



Beschlusskammer 2

Az.: BK 2c 08 /001

Beschluss

In dem Verwaltungsverfahren

wegen: Streitbeilegung mobilcom Communicationstechnik GmbH ././ Vodafone D2 GmbH

Verfahrensbeteiligte:

- 1) mobilcom Communicationstechnik GmbH, Deelbögenkamp 4c, 22297 Hamburg,
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) VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V.,
Oberländer Ufer 180 – 182, 50968 Köln, 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,

6) E-Plus Mobilfunk GmbH & Co. KG, E-Plus-Platz, 40468 Düsseldorf,
gesetzlich vertreten durch die E-Plus Mobilfunk Geschäftsführungs GmbH

Beteiligte zu 6,

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

Beteiligte zu 7,

8) T-Mobile International AG, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn,
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

Beteiligte zu 8,

9) EWE TEL GmbH, Cloppenburger Straße 310, 26133 Oldenburg,
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

Beteiligte zu 9,

10) Drillisch AG, Wilhelm-Röntgen-Str. 1-5, 63477 Maintal,
gesetzlich vertreten durch die Geschäftsführung

Verfahrensbevollmächtigte: JUCONOMY Rechtsanwälte,
Graf-Recke-Str. 82, 40239 Düsseldorf

Beteiligte zu 10,

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 Kuhrmeyer,

die Beisitzerin ltd. RegDir'n Ute Dreger

den Beisitzer ORR Joerg Lindhorst,

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11.06.2008

am 27. Juni 2008 beschlossen:

Die Anträge werden abgelehnt.

Gründe

I.

1. Verfahrensgegenstand

Die Parteien streiten um Fragestellungen diskriminierungsfreier Behandlung von Diensteanbietern. Ausgangspunkt des Streites sind die Einkaufskonditionen, welche dem durch die moconta GmbH & Co. AG angebotenen Produkt „Bildmobil“ zugrunde liegen bzw. die diesen vorgeschaltete Verhandlungspflicht. Dem Angebot „Bildmobil“ liegen Leistungen zu Grunde, die die moconta GmbH & Co. KG von der Antragsgegnerin bezogen hat. Die Antragsgegnerin ihrerseits ist an der moconta GmbH & Co. KG beteiligt.

Die im Verfahren durch ihre Muttergesellschaft freenet AG vertretene Antragstellerin bietet im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Mobilfunkdienstleistungen an ohne über eine eigene Netzinfrastruktur zu verfügen. Die dafür benötigten Vorleistungen beschafft sie sich u.a. von der Antragsgegnerin.

Die Antragsgegnerin betreibt ein Mobilfunknetz auf der Grundlage der ihr durch öffentlich-rechtlichen Vertrag am 15.02.1990 nach § 2 des Fernmeldeanlagengesetzes erteilten Lizenz zum Errichten und Betreiben eines digitalen zellularen Mobilfunknetzes (ABI. BMPT vom 27.07.1994, S. 415 ff.) – im folgenden: D2-Lizenz -. Diese enthält u.a. Regelungen über die Zulassung, Auswahl und Nichtdiskriminierung von Diensteanbietern. Die betreffenden Bestimmungen der Lizenz lauten:

17.1 Der LIZENZNEHMER ist verpflichtet, geeignete Diensteanbieter zuzulassen. Die Diensteanbieter haben unter Beachtung der ausschließlichen Rechte des Bundes (vgl. § 1 Abs. 2 und 4 Satz 2 FAG) das Recht, im eigenen Namen und auf eigene Rechnung Mobilfunkdienste des LIZENZNEHMERS zu vertreiben sowie Zusatzdienste im Rahmen der Lizenz zu entwickeln und ihren Teilnehmern anzubieten.

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

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

17.6 Der Lizenznehmer darf die Diensteanbieter nicht schlechter stellen als den eigenen Vertrieb und darf nicht zwischen den Diensteanbietern diskriminieren. Dies gilt insbesondere für Konditionen und für Verrechnungspreise der Leistungen des Netzbetriebs. Ist zu vermuten, dass der Wettbewerb zwischen dem Lizenznehmer und den Diensteanbietern nachhaltig gestört ist, ist der Lizenznehmer verpflichtet, auf Verlangen des Lizenzgebers Auskünfte zur Feststellung, ob derartige Wettbewerbsstörungen vorliegen, zu erteilen und Anordnungen des Lizenzgebers zur Behebung festgestellter Wettbewerbsstörungen unverzüglich nachzukommen.“

Die Antragsgegnerin betreibt ferner ein Mobilfunknetz auf der Grundlage der ihr durch Verwaltungsakt am 06.09.2000 nach § 6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 a) i.V.m. §§ 11 Abs. 4, 8

Abs. 1 sowie Abs. 4 und 5, 50 Abs. 2 TKG erteilten Lizenz zum Betreiben von Übertragungswegen für das Angebot von Mobilfunkdienstleistungen der Dritten Generation (UMTS/IMT-2000) für die Öffentlichkeit im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland (Abl. RegTP vom 25.10.2000, Seite 3454 ff.) (Im Folgenden: UMTS- Lizenz).

Die Antragsgegnerin bietet die dem Produkt Bildmobil zugrunde liegenden Einkaufsbedingungen für ihr GSM- wie auch für ihr UMTS-Netz an. Die UMTS-Lizenz enthält unter Teil C (Hinweise) folgende Aussage zu Diensteanbietern:

„15. Angebot für Diensteanbieter

Die Lizenznehmerin ist verpflichtet, ihr Leistungsangebot so zu gestalten, dass Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit diese Leistungen im eigenen Namen und auf eigene Rechnung vertreiben und ihren Kunden anbieten können (§ 4 Abs. 1 TKV). Dies gilt nicht, wenn die Verpflichtung im Einzelfall sachlich nicht gerechtfertigt ist.

Die Lizenznehmerin darf die Diensteanbieter weder ausschließlich noch unverhältnismäßig lange an sich binden, noch hinsichtlich ihrer eigenen Preis- und Konditionengestaltung oder hinsichtlich anderer Betätigungsfelder einschränken. Sie darf Diensteanbietern keine ungünstigeren Bedingungen einräumen als dem eigenen Vertrieb oder verbundenen Unternehmen, es sei denn, dass dies sachlich gerechtfertigt ist (§ 4 Abs. 2 TKV).“

Die Antragstellerin trägt, die Antragsgegnerin habe sie gegenüber der moconta GmbH und Co. KG diskriminiert und rügt insoweit mehrere Verstöße gegen Punkt 17.6 der D2Lizenz.

Sie macht geltend dadurch diskriminiert worden zu sein, dass ihr – anders als der moconta GmbH & Co KG - die dem Angebot „Bildmobil“ zugrunde liegenden Einkaufskonditionen nicht angeboten worden seien. Ferner werde sie durch die den Einkaufskonditionen zugrunde gelegten Bedingungen diskriminiert.

Dem Streit liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Im Mobilfunkmarkt zeigt sich seit Herbst 2005 ein zunehmendes Auftreten sog. No-frills-Angebote. Diese vielfach unter Nutzung von Großhandelsketten vertriebenen Angebote zeichnen sich durch eine Beschränkung auf einfache Leistungen zu besonders günstigen Konditionen aus.

In Reaktion auf diese von anderen Mobilfunknetzbetreibern in Gang gesetzte bzw. nachvollzogene Marktentwicklung plante auch die Antragsgegnerin eigene neue Marktstrategien. Im Rahmen dessen fanden am 08.02.2006 Verhandlungen zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin über die Einführung eines sog. Wholesale-Modells statt.

Mit Schreiben vom 29.03.2006 kündigte die Antragsgegnerin ihren Diensteanbietern die Einführung dieses zusätzlichen neuen Einkaufspreismodells schriftlich an. Während die herkömmlichen Einkaufsbedingungen der Diensteanbieter den Einkauf von Produkten der Antragsgegnerin mit einem Abschlag auf den Endkundenpreis vorsehen (sog. Retail-Minus-Modell), werden bei dem zusätzlichen neuen Modell die Einkaufskonditionen von den Endkundenpreisen losgelöst und – bis auf Basispreise – umsatzabhängig gestaltet. Die Einkaufspreise sinken stufenweise abhängig von vorgegebenen Mindestumsatzverpflichtungen, die der Diensteanbieter eingetht (sog. Wholesale-Modell). Oberhalb der Staffelung werden verhandlungsabhängig auch Individualkonditionen in Aussicht gestellt

Die Vermarktung des Angebots war an die Voraussetzungen geknüpft, dass das Angebot am Markt durch ein vom Diensteanbieter zu gründendes rechtlich selbständiges Unternehmen unter eigener, neuer Marke erfolgen würde. Eine Vermarktung unter der Marke der Antragsgegnerin war untersagt.

Die Antragsgegnerin bezifferte mit Schreiben vom 29.03.2006 die Konditionen des umsatzunabhängigen Basistarifs des neuen Modells. Über die Möglichkeit günstigerer Einkaufskonditionen bei Eingehung von Mindestumsatzverpflichtungen informierte sie und bot Verhandlungen an, ohne die Mindestumsatz- und Rabattstaffeln im Schreiben konkret zu beziffern.

Die Antragstellerin verhandelte mit der Antragsgegnerin über dieses Modell am 12.04.2006, 17.05.2006 und 17.11.2006. Am 22.03.2006 und 22.10.2006 fanden telefonische Verhandlungen zu diesem Modell statt.

Die Antragstellerin kam nach Verhandlung und Prüfung zu dem Ergebnis, dass ihr unter Inanspruchnahme des Basistarifs ein konkurrenzfähiges Angebot nicht möglich sei. Denn ein durch einen anderen Diensteanbieter auf Grundlage des Wholesale-Modells der Antragsgegnerin angebotener Endkundenpreis lag noch unter dem Basistarif des neuen Modells.

Nach ersten Erfahrungen mit dem neuen Modell plante die Antragsgegnerin Modifikationen ihres Angebots. In diesem Zusammenhang kam es am 08.10.2007 zu einem Gespräch mit der Antragstellerin.

Mit Schreiben vom 11.10.2007 informierte die Antragsgegnerin die Diensteanbieter schriftlich über geplante neue Konditionen zum Wholesale-Modell vom März 2006.

Die Antragsgegnerin wies in diesem Schreiben darauf hin, dass über den bekannten Basistarif hinaus Ergänzungen und Erweiterung geplant seien, sie insbesondere eine neue Preisstaffel „Wachstum“ einführen wolle. In Abhängigkeit von Mindestumsatzvereinbarungen seien weitere Einkaufsstaffeln denkbar. Wie im Schreiben vom 29.03.2006 wurden die Mindestumsatz- und Rabattstaffeln der einzelnen Stufen nicht beziffert. Die Antragsgegnerin bot hierzu Gespräche an.

In Anlage zum Schreiben wurden die „Eckpunkte Wholesale-Provider-Modell“ übersandt, die neben dem Basistarif die Einkaufskonditionen für die Rabattstufe „Wachstum“ (jedoch ohne vorausgesetzten Umsatz) beziffern.

Auch die Inanspruchnahme der geänderten Konditionen wurde von der Gründung einer separaten Firma für die Vermarktung, einem neuen Markennamen und dem Verbot der Nutzung der Marke der Antragsgegnerin abhängig gemacht.

Am 15.10.2007 erhielt die Antragstellerin Kenntnis vom bevorstehenden Markteintritt der moconta GmbH & Co. KG mit der Marke „Bildmobil“, die auf dem Wholesale-Modell der Antragsgegnerin beruht.

Am 30.10.2007 kam es hierüber zu einem Gespräch zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin.

Die Endkundenpreise des Bildmobil-Angebots liegen unter dem Basistarif des Wholesale-Modells der Antragsgegnerin und sind mit dem Basistarif somit nicht kostendeckend nachbildbar. Die Antragstellerin kam daher wiederum zu dem Ergebnis, mit einem Vertrag auf Grundlage des Basispreises nicht konkurrenzfähig zu sein. Zu einem Vertragsschluss kam es daher nicht.

Die Antragstellerin behauptet, die Antragsgegnerin mündlich wiederholt um ein Angebot gebeten zu haben, dass es ihr förmlich wie sachlich ermögliche, einen dem Bildmobil-Angebot entsprechenden Tarif anzubieten. Diese Bitten seien erfolglos geblieben. Die Antragsgegnerin habe es überdies ausdrücklich abgelehnt, ihr den für die Abbildung des Produkts Bildmobil erforderlichen Tarif überhaupt anzubieten.

Mit Schreiben vom 26.11.2007 bat die Antragstellerin die Antragsgegnerin unter Hinweis auf die bislang erfolgte Verweigerung des Tarifs und unter Hinweis auf Ziffer 17.6 der D2-Lizenz, ihr die dem Bildmobil-Tarif zugrunde liegenden Einkaufskonditionen schnellstmöglich „zur Verfügung zu stellen“.

Die Antragsgegnerin erwiderte mit Schreiben vom 30.11.2007, der Tarif sei mit Schreiben vom 11.10.2007 „zur Verfügung gestellt“ worden. Die Ablehnung müsse ein Missverständnis sein. Im Rahmen des Schreibens vom 11.10.2007 seien Einkaufskonditionen genannt worden mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass bei entsprechenden Umsatzverpflichtungen auch weitere Einkaufsstaffeln denkbar seien, in denen die Einkaufspreise weiter sinken könnten. Auf genau diesem Modell basiere der Tarif „Bildmobil“.

Die Antragsgegnerin erklärte im Schreiben vom 30.11.2007, sie halte dieses Angebot diskriminierungsfrei weiterhin aufrecht und sei jederzeit bereit, das Modell noch einmal zu erläutern.

In einem Telefonat mit der Antragstellerin am 10.12.2007 hat die Antragsgegnerin es abgelehnt, den dem Bildmobil-Angebot zugrundeliegenden Einkaufspreis zu benennen.

Mit Schreiben vom 17.12.2008 wies die Antragstellerin die Antragsgegnerin darauf hin, dass ihr bewusst sein müsse, dass der der Antragstellerin konkret allein bekannte Basistarif des Wholesale-Modells über den Endkundenpreisen des Produkts „Bildmobil“ liege und Nachbildbarkeit damit nicht gegeben sei. Zu den weiteren Tarifen habe die Antragsgegnerin nur Verhandlungen in Aussicht gestellt. Sie stelle daher fest, dass ihr die dem Produkt Bildmobil zugrunde liegenden Einkaufspreise trotz mehrfacher Aufforderung weder mitgeteilt noch angeboten worden seien, so dass rechtliche Schritte einzuleiten seien.

Mit Schriftsatz vom 21.12.2008, eingegangen am 02.01.2008, beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Streitschlichtungsverfahrens nach § 133 TKG.

Die Antragstellerin fühlt sich im Verhältnis zu der das Produkt Bildmobil anbietenden moconta GmbH & Co KG diskriminiert, dadurch, dass die Antragsgegnerin ihr nicht dieselben Einkaufskonditionen wie der moconta Verfügung stelle.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, die Antragsgegnerin sei verpflichtet, ihr ein annahmefähiges rechtsverbindliches Angebot über diese Konditionen zu unterbreiten. Die Rabattstaffeln und die Mindestumsatzverpflichtungen hätten konkret beziffert werden müssen. Da sich die Antragsgegnerin wiederholt geweigert habe, ein solches Angebot zu unterbreiten, seien weitere Appelle an diese nicht zumutbar gewesen. Die Antragsgegnerin habe der Antragstellerin mit ihrem Verhalten jegliche weitere Diskussions- und Verhandlungsgrundlage entzogen. Die D2-Lizenz setze die Forderung nach einem Angebot und Verhandlungen hierüber nicht voraus.

Da eine Verpflichtung zum Angebot bestehe, könnte die Angabe konkreter Umsatzverpflichtungen und Rabatte auch nicht mit Hinweis auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse unterbleiben.

Die Antragstellerin ist ferner der Ansicht, die Antragsgegnerin sei über eine förmliche Gleichbehandlung hinaus verpflichtet, Konditionen bereitzustellen, die nicht nur der moconta GmbH & Co. KG oder anderen Diensteanbietern, sondern materiell auch der Antragstellerin

selbst nach ihrem bisherigen Geschäftsmodell eine Vermarktung zum Endkundenpreis des Produktes Bildmobil ermöglichen.

Die Antragstellerin ist ferner der Ansicht, die Antragsgegnerin verstoße mit dem zusätzlichen Angebot des Wholesale-Modells gegen Punkt 17.6 der D2-Lizenz insofern das Modell allgemein geeignet sei, die Diensteanbieter untereinander zu benachteiligen. Umsatzschwache Diensteanbieter seien von diesem Modell de facto ausgeschlossen. Sie erlitten einen Wettbewerbsnachteil dadurch, dass sie nicht in der Lage seien, die umsatzabhängigen Rabattstufen zu erreichen. Eine Rabattierung in Abhängigkeit von Mindestumsatzverpflichtungen spalte die Diensteanbieter in zwei Klassen und sei damit mit der D2-Lizenz nicht vereinbar. Da die Lizenz eine Mindestumsatzverpflichtung verbiete, komme eine Rechtfertigung aufgrund Marktentwicklung und ökonomischer Überlegungen der Antragsgegnerin von vornherein nicht in Betracht.

Die Antragstellerin bestreitet im Übrigen, dass die moconta GmbH & Co. KG überhaupt eine derartige Mindestumsatzverpflichtung eingegangen sei.

Überdies lasse die D2-Lizenz die Forderung nach Gründung einer separaten Firma nicht zu. Die D2-Lizenz gestatte jedem Diensteanbieter die direkte Vermarktung ohne Zwischenschaltung weiterer Vertriebsgesellschaften. Die Forderung nach einer separaten Firma stehe nicht in Zusammenhang mit Leistungen der Antragsgegnerin. Die damit verfolgten Ziele der Antragsgegnerin seien auch durch andere Maßnahmen zu erreichen. Da die Endkunden nicht durch gesellschaftsrechtliche Strukturen beeinflusst würden, sei zur Separierung der Geschäftsmodelle eine Abgrenzung durch Marken und Produkte ausreichend.

Die Antragstellerin hat angeregt,

die Einkaufskonditionen, welche die Antragsgegnerin der moconta GmbH & Co. KG oder Dritten zur Vermarktung von Mobilfunkdiensten mit dem Bildmobil-Tarif gegenüber Endkunden anbietet, im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes gemäß § 128 TKG noch vor Abschluss des Streitbeilegungsverfahrens zu ermitteln und der Antragstellerin vorzulegen.

Die Antragstellerin hat - unter Ausführungen zur Zulässigkeit des Antrags zu 2) - zunächst beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, der Antragstellerin diejenigen Einkaufskonditionen für Mobilfunkdienstleistungen anzubieten, welche die Antragsgegnerin der moconta GmbH & Co. KG oder Dritten zur Vermarktung von Mobilfunkdienstleistungen mit dem Bildmobil-Tarif gegenüber Endkunden anbietet.
2. hilfsweise festzustellen, dass die Antragsgegnerin gegen ihre Verpflichtungen aus der D2-Lizenz vom 15.02.1990 verstoßen hat, indem sie der Antragstellerin nicht die gleichen Einkaufskonditionen einräumt wie der moconta GmbH & Co. KG oder Dritten, um eine Vermarktung von Mobilfunkdienstleistungen mit einem dem Bildmobil-Tarif entsprechenden Tarif zu ermöglichen.

Mit Schriftsatz vom 07.03.2008 beantragt die Antragstellerin,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, der Antragstellerin - mit Ausnahme der Gründung einer separaten Firma, der Nutzung einer neuen Marke, der exklusiven Vermarktung mit der Antragsgegnerin und dem Nutzungsverbot von Marken und Logos der Antragsgegnerin - diejenigen Einkaufskonditionen für Mobilfunkdienstleistungen anzubieten, welche die Antragsgegnerin der moconta GmbH & Co. KG oder Dritten zur Vermarktung von Mobilfunkdienstleistungen mit dem Bildmobil-Tarif gegenüber Endkunden anbietet,

2. hilfsweise festzustellen, dass die Antragsgegnerin gegen ihre Verpflichtung aus der D2-Lizenz vom 15.02.1009 verstoßen hat, indem sie der Antragstellerin - ungeachtet der Gründung einer separaten Firma, der Nutzung einer neuen Marke, der exklusiven Vermarktung mit der Antragsgegnerin und dem Nutzungsverbot von Marken und Logos der Antragsgegnerin - nicht die gleichen Einkaufskonditionen einräumt wie der moconta GmbH & Co. KG oder Dritten, um eine Vermarktung von Mobilfunkdienstleistungen mit einem dem Bildmobil-Tarif entsprechenden Tarif zu ermöglichen.

Die Antragsgegnerin beantragt

die Anträge zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin trägt vor:

Die Anträge nach § 133 TKG seien bereits unzulässig. Sie seien aber auch unbegründet. Sie habe der Antragstellerin die verfahrensgegenständlichen Konditionen angeboten. Jedenfalls habe sie mit Schreiben vom 11.10.2007 etwaigen Informationspflichten genügt. Die Antragstellerin habe aber kein Interesse an einem Wholesale-Modell gezeigt. Zu einer Bezifferung unabhängig von Verhandlungen sei sie nicht verpflichtet. Ihre Verhandlungsbereitschaft bestehe unverändert fort. Der Streitschlichtungsantrag käme daher überraschend.

Im Einzelnen:

1. Das Verfahren sei nicht statthaft:

(1) D2-Lizenz

Die D2-Lizenz sei als öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen worden. Die Bundesnetzagentur sei daher nicht befugt, etwaige Lizenzverstöße im Wege des Streitbeilegungsverfahrens nach § 133 TKG durch Verwaltungsakt durchzusetzen. Dies folge aus dem Umstand, dass eine Behörde – sofern sie sich durch Verwaltungsvertrag auf die Ebene der Gleichordnung begeben habe – nicht befugt sei, ihre Ansprüche später durch Verwaltungsakt durchzusetzen. Entsprechend könnten diese auch nicht zwangsweise durchgesetzt werden. Die Behörde sei vielmehr auf die vertraglich vorgesehenen Sanktionen verwiesen, die sie bei den Verwaltungsgerichten einklagen müsse.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht dadurch, dass § 150 Abs. 4a TKG die Anwendung des Streitbeilegungsverfahrens auf die lizenzrechtlichen Verpflichtungen im Rahmen des TK-Änderungsgesetzes nunmehr vorschreibe. Denn ausweislich der Begründung zu Artikel 2 Nr. 43 TK-Änderungsgesetz (BT-Drs 16/3635, S. 45) bleibe der Grundsatz, dass vertragliche Verpflichtungen aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag nicht durch einen Verwaltungsakt durchgesetzt werden, ausdrücklich unberührt. Nach der Gesetzesbegründung könnten deshalb im Rahmen des Streitbeilegungsverfahrens nur solche Verpflichtungen durchgesetzt werden, die nicht in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag niedergelegt seien.

(2) UMTS-Lizenz

Die als Verwaltungsakt ergangene UMTS-Lizenz der Antragsgegnerin (Abl. RegTP 2000, 3454 ff.) enthalte keine Verpflichtung zur Zulassung bzw. diskriminierungsfreien Behandlung von Diensteanbietern. Punkt 15 der UMTS-Lizenz enthalte nur einen Hinweis auf die damalige Rechtslage und habe daher rein deklaratorischen Charakter. Da ein Verstoß gegen Verpflichtungen aus dem TKG oder aufgrund des TKG somit nicht vorliegen könne, fehle es an den Verfahrensvoraussetzungen des § 133 TKG.

2. § 150 Abs. 4 TKG sei nicht gemeinschaftsrechtskonform und daher nicht anwendbar.

Der D2-Lizenzvertrag sei vor Inkrafttreten des neuen europäischen Rechtsrahmens im Jahr 2002 sowie des darauf basierenden TKG aus dem Jahr 2004 geschlossen worden. Zwar sehe § 150 Abs. 4 TKG die Fortgeltung insbesondere der Mobilfunklizenzen und § 150 Abs. 4 a TKG die Anwendbarkeit des Streitbeilegungsverfahrens auf die Lizenzverpflichteten vor. § 150 Abs. 4 TKG sei jedoch nicht gemeinschaftsrechtskonform. Der europäische Rechtsrahmen lasse eine pauschale Fortschreibung der Lizenzbedingungen nicht zu. Dies gelte insbesondere für Vorschriften, die marktregulierenden Charakter hätten und nicht an eine Stellung mit beträchtlicher Marktmacht des verpflichteten Unternehmens anknüpfen. Die Antragsgegnerin halte an dieser Auffassung trotz abweichender gerichtlicher Entscheidung ausdrücklich fest.

Sowohl nach nationalem wie nach europäischem Recht dürften Regulierungsaufgaben nicht unverhältnismäßig sein. Nach Artikel 8 Absatz 3 der Zugangsrichtlinie beschränke sich die sektorspezifische Regulierung ausdrücklich auf marktmächtige Unternehmen. Auch Artikel 12 Absatz 1 Satz 1 Buchstabe b) der Zugangsrichtlinie sehe vor, dass die Verpflichtung, bestimmte Dienste zu Großhandelsbedingungen zwecks Weitervertriebs durch Dritte anzubieten, nur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden könne. Bestehe hingegen wirksamer Wettbewerb und liege keine beträchtliche Marktmacht vor, so seien nach Artikel 16 Absatz 3 der Rahmenrichtlinie die Regulierungsverpflichtungen aufzuheben. Die Antragsgegnerin verfüge aber weder über beträchtliche Marktmacht auf dem hier relevanten Markt noch sei dies von der Bundesnetzagentur im Rahmen einer Marktanalyse festgestellt worden. Auch eine Zugangsverpflichtung nach Artikel 12 Abs. 1 Satz 1 Zugangsrichtlinie sei nicht auferlegt worden. Verpflichtungen gegenüber nicht marktmächtigen Unternehmen kämen nach Artikel 5 Zugangsrichtlinie nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht und seien auch nicht auferlegt worden.

Eine derart generelle und umfassende Verpflichtung wie jene aus Ziffer 17.1 der D2-Lizenz widerspreche mithin zentralen Grundsätzen des gemeinschaftlichen Rechtsrahmens. So habe auch die Europäische Kommission in der Stellungnahme DE/2007/0627 darauf hingewiesen, dass Bestimmungen, die Mobilfunknetzbetreibern trotz bestehenden Wettbewerbs marktmachtunabhängige Verpflichtungen auferlegten sich als unverhältnismäßiger Eingriff erwiesen

Nach Artikel 17 Abs. 1 der Genehmigungsrichtlinie hätten die Mobilfunklizenzen daher an den neuen Rechtsrahmen angepasst und marktmachtunabhängige Verpflichtungen aufgehoben werden müssen.

Dem könne nicht entgegen gehalten werden, die Aufrechterhaltung der Mobilfunklizenzen und die darin vorgesehenen Verpflichtungen über § 150 Abs. 4 TKG sei mit Rücksicht auf Artikel 6 Abs. 1 i.V.m. Anhang B Nr. 7 der Genehmigungsrichtlinie möglich. Schon der Wortlaut des § 150 Abs. 4 TKG knüpfe nicht – wie Anhang B Nr. 7 der Genehmigungsrichtlinie – an die von einzelnen Unternehmen eingegangenen Verpflichtungen an, sondern an Märkte, auf denen Auswahlverfahren stattgefunden haben. Damit habe § 150 Abs. 4 TKG einen viel weiteren Anwendungsbereich und sei von Anhang B Nr. 7 der Genehmigungsrichtlinie nicht gedeckt.

Zudem handele es sich bei Punkt 17 der D2-Lizenz nicht um eine Bedingung, die an Frequenznutzungsrechte geknüpft gewesen sei, sondern um eine solche, die an die Lizenz insgesamt und die mit der Lizenz verbundene Erlaubnis zur Aufnahme der Tätigkeit als Mobilfunknetzbetreiber geknüpft gewesen sei. Die Diensteanbieterverpflichtung stünde mit der Frequenznutzung in keinem sachlichen Zusammenhang.

Nach dem neuen Rechtsrahmen sei gerade die Tätigkeit als Netzbetreiber nicht mehr

individuell genehmigungsbedürftig. Folglich könne die Diensteanbieterspflichtung – selbst wenn sie von Unternehmen „eingegangen“ würde – nicht nach Artikel 6 Absatz 1 i.V.m. Anhang B Nr. 7 Auferlegt werden. Auch eine entsprechende Altverpflichtung könne daher nicht aufrechterhalten werden.

§ 150 Abs. 4 TKG könne auch nicht im Wege teleologischer Auslegung mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang gebracht werden. Denn dieser Ansatz würde zu einer umfassenden und dauerhaften Fortschreibung der Rechtslage vor Inkrafttreten des neuen Rechtsrahmens führen. Dies widerspräche dem Anpassungsauftrag des Artikels 17 Genehmigungsrichtlinie und gelte auch, wenn § 150 Abs. 4 TKG von Anhang B Nr. 7 der Genehmigungsrichtlinie gedeckt wäre. Ziel des Rechtsrahmens sei es, dass der Regulierer in jedem Einzelfall Rechenschaft ablege, ob vor dem Hintergrund der Tatsache, dass Regulierung auf Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht beschränkt sei, eine Regulierungsmaßnahme ohne diese Voraussetzung gerechtfertigt sei. Diese Entscheidung hätte der Regulierer aber gerade bei Altverpflichtungen mangels rechtlicher Vorgaben nicht treffen müssen. Folglich könne Anhang B Nr. 7 auf Altverpflichtungen keine Anwendung finden. Punkt 17 der D2-Lizenz dürfe daher trotz Bestandskraft von der Bundesnetzagentur nicht angewandt werden (EuGH, Urteil vom 29.04.1999, Slg. 1999 I – 02517).

Auch das BVerwG habe in seiner Entscheidung vom 18.12.2007 Gemeinschaftsrechtskonformität nicht etwa festgestellt, sondern die Frage im Ergebnis offen gelassen.

3. Der Feststellungsantrag sei darüber hinaus unzulässig, weil nicht ersichtlich sei, wie durch die von der Antragstellerin begehrte Feststellung die gewünschte Streitbeilegung erreicht werden könnte. Der Antrag im Verfahren nach § 133 TKG müsse darauf gerichtet sein, ein Rechtsverhältnis mit Wirkung für die Zukunft zu regeln. Von einer vergangenheitsbezogenen Feststellung gehe eine solche Wirkung nicht aus.

Jedenfalls seien die Anträge unbegründet.

4. Es liege keine Diskriminierung vor. Die streitgegenständlichen Konditionen seien der Antragstellerin mit Schreiben vom 11.10.2007 sowie in der begleitenden Kommunikation angeboten worden. Sie bestreite ausdrücklich der Antragstellerin mitgeteilt zu haben, die Konditionen zur Abbildung des Bildmobil-Tarifs würden dieser nicht angeboten werden.

5. Sie habe mit Schreiben vom 11.07.2007 jedenfalls einer etwaigen Informationspflicht genügt.

Die Antragstellerin habe bereits im März 2006 an dem neuen Vermarktungsmodell kein Interesse gezeigt. Sie habe auch an dem mit Schreiben vom 11.10.2007 übermittelten Konditionen kein Interesse gezeigt. Dies gelte auch für die in diesem Schreiben neu mitgeteilten Konditionen der Staffel 2 („Wachstum“). Die Antragsgegnerin sei daher nicht gehalten gewesen, die Antragstellerin über die weiteren – dem Bildmobil-Tarif“ zugrunde liegenden Einkaufskonditionen – unaufgefordert und, ohne dass die Antragstellerin konkreten Bedarf signalisiert hätte, mitzuteilen. Die Antragsgegnerin sei umso weniger gehalten gewesen, die weiteren Staffeln konkret zu beziffern als diese noch höhere Mindestumsätze als Staffel 2 voraussetzten, auf deren Mitteilung die Antragstellerin nicht reagiert habe. Die Antragsgegnerin habe daher davon ausgehen dürfen, dass eine Verpflichtung zu noch höheren Mindestumsätzen für die Antragstellerin ohnehin nicht in Betracht gekommen sei. Die mangelnde Reaktion der Antragstellerin auf das Schreiben vom 11.10.2007 habe das fehlende Interesse an einer Vermarktung bestätigt. Die Antragsgegnerin habe im Übrigen zum 01.04.2008 die Umsatzgrenzwerte zur Erreichung günstigerer Einkaufspreisstaffeln gesenkt und die Staffelung erweitert und die Antragstellerin mit Schreiben vom 28.02.2008 hierüber informiert und Gespräche angeboten. Die Antragstellerin habe auch auf dieses Schreiben hin keine kommerziellen Verhandlungen

aufgenommen noch überhaupt eine Reaktion gezeigt.

Sie sei zu einer verhandlungsunabhängigen Bezifferung auch deshalb nicht verpflichtet, da ein besonderes Geheimhaltungsinteresse an den genannten Konditionen, insbesondere den Umsatzstaffeln bestehe, die wesentliche vertriebssteuernde Geschäftsziele erkennen ließen. Es wäre daher an der Antragstellerin gewesen, der Antragsgegnerin ein entsprechendes Interesse zu signalisieren. Die Antragsgegnerin wäre bei Bedarf und Chance für eine Zusammenarbeit ohne weiteres bereit gewesen, Konditionen- und Umsatzstaffeln mit der Antragstellerin zu diskutieren.

Die Antragstellerin habe zu keinem Zeitpunkt den Wunsch geäußert, im Rahmen des neuen Wholesale-Modells vertrieblich tätig zu werden. Vielmehr habe sie immer wieder die Berechtigung der Vertriebsbedingungen angezweifelt. Sie habe zu keinem Zeitpunkt Marketing- oder Absatzplanungen gegenüber der Antragsgegnerin kommuniziert.

6. Die Forderungen nach Gründung einer separaten Firma und Vermarktung unter neuem Namen ohne Nutzung der Marke der Antragsgegnerin seien sachlich begründet. Die Antragsgegnerin zahle den Diensteanbietern im Rahmen des herkömmlichen Diensteanbieter-Modells (Retail-Minus-Modell) für die Kundengewinnung (in Erwartung der Refinanzierung in diesem Modell) Provisionen. Die Kalkulation der verschiedenen Modelle basiere maßgeblich auf diesem Unterschied. Es müsse daher ausgeschlossen werden, dass Kunden des herkömmlichen Diensteanbietermodells die Konditionen des Wholesale-Modells in Anspruch nähmen. Die Antragsgegnerin habe daher ein berechtigtes Interesse daran auszuschließen, dass durch den Diensteanbieter zum Zwecke der Einkaufsoptimierung Kundenverhältnisse zwischen den einzelnen Einkaufsmodellen „hin- und hergeschoben“ würden. Dieser Forderung könne nur durch eine Trennung der jeweiligen Vertriebe Rechnung getragen werden. Diese Trennung würde durch funktionale Trennung des Unternehmens also durch Spaltung in rechtlich selbständige juristische Personen bewirkt. Auf diese Weise solle sichergestellt werden, dass die mit dem Wholesale-Modell erwirtschafteten Umsätze nur bei der Wholesale-Firma anfielen. Ein Hin- und Herschieben der Kunden werde jedenfalls erschwert, wenn hierzu der Vertragspartner ausgewechselt werden müsse. Umgekehrt sei die Gründung einer separaten Firma für den Diensteanbieter mit überschaubarem Aufwand verbunden. Schließlich diene die markenmäßige Trennung bei der Vermarktung der Separierung der Kundenverhältnisse wie auch dem Schutz der „Premium-Marke“ Vodafone.

Die Antragsgegnerin hat versichert, dass dem Bildmobil-Tarif keine anderen Konditionen zugrunde liegen als diejenigen, die sich aus [REDACTED] der Anlage AG2 zum Schriftsatz vom 11.02.2008 ergeben.

Replik:

Mit Schriftsatz vom 28.02.2008 und 07.03.2008 hat die Antragstellerin zum Vorwurf mangelnden Vermarktungsinteresses Stellung genommen. Sie trägt vor, sehr wohl ein hohes Interesse an den dem Bildmobil-Tarif zugrunde liegenden Konditionen zu haben, welcher derart günstige Preisbestandteile zu enthalten erscheine, die ihr bislang nicht angeboten worden seien. Sie habe ihr Interesse in Gesprächen und Schreiben dokumentiert. Dies gelte auch für die Konditionen der Staffeln 3 und 4. Der Erhalt günstigerer Einkaufspreise sei kaufmännisch immer von Interesse. Es sei auch kein Grund ersichtlich, weshalb sie kein Interesse an dem Tarif haben sollte. Hilfreich sei hier aber nicht eine Diskussion über Konditionen und Umsatzstaffeln, sondern nur ein rechtsverbindliches Angebot. Dieses hätte jedenfalls nach Einleitung des Streitbeilegungsverfahrens erfolgen müssen, da mit der Einleitung des Verfahrens das Interesse der Antragstellerin dokumentiert sei.

Die Antragstellerin bietet Beweis zu ihrem Vortrag an, die Antragsgegnerin habe erklärt, ihr die dem Bildmobil-Tarif zugrunde liegenden Konditionen nicht anbieten zu wollen.

Im Nachgang zur mündlichen Verhandlung macht die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 18.06.2008 weitere Ausführungen zum Diskriminierungsbegriff.

Beteiligte:

Im Laufe des Verfahrens haben die Beteiligten zu 3 und zu 10 schriftlich Stellung genommen.

Die Beteiligten unterstützen die Rechtsauffassung der Antragstellerin.

Die Beteiligte zu 3 trägt vor, es läge auch eine zeitliche Diskriminierung vor. Der Marktstart des Produktes Bildmobil am 17.10.2007 belege, dass die moconta GmbH & Co. KG eher als die anderen Diensteanbieter über die Konditionen des Wholesale-Modells informiert worden sein müsse, die die Information erst durch Schreiben vom 11.10.2007 erhalten hätten. Das Diskriminierungsverbot erfordere eine zeitgleiche Bekanntgabe der Konditionen selbst an alle Diensteanbieter. Die zeitliche Diskriminierung werde durch das Vorenthalten der konkreten Konditionen weiter verschärft.

Das Diskriminierungsverbot aus der Lizenz dürfe nicht nur im Sinne einer formalen Konditionengleichheit verstanden werden. Eine rein formale Gleichheit werde dem Sinn und Zweck des Diskriminierungsverbotes nicht gerecht. Denn bei formaler Betrachtung läge Gleichbehandlung auch unter der Voraussetzung vor, dass der Direktvertrieb des Netzbetreibers – zu gleichen Konditionen wie der Diensteanbieter – Verluste erwirtschaftete, die der Netzbetreiber intern ausgleichen könne. Diensteanbieter erwirtschafteten Verluste in Höhe ihrer Wertschöpfungsstufe, die diese – anders als der Direktvertrieb des Netzbetreibers – nicht durch ein Netzgeschäft ausgleichen könnten. Eine formale Betrachtung der Gleichbehandlung eröffne damit die Möglichkeit, Diensteanbieter aus dem Markt zu verdrängen. Das vom Gesetzgeber gewünschte Diensteanbietermodell sei daher nur unter der Voraussetzung zu erhalten, dass eine angemessene kostenrechnerische Allokation des Gewinns des Netzbetreibers gefunden werde, auf deren Basis der ökonomisch effiziente Rabattpreis für Diensteanbieter ermittelt werde.

Die im Rahmen des Wholesale-Modells gewährten Rabatte seien auf ihre sachliche Rechtfertigung zu prüfen. Würden sie nur bestimmten Unternehmen oder dem eigenen Vertrieb gewährt, dienten sie nicht der Effizienzsteigerung, sondern seien Ausdruck einer Verdrängungsstrategie.

Das Wholesale-Modell der Antragsgegnerin führe zu Wettbewerbsverzerrungen im Markt. Es werde bereits durch mehr als 500.000 Kunden in Anspruch genommen. Die Diensteanbieter seien de facto vom Wholesale-Markt ausgeschlossen, da die ihnen angebotenen Einkaufspreise über den Endkundenpreisen des Produkts Bildmobil lägen und nicht einmal im Rahmen einer Mischkalkulation darstellbar seien.

Der Hinweis der Antragsgegnerin auf zu verhandelnde Rabattpreise stelle ein deutliches Indiz für Diskriminierung dar.

Ein im Nachgang zur mündlichen Verhandlung eingegangener Schriftsatz enthält Ausführungen zum Diskriminierungsbegriff.

Die Beteiligte zu 10 beantragt,

dem Antrag der Antragstellerin umfassend stattzugeben.

Die Beteiligte zu 10 ist der Auffassung, § 150 Abs. 4 TKG i.V.m. Punkt 17.6 der Mobilfunklizenzen gebiete bereits im Vorfeld einer Vermarktung eine streng formale

Gleichbehandlung in dem Sinne, dass die Antragsgegnerin verpflichtet sei, allen Diensteanbietern gleiche Angebote zu machen. Die Antragsgegnerin sei zum Nachweis der Gleichbehandlung verpflichtet. Ein Verstoß gegen die Lizenzverpflichtungen liege bereits in der bloßen Ungleichbehandlung. Die sachliche Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung sei allenfalls bei wesentlichen Innovationen gegeben. Absicht der Antragsgegnerin sei es, die klassischen Diensteanbieter zu diskriminieren. Eine Unterscheidung zwischen herkömmlichen Diensteanbietern und Wholesale-Partnern sei mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nicht vereinbar. Sinn und Zweck des lizenzrechtlichen Diskriminierungsverbotes gebiete es, den klassischen Diensteanbietern Konditionen zur Verfügung zu stellen, die ihnen konkurrenzfähige Angebote auch im Verhältnis zu den Wholesale-Partnern der Antragsgegnerin ermöglichen würden. Die herkömmlichen Diensteanbieter seien ansonsten zu wettbewerbsfähigen Wholesale-Angeboten nicht befähigt. Es drohe ein Leerlaufen der Diensteanbieterspflichtung.

Im Anschluss an die mündliche Verhandlung macht die Beteiligte zu 10) Ausführungen zum Diskriminierungsbegriff.

2. Sonstiges

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

II.

Gründe

Der Antrag zu 1 ist zulässig aber unbegründet. Der Antrag zu 2 ist unzulässig.

1. Formelle Rechtmäßigkeit

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 ist gewahrt. Die Frist berechnet sich nach § 31 Abs. 1 VwVfG i.V.m. §§ 187 – 193 BGB. Zwar wurde das Verfahren ursprünglich durch Antrag vom 21.12.2007, eingegangen bei der Bundesnetzagentur am 28.12.2007, in Lauf gesetzt, so dass bis 28.04.2008 zu entscheiden gewesen wäre. Die Antragstellerin hat jedoch mit Schriftsatz vom 07.03.2008 neue Anträge gestellt, die den Streitgegenstand erweiterten und damit inhaltlich über die ursprünglichen Anträge hinausgingen. Die Antragsänderung im laufenden Verfahren führt zu einem neuen Lauf der 4-monatigen Frist nach § 133 Abs. 1 TKG (vgl. Gurlit in Berliner Kommentar zum TKG, § 133 Rdn. 14 m.w.N.) Der die neuen Anträge enthaltende Schriftsatz wurde der Bundesnetzagentur vorab durch E-Mail von Freitag, dem 07.03.2008 zugeleitet. Die Mail ging um 18.20 Uhr und damit außerhalb der gewöhnlichen Geschäftszeiten der Bundesnetzagentur zu. Da mit einer Kenntnisnahme der Anträge somit am Montag, dem 10.03.2008 zu rechnen war, gelten die Anträge als zu diesem Zeitpunkt zugegangen. Die (neue) 4-monatige Entscheidungsfrist läuft damit am 10.07.2008. Die Frist ist durch Entscheidung gewahrt.

Die nach § 133 Abs. 3 i.V.m. § 132 Abs. 4 Satz 1 TKG erforderlichen Abstimmungs-

Auskunfts- und Informationspflichten wurden beachtet. Die übrigen Beschlusskammern und Abteilungen wurden im erforderlichen Umfang über die beabsichtigte Entscheidung informiert und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

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

Die besonderen Voraussetzungen an die Parteifähigkeit für das Streitbeilegungsverfahren liegen für Antragstellerin und Antragsgegnerin vor. § 133 Abs. 1 Satz 1 TKG beschränkt die Fähigkeit, Streitpartei eines solchen Verfahrens zu sein, auf Unternehmen, die öffentliche Telekommunikationsnetze betreiben oder Telekommunikationsdienste für die Öffentlichkeit anbieten. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um die Betreiberin eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes in Form des „D2-Netzes“. Die Antragstellerin ist als Diensteanbieterin Wiederverkäuferin u.a. von Mobilfunkdiensten der Antragsgegnerin, die sie beliebigen Endnutzern auf entgeltlicher Basis zur Verfügung stellt.

Das Streitbeilegungsverfahren ist die statthafte Verfahrensart.

a) Die Antragstellerin ist berechtigt, sich mit dem Vortrag einer Verletzung der Diensteanbieterpflichtung 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 Diensteanbieterpflichtung 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 Kammer hat zur Statthaftigkeit im Beschluss BK2a 07/007 vom 01.02.2008 bereits ausgeführt:

„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.“

Zwar weist die Antragsgegnerin zu Recht darauf hin, dass das Bundesverwaltungsgericht im Urteil 6 C 47.06 vom 18.12.2007 die Frage der Vereinbarkeit der Diensteanbieterpflichtungen mit dem Gemeinschaftsrecht formell offen gelassen hat. Dessen ungeachtet weist das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich darauf hin, dass „viele dafür“ spricht, „dass die Einbeziehung der hier in Rede stehenden Diensteanbieterpflichtung in den Geltungsbereich des Telekommunikationsgesetzes und des in ihm geregelten Streitbeilegungsverfahrens auch mit Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.“ (BVerwG a.a.O., Rn 23).

Ebenso weist das BVerwG in Übereinstimmung mit VG Köln 1 K 4871/05 vom 02.11.2006 die Argumentation zurück, wonach Art. 8 Abs. 3 Zugangsrichtlinie i.V.m. Bedingung 7 in Teil des Anhangs zur Genehmigungsrichtlinie deshalb keine Anwendung finden könne, weil die Diensteanbieterpflichtungen nicht – wie dort vorgesehen – an die Erteilung eines Frequenznutzungsrechts, sondern mit der Mobilfunklizenz verknüpft worden seien. (BVerwG a.a.O., Rn 24; VG Köln a.a.O., S. 15 f.).

Auch die im Rahmen der Analyse des Marktes Nr. 15 der Empfehlung 2003/11/EG (über relevante Produkt- und Dienstmärkte des elektronischen Kommunikationssektors) abgegebene Stellungnahme der Europäischen Kommission vom 21.05.2007 (DE/2007/0627) stellt keine EU-Rechtswidrigkeit fest. Die Europäische Kommission betrachtet in dieser Stellungnahme, die sich auf den Zugang und Verbindungsaufbau in öffentlichen Mobilfunknetzen bezieht, die Bedingung 7 in Teil B des Anhangs zur Genehmigungsrichtlinie als eine mögliche Rechtsgrundlage für die in der D2-Lizenz enthaltenen Diensteanbieterpflichtungen und gibt der Bundesnetzagentur insoweit lediglich die Überprüfung der Angemessenheit der Fortdauer der Verpflichtung auf.

b) Für die Verpflichtungen aus Teil C Ziffer 15 der UMTS-Lizenz gelten die obigen Erwägungen entsprechend. Hierzu hat die Beschlusskammer 3 mit Beschluss BK3a 05/042 vom 12.09.2005 und 14.10.2005 im Hinblick auf die E1-Lizenz bereits festgestellt:

„Auch die dort geregelte, im Zeitpunkt der Erteilung der Lizenzen geltende Verpflichtung, Diensteanbieter zuzulassen, gilt nach § 150 Abs. 4 TKG fort. Dies schließt nach Auffassung der Beschlusskammer die hiermit im Zusammenhang stehenden Verpflichtungen zur Nichtdiskriminierung der Diensteanbieter ein, welche die Verpflichtung zur Zulassung von Diensteanbietern lediglich weiter ausformen. Jedenfalls derzeit folgt die Fortgeltung der Nichtdiskriminierungsverpflichtung auch schon daraus, dass die Lizenz auch in diesem Punkt bestandskräftig und wirksam ist.

Entgegen der Rechtsansicht der Antragsgegnerin handelt es sich bei Teil C Ziffer 15 der Lizenz auch nicht nur um einen deklaratorischen Hinweis auf § 4 Abs. 1 und 2 TKV, welchem nach der Aufhebung von § 4 TKV durch § 152 Abs. 2 TKG keine Bedeutung mehr zukäme.

Dabei kann dahinstehen, ob es sich bei Teil C Ziffer 15 ursprünglich um eine deklaratorische Regelung handelte. Obwohl hier für die Überschrift von Teil C „Hinweise“ spricht, deutet allerdings die unterschiedliche Formulierung in Teil C Ziffer 14 und Ziffer 15 darauf hin, dass es sich gleichwohl von Anfang an um eine konstitutive Regelung handelte. In Teil C Ziffer 14.1 heißt es: Hinsichtlich des Kundenschutzes wird auf § 41 TKG und die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV) vom 11.12. 1997 (BGBl. I, S. 2910) verwiesen“. Demgegenüber heißt es in Teil C Ziffer 15, „die Lizenznehmerin ist verpflichtet“ bzw. „darf den Diensteanbietern keine ungünstigeren Bedingungen einräumen“ usw., wobei der Hinweis auf § 4 Abs. 1 bzw. Abs. 2 TKV jeweils in Klammern erfolgt. Die unterschiedliche sprachliche Formulierung einerseits als Verweisung, andererseits als Verpflichtung bzw. Verbot spricht dafür, dass durch Teil C Ziffer 15 eine selbständige Regelung getroffen werden sollte, die in ihrer Begründung, nicht aber in ihrem Bestand von § 4 TKV abhängig sein sollte. Wäre die Regelung rein deklaratorisch gemeint gewesen, wäre sie zudem auch überflüssig gewesen, da sie bereits durch den pauschalen Verweis auf die TKV in Teil C Ziffer 14 erfasst worden wäre.

Letztlich bedarf dies jedoch keiner Entscheidung. Selbst wenn Teil C Ziffer 15 als bloßer Hinweis zu deuten sein sollte, stünde die Fortgeltung der dann ursprünglich unmittelbar aus § 4 TKV resultierenden Verpflichtung nicht in Frage. Denn § 150 Abs. 4 S. 1 und 2 TKG differenziert gerade zwischen den „eingegangenen“ Verpflichtungen und den „im Zeitpunkt der Erteilung der Mobilfunklizenzen geltenden“ Verpflichtungen, Diensteanbieter

zuzulassen. Dass § 150 Abs. 4 S. 2 TKG, wie die Wendung „insbesondere“ nahe legen könnte, nicht als bloße Konkretisierung von S. 1 der Vorschrift zu verstehen ist, sondern einen eigenständigen Regelungsgehalt dahingehend hat, dass auch die (kraft § 4 TKV im relevanten Zeitpunkt ohnehin) geltenden Verpflichtungen, Diensteanbieter zuzulassen, als eingegangene Verpflichtungen i.S.v. S. 1 anzusehen sein sollten, ergibt sich eindeutig aus den Gesetzesmaterialien.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 15/2316) sah in § 148 Abs. 4 TKG-Entwurf eine § 150 Abs. 4 S. 1 TKG entsprechende Regelung vor. Nach der Begründung der Bundesregierung zu dieser Vorschrift war die Regelung des § 4 TKV „Gegenstand und Inhalt des Vergabeverfahrens geworden und insoweit eine Verpflichtung, die im Rahmen des Vergabeverfahrens eingegangen wurde.“ (BT-Drs. 15/2316, S. 107). Zugleich war § 149 TKG-Entwurf, welcher überwiegend dem späteren § 152 TKG entsprach, ein Außerkrafttreten von § 4 TKV nicht vorgesehen. Auf der Basis des Gesetzentwurfs hätte sich damit eine Verpflichtung zur Zulassung bzw. Nichtdiskriminierung von Diensteanbietern sowohl aus der Lizenz in Verbindung mit § 148 TKG-Entwurf als auch aus der fortgeltenden Vorschrift des § 4 TKV ergeben. Im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens kam es zwar sowohl bei § 148 TKG-Entwurf als auch bei § 149 TKG-Entwurf zu Änderungen, die jedoch lediglich eine Klarstellung der Rechtslage in Bezug auf die Diensteanbieterverpflichtung aus den Lizenzen bezwecken sollten. Der Bundesrat hatte Bedenken hinsichtlich des Nebeneinanders von § 19 Abs. 2 Nr. 3 TKG-Entwurf, wonach Resale-Verpflichtungen nur Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auferlegt werden sollten, § 4 TKV, der eine solche Verpflichtung unabhängig von der Marktposition vorsah und § 148 Abs. 4 TKG-Entwurf, der die Fortgeltung von Verpflichtungen aus bestehenden Lizenzen regelte, die ebenfalls Resale-Verpflichtungen beinhalteten. Aus diesem Grund ersuchte er die Bundesregierung um eine Klarstellung, „um hier ein Nebeneinander widersprüchlicher Normen zu vermeiden“ (BT-Drs. 15/2316, S. 129). Die Bundesregierung sagte zu, das Anliegen zu prüfen (BT-Drs. 15/2345, S. 11). Der Ausschuss für Wirtschaft und Arbeit griff dieses Anliegen ebenfalls auf und schlug eine Umformulierung des § 148 Abs. 4 TKG-Entwurf („Die im Zeitpunkt der Erteilung der Mobilfunklizenzen geltende Verpflichtung, Diensteanbieter zuzulassen, bleibt für diese Mobilfunklizenznehmer wirksam.“) sowie eine Aufhebung des § 4 TKV vor. In der Begründung hierzu (BT-Drs. 15/2679, S. 18) heißt es: „Mit der Formulierung in Absatz 4 wird ausdrücklich im Gesetz klargestellt, dass die für die bisherigen GSM-Lizenznehmer D1, D2 und E-Plus, sowie die bisherigen UMTS-Lizenznehmer geltenden Auflagen bzw. Verpflichtungen bezüglich der Diensteanbieter fortgeschrieben wird. Diese ergeben sich für den GSM-Bereich aus den Lizenzen, D1, D2 und E-Plus, sowie für den UMTS-Bereich aus § 4 TKV, der Teil der Lizenzverpflichtungen ist.“ Vor diesem Hintergrund sah es der Ausschuss bei § 149 Abs. 2 TKG geboten an „mit Blick auf die ausdrückliche Regelung über die Zulassung von Diensteanbietern aus Gründen der Rechtsklarheit die umfassende Resale-Verpflichtung in § 4 TKV“ aufzuheben. (Hervorhebungen jeweils nicht im Original). Obwohl der Vermittlungsausschuss zu dieser Frage nicht explizit angerufen worden war (vgl. BT-Drs. 15/2907), schlug er in seiner Beschlussempfehlung die spätere endgültige Fassung vor, bei der einerseits gegenüber dem Entwurf der Bundesregierung die Verpflichtung zur Zulassung von Diensteanbietern ausdrücklich genannt und andererseits die marktmachtunabhängige Verpflichtung aus § 4 TKV aufgehoben wurde. Vor dem Hintergrund des vorangegangenen Gesetzgebungsprozesses, in dem es zwischen Bundesregierung, Bundesrat und dem Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Arbeit lediglich um die Frage der Klarstellung, nicht aber um die Frage der (Fort-)Geltung der Verpflichtung zur Zulassung von Diensteanbietern auch und gerade in den UMTS-Lizenzen ging, lässt dies nur den Schluss zu, dass der Gesetzgeber diese Verpflichtung durch die TKG-Novelle nicht aufheben wollte.“

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-rechtlichen Vertrages

übertragen wurden.

Auch hierzu hat die Kammer im Beschluss BK2a 07/007 vom 01.02.2008 bereits ausgeführt:

„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 einem 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 Diensteanbieterspflichtung 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 ihrer Wortlaut wie nach der Begründung auf sämtliche in Auswahlverfahren vergebenen GSM-Lizenzen, die eine Diensteanbieterspflichtung enthalten (vgl. BT-Drucks 15/2316, S. 107, BT-Drucks 15/2679, S. 19) mithin auch auf die D2-Lizenz mit ihrer Diensteanbieterspflichtung. 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) In Bezug auf die hier vorliegende Streitigkeit über eine lizenzrechtliche Diensteanbieterspflichtung tritt § 133 TKG schließlich nicht hinter eine andere gesetzliche Regelung zurück. In Betracht zu ziehen ist insoweit lediglich § 126 TKG, der Anordnungsbefugnisse der Bundesnetzagentur bei Nichterfüllung telekommunikationsrechtlicher Verpflichtungen regelt. Wenn – wie hier – ein Unternehmen mit einem Antrag gegenüber der Bundesnetzagentur die Verletzung eigener subjektiver Rechte geltend macht, hat § 126 TKG aber keinen Vorrang vor § 133 TKG (vgl. BVerwG 6 C 47.06 vom 18.12.2007, Rn 26 m.w.N.).

4) Ungeachtet der Frage, welche Anforderungen generell an das Bestehen einer „Streitigkeit“ im Sinne des § 133 TKG zu stellen sind, muss jedenfalls vorliegend, - obwohl über die Einkaufsbedingungen des Wholesale-Angebots in der Fassung vom 11.10.2007 keine Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien stattgefunden haben und gescheitert sind, - eine Streitigkeit im Rechtssinne angenommen werden. Denn die von der Antragstellerin vertretene Auffassung, einen Anspruch auf Übermittlung eines annahmefähigen Angebotes im Sinne des § 145 BGB bezüglich der streitgegenständlichen Konditionen zu haben, schließt ein Verhandlungsgebot gerade aus. So führt die Antragstellerin im Schriftsatz vom 07.03.2008, Seite 4 ausdrücklich aus, dass die lizenzrechtliche Anspruchsgrundlage ihres Erachtens keine Verhandlung, sondern allein eine Forderung nach einem Angebot voraussetze.

Demgegenüber meint die Antragsgegnerin zu einem Angebot i.S.d. § 145 BGB nur im Rahmen einer durch Verhandlungsaufnahme gekennzeichneten Absicht zu einem Vertragsabschluss verpflichtet zu sein. Im Schriftsatz vom 11.02.2008, Seite 8 führt sie hierzu aus, nicht gehalten zu sein, „die weiteren – dem Bildmobil-Tarif zugrunde liegenden Einkaufskonditionen – unaufgefordert und, ohne dass die Antragstellerin konkreten Bedarf signalisiert hätte, mitzuteilen.“

Damit ist Streitgegenstand zwischen den Parteien gerade die Frage einer Verhandlungspflicht. Das Rechtsschutzinteresse an einem Verfahren nach § 133 TKG kann vorliegend somit nicht unter Hinweis auf fehlende Verhandlungen zwischen den Parteien zurückgewiesen werden.

1.2 Zulässigkeit der Anträge

Der Antrag zu 1 ist zulässig.

Demgegenüber ist der hilfsweise gestellte Feststellungsantrag zu 2 jedenfalls deshalb unzulässig, weil es an einem über den Verpflichtungsantrag zu 1 hinausgehenden Feststellungsinteresse fehlt.

Die streitige Frage, ob § 133 TKG für die Bescheidung von Feststellungsanträgen überhaupt Raum gibt (vgl. Fetzer/Groß in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG § 133 Rn 28 m.w.N.), bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Denn für Feststellungsbegehren gilt aus Gründen der Verfahrensökonomie grundsätzlich, dass diese gegenüber möglichen Gestaltungs- oder Leistungsanträgen subsidiär sind (vgl. § 256 ZPO, § 43 Abs. 2 VwGO). Unnötige Feststellungen sollen verhindert werden, wenn für die Rechtsverfolgung unmittelbarere, sachnähere und wirksamere Verfahren zur Verfügung stehen (vgl. Kopp/Schenke VwGO, 15. Aufl. 2007, § 43 Rdn 26). Ist ein Verpflichtungsbegehren zulässig, so ist regelmäßig ein Feststellungsbegehren unzulässig. Dies gilt auch hier. Der Antragstellerin steht ein Verpflichtungsantrag nicht nur zur Verfügung, sie hat einen solchen sogar ausdrücklich gestellt. Ein Rechtsschutzbedürfnis für den inhaltsgleichen Feststellungsantrag besteht daneben nicht, da der mit der Feststellung verfolgte Zweck mit dem Verpflichtungsbegehren nicht nur ebenso gut, sondern sogar besser verfolgt werden kann. Mit dem Antrag zu 1) bringt die Antragstellerin zum Ausdruck nach wie vor daran interessiert zu sein, ein Angebot über die Konditionen zu erhalten, die dem Bildmobil-Tarif zugrunde liegen. Ein Verpflichtungsinteresse besteht damit fort und hat sich nicht zwischenzeitlich erledigt. Damit geht das Interesse der Antragstellerin offenbar über die Feststellung rechtswidrigen Verhaltens in der Vergangenheit hinaus. Das Verpflichtungsinteresse hat sich nicht zwischenzeitlich erledigt, so dass neben dem Verpflichtungsantrag für eine dahinter zurückbleibende Feststellung kein Raum bleibt.

Der Antrag ist auch nicht deshalb zulässig, weil er in Form eines Hilfsantrages gestellt ist und damit eine Ablehnung des Verpflichtungsbegehrens voraussetzt. Denn die Bedingung, unter der der Hilfsantrag gestellt ist, kann nicht eintreten. Die Antragstellung unterliegt einem Paradoxon. Haupt- und Hilfsantrag schließen sich logisch wechselseitig aus. Denn der Antrag zu 2) kann bei Zulässigkeit aber Unbegründetheit des Antrags zu 1) nicht begründet sein. Die mit dem Antrag zu 1) begehrte Verpflichtung impliziert die Feststellung eines Lizenzverstoßes, auf dessen Feststellung allein sich der Antrag zu 2) richtet. Der Antrag zu 1) setzt damit denkllogisch sowohl die Feststellung eines lizenzrechtlichen Anspruchs voraus wie die Feststellung, dass die Antragsgegnerin dieser Verpflichtung nicht nachgekommen ist. Ist der Antrag zu 1) – als Bedingung für den Hilfsantrags zu 2) - aber unbegründet, so fehlt es entweder an einem Anspruch, d.h. einer lizenzrechtlichen Verpflichtung, oder aber die Antragstellerin hat der Verpflichtung Genüge getan. Damit kann die zu 2) gewünschte Feststellung aber gerade nicht getroffen werden, denn diese setzt Feststellungen voraus, die, wenn sie vorlägen, zur Begründetheit des Antrags zu 1) und damit dazu führen müssten, dass die Bedingung, unter der der Antrag zu 2) gestellt ist, fehlt.

Der Antrag der Beigeladenen zu 10) ist als förmlicher Antrag im vorliegenden Verfahren nicht zulässig. Zwar vermittelt die Beteiligtenstellung zahlreiche Rechte. Da Beigeladene zur Disposition über den Verfahrensgegenstand aber nicht befugt sind (vgl. Fetzer/Groß in Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, § 134 Rn 48), steht ihnen auch ein förmliches Antragsrecht nicht zu. Dies gilt insbesondere im Rahmen des durch individuellen Streit und die Parteimaxime gekennzeichneten Streitschlichtungsverfahrens.

2. Begründetheit

Der Antrag zu 1) ist unbegründet. Die Antragsgegnerin hat bei der Einführung der dem Bildmobil-Tarif zugrunde liegenden Konditionen nicht gegen ihr obliegende Verpflichtungen aus der D2- oder UMTS-Lizenz verstoßen.

(1) Der Antragstellerin steht gegenüber der Antragsgegnerin kein Anspruch auf Übermittlung der dem Bildmobil-Tarif zugrunde liegenden Konditionen in Form eines annahmefähigen Angebotes nach § 145. BGB zu. Einen dahingehenden Anspruch hat die Kammer bereits mit Entscheidung BK2a 07/006 vom 03.01.2008 und Bk2a 07/007 vom 01.02.2008 (Amtsblatt BNetzA vom 16.01.2008, Mitt 204, Seite 413 ff.) verneint. Hierzu hat die Kammer ausgeführt:

"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."

Darüber hinaus ist auf die grundsätzlich geltende Vertragsfreiheit hinzuweisen. Die Vertragsfreiheit ist eine Ausprägung der grundrechtlich geschützten Privatautonomie. Sie unterliegt gleichwohl den Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung. Hierzu gehören verfassungsmäßige Gesetze sowie rechtmäßige Verwaltungsentscheidungen. Bestandteil dieser verfassungsmäßigen Ordnung sind auch die UMTS - und D2-Lizenz, die als Verwaltungsakt bzw. einen Verwaltungsakt ersetzenden öffentlich-rechtlichen Vertrag erteilt wurden. Die Antragsgegnerin ist die rechtlich zulässigen Verpflichtungen zugunsten von Diensteanbietern eingegangen, die in Punkt 17 der D2-Lizenz, Teil C Punkt 15 der UMTS-Lizenz enthalten sind. Die Vertragsfreiheit der Antragsgegnerin wird durch diese Lizenzbestimmungen aber nicht so weit beschränkt, dass die Antragsgegnerin verpflichtet ist, Diensteanbietern den Abschluss von Verträgen verbindlich im Sinne des § 145 BGB anzubieten. Die D 2-Lizenz geht von einem Wettbewerbsverhältnis zwischen Lizenznehmer und Diensteanbieter sowie zwischen Diensteanbieter untereinander aus. Dies folgt insbesondere aus Punkt 17.6 Satz 3 der D2-Lizenz, der ausdrücklich vom Wettbewerb zwischen Lizenznehmer und Diensteanbietern ausgeht (vgl. auch BVerwG, Urteil vom 18.12.2007, NVwZ 2008, 571 [574], Rn. 33 – simyo).

Des Weiteren besagt Punkt 17.5 Satz 3 der D2-Lizenz, dass der Lizenznehmer hinsichtlich der Höhe der Entgelte frei ist, soweit sich nicht aus Punkt 17.6, also dem Diskriminierungsverbot, etwas anderes ergibt. Mit anderen Worten sind unterschiedliche Entgelthöhen zulässig, sofern sie im Einzelfall sachlich gerechtfertigt sind. Die Entgelthöhen sind mithin grundsätzlich verhandelbar und müssen nicht in einer Weise angeboten werden, dass der Diensteanbieter nur noch zustimmen muss, damit der Vertrag zustande kommt.

Auch der Regelungszusammenhang zwischen § 23 TKG und § 150 Abs. 4 TKG spricht für dieses Verständnis. Eine Verpflichtung zur Vorlage annahmefähiger Angebote würde materiell der Verpflichtung zur Vorhaltung eines Standardangebots gleichkommen. Diese Folge lässt sich aus Punkt 17 der D2-Lizenz, Teil C Punkt 15 der UMTS-Lizenz, die gemäß § 150 Abs. 4 TKG lediglich fortgilt, nicht aber zusätzliche Verpflichtungen schafft (vgl. BVerwG a.a.O., Rn 29), nicht entnehmen.

Nach Punkt 17.6 Satz 1 der D2-Lizenz, Teil C Punkt 15 der UMTS-Lizenz hat die Antragstellerin einen Anspruch nicht schlechter gestellt zu werden als der eigene Vertrieb der Antragsgegnerin oder als andere Diensteanbieter. Damit folgt aus dem Diskriminierungsverbot der Lizenzen dann die Pflicht zur Unterbreitung annahmefähiger Angebote, wenn der Lizenznehmer in vergleichbaren Fällen ebenfalls annahmefähige Angebote unterbreitet. Punkt 17.6 der D2-Lizenz, Teil C Punkt 15 der UMTS-Lizenz verschafft kein unmittelbares Leistungsrecht, sondern nur einen Gleichbehandlungsanspruch, so dass ein Leistungsanspruch nur zur Erfüllung des Gleichbehandlungsanspruchs entstehen kann. Sachverhalt und Streitgegenstand lassen diesen Schluss aber nicht zu.

Insofern kann offen bleiben, ob es sich bei der moconta GmbH & Co. KG um eine netzbetreibereigene Vertriebsgesellschaft handelt – wofür die Stellung der Antragsgegnerin als Gesellschafterin spricht – oder um eine eigenständige Vertriebsgesellschaft. Denn das Schlechterstellungsverbot der Lizenzen ist synonym mit dem Diskriminierungsverbot (vgl. BVerwG a.a.O., Rn 28). Die Lizenzbestimmungen enthalten mithin ein einheitliches Verbot der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem bzw. Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem. Dies gilt sowohl in der Beziehung intern-extern als auch extern-extern.

Die Antragstellerin trägt aber nicht vor, die Antragsgegnerin habe anderen Diensteanbietern oder ihrem eigenen Vertrieb von vornherein, d.h. verhandlungsunabhängig, ein annahmefähiges Angebot über die Konditionen des Wholesale-Modells unterbreitet. Es liegen auch keine Anhaltspunkte für eine solche Annahme vor. Zwar macht die Beigeladene, zu 3) zu Gleichbehandlungsfragen darauf aufmerksam, dass zwischen dem neue Konditionen ankündigenden Schreiben der Antragsgegnerin vom 11.10.2007 und dem der Presse vom 15.10.2007 zu entnehmenden Markteintritt der moconta GmbH & C. KG eine so geringe Zeitspanne liege, dass angenommen werden müsse, die neuen Konditionen des Wholesale-Modells seinen der moconta schon bekannt gewesen, bevor die übrigen Diensteanbieter hierüber unterrichtet worden seien. Es läge damit eine zeitliche Diskriminierung vor. Fragestellungen zeitlicher Diskriminierung sind jedoch nicht Streitgegenstand zwischen den Parteien des Streitschlichtungsverfahrens. Da die Beigeladene zu 3) nach ihrer Verfahrensstellung zu einer Erweiterung des Streitgegenstandes nicht befugt ist, war dem insoweit erhobenen Vorwurf an dieser Stelle nicht weiter nachzugehen.

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

Der Antragstellerin steht gegenüber der Antragsgegnerin kein verhandlungsunabhängiger Anspruch auf Bezifferung der Rabattstufen und Umsatzverpflichtungen zu. Zwar kann sich ein solcher Anspruch aus vorvertraglichem Vertrauensverhältnis ergeben. Die Antragsgegnerin hat bei den Verhandlungen mit der Antragstellerin im Zusammenhang mit der Einführung des Wholesale-Modells aber 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, Teil C Punkt 15 der UMTS-Lizenz verstoßen. Sie hat weder Verhandlungen über einen Vertragsabschluss abgelehnt, noch unzulässige Bedingungen an die Verhandlungen geknüpft, noch war sie aus Gründen ihr obliegender Informationspflicht zur Bezifferung der Rabattstufen und Umsatzverpflichtungen verpflichtet.

Die Verpflichtung der Antragsgegnerin aus Punkt 17.1 und 17.2 der D2-Lizenz, Teil C Punkt 15 der UMTS-Lizenz beschränkt sich nicht darauf, 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 denklögisches auch die Pflicht zur Aufnahme von Verhandlungen mit Unternehmen, die einen Vertragsabschluss 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, Teil C Punkt 15 der UMTS-Lizenz ist mithin nicht nur bei einer Ablehnung eines Vertragsschlusses eröffnet, sondern schon bei einer treuwidrigen Verhandlungsführung des Lizenznehmers, die in ihren Auswirkungen einer Ablehnung der Zulassung gleich kommt (vgl. auch BK2a 07/006 vom 03.01.2008 und BK2a 07/007 vom 01.02.2008, a.a.O.).

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).

(a) Nach diesen Maßstäben ist eine treuwidrige Verhandlungsführung zunächst dann gegeben, wenn die Aufnahme von Verhandlungen abgelehnt wird. Die Parteien haben über Vertragsabschlussmöglichkeiten auf Grundlage des Wholesale-Modells bei dessen Einführung aber verhandelt.

Die Antragsgegnerin folgt mit Einführung des Wholesale-Modells Veränderungen im Markt, die von den durch die Mobilfunknetzbetreiberin E-Plus eingeführten sog. No-frills-Angeboten ausgingen. Im Zusammenhang mit dem Anschluss auch der Antragsgegnerin an die neuen Absatzstrategien bei „No-frills-Produkten“ fanden im Frühjahr 2006 Verhandlungen zwischen den Parteien über eine Zusammenarbeit auf Grundlage des neuen Wholesale-Modells statt. Die Antragstellerin führt im Schriftsatz vom 07.03.2008, Seite 2 aus, am 08.02., 12.04., 17.05 und 17.11.2006 bei der Antragsgegnerin gewesen zu sein, um insbesondere über das Wholesale-Modell zu verhandeln. Weiterhin sei am 22.03. und 22.10.2006 telefonisch verhandelt worden. Zu einem Vertragsschluss sei es aber nicht gekommen, da die der Antragstellerin angebotenen und bezifferten Einkaufspreise unter den Endkundenpreisen eines anderen, das Angebot in Anspruch nehmenden Diensteanbieters gelegen hätten, der im Folgenden mit seinem Angebot auch gescheitert sei.

Die Antragsgegnerin hat die Aufnahme von Verhandlungen mit der Antragstellerin bei Einführung des Wholesale-Modells damit nicht abgelehnt oder verweigert. Vielmehr haben die Parteien ersichtlich und ernsthaft – wenngleich mit negativem Ergebnis – verhandelt.

Die Antragstellerin hat ihre Verhandlungsbereitschaft auch bei nachfolgender Modifikation der Konditionen des Wholesale-Modells aufrecht erhalten. Die Antragsgegnerin bot der Antragstellerin mit Schreiben vom 11.10.2007 erneut die Konditionen vom Frühjahr 2006 (mit leichten Modifikationen) sowie Verhandlungen über einen Vertragsschluss auf Grundlage quartalsweise zu ermittelnder Umsatzstaffeln an. Hierzu heißt es im Schreiben vom 11.10.2007:

„Ferner habe wir eine neue Preisstaffel „Wachstum“ eingeführt, deren Konditionen zur Anwendung kommen, wenn mit Ihnen vereinbarte Umsatzstaffeln erreicht werden. Diese Umsatzstaffeln werden auf Basis des Einkaufsumsatzes (ohne Tarif-Basispreis) quartalsweise festgelegt. Bei entsprechenden Umsatz-Commitments sind auch weitere Einkaufsstaffeln denkbar, in denen die Einkaufspreise für die Grundverbindungsarten weiter sinken können. ... Die Eckpunkte des neuen Angebots haben wir Ihnen in der Anlage noch einmal zusammengestellt. Gern erläutern wir Ihnen das Modell und die Vermarktungsmöglichkeiten auch einmal in einem persönlichen Gespräch. Für Fragen

steht Ihnen Herr ... unter o.a. Rufnummer zur Verfügung. Er koordiniert auch gerne einen Gesprächstermin.“

Mit dem Angebot, das Modell zu erläutern, bietet die Antragsgegnerin der Antragstellerin ersichtlich Verhandlungen an. Sie benennt sogar den Ansprechpartner und weist auf mögliche Terminabsprachen hin. Aus dem Schreiben geht ferner hervor, dass es sich nicht um abgeschlossene Konditionen handele, die Antragsgegnerin vielmehr in besonderem Maße verhandlungsoffen ist. Denn die Antragsgegnerin schreibt, dass „bei entsprechenden Einkauf-Commitments“ ... „auch weitere Einkaufsstaffeln denkbar“ seien. Auch in diesem Hinweis kommt Verhandlungsbereitschaft der Antragsgegnerin zum Ausdruck. Dass die Antragstellerin ggf. befürchtet haben mag, rabattauslösende Umsatzverpflichtungen im Rahmen ihres aktuellen Geschäftsmodells nicht eingehen zu können, ändert nichts daran, dass ihr Verhandlungen hierüber angeboten wurden.

Die Antragsgegnerin hat auch im Folgenden an ihrer Verhandlungsbereitschaft festgehalten. Im Schreiben vom 30.11.2007 versichert sie der Antragstellerin, dass der Bildmobil-Tarif auf dem Wholesale-Modell nach Schreiben vom 11.10.2007 basiere und führt weiter aus: *„Wir halten dieses Angebot völlig diskriminierungsfrei weiterhin aufrecht und sind jederzeit bereit, Ihnen das Modell noch einmal zu erläutern.“*

Auch im Schriftsatz vom 11.02.2008, Seite 1 erklärt die Antragsgegnerin: *„Der Antragstellerin stehen diskriminierungsfrei diejenigen Konditionen zur Verfügung, die auch dem Bildmobil-Tarif zugrunde liegen“.* Die Antragsgegnerin hat damit auch während des Verfahrens ihre Verhandlungsbereitschaft aufrecht erhalten. Auf Seite 8 des Schriftsatzes vom 11.02.2008 erklärt sie zudem: *„Die Antragsgegnerin wäre ohne weiteres bereit gewesen, Konditionen- und Umsatzstaffeln mit der Antragstellerin zu diskutieren.“* Die Antragsgegnerin war damit bereit, nicht nur Verhandlungen über den Abschluss eines Wholesale-Vertrages mit der Antragstellerin zu führen, sondern im Rahmen von Verhandlungen auch die Konditionen zu beziffern, deren Kenntnissgabe die Antragstellerin mit vorliegendem Verfahren begehrt.

Die Antragstellerin hat das Angebot der Antragsgegnerin zu Verhandlungen über einen Vertragsabschluss auf Grundlage von Umsatzverpflichtungen nach dem Schreiben vom 11.10.2007 aber nicht angenommen. Sie hat auf dieses Schreiben – ggf. in Erinnerung an den negativen Ausgang der Verhandlungen vom Frühjahr 2006 – gegenüber der Antragsgegnerin zunächst nicht reagiert. Auf Pressemeldungen vom 15.10.2007 über die Markteinführung der Marke „Bildmobil“ hin, wurde die Antragstellerin dann aktiv. Am 08.10.2007 und 30.10.2007 ist es zwar zu Verhandlungen zwischen den Parteien gekommen. Ausweislich Seite 3 des Schriftsatzes der Antragstellerin vom 07.03.2008 bezogen sich diese Verhandlungen aber nur auf den modifizierten, mit Schreiben vom 11.10.2007 bezifferten umsatzunabhängigen Standardtarif. Die Antragstellerin führt aus: *„Die bis dahin von der Antragsgegnerin kommunizierten Preise und Konditionen für den begehrten Vorleistungstarif ließen jedoch die Vermarktung eines dem Bildmobil-Tarif entsprechenden Tarifs durch die Antragstellerin nicht zu“.* Daraus ergibt sich, dass die Antragstellerin Verhandlungen über die im Schreiben vom 11.10.2007 nicht bezifferten umsatzabhängigen Rabattstaffeln nicht aufgenommen hat.

(b) Die Antragstellerin ist an der Aufnahme von Verhandlungen über umsatzabhängige Rabattstaffeln auch durch die Antragsgegnerin nicht treuwidrig gehindert worden. Zwar trägt die Antragstellerin unter Beweisangebot vor, die Antragsgegnerin habe in den Verhandlungen über den Basistarif auf Nachfrage erklärt, dass der Antragstellerin die zur Abbildung des Bildmobil-Tarifs erforderlichen Einkaufskonditionen nicht angeboten würden. Sie hat die Antragsgegnerin mit dieser Aussage im Schreiben vom 26.11.2007 auch konfrontiert. Die Antragsgegnerin hat mit Schreiben vom 30.11.2007 jedoch erwidert, der die Verhandlungen führende Mitarbeiter müsse falsch verstanden worden sein. Der dem Produkt Bildmobil zugrunde liegende Tarif stünde der Antragstellerin wie im Schreiben vom 11.10.2007 angekündigt zur Verfügung. Wörtlich heißt es im Schreiben vom 30.11.2007: *„Mit*

Schreiben vom 11.10.2007 haben wir ein neues Wholesale-Provider-Modell angeboten. In diesem Rahmen sind Ihnen Einkaufskonditionen genannt worden mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass bei entsprechenden Umsatz-Commitments auch weitere Einkaufsstaffeln denkbar seien, in denen die Einkaufspreise für die Grundverbindungsarten weiter sinken könnten. Auf genau diesem Modell basiert der Tarif „Bildmobil“. Wir halten dieses Angebot völlig diskriminierungsfrei weiterhin aufrecht und sind jederzeit bereit, ihnen das Modell noch einmal zu erläutern.“

Es kann daher dahinstehen, ob die Antragsgegnerin in den Verhandlungen über den Standardtarif tatsächlich erklärt hat, Verhandlungen über die Einkaufskonditionen des Bildmobil-Angebots mit der Antragstellerin nicht führen zu wollen, oder, ob es sich insoweit ggf. um ein Missverständnis gehandelt hat. Denn die Antragsgegnerin hat jedenfalls mit Schreiben vom 30.11.2007 - sowie schriftsätzlich im Rahmen des Verfahrens - Verhandlungsbereitschaft gezeigt, auf die die Antragstellerin nicht eingegangen ist. Es ist nicht erkennbar, dass die Antragstellerin - außer durch die von ihr vertretenen Rechtsauffassungen - durch ein Verhalten der Antragsgegnerin an der Aufnahme von Verhandlungen über Umsatzverpflichtungen gehindert gewesen wäre.

(c) Die Antragsgegnerin hat die Antragstellerin auch nicht dadurch treuwidrig an der Aufnahme von Verhandlungen gehindert oder diese verschleppt, dass sie ein kommunikatives Missverständnis herbeigeführt oder unterhalten hätte. Der der Kammer vorliegende Schriftwechsel legt die Vermutung nahe, dass es zwischen den Parteien zeitweise zu Missverständnissen hinsichtlich des jeweils benutzten Angebotsbegriffs, gekommen sein könnte. Die Antragstellerin zielt ausweislich des Schreibens vom 26.11.2007 mit dem Begriff "anbieten" bzw. "zur Verfügung stellen" auf eine Bezifferung der Konditionen, ohne eine solche wörtlich zu verlangen. Erst in dem dem Antrag auf Streitschlichtung vorausgehenden Schreiben vom 17.12.2007 wird deutlich, dass die Antragstellerin eine "Mitteilung" der Konditionen im Sinne einer Bezifferung erwartet. Die Antragsgegnerin verstand nach Maßgabe des Schreibens vom 30.11.2007 unter "anbieten" bzw. "zur Verfügung stellen" zunächst die schlichte Information darüber, dass sie über neue Konditionen verfüge, über die sie - verhandlungsabhängig - zum Vertragabschluss bereit sei. Ausweislich der Schreiben vom 26.11.2007, 30.11.2007 und 17.12.2007 haben die Parteien, ein zwischen ihnen bestehendes Missverständnis aber nicht erkannt. Dass Verhandlungen zwischen den Parteien aber ggf. und zeitweise an sprachlichen Missverständnissen zum Angebotsbegriff und an unterschiedlichen Rechtsauffassungen zum Umfang der Lizenzverpflichtungen gescheitert sind, kann der Antragsgegnerin nicht als treuwidrige Verhandlungsführung angelastet werden. Es sind keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass die Antragsgegnerin dieses Missverständnis provoziert oder ausgenutzt und damit die Aufnahme von Verhandlungen durch die Antragstellerin verhindert hätte. Das jedenfalls bis zum Schreiben vom 17.12.2007 vorliegende sprachliche Missverständnis war auch für beide Parteien in gleichem Maße erkennbar wie nicht-erkennbar, so dass eine Verantwortlichkeit allein einer Partei nicht angenommen werden kann.

Die von der Antragstellerin auf Seite 3 des Schriftsatzes vom 07.03.2008 vertretene Auffassung, die Antragsgegnerin habe die Aufnahme von Verhandlungen über umsatzabhängige Rabattierungen dadurch behindert, dass sie durch Wahl des Konjunktivs im den Schreiben vom 11.10.2007 und 30.11.2007 offen gelassen habe, ob der Antragstellerin zu einem späteren Zeitpunkt überhaupt eine Preissenkung in Verbindung mit einer Umsatzverpflichtung angeboten würde, vermag die Kammer nicht zu teilen. Die Formulierung: „Bei entsprechenden Umsatz-Commitments sind auch weitere Einkaufsstaffeln denkbar, in denen die Einkaufspreise für die Grundverbindungsarten weiter sinken können.“ Sind verbunden mit dem Angebot zu Gesprächen und Benennung eines Ansprechpartners. Auch das Schreiben vom 30.11.2007 enthält mit dem Hinweis auf „kaufmännische Gespräche“ das Angebot zu Verhandlungen. Ein Hinweis darauf, dass die Antragsgegnerin nicht bereit gewesen wäre, der Antragstellerin umsatzabhängige Rabatte zu gewähren lässt sich diesen Schreiben wie dem übrigen Schriftwechsel nicht entnehmen.

(d) Die Antragsgegnerin hat keine ihr aus vorvertraglichem Schuldverhältnis ggf. obliegende Aufklärungspflicht verletzt. Zwar geht die Antragstellerin davon aus, dass der moconta GmbH & Co. KG Einkaufsbedingungen eingeräumt würden, die die Antragsgegnerin ihr nicht anbieten wolle. Im Schreiben vom 26.11.2007 fordert sie die Antragsgegnerin unter Hinweis auf das Diskriminierungsverbot aus Punkt 17.6 der D2-Lizenz daher auf, ihr einen entsprechenden Tarif zur Verfügung zu stellen. Auch im Rahmen des Verfahrens und der Anträge hält die Antragstellerin an dem Vortrag fest, die moconta GmbH & Co. KG verfüge über einen Tarif, der ihr nicht angeboten würde. Denn sie beantragt, die Antragsgegnerin zu einem Angebot an sie zu verpflichten, welches dem an die moconta GmbH & Co. KG entspricht. Schließlich hat die Antragstellerin im Schriftsatz vom 21.12.2007 (Seite 2), angeregt, „die Einkaufskonditionen, welche die Antragsgegnerin der moconta GmbH & Co. KG oder Dritten zur Vermarktung von Mobilfunkdienstleistungen mit dem Bildmobil-Tarif gegenüber Endkunden anbietet, im Rahmen des Amtsermittlungsgrundsatzes gemäß § 128 TKG noch vor Abschluss des Streitbeilegungsverfahrens zu ermitteln und der Antragstellerin vorzulegen“. Auf Grundlage der Annahme, es existiere ein ihr vorenthaltener Tarif, gelangt die Antragstellerin zum Schluss auf eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes aus den Lizenzen. Mit diesem Vorwurf hat sie denn auch die Antragsgegnerin im Schreiben vom 26.11.2007 konfrontiert. Die Antragsgegnerin hat zu dieser Vermutung der Antragstellerin im Schreiben vom 30.11.2007 jedoch richtig gestellt, dass der Bildmobil-Tarif „genau auf diesem Modell basiert“, über welches die Antragstellerin mit Schreiben vom 11.10.2007 informiert worden sei. Das Schreiben enthalte „den ausdrücklichen Hinweis, dass bei entsprechenden Umsatz-Commitments auch weitere Einkaufsstaffeln denkbar seien, in denen die Einkaufspreise für die Grundverbindungsarten weiter sinken könnten.“ Die Antragsgegnerin hat diesem Vortrag in den verfahrensgegenständlichen Schriftsätzen wiederholt und ausdrücklich versichert, dass dem Bildmobil-Tarif keine anderen Konditionen zugrunde lägen als diejenigen, die sich aus den der Kammer als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis zur Kenntnis gegebenen Konditionen ergäben. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass dieser Vortrag der Antragsgegnerin unzutreffend sein sollte. Auch die Antragstellerin trägt hierzu nichts vor. Sie ist auf den in Widerspruch zu ihren Vermutungen stehenden Vortrag der Antragsgegnerin nicht eingegangen noch hat sie sich dazu geäußert, warum der Tatsachenvortrag der Antragsgegnerin aus dem Schreiben vom 30.11.2007 sowie im Rahmen der Schriftsätze unrichtig sein sollte oder könnte. Die Kammer war unter diesen Umständen nicht gehalten, den Vertrag zwischen der moconta GmbH & Co. KG und Antragsgegnerin anzufordern. Dies gilt umso mehr als die von der Antragstellerin mit der Anregung auf Hinzuziehung des Vertrages verfolgte Weitergabe des Vertrages an diese mangels entsprechenden Anspruchs hierauf nicht in Frage kommen kann.

(e) Die Antragsgegnerin hat keine ihr vorvertraglich obliegende Informationspflicht gegenüber der Antragstellerin verletzt, dadurch dass sie die im Schreiben vom 11.10.2007 in Bezug genommenen Rabatte und Umsatzstaffeln – ohne ein annahmefähiges Angebot nach § 145 BGB zu unterbreiten - nicht beziffert hat (vgl. hierzu auch Bk 2a 07/007 vom 01.02.2008, a.a.O.). Zwar hat die Antragstellerin eine solche Bezifferung immer wieder verlangt. Denn im Schreiben vom 17.12.2007 stellt sie klar, dass sie eine Bezifferung nicht nur des Standard-Tarif, sondern auch der umsatzabhängigen Rabattpreise erwarte. Dort heißt es: „Obwohl der Bildmobil-Tarif auf dem gleichen Wholesale-Provider-Modell basieren soll, welches uns angeboten wurde, ist festzustellen, dass Sie uns die dem Bildmobil-Tarif zu Grunde liegenden Einkaufspreise trotz mehrfacher Anforderung weder mitgeteilt noch angeboten haben.“ Für die Antragsgegnerin war mit Zugang dieses Schreibens erkennbar, dass die Antragstellerin über das Verhandlungsangebot im Schreiben vom 11.10.2007 hinaus eine Bezifferung der Einkaufskonditionen wünschte.

Die Antragsgegnerin war handlungsunabhängig aber zu einer solchen Bezifferung nicht verpflichtet. Zwar ist der Diensteanbieter von der Belieferung mit Vorleistungen des Netzbetreibers abhängig. Der Netzbetreiber muss daher grundsätzlich den Diensteanbietern

eine verzögerungsfreie Gewährung der für den Wiederverkauf benötigten Vorleistungen ermöglichen (vgl. BVerwG NVwZ 2008, 571 [574], Rn. 32 – simyo). Dieses ist nur dann möglich, wenn der Netzbetreiber die Diensteanbieter über Produkteinführungen und -änderungen unterrichtet. Diese Unterrichtung dient zugleich der Aufnahme von Vertragsverhandlungen. Die Angaben müssen geeignet sein, dem Diensteanbieter die Prüfung zu ermöglichen, ob er Verhandlungen mit dem Netzbetreiber aufnimmt.

Wie bereits dargelegt, müssen die Angaben aber nicht den Detaillierungsgrad eines bindenden Angebots aufweisen. Aus Sinn und Zweck der Diensteanbieterspflicht folgt nicht, dass der Diensteanbieter, der auf dem nachgelagerten Endkundenmarkt ein Wettbewerber des Netzbetreibers ist, Informationen erhält, die über den für erfolgreiche Verhandlungen notwendigen Kenntnisstand hinausgehen. Die Unterrichtungspflicht bezweckt die Vertragsanbahnung, nicht den Wissenstransfer zwischen zueinander in Wettbewerb stehenden Unternehmen und findet in dieser Zweckbindung – auch im Sinne der Wettbewerbsförderung – ihre rechtliche Grenze.

Ist etwa ein Diensteanbieter nicht bereit, ein Produkt oder eine Produktvariante dem Grunde nach einzuführen, so verlangt die – in der Leistungspflicht der Diensteanbieterspflicht enthaltene – Auskunftspflicht nicht die Übermittlung über sämtliche Entgeltmodelle, die in dem angebotenen Produkt von der Antragsgegnerin bereitgestellt werden. Vielmehr ist hier ein gestuftes Vorgehen des Netzbetreibers mit den Lizenzbestimmungen in Einklang.

Die Antragsgegnerin durfte nach den seit März 2006 mit der Antragstellerin geführten Verhandlungen und ihr bekannten Eckpunkten über die Vermarktung des Wholesale-Modells davon ausgehen, dass diese dem Grunde nach nicht beabsichtige umsatzabhängige Verpflichtungen einzugehen. Die Parteien hatten bereits im Jahr 2006 immer nur über einen Vertragsschluss auf Grundlage des umsatzunabhängigen Basisangebots verhandelt. Zu weitergehenden Verhandlungen über das Eingehen von Umsatzverpflichtungen ist es ausweislich des der Kammer bekannten Vortrags nicht gekommen. Die Antragstellerin war daher jedenfalls im Oktober 2007 zu einer gestuften Vertragsanbahnung berechtigt.

Die Antragsgegnerin hat die Absicht zu einem solchen gestuften Vorgehen dadurch zu erkennen gegeben, dass sie der Antragstellerin mit Schreiben vom 11.10.2007 Eckpunkte übersandte und Verhandlungen über den nicht bezifferten Teil der neuen Wholesale-Konditionen anbot und einen Ansprechpartner benannte. Dabei sollten Verhandlungen im Rahmen dieses Modells erkennbar von besonderer Bedeutung sein, da die Antragsgegnerin ankündigte, abhängig von Umsatzverpflichtungen ggf. auch Konditionen zu gewähren, die rein individuell auszuhandeln seien. Die Antragsgegnerin hat hierauf mit Schreiben vom 30.11.2007 nochmals ausdrücklich hingewiesen.

Die Antragsgegnerin war daher berechtigt, die Bezifferung der Rabatte und Umsatzverpflichtungen davon abhängig zu machen, dass die Antragstellerin Verhandlungen über einen Markteintritt auf Grundlage umsatzabhängiger Rabatte zunächst überhaupt aufnahm.

Die Antragstellerin ist solche Verhandlungen aber zu keinem Zeitpunkt eingegangen. Die Verhandlungen im Frühjahr 2006 wie im Oktober 2007 beschränkten sich auf die Möglichkeiten eines Vertragsschlusses auf Basis des umsatzunabhängigen Standardangebots. Diese Verhandlungen verliefen in beiden Fällen negativ. Über umsatzabhängige Rabatte hat die Antragstellerin mit der Antragsgegnerin trotz obiger Hinweise und Verhandlungsangebote nicht verhandelt. Sie hat auch sonst nicht zu erkennen gegeben an Verhandlungen über umsatzabhängige Einkaufskonditionen interessiert zu sein. Zwar führt die Antragstellerin im Schriftsatz vom 28.02.2008 ein hohes Interesse an den streitgegenständlichen Konditionen zu haben. Es sind aber keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass sich das Interesse der Antragstellerin über die reine Kenntnis der Konditionen hinaus auf einen Vertragsabschluss mit der Antragsgegnerin richten würde. Vielmehr lässt das Verhalten wie der hierzu fehlende Vortrag der Antragstellerin den Schluss zu, dass sie den Abschluss eines Vertrages auf Grundlage umsatzabhängiger Einkaufspreise nicht ernsthaft in Betracht zieht. Denn die Antragstellerin nimmt (tatsächlich

mögliche) Verhandlungen mit der Begründung gar nicht erst auf, einen vorgelagerten Anspruch auf ein annahmefähiges Angebot zu haben. Sie wendet sich ohne Verhandlungsaufnahme ferner gegen die Bedingungen eines solchen Vertrages, indem sie sich gegen die Zulässigkeit von Umsatzverpflichtungen und die Vorgaben zur Vertriebs- und Markentrennung wendet. Die von der Antragstellerin hierzu vertretene Rechtsansicht mag ggf. einem Vertragsabschluss, nicht aber der Aufnahme von Verhandlungen entgegenstehen. Da die Antragstellerin nach Lage der Akten in Verhandlungen gar nicht erst eingetreten ist, in deren Rahmen die weiteren Bedingungen des Vertragsabschlusses dann hätten diskutiert werden können, stellt es sich nicht als treuwidrige Verhandlungsführung dar, wenn die Antragsgegnerin die Konditionen gegenüber der Antragstellerin nicht beziffert. Auf die Frage, ob und in welchem Umfang die Konditionen dem Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der Antragsgegnerin unterfallen, kommt es daher nicht an.

(3) Die Antragsgegnerin hat auch keine unzulässigen Bedingungen an das Angebot bzw. an die Verhandlungsführung geknüpft.

(a) Die Antragsgegnerin hat auch keine unzulässigen Bedingungen an das Angebot bzw. an die Verhandlungsführung geknüpft, indem sie Rabattierungen im Rahmen des Wholesale-Modells von dem Eingehen von Umsatzverpflichtungen abhängig machte.

Die Lizenzbestimmungen schließen Rabattierungen und Umsatzverpflichtungen nicht grundsätzlich aus.

Die Lizenzen enthalten keine unmittelbaren Regelungen zu Rabatten, schließen sie als solche somit nicht aus. Unter Punkt 17.5 der D2-Lizenz heißt es sogar, der Lizenznehmer sei (im Übrigen) in der Entgeltgestaltung frei, soweit sich aus Punkt 17.6 nicht etwas anderes ergebe. Nach Kenntnisstand der Kammer sind überdies auch die herkömmlichen Diensteanbieterverträge insoweit durch Rabattgewährungen gekennzeichnet, als Boni an die Diensteanbieter ausgezahlt werden.

Die Zulässigkeit von Rabatten ist damit indirekt am Gleichbehandlungsgebot aus Punkt 17.6 der D2-Lizenz, Teil C Punkt 15 der UMTS-Lizenz zu messen. Danach darf der Lizenznehmer die Diensteanbieter nicht schlechter stellen als den eigenen Vertrieb und darf nicht zwischen den Diensteanbietern diskriminieren.

Es lässt sich nicht feststellen, dass die Antragsgegnerin hinsichtlich der Rabatte das Gleichbehandlungsgebot verletzt hätte.

Nach Maßgabe des Sach- und Streitstands ist eine förmliche Ungleichbehandlung nicht festzustellen. Zwar können Rabattierungen dazu führen, dass im Ergebnis nicht alle Diensteanbieter über identische Konditionen verfügen, weil sie z.B. keine oder unterschiedliche Umsatzverpflichtungen eingegangen sind und daher unterschiedliche Verträge geschlossen haben. Solche Unterschiede, die vorliegend nicht einmal vorgetragen wurden, sind aber nicht Ergebnis unterschiedlicher Angebote an die Diensteanbieter, sondern Folge unterschiedlicher kaufmännischer Entscheidungen. Dafür, dass die Antragsgegnerin den Diensteanbietern untereinander oder im Verhältnis zwischen Diensteanbietern und eigenem Vertrieb förmlich unterschiedliche Bedingungen gesetzt hätte, fehlen jegliche Anhaltspunkte. Die Antragsgegnerin hat im Gegenteil die Antragstellerin im Schreiben vom 30.11.2007 ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die moconta GmbH & Co. KG die Bedingungen erhalten hätte, über deren grundsätzlich Öffnung auch die Antragstellerin mit Schreiben vom 11.10.2007 informiert worden sei. Die Antragsgegnerin hat im Verfahren nochmals versichert, dass dem Angebot der moconta GmbH & So. KG die Wholesale-Bedingungen aus genanntem Schreiben zugrunde lägen.

Darüber hinaus ist die Antragsgegnerin aus ihren Mobilfunklizenzen auch nicht zu uneingeschränkter Gleichbehandlung verpflichtet. Das Gleichbehandlungsgebot aus Punkt

17.6 der D2-Lizenz, Teil C Punkt 15 der UMTS-Lizenz i.V.m. § 4 TKV steht vielmehr unter dem Vorbehalt sachlicher Rechtfertigung.

Hierzu hat für die insoweit gleichlautende E1-Lizenz bereits das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 18.12.2007 (C 6 47.06 Rn 29) ausgeführt:

„Der Regelungsgehalt eines Verwaltungsakts richtet sich entsprechend den zu §§ 133, 157 BGB entwickelten Regeln nicht nach den subjektiven Vorstellungen des Adressaten oder der erlassenden Behörde, sondern danach, wie ihn der Empfänger im Zeitpunkt des Zugangs bei objektiver Würdigung verstehen konnte (vgl. Urteil vom 21. Juni 2006 a.a.O.). Nach diesem Maßstab ist nicht anzunehmen, dass das Schlechterstellungsverbot in Nr. 17.6 Satz 1 Halbsatz 1, Nr. 18.2 der E1-Lizenz die Beigeladene strikt, d.h. ohne Rücksicht auf die Art und das Gewicht etwaiger Differenzierungsgründe, zur Gleichbehandlung verpflichtet. Vielmehr legt der Senat die Regelung übereinstimmend mit der Vorinstanz und der Bundesnetzagentur dahin aus, dass sie in eingeschränktem Umfang sachlich gerechtfertigte Unterscheidungen ermöglicht. Für den objektiven "Empfängerhorizont" der Beigeladenen war insoweit das begriffliche Verständnis zur Zeit der Lizenzvergabe im Jahr 1993 maßgeblich. Damals gab es noch kein spezielles telekommunikationsrechtliches Diskriminierungsverbot, wie es jetzt in §§ 19, 42 Abs. 1 und 2 TKG enthalten ist. Doch war bereits in § 26 Abs. 2 GWB damaliger Fassung, der dem jetzt geltenden § 20 Abs. 1 GWB entsprach, ausdrücklich ein Diskriminierungsverbot für marktbeherrschende Unternehmen geregelt, und zwar als Verbot der Ungleichbehandlung mit der Möglichkeit sachlich gerechtfertigter Abweichungen (so zu Recht Dietlein/Brandenburg, a.a.O. S. 298). Aus dem Umstand, dass das allgemeine, gegenüber "jedermann" geltende Diskriminierungsverbot gemäß Nr. 8 der E1-Lizenz - anders als die Diensteanbieter betreffenden Sonderbestimmungen der Nr. 17.6, 18.2 - auf sachliche Rechtfertigungsgründe und auf § 26 GWB a.F. ausdrücklich hinwies, musste die Beigeladene zwar folgern, dass ihr Ungleichbehandlungen im Verhältnis des eigenen Unternehmens zu Diensteanbietern wie auch im Verhältnis von Diensteanbietern untereinander regelmäßig untersagt waren, nicht aber, dass sie ihr ausnahmslos verboten sein sollten. Ein derart weitgehendes Verständnis im Sinne eines uneingeschränkten Differenzierungsverbots lag auch deshalb fern, weil es mit dem Grundrechtsschutz der Beigeladenen nicht zu vereinbaren wäre. Die Diensteanbieterverpflichtung als belastende Nebenbestimmung des der Lizenznehmerin verliehenen Nutzungsrechts griffe bei einer strengen, jegliche Differenzierungsmöglichkeit strikt negierenden Auslegung unverhältnismäßig in ihre Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und ihr Eigentumsrecht am Netz (Art. 14 Abs. 1 GG) ein.“

Zwar mag sich aus der Gewährung der Rabatte eine materielle Ungleichbehandlung zwischen großen und kleinen Diensteanbietern ergeben insofern als nicht alle Anbieter z.B. nach ihrem Marktanteil, Geschäftsmodell und Investitionspotenzial gleich groß Umsatzverpflichtungen eingehen können und somit nicht alle Diensteanbietern de facto alle Rabattstufen zu wählen vermögen. Der Streitstand bietet keine Anhaltspunkte dafür, dass die vorliegende Rabattierung ungerechtfertigt wäre.

Sowohl nach nationalem als auch nach europäischem Kartellrecht ist bei der Frage der Zulässigkeit von Rabattierungen zwischen verschiedenen Rabattsystemen zu unterscheiden.

In der Praxis sind vor allem Mengenrabatte und Treuerabatte von Bedeutung und zu unterscheiden. Vorliegend räumt die Antragsgegnerin einen Mengenrabatt ein. Bei Mengenrabatten knüpft die Preisgestaltung an die Abnahme einer bestimmten Auftragsgröße oder Abnahmemenge. Demgegenüber werden Treuerabatte unter der Bedingung gewährt, dass der Abnehmer bestimmte Waren oder Leistungen ganz oder überwiegend bei dem betreffenden Lieferanten deckt. Im vorliegenden Fall gewährt die Antragsgegnerin ausweislich der vorgelegten Wholesale-Preisübersicht deutlich niedrigere Entgelte, je mehr

Umsatz ein Diensteanbieter pro Quartal generiert. Die verlangten Umsätze steigen von Quartal zu Quartal deutlich an. Mit diesem Rabattsystem möchte die Antragsgegnerin keinen Treuerabatt einräumen. Üblicherweise kaufen Diensteanbieter Leistungen bei allen Lizenznehmern ein. Im Übrigen wird sowohl ein „herkömmlicher“ Endkundenvertrag der Diensteanbieter als auch ein sog. Discount- oder No-frills-Angebot (wie der streitgegenständliche Bildmobil-Tarif) auch nur in dem Netz *eines* Netzbetreibers realisiert, so dass die Antragsgegnerin keine anderen Lizenznehmer als Vertragspartner der Antragstellerin ausschließen möchte. Die Antragsgegnerin möchte vielmehr denjenigen Diensteanbietern besonders günstige Konditionen einräumen, die einen hohen Umsatz generieren, von dem letztlich auch die Antragsgegnerin selbst profitiert.

Mengenrabatte sind aber sowohl nach Art. 82 EGV als auch nach §§ 19, 20 GWB grundsätzlich zulässig (Langen/Bunte, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Artikel 82, Rn. 149 m.w.N.; Immenga/Mestmäcker, § 19, Rn. 127 ff; § 20, Rn. 180ff. jeweils m.w.N.). Die Gewährung eines Mengenrabatts kann (wie hier) von einer angemessenen Mindestabnahmemenge bei dem betreffenden Lieferanten abhängig gemacht und nach oben durch einen Höchstrabattsatz angemessen begrenzt werden (KG, 25.6.1968, WuW/E OLG 891, 904 f., „IGZ“). Würde man Mengenrabatten die Zulässigkeit absprechen, würde ein Unternehmen via Missbrauchskontrolle daran gehindert, Absatzkanäle, die ihm besonders wichtig sind, durch entsprechende Remuneration zu pflegen, was auf einen von § 19 GWB nicht mehr gedeckten Zwang zu suboptimalem Verhalten hinausläufe (Immenga/Mestmäcker, § 19, Rn. 129).

Verstößt die Gewährung von Mengen- /Umsatzrabatten aber dem Grunde nach nicht gegen deutsches und Europäisches Kartellrecht, so kann sie auch nicht grundsätzlich gegen Punkt 17.6 der D2-Lizenz, Teil C Punkt 15 der UMTS-Lizenz verstoßen, die dem Kartellrecht nachgebildet sind.

Die von der Antragsgegnerin eingeräumten Rabatte erscheinen auch nicht deshalb als unzulässig, weil die Antragsgegnerin mit ihnen eine Verdrängungsstrategie zu Lasten „klassischer“ Diensteanbieter verfolgen würde. Zwar werden auch Mengenrabatte ausnahmsweise als unzulässig erachtet, wenn die Rabattstufen in keinem Zusammenhang mehr mit Kostenersparnissen bei dem Lieferanten stehen, sondern lediglich den Zweck haben, einzelne Unternehmen zu belohnen und andere zu bestrafen (Grdl. EuGH Slg. 2001, I-2638 (2657ff. Tz. 50 ff.)). Zu Kosten der Antragsgegnerin im Zusammenhang mit dem streitgegenständlichen Tarif haben aber beide Parteien nichts vorgetragen, so dass auch ein fehlender Zusammenhang mit Kostenersparnissen nicht festgestellt werden kann.

Der Hinweis der Beteiligten zu 3), die sachliche Rechtfertigung der Rabatte sei eingehend zu prüfen, ersetzt fehlenden Sachvortrag zur Kostenersparnis nicht. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass das Streitschlichtungsverfahren der Parteimaxime unterliegt und kein Verfahren nachträglicher Kostenkontrolle analog § 28 TKG darstellt.

(b) Nach dem Streitstand zwischen den Parteien vermag die Kammer nicht festzustellen, dass die Antragsgegnerin insoweit unzulässige Bedingungen an Verhandlungsführung bzw. Vertragsabschluss geknüpft hätte als damit eine kostendeckende Nachbildung der Endkundenpreise der Antragsgegnerin nicht möglich wäre (Preis-Kosten-Schere).

Insoweit kann dahinstehen, ob sich das Gleichbehandlungsgebot aus den Lizenzen auf Preis-Kosten-Scheren erstreckt. Denn die Parteien haben zum Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere im konkreten Fall nichts vorgetragen.

Zwar liegt unstreitig der Endkundenpreis des Produkts Bildmobil unter den mit Schreiben vom 11.10.2007 bekanntgegeben Standard-Einkaufskonditionen und ist mit diesen daher nicht nachbildbar. Das Produkt Bildmobil beruht aber nicht auf dem umsatzunabhängigen Standardtarif, sondern auf einer umsatzabhängigen Rabattierung. Die Antragstellerin hat – schon mangels Kenntnis der Konditionen – nichts dafür vorgetragen, dass sie bei Eingehen

entsprechender Umsatzpflichtungen und daraus folgender Rabattstufe nicht in der Lage wäre, das Angebot der moconta GmbH und Co. KG nachzubilden. Die Ausführungen der Beigeladenen zu 3 zum Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere basieren auf abstrakten vom vorliegenden Streit unabhängigen Überlegungen und führen an dieser Stelle daher nicht weiter.

Darüber hinaus wäre das Vorliegen einer Preis-Kosten-Schere nicht allein anhand eines einzelnen Tarifelements zu bewerten, sondern im Zusammenhang mit anderen angebotenen Preispositionen (Mischkalkulation über das gesamte Geschäftsmodell). Der Vortrag der Parteien gibt für eine solche Prüfung aber nichts her. Auch Quersubventionierungen sind – ungeachtet der Frage, ob sie unzulässig wären – nach dem Streitstand nicht feststellbar.

(c) Auch die Frage, ob überhaupt Margen für Diensteanbieter zu gewährleisten sind, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Denn es ist nicht ersichtlich, dass es der Antragstellerin nicht möglich wäre, unter den geltenden Bedingungen, die Endkundenpreise des Bildmobil-Tarifs nachzubilden. Zwar müsste sie hierfür einen gewissen Mindestumsatz garantieren. Dies gilt aber für sämtliche Diensteanbieter.

Die Margen wären dann zwar gering. Zu berücksichtigen wäre aber, dass unter den derzeit geltenden Terminierungsentgelten i.H.v. 8,8 bzw. 7,92 cent/min einerseits die Margen bei Anrufen in Fremdnetze beim Endkundenpreis von 10 cent/min für das Produkt Bildmobil sehr gering sind. Ein Ausgleich kann aber dadurch erfolgen, dass die Margen bei Gesprächen in das eigene Netz, in das Festnetz und bei SMS entsprechend höher sind, so dass mit einer Mischkalkulation eine ausreichende Marge erzielt werden könnte.

(d) Die Antragsgegnerin hat auch nicht insoweit unzulässige Bedingungen an die Verhandlungsführung gestellt, als sie eine Vermarktung unter einer separaten Firma und neuen Marke unter Verbot der Nutzung der ihrer eigenen Marke fordert.

Die Antragsgegnerin verstößt mit diesen Bedingungen nicht gegen Punkt 17.6 der D2-Lizenz, Teil C Punkt 15 der UMTS-Lizenz. Denn die Bedingung der gesellschaftsrechtlichen Trennung bedeutet vorliegend schon keine Schlechterstellung oder Diskriminierung der Antragstellerin durch die Antragsgegnerin. Es ist weder erkennbar noch wird es von der Antragstellerin vorgetragen, dass die Antragsgegnerin insofern zwischen dem eigenen und dem fremden Vertrieb (intern-extern) oder zwischen fremden Vertriebsgesellschaften (extern-extern) diskriminiert.

Die Forderung der Gründung oder Verwendung einer rechtlich getrennten Vertriebsgesellschaft verstößt auch nicht gegen Punkt 17.2 der D2-Lizenz. Danach ist die Antragsgegnerin verpflichtet, Diensteanbieter – wie die Antragstellerin – nicht hinsichtlich ihrer eigenen Preis- und Konditionengestaltung einzuschränken. Eine Einschränkung in der Konditionengestaltung kann in der Vorgabe für den Diensteanbieter bestehen, für den Vertrieb eine eigene Gesellschaft zu gründen bzw. einzusetzen.

Eine Einschränkung im Sinne von Punkt 17.2 der D2-Lizenz liegt indes dann nicht vor, wenn die Bedingung sachlich gerechtfertigt ist. Eine sachliche Rechtfertigung ist dann gegeben, wenn die Antragsgegnerin mit der Bedingung ein berechtigtes Ziel verfolgt sowie die Bedingung zur Erreichung dieses Ziels geeignet, erforderlich und angemessen ist. Nach diesen Maßstäben stellt sich die hier streitige Bedingung der strukturellen Separierung als gerechtfertigt und mit der D2-Lizenz vereinbar dar.

Die Antragstellerin hat im Schriftsatz vom 07.03.2008 den Standpunkt eingenommen, die Bedingung der strukturellen Separierung widerspreche der „Diensteanbieterverpflichtung“. Die lizenzrechtliche Diensteanbieterverpflichtung sehe vor, dass jeder Diensteanbieter die Leistungen der Antragsgegnerin zu den gleichen Konditionen zur Vermarktung angeboten bekomme. Die Forderung nach struktureller Separierung stehe mit der Leistung der Antragsgegnerin in keinem Zusammenhang. Zudem gestatte die Lizenz jedem Diensteanbieter die direkte Vermarktung ohne Zwischenschaltung weiterer Gesellschaften.

Das Ziel der Antragsgegnerin könne auch durch andere Maßnahmen erreicht werden, z. B. durch die Art und Weise des werbenden Auftretens, da sich der Endkunde von Marken, Vertriebsstandorten und Vertriebswegen beeinflussen lasse.

Die Antragsgegnerin hat hierauf mit Schriftsatz vom 09.04.2008 erwidert ausgeführt, die gesellschaftsrechtliche Trennung der Vertriebseinheiten habe zum Ziel, „die für die einzelnen Modelle gewonnenen Kundenverhältnisse eindeutig separieren zu können.“ Die Antragsgegnerin macht ein berechtigtes Interesse daran geltend, dass Kundenverhältnisse nicht zwischen den einzelnen Einkaufsmodellen zum Zweck der Einkaufsoptimierung „hin- und hergeschoben“ würden. Während im „klassischen“ Retail-Minus-Diensteanbietermodell Provisionen und Werbekostenzuschüsse gezahlt würden, würden im hier gegenständlichen Wholesale-Modell diese Leistungen nicht an die Diensteanbieter erbracht werden. Schließlich diene die markenmäßige Trennung der Separierung der Kundenverhältnisse sowie dem Schutz ihrer „Premium-Marke“.

Das von der Antragsgegnerin verfolgte Ziel erscheint – auch mit Blick auf die Veränderungen im Mobilfunk in den letzten Jahren und die Absatzstrategien der zu ihr im Wettbewerbsverhältnis stehenden anderen Mobilfunknetzbetreiber - nicht als willkürlich oder unvertretbar.

Soweit der Kammer bekannt, ist die Vermarktung der sog. No-frills-Angebote auch bei den anderen Mobilfunknetzbetreibern an eine separate Firma unter Verbot der Nutzung der Marke des Netzbetreibers gebunden. Die Antragstellerin selbst hat in diesem Zusammenhang zuvor die Tochtergesellschaft klarmobil GmbH gegründet.

Die Sicherstellung der Zweckbindung der Provisionen und Werbekostenzuschüsse im Retail-Minus-Segment ist ein berechtigtes Ziel der Antragsgegnerin. Zugunsten der Antragsgegnerin kann auch zwanglos angenommen werden, dass die gesellschaftsrechtliche Entflechtung zwischen Retail-Minus- und Wholesale-Vertriebsgesellschaften dazu geeignet sind.

Der Auffassung der Antragstellerin, dass das „werbende Auftreten“ zur Realisierung der Ziele der Antragsgegnerin gleich geeignet sei, wird von der Kammer nicht geteilt. Das berechtigte Anliegen der Antragsgegnerin, eine Einkaufsoptimierung beim Diensteanbieter durch „Hin- und Herschieben“ der Kundenverhältnisse zwischen verschiedenen Einkaufsmodellen zu unterbinden, kann hierdurch nicht hinreichend sichergestellt werden.

Nicht feststellen lässt sich, dass dieses Ziel nicht mit gleich geeigneten, aber weniger einschneidenden Maßnahmen erreicht werden kann. Insofern wäre denkbar, die Vermarktung über eine vom Diensteanbieter verschiedene juristische Person abzuwickeln, ohne dass es einer Neugründung bedürfte. Im Falle der Antragstellerin läge diese Konstruktion nahe, da diese z.B. bereits über die Firma klarmobil GmbH mit eigener Marke verfügt, bei deren Vermarktung kein Bezug auf die Marken der Netzbetreiber genommen wird. Der mit Nutzung bereits bestehender juristischer Personen einhergehende Aufwand dürfte für die Antragstellerin gering sein und damit in angemessenem Verhältnis zur Zielsetzung stehen.

Die Antragsgegnerin hat hierzu in der mündlichen Verhandlung erklärt, die Antragstellerin habe sich mit dem Wunsch nach einer Realisierungsmöglichkeit über im Konzern vorhandene Gesellschaften bislang nicht an sie gewandt. Sie sei jedoch zu Verhandlungen über diesen Punkt bereit. Damit besteht ein entscheidungsreifer Streit zu dieser Frage gegenwärtig nicht. Die Frage, welcher Aufwand mit der Gründung einer eigenen Gesellschaft verbunden wäre und ob dieser Aufwand im Verhältnis zum von der Antragsgegnerin verfolgten Ziel unzumutbar wäre, bedarf daher vorliegend keiner Entscheidung.

(4) Soweit die Antragstellerin und die Beteiligte zu 3) sich auf das Vorliegen einer nachhaltigen Störung des Wettbewerbs nach Punkt 17.6 Satz 3 der D2-Lizenz beruft, ist eine Anordnung des Lizenzgebers erforderlich, die schon wegen der auf die Parteien beschränkten Wirkung nicht im Wege eines Streitbeilegungsverfahrens nach § 133 TKG erfolgen kann. Dessen ungeachtet erscheint mit Blick auf den Ermächtigungscharakter von

Punkt 16 der D2-Lizenz fraglich, ob es sich insoweit um eine vom Lizenznehmer „eingegangene Verpflichtung“ handelt, die – außerhalb der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen des TKG – durch § 150 Abs. 4 TKG fortgilt.

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