsicht für unbegründet.

Die Antragsgegnerin beantragt damit sinngemäß

die Anträge zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin trägt vor:

Sie habe sich –entgegen dem Vortrag der Antragstellerin - nicht Gesprächen über eine mögliche Zusammenarbeit entzogen und werde dies auch künftig nicht tun. Dies gelte auch für das von der Antragstellerin verfolgte Geschäftsmodell, zu dessen Ermöglichung sie nicht verpflichtet sei.

Die Antragstellerin verschließe sich der Erkenntnis, dass auf eine solche Zusammenarbeit kein Anspruch bestehe und die Antragsgegnerin entsprechende Vertragsbeziehungen nur eingehen werde, wenn sie auch für sie selbst hinreichend attraktiv seien. Eine solche freiwillige Zusammenarbeit sei unter bestimmten – konkret angeregten - Modifikationen des Geschäftsmodells nach wie vor vorstellbar.

Im Einzelnen trägt die Antragsgegnerin vor:

1. § 150 Abs. 4 TKG sei nicht gemeinschaftsrechtskonform und daher nicht anwendbar.

Sowohl nach nationalem wie nach europäischem Recht dürften Regularien nicht unverhältnismäßig sein. Nach Artikel 8 Absatz 3 der Zugangsrichtlinie beschränke sich die sektorspezifische Regulierung ausdrücklich auf marktmächtige Unternehmen. Eine derart generelle und umfassende Verpflichtung wie jene aus Ziffer 17.1 der GSM-Lizenz könne demnach nur bei Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht gegeben sein. Eine solche Stellung habe die Antragsgegnerin auf dem hier einschlägigen – von der Bundesnetzagentur abgegrenzten – Markt für mobile Zugangs- und Verbindungsaufbauleistungen, die von der Antragsgegnerin an Diensteanbieter erbracht werden, nicht inne. Überall dort, wo - wie vorliegend - Betreiber unter Wettbewerbsbedingungen agierten und den freien Marktkräften ausgesetzt seien, sei diese Verpflichtung gemessen an den Maßstäben des Artikel 8 Rahmenrichtlinie, § 2 Abs. 2 TKG, ein unverhältnismäßiger Eingriff. Dies sehe auch die EU-Kommission in der "Stellungnahme der EU-Kommission gem. Art. 7 Absatz 3 der Richtlinie in der Sache DE/2007/0627: Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen in Deutschland" so. Die einstmals als "Entwicklungshilfe" für die Telekommunikations-Endkundenmärkte installierte Auflage habe angesichts der heute voll entwickelten Mobilfunkendkundenmärkte mit einer Penetrationsrate von über 100% und seit Jahren extrem dynamischem Wettbewerb keine Existenzberechtigung mehr.

2. Die Voraussetzungen des § 133 TKG lägen nicht vor.

Die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt.

Die Verleihung der D2-Lizenz sei in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages erfolgt. Der Bundesnetzagentur fehle damit die Befugnis, etwaige Lizenzverstöße im Wege des Streitbeilegungsverfahrens nach § 133 TKG und durch Verwaltungsakt durchzusetzen. Dies folge aus dem Umstand, dass ein Behörde - sofern sie sich einmal durch Verwaltungsvertrag auf die Ebene der Gleichordnung begeben habe, nicht befugt sei, ihre Ansprüche später durch Verwaltungsakt durchzusetzen. Die Behörde sei vielmehr auf die vertraglich vorgesehenen Sanktionen verwiesen, die sie bei Gericht einklagen müsse. Etwas anders ergebe sich auch nicht aus § 150 Abs. 4a TKG, der die Anwendung des Streitbeilegungsverfahrens auf lizenzrechtliche Verpflichtungen vorschreibe. Denn ausweislich der Begründung zu Artikel 2 Nr. 34 Telekommunikations-Änderungsgesetz (BT-Drs. 16/3635, S. 45) bleibe der Grundsatz, dass vertragliche Pflichten aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag nicht durch Verwaltungsakt durchgesetzt werden, ausdrücklich unberührt.

3. Die Diensteanbieterspflichtung sei diskriminierend, da sie nur dreien der vier Mobilfunknetzbetreiber auferlegt sei. Die Sonderbehandlung des vierten Mobilfunknetzbetreibers sei - nachdem dieser sich über neun Jahre etabliert habe - nicht mehr gerechtfertigt.

4. Der Antragstellerin fehle das Rechtsschutzinteresse für die im Rahmen des Verfahrens verfolgte "Ziele". Es fehle an einer Streitigkeit im Sinne des § 133 TKG. Es läge kein ernsthaftes Verlangen vor, als Diensteanbieter tätig zu werden. Es gehe der Antragstellerin vornehmlich

darum, ihr angebliches Patent zu "vergolden".

Die Antragstellerin biete der Antragsgegnerin die Zusammenarbeit auf der Grundlage eines angeblichen Patents an, in dessen Besitz sie bis heute nicht sei. Es könne dahinstehen, ob ihr dieses Patent zugeteilt werden. Jedenfalls sei die Antragstellerin, nach dem Eindruck, den die Antragsgegnerin von ihr gewinnen musste, offenbar davon ausgegangen, der Antragsgegnerin liege viel daran, die Vermarktung dieses (angeblichen) Patent zu verhindern, weswegen sie von vornherein die entgeltliche Übertragung des Patents in Aussicht gestellt habe. Dies sei ausweislich der von der Antragstellerin vorgelegten Korrespondenz derart massiv geschehen, dass die Antragsgegnerin den Eindruck gewonnen habe, die Antragstellerin benutze das von ihr behauptete Recht auf Anbindung als Diensteanbieter nur als Anknüpfungspunkt, um das von ihr behauptete Patent an die Antragsgegnerin veräußern zu können. Die Antragsgegnerin verweist hierzu – über die von der Antragstellerin vorgelegte Korrespondenz hinaus - auf zwei Dokumente, namentlich auf ein „Positionspapier zum Thema Mehr-SIM-Handy“ sowie auf ein weiteres Dokument „Positiver Business Case für eine Zusammenarbeit von T-Mobile und Vodafone“. Insbesondere in dem „Positionspapier zum Thema Mehr-SIM-Handy“ formuliere die Antragstellerin in der „Schlussbemerkung“ auf Seite 4 sie sei „... *aktuell indifferent, ob sie das Patent für eine Umsetzung nutzen möchte oder ob sie den Markt vor diesem Szenario schützen sollte. Letztendlich ist dabei auch der Preis entscheidend, den ein potenzieller Partner zu zahlen bereit ist. Ein kurzfristiger Ausstieg per Verkauf müsste natürlich abgezinst und gegen eine langfristige Beteiligung abgegrenzt werden.*“

Die Antragstellerin habe damit ein Drohszenario aufgebaut, um die Antragsgegnerin zum Erwerb des angeblichen Patents zu bewegen. Das „Szenario“, mit dem die Antragstellerin drohe, beschreibe sie in beiden Dokumenten ausführlich. Dort heiße es: *„Das youngtel Patent ermöglicht die Quasi-Zusammenlegung der Netze von T-Mobile und Vodafone in strategisch relevanten Bereichen. ... Da T-Mobile und Vodafone gemeinsam $\geq 70\%$ MA. in Deutschland besitzen, ergibt sich quasi ein virtuelles Super-Netz. Definiert man dann gemeinsame Ziele, kann der Wettbewerb (z.B.: die E-Plus) in gezielten Produkten angegriffen werden, ohne dass es zu Margeneinbußen kommt ...“*. In dem Dokument „Positionspapier zum Thema Mehr-SIM-Handy“ heiße es auf Seite 3 etwas anders formuliert: *„Die neue Marktsituation bietet für Service-Provider ein erhebliches Potenzial. Nun ist es möglich, die Stellung der Netzbetreiber nachhaltig zu brechen.“*

Erst vor diesem Hintergrund werde verständlich, warum die Antragstellerin wiederholt z.B. mit E-Mail vom 15.05.2007 darauf hingewiesen habe, dass sie nur zeitlich befristet „in der Lage (sei) selbständig über die Nutzung des Patents zu entscheiden“, weswegen die Antragsgegnerin prüfen solle, ob sie „vor einer endgültigen Entscheidung Einfluss nehmen wolle“ und warum die Antragstellerin auch in ihrem Schreiben vom 28.08.2007 gleich in der dritten Zeile dieses Anschreibens beklage, sie habe von der Antragsgegnerin „zum möglichen Interesse eines Patentkaufs“ leider noch nichts gehört, verbunden mit dem Hinweis, dass die Antragstellerin „hierzu ... aktuelle Gespräch mit einigen Wettbewerbern“ der Antragsgegnerin führe.

In diesem Zusammenhang sei auch der Widerruf des in der mündlichen Verhandlung vom 28.11.2007 geschlossenen Vergleichs durch die Antragstellerin zu sehen. Grund für den Widerruf sei der Umstand gewesen, dass die Antragsgegnerin sich geweigert habe, vor Aufnahme des Vertragsverhältnisses Schadensersatzzahlungen von bis zu 1,2 Mio. EURO an die Antragstellerin zu erbringen. Der Widerruf des Vergleichs erhärte damit den Eindruck, dass die Antragstellerin das Streitbeilegungsverfahren ausschließlich zu dem Zwecke betreibe, die Antragsgegnerin zu Geldzahlungen an die Antragstellerin zu zwingen. In dieses Bild passe, dass die Antragstellerin der Antragsgegnerin keine Geschäfts- und Marketingplanung zur Verfügung gestellt habe, die es der Antragstellerin ermöglicht hätte, das Vermarktungsmodell der

Antragstellerin auf seine Plausibilität hin zu prüfen.

5. Auch aus der Korrespondenz der vorangegangenen Monate ergebe sich nicht, dass zwischen der Antragsgegnerin und der Antragstellerin eine Streitigkeit im Sinne des § 133 TKG nicht bestanden hätte.

Trotz des Antritts der Antragstellerin, die die Antragsgegnerin als belastend empfunden habe, habe sie zu keinem Zeitpunkt Zweifel daran aufkommen lassen, dass sie bereit sei, mit der Antragstellerin über eine Anbindung als Serviceproviderin zu verhandeln. Sie habe stets Gesprächsbereitschaft signalisiert. Dies sei – entgegen den irreführenden Ausführungen der Antragstellerin auch im Schreiben vom 18.09.2007 der Fall gewesen. Sie habe in diesem Schreiben ausdrücklich bestätigt, die offenen Fragen mit der Antragstellerin diskutieren zu wollen. Sie sei selbst nach Einreichung des streitgegenständlichen Antrags noch zu einer Besprechung bereit gewesen, die am 09.10.2007 auch stattgefunden hätte.

Jedenfalls sei der Antrag unbegründet.

1. 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.

2. Die Antragstellerin habe sich bislang nicht als geeignete Diensteanbieterin im Sinne von Ziff. 17.1 der D2-Lizenz erwiesen. Es bestünden berechtigte Zweifel an der technischen Umsetzbarkeit und damit auch an der Qualität ihres Produktes.

3. Die Antragsgegnerin habe die Verhandlungen nicht verzögert. Vielmehr sei die Antragstellerin ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen.

(1) Die Antragstellerin habe ihr Geschäftsmodell nicht hinreichend konkretisiert. Sie habe zu keinem Zeitpunkt einen nachvollziehbaren Business Case vorgelegt. Zwar habe die Antragstellerin – erstmalig mit Email vom 27.07.2007 – „Eckdaten zum Business Modell“ übersandt. Diese „Eckdaten“ stellten aber keine Grundlage dar, auf der sich eine etwaige Zusammenarbeit mit der Antragstellerin kalkulieren ließe. Die in den „Eckdaten“ genannten Zahlen schienen nahezu willkürlich „gegriffen“. Dies gelte namentlich für die unter „Teilnehmereinschätzung“ ausgeführten erwarteten Teilnehmerzahlen. Die Zahlen seien nach jahrelanger Erfahrung der Antragsgegnerin in der Zusammenarbeit mit Diensteanbietern nicht ansatzweise verifizierbar. Die Antragstellerin sei mit diesem Sachverhalt konfrontiert nicht in der Lage gewesen, ihre Angaben näher zu substantiieren.

(2) Die Antragsgegnerin habe der Antragstellerin auch von vornherein deutlich gemacht, dass sie auf die Vorlage eines nachvollziehbaren Business Case nicht verzichten könne.

(3) Die Antragstellerin sei auch nicht berechtigt gewesen, die Vorlage eines ordnungsgemäßen Business Case mit Blick auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu verweigern. Die Antragsgegnerin sei berechtigt, die Vorlage eines solchen Business Case zu verlangen, weil jede Anbindung eines Diensteanbieters einen erheblichen Aufwand auslöse, den die Antragsgegnerin nur dann auf sich zu nehmen verpflichtet sei, wenn dies unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt sei. Die Weigerung der Antragstellerin, entsprechend belastbare

Zahlen vorzulegen, widerspreche einerseits der geschäftlichen Übung mit den Diensteanbietern wie auch dem lizenzrechtlich Gebotenen.

(4) Die Antragstellerin sei zu einer Vorab-Zusendung von Preis- und Konditionenmodellen nicht verpflichtet.

(5) Wenn die Antragstellerin es bis heute versäumt habe, dieser notwendigen Voraussetzung zu entsprechen, sei es wenig überzeugend, wenn sie der Antragsgegnerin „Verzögerung“ vorwerfe und Schadensersatz wegen wettbewerbswidriger Behinderung geltend machen wolle. Die Antragstellerin habe die von ihr beklagte Verzögerung selbst zu vertreten.

4. Selbst wenn eine Verpflichtung zur Zulassung von Diensteanbietern aus der Lizenz bestehen sollte, wäre die Antragsgegnerin aufgrund Ziff. 17.1 der D2-Lizenz jedenfalls nicht verpflichtet, das Geschäftsmodell der Antragstellerin zu ermöglichen. Das Geschäftsmodell der Antragstellerin unterscheide sich deutlich von dem auf den Mobilfunklizenzen beruhenden seit deren Erteilung etablierten Vertriebsmodell:

(1) Die Antragstellerin sei nicht verpflichtet, das von ihr unter Einsatz von Investitionsmitteln in elfstelliger Höhe errichtete und unterhaltene Mobilfunknetz Diensteanbietern „kostenlos“ oder gar auch eigene Kosten – nämlich unter Hinnahe eines „negativen Ergebnisses“ – zur Verfügung zu stellen. Eine derart weitreichende Interpretation der Anbindungspflicht würde diese ad absurdum führen, weil sie in aller Konsequenz fortgedacht dazu führen müsste, dass die Antragsgegnerin ihr Mobilfunknetz aufgeben müsste.

(2) Die Antragsgegnerin sei auch aus wettbewerblichen Gründen nicht verpflichtet, das Geschäftsmodell der Antragstellerin zu ermöglichen. Die Antragstellerin habe in ihren Unterlagen selbst zum Ausdruck gebracht, dass sie keinen Wettbewerb führen, sondern diesen abschnüren wolle.

(3) Überdies sei die Antragsgegnerin selbst gar nicht in der Lage, in Wettbewerb zur Antragstellerin zu treten, da es ihr nach Ziff. 7.2 ihrer Lizenz untersagt sei, neben ihrer Eigenschaft als Netzbetreiber zugleich selbst als Diensteanbieter aufzutreten. Die Antragsgegnerin sei damit gehindert, einen Tarif zu vermarkten, der auf dem Einsatz von SIM-Karten verschiedener Netzbetreiber basiere. Damit würde die Antragstellerin im Ergebnis ein Tarifmodell vermarkten können, das die Antragsgegnerin zu keinem Zeitpunkt ihrerseits abbilden könne. Wettbewerb würde so nicht entstehen, sondern verhindert.

(4) Die Antragsgegnerin könne nach Sinn und Zweck der Mobilfunklizenzierung wie des TKG nicht zu einer Förderung der in Wettbewerb zu ihr stehenden anderen Mobilfunknetzbetreiber verpflichtet sein. Dies gelte unter dem Aspekt, dass die Antragstellerin keinen Hehl daraus mache, dass wesentlicher Bestandteil ihres Produkts zwischenzeitlich der Tarif „Zehnsation“ von E-Plus sein solle, während die Antragsgegnerin ausschließlich an der D2-internen Telephonie „partizipieren“ solle.

5. Das Geschäftsmodell setze eine Einbündlung der Produkte der Antragsgegnerin voraus, zu der sie nach Lizenz nicht verpflichtet sei. Eine Verpflichtung zur Entbündelung könne überdies im Rahmen des § 133 TKG nicht angeordnet werden. Die Lizenz berechtige Diensteanbieter lediglich zum Vertrieb der Produkte des Mobilfunknetzbetreibers.

7. Die Antragsgegnerin verfüge auch über keine Konditionen, die dem Geschäftsmodell der Antragstellerin zugrunde gelegt werden könnten.

Die Kammer hat am 28.11.2007 eine mündliche Verhandlung mit dem Ziel einer gütlichen Einigung durchgeführt.

Die Parteien schlossen einen Vergleich folgenden Inhalts:

- „1. Die Antragsgegnerin verpflichtet sich der Antragstellerin bis zum 21.12.2007 eine Liste der noch zu klärenden Parameter für das Geschäftsmodell der Antragstellerin zu übermitteln.
2. Die Antragstellerin nimmt den Antrag nach § 133 TKG zurück.
3. Beide Parteien behalten sich vor, den Vergleich gegenüber der Bundesnetzagentur bis zum 05.12.2007 zu widerrufen.“

Die Antragstellerin hat den Vergleich mit Schreiben vom 03.12.2007 mit der Begründung widerrufen, die Antragsgegnerin sei ihrer Verpflichtung zur Aufstellung sachlicher Kriterien für die transparente Auswahl von Diensteanbietern nicht nachgekommen, woraus der Antragstellerin erhebliche Nachteile erwachsen seien. Die Antragsgegnerin habe im Verlauf der nachträglich an die Einigung vereinbarten Gespräche keine Einsicht gezeigt und ihre Verpflichtungen weiterhin verneint. Eine Entscheidung der Kammer sei daher für die zukünftige Transparenz zur Zulassung von Diensteanbietern zwingend erforderlich. Sie halte die Ziele des Streitbeilegungsverfahrens in allen Punkten aufrecht.

2. Sonstiges

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

II.

Der Antrag zu 1 ist unbegründet. 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 des Antrag vom 27.09.2007 bei der Bundesnetzagentur maßgeblich ist, ist gewahrt. Die Kammer hat über den am 31.10.2007 eingegangenen Antrag am 01.02.2008 entschieden. Die Entscheidung wurde den Parteien am selben Tage per Fax bekannt gegeben unter Hinweis darauf, dass die Zustellung des förmlichen Beschlusses nach Fertigstellung der Begründung erfolge.

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 Rechtsanwendung zielt. Denn auch bei anderen Regulierungsverfahren von grundsätzlicher rechtlicher und wirtschaftlicher Bedeutung, etwa im Bereich der Frequenzuteilung 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 Bundeskartellamts 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 „D2-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

1) Die Antragstellerin ist berechtigt, sich mit dem Vortrag einer Verletzung der Diensteanbieterverpflichtung aus der D2-Lizenz auf § 133 TKG zu berufen. Das Streitbeilegungsverfahren ist ein statthafter Rechtsbehelf bei Verpflichtungen aus Mobilfunklizenzen. § 133 TKG erfasst im Besonderen auch die Diensteanbieterverpflichtung der Antragsgegnerin aus der D2-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 Statthaftigkeit 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. Ausweislich des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.12.2007 (Az 6 C 47.06; Simyo) handelt es damit um eine Verpflichtung aufgrund des Telekommunikationsgesetzes, nämlich des § 150 Abs. 4 TKG.

Die Voraussetzungen die § 150 Abs. 4 TKG, an die Fortgeltung stellt, sind erfüllt. Die D2-Lizenz wurde nach Durchführung eines Auswahlverfahrens vergeben, welches als „offenes Wettbewerbsverfahren“ ausgestaltet war. Wie sich nicht nur aus dem Wortlaut, sondern auch aus der Entstehungsgeschichte des § 150 Abs. 4 TKG ergibt, ist die Übergangsvorschrift gerade

im Hinblick auf die Diensteanbieterpflichtung der GSM-Lizenzen D1, D2 und E1 in das Gesetz aufgenommen worden (BT Drucks 15/2316 vom 9. Januar 2004, S. 107 sowie BT Drucks 15/2679 vom 10. März 2004, S. 19). Aus dem Umstand, dass diese Verpflichtungen ihre Grundlage nunmehr in § 150 Abs. 4 TKG finden, folgt zugleich die Anwendbarkeit des in § 133 TKG geregelten Streitbeilegungsverfahrens soweit sich Streitigkeiten im Zusammenhang mit diesen Verpflichtungen ergeben (vgl. BVerwG a.a.O., m.w.N.). Der mit Fassung des Gesetzes vom 18. Februar 2007 (BGBl I S. 106) nachträglich eingefügte § 150 Abs. 4a TKG, der die Anwendung u.a. des § 133 TKG auf derartige Verpflichtungen ausdrücklich vorsieht, stellt lediglich den zuvor schon bestehenden Rechtszustand klar (BVerwG a.a.O. m.w.N.).

Nach Stand der Rechtsprechung ist davon auszugehen, dass die Diensteanbieterpflichtung der Antragsgegnerin auch mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Eine Unvereinbarkeit der Diensteanbieterpflichtung 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 Diensteanbieterpflichtung der Antragsgegnerin. Diese ist nach Maßgabe der Auffassung des VG Köln (vgl. VG Köln, CR 2007, 162 ff.) wie des BVerwG (a.a.O.) im Fall der Antragsgegnerin auch ohne beträchtliche Marktmacht mit Gemeinschaftsrecht vereinbar, weil die Antragsgegnerin diese Verpflichtung im Rahmen der Ausschreibung der D2-Lizenz freiwillig eingegangen ist. Die im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens freiwillig eingegangene Verpflichtung ist nicht unverhältnismäßig.

Die Erwägungen der Antragsgegnerin dazu, ob die Verpflichtung in Anbetracht der zwischenzeitlichen Marktentwicklung noch gerechtfertigt ist, vermögen deren Bestandskraft nicht in Frage zu stellen.

2) Das Streitbeilegungsverfahren nach § 133 TKG ist auch nicht speziell im Verhältnis zur Antragsgegnerin unstatthaft, weil dieser - als einziger Mobilfunknetzbetreiberin - die Lizenzrechte und -verpflichtungen in der Rechtsform des öffentlich-rechtlichem Vertrages übertragen wurden.

Zwar heißt es in der Begründung zur nachträglichen Einführung des § 150 Abs. 4a in das TKG (BT Drs. 16/3635, Seite 45, § 150 Abs. 4a, Satz 2):

„Der Grundsatz, dass vertragliche Pflichten aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag nicht durch einen Verwaltungsakt durchgesetzt werden, bleibt durch die Regelung unberührt, die sich somit nur auf Verpflichtungen erstreckt, die nicht in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag niedergelegt sind.“

Auf die Begründung wäre aber methodisch nur dann zurückzugreifen, wenn die Norm der Auslegung zugänglich wäre. Dies ist vorliegend nicht der Fall, denn der Wortlaut lässt keine Zweifel an der Bedeutung erkennen und ist somit eindeutig. § 150 Abs. 4a TKG begründet die gesetzliche Fiktion, dass (Alt-)Verpflichtungen, die nach § 150 Abs. 1 bis 4 TKG wirksam bleiben, den Verfahren nach §§ 126, 133 TKG unterfallen. Nach § 150 Abs. 4 TKG gelten die Rechte und Verpflichtungen aus Frequenznutzungsrechten und Lizenzen fort, die im Wege von Ausschreibungsverfahren vergeben wurden. Dies gilt nach Satz 2 der Regelung insbesondere für die Verpflichtung, Diensteanbieter zuzulassen. Die, die hier streitige Verpflichtung enthaltene D2-Lizenz wurde in einem solchen Auswahlverfahren vergeben. Streitigkeiten aus dieser Lizenz unterfallen daher nach § 150 Abs. 4a TKG ausdrücklich der Regelung des § 133 TKG. Der Gesetzeswortlaut bietet keinen Anhaltspunkt dafür, anzunehmen, dass die D2-Lizenz – und nur diese – von dieser Anordnung ausgenommen bleiben sollte. Auf die Begründung als Teil der Entstehungsgeschichte der Norm kann daher nicht zurückgegriffen werden.

Selbst aber wenn § 150 Abs. 4a TKG der Auslegung zugänglich wäre, ergäbe sich kein anderes Ergebnis. Denn der Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte der Norm bestätigt nach Sinn und Zweck der nachträglichen Einfügung des § 150 Abs. 4a TKG die Anwendbarkeit des § 133 TKG auch auf die in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages erteilte D2-Lizenz. § 150 Abs. 4a TKG wurde nämlich – anlässlich gerade von Streitigkeiten aus den Diensteanbieterverpflichtungen des TKG – eingeführt, um aufgekommene Zweifel daran auszuräumen, dass es sich hierbei um Verpflichtungen aus oder aufgrund des TKG im Sinne des § 133 Abs. 1 TKG handele. § 150 Abs. 4a TKG verfolgt, daher gerade den Sinn klarzustellen, dass über die hier streitige Diensteanbieterverpflichtung, die wortgleich auch die D1 und E1-Lizenz enthält, im Wege des Verfahrens nach § 133 TKG entschieden werden kann und soll. Entsprechend heißt es auch in Satz 1 der o.a. Gesetzesbegründung:

„Klarstellung, dass bei Streitigkeiten um die Rechte von Diensteanbietern aus GSM- und UMTS-Mobilfunklizenzen die §§ 126 und 133 TKG anwendbar sind.“

Der Gesetzgeber wollte den Diensteanbieter daher uneingeschränkt das Verfahren nach § 133 TKG eröffnen. Zielt die Regelung aber auf die Aufrechterhaltung erweiterter Verfahrensmöglichkeiten für Diensteanbieter, ist die Rechtsform, in der die Verpflichtung ursprünglich auferlegt wurde, nicht von Bedeutung. Es ist insofern nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber den Diensteanbietern die Berufung auf die D2-Lizenz vor der Bundesnetzagentur versagen wollte. Denn die Rechtsform, in der die Verpflichtung ursprünglich auferlegt wurde, ist für das „Rechtsschutzinteresse“ der hier im Sinne eines Drittschutzes ersichtlich begünstigten Diensteanbieter (vgl. BVerwG a.a.O.) ohne Belang. Die Gesetzesbegründung als solche ist im Verhältnis zur Zielsetzung der Norm daher nicht widerspruchsfrei. So dass sich auch aus diesem Grunde ein unmittelbarer Rückgriff auf den Wortlaut der Begründung verbietet.

Hinzu kommt, dass Satz 2 der Begründung in sich einen logisch nicht gegebenen Zusammenhang aufbaut. Denn aus der Erläuterung, dass – in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Allgemeinen Verwaltungsrechts – die Durchsetzung einer Verpflichtung nicht per Verwaltungsakt erfolgen dürfe, folgt nicht – und eben nicht „somit“ –, dass § 150 Abs. 4a TKG und folglich § 133 TKG auf Verpflichtungen aus öffentlich-rechtlichen Vertrag keine Anwendung finden können, sondern nur, dass eine Durchsetzung per Verwaltungsakt ausscheidet, nachdem die Behörde ein vertragliches Gleichordnungsverhältnis eingegangen ist.

Diesem Grundsatz würde aber Genüge getan dadurch, dass Feststellungen oder Gestaltungsaussprüche aus Verfahren nach § 133 TKG von der Bundesnetzagentur gerichtlich eingeklagt und nicht im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt würden. Auf diese Weise kann dem berechtigten Anliegen der Antragsgegnerin auf Beibehaltung des Gleichordnungsverhältnisses Rechnung getragen werden, ohne die Verfahrensmöglichkeiten der Diensteanbieter zu verkürzen. Damit spricht auch der – insoweit rechtsformunabhängige - Drittschutzcharakter der Diensteanbieterverpflichtung dafür, der Gesetzesbegründung nur eingeschränkte Bedeutung beizumessen.

Zum selben Ergebnis führt auch die systematische Auslegung. Denn § 150 Abs. 4a TKG stellt nachträglich lediglich die nach § 150 Abs. 4 i.V.m. § 133 TKG ohnehin bestehende Rechtslage klar (vgl. BVerwG a.a.O.), so dass ihm eine über § 150 Abs. 4 TKG hinausgehende oder davon abweichende Bedeutung nicht zukommt. Nach § 150 Abs. 4 Satz 2 TKG gilt insbesondere die aus den Lizenzen resultierende Verpflichtung, Diensteanbieter zuzulassen fort. Die Regelung des § 150 Abs. 4 TKG erstreckt sich nach ihrem Wortlaut wie nach der Begründung auf sämtliche in Auswahlverfahren vergebenen GSM-Lizenzen, die eine Diensteanbieterverpflichtung enthalten (vgl. BT-Drucks 15/2316, S. 107, BT-Drucks 15/2679, S. 19) mithin auch auf die D2-Lizenz mit ihrer Diensteanbieterverpflichtung. Es handelt sich damit um eine Verpflichtung aufgrund des TKG, auf die § 133 TKG Anwendung findet, unabhängig von der Form, in der die Verpflichtung ursprünglich begründet wurde.

3) Die Diensteanbieterverpflichtung ist auch nicht deshalb dem Anwendungsbereich von § 133 TKG entzogen, weil sie die Antragstellerin im Verhältnis zur Mobilfunknetzbetreiberin O² diskriminiert. Insoweit liegen bereits ungleiche Sachverhalte vor. Denn O² ist eine entsprechende Verpflichtung originär im Rahmen des seinerzeitigen Ausschreibungsverfahrens nicht eingegangen. Dessen ungeachtet berührt die Frage, ob eine Differenzierung zwischen den Mobilfunknetzbetreibern aktuell noch gerechtfertigt wäre, die Bestandskraft der in Rede stehenden Verpflichtung und damit die Statthaftigkeit des Verfahrens nach § 133 TKG nicht.

4) Die Kammer geht auch vom Vorliegen einer "Streitigkeit" zwischen Antragstellerin und Antragsgegnerin aus.

Zwar trägt die Antragstellerin überzeugend vor, die Antragstellerin habe in erster Linie Einnahmen über eine Patentveräußerung erzielen wollen und sei – entgegen ihrem Vortrag - nicht ernsthaft an einer Tätigkeit als Diensteanbieter interessiert. Dies schließt das Vorliegen einer Streitigkeit bzw. ein Rechtsschutzinteresse im Rahmen des § 133 TKG aber nicht aus.

Insoweit trifft es zu, dass das Streitbelegungsverfahren 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). Eine Reaktion, die aus Sicht der Antragstellerin unzureichend ist, ist vorliegend gegeben insoweit sie seit dem ersten Schreiben vom 11.01.2007 und im Folgenden wiederholt mit Schreiben bzw. Mail vom 18.06.2007, 11.07.2007, 28.08.2007 und 19.09.2007 von der Antragsgegnerin die Übermittlung von „Konditionen“ zur genaueren eigenen Kalkulation ihres Geschäftsmodells erbeten hat, ohne diese zu erhalten. Insoweit ergibt sich – entgegen der Einschätzung der Antragsgegnerin – aus der Korrespondenz der vergangenen Monate, das Vorliegen einer Streitigkeit. Ob die Antragsgegnerin zur Übermittlung solcher „Konditionen“ verpflichtet war, und ob die Antragstellerin ihrerseits gegen Mitwirkungspflichten verstoßen hat, ist für die Zulässigkeitsfrage des Verfahrens, ob eine Streitigkeit im Sinne des § 133 TKG vorliegt, zunächst ohne Belang. Denn die Frage, ob eine

Streitigkeit vorliegt ist danach zu beurteilen, ob nach der (subjektiven) Überzeugung der Antragstellerin, eine Verletzung angenommener Rechte vorliegt. Dies ist vorliegend der Fall, da die Antragstellerin aus den Lizenzverpflichtungen der Antragsgegnerin offenbar eine Vorleistungspflicht zur Bekanntgabe von Bezugs- und Annahmekonditionen für Diensteanbieter ableitet. Zwar hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit Schreiben vom 18.09.2007 mitgeteilt, ihre Auffassung sei rechtsirrig. Die Antragstellerin handelt aber nicht rechtsmissbräuchlich dadurch, dass sie den Ausführungen der Antragstellerin nicht folgt und eine andere Rechtsmeinung vertritt. Mit Blick auf den Charakter des Streitbeilegungsverfahrens als „vorgerichtliche“ Rechtsschutzmöglichkeit sind an die Annahme einer Streitigkeit keine allzu hohen Anforderungen zu stellen.

5) Es fehlt auch nicht deshalb an einer Streitigkeit, weil die Antragsgegnerin verhandlungsbereit war und fortwährend Gesprächsbereitschaft signalisiert hat. Denn Streitgegenstand ist vorliegend die von der Antragstellerin wiederholt angeforderte Übermittlung von Diensteanbieterkonditionen. Auch der Umstand, dass nach Einreichung des Antrags auf Durchführung eines Schlichtungsverfahrens zwischen den Parteien noch weiterverhandelt wurde, stellt das Vorliegen einer Streitigkeit nicht in Frage, denn die Antragstellerin verfügt nach wie vor nicht über die von ihr gewünschten Angaben. Die Streitigkeit ist auch nicht dadurch entfallen, dass der Antragstellerin der dem Schriftsatz der Antragsgegnerin beiliegende „Diensteanbietervertrag“ übermittelt wurde. Denn dieser „Mustervertrag“ enthält nur das Regelwerk der wechselseitigen Verpflichtungen zwischen Mobilfunknetzbetreiber und einen „üblichen“ Service Provider, nicht jedoch die von der Antragstellerin zu Kalkulationszwecken gewünschten „Einkaufskonditionen“ und Zeitangaben für ihr Geschäftsmodell.

Eine Streitigkeit liegt zudem mit Blick auf den von der Antragstellerin geltend gemachten Schadensersatzanspruch vor, zumal der Widerrufsvergleich aus der mündlichen Verhandlung vom 28.11.2007 als Einigungsversuch der Kammer zwischen den Parteien auch nachträglich daran gescheitert ist, dass die Antragstellerin glaubt, einen Schadensersatzanspruch aufgrund bisheriger Verhandlungsführung durch die Antragsgegnerin zu haben, auf dessen Geltendmachung sie nicht verzichten will.

6) § 133 tritt im Hinblick auf die lizenzrechtliche Diensteanbieterverpflichtung auch nicht hinter § 126 TKG zurück. Denn wenn – wie hier – ein Unternehmen mit einem Antrag gegenüber der Bundesnetzagentur die Verletzung eigener subjektiver Rechte geltend macht, hat § 126 TKG keinen Vorrang vor § 133 TKG (vgl. BVerwG a.a.O., m.w.N.).

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 Schadenersatzanspruchs. 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 D2-Lizenz unterlag. Diese Benennung dient letztlich der Vorbereitung der Durchsetzung eines Schadenersatzanspruchs (Antrag zu 3), den die Antragstellerin für sich geltend macht. Die Antragstellerin kann diesen Schadenersatzanspruch 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 Schadenersatz war im Verfahren nach § 133 TKG als unzulässig abzuweisen.

Das Verfahren nach § 133 TKG stellt keinen zulässigen Rechtsbehelf dar, um über zivilrechtliche Schadenersatzansprüche 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 (Attendorff 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 (Attendorff 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 auszuarbeiten und die Konditionen im Einzelnen weiter zu verhandeln. Der Antrag der Antragstellerin ist zur Überzeugung der Kammer nach Maßgabe des Schreibens der Antragstellerin vom 11.07.2007 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

- *Angaben zu Kosten der Service Provider-Anbindung*
- *Angaben zur Höhe einer Sicherheitsleistung*
- *Angaben zu Einkaufskonditionen für bestehende Tarife*
- *Angaben zu Einkaufskonditionen für Netzminuten (intern und extern),*
- *Angaben zu Provisionen*
- *Angaben zu Boni*
- *Angaben zur Vergütung für eingehende Gespräche*
- *Angaben zu Staffelpreise für Netzminuten*
- *weitere, notwendige Zahlen im Rahmen eines Standard-Service-Provider Vertrages*

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

Der so verstandene Antrag ist zwar hinreichend bestimmt, in der Sache jedoch nicht begründet.

Denn die Antragsgegnerin hat Anspruch auf Unterbreitung von Diensteanbieterkonditionen weder aus Punkt 17 der D2-Lizenz noch aufgrund der aus dieser Auflage folgenden Verhandlungspflicht. Der Antragstellerin steht auch aus § 19 TKG kein Anspruch auf Übermittlung von Diensteanbieterkonditionen zu.

1) Zulassungspflicht

Die Antragsgegnerin hat nicht gegen die Verpflichtung zur Zulassung von Diensteanbietern aus Punkt 17.1 und 17.2 D2-Lizenz verstoßen. Zwar hat die Antragsgegnerin einen Vertragsschluss mit der Antragstellerin auf Grundlage des von dieser vorgestellten Geschäftsmodells abgelehnt. Die Antragsgegnerin war zu einem solchen Vertragsschluss bzw. zur Übermittlung von Diensteanbieterkonditionen in Form eines Angebots auf Vertragsabschluss im Sinne nach § 145 BGB aber auch nicht verpflichtet.

a) Die Antragstellerin hat die Übermittlung des von der Antragstellerin nachgefragten Zahlenwerks offenbar im Sinne des Wunsches nach einem Angebot zum Abschluss eines Diensteanbietervertrages an die Antragstellerin verstanden. Denn im Schreiben vom 18.09.2007 führt sie – nach Beantwortung der an die Antragstellerin gerichteten Fragen und erfolgter Auswertung - aus, sie werde der Antragstellerin kein „Vertragsangebot“ zukommen lassen, bis sich stellende Fragen einer Zusammenarbeit befriedigend geklärt seien. Sie hat damit einen Vertragsschluss auf Grundlage der bisherigen Verhandlungen zwischen den Parteien abgelehnt.

Zwar betont die Antragsgegnerin in ihren Schriftsätzen ihre fortwährende

Verhandlungsbereitschaft, lässt mit ihren Ausführungen zur Sache aber keinen Zweifel daran erkennen, dass eine Wiederaufnahme bzw. Fortsetzung der „Verhandlungen“ von weiteren Informationen bzw. Modifikationen des Geschäftsmodells der Antragstellerin abhängig gemacht werden. So erklärt die Antragsgegnerin im Schreiben vom 18.09.2007, das vorgestellte Geschäftsmodell vermöge sie aus verschiedenen Gründen nicht zu überzeugen. Zwar bietet sie im selben Schreiben an, die Gründe „hierfür“ zu diskutieren. Sie stellt damit aber keine weiteren Verhandlungen oder einen Vertragsabschluss in Aussicht, sondern die Erläuterung der „Ablehnung“ der Antragstellerin als Diensteanbieter. Dieses Verständnis wird durch den verfahrensgegenständlichen Schriftwechsel belegt. Zwar bietet die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 21.12.2007 eine Zusammenarbeit auf Grundlage konkret der Antragstellerin vorgeschlagener Modifikationen des Geschäftsmodells an. Die Antragsgegnerin zeigt dabei Verhandlungsbereitschaft insoweit aber nur zu einem freiwilligen Modell der Zusammenarbeit und nicht auf Grundlage der Lizenzverpflichtung. Entsprechend stellt sie im Schreiben vom 18.09.2007 klar, dass sie sich keinesfalls aus der Lizenz für verpflichtet halte, Service Providern „unter allen Bedingungen“ und namentlich unter Hinnahme des von der Antragstellerin verfolgten „negativen Ergebnisses“ für ihr Netz zur Verfügung zu stellen. Auch im Schriftsatz vom 21.12.2007 führt sie aus, dass die Antragstellerin keinen Anspruch auf Zusammenarbeit habe und erläutert umfangreich aus dem Geschäftsmodell resultierende anspruchshindernde Gründe. Die fortbestehende Gesprächsbereitschaft der Antragsgegnerin zum Geschäftsmodell der Antragstellerin wie auch der Umstand, dass es auch nach Eröffnung des vorliegenden Verfahrens noch zu Verhandlungen zwischen den Parteien gekommen ist, steht daher nicht in Widerspruch zur der Feststellung, dass auf Grundlage des bisherigen Verhandlungsergebnisses ein Vertragsabschluss abgelehnt wird. Die Antragsgegnerin hat damit eine Zulassung der Antragstellerin als Diensteanbieterin nach Punkt 17.1 der D2-Lizenz auf Grundlage des bisherigen Verhandlungsergebnisses abgelehnt. (Der Wunsch der Antragstellerin nach „Aufnahme ernsthafter Verhandlungen“ ist vor diesem Hintergrund im Sinne einer „Wiederaufnahme“ von Verhandlungen zu verstehen).

b) Die Ablehnung eines Vertragsschlusses – in Form der Übermittlung eines Angebots für eine Tätigkeit als Diensteanbieter – stellt aber keinen Verstoß gegen Punkt 17.1 und 17.2 der D2-Lizenz dar. Denn die Antragsgegnerin war nach Maßgabe des Verhandlungsergebnisses zu einem Angebot an die Antragstellerin nicht verpflichtet.

Die D2-Lizenz verpflichtet die Antragsgegnerin nicht strikt zur Zulassung von Diensteanbietern. Nach Punkt 17.1 der D2-Lizenz ist die Antragsgegnerin nur verpflichtet, geeignete Diensteanbieter zuzulassen. Aus dem Wortlaut der Bestimmung in Punkt 17.1 der Lizenz folgt also, dass der Lizenznehmer die Diensteanbieter auswählen kann. Der Antragsgegnerin kommt also ein Auswahlermessen zu. Nach Punkt 17.2 der D2-Lizenz hat der Lizenznehmer die Auswahl der Diensteanbieter nach sachlichen Kriterien unter Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Verhältnismäßigkeit vorzunehmen. Mit dieser Bestimmung hat der Lizenzgeber lediglich die Grenzen und den Rahmen für die Auswahl von Diensteanbietern gesetzt, nicht aber die Auswahlkriterien selbst vorgegeben. Die Kriterien müssen sachlich sein, und die Entscheidung des Lizenznehmers muss die Grundsätze der Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit beachten. Daraus folgt. Dass der Lizenzgeber eine Auswahlentscheidung nicht an sich ziehen kann, sondern lediglich die Einhaltung der Grenzen der Eignungsprüfung überprüfen kann. Die Entscheidung über die Zulassung ist folglich eine unvertretbare Handlung der Antragsgegnerin.

Die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 23.10.2007 im Einzelnen vorgetragen, dass die Antragstellerin nach den ihr bislang vorliegenden Informationen zum Geschäftsmodell kein geeigneter Diensteanbieter sei. So bestünden berechtigte Zweifel an der technischen Umsetzbarkeit und damit auch an der Qualität ihres Produktes. Die Antragstellerin habe die

Antragsgegnerin ferner nicht von der Marktfähigkeit ihres auf ein behauptetes Patents aufgesetzten Tarifmodells zu überzeugen vermocht. Würde die Antragstellerin als Diensteanbieterin angebunden, müsste im Übrigen auch sie sämtliche sie treffenden gesetzlichen Auflagen erfüllen können. Hierzu gehöre u.a. die Pflicht, ihren Kunden die Rufnummernportierung zu ermöglichen. Die Antragstellerin vermöge nicht zu erklären, wie diese Auflage bei einem Mehr-SIM-Karten-Mobilfunkgerät sichergestellt werden solle. Zudem könne das Geschäftsmodell der Antragstellerin nach den „Eckdaten zum Business-Modell“ könne nicht wettbewerbsrechtlich einwandfrei und damit nicht erfolgreich beworben werden. So würde z.B. eine Aussage wie „stets netzintern“ von den Wettbewerbern der Antragstellerin erfolgreich angegriffen werden können, wenn diese Aussage auch nur in einem Fall tatsächlichen oder theoretischen Fall nicht zutreffend sei. Die Antragstellerin habe zudem keinen ordnungsgemäßen Business-Case vorgelegt. Die genannten Zahlen seien erschienen nahezu willkürlich gegriffen. Die Antragstellerin sei auch nicht in der Lage, diese näher zu erläutern.

Die Kammer vermag aufgrund dieses unbestritten Vortrags nicht festzustellen, dass die Antragsgegnerin die Grenzen zulässiger Einungsprüfung verletzt hätte. Die Einwände der Antragsgegnerin sind konkreter sachlicher Natur und von Bedeutung für ein Vertragsverhältnis mit der Antragstellerin. Der Antragsgegnerin ist im Hinblick auf die Ausübung ihres Gewerbebetriebs auch ein berechtigtes Eigeninteresse an der Sicherstellung der o.g. Anforderungen an ihre Vertragspartner zuzugestehen. Die Antragstellerin hat sich zu diesen Zweifeln an ihrer Eignung weder geäußert noch deren Berechtigung in Frage gestellt, noch – nach dem der Kammer vorliegenden Schriftwechsel – das Schreiben der Antragsgegnerin vom 18.09.2007 zum Anlass genommen, sich nach dem Gründen für die Ablehnung des Vertragsschlusses zu erkundigen. Sie ist auch dem Vortrag nicht entgegen getreten, schon im Rahmen der Verhandlungen zu einer weiteren Aufklärung gestellter Fragen nicht der Lage gewesen zu sein.

Die Antragstellerin kann sich insoweit nicht – wie im Schreiben vom 28.08.2007 im Zusammenhang mit Fragen zu Zielgruppen und Vertriebswegen erfolgt – darauf berufen, mit Blick auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse zu weiterer Information oder Aufklärung nicht verpflichtet gewesen zu sein. Denn die Parteien haben eigens eine Vertraulichkeitsvereinbarung geschlossen, die die Weitergabe von Geschäftsgeheimnissen absichert. Nach dem vorliegenden Diensteanbietervertrag ist es im Hinblick auf die gemeinsame vertragliche Definition der Vertriebsziele des Diensteanbieters auch erforderlich, dass der Diensteanbieter seine Planungen im Hinblick auf die Kundengewinnung und –erhaltung für das jeweilige Mobilfunknetz dem Netzbetreiber offen legt und mit dem Netzbetreiber diskutiert. Hierzu dient u.a. der gemeinsame Marketingplan im Mustervertrag. Die Regelung setzt voraus, dass der Netzbetreiber sich ein Bild davon machen können muss, wie erfolgreich die Annahme des Diensteanbieters am Markt sein wird, um seinerseits die Vertriebsziele für die Diensteanbieter abgleichen und das Provisionsmodell hierauf abstimmen zu können.

c) Die Antragsgegnerin war aber auch über die Frage des Eignungsnachweises hinaus nicht zum Vertragsschluss mit der Antragstellerin verpflichtet. Insoweit mag dahinstehen, ob die Lizenz nach Sinn und Zweck dazu verpflichtet, bei Abschluss eines Diensteanbietervertrages ggf. auch „negative“ Ergebnisse in Kauf nehmen zu müssen. Ferner kann offen bleiben, ob Punkt 7.2 der Lizenz oder Überlegungen zum Wettbewerbsverhältnis zwischen den Mobilfunknetzbetreibern einem Vertragsabschluss auf Grundlage des Geschäftsmodells der Antragstellerin entgegenstehen. Denn – unabhängig von diesen Fragenstellungen – begehrt die Antragstellerin mit ihrem Geschäftsmodell eine entbündelte Leistungsbereitstellung, zu der die Antragsgegnerin nach der D2-Lizenz nicht verpflichtet ist.

Nach Punkt 17.1 Satz 2 der D 2-Lizenz haben Diensteanbieter das Recht, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Mobilfunkdienste des Lizenznehmers (hier: der Antragsgegnerin) zu vertreiben sowie Zusatzdienste im Rahmen der Lizenz zu entwickeln und ihren Teilnehmern anzubieten. Ein darüber hinausgehendes Recht, Leistungen der Antragsgegnerin entbündelt zu vertreiben, besteht aufgrund der D 2-Lizenz aber nicht.

Das Geschäftsmodell der Antragstellerin beruht nach Kenntnisstand der Kammer - sowie unwidersprochenem Vortrag der Antragsgegnerin - darauf, im Netz der Antragsgegnerin lediglich interne Gespräche zu realisieren. Die übrigen Gespräche sollen über das „Zehnsations“-Angebot der E-Plus abgewickelt werden. Die Mobilfunknetzbetreiber erzielen ihre Umsätze und Deckungsbeiträge aber aus verschiedenen Quellen. Hierzu zählen nicht nur die Basisentgelte und die aus abgehenden Gesprächen auf der Endkundenseite erzielten Umsätze (netzinterne und –externe Gespräche), sondern nicht zuletzt auch die Umsätze aus eingehenden Gesprächen aus anderen Netzen (sog. Terminierungsentgelte) auf Vorleistungsebene. Die von der Antragstellerin gestellte Forderung nach einer Zusammenarbeit auf der Basis rein netzinterner Gespräche läuft daher auf eine Entbündelung der Leistungen des Mobilfunknetzbetreibers hinaus. Eine Entbündelung kann jedoch nur nach Durchführung eines Marktanalyseverfahrens und der anschließenden Auferlegung von Zugangsverpflichtungen nach § 21 Abs. 1 Satz 1 TKG angeordnet werden. In Bezug auf die Antragsgegnerin fehlt es insoweit nicht nur an der Feststellung einer marktmächtigen Stellung auf dem hier relevanten Zugangsmarkt; das Marktanalyseverfahren ist vorliegend auch dem Streitbeilegungsverfahren vorgezogen im Sinne des § 133 Abs. 1 Satz 1 TKG.

Das lizenzrechtliche Vermarktungsmodell, das Grundlage für die Tätigkeit der Diensteanbieter ist, beruht jedoch darauf, dass durch den Diensteanbieter die gesamte Produktpalette des jeweiligen Netzbetreibers vermarktet wird. Dieses Modell ergibt sich aus Ziffer 17.1, Satz 2 u.a. der D2-Lizenz. Denn dort wird dem Diensteanbieter das Recht eingeräumt „Mobilfunkdienste des Lizenznehmers“ zu vertreiben. Die Lizenz spricht nicht davon, dass der Diensteanbieter das Recht erhält (nur) einzelne von ihm ausgewählte Leistungskomponenten oder einzelne Dienste des Netzbetreibers weiterzuverkaufen. Dies hat bereits die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post in Bezug auf den seinerzeitigen § 4 TKV festgestellt, der die Lizenzregelungen für diejenigen Netzbetreiber nachgebildet, die nicht einer lizenzrechtlichen Auflage zur Zusammenarbeit mit Diensteanbietern unterlagen (vgl. Amtsblatt RegTP 2000, Seite 516, 534). Dementsprechend hat der Diensteanbieter insoweit lediglich das Recht, neben dem Produktportfolio des Netzbetriebes „Zusatzdienste“ anzubieten. Die Diensteanbieterverpflichtung der Lizenz ist damit auf die Ermöglichung eines sog. „Resale“ beschränkt (vgl. auch Begründung zu § 150 Abs. 4 TKG a. E.).

Entsprechend bildet auch der derzeit gültige Diensteanbietervertrag der Antragsgegnerin das lizenzrechtliche Vertriebsmodell ab. Den Regelungen ist zu entnehmen, dass der Diensteanbieter – wie bei allen Mobilfunknetzbetreibern auch – nicht etwa einzelne Leistungsbestandteile des Netzbetreibers im Hinblick auf die Vermarktung herausgreifen kann, sondern als Vertriebsarm für Produkte des Netzbetreibers tätig ist.

In der Lizenz kommt dies auch dadurch zum Ausdruck, dass dem Diensteanbieter das Recht eingeräumt wird, die Mobilfunkdienste des Lizenznehmers „zu vertreiben“. Die Diensteanbieter sind somit quasi als Vertriebsgesellschaften des Netzbetreibers tätig. Eine Vielzahl von Verpflichtungen des Diensteanbieters knüpft daher an die Absatzförderung des Diensteanbieters an. Einer vertrieblichen Zusammenarbeit entspricht es, wenn die Geschäftsparteien gemeinsam Vertriebsziele und Maßnahmen zur Absatzförderung vereinbaren. Dementsprechend erhält der Diensteanbieter für die Zielerreichung bei der Aquisition und Erhalt von Kundenverhältnissen – ähnlich wie ein Handelsvertreter – Erfolgsprämien und Werbekostenzuschüsse. Die Zusammenarbeit zwischen Mobilfunknetzbetreiber und Diensteanbieter ist daher im

Wesentlichen als Vertragshändlerverhältnis einzuordnen, bei dem der Vertragshändler auf eigene Rechnung und im eigenen Namen tätig ist.

d) Die Antragsgegnerin ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt diskriminierungsfreien Verhaltens zu einem entbündelten Leistungsangebot gegenüber der Antragstellerin verpflichtet. Zwar darf die Antragsgegnerin nach Punkt 17.6 der D 2-Lizenz nicht diskriminieren zwischen dem eigenen Vertrieb und den Diensteanbietern sowie zwischen den Diensteanbietern. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Antragsgegnerin dem eigenen Vertrieb oder einem bisherigen Diensteanbieter entbündelten Zugang zu Mobilfunkdiensten ermöglicht.

2) Verhandlungspflicht

Der Antragsgegnerin hat bei den Verhandlungen mit der Antragstellerin auch nicht gegen ihre 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 D2-Lizenz verstoßen. Sie hat die Verhandlungen weder verschleppt, noch unzulässige Bedingungen daran geknüpft, noch war sie aus Gründen ihrer obliegenden Informationspflicht zur Übermittlung insbesondere finanzieller Diensteanbieterkonditionen verpflichtet.

Soweit sich die Antragstellerin auf eine Verletzung der Verpflichtungen aus Punkt 17.1 und 17.2 der D2-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 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 D2-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. Die Parteien haben aber – wenn auch mit negativem Ausgang - ersichtlich verhandelt.

Die Kammer vermag auch nicht festzustellen, dass die Antragsgegnerin die Grenzen zulässiger Verhandlungsführung und verletzt hätte.

a) Die Antragsgegnerin hat – entgegen dem Vortrag der Antragstellerin - die Verhandlungen

nicht verzögert oder verschleppt.

Die Antragsgegnerin hat im Anschluss an die Anfrage der Antragstellerin vom 11.04.2007 eine Vertraulichkeitsvereinbarung übersandt und sodann Gespräche geführt. Im Anschluss an die Gespräche führt sie mit Schreiben vom 14.06.2007 aus, an einem Patenterwerb nicht interessiert zu sein, bietet alternativ aber Verhandlungen über ein Diensteanbietermodell an, zu dem sie Fragen an die Antragstellerin richtet. Die Antragstellerin richtet am 27.07.2007 ein Schreiben an die Antragsgegnerin in dessen Anlage die Fragen vom 14.06.2007 beantwortet werden sollen. Die Antragsgegnerin teilt daraufhin mit Mail vom 31.07.2007 mit, nach Bewertung kurzfristig auf die Antragstellerin zukommen zu wollen. Mit Mail vom 14.08.2007 bittet sie die Antragstellerin um Beantwortung konkreter Fragen, die sich im Rahmen der Bewertung als noch offen erwiesen haben. Die Antragsgegnerin übersendet die Antworten hierauf mit Mail vom 28.08.2007. Mit Schreiben vom 18.09.2007 erklärt die Antragsgegnerin, dass der Antragsgegnerin auf Basis der vorliegenden Informationen kein Vertragsangebot zukommen lassen werde und bereit sei, die Gründe „für die Ablehnung“ mit dieser zu diskutieren. Die Verhandlungen über das Diensteanbietermodell haben damit drei Monate (vom 14.06.2007 bis 18.09.2007) in Anspruch genommen. Die Antragsgegnerin war davon vom 27.07.2007 bis 14.08.2007 (= 3 Wochen) und vom 28.08.2007 bis 18.09.2007 (= 3 Wochen), also etwa 6 Wochen mit der Bewertung und Entscheidung über das Begehren der Antragstellerin befasst. Es ist nicht ersichtlich, dass die Antragstellerin mit diesem Zeitbedarf übermäßig lange hingehalten worden wäre oder zum Zwecke der Verzögerung mit für die Bewertung unzulässige Bedingungen im Sinne nicht erforderlicher Fragestellungen konfrontiert worden wäre. Die Antragstellerin hat hierzu auch nichts vorgetragen. Es hat vielmehr den Anschein, dass die Antragstellerin die Verhandlungen mit und das Verfahren gegen die Antragsgegnerin parallel zum Verfahren gegenüber E-Plus (Az BK2a 007/006) betrieben hat, ohne sich dabei auf an konkreten Verhandlungsablauf zu stützen. So scheint u.a. die E-Mail der Antragstellerin vom 18.06.2007, die keinen direkten Bezug zum vorausgegangenen Schriftverkehr aufweist, den Verhandlungen – anders verlaufenen – Verhandlungen mit E-Plus entnommen. Auch der Umstand, dass die Antragstellerin wiederholt die Benennung der Höhe der Sicherheitsleistung fordert, obwohl ihr entsprechende Informationen seitens der Antragsgegnerin bereits vorlagen, spricht dafür, dass sich die Antragstellerin mit dem Gang der Verhandlungen mit der Antragsgegnerin im Einzelnen gar nicht auseinander gesetzt, sondern pauschal Vorwürfe erhoben hat.

b) Die Antragsgegnerin hat – wie unter 1) b) bereits ausgeführt – auch keine unzulässigen Bedingungen an die Eignungsprüfung gestellt. 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 D2-Lizenz in Einklang stehen. Der Gang der Verhandlungen zwischen den Parteien lässt keinen Zweifel daran, dass sich die Antragsgegnerin mit ihrer Verhandlungsführung innerhalb der Grenzen vertrauensvoller Verhandlungsführung und ihrer Prüfberechtigung nach der D2-Lizenz bewegt hat. Die Antragsgegnerin hat insoweit keine bestimmten Anforderungen an die Antragstellerin gestellt, sondern allein zur Beantwortung von Fragen aufgefordert, die in engem sachlichem Zusammenhang mit dem nachgefragten Vertragsabschluss und dem üblichen Diensteanbietervertrag standen. Es lässt sich nicht feststellen - und wird von der Antragstellerin auch nicht vorgetragen -, dass die einzelnen Fragestellungen durch die Antragsgegnerin treuwidrig gewesen wären oder von ihr etwas gefordert worden wäre, dass sie nicht zu leisten im Stande war.

c) Die Antragsgegnerin hat ihre Pflicht zu redlicher Verhandlungsführung auch nicht dadurch verletzt, dass sie der Antragstellerin die Gründe für die Ablehnung eines Vertragsschlusses nicht erläutert hat. Die Antragsgegnerin hat im Schreiben vom 18.09.2007 hierzu ausdrücklich

angeboten, der Antragstellerin ihre Gründe zu erläutern. Die Akten enthalten auch Andeutungen dazu, dass über den Schriftverkehr hinaus Gespräche zwischen den Parteien stattgefunden haben, bei denen diese Gründe erläutert wurden. So heißt es etwa im Schreiben der Antragsgegnerin vom 23.10.2007, die Antragstellerin habe Fragen an die Realisierung der Rufnummernportierung „nicht plausibel erläutern können“ und die Antragstellerin sei auf Befragen nicht in der Lage gewesen, „die von ihr genannten Angaben näher zu substantiieren“. Die Antragsgegnerin hat demnach über den der Kammer vorliegenden Schriftverkehr hinaus Gespräche mit der Antragstellerin geführt, in denen die Zweifelsfragen, die letztlich in die Ablehnung der Antragstellerin als Diensteanbieterin nach Punkt 17.1 der D2-Lizenz mündeten, erläutert wurden. Darüber hinaus sind umfangreiche Erläuterungen für die Ablehnung im Rahmen des Schriftwechsels zu vorliegendem Verfahren erfolgt, so dass ein Informationsdefizit jedenfalls im Zeitpunkt der Entscheidung nicht mehr besteht.

d) Die Antragstellerin hat ihre Pflicht zu redlicher Verhandlungsführung auch nicht dadurch verletzt, dass die der Antragstellerin die von dieser begehrten „technischen und finanziellen Diensteanbieterkonditionen“ nicht informatorisch – außerhalb eines Vertragsangebotes – übersandt 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 – wie ausgeführt - auch nicht aus Punkt 17.1 der D2-Lizenz. Dies gilt umso mehr als die Antragsgegnerin nach dem Ergebnis der Verhandlungen nicht verpflichtet war, mit der Antragstellerin einen Diensteanbietervertrag zu schließen.

Die Antragsgegnerin war auch nicht verpflichtet der Antragstellerin auf deren Geschäftsmodell abgestimmte Diensteanbieterkonditionen als Information zu kalkulatorischen Zwecken zur Verfügung zu stellen. 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.). Die Antragsgegnerin verfügt aber über derartige Konditionen bereits nicht, so dass auch eine entsprechende Auskunftspflicht nicht bestehen kann.

Nach dem Vortrag der Antragsgegnerin ist davon auszugehen, dass deren Konditionenbildung auf dem lizenzrechtlichen Diensteanbietermodell beruht, wonach der Diensteanbieter die Produkte des Lizenznehmers vertreibt und damit als Vertriebsweg des Lizenznehmers tätig wird. Dieses Vertriebsmodell findet Niederschlag auch in den Einkaufskonditionen der Diensteanbieter. Diese erhalten als Gegenleistung für ihre Vertriebstätigkeit neben Aquisitionsprämien regelmäßig einen Abschlag auf die Endkundenpreise, die der Netzbetreiber mittels seines eigenen Vertriebs am Markt anbietet. Die Diensteanbieter erhalten damit einen Großhandelsrabatt. Die Antragsgegnerin hat damit nicht – wie von der Antragstellerin

gewünscht - die Preise für einzelne (entbündelte) Leistungskomponenten festgelegt. Die von der Antragstellerin gewünschten Informationen über Einkaufskonditionen würden demgegenüber eine grundlegende Neukalkulation der "Diensteanbieter-Konditionen" erfordern, da die im Netz entstehenden Fixkosten nicht mehr über alle Produkte kalkuliert werden könnten. Im Vermarktungsmodell der Antragstellerin würde die Antragsgegnerin nur noch an netzinternen Gesprächen partizipieren, so dass sich die auf die übrigen Entgeltbestandteile entfallenden Kosten preiserhöhend auf eine entbündelte Leistung aufgeschlagen werden müssten.

e) Die Antragsgegnerin hat die Verhandlungen auch nicht treuwidrig dadurch geführt, dass sie der Antragstellerin informatorisch zu Kalkulationszwecken keine finanziellen "Standard-Konditionen" für Standard-Diensteanbieterverträge übersandt hat. Soweit ersichtlich gibt es zunächst keinen Rechtssatz, der die Antragstellerin zur Veröffentlichung oder Übersendung ihrer Diensteanbieterkonditionen auf schlichte Anfrage hin verpflichten würde. Insbesondere ist die Antragsgegnerin nicht aufgrund des TKG zur Veröffentlichung eines Standardangebotes für Diensteanbieter verpflichtet. Eine entsprechende Verpflichtung ergibt sich auch nicht aus der D2-Lizenz. Zwar wird die Antragstellerin im Zuge sich verdichtender Verhandlungen als redlicher Verhandlungspartner zu geeignetem Zeitpunkt auch verpflichtet sein, konkrete Konditionen bzw. Konditionenvorschläge zu unterbreiten. Der Gang der Verhandlungen zwischen den Parteien hatte einen solchen Stand aber nicht erreicht.

So hat die Antragstellerin zum einen an einem Geschäftsmodell festgehalten, über das die Antragstellerin einen Vertrag weder schließen wollte noch musste. In der Mail der Antragsgegnerin vom 14.08.2007 heißt es hierzu, die Antragsgegnerin habe die Antragstellerin ausdrücklich um ein vom Patent unabhängiges Business-Case gebeten. Die Antragstellerin erwidert mit Mail vom selben Tage, dass ihre Produkte selbstverständlich in Verbindung mit dem Patent stünden. Die Antragsgegnerin war nicht verpflichtet, der Antragstellerin Auskunft über die Konditionen für ein Modell zu geben, über das sie einen Vertrag nicht schließen wollte.

Die Antragsgegnerin schuldete der Antragstellerin nach dem Gang der Verhandlungen auch nicht unabhängig von deren Geschäftsmodell Auskunft über die finanziellen Konditionen für Diensteanbieter. Da die finanziellen Konditionen für Diensteanbieter nach Kenntnisstand der Kammer nicht für sämtliche Diensteanbieter gleich, sondern abhängig u.a. von Umsatzvolumina und ggf. vereinbarten Mindestumsätzen gestaffelt sind, setzt eine diesbezügliche Auskunftspflicht voraus, dass das Business-Case des potenziellen Vertragspartners so konkret und belastbar erscheint, dass eine Einordnung in entsprechende Staffellungen erfolgen kann. Die Antragstellerin hat nach Vortrag der Antragsgegnerin ein entsprechend belastbares Business-Case aber nicht vorzulegen vermocht noch – nach Lage der Akten – sich bemüht die entsprechenden Voraussetzungen dafür zu schaffen. Auf das im Schreiben der Antragsgegnerin vom 18.09.2007 enthaltene Angebot, ihr die Gründe zu erläutern, aus denen das Modell nicht zu überzeugen vermöge, ist die Antragstellerin ausweislich der Akten nicht eingegangen. Auch den Vergleich aus der mündlichen Verhandlung vom 28.11.2007, mit dem sich die Antragsgegnerin zur Auflistung offener Fragen bereiterklärt hatte, hat die Antragstellerin nicht genutzt, um die Verhandlungen wieder aufzunehmen, sondern diesen widerrufen. Die Verhandlungen zwischen den Parteien haben noch keinen Stand erreicht, bei dem aus Gründen redlicher Verhandlungsführung wenn nicht ein Angebot, so doch Auskunft über die - nach Einordnung der Vertragsanfrage in die Regelwerke der Antragsgegnerin – üblichen Konditionen geschuldet war.

f) Zwar hat die Antragsgegnerin den aus Punkt 17.1 der D2-Lizenz i.V.m. §§ 311 Absatz 2 Satz 1, 241 Absatz 2 BGB resultierenden vorvertraglichen Verhaltenspflichten 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 entbündelte Leistungen nicht

existieren. Dieses Versäumnis ist durch den Schriftsatz vom 21.12.2007, in dessen Anlage auch der Diensteanbietervertrag übermittelt wurde, jedoch insoweit „geheilt“ als es im Zeitpunkt der Entscheidung nicht mehr besteht.

3) Diskriminierungsverbot nach § 19 TKG

Der Antragstellerin steht auch kein Anspruch auf Benennung der sachlichen Kriterien für eine Anbindung von Diensteanbietern aus § 19 TKG i.V.m. Punkt 17.2 der D2-Lizenz zu.

Zwar kann die Bundesnetzagentur nach dieser Regelung Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze dazu verpflichten, ihre Zugangsvereinbarungen transparent und diskriminierungsfrei zu gestalten. Der Anwendungsbereich dieser Norm ist aber nur gegenüber Betreibern mit beträchtlicher Marktmacht eröffnet. Eine solche Marktmachtfeststellung ist aber gegenüber der Antragsgegnerin nach Durchführung entsprechender Marktanalysen nicht erfolgt.

Rechtsbehelfsbelehrung

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellohofplatz, 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 beigefügt 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