



Az.: BK 2b 09 /010

## **Beschluss**

(geschwärzte Fassung)

In dem Verwaltungsverfahren

aufgrund Antrags

der Communication Services TELE2 GmbH, In der Steele 39, 40599 Düsseldorf,  
vertreten durch die Geschäftsführung

- Antragstellerin -

gegen

Telekom Deutschland GmbH, Landgrabenweg 151, 53227 Bonn,  
vertreten durch die Geschäftsführung,

- Antragsgegnerin -

wegen

### **Missbrauchs beträchtlicher Marktmacht anlässlich der Kündigung verschiedener Telefonanschlusstypen**

#### **Beigeladene:**

1. Vodafone AG & Co. KG, Alfred-Herrhausen-Allee 1,  
65760 Eschborn, vertreten durch die persönlich haftende Gesellschafterin
2. Verizon Deutschland GmbH, Kleyerstr. 88-90, 60326 Frankfurt/Main  
vertreten durch die Geschäftsführung
3. Versatel AG, Niederkasseler Lohweg 181-183, 40547 Düsseldorf  
vertreten durch die Geschäftsführung
4. NetCologne GmbH, Am Coloneum 9, 50829 Köln  
vertreten durch die Geschäftsführung
5. BT (Germany) GmbH & Co. oHG, Barthstraße 22, 80339 München  
vertreten durch die Geschäftsführung
6. 01051 Telecom GmbH („01051“), Robert-Bosch-Str. 1, 52525 Heinsberg  
vertreten durch die Geschäftsführung
7. VATM Verband der Anbieter von Telekommunikations- und Mehrwertdiensten e.V.,  
Oberländer Ufer 180-182, 50968 Köln, vertreten durch den Vorstand
8. 1&1 Internet AG, Elgendorfer Str. 57, 56410 Montabaur  
vertreten durch den Vorstand

9. ecotel kommunikation AG, Prinzenallee 9-11, 40549 Düsseldorf  
vertreten durch den Vorstand
10. EWE TEL GmbH, Cloppenburg Str. 310, 26133 Oldenburg  
vertreten durch die Geschäftsführung
11. QSC AG, Mathias-Brüggen-Str. 55, 50829 Köln  
vertreten durch den Vorstand
12. NEXT ID technologies GmbH, Deelbögenkamp 4c, 22297 Hamburg  
vertreten durch die Geschäftsführung
13. M-net Telekommunikations GmbH / Niederlassung NEFkom,  
Spittlertorgraben 13,90429 Nürnberg, vertreten durch die Geschäftsführung
14. Colt Telecom GmbH, Herriotstr, 4, 60528 Frankfurt/Main  
vertreten durch die Geschäftsführung
15. HFO Telecom AG, Bahnhofstr. 18, 95028 Hof/Saale  
vertreten durch den Vorstand
16. envia Tel GmbH, Friedrich-Ebert-Str. 26, 04416 Markkleeberg  
vertreten durch die Geschäftsführung
17. Telefónica Deutschland GmbH, Holshorstweg 30, 33415 Verl  
vertreten durch die Geschäftsführung
18. 01058 Telecom GmbH, Leopoldstraße 16, 40211 Düsseldorf  
vertreten durch die Geschäftsführung
19. BREKO Bundesverband Breitbandkommunikation e.V., Hans-Böckler-Str. 3, 53225 Bonn  
vertreten durch den Vorstand

**Verfahrensbevollmächtigte:**

**der Antragstellerin:** B.B.O.R.S. Rechtsanwälte,  
Berliner Allee 10, 40212 Düsseldorf

**der Antragsgegnerin:** Dolde Mayen & Partner  
Rechtsanwälte  
Mildred-Scheel-Straße 1  
53175 Bonn,

**der Beigeladenen:**

zu 6: JUCONOMY Rechtsanwälte,  
Graf-Recke-Str. 82, 40239 Düsseldorf

zu 9: Rechtsanwälte Lehner, Dänekamp & Mayer,  
Am Seestern 8, 40547 Düsseldorf

zu 14 und 15: Rechtsanwälte Schuster, Berger, Bahr, Ahrens,  
Nordstraße 116, 40477 Düsseldorf

zu 18: Loschelder Rechtsanwälte,  
Konrad-Adenauer-Ufer 11, 50668 Köln

hat die Beschlusskammer 2 der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen (Bundesnetzagentur), Tulpenfeld 4, 53113 Bonn,

durch

den Vorsitzenden Dipl. Ing. Bernhard Kuhmeyer,  
die Beisitzerin Ute Dreger sowie  
den Beisitzer Jörg Lindhorst

aufgrund der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 20.05.2010

am 23.09.2010 beschlossen:

Das Verfahren wird unter Zurückweisung der Anträge eingestellt.

## G r ü n d e

### I.

Antragstellerin wie Antragsgegnerin sind auf den deutschen Telekommunikationsmärkten tätige Unternehmen. Die Antragsgegnerin betreibt bundesweit Telekommunikationsnetze und bietet eine Vielzahl verschiedener Telekommunikationsdienste an. Sie ist durch Ausgliederung der Festnetzsparte T-Home aus der Deutschen Telekom AG und anschließende Verschmelzung seit dem 30.03.2010 Gesamtrechtsnachfolgerin u.a. für das vormals von der Deutschen Telekom AG betriebene bundesweite Telefonnetz. Die Antragstellerin bietet Endkunden u.a. Verbindungsleistungen über Betreibervorauswahl (Preselection) an. Die Preselection-Kunden der Antragstellerin sind betreffend den Telefonanschluss zugleich Kunden der Antragsgegnerin.

Auslöser des Verfahrens ist ein von der Antragsgegnerin Mitte April 2009 eingeleiteter Kündigungsprozess, der die sog. Alt- bzw. Bestandskunden der Telefonanschlussarten ISDN-Standard, ISDN-Komfort und T-Net 100 betrifft.

*Das Angebot **ISDN-Standard** beinhaltet einen ISDN-Anschluss mit verschiedenen Leistungsmerkmalen wie z.B. Rückfrage, Makeln und Anklopfen. Verbindungsleistungen werden nutzungsabhängig berechnet und richten sich nach den jeweils gültigen Preislisten für den Telefondienst (sog. Nur-Voice-Produkt).*

*Das Angebot **ISDN-Komfort** beinhaltet darüber hinaus u.a. die Merkmale Anrufweiterschaltung und Tarifinformationen während und am Ende der Verbindung. Auch hier werden Verbindungen nutzungsabhängig berechnet und nach den jeweils gültigen Preislisten für den Telefondienst abgerechnet (Nur-Voice-Produkt).*

*Das Angebot **T-Net 100** beinhaltet einen Analoganschluss. Verbindungsleistungen an diesem Anschluss werden gegen zusätzliches Entgelt nach dem Tarif Aktiv Plus Basic berechnet, der ggf. günstiger ist als die Preise der Tariflisten Telefondienst. (Kombinations-Produkt; Vorstufe heutiger Bündelangebote, die eine Flatrate enthalten).*

Der Vertrieb des Angebots „T-Net 100“ wurde von der Antragsgegnerin zum 30.09.2003 eingestellt, die Anschlussarten „ISDN-Standard“ und „ISDN-Komfort“ werden seit dem 28.02.2005 nicht mehr vermarktet. Die genannten Leistungen werden gegenwärtig nur noch gegenüber Endkunden erbracht, mit denen ein Vertragsverhältnis vor Eintritt des Vermarktungsstopps begründet wurde.

Nach Angaben der Antragsgegnerin wurde der Kündigungsprozess mit dem Ziel eingeleitet, die genannten Anschlussarten aus betrieblichen Gründen gänzlich einzustellen (sog. Portfoliobereinigung).

*Die Leistung „ISDN-Standard“ wurde per Juni 2009 erbracht gegenüber [REDACTED] Bestandskunden. „ISDN-Komfort“ bezogen noch [REDACTED] Kunden. „T-Net-100“-Leistungen wurden von [REDACTED]*

████████ Kunden in Anspruch genommen. Insgesamt gekündigt werden sollen im Rahmen der konkret anstehenden Kündigungsaktion daher ca. ██████████ Anschlüsse. Dies entspricht einem Anteil von ca. ██████████ % der Festnetzanschlüsse der Antragsgegnerin.

Der Anteil von Preselection beträgt nach Angaben der Antragsgegnerin bei ISDN-Standard ██████████, bei ISDN-Komfort ██████████ und bei ██████████ insgesamt ██████████.

Der Preselectionmarkt verfügte 2008 über ca. 4 Millionen Kunden. Von den in den konkrete (anstehenden) Kündigungen betroffen sind damit ██████████ % der Preselection-Kunden.

Die Antragstellerin verfügte zu Beginn der Kündigungsprozesse (14.04.2009) über ██████████ Endkunden in Preselection-Verträgen. Der Anteil der Antragstellerin am Preselectionmarkt betrug per 14.04.2009 damit ca. ██████████ %. Per August 2010 verfügt die Antragstellerin noch über einen Preselection-Kundenbestand von ca. ██████████ Kunden.

Die Antragsgegnerin plant die Kündigungen in Abhängigkeit verarbeitbarer Kapazitäten in mehreren Wellen durchzuführen. Die Antragsgegnerin hat daher – ohne vorausgehende Information der Antragstellerin oder anderer Preselection-Anbieter - in einer ersten Aktion Mitte April einem ersten Teil der ISDN-Kunden eine für Spätsommer/Herbst 2009 geplante Kündigung ihres Vertragsverhältnisses angekündigt. ██████████ ISDN-Vertragsverhältnisse mit ██████████ wurden Anfang Mai 2009 mit Wirkung Ende Juli 2009 gekündigt. Ein erster Teil der T-Net 100 Kunden ██████████ hat Kündigungsschreiben erhalten, die Ende August bzw. Ende September 2009 wirksam wurden.

Die Kündigungs- und Kündigungsankündigungsschreiben existieren in verschiedenen Fassungen. Die bereits ausgesprochenen **Kündigungen** zu ISDN-Komfort haben folgenden Wortlaut:

**„Kündigung Ihres Vertrages über den Telefondienst T-ISDN inklusive des überlassenen ISDN Mehrgeräteanschlusses Komfort**

Sehr geehrte...

ihr ISDN Komfort Anschluss war lange Zeit eine gute Wahl. Inzwischen sind jedoch deutlich attraktivere Lösungen zu günstigeren Konditionen verfügbar. Deshalb werden wir den von Ihnen genutzten ISDN Komfort Anschluss sowie die dazugehörenden Leistungen aus unserem Portfolio nehmen. **Ihren Vertrag über den Telefondienst T-ISDN inklusive des überlassenen ISDN Mehrgeräteanschlusses Komfort mit der oben angegebenen Telefonnummer kündigen wir hiermit zum 31. Juli 2009.** Die Kündigung betrifft auch Ihren Internetzugang sowie alle weiteren an diesem Anschluss gebuchten Tarife und Leistungen.

Damit Sie in Ihrem Geschäft ohne Unterbrechung weitertelefonieren können, **empfehlen wir Ihnen den kostenlosen Umstieg auf unseren Tarif Call Comfort.** Dank integrierter Festnetz-Flatrate telefonieren Sie mit Call Comfort zum günstigen monatlichen Pauschalpreis von 31,89 € quer durch ganz Deutschland. Und das Beste: **Sie sparen jeden Monat bis zu 24 %** gegenüber Ihrem alten ISDN Komfort.

**Bitte beachten Sie: Eine automatische Umstellung Ihres Anschlusses kann leider nicht erfolgen. Der Produktwechsel muss von Ihnen selbst beauftragt werden.** Wir unterstützen Sie gerne beim Umstieg und nehmen in den nächsten Wochen telefonisch mit Ihnen Kontakt auf.

Mehr Informationen zu Call Comfort finden Sie in der beiliegenden Broschüre. Zur Beauftragung rufen Sie uns Mo. bis Fr. zwischen 8.00 und 20.00 Uhr einfach kostenlos an unter **0800 3301364 (Kennwort: Komfort)**. Oder senden Sie das rückseitige Antwortfax an die kostenlose Faxnummer **0800 3301365**. Call Comfort können Sie auch schnell und bequem im Internet bestellen unter **www.t-home.de/anschluss-umstellung** und im Telekom Shop in Ihrer Nähe

Mit freundlichen Grüßen.“

Die **Kündigungsankündigungsschreiben** zu ISDN-Komfort lauten wie folgt:

**„Wichtige Vertragsinformation:**

**Beendigung des Vertrages über Ihren ISDN Standard Anschluss im Herbst 2009**

Sehr geehrte Damen und Herren,

Ihr ISDN Standard Anschluss war lange Zeit eine gute Wahl. Inzwischen sind jedoch attraktivere Lösungen zu günstigeren Konditionen verfügbar. Deshalb werden wir den von Ihnen genutzten Standard Anschluss aus unserem Portfolio nehmen. **Das bedeutet, dass wir Ihren Vertrag über den Telefondienst T-ISDN mit dem überlassenen Anschluss im Herbst dieses Jahres leider beenden müssen.** Dies betrifft auch Ihren Internetzugang sowie alle weiteren an diesem Anschluss zugebuchten Leistungen und Produkte.

Um die reibungslose Geschäftskommunikation zu gewährleisten, empfehlen wir Ihnen, schon jetzt auf eine moderne Alternative umzusteigen: zum Beispiel auf die Festnetz-Flatrate **Call Comfort**. Damit sichern Sie sich **deutlich mehr Leistung zu einem günstigeren Preis**.

**Bitte beachte Sie: Eine automatische Umstellung Ihres Anschlusses kann leider nicht erfolgen. Der Produktwechsel muss von Ihnen beauftragt werden. Vielen Dank für Ihr Verständnis.**

Beim Umstieg auf ein Nachfolgeprodukt sind wir Ihnen gerne behilflich: Rufen Sie uns für eine Persönliche Beratung bzw. zur Klärung Ihrer Fragen kostenlos an unter **0800 33 01364 (Kennwort: Standard)** oder senden Sie das rückseitige Antwortfax mit Ihrem Beratungswunsch an die kostenlose Faxnummer **0800 33 01365**. Über Call Comfort können Sie sich auch bequem im Internet informieren unter **[www.t-home.de/anschliessumstellung](http://www.t-home.de/anschliessumstellung)** und im **Telekom Shop** in Ihrer Nähe..

Mit freundlichen Grüßen“

alternativ:

Um die reibungslose Geschäftskommunikation zu gewährleisten, empfehlen wir Ihnen schon jetzt auf eine moderne Alternative umzusteigen: Zum Beispiel auf das Komplettpaket Call & Surf Comfort. Damit sichern Sie sich deutlich mehr Leistung zu einem günstigen Preis.

Die Beschlusskammer hat anlässlich der Kündigungsaktion im Mai 2009 ein Vorermittlungsverfahren im Hinblick auf § 42 TKG aufgenommen im Zuge dessen die Rechtsvorgängerin der Antragsgegnerin zugesagt hat, in Zukunft, d.h. im Zuge der noch anstehenden weiteren Kündigungen zu den drei Anschlussarten wie bei anstehenden Erinnerungsschreiben an bereits gekündigte Kunden, folgendes Verfahren anzuwenden:

- (1) Die Kunden erhalten vier Monate vor dem geplanten Wirksamwerden der Kündigung ein Schreiben, das sie vorab über die Kündigungsabsicht informiert. Die Zustellung der ordentlichen Kündigung selbst erfolgt drei Monate vor Wirksamwerden der Kündigung. Ca. sechs Wochen vor dem Kündigungstermin wird der Kunde erneut telefonisch und etwa 14 Tage vor Wirksamwerden der Kündigung nochmals schriftlich erinnert.
- (2) Bei denjenigen Kunden, die keinen Telekom-DSL-Anschluss und keinen optionalen Verbindungstarife bzw. vorkonfigurierte Anschlusspakete gebucht haben (sog. „reine Anschlusskunden“) wird die Antragsgegnerin in das Ankündigungsschreiben den ausdrücklichen Hinweis aufnehmen, dass diese Kunden auch weiterhin den Tarif „Call Plus“ ohne Mindestvertragslaufzeit beauftragen können.

Kunden, die bereits eine Kündigung (oder deren Ankündigung erhalten haben), wird die Antragsgegnerin nachträglich im Rahmen der Kündigung, wenn die Kündigung bereits erfolgt ist im Rahmen oben (1) beschriebener Erinnerung informieren und ihnen auch das Produkt Call Plus anbieten.

Endkunden, die bereits einen anderen Tarif als den Call Plus-Tarif gebucht haben und die sich darüber beschwerten, dass sie dies nur aufgrund des fehlenden Hinweises der Antragsgegnerin über das Angebot Call Plus getan hätten, wird die Antragsgegnerin den

Tarifwechsel zum Call Plus ermöglichen. Dieses erfolgt auf ausdrücklichen Wunsch der Kunden und ist – als freiwillige Kulanzleistung der Antragsgegnerin- begrenzt auf den Zeitraum bis Ende August 2009.

- (3) Die Preselection-Einstellung und der R-DSL-Anschluss werden bei einer Migration des Kunden auf ein Telekom-Produkt weiterhin unterbrechungsfrei bereitgestellt werden. Bei einem Produktwechsel erhält der Kunde unentgeltlich die Preselection-Einstellung auf den Anbieter bei, unabhängig davon, für welches Anschlussprodukt der Antragsgegnerin er sich entscheidet. Abweichendes gilt nur soweit der Kunde ausdrücklich die Aufhebung der Preselection wünscht.

Die Antragsgegnerin hat diese im Vorermittlungsverfahren abgegebenen Zusagen in der Antragsrwiderrung sowie in den mündlichen Verhandlungen vom 12.08.2009 und 20.05.2010 wiederholt. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 12.08.09 wurde von der Antragsgegnerin klargestellt, dass sie Kunden eines T-Net 100-Vertrages die Fortführung durch den Tarif Call Basic anbieten werde.

Die Fortsetzung der Kündigungsprozesse ist seit Juni 2009 ausgesetzt.

Die Antragstellerin ist wegen der inhaltlichen Abfassung der Kundenschriften vor mehreren Gerichten nach Lauterrechtsrecht (UWG) gegen die Antragsgegnerin vorgegangen.

Mit Antragschrift an die Bundesnetzagentur vom 02.07.2009 wandte sie sich zunächst gegen den Inhalt der Schreiben, die die Antragsgegnerin in Zusammenhang mit der Beendigung dieser Altverträge an aktuelle Preselection Kunden der Antragstellerin gerichtet hat (Kündigungs- und Kündigungsankündigungsschreiben).

Jedenfalls mit Schriftsatz vom 11.09.2009 begehrt die Antragstellerin über den begonnenen Kündigungsprozess dieser drei Anschlussarten hinaus Regelungen im Hinblick auch auf zukünftig denkbare weitere Kündigungsprozesse bei Telefonanschlüssen.

Die Antragstellerin macht geltend, durch eine mit Kündigungen bzw. Kündigungsankündigung von Telefonanschlüssen einhergehende Bewerbung von Bündelprodukte der Antragsgegnerin und unmittelbar in diesem Zusammenhang vorgenommene Änderungen auf sie lautender Preselection-Einstellungen zu Gunsten der Antragsgegnerin im Wettbewerb unbillig behindert zu werden. Sie beanstandet die bislang erfolgten Kundenanschriften zudem als irreführend, insbesondere würden die Kunden mit der Abschaltung ihres Anschlusses „bedroht“ und es werde unzulässiger Entscheidungsdruck auf die Kunden ausgeübt. Die Kunden würden in den Call Centern der Antragsgegnerin auch nicht zutreffend beraten. Die Antragstellerin begehrt Vorab-Information über bevorstehende Kündigungen und davon betroffenen eigene Endkunden und will von Endkunden im Zusammenhang mit Kündigungen abgeschlossene Verträge mit der Antragsgegnerin über sog. Bündelprodukte für unwirksam erklärt wissen.

Mit Schriftsätzen vom 10.06.2010, 28.06.2010 und 17.08.2010 wendet sich die Antragstellerin zudem gegen Werbeanrufe, die zwischen Mai und Juli 2010 aus Call Centern der Antragsgegnerin an Preselection-Kunden der Antragstellerin gerichtet wurden bzw. gerichtet worden sein sollen. Da in den Werbeanrufen eine geplante Kündigung des Produkts T-Net 100 angekündigt würde, ohne Hinweis auf die Existenz eines alternativen reinen Anschlussprodukts allein Bündelprodukte der Antragstellerin beworben würden und den Kunden gesagt werde, sie könnten künftig bei der Antragsgegnerin nicht mehr einen Anschluss ohne Verbindungsleistungen beziehen, leitet die Antragstellerin aus in ca. 30 Fällen konkretisierten Werbeanrufen einen Verstoß der Antragsgegnerin gegen die von ihr abgegebenen Zusagen betreffend die Fortsetzung des Kündigungsprozesses her. Die Antragstellerin behauptet eine Werbekampagne in Fortsetzung des unterbrochenen Kündigungsprozesses, beanstandet die Anrufe unter dem Gesichtspunkt der Irreführung und Bedrängung von Kunden als wettbe-

werbswidrig und begehrt Vorgaben der Kammer betreffend eine wettbewerbsneutrale Ausgestaltung und Ablauf (auch) von Werbetelefonaten im Zusammen mit der Einstellung von Anschlussprodukten.

Die Antragstellerin beantragt

**zu I., (Bewerbung ausschließlich von Telefonanschlusstarrifen)**

1. Der Betroffenen wird untersagt, gegenüber Endkunden, mit denen sie einen Vertrag über einen Telefonanschlusstarrif (Tarrif über Telefonanschluss ohne begrenztes oder unbegrenztes Minutenkontingent) abgeschlossen hat, bei Beendigung des Tarrifs (d.h. in dem Kündigungsschreiben oder einem Schreiben, mit dem eine Kündigung angekündigt wird) andere Tarrife zu bewerben als einen Telefonanschlusstarrif. Der Betroffenen wird insbesondere untersagt, bei der Beendigung der Tarrife „T-ISDN Mehrgeräteanschluss Komfort“, „T-ISDN Mehrgeräteanschluss Standard“ und „T-Net 100“ andere Tarrife zu bewerben als den Tarrif „Call Plus“ in der jeweiligen vom Endkunden gewählten Anschlussstechnik.

Mit Schriftsatz vom 19.08.2009 beantragt die Antragstellerin insoweit vorsorglich und hilfsweise

**(Bewerbung ausschließlich von Call Plus oder Call Start)**

bei der Beendigung von „T-Net-100“ die Bewerbung oder das Angebot anderer Tarrife als „Call Plus“ oder „Call Start“ zu untersagen.

**2. (Klarstellende Hinweise in Schreiben betreffend Kündigungen)**

Der Betroffenen wird untersagt, Endkunden mit Telefonanschlusstarrifen, insbesondere mit den o.g. Altarrifen, die Kündigung des Vertragsverhältnisses anzukündigen, ohne gleichzeitig darauf hinzuweisen, dass der Vertrag erst nach Zugang einer Kündigungserklärung und Ablauf der Kündigungsfrist beendet wird. In einem Ankündigungsschreiben ist anzugeben, in welcher Kalenderwoche der Endkunde die Kündigung erhalten soll und mit welcher Frist die Kündigung ausgesprochen wird. Für die Kündigung durch die Betroffene gilt eine Kündigungsfrist von mindestens drei (3) Monaten.

**3. (Keine Änderung von Preselection unmittelbar bei Vertragswechsel)**

Der Betroffenen wird untersagt, die bestehende Preselection auf die Antragstellerin bei dem Vertragswechsel eines Endkunden auf einen anderen Tarrif zu beenden.

Mit Schriftsatz vom 19.08.09 erklärt die Antragstellerin hierzu:

Dies umfasse als Minus den Fall, dass die Beendigung der Preselection allenfalls dann erfolgt, wenn der Endkunde ausdrücklich einen Auftrag zur Einrichtung der Preselection auf die Antragsgegnerin oder einen anderen TK-Anbieter erteilt. Dies werde vorsorglich hilfsweise beantragt.

In der mündlichen Verhandlung vom 20.05.2010 erklärte die Antragstellerin:

Nach zwischenzeitlich erfolgter Änderung des § 40 Abs. 1 TKG werde beantragt, dass der Auftrag in „Textform“ erteilt worden sei.

**4. (Vorab-Information über bevorstehende Kündigungen)**

Der Betroffenen wird aufgegeben, drei (3) Monate vor Versenden von Schreiben an End-

kunden zur Kündigung eines Tarifs oder Schreiben zur Ankündigung der Kündigungserklärung die Antragstellerin über diese Tarifbeendigung schriftlich in Kenntnis zu setzen. Im Rahmen dieses Informationsschreibens hat die Betroffene der Antragstellerin sämtliche betroffenen Endkunden mit Name und Telefonnummer zu bezeichnen (in Form einer Exel-Datei), die über eine Preselection auf die Antragstellerin verfügen. Die Pflicht zur Versendung des Informationsschreibens besteht nicht, wenn für keinen der von der Tarifbeendigung betroffenen Endkunden eine Preselection auf die Antragstellerin eingerichtet ist.

#### **5. (Anordnung der Unwirksamkeit abgeschlossener Bündelverträge)**

Soweit die Betroffene aufgrund ihrer Schreiben (Kündigungserklärungen und entsprechende Ankündigungsschreiben) zu den Altтарifen Verträge über Bündelprodukte wie insbesondere „Call Comfort“, „Call & Surf Comfort“, „Call Basic“ oder „Call & Surf Basic“ in der jeweils von Endkunden gewählten Anschlussart abgeschlossenen hat, werden diese Verträge über den Tarifwechsel und eine in diesem Zusammenhang erklärte Umstellung der Preselection von der Antragstellerin auf die Betroffene für unwirksam erklärt. Die Betroffene hat der Antragstellerin zwei (2) Monate nach Wirksamwerden des beantragten Beschlusses mitzuteilen, gegenüber welchen Endkunden die Unwirksamkeitserklärung Anwendung findet.

Im Schriftsatz vom 19.08.2009 heißt es hierzu:

Die Unwirksamkeitserklärung werde in der Weise beantragt, dass der Endkunde Gelegenheit erhalte, ohne irreführende Beeinflussung durch die Antragsgegnerin eine Entscheidung über einen neuen Anschlussstarif zu treffen. Hierfür sollen sich sowohl die Antragstellerin als auch die Antragsgegnerin an den Endkunden wenden und eigene Produkte anbieten können. Zu diesem Zweck – wie in Satz 2 des Antrags beantragt – solle die Antragsgegnerin die Endkunden benennen, die von der Unwirksamkeitserklärung betroffen seien. Dementsprechend umfasse der Antrag einen Vorlauf von mindestens vier Monaten zwischen Wirksamwerden des Beschlusses und Wirksamwerden der Unwirksamkeitserklärung.

Vorsorglich werde in Ziffer I.5 der Antragschrift eine Unwirksamkeitserklärung mit Wirkung vier Monate nach Wirksamwerden des Beschlusses beantragt.

Im Schriftsatz vom 11.09.2009, Seite 45, wird hierzu ausgeführt:

Eine vollständige Beseitigung des Wettbewerbsverstoßes durch Aufhebung der Kündigung ist von der Antragstellerin nicht beantragt. Sie beschränkt ihren Antrag darauf, eine Ausgangslage für chancengleichen Wettbewerb dadurch herzustellen, dass die Verträge über das Bündelprodukt zu einem bestimmten, in der Zukunft liegenden Datum für unwirksam erklärt und Antragstellerin und Antragsgegnerin im Zeitraum zwischen der Entscheidung der Beschlusskammer und der Unwirksamkeitserklärung Gelegenheit für das Angebot eigener Produkte erhalten. Eine solche zeitlich beschränkte Unwirksamkeitserklärung auf einen bestimmten in der Zukunft liegenden Zeitpunkt ist in der „teilweisen“ Unwirksamkeitserklärung im Sinne von § 42 Abs. 4 Satz 2 TKG enthalten.

#### **Zu II: (Ermittlungen der Wechselquote auf Bündelverträge)**

Durch ein Auskunftsverlangen der Beschlusskammer gegenüber Deutsche Telekom zu ermitteln, in welchem Umfang Endkunden, denen Deutsche Telekom eine Beendigung ihres Altтарifs angekündigt oder den Altтарif gekündigt hat, zwischenzeitlich einen Vertrag über einen Bündeltarif der Deutschen Telekom abgeschlossen haben.

Der Antrag wurde konkretisiert mit Schriftsatz vom 18.09.2009, Seite 6 wie folgt:

Die Auskunft soll Angaben umfassen (1) zu den Abschlussquoten der angeschriebenen Kunden für Folgeprodukte der Antragsgegnerin (unterschieden nach den einzelnen Produkten wie „Call Plus“, „Call Start“, „Call Basic“ und „Call Comfort“) und (2) zu dem Anteil derjenigen Endkunden, die nach einer Kündigungs- oder Ankündigungsmaßnahme mit ihrem Telefonanschluss zu einem Wettbewerbsunternehmen gewechselt sind.

**Zu III: (Ermittlung der Wechselquote bei Preselection)**

Mit Schriftsatz vom 19.08.2009, Seite 6, wird ergänzend beantragt,

dass die Beschlusskammer im Rahmen ihrer Pflicht zur Amtsermittlung von der Antragsgegnerin Auskunft verlangt, in welchem Umfang Endkunden, denen die Antragsgegnerin eine Beendigung ihres Alttarifs nach dem 14.04.2009 angekündigt oder den Alttarif gekündigt hat, auf einen anderen TK-Anbieter dauerhaft voreingestellt waren und in welchem Umfang diese dauerhafte Voreinstellung bei oder nach dem Wechsel auf einen neuen Tarif der Antragsgegnerin beendet wurde.

**Zu IV: (Ermittlung der an Call Center gezahlten Vertriebsprovisionen)**

Mit Schriftsatz vom 11.09.2009, Seite 20 wird ergänzend beantragt,

dass die Beschlusskammer im Zusammenhang mit den behaupteten Richtlinien der Call Center auch die Vertriebsprovisionen der Antragsgegnerin für die Call Center untersucht.

**Zu V: (Feststellung)**

Mit Schriftsatz vom 19.08.2009, Seite 6 beantragt die Antragstellerin ferner

vorsorglich für den Fall, dass die Beschlusskammer den Antrag I.1 nicht vollumfänglich in eine Anordnung gegen Deutsche Telekom umsetzt, festzustellen, dass die von der Antragsgegnerin nach dem 14.04.2009 versandten Ankündigungsschreiben und Kündigungsschreiben zur Beendigung der Tarife „ISDN-Mehrgeräteanschluss Standard“, „ISDN-Mehrgeräteanschluss Komfort“ und „T-Net 100“ wegen Verletzung von § 42 Abs. 2 TKG rechtswidrig waren.

**Zu VI: (Ermittlung zu Vermarktungsanweisungen an Call Center)**

Auf Seite 5 des Schriftsatzes vom 17.08.2010, Seite 5 beantragt die Antragstellerin sinngemäß,

Ermittlungen betreffend die Anweisungen aufzunehmen, die die Antragstellerin im Zusammenhang mit der Vermarktung der genannten Anschlussarten an die Mitarbeiter der Call Center gegeben hat.

Ein ursprünglich gestellter Antrag auf Erlass einer vorläufigen Anordnung wurde mit Schriftsatz vom 19.08.2009 zurückgenommen.

Die **Antragsgegnerin** beantragt,

die Anträge zurückzuweisen;

Sie macht geltend, die Anträge seien wegen nachträglicher Antragserweiterung teilweise bereits unzulässig. Mit Schriftsatz 11.09.09 habe die Antragstellerin ihren – mit Schriftsatz vom 19.08.09 bereits erweiterten – Antrag vom 07.07.09 ein weiteres Mal in mehrfacher Hin-

sicht unzulässig erweitert. Der Antragstellerin fehle zudem die Antragsbefugnis soweit sie auf Beeinträchtigungen Dritter und auf lediglich potenzielle Kundenverhältnisse abhebe. Die Antragstellerin sei auch nicht über die konkreten Anschlussarten hinaus antragsbefugt, da es hinsichtlich anderer Anschlussarten an einer Begehungsfahrer fehle.

Die Anträge zu I.2, I.3 und I.5 seien ferner durch die von der Antragsgegnerin abgegebenen Zusagen erledigt, so dass es an einem Sachentscheidungsinteresse fehle.

Die Kundenanschriften seien inhaltlich zu keinem Zeitpunkt irreführend gewesen. Dies habe das OLG Düsseldorf mit Urteil VI – U(Kart) 5/10 vom 24.03.2010 in einem gleichgelagerten Verfahren betreffend Normen des GWB und UWG entschieden.

Eine Behinderung der Antragstellerin läge nicht vor. Jedenfalls wäre eine solche nicht kausal veranlasst durch die Schreiben der Antragsgegnerin und im Übrigen auch sachlich gerechtfertigt.

Der Vortrag der Antragstellerin zu Werbeanrufen gegenüber Preselection-Kunden ab ca. Mai 2010 stehe in keinem Zusammenhang zum Streitgegenstand des Antragsverfahrens, das sich mit schriftlichen Kündigungsprozessen befasse. Die Zusagen der Antragsgegnerin bezögen sich auf diesen Streitgegenstand und nicht auf sonstige Werbemaßnahmen, die selbstverständlich weitergeführt würden. Ein Verstoß gegen die abgegebenen Zusagen liege daher nicht vor.

Dessen ungeachtet habe die Antragsgegnerin keine Anweisungen zu Werbemaßnahmen unter Hinweis auf bevorstehende Kündigungen von Anschlussprodukten gegeben. Mitarbeiter, die in der von der Antragsgegnerin beschriebenen Form vorgingen, handelten gegen bestehende Anweisungen und seien zur Abgabe derartiger Erklärungen nicht autorisiert. Die Antragsgegnerin sei den Vorwürfen – soweit individualisierbar – nachgegangen und habe bei einem insoweit tatsächlich nachgewiesenen Vorstoß sofort personelle Maßnahmen ergriffen. Fehlverhalten im Einzelfall sei aber nicht absolut zu verhindern.

Die **Beigeladenen zu 1, 7 9, 14 und 15** haben Stellungnahmen zum Verfahren abgegeben, in denen sie Irreführungen durch die Schreiben hervorheben und im Wesentlichen die Antragstellerin unterstützen.

Dem **Bundeskartellamt** wurde mit Schreiben vom 17.09.2010 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Das Bundeskartellamt hat von einer Stellungnahme abgesehen.

Die im Bereich der Telekommunikation tätigen Beschlusskammern und Abteilungen der Bundesnetzagentur sind über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Den Parteien und den Beigeladenen ist in den am 12.08.2009 und 20.05.2010 durchgeführten mündlichen Verhandlungen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden.

Zu den weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf weitere Ausführungen im Zusammenhang mit der Behandlung der einzelnen Anträge hingewiesen sowie im Übrigen auf die Verfahrensakte Bezug genommen.

## II.

Die Entscheidung beruht auf § 130 i.V.m. § 42 TKG.

Die Anträge zu I.1 bis I.5 waren als unbegründet zurückzuweisen. Der Antrag zu V. war als unzulässig abzuweisen. Den Anregungen zu II, III, IV und VI war nach § 129 TKG nicht zu

folgen, da von diesen keine weiteren entscheidungserheblichen Erkenntnisse zu erwarten waren.

## **A. Zuständigkeit und Verfahren**

Die Zuständigkeit der Beschlusskammer für die Entscheidung folgt aus den §§ 116 Abs. 1, 132 Abs. 1 Satz 1 TKG.

Die Verfahrensvorschriften sind gewahrt worden. Insbesondere ergeht die Entscheidung nach Anhörung der Beteiligten (§ 135 Abs. 1 TKG) und aufgrund mündlicher Verhandlung (§ 135 Abs. 3 Satz 1 TKG).

Die im Telekommunikationsbereich tätigen Beschlusskammern und Abteilungen sind über die beabsichtigte Entscheidung informiert worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme. Die sich aus § 132 Abs. 4 TKG zur Wahrung einer einheitlichen Spruchpraxis ergebenden Informations-, Austausch- und Abstimmungspflichten wurden insofern beachtet.

Weil es sich um eine Entscheidung nach Teil 2 Abschnitt 3 des Gesetzes handelt, war gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 TKG dem Bundeskartellamt rechtzeitig vor Abschluss des Verfahrens Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Diesem Erfordernis wurde durch Übermittlung des Entscheidungsentwurfs am 20.09.2010 genügt.

Eine Entscheidung ergeht außerhalb der viermonatigen Regelentscheidungsfrist nach § 42 Abs. 4 Satz 4 und 5 TKG. Die Antragstellerin hat mit am 03.07.2009 eingegangenen Schriftsatz die Verfahrensdurchführung beantragt, so dass bezogen auf die Antragschrift die Regel-Soll-Frist des § 42 Abs. 4 Satz 4 TKG am 03.11.2009 endete. Die Antragsstellerin hat den Verfahrensgegenstand jedoch (zuletzt) mit Schriftsatz vom 11.09.2009 erweitert (dazu unten), und ihre Anträge und Stellungnahmen bis zur Einsichtnahme in die Vorermittlungsakte als vorläufig bezeichnet. Nach am 12.10.2009 erfolgter Einsicht in die Vorermittlungsakten hat die Antragstellerin das Verfahren erst nach erneuter Terminierung wieder aufgegriffen. Der Vorbehalt der Antragstellerin hinsichtlich ihrer endgültigen Antragstellung wurde in der mündlichen Verhandlung am 20.05.2010 aufgehoben. Abschließende Stellungnahmen der Antragstellerin erfolgten mit Schriftsätzen vom 14.05.2010, 18.05.2010. Mit Schriftsätzen vom 10.06.2010, 28.06.10 und 17.08.2010 trug die Antragstellerin weiteren neuen Sachverhalt vor.

### **1. Zulässigkeit des Antrags auf Verfahrenseinleitung**

Die Antragstellerin begehrt zulässigerweise die Durchführung eines Verfahrens nach § 42 TKG.

#### **1.1 Antragsberechtigung (§ 42 Abs. 4 Satz 6 TKG)**

Die Antragstellerin bietet Endkunden gegen Entgelt Call-by-Call und über Voreinstellung (Preselection) Verbindungsleistungen an. Sie ist damit Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne des § 3 Nr. 24 TKG und antragsberechtigt nach § 42 Abs. 4 Satz 6 TKG.

#### **1.2 Antragsbefugnis (§ 42 Abs. 4 Satz 6 TKG)**

Mit Antragstellerin ist auch antragsbefugt.

Nach § 42 Abs. 4 Satz 6 TKG kann einen Antrag auf Entscheidung jeder Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen stellen, der geltend macht, in eigenen Rechten verletzt zu sein.

Die Antragsbefugnis ist in ihrem Wortlaut § 42 Abs. 2 VwGO nachgebildet, so dass die hierzu herausgearbeiteten Kriterien entsprechend heranzuziehen sind. Hiernach gilt, dass – zum Schutze vor Popularbegehren und Überprüfungsansinnen zu Rechtsverletzungen mit rein objektiver Zielsetzung - die Verletzung eigener Rechte auf der Grundlage hinreichend substantiierten Vorbringens

*vgl. BNetzA Beschluss vom 18.07.2005 – BK2a 04/029, S. 35, 52*

als möglich erscheinen muss. Diese Möglichkeit ist im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie aus Artikel 19 Abs. 3 GG allerdings nur dann auszuschließen, wenn offensichtlich und nach keiner Betrachtungsweise subjektive Rechte des Antragsstellers verletzt sein können (BVerwGE 117, 93, 95). Ein solches „Popularbegehren“ verfolgt die Antragstellerin mit dem Antrag auf Verfahrenseinleitung nach § 42 TKG hingegen nicht.

Die Antragstellerin macht der Sache nach geltend, in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten auf dem Verbindungsmarkt gegenüber der Antragsgegnerin beeinträchtigt zu werden, dadurch dass die Antragsgegnerin im Zuge der Einstellung von Telefonanschlussprodukten andere Produkte als (reine) Telefonanschlussprodukte gegenüber Endkunden bewerbe und sie auch nicht rechtzeitig vorab über entsprechende Vorhaben informiere.

Sie beruft sich damit auf § 42 TKG als drittschützende Norm zu ihren Gunsten in ihrer Eigenschaft als Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen. Denn nach § 42 Abs. 1 TKG darf ein Anbieter von Telekommunikationsdiensten bzw. Betreiber Telekommunikationsnetzen, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, seine Stellung nicht missbräuchlich ausnutzen. Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder deren Wettbewerbsmöglichkeiten ohne sachlich gerechtfertigten Grund erheblich beeinträchtigt werden. § 42 TKG gewährt der Antragstellerin daher einen Schutz vor missbräuchlicher Beeinträchtigung, auf den sie sich berufen kann. Die Antragstellerin trägt zudem vor, dass Kündigungsschreiben der Antragsgegnerin bei ihr zu Kundenverlusten geführt hätten, so dass eine Beeinträchtigung der Antragstellerin in einer sie schützenden Norm als möglich erscheint.

Die Antragstellerin begründet ihren - auf Bewerbung ausschließlich von Telefonanschlusstarifen im Rahmen produkteinstellungsbezogener Kündigungen gerichteten - Antrag zu I.1 unter Hinweis auf § 40 Abs. 1 TKG und das für Marktbeherrscher geltende Rücksichtnahmegebot. Dem TKG lasse sich in § 40 Abs. 1 die gesetzgeberische Grundentscheidung zugunsten des Geschäftsmodells der Preselection entnehmen. Hieraus lasse sich herleiten, dass die Antragsgegnerin als marktmächtiges Unternehmen in seinen Maßnahmen auf dem Anschlussmarkt Rücksicht auf die Preselection-Anbieter zu nehmen habe.

Zwar stellt die Betreiber(vor)auswahl nach § 40 TKG nach ständiger Spruchpraxis der BNetzA eine Leistung des regulierten Unternehmens gegenüber seinen Endkunden und keine Zugangsleistung nach § 21 TKG dar

*vgl. Stamm in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 40 Rn 37 m.w.N.,*

so dass ein Anspruch der Antragstellerin aus § 40 Abs. 1 TKG auf Auferlegung einer entsprechenden Verpflichtung nicht besteht. Dies schließt aber nicht aus, § 40 TKG zumindest auch drittschützende Wirkung im Sinne der Antragsbefugnis nach § 42 Abs. 4 Satz 6 TKG beizumessen.

Entsprechendes gilt auch mit Blick auf das Verlangen nach Vorab-Information über bevorstehende Kündigungen in der Person von Kunden der Antragstellerin. Auch insoweit erscheint eine Verletzung der Antragstellerin in eigenen Rechten nicht ausgeschlossen, da die Antragstellerin insoweit einen Verstoß gegen die sie schützende Bestimmung des § 42 Abs. 2 TKG geltend macht. Nach § 42 Abs. 2 TKG wird ein Missbrauch vermutet, wenn ein Unter-

nehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich selbst, seinen Tochter- oder Partnerunternehmen den Zugang zu seinen internen genutzten oder zu seinen am Markt angebotenen Leistungen zu günstigeren Bedingungen oder zu einer besseren Qualität ermöglicht, als es sie anderen Unternehmen bei der Nutzung der Leistung für deren Telekommunikationsdienste oder mit diesen in Zusammenhang stehenden Diensten einräumt. Die Antragstellerin trägt vor, dass Informationen über bevorstehende Kündigungen in den Organisationseinheiten der Antragsgegnerin mit denen sie als Anbieterin von Verbindungsleistungen konkurriere, zu einem früheren Zeitpunkt vorlägen als bei ihr als Wettbewerberin. Nach diesem Vortrag erscheint ein Verstoß gegen § 42 Abs. 2 TKG nicht ausgeschlossen.

Die Klagebefugnis ist auch nicht teilweise, mit Blick auf die Geltendmachung einer Beeinträchtigung von Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Netzbetreiber, wegen Abhebens auf lediglich potenzielle Kundenbestände oder wegen Antragserstreckung auf künftig lediglich vorstellbare Kündigungen anderer Alttarife zu verneinen. Zwar sind Zweifel hinsichtlich der Möglichkeit eigener Rechtsverletzung zu diesen Punkten nicht unbegründet. Für die Bejahung der Antragsbefugnis nach § 42 Abs. 4 Satz 6 TKG genügt es – in analoger Anwendung der zu § 42 Abs. 2 VwGO entwickelten Grundsätze – jedoch bereits, wenn die Voraussetzungen dafür nur hinsichtlich einzelner behaupteter Verstöße gegen § 42 TKG gegeben sind. In derartigen Fällen ist der Antrag auf Entscheidung insgesamt zulässig. Die Kammer muss nicht bereits im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung und hier in einer Art Vorprüfung einzelne Anträge ausscheiden, sondern erst im Rahmen der Begründetheit prüfen, ob auch hinsichtlich sonstiger möglicherweise für die Entscheidung maßgeblicher Gesichtspunkte eine Rechtsverletzung in Betracht kommt, oder es sich insoweit nur ein Vortrag vorliegt, der überhaupt nicht oder nur in bestimmter Hinsicht oder nur zugunsten anderer Betroffener subjektive Rechte begründet

*vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl. 2003, § 42 Rn 70 m.w.N..*

Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Wortlaut des Antrags zu I.1. Zwar begehrt die Antragstellerin damit die Tenorierung einer Unterlassungsverfügung in der Weise, die nicht allein sie selbst begünstigt, sondern gegenüber allen sich in der Situation der Antragstellerin befindlichen Wettbewerbern das beanstandete Verhalten (für alle künftig vorstellbaren Fälle von Produkteinstellung bei reinen Anschlussprodukten) abstellt. Die Frage der ggf. späteren Tenorierung durch die Beschlusskammer ist allerdings nicht identisch mit der zur Verfahrenseinleitung erforderlichen Antragsbefugnis. Soweit die Antragstellerin geltend machen kann, in eigenen Rechten verletzt zu sein und der Vortrag sich als begründet im Sinne des § 42 TKG erweist, ist die Kammer nach § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG zu einem Ausspruch zur Beendigung des Missbrauchs als solchem und eben nicht beschränkt auf die Antragstellerin befugt. Insoweit beruft sich die Antragstellerin zu Recht auf die Entscheidungspraxis der Kammer wie die Verwaltungspraxis des Bundeskartellamtes und die Rechtsprechung im Bereich des Lauterkeitsrechts und des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Stellt die Antragstellerin ihr Antrag bereits in einer solchen allgemeinen Form, mag er ggf. unbegründet sein, es entfällt deshalb jedoch nicht ihre Antragsbefugnis.

### **1.3 Keine Unzulässigkeit der Antragsstellung wegen Antragsänderung im laufenden Verfahren**

Die Antragstellung bis zur mündlichen Verhandlung vom 20.05.2010 ist auch nicht wegen Antragsänderung im laufenden Verfahren - teilweise - unzulässig.

Zwar weist die Antragsgegnerin zu Recht darauf hin, dass die Antragstellerin im Anschluss an die Antragschrift vom 02.07.2009 Antragsänderungen vorgenommen bzw. den Verfahrensgegenstand erweitert hat.

So stützt die Antragstellerin die Anträge zu I. 1. bis 4. mit Schriftsatz vom 11.09.2009, anders als noch im Vorverfahren und in der Antragschrift vom 02.07.2009, materiell nicht mehr al-

lein auf stattgefundene Kündigungen- bzw. Kündigungsankündigungen bei den Tarifen ISDN-Standard, ISDN-Komfort und T-Net 100, sondern nunmehr in erster Linie auf Wiederholungsgefahr bei künftiger Einstellung anderer Alttarife durch die Antragsgegnerin. Hierin liegt eine Antragsänderung. Eine Antragsänderung ist eine Änderung des Streitgegenstandes. Dieser wird nach dem hier vertretenen zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff bestimmt durch den Antrag und den Antragsgrund, d.h. den vom Antragsteller zur Begründung des Antrags vorgetragenen Lebenssachverhalt. Eine Antragsänderung liegt daher vor, wenn der Antragsteller nach Antragstellung entweder den Antrag selbst oder den Antragsgrund ändert.

Zwar haben die Anträge zu I. 1. bis 4. in ihrem Wortlaut gegenüber der Antragsschrift vom 02.07.2009 keine Änderung erfahren. Die ursprüngliche Antragsschrift – wie die Eingabe der Antragstellerin im Rahmen der Vorermittlungen – wurde jedoch allein mit den Kündigungsschreiben bzw. Kündigungsankündigungen zu ISDN-Standard, ISDN-Komfort und T-Net 100 begründet, so dass im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 12.08.2009 die Frage thematisiert wurde, inwieweit die Antragstellerin mit ihrer Antragstellung über den Streitgegenstand hinausgegangen sei und ob sie am Wortlaut der Antragstellung festhalten wolle. Mit Schriftsatz jedenfalls vom 11.09.2009 ist dann nicht nur eine Ergänzung oder Berichtigung der tatsächlichen und rechtlichen Ausführungen erfolgt, sondern der Verfahrensgegenstand (Lebenssachverhalt) auf sämtliche künftig vorstellbaren Portfoliobereinigungen zu (reinen) Anschlussprodukten der Antragsgegnerin erweitert worden. Ebenso wurde die Betroffenheit der Antragstellerin über ihre von der aktuellen Kündigungswelle betroffenen Kunden hinaus auf die 13,5 Millionen (reinen) Anschlusskunden der Antragsgegnerin als potenzielle Preselection-Kunden der Antragstellerin erweitert. Die Antragstellerin hat damit über die Begründung der Antragsschrift vom 02.07.2009 hinaus einen neuen Sachverhalt/Beschwerdegrund und neue rechtliche Aspekte in das Verfahren eingeführt, so dass eine Antragsänderung zu bejahen ist. Dies gilt auch für den mit Schriftsätzen vom 10.06.2010, 28.06.2010 und 17.08.2010 vorgetragenen neuen Sachverhalt, wonach die Antragsgegnerin ab ca. Mai 2010 die beabsichtigten Kündigungen in Werbeanrufen aufgegriffen und versucht haben soll, Kunden durch unrichtige Äußerungen zu Vertragsabschlüssen zu Lasten der Antragstellerin zu bewegen.

Die im September 2009 vorgenommenen Antragsänderungen im laufenden Verfahren führen jedoch nicht dazu, dass die geänderten Anträge bzw. die Erweiterung des Beschwerdegegenstandes als unzulässig abzulehnen waren.

Zwar ist richtig, dass die Beschlusskammer 4 der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation in einem Verfahren aus dem Jahre 2003 einmal Anträge als verspätet und damit unzulässig abgelehnt hat

*vgl. BK4c/03-123/E.22.9.03, S. 33 vom 28.11.2003,*

weil diese erst nach der mündlichen Verhandlung gestellt wurden. Nach dieser Spruchpraxis wurden Anträge und neue Tatsachen, die erst nach der mündlichen Verhandlung vorgelegt wurden, wegen Gefährdung der Einhaltung der Verfahrensfrist nicht berücksichtigt. Die Spruchpraxis kann für Missbrauchsverfahren, jedenfalls bei Antragsverfahren, jedoch nicht unbesehen Anwendung finden. Zwar hat es auch im Rahmen einer Antragstellung nach § 42 Abs. 4 Satz 6 TKG der Antragsteller – ähnlich dem Entgeltgenehmigungsverfahren nach § 33 Abs. 5 TKG – selbst in Händen, die sich aus der gesetzlich vorgegebenen Entscheidungsfrist ergebenden Anforderungen durch rechtzeitige Antragstellung zu beachten und ihnen Rechnung zu tragen. Jedoch kann die Kammer in analoger Anwendung der § 173 VwGO i.V.m. § 263 ZPO Antragsänderungen zulassen, wenn sie dies für sachdienlich erachtet. Hinsichtlich der im September 2009 erfolgten Antragsänderungen ist die Zulassung der Antragsänderung sachgerecht. Eine Zurückweisung der Anträge als „verspätet“ würde zunächst nicht zu einer dauerhaften Befriedung führen. Denn der Antragstellerin wäre es nach § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG unbenommen, die geänderten Anträge zum Gegenstand eines neuen, anderen Verfahrens zu machen. Zudem sprechen angesichts der hier gegebenen Sach-

nähe der Verfahrensgegenstände Gesichtspunkte der Verfahrensökonomie nicht dafür, die im September 2009 erfolgten Antragsänderungen als unzulässig zurückzuweisen. Der Entscheidung im Sachzusammenhang ist –zumal angesichts des Zeitablaufs seit Antragstellung – vorliegend mehr Gewicht beizumessen als Überlegungen der Verfahrensökonomie und – effizient. Dies gilt auch mit Blick auf das Interesse der Antragsgegnerin an einer weitestgehend abschließenden Entscheidung und vorliegend umso mehr als die Fortsetzung des aktuellen Kündigungsprozesses ausgesetzt wurde.

Andererseits verbieten dieselben Überlegungen aber auch eine Erstreckung des Verfahrensgegenstands auf das mit Schreiben vom 10.06.2010, 28.06.2010 und 17.08.2010 vorgelegte Verhalten von Call Centern der Antragsgegnerin. Gegenstand des vorliegenden Verfahrens sind schriftliche Werbemaßnahmen der Antragsgegnerin in Zusammenhang mit Kündigungsschreiben bzw. Kündigungsankündigungsschreiben bei Anschlusseinstellungen. Der von der Antragstellerin neu vorgetragene Sachverhalt betrifft demgegenüber Werbemaßnahmen, die nur mittelbar in Zusammenhang mit dem Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens stehen insoweit als dort – zu Recht oder Unrecht – auf das Vorhaben der Antragsgegnerin Bezug genommen wird, Anschlussarten einzustellen. Eine Auseinandersetzung mit diesem neuen Sachverhalt kommt nicht Betracht, da hinsichtlich des ursprünglich vorgetragenen Sachverhalts Entscheidungsreife besteht und diese Entscheidung unnötig verzögert wurde. Dies gilt insbesondere auch mit Blick auf das Interesse der Antragsgegnerin, den Kündigungsprozess fortzusetzen. Die Antragstellerin ist nicht gehindert, den neuen Sachverhalt in einem eigenständigen Verfahren nach § 42 TKG geltend zu machen.

## **2. Anwendungsvoraussetzungen des § 42 TKG**

Die Anwendungsvoraussetzungen des § 42 TKG liegen vor.

### **2.1 beträchtliche Marktmacht**

Die Antragsgegnerin ist Anbieter von Telekommunikationsdiensten bzw. Betreiber von Telekommunikationsnetzen und verfügt, wie gemäß §§ 10, 11 TKG festgestellt worden ist,

zu diesem Erfordernis vgl. BVerwG, Urteil 6 C 21/06 vom 18.04.2007, Rn 17 (juris)

über beträchtliche Marktmacht auf dem „Telefonanschlussmarkt“

siehe Festlegung der Bundesnetzagentur zum Zugang von Privat- und Geschäftskunden zum öffentlichen Telefonnetz an festen Standorten (Markt Nr. 1 der Empfehlung vom 17. Dezember 2007) vom 28.04.2008 (Amtsblatt BNetzA Nr. 3 vom 10.02.2010, Seite 311 ff).

### **2.2 Drittmarkt als relevanter Markt**

Dem steht nicht entgegen, dass die von der Antragstellerin vorgetragene relevante Behinderung nicht auf dem Anschluss-, sondern auf dem Verbindungsmarkt eintritt, für den nach Beschluss BK2a 09/001-R vom 22.04.2009 (Amtsblatt BNetzA 8/2009 vom 06.05.2009, Seite 2020 ff) die Voraussetzungen einer Regulierung nach TKG nicht mehr vorliegen.

§ 42 TKG verlangt nicht, dass die Wirkung des von § 42 Abs. 1 Satz 1 TKG tatbestandlich erfassten Verhaltens auf dem in § 42 Abs. 1 Satz 1 TKG genannten Markt eintritt. Erfasst werden auch missbräuchliche Verhaltensweisen auf einem der in § 42 Abs. 1 Satz 1 TKG genannten Märkte, die sich (lediglich) auf Drittmärkten auswirken, sofern ein Kausalzusammenhang zwischen der beträchtlichen Marktmacht und der wettbewerbsbeeinträchtigenden Wirkung auf dem anderen Markt gegeben ist.

*VG Köln 21 K 1200/05 vom 21.12.2005 (Rn 27) (CR 2006, 239, 241).*

Ob das Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht auch auf dem Drittmarkt über beträchtliche Marktmacht verfügt oder ob es auf diesem Drittmarkt überhaupt selbst wettbewerbsfähig ist, ist unerheblich

*RegTP, Beschluss vom 02.02.2005 – BK3d-04/026.*

### **2.3 Kausalität**

Zwischen der Marktbeherrschung der Antragsgegnerin auf dem Anschlussmarkt und den Auswirkungen der Kundenanschriften auf dem Marktsegment Preselection des Verbindungsmarktes besteht ein Kausalzusammenhang.

Das Kausalitätserfordernis ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut des § 42 Abs. 1 TKG („ausnutzen“) wie auch aus Sinn und Zweck der Regelung. Wenn das Gesetz dem Unternehmen um seiner Machtstellung willen bestimmte Verhaltensweisen verbietet, die anderen Unternehmen grundsätzlich nicht verwehrt sind, so kann die an die Marktmacht anknüpfende Verhaltensanforderung nur für den Markt gelten, auf dem die Marktstellung besteht oder auf den sie sich auswirkt.

Ein Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn entweder das Unternehmen nur deshalb so handeln kann, weil es marktbeherrschend ist oder aber die schädlichen Auswirkungen für den Wettbewerb müssen gerade Folge der beträchtlichen Marktmacht des handelnden Unternehmens sein.

Ein solcher Kausalzusammenhang zwischen der Marktbeherrschung der Antragsgegnerin auf dem Anschlussmarkt und den Auswirkungen auf dem Marktsegment Preselection des Verbindungsmarktes ist vorliegend gegeben. Ein solcher Wirkungszusammenhang besteht bereits deshalb, weil das Geschäftsmodell Preselection in technischer Hinsicht einen beim Endkunden (bereits) vorhandenen Telefonanschluss voraussetzt, über den im Wege der Betreiberwahl der Kunde dann Verbindungsleistungen des Preselection-Anbieters in Anspruch nehmen kann. Zur Ermöglichung einer solchen Betreiberwahl am Anschluss ist gegenwärtig jedoch allein die Antragsgegnerin verpflichtet, der die Verpflichtung nach § 40 Abs. 1 TKG mit Regulierungsverordnung BK2a 06/001-R vom 23.06.2006 und Regulierungsverordnung BK2c 09/002-R vom 25.01.2010 (Amtsblatt BNetzA Nr. 3 vom 10.02.2010, Seite 311 ff) auferlegt wurde. Andere Anbieter von Telefonanschlüssen bieten das Merkmal „Betreiberwahl“ (Preselection) auch freiwillig nicht an. Verhaltensweisen der Antragsgegnerin auf dem Anschlussmarkt, die dazu führen, dass Endkunden auf die Inanspruchnahme von Verbindungsleistungen durch Wettbewerber über einen bei der Antragsgegnerin beauftragten Anschluss verzichten, wirken sich damit zwangsläufig auf Preselection-Anbieter aus. Die Antragstellerin hat vorgetragen und mittels entsprechender an sich gerichteter Kundenanschriften für Einzelfälle belegt, dass die Anschriften der Antragsgegnerin bei ihr zu Kundenabwanderungen führen. Der Kammer ist überdies aus den beim Verbraucherschutzreferat der Bundesnetzagentur vorliegenden Kundenanfragen- und -beschwerden bekannt, dass ein solcher Wirkungszusammenhang besteht.

### **2.4 mittelbare Beeinträchtigung**

Dass das fragliche Verhalten – betreffend jedenfalls die Kundenanschriften - nicht unmittelbar gegenüber der Antragstellerin sondern gegenüber (gemeinsamen) Endkunden an den Tag gelegt wurde, ist bereits ausweislich des Wortlauts des § 42 Abs. 1 Satz 2 TKG unerheblich. Danach liegt ein Missbrauch auch dann vor, wenn andere Unternehmen mittelbar – also ggf. auch durch Einwirkung auf Kunden – behindert werden.

### 3. Kein Zurücktreten des § 42 TKG

Die Anwendung des § 42 TKG tritt vorliegend auch nicht hinter andere speziellere Regelungen zurück. Der Missbrauchstatbestand des § 42 TKG ist als Generalklausel konzipiert

*BT-Drs. 15/2316, Seite 71; VG Köln Urteil vom 17.05.2006 – 21 K 7091/05, Seite 15*

und tritt damit als Auffangtatbestand hinter anderen spezielleren Regelungen zurück.

Speziellere Vorschriften des TKG sind vorliegend jedoch nicht ersichtlich; insbesondere sind Streitgegenstand nicht Vorschriften der Entgelt- oder Zugangsregulierung.

§ 42 TKG wird auch nicht durch §§ 19, 20 GWB verdrängt. Zwar unterliegt ein Verhalten der Antragsgegnerin unmittelbar auf den Verbindungsmärkten seit Teilaufhebung der Regulierungsverfügung BK2a 06/001 durch Beschluss BK2a 09/001-R vom 22.04.2009 (Amtsblatt BNetzA vom 06.05.2009) nicht mehr der Regulierung nach dem TKG. Streitig ist hier jedoch ein Verhalten auf dem beherrschten Anschlussmarkt und lediglich dessen Auswirkungen treten auf dem nunmehr den Regelungen des GWB unterliegenden Verbindungsmarkt ein.

Es besteht auch kein Vorrang des Lauterkeitsrechts (UWG). Zwar hat die Antragstellerin aus selben Anlass auch die Zivilgerichte mit dem Vortrag von Verstößen gegen das Lauterkeitsrecht bemüht. Zivil- und wettbewerbsrechtliche Ansprüche können jedoch unabhängig von einem Einschreiten der BNetzA geltend gemacht werden

*OLG Düsseldorf MMR 2004, 247, 248.*

Eben so wenig entfalten in diesem Zusammenhang ggf. ergangene Entscheidungen der Zivilgerichte eine Bindungswirkung im vorliegenden Verfahren. Eine Bindungswirkung im Verhältnis verwaltungsgerichtlicher und zivilgerichtlicher Entscheidung besteht nur bei Identität der Beteiligten und des prozessualen Streitgegenstandes

*OLG Düsseldorf MMR 2004, 247, 249 .*

Die Verfahrensgegenstände sind jedoch nicht identisch. Die auf die sonderkartellrechtliche Norm des § 42 TKG gestützten Ansprüche und die Ansprüche, die die Antragstellerin in UWG-Verfahren geltend gemacht hat, stellen unterschiedliche Streit- bzw. Verfahrensgegenstände dar, da die Anspruchsvoraussetzungen jeweils verschieden sind und mit der Verschiedenheit der Tatbestandselemente auch die der Subsumtion unterliegenden Sachverhalte sich nicht oder nur teilweise gleichen. Zudem bleiben die auf lauterkeitsrechtliche Irreführung beschränkten Verfügungsverfahren hinter den Antragsgegenständen des vorliegenden Verfahrens zurück. Die Antragstellerin hat im Zusammenhang mit der sog. Portfoliobereinigung der Antragsgegnerin keine Anträge auf Erlass einstweiliger Verfügungen gestellt, die auch auf das Wettbewerbsrecht (d.h. GWB oder TKG) gestützt waren.

### B. Begründetheit

#### 1. Antrag zu 1.1

**(Keine Verpflichtung zur Bewerbung ausschließlich von Telefonanschlussstarifen)**

Die Antragstellerin hat zu 1.1 beantragt:

*„Der Betroffenen wird untersagt, gegenüber Endkunden, mit denen sie einen Vertrag über einen Telefonanschlussstarif (Tarif über Telefonanschluss ohne begrenztes oder unbegrenztes Minutenkontingent) abgeschlossen hat, bei Beendigung des Tarifs (d.h. in dem Kündigungsschreiben oder einem Schreiben, mit dem eine Kündigung angekündigt wird) andere Tarife zu bewerben als einen Telefonanschlussstarif. Der Betroffenen wird insbe-*

*sondere untersagt, bei der Beendigung der Tarife „T-ISDN Mehrgeräteanschluss Komfort“, „T-ISDN Mehrgeräteanschluss Standard“ und „T-Net 100“ andere Tarife zu bewerben als den Tarif „Call Plus“ in der jeweiligen vom Endkunden gewählten Anschlusstechnik“.*

### **1.1 Kein Missbrauchsvorwurf wegen Bewerbung anderer als (reiner) Telefonanschlussprodukte im Zusammenhang mit Kündigungen**

Der Antrag ist unbegründet.

Der Versuch der Antragsgegnerin Kunden nach (angekündigter) Kündigung wegen Einstellung des von ihnen bezogenen Produktes als Kunden für ein „höherwertiges“ Produkt zu gewinnen stellt keinen Missbrauch dar. Die Antragsgegnerin ist nicht verpflichtet, im Interesse von Wettbewerbern auf dem Verbindungsmarkt den durch Kündigung „verlorenen“ Kunden ausschließlich dem gekündigten Produkte möglichst ähnliche Produkte anzubieten, um sie als eigene Kunden wiederzugewinnen.

Nach § 42 Abs. 1 TKG darf ein Anbieter von Telekommunikationsdiensten bzw. Betreiber Telekommunikationsnetzen, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, seine Stellung nicht missbräuchlich ausnutzen. Ein Missbrauch liegt insbesondere vor, wenn andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder deren Wettbewerbsmöglichkeiten ohne sachlich gerechtfertigten Grund erheblich beeinträchtigt werden.

#### **(1) Behinderungs- bzw. Beeinträchtigungsmissbrauch**

Die Antragsgegnerin verhält sich missbräuchlich im Sinne von § 42 Abs. 1 TKG, wenn sie die Antragsstellerin bei Kündigung von Anschlussprodukten durch Bewerbung anderer als (reiner) Anschlussprodukte mittelbar oder unmittelbar behindert, bzw. deren Wettbewerbsmöglichkeiten ohne sachlich gerechtfertigten Grund erheblich beeinträchtigt. Eine solche Behinderung der Antragstellerin liegt vor.

Unter dem Begriff Behinderung im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB wird jede Beeinträchtigung der Betätigungsmöglichkeiten im Wettbewerb verstanden, gleichgültig, ob dabei „wettbewerbsfremde“ oder in sonstiger Weise anfechtbare Mittel angewendet werden (Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 20 Rn. 116 m. w. N). Dabei handelt es sich um eine wertneutrale Auslegung des Begriffs, die die erste Stufe, den Begehungstatbestand, darstellt. Eine Bewertung erfolgt erst in der zweiten Stufe, und zwar verbunden mit der Frage, ob es sich um eine „unbillige“ Behinderung handelt.

Eine Behinderung bzw. Beeinträchtigung im Sinne des § 42 Abs. 1 TKG liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen im Sinne eines nachteiligen Wirkungszusammenhangs behindert bzw. beeinträchtigt werden

*VG Köln, Urteil vom 17.05.2006, 21 K 7045/05. MMR 2006, Seite 842, 843;*

eines Kausalitätsbeweises im strengen Sinne bedarf es nicht.

Insoweit kann offen bleiben, ob im Rahmen des Behinderungs- bzw. Beeinträchtigungsmisbruchs eine tatsächliche Beeinträchtigung erforderlich ist

*so Roth, in: Scheurle/Mayen, 2. Aufl.- 2008, § 42 Rn 75*

oder die bloße Eignung ausreicht

*so VG Köln, Urteil vom 17.05.2006, 21 K 7045/05, MMR 2006, S. 842, 843; Urteil vom 26.10.2005, 21 K 4418/05, MMR 2006, Seite 263; Gersdorf, in : Berliner Kommentar, TKG 2. Aufl. 2009, § 42 Rn 31).*

Denn die Antragstellerin hat aufgrund der an ihre Endkunden gerichteten Schreiben bereits tatsächlich Kunden verloren und – wie auch die Bundesnetzagentur selbst – Beratungs- und Aufklärungsaufwand in eigenen Call Centern gehabt. Damit liegt eine tatsächliche Beein-

trächtigung der Antragstellerin vor. Auch die Antragsgegnerin bestreitet nicht, dass ihre Bewerbung von Bündelprodukte jedenfalls zu Teilen erfolgreich ist und sie auf diese Weise Verbindungskunden der Antragstellerin als eigene Verbindungskunden gewonnen hat und weiterhin gewinnen kann.

## **(2) Erheblichkeit**

Die Beeinträchtigung ist trotz des geringen Umfangs bislang tatsächlich feststellbarer Auswirkungen vorliegend auch als erheblich anzusehen.

Erheblichkeit ist dann anzunehmen, wenn die Antragstellerin nicht nur in geringfügigem Umfang in tatsächlicher Hinsicht beeinträchtigt ist. Die bloße Gefahr oder Wahrscheinlichkeit einer Beeinträchtigung ist hierfür nicht ausreichend.

*BNetzA, Beschluss vom 02.02.2005, BK3d-04-26, Seite 11 ff.*

An einer tatsächlichen Beeinträchtigung fehlt es daher insoweit als die Antragstellerin geltend macht, die Antragsgegnerin werde im Zukunft ggf. alle zurzeit ca. 13,5 Millionen reinen Anschlusskunden kündigen und dadurch in ein Kundenpotenzial der Antragstellerin eingreifen.

Eine tatsächliche Beeinträchtigung in nicht nur geringem Umfang ergibt sich auch nicht mit Blick auf die Betroffenheit auch anderer Preselection-Anbieter im Markt. Da die Antragsbefugnis nach § 42 Abs. 4 Satz 6 TKG sich nur auf die Verletzung eigener Rechte erstreckt, kann Prüfgrundlage der Rechtsverletzung im Antragsverfahren zunächst auch nur die Betroffenheit der Antragstellerin selbst sein.

Die Antragstellerin hat tatsächliche Betroffenheit in Form von Kundenverlust durch an sie gerichtete Kundenanschriften für einige wenige Fälle nachgewiesen. Ein Zusammenhang zwischen den Schreiben der Antragsgegnerin und den Kündigungen bei der Antragstellerin wird in einzelnen dieser Schreiben erwähnt. Insoweit handelt es sich jedoch nur um Einzelfälle, aus denen sich eine erhebliche tatsächliche Beeinträchtigung nicht herleiten lässt.

Die Antragstellerin hat ferner vorgetragen über [REDACTED] Anrufe in ihren Call Centern zu bewältigen gehabt zu haben. Angesichts des Kundenbestandes der Antragstellerin bei Beginn der Kundenanschriften der Antragsgegnerin (14.04.2009) ist diesem Anrufaufkommen keine erhebliche Bedeutung beizumessen, zumal offenbar nur eine punktuelle Belastung der Call Center zu Beginn der Kündigungsschreiben vorlag und nicht bekannt ist, ob und in welchem Umfang es im Anschluss an Telefonate der Kunden mit der Antragstellerin – wie zwischenzeitlich erfolgte Aufklärung der Kunden durch den Verbraucherschutz der BNetzA und in den Medien - zu einem Wechsel auf Bündelprodukte der Antragsgegnerin gekommen ist.

Nicht zu verkennen ist allerdings, dass sich die Antragstellerin in einer ungünstigen Beweislage befindet insofern als ihre Kunden sich auf Nichtbezug von Leistungen der Antragstellerin beschränken können und eine Kündigung des Vertragsverhältnisses nicht einmal erforderlich ist. Das Dilemma der Antragstellerin wird verstärkt durch den Umstand, dass das Marktsegment Preselection ohnehin in den letzten Jahren stark rückläufig ist, so dass sich Kausalitätsnachweise beim „Abspringen“ von Kunden kaum führen lassen.

Eine erhebliche tatsächliche Beeinträchtigung der Antragstellerin ist – mit Blick auf die konkreten Kündigungswellen zu ISDN-Standard, ISDN-Komfort und T-Net 100 – aber nach Maßgabe der der Kammer vorliegenden Marktdaten gegeben.

Zwar hat die Bundesnetzagentur die Eröffnung eines Missbrauchsverfahrens nach § 42 TKG vom Amts wegen u.a. auch mit Blick auf die Erheblichkeit der Beeinträchtigung abgelehnt, da – selbst für den Fall, dass die Preselection-Anbieter sämtliche ihrer Kunden mit vormals ISDN-Standard, ISDN-Komfort oder T-Net 100-Kunden verlieren würden, es zu einem Einbruch von deutlich unter [REDACTED] im Markt kommen würde. Im Kontext des Gesamtmarktes - wie bezogen auf den gesamten Kundenbestand der Antragstellerin - liegt daher nur eine eher geringfügige Beeinträchtigung vor. Etwas anderes ergibt sich jedoch bei absoluter Betrachtung:

Die Antragsgegnerin hat im Zuge der aktuellen Portfoliobereinigung die Kündigung bzw. Anschreiben an insgesamt [REDACTED] Kunden vorgesehen, von denen [REDACTED] im Zeitpunkt der Entscheidung ein Anschreiben bereits erhalten haben. Damit haben umgerechnet zwar nur etwa [REDACTED] der Kunden der Antragstellerin ein Schreiben der Antragsgegnerin erhalten. Absolut betrachtet ist aber umgerechnet immerhin etwa [REDACTED] Kunden die Kündigung ihres Anschlusses avisiert und alternativ zum bisherigen Leistungsumfang ein Vertragsabschluss über ein höherwertiges Produkt einschließlich Verbindungsleistungen nahe gelegt worden. Ferner sollen bei Fortsetzung des derzeit ausgesetzten Kündigungsprozesses zur ISDN-Standard, ISDN-Komfort und T-Net 100 ca. [REDACTED] Kunden der Antragstellerin kündigungshalber unter Bewerbung (auch) von Bündelprodukten noch angeschrieben werden. Zwar ist der Kammer nicht bekannt, in welchem Umfang die Anschreiben zu Kundenabwanderungen bei der Antragstellerin geführt haben oder noch führen werden. Die Kammer geht jedoch – auch ohne weitere Ermittlungen davon aus – dass, die Werbung der Antragsgegnerin für Bündelprodukte nicht gänzlich erfolglos ist bzw. sein wird und – in Übereinstimmung mit dem derzeitigen Markttrend – nicht nur lediglich einzelne Kunden in Bündelverträge (der Antragsgegnerin) wechseln werden und bislang bei der Antragstellerin bezogene Verbindungsleistungen nicht mehr über diese beziehen werden.

Die Erheblichkeit ist ebenso objektiv wie die Beeinträchtigung zu beurteilen. Mit ihr wird eine Schwelle definiert, die je nach Ausmaß der Marktmacht und Art des kritischen Verhaltens im unternehmerischen und marktmäßigen Kontext festgelegt werden muss

*Schütz in Beck TKG § 42 Rn 85.*

Die Beeinträchtigung in Form von Kundenverlust bei der Antragstellerin wirkt im marktlichen Zusammenhang umso schwerer als die Antragstellerin in der Realisierung ihres (Teil-)Geschäftsmodells „Preselection“ ausschließlich von der Antragsgegnerin abhängig ist insofern nur diese die Möglichkeit zu Preselection auf Anschlüssen eröffnet bzw. eröffnen muss. Kundenrückgewinnungsmöglichkeiten der Antragstellerin im Wettbewerb werden – im ohnehin schon rückläufigen Preselectionmarkt - durch den derzeitigen Trend zu Bündelprodukten erschwert. Die durch Kündigungen der Antragsgegnerin ausgelöste Abwanderung auch prozentual kleinerer Kundengruppen trifft die Antragstellerin in dieser Situation faktisch spürbar.

Die Antragstellerin ist bei – im vorliegenden Fall gerechtfertigter - Betrachtung absoluter Fallzahlen durch die Anschreiben der Antragsgegnerin daher in nicht nur geringfügigem Umfang tatsächlich beeinträchtigt.

### **(3) Unbilligkeit bzw. fehlende sachliche Rechtfertigung**

Die Beeinträchtigung ist jedoch nicht als unbillig zu werten.

Bei der Frage nach der Unbilligkeit der Behinderung bzw. der fehlenden sachlichen Rechtfertigung der Beeinträchtigung ist – ebenso wie in § 20 Abs. 1 GWB – eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Danach sind die Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Zielsetzungen des Telekommunikationsgesetzes, insbesondere der Förderung des Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation, gegeneinander abzuwägen

*BVerwG, Beschluss vom 16.03.2006 – 6 B 10/06, Rdn 7; VG Köln, Urteil vom 26.10.2005, 21 K 3468/05, Rdn 29; Urteil vom 26.10.2005, 21 K 4418/95, Rdn 43, 53*

Diese Abwägung kann grundsätzlich nur einzelfallbezogen erfolgen, wobei jedoch die in § 2 Abs. 2 TKG angeführten Ziele des Telekommunikationsgesetzes einen wesentlichen Maßstab zur Gewichtung und Bewertung bieten, an dem sich die Individualinteressen zu messen haben.

Da der Missbrauchsvorwurf ein Unwerturteil enthält, kann er nur erhoben werden, wenn die Interessenabwägung zu einem hinreichend eindeutigen Ergebnis führt

vgl. BGHZ 163, 282 (295).

Bei der Interessenabwägung ist als Ausgangspunkt zu beachten, dass auch Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht eine grundrechtlich geschützte unternehmerische Freiheit zukommt, ihre wirtschaftliche Betätigung und das Angebot ihrer Leistungen selbst zu bestimmen.

BGHZ 156, 379 (389).

Es ist ihnen nicht untersagt, am Wettbewerb teilzunehmen und im Wettbewerb erfolgreich zu sein, auch wenn sich ihr Erfolg für Mitbewerber nachteilig auswirkt

BGHZ 81, 322 (339).

Missbräuchliches Verhalten ist nur bei wettbewerbsfremden Verhalten anzunehmen

OVG Münster, MMR 2003, 426 (428).

Hiervon ist auszugehen, wenn der auf dem Markt noch bestehende Wettbewerb mit Mitteln behindert wird, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf Grundlage der Leistungen der Wirtschaftsbeteiligten abweicht

OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 1935 (1939).

Echter Leistungswettbewerb, der mit wettbewerbs- und marktkonformen Maßnahmen durchgeführt wird, ist hingegen selbst dann zulässig, wenn es hierdurch zu einer Verstärkung der Marktposition kommt

KG, WuW/E OLG 2403(2406).

Zwar unterliegt die Antragsgegnerin aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung im Anschlussmarkt in wettbewerbllicher Hinsicht dem Gebot der Rücksichtnahme, das heißt: Die Antragsgegnerin muss bei der Verfolgung ihrer berechtigten wirtschaftlichen Ziele in verhältnismäßigem Maße Rücksicht auf die Belange anderer nehmen. Unnötige Beeinträchtigungen sind grundsätzlich missbräuchlich; bei der Durchsetzung eigener berechtigter Belange ist das mildeste, die Betätigungsfreiheit Dritter und die Freiheit des Wettbewerbs am wenigsten beeinträchtigende Mittel zu wählen

BGHZ 81, 322, 340f; Roth, in Scheuerle/Mayen, a.a.O., § 42 Rdn. 27 m.w.N..

Bei der Interessenabwägung ist aber zu beachten, dass auch marktmächtigen Unternehmen eine grundrechtlich geschützte unternehmerische Freiheit zukommt, ihre wirtschaftliche Betätigung und das Angebot ihrer Leistungen selbst zu bestimmen

BGHZ 156, 379 (389).

Ein Abweichen vom Leistungswettbewerb oder wettbewerbsfremdes Verhalten der Antragsgegnerin ist aber nicht darin zu erkennen, dass die Antragsgegnerin anlässlich von Vertragsbeendigungen versucht, ihre (dann ehemaligen) Kunden als Kunden modernerer, marktgängiger Produkte zu halten bzw. neu zu gewinnen.

#### **(a) Entscheidung zur Portfoliobereinigung nicht unbillig**

Festzustellen ist zunächst, dass die Antragsgegnerin berechtigt ist, ihr Produktangebot im Rahmen der Grenzen des TKG und ggf. darauf beruhender Verfügungen nach Maßgabe unternehmerischer Entscheidung selbst zu gestalten

vgl. BGHZ 156, 379 (389).

Da weder das TKG noch ergangene Regulierungsverfügungen die Antragsgegnerin zum Angebot gerade der hier fraglichen Anschlüsse verpflichten, ist die Tatsache, dass die Antragsgegnerin sich entschlossen hat diese seit Jahren nicht mehr aktiv vermarkteten Anschlussarten aus dem Markt zu nehmen, nicht als unbillig anzusehen.

**aa) keine Angebotspflicht nach TKG**

Die Antragsgegnerin ist nach TKG bzw. darauf beruhender Verfügungen nicht verpflichtet, gerade die Anschlussarten ISDN-Standard, ISDN-Komfort und T-Net 100 in ihrem Angebot zu führen. Zwar obliegt der Antragsgegnerin nach § 78 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 150 Abs. 9 TKG derzeit die Verpflichtung zum Angebot eines Anschlusses an ein öffentliches Telefonnetz an einem festen Standort und der Zugang zu öffentlichen Telefondiensten an einem festen Standort mit – soweit technisch möglich – den Dienstmerkmalen Anklopfen, Anrufweiterleitung und Rückfrage/Makeln; mithin bis auf Weiteres die Verpflichtung zum Angebot eines reinen Telefonanschlusses. Dieser Verpflichtung kommt die Antragsgegnerin aber jedenfalls mit dem Angebot des Produkts „Call Plus“ nach.

Eine Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Produkte ISDN-Standard, ISDN-Komfort und T-Net 100 im Verhältnis jedenfalls zu Preselection-Kunden von Wettbewerbern ergibt sich auch nicht aus § 40 Abs. 1 TKG.

Die Betreiber(vor)auswahl nach § 40 TKG stellt nach ständiger Spruchpraxis der BNetzA eine Leistung des regulierten Unternehmens gegenüber seinen Endkunden und keine Zugangsleistung nach § 21 TKG dar

*Stamm in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 40 Rn 37 m.w.N.*

Interessen der Antragstellerin werden hierüber nicht geschützt. Die Verpflichtung gegenüber Endkunden erfüllt die Antragstellerin durch die Bereitstellung des Produktes „Call Plus“.

Die Antragsgegnerin war und ist demnach berechtigt, die Produkte ISDN-Standard, ISDN-Komfort und T-Net 100 „vom Markt zu nehmen“.

**bb) Einstellungsinteresse**

Der Antragsgegnerin ist zudem ein berechtigtes Interesse daran zuzuerkennen, ihr Leistungsangebot wechselnden Marktanforderungen anzupassen und Produkte, die nicht mehr marktgängig sind oder der technischen Anforderungen nicht mehr genügen aus dem Angebot zu nehmen. Insofern können Wettbewerber nicht verlangen, dass die Antragsgegnerin auf ein „Abmanagen“ von Produkten verzichtet, um deren Kundenbestand nicht in Frage zu stellen. Anderenfalls würde die Angebotspalette der Antragsgegnerin unabhängig von Marktentwicklungen „eingefroren“ und deren Portfolio mit Angebotsverpflichtung außerhalb einer Universaldienstverpflichtung belastet, die auch betriebswirtschaftlich und technisch ggf. nicht sinnvoll ist.

Die Entscheidung der Antragsgegnerin, die seit Jahren nicht mehr aktiv vermarkteten Produkte ISDN-Standard, ISDN-Komfort und T-Net 100 einzustellen, ist daher als solche nicht zu beanstanden. Dass diese Entscheidung unternehmerische – nicht zuletzt auch durch Kosten begründete - Ursachen hat, kann der Antragsgegnerin nicht widerlegt werden. Die Antragsgegnerin hat hierzu vorgetragen, die Produkte seien mittlerweile preislich und in sonstigen Konditionen veraltet und daher auch seit 28.05.2005 nicht mehr aktiv vermarktet worden. Das Nebeneinander von Neu- und Altprodukten führe zu vermeidbaren Mehrkosten für paralleles Prozess- und Produktmanagement. Zugleich würde das Produktangebot übersichtlicher.

Die Antragsgegnerin hat auch nicht zugestanden, die Produkte allein mit der Zielsetzung der Vermarktung von Bündelprodukten vom Markt zu nehmen. Die entsprechende Interpretation der schriftsätzlichen Äußerungen der Antragsgegnerin durch die Antragstellerin ist nicht berechtigt. Die Antragsgegnerin hat lediglich ausgeführt, die Tatsache der Kündigung zur Anschlussbewerbung anderer Produkte aufzugreifen.

### **cc) keine Behinderungsstrategie**

Nach alledem kann nicht festgestellt werden, dass die Einstellung der hier fraglichen Produkte einer gegen die Antragstellerin bzw. gegen Preselection-Anbieter insgesamt gerichteten (Behinderungs)Strategie entspräche. Insbesondere rechtfertigt der Vortrag der Antragstellerin, die Kündigungen seien „technische“ nicht geboten und stellten sich bei ökonomischer Betrachtung als „reiner Tarifwechsel“ dar, nicht den Schluss auf eine (Behinderungs)Strategie oder beweisen eine solche.

### **(b) Ausspruch von Kündigungen nicht unbillig**

Der Antragsgegnerin ist auch nicht vorzuwerfen, die Portfoliobereinigung mit dem Instrument der Kündigung durchzuführen.

Ein Missbrauchsvorwurf scheidet aus, wenn und soweit dem Unternehmen durch Gesetz

*vgl. BVerfG, NJW 2007, 51 (56)*

oder Verwaltungsakt ein bestimmtes Verhalten verbindlich vorgeschrieben ist und ihm kein Entscheidungsspielraum verbleibt

*BVerwG, Beschluss vom 19.07.2005 – 6 B 38.05 S. 3 f; BGH MMR 2004, 470 (471); BGH, MMR 2007, 585 (586).*

Entsprechend liegt der Fall hier:

### **aa) keine rechtliche Alternative zur Kündigung**

Die Kündigungen stellen keine unnötige Beeinträchtigung anderer Unternehmen dar, denn die Antragsgegnerin hat rechtlich keine Alternative zur Kündigung. Eine Überführung der Kunden in andere Verträge, z.B. nach Call Plus, im Wege einer Tarifänderung über AGB ist nicht zulässig.

Die Kunden können nicht – unter Aufrechterhaltung der bestehenden Verträge - über AGB mit entsprechendem Sonderkündigungsrecht in ein anderes Vertragsverhältnis „überführt“ werden. Hinsichtlich der Anschlüsse ISDN-Standard und ISDN läge insoweit zwar eine „Überführung“ der ISDN-Kunden in das nahezu äquivalente Produkt Call Plus Universal (Preis, Laufzeit) nahe, um die Leistung in größtmöglichem Umfang und zu den am meisten ähnlichen Konditionen fortführen zu können. Der Weg einer Überleitung des Kunden in ein anderes Vertragsverhältnis ist aber rechtlich nicht eröffnet, denn vertragsrechtlich handelt es sich eben nicht um einen „reinen Tarifwechsel“ unter Fortbestand des bestehenden Vertragsverhältnisses.

Zwar ist die Antragsgegnerin ausweislich Ziffer 7.2 der AGB (Stand: 24.02.2007) für T-ISDN und „T-Net“-Anschlüsse berechtigt, Änderungen ihrer Preise und der jeweiligen Leistungsbeschreibung vorzunehmen, indem die Änderungen dem Kunden mitgeteilt und ein Sonderkündigungsrecht eingeräumt wird. Die AGB-Änderungsklausel ist aber nach der Rechtsprechung des BGH unwirksam, weil sie den Kunden unangemessen benachteiligt. Der BGH hat mit Urteil Az: III ZR 63/97 vom 11.10.2007 eine nahezu wortgleiche Klausel von T-Online als unvereinbar mit § 307 Abs. 1 BGB gewertet.

Um die alten Produkte „abzumanagen“ und ggf. andere Vertragsverhältnisse zu begründen (Migration) verbleibt der Antragsgegnerin rechtlich daher nur der Weg einer Kündigung des bestehenden Vertragsverhältnisses.

### **bb) kein „milderes“ Mittel im Rahmen des Rücksichtnahmegebots**

Zwar könnte im Rahmen des Rücksichtnahmegebots daran gedacht werden, ein „Abmanagen“ von Altprodukten im Wege der Bewerbung alternativer Produkte zu erreichen. Die Antragsgegnerin hat aber vorgetragen, dass sich dieser Weg bei den hier fraglichen bereits seit

Jahren mit anderen Produkten beworbenen verbliebenen Bestandskunden, als nicht hinreichend zielführend erwiesen hat. Es handelt sich um eine Kundengruppe, die – aus welchen Gründen auch immer – aus eigenem Antrieb offenbar keinen Vertragswechsel wünscht. Die Antragsgegnerin kann ihr nicht zu beanstandendes Ziel, die Altprodukte aus dem Markt zu nehmen, daher letztlich durch keinen anderen – weniger einschneidenden – Weg als die einseitige Beendigung der Vertragsverhältnisse erreichen.

Im Übrigen würde auch der Weg einer Migration über Werbung für andere Produkte zu der von der Antragstellerin beklagten Behinderung führen, da sie auch in diesem Falle einen Kundenverlust zu gewärtigen hätte.

**cc) keine „technische“ Betrachtung des Kündigungserfordernisses**

Der Einwand der Antragstellerin, die Kündigungen seien technisch nicht geboten, der Anschluss als solcher bleibe geschaltet, in Wirklichkeit handele es sich allein um eine „Tarifumstellung“, mag bei technischer und ökonomischer Betrachtung zutreffen, ändert aber nichts an dem Umstand, dass der Antragsgegnerin im Verhältnis zum Kunden allein entscheidende rechtliche Alternativen zur Kündigung nicht zur Verfügung stehen. Ist die Antragstellerin im Rahmen ihrer unternehmerischen Handlungsfreiheit zur Produkteinstellung berechtigt, muss hingenommen werden, dass dies ggf. auch im Wege der Kündigung geschieht.

**dd) keine gezielte Behinderung der Antragstellerin**

Dafür, dass Kündigungen gezielt und in erster Linie gegenüber Kunden der Antragstellerin oder anderer Preselection-Anbieter durchgeführt worden wären, liegen keine Anhaltspunkte vor.

**(c) Bewerbung von Bündelprodukten im Rahmen von „Kündigungsschreiben“ nicht unbillig**

Die Bewerbung anderer als reiner Telefonanschlussprodukte im Zusammenhang mit der Kündigungen reiner Telefonanschlussprodukte (ISDN-Standard; ISDN-Komfort, T-Net 100) begründet keinen Missbrauchsvorwurf gegenüber der Antragsgegnerin.

**aa) berechtigtes Interesse der Antragsgegnerin**

Die Antragsgegnerin entspricht mit der bevorzugten Bewerbung von Bündelprodukten einem gegenwärtigen Nachfragetrend im Markt. Das Angebot von Bündelprodukten bietet unternehmensseitig wie für den Kunden den Vorteil fest kalkulierbarer, d.h. nutzungsunabhängig anfallender Preise und Kosten. Der nutzungsunabhängigen Preisgarantie steht eine Vertragslaufzeit von mindestens einem Jahr gegenüber, die dem Unternehmen den Vorteil entsprechend längerer Kundenbindung bietet. Die bevorzugte Vermarktung von Bündelprodukten entspricht daher unternehmerisch berechtigtem Interesse.

Das grundsätzlich berechtigte Interesse der Antragsgegnerin an einer primären Vermarktung von Bündelprodukten besteht gerade und insbesondere gegenüber Kunden, die bislang „nur“ reine Anschlussprodukte in Anspruch nehmen. Hier liegt ein Kundenpotenzial von zurzeit ca. noch 13 Mio. Kunden, die potenziell in Bündelverträge „überführt“ werden könnten. In den hier fraglichen Altverträgen ISDN-Standard, ISDN-Komfort und T-Net 100 befanden sich bei Beginn der Portfoliobereinigung Mitte April 2009 insgesamt [REDACTED] Kunden, bei denen seitens der Antragsgegnerin ein unternehmerisch berechtigtes Interesse an einer Bewerbung mit Bündelprodukten bestand.

Dass die Antragsgegnerin – außerhalb von Kündigungen - bisherige reine Anschlusskunden als potenzielle Kunden von Wettbewerbern im Anschluss- oder Verbindungsmarkt nicht mit Bündelprodukten sollte bewerben dürfen, ist nicht ersichtlich. Auch einem marktbeherrschenden Unternehmen ist nicht untersagt, am Wettbewerb teilzunehmen und im Wettbewerb erfolgreich zu sein, auch wenn sich sein Erfolg für Wettbewerber nachteilig auswirkt

BGHZ 81, 322 (339).

#### **bb) Rücksichtnahmegebot verbietet keine Bewerbung**

Bewerbungseinschränkungen bezüglich der Kunden gerade der Antragstellerin oder anderer Preselection-Anbieter ergeben sich auch nicht mit Blick auf das Rücksichtnahmegebot.

(Dass die Antragsgegnerin davon Abstand nimmt, die Kunden anderer Preselection-Anbieter oder schlicht Anschlusskunden als potenzielle Kunden im Rahmen von Kündigungen mit Bündelprodukten zu bewerben, kann – die Beschlusskammer ggf. von Amts wegen anordnen - die Antragstellerin jedoch nicht verlangen, da es insoweit an tatsächlicher eigener Betroffenheit der Antragstellerin fehlt (s.o.: Ausführungen zur Zulässigkeit).

Von den [REDACTED] Kunden in zu kündigenden Alt-Verträgen verfügen umgerechnet ca. [REDACTED] über Preselection-Einstellungen. Der Anteil der Kunden der Antragsgegnerin daran beträgt entsprechend deren Marktanteil ca. [REDACTED] Kunden, also ca. [REDACTED] aller anzuschreibenden Kunden.

Nach dem Gebot des mildesten Mittels gilt, dass Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht bei der Verfolgung berechtigter wirtschaftlicher Ziele in verhältnismäßigem Maße Rücksicht auf die Belange anderer nehmen muss. Danach sind unnötige Beeinträchtigungen grundsätzlich missbräuchlich; bei der Durchsetzung eigener berechtigter Belange ist das mildeste, die Betätigungsmöglichkeit Dritter und die Freiheit des Wettbewerbs am wenigsten beeinträchtigende Mittel zu wählen

BGHZ 81, 322 (340f.).

Die Bewerbung auch der durchschnittlich ca. [REDACTED] der anzuschreibenden Altkunden, die bislang Preselection-Leistungen bei Wettbewerbern bezogen haben, mit Bündelprodukten, stellt sich nach Lage des Falles aber nicht als unnötige Beeinträchtigung dar.

Die fraglichen Kunden sind im Zeitraum vor den Kündigungsschreiben bereits mehrfach mit Bündelprodukten beworben worden, ohne die Leistungsbeziehungen zu Preselectionanbietern deshalb aufgegeben zu haben. Eine Beeinträchtigung geht daher nicht von der Bewerbung als solcher, sondern allenfalls von der Bewerbung von Bündelprodukten „im Kontext einer Kündigung“ aus.

#### **(d) Bewerbung im Kontext der Kündigung nicht unbillig**

##### **(1) Kein Ausdruck von Nichtleistungswettbewerb**

Die Bewerbung von Bündelprodukten im Kontext der Kündigung verstößt gegen kein gesetzliches Verbot und ist insofern nicht als Ausdruck von Nichtleistungswettbewerb einzuordnen. Ein Verbot der Bewerbung eigener (alternativer) Produkte im Zusammenhang mit Kündigungen ergibt sich insbesondere nicht aus UWG oder den von der Antragstellerin erstrittenen Eilentscheidungen. Gegenstand dieser Verfahren war der Inhalt der an die Endkunden gerichteten Anschreiben vornehmlich unter dem Gesichtspunkt der Irreführung, nicht aber die Frage, ob es der Antragstellerin – z.B. mit Blick auf § 40 TKG – verboten sein könnte, im Zuge der Kündigung von Anschlussprodukten andere Produkte als Folgeprodukte zu bewerben.

##### **(2) Rücksichtnahmegebot nicht verletzt**

Auch das Rücksichtnahmegebot gebietet nicht, von einer Bewerbung der gekündigten bzw. zu kündigenden Anschlusskunden zum Schutze der Antragstellerin abzusehen. Denn die

Bewerbung der Kunden mit Bündelprodukten an sich stellt – auch im Zusammenhang mit Kündigungsschreiben - keine unnötige Beeinträchtigung der Antragstellerin dar. Die im nachteiligen Wirkungszusammenhang mit den Kundeanschriften stehende Beeinträchtigung der Antragstellerin besteht in einer Kundenabwanderung auf Seiten der Antragstellerin; sei es zugunsten der Antragsgegnerin, sei es zugunsten anderer Anschlussanbieter. Die Kundenabwanderung wird aber nicht hervorgerufen dadurch, dass die Antragstellerin im Zusammenhang der Schreiben ihre Bündelprodukte bewirbt, sondern dadurch, dass sie die Kunden nicht (zugleich) darauf hinweist, dass diese bei ihr auch weiterhin ein – den bisher von ihnen in Anspruch genommenen Leistungen vergleichbares – reines Anschlussprodukt, z.B. Call Plus mit einer Kündigungsmöglichkeit von 6 Tagen, beziehen können.

Kunden, die einen Hinweis darauf erhalten, neben angepriesenen neuen (Bündel)Produkten weiterhin auch ein dem gekündigten Produkt vergleichbares Produkt beziehen zu können, haben die Möglichkeit das Für- und Wider der Angebote (z.B. die Vorteile einer Flatrate gegenüber nutzungsabhängiger Bezahlung von Verbindungen, ggf. zu speziellen Zielen auch im Ausland; die Vorteile kurzer Kündigungsfristen und Wechselmöglichkeiten auf andere Produkte oder Anbieter gegenüber Kostenvorteilen bei längerer Vertragsbindung) entsprechend ihrem individuellen Telekommunikationsverhalten für sich selbst abzuwägen. Insoweit steht es im Interesse der Nutzer (§ 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG) eine weitgehend freie Entscheidung des Kunden im Wettbewerb um Produkte und Anbieter zu ermöglichen. Eine solche freie Entscheidungsmöglichkeit wäre – ebenso wenig wie bei einer ausschließlichen Bewerbung von Bündelprodukten – aber nicht gewährleistet, wenn der gekündigte bzw. zu kündigende Kunde als Folgeprodukte ausschließlich auf reine Anschlussprodukte hingewiesen würde. Insofern steht es nicht nur im Interesse der Antragsgegnerin sondern auch der Kunden, umfassend über die Angebotspalette der Antragsgegnerin informiert zu werden.

Dies gilt in besonderem Maße in der Situation einer Kündigung, da zu diesem Zeitpunkt nicht nur ein allgemeines Informationsbedürfnis, sondern ein Handlungs- bzw. Entscheidungszwang des Kunden eintritt, dem dieser durch sonst z.B. mögliches Ignorieren von Produktbewerbung nicht ausweichen kann. Wird der Kunde unter den Zwang gesetzt, sich neu für ein Telekommunikationsprodukt entscheiden zu müssen, muss ihm in Interesse möglichst unverfälschten Wettbewerbs die weitestgehend freie und unbeeinflusste Wahl zwischen allen verfügbaren Produkten und allen Anbietern offen stehen. Die Wahlmöglichkeiten des Kunden, die die Antragstellerin zu Recht bei ausschließlicher Bewerbung von Anschlussprodukten als unnötig beeinflusst bezeichnet, würden in vergleichbarer Weise aber eingeengt, wenn der Kunde im Zusammenhang mit Kündigungen ausschließlich auf den Bezug reiner Anschlussprodukte als Folgeprodukte hingewiesen würde. Zwar entspricht es der berechtigten Interessenlage der Antragstellerin, möglichst keine Kundenverluste anlässlich unternehmerischer Entscheidungen der Antragsgegnerin zu Produkteinstellungen hinnehmen zu müssen. Das zu schützende Interesse der Antragstellerin findet seine Grenze aber an der ebenfalls schutzwürdigen Entscheidungsfreiheit des Kunden. Entscheidet sich ein Kunde in der Situation der Kündigung durch die Antragsgegnerin in Kenntnis der Möglichkeit weiterhin ein reines Anschlussprodukt beziehen zu können, abermals für ein Vertragsverhältnis mit der Antragstellerin und dafür, das Produkt anlässlich der Kündigung zu wechseln, hat die Antragstellerin diese Entscheidung des Kunden hinzunehmen ebenso wie sie z.B. den Wechsel eines durch die Kündigung verärgerten Kunden zu einem Wettbewerber hinnehmen muss, der bei ihr ebenso zum Kundenverlust führt.

Auf die Frage, ob die Herbeiführung der Kündigungssituation durch die Antragsgegnerin die Verfolgung der ansonsten berechtigten Bewerbungsanliegen ausschließt oder, ob die Bewerbung ausschließlich von Anschlussprodukten überhaupt als „milderes Mittel“ im Sinne des Rücksichtnahmegebots anzusehen ist, kommt es angesichts der überragenden Interessen der Kunden nicht an.

**1.2 Hilfsantrag zu I.1:**

**(Keine Verpflichtung zur Bewerbung ausschließlich von Call Plus oder Call Start)**

Mit Hilfsantrag zu I.1 begehrt die Antragstellerin der Antragsgegnerin aufzugeben,

*bei Beendigung von T-Net 100 die Bewerbung oder das Angebot anderer Tarife als „Call Plus“ oder „Call Start“ zu untersagen.*

Der Hilfsantrag zu I. 1 ist unbegründet.

**(1) kein Verstoß gegen Rücksichtnahmegebot**

Eine Verpflichtung, die Kunden in den zu kündigenden Vertragsverhältnissen vergleichbaren Verträgen zu halten bzw. die Wiedergewinnung dieser Kunden auf äquivalente Leistungen zu beschränken, könnte sich nur aus dem Rücksichtnahmegebot ergeben. Nach den Ausführungen zum Antrag zu 1.1 ist die Antragsgegnerin aber nicht verpflichtet, mit Rücksicht auf die Antragstellerin gegenüber (ehemals) gemeinsamen Kunden auf die Bewerbung anderer Produkte ihrer Angebotspalette zu verzichten. Berücksichtigt man den Umstand, dass der Kunde mit Ausspruch einer Kündigung für die Antragsgegnerin zunächst „verloren“ ist, die Antragsgegnerin den Kunden also als potenziellen Kunden auch für alle Wettbewerber freigibt, würde eine Werbebeschränkung im Interesse der Antragstellerin auf eine Forderung nach Förderung fremden Wettbewerbs zum eigenen Nachteil hinauslaufen, die auch vom Marktbeherrscher nicht verlangt werden kann

*BGHZ 163, 296 (310).*

Der Antragstellerin steht im Rahmen der Interessenabwägung kein die Interessen der Kunden an Information über die Möglichkeiten neuer Vertragsabschlüsse überwiegendes Interesse auf Bewerbung ausschließlich dem gekündigten Vertrag äquivalenter Produkte zu.

**(2) Bewerbung von Call Basic gegenüber T-Net 100-Kunden nicht missbräuchlich**

Selbst wenn man ein Recht auf „Bewerbung ausschließlich äquivalenter Tarife“ bejahen würde, stellte sich die von der Antragsgegnerin beabsichtigte Bewerbung von „Call Basic“ gegenüber T-Net 100 Kunden nicht als missbräuchlich dar.

Der Vertrag über T-Net 100 beinhaltet neben der Überlassung eines Telefonanschlusses die Möglichkeit (in unbegrenztem Umfang) zu einem gegenüber den allgemeinen Verbindungsentgelten günstigeren Tarif zu telefonieren: Der Vertrag über **T-Net 100** beinhaltet ausweislich der AGB neben der Überlassung eines Telefonanschlusses insbesondere die Überlassung eines virtuellen Anrufbeantworters im Netz der Antragsgegnerin sowie die Anrufweiterleitung. Gegen ein zusätzliches Entgelt konnte der Tarif „Activ Plus“ hinzugebucht werden, der gegenüber den allgemeinen geltenden Verbindungsentgelten günstigere Verbindungsentgelte bei Auslandsverbindungen ermöglichte. Gegen einen weiteren zusätzlichen Aufpreis konnte der Tarif „enjoy“ hinzugebucht werden, mit dem im nationalen Festnetz Telefonate für 12 Cent pro Stunde geführt werden konnten.

Demgegenüber wird bei „**Call Plus**“ lediglich ein Anschluss überlassen. Über diesen Anschluss bei der Antragsgegnerin in Anspruch genommene Verbindungen werden nutzungsabhängig zu den Konditionen der allgemeinen Verbindungsentgelte berechnet.

Die Produkte „T-Net 100“ und „Call Plus“ unterscheiden sich demnach dadurch, dass der Kunde bei T-Net 100 Sonderkonditionen für Verbindungsaufkommen erhält. Insofern handelt es sich bei T-Net 100 – anders als bei ISDN-Standard und ISDN-Komfort – nicht um ein reines Anschlussprodukt.

Das Produkt „**Call Basic**“ ähnelt **T-Net 100** insofern als auch hier – abhängig vom Typ des Telefonanschlusses – Verbindungsleistungen im Überlassungsentgelt bereits enthalten sind. Bei **Call Basic Standard** (Analogvariante des Telefonanschlusses) beträgt das bereits mitbezahlte Verbindungsaufkommen 120 Verbindungsminuten in das nationale Festnetz. Bei **Call Basic Universal** (ISDN-Variante des Telefonanschlusses) beträgt das mitbezahlte Verbindungsaufkommen 240 Minuten im Monat. Unter dem Aspekt von mit der Überlassung eingekaufter günstigerer Verbindungsentgelte wäre Call Basic damit der dem bisher vom Kunden in Anspruch genommen Leistungsumfang T-Net 100 aus Sicht des Kunden das am ehesten vergleichbare Produkt (äquivalentes Produkt). Bei T-Net 100 wie bei Call Basic ist die Verbindungsminute rechnerisch günstiger zu haben als beim reinen Anschlussprodukt Call Plus, für das die (höheren) allgemeinen Verbindungsentgelte gelten.

Es lässt sich auch nicht feststellen, dass für den Anteil von [REDACTED] an Preselection-Kunden im Bereich T-Net 100 (an dem die Antragstellerin ihrerseits entsprechend ihrem Marktanteil einen Anteil von ca. [REDACTED] hält, also ca. [REDACTED] Kunden betroffen sein müssten) ein anderes Produkt, nämlich Call Start, als „äquivalent“ anzusehen wäre.

Abgesehen davon, dass zunächst eine Herausfilterung und Sonderbehandlung der T-Net 100-Kunden mit Preselection-Einstellung (und eine weitere Aussonderung der Kunden gerade der Antragstellerin erforderlich wäre), was Fragen der Gleichbehandlung und Erheblichkeit aufwirft, kann ein Missbrauchsvorwurf, da er ein Unwerturteil enthält, nur erhoben werden, wenn die Interessenabwägung zu einem hinreichend eindeutigen Ergebnis führt

*BGHZ 163, 282 (295).*

Ob aus Sicht eines Preselection-Kunden mit T-Net 100-Vertrag, Call Start oder Call Basic dem bisherigen Leistungsumfang am ehesten entspricht, lässt sich aber objektiv nicht mit hinreichender Eindeutigkeit feststellen.

Das monatliche Überlassungsentgelt für **Call Start** ist mit gegenwärtig 17,95 € brutto (Analoganschluss) bzw. 25,95 € (ISDN-Anschluss) um einen Euro günstiger als das Produkt Call Plus. Damit deutet bereits der Endkundenpreis darauf hin, dass es sich nicht um ein T-Net 100 vergleichbares Produkt mit vergünstigten Verbindungsentgelten handeln kann. Call Start beinhaltet ein ganztägig einheitliches Verbindungsentgelt und unterscheidet, anders als Call Plus, in den Verbindungspreisen nicht zwischen Haupt- und Nebenzeiten. Die Preisbildung der Verbindungsentgelte bei Call Start beruht auf einer Mischkalkulation des Verbindungsaufkommens in der Verteilung über die Verkehrszeiten. Der Kunde erkauft sich damit – anders als bei T-Net 100 – nicht günstigere Verbindungsminuten. Insofern handelt es sich anders als bei „Aktiv Plus“ und „enjoy“ nicht um einen „Optionstarif“. Damit lässt sich aber objektiv nicht feststellen, ob eher Call Start oder Call Basic dem Leistungsumfang von T-Net 100 entspricht.

Um ermitteln zu können, welches das äquivalente Produkt im Vertragsverhältnis zum gekündigten Preselection-Kunden mit T-Net 100-Vertrag ist, müsste das genaue Nutzungsverhalten des einzelnen Kunden bekannt sein. Kunden z.B., die etwa berufsbedingt vorwiegend in der Abend- und damit in der günstigeren Nebenzeit telefonieren, könnten T-Net 100 vergleichbare Rechnungen ggf. am ehesten bei einem Vertragsabschluss über Call Plus erhalten; es sei denn sie telefonieren nicht mehr als 120 bzw. 240 Minuten, denn dann entspräche Call Basic am ehesten dem bisherigen Leistungsumfang von T-Net 100.

Kunden, die vorzugsweise in der Hauptverkehrszeit telefonieren, erzielen ein T-Net 100 am ehesten vergleichbares Aufkommen von Verbindungsentgelten, wenn sie einen Vertrag über Call Start abschließen; es sei denn sie telefonieren weniger als 120 bzw. 240 Minuten im Monat.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, T-Net 100-Kunden, die über eine Preselection-Einstellung (auf die Antragstellerin) verfügten, würden Verbindungen ohnehin nur über Preselection-Anbieter abwickeln, so dass Verbindungsentgelte auf Seiten der Antragsgegnerin nicht anfielen, ein Angebot über Verbindungsleistungen neben der Überlassung eines Anschlusses also nicht erforderlich und in diesem Sinne nicht dem bisherigen Leistungsumfang äquivalent sei. Denn Kunden, die sich für T-Net 100 entschieden haben und daneben über eine Preselection-Einstellung verfügen, haben – aus welchen Gründen auch immer – eine (bewusste) Entscheidung dahingehend getroffen, gleichzeitig Verbindungsleistungen einerseits bei der Antragsgegnerin einzukaufen, andererseits über alternative Anbieter zu beziehen. Diese Kunden können Verbindungsleistungen der Antragsgegnerin bei bestehender Preselection Call-by-Call über die Vorwahl 01033 in Anspruch nehmen. Ein Vertragsabschluss über T-Net 100 war wirtschaftlich interessant nur für Kunden, die günstigere Verbindungsentgelte in Anspruch nehmen wollten. Denn wäre es diesen nur um die Merkmale des Anschlusses gegangen, hätten günstigere Produkte wie etwa Call Plus oder Call Start zur Verfügung gestanden.

Soweit andererseits Preselection-Kunden, die über einen T-Net 100-Anschluss verfügen, sich nicht darüber bewusst sein sollten, monatlich ein Verbindungsaufkommen bei der Antragsgegnerin mit zu bezahlen, dass sie gar nicht benötigen oder nach Einstellung der Preselection nur durch Vorwahl Call-by-Call in Anspruch nehmen können, kann der Antragstellerin kein schützenswertes Interesse daran zuerkannt werden, solche Kunden nicht aufzuklären und in vergleichbaren Vertragsverhältnissen zu halten.

### **(3) Allerdings: Missbrauchsvorwurf mangels Hinweis auf Telefonanschlussprodukte**

Ein Missbrauchsvorwurf war bei Beginn der Kündigungsaktion allerdings insoweit begründet als die bisherigen Schreiben der Antragsgegnerin einen Hinweis darauf vermissen ließen, dass der gekündigte bzw. zu kündigende Kunde als Nachfolgeprodukte auch ein dem bisherigen Leistungsumfang entsprechendes reines Telefonanschlussprodukt wie z.B. Call Plus beauftragen kann.

Zwar enthalten die Schreiben einen Hinweis auf die Homepage der Antragsgegnerin, über die die AGB sämtlicher Produkte eingesehen werden können. Der Kunde, so er als bislang reiner Anschlusskunde (jedenfalls bei der Antragsgegnerin), denn über einen Internetanschluss verfügt, könnte bei entsprechender Recherche mithin selbst feststellen, dass weiterhin reine Anschlussprodukte beauftragbar sind. Der Hinweis allein auf die Homepage, war bei gleichzeitig verbal ausschließlicher Bewerbung von Bündelprodukten als Nachfolgeprodukte aber nicht geeignet, die Herbeiführung von Informationsdefiziten bei den Kunden zu Lasten der Antragstellerin zu vermeiden. Dies gilt umso mehr als den Kunden jedenfalls verbal die Information nur über „Call Comfort“ nahe gelegt wird. („Call Comfort können sie auch schnell und Bequem in Internet bestellen unter [www.t-home.de/anschlussumstellung](http://www.t-home.de/anschlussumstellung) und im Telekom Shop in Ihrer Nähe“ bzw. „Über Call Comfort können Sie sich auch bequem im Internet informieren unter [www.t-home.de/Anschlussumstellung](http://www.t-home.de/Anschlussumstellung) und im Telekom Shop in Ihrer Nähe“).

Auch der in den Schreiben enthaltene Hinweis auf eine Beratungsrufnummer ersetzte qualitativ den fehlenden verbalen Hinweis auf die weitere Existenz reiner Anschlussprodukte nicht. Ein Kunde, der keine Kenntnis davon hat, weiterhin einen reinen Telefonanschluss beziehen zu können, geht bereits mit einem Aufklärungsdefizit in ein Telefonat, dessen Ziel ausweislich der von der Antragsgegnerin überreichten Schulungsunterlagen auf Seiten des Beraters darin besteht, in erster Linie Bündelprodukte zu vermarkten.

Ein im Schreiben enthaltener verbaler Hinweis auf die Möglichkeit, weiterhin ein reines Anschlussprodukt beziehen zu können, ist entsprechend obiger Ausführungen geboten, um den Kunden im Interesse möglichst unverfälschten Wettbewerbs eine weitgehend unbeeinflusste Produktwahlmöglichkeiten zu eröffnen.

Die Hinweispflicht ergibt sich zudem aus dem für Marktbeherrscher geltenden Gebot der Rücksichtnahme (siehe oben). Der Hinweis auf die weitere Verfügbarkeit reiner Telefonanschlussprodukte ist mit Blick auf berechnigte Interessen der Antragstellerin – wie anderer Preselection-Anbieter – geboten, deren mittelbare Schädigung durch mögliche Entwicklung von Fehlvorstellungen über das Leistungsangebot der Antragsgegnerin auf Kundenseite zu vermeiden.

Berechnigte Interessen der Antragsgegnerin daran, die Kunden in der Situation von ihr herbeigeführter Kündigung nicht darüber informieren zu müssen, dass die Möglichkeit besteht, ein seinem bisherigen Vertragsverhältnis weitgehend entsprechendes neues Vertragsverhältnis mit ihr eingehen zu können, sind nicht ersichtlich. Dass berechnigte Interesse der Antragsgegnerin an einer primären Vermarktung von Bündelprodukten steht der Forderung nach Information des Kunden nicht entgegen. Denn der Hinweis auf die Möglichkeit weiterhin ein reines Anschlussprodukt beziehen zu können, hindert nicht eine gleichzeitige Bewerbung von Bündelprodukten.

Rechtfertigungsgründe für das Unterlassen des Hinweises sind nicht ersichtlich.

#### **(4) Fehlender Anordnungsgrund:**

##### **Kein Fortbestand des Missbrauchs (§ 42 Abs. 4 Satz 1 TKG)**

Trotz feststellbarer Missbräuchlichkeit der bisherigen Kundenanschriften liegen die Voraussetzungen für eine Missbrauchsanordnung jedoch nicht vor. Nach § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG tritt die Regulierungsbehörde eine Entscheidung um die missbräuchliche Ausnutzung einer marktmächtigen Stellung „zu beenden“.

Um einen Missbrauch per Anordnung beenden zu können, ist es erforderlich, dass die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen des § 42 TKG im Zeitpunkt des Erlasses der Missbrauchsverfügung (noch) vorliegen

*BVerfGE 114, 160 (166ff); 119, 282 (290); OVG Münster, NVwZ 2000, 697; CR 2002, 29 (30); MMR 2003, 355 (356).*

§ 42 TKG erlaubt keine Sanktionierung vergangenen, zwischenzeitlich aber abgestellten missbräuchlichen Verhaltens

*OVG Münster, MMR 2003, 355 (359) zu § 33 TKG 1996.*

Daran fehlt es hier. Die tatsächlichen Voraussetzungen eines Missbrauchs liegen zum Zeitpunkt der Entscheidung bzw. bereits zum Zeitpunkt der Antragstellung nicht mehr vor. Die sachlichen Voraussetzungen der Rechtsfolge „Missbrauchsverfügung“ liegen damit nicht mehr vor.

Die Regulierungsbehörde darf eine Anordnung nach § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG nur erlassen, wie sie zur Beseitigung des beanstandeten Missbrauchs sachlich und zeitlich erforderlich ist. Dies folgt bereits aus dem allgemeinen rechtsstaatlichen Gebots der Verhältnismäßigkeit des Mittels, das staatliche Eingriffsmaßnahmen auf das Erforderliche einschränkt.

*OVG Münster Beschluss vom 03.02.2003, 13 B 2130/02 (MMR 2003, 355 (359)).*

Daraus folgt, dass aufsichtsrechtliche Maßnahmen nur getroffen werden können, wenn ein Verstoß gegen § 42 Abs. 1 TKG aktuell noch vorliegt und begründete Befürchtung für seine Fortsetzung in der Zukunft besteht. Eine gleichsam strafende Reaktion auf vergangenes Fehlverhalten erlaubt § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG nicht.

*OVG Münster Beschluss vom 03.02.2003, 13 B 2130/02 (MMR 2003, 355 (359)).*

Ein missbräuchliches Verhalten in Hinblick auf die schriftliche Kündigungsaktion liegt jedoch aktuell nicht vor. Weitere Kündigungen sind zurzeit ausgesetzt.

Bezüglich der bisherigen Schreiben handelt es sich um einen abgeschlossenen in der Vergangenheit liegenden Sachverhalt, der durch Missbrauchsverfügung nicht mehr beendet werden kann.

Zwar gehen von diesen Schreiben Wirkungen weiterhin aus insoweit ihnen ein Hinweis auf die Bezugsmöglichkeit reiner Anschlussprodukte bzw. bei T-Net 100-Kunden auf die Bezugsmöglichkeit von Call Plus fehlt. Diese Fortwirkung kann beendet werden aber nur durch Schreiben an noch nicht gekündigte Kunden, die einen solchen Hinweis enthalten werden.

Die tatsächlichen Voraussetzungen für eine Anordnung, mit dem Ziel einen Missbrauch zu beenden, liegen nicht mehr vor, da die Antragstellerin im Vorverfahren wie im vorliegenden Antragsverfahren mehrfach zugesichert hat, alle weiteren Schreiben – betreffend die begonnene Kündigungsaktion bei ISDN-Standard, ISDN-Komfort und T-Net 100, mit entsprechendem Hinweis zu versehen. Die Fortwirkung der eingetretenen Beeinträchtigung wird daher auch ohne Anordnung der Regulierungsbehörde beendet werden, so dass es eines förmlichen staatlichen Einschreitens nicht bedarf.

Zwar ist streitig, ob – für den Fall des Vorliegens der Voraussetzungen einer Missbrauchsentscheidung – der Bundesnetzagentur neben dem in § 42 Abs. 4 Satz 2 TKG eingeräumten Auswahlermessen („kann“) auch ein Entschließungsermessen zusteht.

*dafür: Roth, in Scheurle/Mayen, 2. Aufl. 2008, § 42 Rn 122 (unter Hinweis auf BVerwGE 114, 160 (193) und OVG Münster, NVwZ 2000, 704 (705)).*

*dagegen: Schütz BeckTKG, § 42 Rn 142 (unter Hinweis auf § 42 Abs. 4 Satz 1 „trifft“).*

Der Streit bedarf indessen vorliegend keiner Entscheidung, da durch die im Vorverfahren freiwillig bereits abgegebene und im anhängigen Verfahren auch gegenüber der Antragstellerin wiederholte Zusicherung, in weiteren Schreiben zu kündigende Kunden auf die äquivalenten Produkte „Call Plus“ bzw. „Call Basic“ hinzuweisen, auch zum Schutze der Antragstellerin kein Bedürfnis für ein behördliches Einschreiten besteht.

Eine Beeinträchtigung der Antragstellerin ist auch bei Fortsetzung des Kündigungsprozesses nicht zu besorgen. Insofern fehlt es an der nach

*OVG Münster Beschluss vom 03.02.2003, 13 B 2130/02 (MMR 2003, 355 (359))*

erforderlichen „begründeten Befürchtung“ der Fortsetzung einer Rechtsverletzung in der Zukunft.

Anhaltspunkte für die Berechtigung einer solchen Befürchtung liegen nicht vor. Insbesondere hat sich die Antragstellerin in früheren Fällen der Einstellung oder Nichteröffnung von Verfahren aufgrund von ihr abgegebener Verhaltenszusagen - soweit ersichtlich - immer an diese Zusagen gehalten. Damit ist nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin der abgegebenen Zusage nicht entsprechend und dadurch die Wettbewerbsmöglichkeiten der Antragstellerin bzw. anderer Preselection-Anbieter erneut verletzen sollte.

Gegen eine Befürchtung, die Antragsgegnerin könnte sich an ihre Zusage nicht halten, sprechen auch erste an Kunden gesandte Erinnerungsschreiben, die einen der Zusage entsprechenden Hinweis bereits enthalten. So heißt es in einem der Kammer vorliegenden Schrei-

ben der Antragsgegnerin vom 13.07.2009 betreffend die Erinnerung an eine zum 31.07.2009 wirksam werdende Kündigung eines ISDN-Komfort-Anschlusses:

*„Für eine unterbrechungsfreie Erreichbarkeit empfehlen wir Ihnen daher nochmals, rechtzeitig auf einen Tarif oder ein Tarifpaket aus unserem aktuellen Portfolio umzusteigen. Neben unseren attraktiven Paketangeboten können sie selbstverständlich auch ein Produkt, wie z.B. Call Plus, das keine Mindestvertragslaufzeit hat, beauftragen“.*

Kunden, deren Vertrag noch nicht gekündigt ist, sind durch diesen Hinweis in die Lage versetzt, sich – soweit sie sich noch einmal für ein Vertragsverhältnis mit der Antragsgegnerin entscheiden wollen – auch ein Produkt zu wählen, das die Beibehaltung einer bestehenden Preselection ggf. sinnvoll erscheinen lässt.

Eine Befürchtung, die Antragsgegnerin werde den zugesagten Hinweis auf Call Plus in Zukunft unterlassen, ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass in zwischenzeitlich erfolgten Werbetelefonaten ein solcher Hinweis nicht gegeben wurde. Zwischenzeitliche Werbemaßnahmen der Antragsgegnerin sind nicht Gegenstand dieses Verfahrens und auch nicht Gegenstand der abgegebenen Zusicherungen. Zudem kann Antragsgegnerin nicht widerlegt werden, dass es sich um Einzelfälle handelt, bei denen Mitarbeiter gegen Vermarktungsvorgaben verstoßen. Das Interesse der Antragsgegnerin an baldiger Wiederaufnahme des Kündigungsprozess unter Einhaltung der Zusagen zum Hinweis auf Call Plus steht der Annahme einer gegenläufigen Werbekampagne zudem entgegen, da die Möglichkeiten zu verkürzten oder unrichtigen Beratungen durch Call Center durch die zugesagte vollständige schriftliche Aufklärung der Kunden begrenzt bzw. verhindert werden.

#### **(5) Fehlende Eignung zur Missbrauchsbeendigung**

Soweit Kunden zwischenzeitlich irrtumsbedingt (d.h. in der Vorstellung keinen Vertrag über ein Nur-voice-Produkt abschließen zu können) einen Vertrag mit der Antragsgegnerin über ein Bündelprodukt abgeschlossen haben, ist eine (fortbestehende) erhebliche Beeinträchtigung der Antragstellerin nicht feststellbar und könnte auch bei Anforderung von Daten zur Wechselquote der Kunden nicht festgestellt werden. Denn selbst wenn sich herausstellen würde, dass ein Großteil der Kunden, denen ohne Hinweis auf Call Plus gekündigt wurde oder ohne diesen Hinweis die Kündigung in Aussicht gestellt wurde, auf ein Bündelprodukt der Antragsgegnerin gewechselt wären, ließe sich – abgesehen ggf. von wenigen Einzelfällen - nicht feststellen, ob ein solcher Wechsel irrtumsbedingt, d.h. in Unkenntnis des Angebots Call Plus bzw. ohne Erwägung im Beratungsgespräch oder unter Fehlberatung des Kunden zustande gekommen ist. Zudem hat die Antragsgegnerin Kunden, die – nach erfolgter Aufklärung z.B. in den Medien oder durch den Verbraucherschutz der Bundesnetzagentur - einen irrtumsbedingten Wechsel auf ein Bündelprodukt beanstandet haben, bis Ende August 2009 den Wechsel auf Call Plus ermöglicht. Von Kunden, die bislang nicht beanstandet haben, mangels Aufklärung den „falschen“ Vertrag eingegangen zu sein, kann aber nicht generell angenommen werden, sie hätten bei zeitgleicher Aufklärung über weitere Alternativen einen anderen Vertrag gewählt.

Dessen ungeachtet stellt sich die von der Antragstellerin begehrte Anordnung, die Bewerbung gekündigter oder zu kündigender Kunden, auf äquivalente Produkte zu begrenzen, nicht als geeignetes Mittel dar, eine (unterstellte) fortbestehende Wettbewerbsbeeinträchtigung zu beenden. Denn soweit der Fortbestand einer Wettbewerbsbeeinträchtigung gegenüber der Antragsgegnerin sich darin äußert, dass die Kunden ein neues, anderes Vertragsverhältnis zur Antragsgegnerin eingegangen sind, führt eine in die Zukunft gerichtete Anordnung zur Werbebeschränkung nicht zum Ziel. Kunden, die bereits in Bündelverträge zur Antragsgegnerin gewechselt sind, müssen im Rahmen von Kündigungs- oder Kündigungsankündigungsschreiben nicht mehr über Alternativen aufgeklärt werden, da der ursprüngliche Vertrag bereits beendet ist.

**(6) Keine präventive Missbrauchsverfügung (§ 42 Abs. 4 Satz 3 TKG)**

Dem Begehren der Antragstellerin ist auch nicht durch Erlass einer präventiven Missbrauchsverfügung nach § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG Rechnung zu tragen.

Eine präventive Auferlegung von Verpflichtungen kann zunächst nicht im Wege des ex-post-Verfahrens nach § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG ergehen, sondern setzt ein Regulierungsverfahren nach § 13 Abs. 1 TKG voraus

*BK3b-06-013 und -015/R vom 17.04.2007, Seite 13 ff.; Ellinghaus in Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, § 42 Rdn 42; Roth in: Scheurle/Mayen, 2. Aufl. 2008, § 42 Rdn 130.*

Darüber hinaus liegen auch die Voraussetzungen einer präventiven Missbrauchsverordnung nach § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG nicht vor.

Nach Maßgabe des § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG kann eine präventive Missbrauchsverordnung dann ergehen, wenn Tatsachen vorliegen, die die Annahme rechtfertigen, dass ein Unternehmen seine marktmächtige Stellung auf Endkundenmärkten missbräuchlich auszunutzen droht.

Tatsachen liegen vor, wenn konkrete Anhaltspunkte für ein unmittelbar bevorstehendes missbräuchliches Verhalten bestehen

*OVG Münster, MMR 2003, 355 (359); OVG Münster Beschluss vom 21.01.2005 – 13 A 697/04, Seite 3; VG Köln, MMR 2002, 839 (840).*

Ausreichend ist im Rahmen des § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG, wenn festgestellte Tatsachen, insbesondere bisherigen Verhaltensweisen, es in Anbetracht ihrer beträchtlichen Marktmacht nahelegen anzunehmen, dass das Unternehmen seine Stellung missbräuchlich auszunutzen werde, wenn nicht vorbeugend eingeschritten wird.

*VG Köln 21.01.2009 21 K 2048/07*

Jedoch müssen konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die den Verdacht eines beabsichtigten missbräuchlichen Verhaltens begründen,

*vgl. die Begründung zu Art. 2 Nr. 8 des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften, BT-Drs 16/2581 S. 24.*

Die bloße Möglichkeit eines künftigen missbräuchlichen Verhaltens genügt daher nicht

*vgl. entsprechend OVG Münster, NVwZ 2001, 702f; BGHZ 128, 17 (39).*

Tatsachen, die darauf hindeuten könnten, dass die Antragsgegnerin bei Fortsetzung des Kündigungsprozesses den zugesagten Hinweis auf die Verfügbarkeit reiner Anschlussprodukte unterlassen könnte, liegen jedoch nicht vor. Insbesondere ist aus der Vergangenheit nicht bekannt, dass die Antragsgegnerin sich an von ihr – bereits des Öfteren - abgegebene Zusagen, die z.B. zur Einstellung oder Nichteröffnung von Verfahren geführt haben, nicht gehalten hätte. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus vereinzelt feststellbaren Werbeanrufen, bei denen ein Hinweis auf Call Plus unterlassen wurde (s.o.). Die Kammer vertraut daher der abgegebenen Zusage. Da es – betreffend den erforderlichen Hinweis auf Call Plus - nicht um eine Fallgestaltung geht, bei der der Markt auf (überragend wichtige) Vorleistungen der Antragsgegnerin angewiesen ist, waren weitere Anforderungen hier nicht zu stellen. (vgl. BVerwG 6 C 15/07 vom 02.04.2008).

Auch der Umstand, dass die Antragsgegnerin sich vollumfänglich gegen den von der Antragstellerin erhobenen Missbrauchsvorwurf verteidigt, rechtfertigt in tatsächlicher Hinsicht nicht die Annahme, sie werde sich an ihre Zusage zur künftigen Ausgestaltung der Schreiben nicht halten. Dass die Antragsgegnerin betreffend Rechtsfragen von allen ihr rechtstaatlich zustehenden Verteidigungsmöglichkeiten Gebrauch macht, darf ihr in diesem Zusammenhang nicht zum Nachteil gereichen. Begehungs- bzw. Wiederholungsgefahr ist nicht allein aufgrund fehlenden „Unrechtsbewusstseins“ anzunehmen.

Ebenso wenig liegen konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass sich die Antragsgegnerin bei anderen künftigen Portfoliobereinigungen missbräuchlich zu verhalten droht. Zwar hat die Antragsgegnerin angekündigt bzw. eingeräumt, in Zukunft ggf. auch andere Produkte im Wege der Portfoliobereinigung vom Markt zu nehmen. Hinsichtlich dieser zukünftig anstehenden Prozesse hat sie keine Zusagen zu Kundenanschriften abgegeben. Soweit in Zukunft wiederum reine Anschlussprodukte vom Markt genommen werden sollten, ist also vorstellbar, dass abermals die Antragstellerin bzw. deren Kunden davon betroffen sein könnten. Ob es gerade für Kunden der Antragstellerin und ggf. zu welchem Zeitpunkt es zu einer solchen neuen Kündigungsaktion kommt, ist hingegen offen. Insbesondere liegen keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass die Antragsgegnerin beabsichtigen würde in absehbarer Zukunft alle reinen Anschlussprodukte vom Markt zu nehmen, so dass Preselection-Anbietern die wirtschaftliche Geschäftsgrundlage entzogen wäre. Auch dafür, dass die Antragsgegnerin nach im Rahmen der konkreten Kündigungsaktion gemachten Erfahrungen, künftig zu kündigende Kunden bei Anschreiben nicht auf ggf. vorhandene äquivalente Produkte hinweisen würde, fehlen konkrete Anhaltspunkte. Der Umstand, dass ein solches Verhalten der Antragsgegnerin nicht ausgeschlossen ist, begründet zwar die „Möglichkeit“ künftig vorstellbaren Missbrauchs, ersetzt aber nicht konkrete Anhaltspunkte für ein solches Verhalten. Der Ausschluss einer abstrakten Gefährdung ist nach § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG aber nicht möglich; hierfür bedürfte es ggf. einer Regulierungsverfügung.

## **2. Antrag zu I.2 (Aufklärung zum weiteren Kündigungsablauf)**

Die Antragstellerin begehrt mit Antrag zu I.2:

*Der Betroffenen wird untersagt, Endkunden mit Telefonanschlussstarifen, insbesondere mit den o.g. Alttarifen, die Kündigung des Vertragsverhältnisses anzukündigen, ohne gleichzeitig darauf hinzuweisen, dass der Vertrag erst nach Zugang einer Kündigungserklärung und Ablauf der Kündigungsfrist beendet wird. In einem Ankündigungsschreiben ist anzugeben, in welcher Kalenderwoche der Endkunde die Kündigung erhalten soll und mit welcher Frist die Kündigung ausgesprochen wird. Für die Kündigung durch die Betroffene gilt eine Kündigungsfrist von mindestens drei (3) Monaten.*

### **2.1 (Antrag zu I.2 Satz 1)**

#### **Kein Missbrauchs wegen fehlenden Hinweises auf Unterschiede zwischen Kündigung und Kündigungsankündigung in Kündigungsankündigungsschreiben**

Mit Antrag zu I.2 Satz 1 rügt die Antragstellerin als missbräuchlich, dass die Antragsgegnerin Kunden die Kündigung ihres Vertragsverhältnisses ankündigt, ohne die Kunden im Ankündigungsschreiben darauf hinzuweisen, dass der Vertrag erst nach Zugang eines (weiteren) Kündigungsschreiben und nach Ablauf der sich an die Kündigung anschließenden Kündigungsfrist endet. Die Antragstellerin hat klargestellt, der Antrag sei so zu verstehen, dass nicht die Versendung von Ankündigungsschreiben als Voraussetzung für Tarifbeendigungen beantragt werde. Es würden lediglich für den Fall, dass sich die Antragsgegnerin entschließt, solche Ankündigungen vorzunehmen, Modalitäten für das Ankündigungsschreiben beantragt.

### **(1) keine Erledigung**

Der Antrag hat sich entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht durch deren Zusagen erledigt. Zwar hat die Antragsgegnerin zugesagt, die betroffenen Kunden vier Monate vor dem geplanten Wirksamwerden der Kündigung mit einem Schreiben über die bevorstehende Kündigung zu informieren. Eine Zusage, das Schreiben werde auch einen Hinweis darauf enthalten, dass der Vertrag nicht durch das Ankündigungsschreiben sondern erst durch (folgende) Kündigung und Fristablauf ende, hat die Antragsgegnerin jedoch nicht abgegeben. Die schriftsätzliche Äußerung der Antragsgegnerin sich hierzu bereits verpflichtet zu haben, ist daher als Interpretation der vorausgegangenen Verpflichtungserklärungen, nicht aber als (nachfolgend im Verfahren abgegebene ergänzende) Verpflichtung zu verstehen.

Der Antrag ist jedoch unbegründet. Dass die Schreiben keine Erläuterungen zum Unterschied zwischen Kündigung und Kündigungsankündigung enthalten ist nicht als missbräuchlich zu werten. Eine erhebliche Behinderung der Antragstellerin liegt insoweit nicht vor.

### **(2) kein Missbrauch / keine Kausalität**

Die Antragsgegnerin würde sich missbräuchlich im Sinne von § 42 Abs. 1 TKG verhalten, wenn das Fehlen aufklärender Hinweise die Antragstellerin mittelbar oder unmittelbar behindern, bzw. deren Wettbewerbsmöglichkeiten ohne sachlich gerechtfertigten Grund erheblich beeinträchtigt würde.

Insoweit ist jedoch zunächst festzustellen, dass die Schreiben bereits einen Hinweis auf eine später noch erforderliche Kündigung enthalten. Denn in der Betreffzeile der aus April 2009 datierenden Schreiben heißt es z.B. für ISDN-Standard „Kündigung ihres ISDN-Standard-Anschlusses im Herbst 2009“ (Unterstreichung nur hier). Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass die Kündigung nicht sofort erfolgt. Es kann sich auch nicht um eine unmittelbar bereits ausgesprochene Kündigung handeln, die erst zu einem späteren Zeitpunkt wirksam werden soll bzw. deren Wirkungen (Leistungseinstellung) erst später eintreten. Denn da mit dem zeitlichen Bezugspunkt „Herbst 2009“ ein genauer Zeitpunkt für eine Kündigung bzw. Leistungseinstellung nicht genannt wird, sondern ein vager über mehrere Monate reichender Zeitraum („Herbst“) sollte einem hier zugrunde zu legenden „verständigen“ Verbraucher bereits deutlich werden, dass es sich nicht um eine Kündigung handeln kann

*vgl. auch OLG Düsseldorf VI-U (Kart) 5/10 vom 24.03.2010.*

Es ist daher davon auszugehen, dass Irrtümer, die sich zu Lasten der Antragstellerin auswirken könnten, vom Inhalt der Schreiben insoweit nicht ausgehen. Der verständige Verbraucher kann erkennen, dass eine Leistungseinstellung und die Notwendigkeit zu einem Folgevertrag (mit wem auch immer) nicht kurzfristig bevorsteht und wird daher durch die Schreiben nicht zu einem eiligen neuen Vertragsabschluss ohne Informationsmöglichkeit über Alternativen im Markt veranlasst. Auch die von der Antragstellerin bereits im Vorermittlungsverfahren vorgelegten Kundenschriften betreffend die Kündigung durch die Antragsgegnerin belegen sämtlich, dass die betroffenen Kunden in der Lage waren, selbst zwischen Ausspruch der Kündigung und Wirksamwerden der Kündigung zu unterscheiden (vgl. Blatt 000205 bis 000231 der Vorermittlungsakte).

Zwar enthalten die Schreiben den von der Antragstellerin geforderten ausdrücklichen Hinweis auf ein späteres Kündigungsanschreiben die anschließende Kündigungsfrist nicht. Das Fehlen von Hinweisen zum weiteren Kündigungsverfahren begründet aber keine erhebliche Behinderung der Antragstellerin.

Unter dem Begriff Behinderung im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB wird jede Beeinträchtigung der Betätigungsmöglichkeiten im Wettbewerb verstanden, gleichgültig, ob dabei „wettbewerbsfremde“ oder in sonstiger Weise anfechtbare Mittel angewendet werden

*Markert in Immenga/Mestmäcker, GWB, § 20 Rn. 116 m. w. N.*

Dabei handelt es sich um eine wertneutrale Auslegung des Begriffs, die die erste Stufe, den Begehungstatbestand, darstellt. Eine Bewertung erfolgt erst in der zweiten Stufe, und zwar verbunden mit der Frage, ob es sich um eine „unbillige“ Behinderung handelt.

Eine Behinderung bzw. Beeinträchtigung im Sinne des § 42 Abs. 1 TKG liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen im Sinne eines nachteiligen Wirkungszusammenhangs behindert bzw. beeinträchtigt werden

*VG Köln, Urteil vom 17.05.2006, 21 K 7045/05. MMR 2006, Seite 842, 843;*

eines Kausalitätsbeweises im strengen Sinne bedarf es nicht.

Ein solcher nachteiliger Wirkungszusammenhang zwischen der fehlenden Differenzierung von Kündigung und Kündigungsankündigung und einem Wechsel von Kunden in Bündelverträge der Antragsgegnerin kann aber nicht angenommen werden, noch lässt er sich – auch nicht in Einzelfällen – tatsächlich feststellen.

Es kann daher offen bleiben, ob im Rahmen des Behinderungs- bzw. Beeinträchtigungsmisbrauchs eine tatsächliche Beeinträchtigung erforderlich ist

*so Roth, in: Scheurle/Mayen, 2. Aufl.- 2008, § 42 Rn 75*

oder die bloße Eignung ausreicht

*so VG Köln, Urteil vom 17.05.2006, 21 K 7045/05, MMR 2006, S. 842, 843; Urteil vom 26.10.2005, 21 K 4418/05, MMR 2006, Seite 263; Gersdorf, in : Berliner Kommentar, TKG 2. Aufl. 2009, § 42 Rn 31).*

Zwar hat die Antragstellerin vorgetragen, der fehlende Hinweis auf zur Vertragsbeendigung seitens der Antragstellerin später noch erforderliche Kündigungsschreiben und Ablauf der Kündigungsfrist führe bei ihren Kunden, jedenfalls einem Teil ihrer Kunden zu der Fehlvorstellung, schnell einen Folgevertrag abschließen zu müssen, so dass kein ausreichender Raum für sachgemäße Beratung des Kunden über (Anschluss)alternativen verbliebe, die nicht zur Kundenabwanderung bei der Antragstellerin führen würden. Diese Vermutung der Antragstellerin wird jedoch durch die von ihr bereits im Vorermittlungsverfahren vorgelegten Kundenanschriften (vgl. Blatt 000205 bis 244 der Vorermittlungsakte) widerlegt, so dass eine tatsächliche Behinderung nicht vorliegt. Die Schreiben lassen – wie ausgeführt - erkennen, dass die Kunden in der Lage waren zwischen der Kündigung und dem Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung klar zu trennen. Die Schreiben der bereits gekündigten Kunden zeigen damit, dass die Kunden eine klare Vorstellungen davon hatten, wann ihr Vertrag auslief und damit, dass ihnen bewusst war, wie viel Zeit ihnen für einen neuen Vertragsabschluss verblieb. Die Antragstellerin hat zudem Schreiben vorgelegt, in denen selbst bereits gekündigte Kunden nicht eiligst einen Folgevertrag mit der Antragsgegnerin oder einem anderen Anbieter abgeschlossen haben, sondern zunächst Beratungsbedarf bei ihr geltend machten (vgl. Blatt 000210, 000222, 000232, 000224, 000226f., 000230 der Vorermittlungsakte). Schreiben von Kunden, die anlässlich einer bloßen Kündigungsankündigung das Vertragsverhältnis zur Antragstellerin beendet hätten, hat die Antragstellerin nicht vorgelegt. Da nicht davon auszugehen ist, dass diesen Kunden der Unterschied zwischen Kündigung und Kündigungsankündigung nicht geläufig wäre, besteht kein Anlass zu der Annahme, dass ausrechnet diese Kunden, denen für den Abschluss eines Folgevertrages wesentlich mehr Zeit verbleibt, sich gezwungen sähen aus Zeitnot einen Folgevertrag unter Verzicht auf Information über Alternativen abzuschließen. Erst recht gilt dies nicht für den „verständigen Verbraucher“, der den ihm durch der Kündigung vorausgehende Kündigungsankündigung eröffneten mehrmonatigen Neuorientierungszeitraum erkennt

*vgl. OLG Düsseldorf VI-U (Kart) 5/10 vom 24.03.2010.*

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass auch im Übrigen Rechtsverkehr dezidierte Aufklärungen der Kunden über den Unterschied zwischen Kündigung und Kündigungsankündigung

nicht für erforderlich gehalten werden. Ist eine solche Belehrung aus Gründen des Verbraucherschutzes aber nicht erforderlich, ist nicht ersichtlich, warum mit Blick auf nur mittelbar hiervon betroffene Wettbewerber ein schärferer Maßstab gelten sollte.

### **(3) keine Erheblichkeit**

Selbst bei unterstellter Behinderung der Antragstellerin durch fehlende Aufklärung der Kunden, fehlt es zudem an der Erheblichkeit der Behinderung.

Erheblichkeit ist dann anzunehmen, wenn die Antragstellerin nicht nur in geringfügigem Umfang in tatsächlicher Hinsicht beeinträchtigt ist. Die bloße Gefahr oder Wahrscheinlichkeit einer Beeinträchtigung ist hierfür nicht ausreichend.

*BNetzA, Beschluss vom 02.02.2005, BK3d-04-26, Seite 11 ff.*

Dass die Antragstellerin durch Fehlen eines Hinweises auf später noch folgende Kündigung und Kündigungsfrist in mehr als nur geringfügigem Umfang tatsächlich beeinträchtigt wäre, lässt sich nicht feststellen.

Die von der Antragstellerin vorgelegten Anschreiben betreffen wenige Einzelfälle, durch die nicht belegt wird, dass Kunden in nennenswertem Umfang überhaupt eine Fehlvorstellung über bereits erfolgte Kündigung oder Zeitdruck hinsichtlich eines Vertragswechsels entwickelt hätten oder entwickeln würden.

Auch die von der Antragsgegnerin angesprochene Belastung ihrer Call Center bei Beginn der Kündigungswelle belegt die Annahme von Fehlvorstellungen bei Kunden, empfundenen Entscheidungsdruck und Kausalität zwischen fehlendem Hinweis und Abwanderung von der Antragstellerin nicht, sondern macht im Gegenteil deutlich, dass die Kunden vor einer Neuentscheidung offenbar Rat suchten und die Antragsgegnerin so Gelegenheit zu sachgerechter Beratung der Kunden auch im eigenen Geschäftsinteresse hatte.

### **(4) Keine Unbilligkeit**

Schließlich wäre selbst eine unterstellte erhebliche Behinderung nicht unbillig.

Bei der Frage nach der Unbilligkeit der Behinderung bzw. der fehlenden sachlichen Rechtfertigung der Beeinträchtigung ist – ebenso wie in § 20 Abs. 1 GWB – eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Danach sind die Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der Zielsetzungen des Telekommunikationsgesetzes, insbesondere der Förderung des Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation, gegeneinander abzuwägen

*BVerwG, Beschluss vom 16.03.2006 – 6 B 10/06, Rdn 7; VG Köln, Urteil vom 26.10.2005, 21 K 3468/05, Rdn 29; Urteil vom 26.10.2005, 21 K 4418/95, Rdn 43, 53).*

Diese Abwägung kann grundsätzlich nur einzelfallbezogen erfolgen, wobei jedoch die in § 2 Abs. 2 TKG angeführten Ziele des Telekommunikationsgesetzes einen wesentlichen Maßstab zur Gewichtung und Bewertung bieten, an dem sich die Individualinteressen zu messen haben.

Missbräuchliches Verhalten ist nur bei wettbewerbsfremden Verhalten anzunehmen

*OVG Münster, MMR 2003, 426 (428).*

Hiervon ist auszugehen, wenn der auf dem Markt noch bestehende Wettbewerb mit Mitteln behindert wird, die von den Mitteln eines normalen Produkt- oder Dienstleistungswettbewerbs auf Grundlage der Leistungen der Wirtschaftsbeteiligten abweicht

*OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 1935 (1939).*

Echter Leistungswettbewerb, der mit wettbewerbs- und marktkonformen Maßnahmen durchgeführt wird, ist hingegen selbst dann zulässig, wenn es hierdurch zu einer Verstärkung der Marktposition kommt

KG, WuW/E OLG 2403(2406).

**(a) Kein UWG-Verstoß betreffend Kündigungshinweise**

Die Grenzen des Leistungswettbewerbs wären überschritten, wenn ein fehlender Hinweis auf eine später noch erforderliche Kündigung und sich anschließende Kündigungsfrist gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen würde. In Betracht kommt in erster Linie eine mangelnde Vereinbarkeit mit dem UWG. Nach § 1 UWG ist Zweck des Gesetzes, der Schutz von Mitbewerbern, Verbrauchern sowie sonstigen Marktteilnehmern vor unlauterem Wettbewerb, wie auch § 42 TKG soll das UWG damit auch im Interesse von Wettbewerbern den Wettbewerb zu schützen.

Die Bundesnetzagentur ist in ihrem Zuständigkeitsbereich jedoch nicht originär zur Prüfung von Verstößen gegen das Lauterkeitsrecht berufen. UWG-Verstöße sind daher im Rahmen des § 42 TKG allenfalls einer Prüfung zugänglich soweit von dem Verhalten marktstrukturelle Auswirkungen ausgehen, die als Behinderung im Sinne kartellrechtlicher Vorschriften und damit letztlich auch im Sinne des § 20 GWB nachgebildeten § 42 TKG angesehen werden können.

Die Abgrenzung zwischen UWG und kartellrechtlichen Behinderungstatbeständen hat der Gesetzgeber bewusst der Rechtsprechung überlassen

*Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb, BT-Drs. 15/1487, S. 19.*

Die Rechtsprechung wendet Kartell- und Lauterkeitsrecht grundsätzlich nebeneinander an

*vgl. Müller-Bidinger/Seichter in: Ullmann jurisPK-UWG, 2. Aufl. 2009, § 4 Nr. 10 UWG Rn 17 m.w.N. ; Rn 44*

Eine Überschneidung – jedenfalls von § 20 Abs. 1 und § 1 UWG – liegt in aller Regel vor, wenn gegen § 20 Abs. 1 GWB verstoßende Verhaltensweisen Wettbewerber behindern, da § 20 GWB eine unmittelbar wettbewerbsbezogene Verbotsnorm ist. Die Rechtswidrigkeit eines behindernden oder diskriminierenden Verhaltens wegen Verstoßes gegen UWG begründet zugleich die Unbilligkeit bzw. das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB

*vgl. Markert in Immenga/Mestmäcker, 3. Aufl. 2001, § 20 Rdn 244 m.w.N.*

Entsprechendes gilt für die kartellrechtlichen Bestimmungen des TKG, da diese §§ 19, 20 GWB nachgebildet sind.

Soweit sich danach unter dem Gesichtspunkt einer Behinderung im Sinne des § 42 Abs. 1 TKG und des – den gesamten Preselection-Markt betreffenden - Verhaltens der Antragsgegnerin vorliegend die Prüfkompetenz der Kammer auf eine Einbeziehung des Lauterkeitsrechts erstreckt, kann ein Verstoß gegen Normen des UWG jedenfalls nicht festgestellt werden.

**aa) Kein Verstoß gegen § 3 UWG (Verbot unlauterer geschäftlicher Handlungen)**

Nach § 3 Abs. 2 UWG sind geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern jedenfalls dann unzulässig, wenn sie nicht der für den Unternehmer geltendem fachlichen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, die Fähigkeit des Verbrauchers, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden, spürbar zu beeinträchtigen und ihn damit zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er anderenfalls nicht getroffen hätte. Dabei ist auf den durchschnittlichen Verbraucher oder, wenn sich die geschäftliche Handlung an eine be-

stimmte Gruppe von Verbrauchern wendet, auf ein durchschnittliches Mitglied dieser Gruppe abzustellen.

Das Vorliegen dieser Voraussetzungen kann vorliegend nicht festgestellt werden.

Die Antragstellerin beruft sich darauf, dass das Verschweigen einer Tatsache (später erforderliche Kündigung, Ablauf der Kündigungsfrist) missbräuchlich sei. Insoweit ist § 5a UWG (Irreführung durch Unterlassen) zu beachten.

Nach § 5 Abs. 1 UWG ist bei der Beurteilung, ob das Verschweigen einer Tatsache irreführend ist, insbesondere deren Bedeutung für die geschäftliche Entscheidung nach der Verkehrsauffassung sowie die Eignung des Verschweigens zur Beeinflussung der Entscheidung zu berücksichtigen. Nach § 5 Abs. 2 UWG handelt unlauter, wer die Entscheidungsfähigkeit von Verbrauchern im Sinne des § 3 Abs. 2 dadurch beeinflusst, dass er eine Information vorenthält, die im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände einschließlich der Beschränkung des Kommunikationsmittels wesentlich ist.

Eine Beeinflussung der Entscheidungsfähigkeit der Verbraucher mangels ausdrücklichen Hinweises auf später noch folgende Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist ist nicht ersichtlich.

Zunächst liegt in dem Umstand, dass die Antragsgegnerin Kündigungen (mit Ausnahme bisher betroffener T-Net 100-Kunden) nicht sogleich ausgesprochen, sondern für einen mehrer Monate in der Zukunft liegenden vagen Zeitraum in Aussicht gestellt hat („Kündigung ihres ISDN-Standard-Anschlusses im Herbst 2009“) kein Verstoß gegen eine fachliche Sorgfaltspflicht im Sinne des § 3 Abs. 2 UWG. Eine der Kündigung vorausgehende Kündigungsankündigung gibt dem Kunden Zeit sich erforderliche Informationen für einen neuen Vertragsabschluss zu verschaffen und sich auf eine in Zukunft anstehende Entscheidung vorzubereiten. Die Tatsache, dass die Antragsgegnerin den von ihr beabsichtigten Kündigungen Kündigungsankündigungen vorausschickt ist demnach gerade im Interesse des Verbrauchers und entspricht allenfalls einer Sorgfaltspflicht.

Das Fehlen eines Hinweises darauf, dass der Kündigungsankündigung eine spätere Kündigung folgen wird, die erst nach Ablauf der Kündigungsfrist wirksam wird, ist auch nicht geeignet, die Fähigkeit des Verbrauchers, sich auf Grund von Informationen zu entscheiden, spürbar zu beeinträchtigen. Zum einen kann nicht angenommen werden, dass ein durchschnittlicher Preselection Kunden nicht in der Lage ist zu erkennen, dass es sich nicht um eine zu einem unbestimmten Zeitpunkt wirksam werdende Kündigung handelt. Kündigungen und deren Gestaltungsform sowie das Erfordernis eines Fristablaufs bis zu deren Wirksamwerden gehören zum Lebensalltag eines jeden durchschnittlichen Verbrauchers, so dass erwartet werden kann, dass der Kunde erkennt, dass es sich nicht um die eigentliche Kündigung handelt und er die Leistung also bis auf weiteres noch beziehen kann. Selbst aber, wenn ein nennenswerter Teil durchschnittlicher Verbraucher nicht zwischen Kündigung und Kündigungsankündigung zu differenzieren vermöchte, verbliebe mit Hinweis auf den mehrere Monate in der Zukunft liegenden Termin „Herbst 2009“ ausreichend Zeit, sich mit Informationen zu versorgen.

Schließlich kann nicht festgestellt werden, dass der Verbraucher „damit“, d.h. durch Fehlen eines Hinweises auf den Entscheidungszeitraum, der ihm bis zur Leistungseinstellung noch zur Verfügung steht, zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst wird, die er anderenfalls nicht getroffen hätte. Die Gründe, die den Kunden dazu veranlassen, keine Leistungen mehr von der Antragstellerin beziehen zu wollen mögen vielfältiger Natur sein, insbesondere auch mit der Bewerbung allein von Bündelprodukten im Rahmen der Anschreiben in Zusammenhang stehen. Es ist aber nicht erkennbar, dass eine Entscheidung gegen das Angebot der Antragstellerin gerade auf ein Fehlen eines ausdrücklichen Hinweises auf den Zeitablauf bis zur Leistungseinstellung durch die Antragsgegnerin, mithin auf empfundenen Zeit-

druck zurückzuführen wäre und der Verbraucher sich aufgrund dessen nicht in der Lage gesehen hätte, sich bis „Herbst 2009“ anderweitig zu informieren.

*vgl. auch OLG Düsseldorf VI-U (Kart) 5/10 vom 24.03.2010*

**bb) Kein Verstoß gegen § 4 UWG (Beispiele unlauterer geschäftlicher Handlungen)**

Das Fehlen eines ausdrücklichen Hinweises auf spätere Kündigung und Kündigungsfrist ist auch nicht als Verstoß gegen § 4 UWG zu werten. Insoweit kommt zunächst ein Verstoß gegen § 4 Nr. 1 UWG in Betracht.

**cc) kein Verstoß gegen § 4 Nr. 1 UWG  
(Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der Verbraucher durch Druck)**

„Unlauter handelt insbesondere, wer

*1. geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher oder sonstiger Marktteilnehmer durch Ausübung von Druck, in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessenen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen.“*

Nach den obigen Ausführungen ist der Umstand, dass nicht sofort eine Kündigung erfolgt, sondern zunächst die Ankündigung einer Kündigung gerade geeignet sonst ggf. entstehenden Zeit- und Entscheidungsdruck vom Verbraucher zu nehmen. Die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher wird eingeschränkt ggf. durch Fehlen eines Hinweises darauf, dass er einen dem zu kündigenden Vertrag vergleichbaren Vertrag erneut mit (auch) mit der Antragsgegnerin abschließen kann, nicht aber dadurch, dass er zusätzlich zur Ankündigung der Leistungseinstellung für „Herbst 2009“ auf das Erfordernis einer Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist hingewiesen wird.

So die Kundenanschriften überhaupt geeignet sind, Druck auf den Verbraucher auszuüben,

*verneinend bereits OLG Düsseldorf VI-U (Kart) 5/10 vom 24.03.2010*

mag ein solcher Druck ggf. entstehen durch die Ankündigung künftiger Leistungseinstellung selbst. Zur Kündigung selbst bestehen aber nach zu respektierender unternehmerischer Entscheidung zur Portfoliobereinigung rechtlich keine Alternativen, so dass ein durch Kündigungsankündigung ausgelöster Entscheidungsdruck von Kunden wie Wettbewerbern hinzunehmen ist und nicht unlauter sein kann.

Auch der in den Schreiben enthaltene Hinweis, dass bei Nichtabschluss eines Folgevertrages mit Wirksamwerden der Kündigung des Anschlusses alle zum Anschluss zugebuchten Leistungen entfallen („Das bedeutet, dass wir Ihren Vertrag über den Telefondienst T-ISDN mit dem überlassenen Anschluss im Herbst dieses Jahres leider beenden müssen. Dies betrifft auch Ihren Internetzugang sowie alle weiteren an diesem Anschluss zugebuchten Leistungen und Produkte“) entspricht der Rechts- und Tatsachenlage, so dass er – ungeachtet der auf Kundenseite damit auslösbaren ggf. angstbesetzten Vorstellung, ohne Telefonanschluss und Kommunikationsmöglichkeiten dazustehen – als Ausdruck gerade einer aus dem Vertragsverhältnis herrührenden Hinweis- und Aufklärungspflicht der Antragsgegnerin zu werten ist.

Die den Verbraucher bei Nichtabschluss bzw. nicht rechtzeitigem Abschluss eines Folgevertrages über Telekommunikationsdienstleistungen treffenden Auswirkungen auf seine aktiven wie passiven Kommunikationsmöglichkeiten sind faktisch derart schwerwiegend, dass eine deutliche und möglichst frühzeitige Aufklärung über die Folgen einer Nichtbeachtung des Anschreibens der Antragsgegnerin im Interesse des Verbrauchers geboten ist.

**dd) Kein Verstoß gegen § 4 Nr. 10 UWG (Gezielte Behinderung von Mitbewerbern)**

Antragstellerin und Antragsgegnerin konkurrieren auf dem Markt für Verbindungsleistungen, so dass eine gezielte Behinderung nach § 4 Nr. 10 UWG in Betracht zu ziehen ist. Dass die Antragstellerin mittelbar behindert würde dadurch, dass die Kündigungsankündigungsanschreiben keinen Hinweis auf das Erfordernis späterer Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist enthalten, lässt sich jedoch nicht feststellen. Selbst wenn ein Teil der Kunden Informationsschreiben über für Herbst 2009 vorgesehene Kündigungen mit der Kündigung selbst verwechseln sollten, geht vom Fehlen eines solchen Hinweises keine Beeinträchtigung der Antragstellerin aus. Ein vom Kunden ggf. empfundener aktueller Entscheidungsdruck wird ausgelöst durch die Vorstellung „im Herbst 2009“ von jeglichen Telekommunikationsmöglichkeiten abgeschnitten zu sein, wenn er keine Entscheidung über einen Folgevertrag trifft. Dieses Szenario mag Kunden im Einzelfall ggf. auch derart bedrohlich erscheinen, dass sie – zu ihrer schnellen Beruhigung – eine kurzfristige Neuentscheidung suchen und treffen. Der subjektiv empfundene Entscheidungsdruck geht aber nicht auf den objektiven Inhalt der Schreiben zurück, die eine Leistungseinstellung eben erst für einige Monate in der Zukunft in Aussicht stellen, sondern auf das In-Aussicht-Stellen einer Kündigung und die damit einhergehenden Folgen selbst.

Schließlich kann auch ein gezielt gegen die Antragstellerin bzw. gegen Preselection-Anbieter gerichtetes Vorgehen der Antragsgegnerin bei Abfassung der Schreiben nicht festgestellt werden. Die Entscheidung der Antragsgegnerin zur Portfoliobereinigung beruht nach deren nachvollziehbarem Vortrag auf unternehmerisch berechtigten Interessen (s.o.). Bei der Umsetzung dieser Entscheidung bestanden für die Antragsgegnerin rechtlich keine Alternativen zur Kündigung. Die Kündigungsankündigungen betreffen unterschiedslos alle Kunden der fraglichen Alt-Verträge. Die Antragsgegnerin hat nicht etwa nur oder bevorzugt Preselection-Kunden bzw. Kunden der Antragstellerin oder anderer Preselection-Anbieter gekündigt.

**ee) Kein Abwerben von Kunden im Sinne des § 4 Nr. 10 UWG**

Der fehlende ausdrückliche Hinweis auf Kündigung und Kündigungsfrist begründet auch keinen Verstoß gegen § 4 Nr. 10 UWG in Form des Abwerbens von Kunden.

Es gehört zum Wesen des Wettbewerbs, dass Kunden abgeworben werden. Daher hat grundsätzlich niemand Anspruch auf Erhalt seines Kundenstammes. Das Eindringen in den Kundenkreis eines Mitbewerbers stellt dementsprechend nach ständiger Rechtsprechung nur dann eine unlautere Behinderung dar, wenn besondere Umstände vorliegen, die die Unlauterkeit begründen

*Vgl. BGH vom 07.04.2005 – IZR 140/02 – GRUR 2005, 603, 604 – Kündigungshilfe; zu § 1 UWG a.F.; BGH vom 25.01.1990 – IZR 19/87 – BGHZ 110, 156, 171 – HBV-Familien- und Wohnungsrechtsschutz; BGH vom 08.11.2001 – IZR 124/99 – GRUR 2002, 548, 549 – Mietwagenkostenersatz; BGH vom 22.04.2004 – IZR 303/01 – GRUR 2004, 704 – Verabschiedungsschreiben;*

Ein Abwerben von Kunden ist daher in weitem Umfang lauterkeitsrechtlich zulässig, und zwar auch dann, wenn die Kunden noch an den Mitbewerber gebunden sind. Der BGH hat mehrfach entschieden, dass das Bestimmen zu einer ordnungsgemäßen Vertragsauflösung unter Beachtung der gesetzlichen bzw. vertraglichen Kündigungsfristen nicht zu beanstanden ist

*BGH vom 25.01.1990 – IZR 19/87 – BGHZ 110, 156, 171 – HBV-Familien- und Wohnungsrechtsschutz; BGH vom 08.11.2001 – IZR 124/99 – GRUR 2002, 548, 549 – Mietwagenkostenersatz*

Dies gilt auch im Falle eines planmäßigen oder systematischen Vorgehens, etwa wenn eine Vielzahl von Kunden des Mitbewerbers ein günstiges Angebot unterbreitet wird, den Vertragspartner zu wechseln

*BGH vom 08.11.2001 – I ZR 124/99 – GRUR 2002, 548, 549 – Mietwagenkostenersatz.*

Danach wäre es der Antragsgegnerin nicht einmal verwehrt, ihren anderweitig gebundenen Kunden Kündigungshilfe zu leisten, z.B. indem sie vorformulierte Kündigungsschreiben vorlegt. Ein Abwerben von Kunden ist ohne Hinzutreten besonderer Umstände wettbewerbsrechtlich weder als unangemessen unsachliche Einflussnahme auf Verbraucher noch als unlautere gezielte Behinderung eines Mitbewerbers zu beurteilen.

*BGH vom 07.04.2005 – I ZR 140/02 – GRUR 2005, 603, 604 Rn 14 (juris).*

Derartige Umstände sind - bei erfolgreichem Hinweis auf die Möglichkeit des Abschlusses eines Folgevertrages über Call Plus, der den Weiterbezug von Leistungen durch Preselection-Anbieter unberührt lässt -, nicht erkennbar.

#### **ff) Kein Verstoß gegen § 5 UWG (Irreführende geschäftliche Handlungen)**

Aus den dargestellten Gründen ist im Fehlen eines Hinweises auf spätere Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist auch kein Verstoß gegen § 5 UWG zu sehen.

Nach § 5 Abs. 1 UWG handelt irreführend und daher unlauter, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt. Eine geschäftliche Handlung ist u.a. irreführend, wenn sie unwahre Angaben enthält oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über die in Nummern 1 bis 7 aufgeführten Umstände enthält. Das Fehlen eines Hinweises auf das Erfordernis späterer Kündigung im Sinne einer Aufklärungspflicht gegenüber dem Verbraucher gehört nicht zu den in § 5 Abs. 1 Nr. 1 bis 7 UWG genannten Umständen.

Auch die von der Antragstellerin vorgelegten einstweiligen Verfügungen belegen nicht, dass eine solche Irreführung mangels Hinweis auf später erforderliche Kündigung von Zivilgerichten angenommen worden wäre. Die Antragstellerin ist – soweit ersichtlich – gegen das Fehlen eines Hinweises auf später erforderliche Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist nicht zivilrechtlich gegen die Antragsgegnerin vorgegangen.

#### **(b) Anderweitige Verstöße gegen UWG nicht Antragsgegenstand**

Ob von den bisherigen Schreiben eine anderweitige Beeinträchtigung der Antragstellerin im Sinne des UWG ausgegangen ist, z.B. dadurch, dass unrichtige Eingaben zum Einsparpotenzial des Kunden bei Beauftragung eines Bündelproduktes der Antragsgegnerin gemacht wurden, bedarf vorliegend keiner Entscheidung. Die Antragstellerin hat entsprechende Ansprüche bereits auf zivilrechtlicher Ebene verfolgt. Überdies richtet sich ihr Antrag ausdrücklich nur auf Anordnung eines ausdrücklichen Hinweises auf Kündigung und Kündigungsfrist.

#### **2.2 Antrag zu I.2 Satz 2**

##### **(Hinweis auf Kalenderwoche der Kündigung und Kündigungsfrist)**

Die Antragstellerin hat mit Antrag zu I.2 Satz 2 beantragt,

*der Antragsgegnerin aufzugeben: In einem Ankündigungsschreiben ist anzugeben, in welcher Kalenderwoche der Endkunde die Kündigung erhalten soll und mit welcher Frist die Kündigung ausgesprochen wird.*

Die Antragsgegnerin hält den Antrag bereits für unzulässig, da sie zugesagt habe, den Kunden nach erfolgter Kündigung in einem dritten Schritt nochmals telefonisch und schriftlich an

den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Kündigung zu erinnern. Damit entfalle das Sachentscheidungsinteresse für den Antrag zu I.2 Satz 2. Dies gelte auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Nennung des Wirksamwerdens nicht schon in dem ersten Ankündigungsschreiben enthalten sei, denn der Endkunde habe unter Zugrundelegung des zugesagten Ablaufs genügend Zeit zur Kontaktierung seines Preselection-Anbieters, so dass in jeder Hinsicht eine Wettbewerbsbeeinträchtigung ausgeschlossen sei.

Ob es sich bei der von der Antragsgegnerin aufgeworfenen Frage tatsächlich um eine solche der Zulässigkeit oder um einen Teilaspekt der Begründetheit handelt, bedarf keiner weiteren Vertiefung, da der Antrag jedenfalls unbegründet ist.

Da bereits ein Hinweis auf später erforderliche Kündigung und Ablauf der Kündigungsfrist mit Rücksicht auf die Antragstellerin nicht gebot ist, erweist sich auch der eine solche Hinweispflicht voraussetzende Antrag zu I.2 Satz 2 jedenfalls als unbegründet.

### **2.3 (Antrag zu I.2 Satz 3) (Anordnung einer Kündigungsfrist von drei Monaten)**

Mit Antrag zu I.2 Satz 3 begehrt die Antragstellerin anzuordnen:

*Für die Kündigung durch die Betroffene gilt eine Kündigungsfrist von mindestens drei (3) Monaten.*

#### **(1) Antrag unzulässig**

Der Antrag ist durch die von der Antragsgegnerin abgegebenen Zusagen bereits erledigt und daher unzulässig.

Die Antragsgegnerin hat folgende Verpflichtungserklärung abgegeben:

*„(1) Die Kunden erhalten vier Monate vor dem geplanten Wirksamwerden der Kündigung ein Schreiben, das sie vorab über die Kündigungsabsicht informiert. Die Zustellung der ordentlichen Kündigung selbst erfolgt drei Monate vor Wirksamwerden der Kündigung. Ca. sechs Wochen vor dem Kündigungstermin wird der Kunde erneut telefonisch und etwa 14 Tage vor Wirksamwerden der Kündigung nochmals schriftlich erinnert.“*

Diese Zusage enthält ausdrücklich die geforderte dreimonatige Kündigungsfrist.

#### **(2) Antrag unbegründet**

Der Antrag ist aber auch unbegründet.

Mit Antrag zu I.2 Satz 3 begehrt die Antragstellerin die Anordnung einer Kündigungsfrist von mindestens 3 Monaten für unternehmensseitige Kündigungen aufgrund von Portfoliobereinigung. Sie möchte damit die nach Punkt 9 der AGB für ISDN-Standard, ISDN-Komfort, Punkt 10.1 der AGB T-Net 100 geltende Kündigungsfrist von 6 Werktagen für den Fall eines „Abmanagement“ von Telefonanschlüssen verlängert wissen.

Es ist jedoch nicht erkennbar, inwieweit die Wettbewerbsmöglichkeiten der Antragstellerin durch die bei ISDN-Standard und ISDN-Komfort geltende 6-tägige Kündigungsfrist behindert sein sollten.

#### **(a) keine Behinderung bei kürzerer Kündigungsfrist**

Die Antragsgegnerin hatte für T-Net 100 und andere ISDN-Produkte ursprünglich eine dreimonatige Kündigungsfrist beantragt, seitens der Regulierungsbehörde aber nur für die gel-

tende 6-tägige Kündigungsfrist eine Genehmigung erhalten, um im Interesse der Mitbewerber dem Kunden einen zügigen Anbieterwechsel zu ermöglichen

*RegTP Beschluss vom 27.08.2004 BK2a 04/015.*

Die für die Antragsgegnerin geltende Kündigungsfrist wurde daher auch mit Blick auf die Wettbewerbsmöglichkeiten der Antragstellerin gerade gekürzt.

Die Kündigungsfrist wurde zwischenzeitlich gerichtlich auf Vereinbarkeit mit Belangen des Verbraucherschutzes überprüft und als rechtmäßig bestätigt

*vgl. BGH, Urteil vom 12.02.2009 – III ZR 179/08.*

Ähnlich der Antragstellerin hatte der dortige Kläger, ein Verbraucherschutzverein, die Ansicht vertreten, die 6-tägige Kündigungsklausel benachteilige die Kunden unangemessen, weil die darin der Beklagten zur Verfügung stehende Kündigungsfrist für gekündigte Kunden zu kurz bemessen sei, um rechtzeitig einen Zugang zum Telefonnetz durch einen anderen Anbieter zu erlangen.

Nach dem Urteil des BGH ist jedoch davon auszugehen, dass die 6-tägige Kündigungsfrist dem Grunde nach weder Antragstellerin noch Verbraucher benachteiligt bzw. behindert.

Der BGH hat ausgesprochen, dass dem Kunden zuzumuten ist, binnen einer 6-tägigen Frist sich um einen Anbieterwechsel zu bemühen zumal ihm aus der Universaldienstrichtlinie ein Anspruch auf Grundversorgung mit Telefondienstleistungen zustehe. Der BGH hat hierzu ausgeführt (a.a.O., Rn 29 f):

*„6. Die vom Kläger beanstandete Klausel ist auch nicht gemäß § 307 Abs. 1 BGB unwirksam. Sie benachteiligt die Vertragspartner der Beklagten nicht entgegen Treu und Glauben unangemessen. Eine formularmäßige Vertragsbestimmung ist unangemessen, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (z.B. Senatsurteil BGHZ 175, 102, 107 Rn. 19). Die für Kündigungen, die die Beklagte ausspricht, nach der streitigen Klausel geltende Frist von sechs Werktagen ohne Berücksichtigung des Samstags (= in der Regel acht Kalendertage) ist noch angemessen, um den Anspruch des Anschlussinhabers auf Teilhabe an der Grundversorgung mit Telefondienstleistungen (§ 78 Abs. 2 TKG, Art. 1 Abs. 2, Art. 3 Abs. 1, Art. 4 der Universaldienstrichtlinie) zu gewährleisten.*

*a) Dies gilt selbst, wenn es, wie die Revision anführt, der Lebenserfahrung widerspricht, dass dem Anschlussnehmer sechs Werktage ohne Samstag nach einer Kündigung der Beklagten ausreichen, um übergangslos zu einem anderen Anbieter zu wechseln. Es mag zutreffen, dass dieser Zeitraum oftmals nicht genügt, um einen neuen Anbieter auszuwählen, einen Vertrag mit diesem zu schließen und den Anschluss rechtzeitig vor der Leistungseinstellung durch die Beklagte freigeschaltet zu erhalten. Dem von einer Kündigung der Beklagten betroffenen Anschlussinhaber ist es aber zuzumuten, sich umgehend um einen anderweitigen Zugang zum Telefonfestnetz zu bemühen, wenn die Beklagte eine ordentliche Kündigung ausspricht. Hat er einen neuen Anbieter ausgewählt, ist die Beklagte verpflichtet, die Umschaltung des Anschlusses auf den neuen Anbieter unverzüglich vorzunehmen. Hieraus folgt, dass der Endnutzer, wenn er sich zügig um einen neuen Anschluss kümmert, allenfalls wenige Tage vom Zugang zum Telefonfestnetz abgeschnitten ist. Dies bedeutet für einen Verbraucher zwar eine lästige, jedoch angesichts der vielfältigen Kompensationsmöglichkeiten, insbesondere durch die zwischenzeitliche Nutzung mobiler Telefontergeräte, keine unangemessene Beeinträchtigung. Aus dem Tele-*

*kommunikationsgesetz ergibt sich kein Anspruch auf lückenlosen, jederzeitigen Zugang zu den Universaldienstleistungen.*

*b) Dessen ungeachtet hat der Anschlussinhaber, wie das Berufungsgericht mit Recht herausgestellt hat, gegen die Beklagte aus § 84 Abs. 1 TKG einen Anspruch auf (Neu-)Abschluss eines Telefondienstleistungsvertrags. Die Geltendmachung dieses Kontrahierungsrechts benötigt noch weniger Zeit als der Abschluss eines Vertrages mit einem neuen Anbieter. Der Kunde wird regelmäßig in der Lage sein, seinen aus § 84 Abs. 1 TKG folgenden Anspruch auf Abschluss eines (neuen) Vertrags mit der Beklagten innerhalb der in der streitigen Klausel vorgesehenen Kündigungsfrist geltend zu machen. Er kann dann dem sich aus der Kündigung ergebenden Recht der Beklagten, ihre Leistungen einzustellen (§ 45k Abs. 3 TKG), den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB - *dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*, vgl. z.B.: BGHZ 110, 30, 33; Senatsurteil vom 1. Februar 2007 - III ZR 289/06 - NJW-RR 2007, 823, 824 f, Rn. 15) entgegensetzen. Sollte es im Einzelfall nicht gelingen, den Kontrahierungsanspruch rechtzeitig vor der Trennung des Anschlusses vom Netz geltend zu machen, wäre die damit verbundene kurzzeitige Beeinträchtigung des Zugangs zur telefonischen Grundversorgung aus dem oben genannten Grund keine unangemessene Benachteiligung.*

*c) Auch dies steht im Einklang mit der Universaldienstrichtlinie. Aus ihr folgt kein Anspruch des Endnutzers, ungeachtet einer Kündigung durch den Anbieter einen ununterbrochenen Zugang zu den Leistungen im Sinne ihrer Art. 1 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 1, Art. 4 zu haben. Auch insoweit ist eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gemäß Art. 234 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 lit. b EGV entbehrlich, weil die gemeinschaftsrechtliche Rechtslage eindeutig ist.“*

#### **(b) kein Behinderung durch Kündigung aus Gründen der Produkteinstellung**

Eine Behinderung der Antragstellerin ergibt sich auch nicht mit Blick auf die besondere Situation nicht verhaltensbedingter, sondern in Produkteinstellungsabsicht erfolgter Kündigung durch die Antragsgegnerin. Denn die Antragsgegnerin macht von dem ihr zustehenden 6-tägigen Kündigungsrecht im eigenen wie im Interesse der Kunden nicht in der Weise Gebrauch, dass sie quasi unvermittelt die Kündigung ausspricht und eine Vielzahl von Kunden der Antragstellerin damit unvorbereitet einer 6-tägigen Reaktionsfrist aussetzen würde.

Die am 14.04.2009 und 27.04.2009 angeschriebenen ISDN-Komfort-Kunden haben eine Kündigungsankündigung für Spätsommer/Herbst 2009 erhalten. Gegenüber den zwischen dem 04. und 07.05.2005 gekündigten ISDN-Standard-Kunden wurde die Kündigung mit Wirkung zum 30. bzw. 31.07.2009 ausgesprochen. T-Net 100-Kunden wurden im April/Mai 2009 mit Wirkung zum 31.08 bzw. 03.09.2009 gekündigt.

Soweit die Antragsgegnerin Kündigungen bereits ausgesprochen hat, wurden diese daher nicht unmittelbar (mit 6-tägiger Frist nach AGB), sondern – wie von der Antragstellerin gefordert - mit mehrmonatiger Frist ausgesprochen. Bei ISDN-Standard und ISDN-Komfort wurden die Kunden mehrere Monate im Voraus von der geplanten Kündigung informiert, so dass eine ausreichende Reaktionszeit für die Kunden besteht und diese sich nicht gezwungen sehen müssen übereilt zur Antragsgegnerin zu wechseln.

Für noch ausstehende Kündigungsankündigungen hat die Antragsgegnerin im Vorverfahren wie im anhängigen Verfahren zugesichert, über den Antrag hinausgehend sogar vier Monate vor dem geplanten Wirksamwerden der Kündigungen, die Kunden über anstehende Kündigungen zu informieren. Ein sich mittelbar zu Lasten der Antragstellerin auswirkender Zeit- und Entscheidungsdruck wird damit auf die Kunden gerade nicht ausgeübt.

Soweit mit dem Antrag weitere über die konkreten Kündigungsaktionen bei T-Net 100, ISDN-Standard und ISDN-Komfort hinausgehende Ansprüche verfolgt werden, fehlt es an „tatsäch-

lichen Anhaltspunkten“ dafür, dass die Antragstellerin dort vom eingeschlagenen Weg der mehrmonatigen Vorankündigungen abweichen könnte, so dass ein Missbrauch im Sinne des § 42 Abs. 4 Satz 3 TKG nicht „droht“.

### **3.1 Antrag zu I.3**

#### **(Keine Änderung von Preselection unmittelbar bei Vertragswechsel)**

Mit Hauptantrag zu I.3 beantragt die Antragstellerin,

*der Betroffenen wird untersagt, die bestehende Preselection auf die Antragstellerin bei dem Vertragswechsel eines Endkunden auf einen anderen Tarif zu beenden.*

Der Antrag ist unbegründet. Es fehlt bereits an einer Behinderung bzw. Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten der Antragstellerin.

Eine Behinderung bzw. Beeinträchtigung im Sinne des § 42 Abs. 1 TKG liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn die Wettbewerbsmöglichkeiten anderer Unternehmen im Sinne eines nachteiligen Wirkungszusammenhangs behindert bzw. beeinträchtigt werden

*VG Köln, Urteil vom 17.05.2006, 21 K 7045/05. MMR 2006, Seite 842, 843;*

eines Kausalitätsbeweises im strengen Sinne bedarf es nicht.

Ein solcher nachteiliger Wirkungszusammenhang lässt sich vorliegend nicht feststellen.

Die Antragstellerin stellt nicht in Frage, dass eine Änderung der auf sie lautenden Preselection auf Wunsch des Kunden durch die – allein hierzu befähigte – Antragsgegnerin grundsätzlich erfolgen darf. Die Antragstellerin hat hierzu in der mündlichen Verhandlung vom 12.08.2009 und mit Schriftsatz vom 19.08.09 klargestellt, der Antrag richte sich nicht darauf, eine Beendigung auf sie lautender Preselection gänzlich zu unterbinden. Es gehe ihr (allein) darum, dass gerade „bei dem Vertragswechsel“, also in zeitlichem Zusammenhang mit der Vornahme des Vertragswechsels, eine Beendigung der Preselection nicht erfolgen dürfe.

Hinsichtlich der Frage der Behinderung darf folglich nicht auf den Umstand abgestellt werden, dass die Antragstellerin auf Kundenwunsch Kunden verliert. Die Behinderung muss vielmehr davon ausgehen, dass die Beendigung gerade in zeitlichem Zusammenhang mit der erneuten Eingehung eines (anderen) Vertragsverhältnisses mit der Antragsgegnerin erfolgt. Der nachteilige Wirkungszusammenhang (Kundenverlust) muss also bestehen zwischen der Beauftragung zur Beendigung der Preselection anlässlich oder gleichzeitig mit dem Abschluss eines neuen Vertragsverhältnisses; einer erneuten Entscheidung des Kunden für die Antragsgegnerin unter Vereinbarung anderer vertraglicher Konditionen.

Da das Recht des Kunden, eine Beendigung bestehender Preselection zu verlangen, nicht in Frage steht, muss sich ein Nachteil für die Antragstellerin ferner gerade daraus ergeben, dass die Antragsgegnerin einen solchen Auftrag des Kunden sachlich und/oder zeitlich zusammen mit Angebot des Kunden (§ 145 BGB) auf Abschluss eines neuen Telefondienstvertrages entgegen nimmt. Ginge von der zeitgleichen Entgegennahme des Auftrags auf Änderung der Preselection (§ 631 BGB) eine nachteilige Wirkung zu Lasten der Antragstellerin aus, so müsse als „Kontrollüberlegung“ richtig sein, dass dieser Nachteil bei Verweigerung der Auftragsannahme zu diesem Zeitpunkt, verbunden z.B. mit der Bitte gegenüber dem Kunden, den Auftrag etwa am folgenden Tag oder z.B. eine Woche nach Abschluss des Neuvertrages erneut zu erteilen (oder sich selbst mit dem Kunden nach Ablauf einer Karenzfrist mit dem Kunden nochmals in Verbindung zu setzen), nicht mehr gegeben wäre.

Eine spezifische Behinderung der Antragstellerin gerade dadurch, dass die Antragsgegnerin die Entgegennahme eines Auftrags des Kunden zur Beendigung einer Preselection zeitgleich mit dem Abschluss eines Neuvertrages nicht verweigert, ist aber nicht ersichtlich. Der von der Antragstellerin beklagte Kundenverlust träte in gleicher Weise ein, wenn der Kunde

von der Antragsgegnerin darauf verwiesen würde, den Auftrag zur Beendigung der Preselection zu einem anderen, in naher Zukunft zum Vertragswechsel liegenden Zeitpunkt zu stellen. (Nicht erkennbar ist auch, nach Ablauf welchen Zeitraums und aus welchen mit dem Zeitablauf in Zusammenhang stehenden Gründen eine angenommene Behinderung entfallen sollte).

Es ist auch nicht ersichtlich, warum der Wunsch des Kunden nach Beendigung einer für ihn wirtschaftlich nicht mehr interessanten Preselection hinter dem Wunsch der Antragstellerin nach Kundenbindung zurückstehen sollte. Insbesondere gebieten die Zielsetzungen der Regulierung nach § 2 TKG eine Unterordnung des Kundenwunsches unter die Interessen der Antragstellerin nicht. Das Bundesverwaltungsgericht hat ausdrücklich herausgestellt, dass der Schutz des Wettbewerbs „nicht der alleinige und nicht einmal der vorrangige Zweck des Telekommunikationsgesetzes“ ist, sondern

*„auch und sogar vornehmlich dem Allgemeininteresse der Verbraucher an einem möglichst optimalen Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen“ entsprochen werden soll (BVerwGE 117, 93 (101)).*

Auch kann nicht angenommen werden, dass die Antragstellerin insofern behindert würde als die Antragsgegnerin bestehende Preselection ohne oder entgegen Kundenwunsch systematisch beenden würde. Für eine solche Annahme liegen keine Anhaltspunkte vor.

Zwar hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 11.09.2009 (Anlagen T2-28a und b) zwei eidesstattliche Versicherungen vorgelegt, aus denen hervorgeht, dass eine vormals vorhandene Preselection auf die Antragstellerin nicht fortgeführt wurde. Es handelt sich jedoch um – zudem atypische – Einzelfälle, die nicht geeignet sind eine Behinderung, zumal eine erhebliche Behinderung der Antragstellerin zu belegen. Die Unterlagen belegen vielmehr im Gegenteil, dass eine automatische Löschung bzw. eine Löschung ohne Kundenwunsch nicht erfolgt:

(1) So hat der Kunde [REDACTED] die ihm gegenüber ausgesprochene Kündigung zunächst wirksam werden lassen und erst als er bemerkte, über den Anschluss nicht mehr aktiv telefonieren zu können, sich bei der Antragsgegnerin gemeldet und einen Vertragswechsel unter Beibehaltung der Preselection beauftragt. Die hierzu ergangene Auftragsbestätigung vom 04.08.2009 enthält den ausdrücklichen Hinweis darauf, dass eventuelle vorhandene Preselection-Einstellungen nur auf Wunsch des Kunden gelöscht werden:

*„Eine eventuell vorhandene Preselection-Einstellung (dauerhafte Voreinstellung) auf einen anderen Verbindungsnetzbetreiber) wird nicht automatisch gelöscht. Möchten Sie Ihre gesamten Verbindungen über T-Com führen, muss die Preselection-Einstellung auf Ihren derzeitigen Netzbetreiber gelöscht werden. Informationen erhalten Sie unter [www.t-com.de/preselection](http://www.t-com.de/preselection) oder unter der kostenfreien Rufnummer 0800 33 01000.“*

Dass die Preselection dennoch nicht beibehalten wurde, ist danach offenbar einem Bearbeitungsfehler im Einzelfall zuzuschreiben, aus dem sich keine Behinderung der Antragstellerin oder anderer Preselection-Anbieter ableiten lässt. Die Antragsgegnerin hat auf Rückmeldung des Kunden dann auch offenbar problemlos die Preselection wiederhergestellt.

Der eidesstattlichen Versicherung ist zudem zu entnehmen, dass der Kunde im Call Center dazu befragt wurde, ob er die Preselection-Einstellung bei Vertragswechsel beibehalten wolle, er sich also ausdrücklich dazu äußern musste und nicht von einem konkludenten Einverständnis ausgegangen wurde.

(2) Im Falle des Kunden [REDACTED] wurde ein vom Kunden rechtzeitig beauftragter Vertragswechsel aufgrund eines Bearbeitungsfehlers nicht ausgeführt, so dass der An-

schluss nach Ablauf der Kündigungsfrist für abgehende Verbindungen gesperrt wurde. Der Kundenauftrag für das Folgevertragsverhältnis, der Aussagen zur Beendigung der Preselection wohl nicht enthält, war zunächst nicht auffindbar. Die mit Ablauf der Kündigungsfrist abgeschaltete Preselection ist bei Freischaltung des Anschlusses nicht wieder aufgeschaltet worden. Es ist aber auch nicht ersichtlich, dass der Kunde eine Wiedereinrichtung gewünscht hätte.

(3) Auch der mit Schriftsatz vom 11.09.2009 (Anlage T2-29) vorgelegte Vermerk einer Rechtsanwaltskanzlei über Telefongespräche mit Kunden ist nicht geeignet eine Praxis der Antragsgegnerin zu belegen, wonach diese Kundenwünsche nach Beibehaltung einer Preselection übergehen würde. Der Vermerk betrifft sechs Kunden, von denen zwei die oben bereits behandelten eidesstattlichen Versicherungen abgegeben haben. Die weiteren vier Kunden sind mit der Bitte um eidesstattliche Versicherung angeschrieben worden. Entsprechende Versicherungen liegen aber nicht vor. Es handelt sich um Einzelfälle, die nicht den Fall eines Vertragswechsels bei der Antragsgegnerin betreffen.

(4) Der Kunde [REDACTED] hat die Kündigung wirksam werden lassen und beabsichtigt zu einem anderen Anschlussanbieter zu wechseln. Die Frage der Beibehaltung von Preselection zu Gunsten der Antragstellerin stellt sich daher in diesem Fall nicht.

(5) Im Fall des Kunden [REDACTED] wurde der Anschluss nach Ablauf der Kündigungsfrist für abgehende Gespräche gesperrt. Der Kunde hat gegenüber der Anwaltskanzlei erklärt, zuvor weder ein Kündigungsschreiben noch Kündigungserinnerungen erhalten zu haben. Nach Eintritt der Sperre ist der Kunde auf ein anderes Vertragsverhältnis gewechselt ohne Aussagen zur Preselection getroffen zu haben. Die Preselection wurde abgeschaltet, auf Anruf bei der Antragsgegnerin aber sofort wieder geschaltet, die sich für das Versehen entschuldigt hat. Demnach handelt es sich um einen mit dem Ablauf der Kündigungsfrist in Zusammenhang stehenden Bearbeitungsfehler im Einzelfall.

(6) Der Kunde [REDACTED] hat sich bei Vertragswechsel gegen eine Fortführung der Preselection entschieden, so dass diese nicht gegen oder ohne seinen Willen abgeschaltet wurde.

(7) Der Kunde [REDACTED] wurde nicht erreicht.

Selbst wenn man davon ausginge, dass in Einzelfällen die Preselection nicht beibehalten würde, handelte es sich nur um eine geringfügige tatsächliche Beeinträchtigung mittelbar zu Lasten der Antragstellerin, die nicht als erheblich einzustufen ist.

Die Antragsgegnerin hat überdies zugesichert, vorhandene Preselection-Einstellungen bei einer Migration des Kunden auf ein Telekom-Produkt weiterhin unterbrechungsfrei bereitzustellen. Danach behält der Kunde bei einem Produktwechsel unentgeltlich die Preselection-Einstellung auf den Anbieter bei, unabhängig davon, für welches Anschlussprodukt der Antragsgegnerin er sich entscheidet. Die Preselection wird nur aufgehoben, wenn der Kunde ausdrücklich die Aufhebung der Preselection wünscht. Die eidesstattliche Versicherung des Kunden [REDACTED] wie die diesem erteilte Auftragsbestätigung vom 04.08.2009 bestätigen, dass die Antragsgegnerin einen Bearbeitungsprozess aufgesetzt hat, der der Zusage entspricht.

Schließlich liegt eine unbillige Behinderung der Antragstellerin auch nicht in dem Umstand, dass Kunden, die sich nach und trotz erfolgter Kündigung oder Kündigungsankündigung erneut für das Eingehen eines Vertragsverhältnisses mit der Antragsgegnerin entscheiden, darüber informiert werden, dass die Beibehaltung einer Preselection bei Eingehen eines Vertrages über ein „Bündelprodukt“ für den Kunden ökonomisch ggf. nicht sinnvoll ist. Eine solche Aufklärung des Kunden ist im Rahmen selbst vorvertraglicher Treuepflichten nicht nur

erlaubt, sondern nach § 311 Abs. 2 Satz 1, 241 BGB sogar geboten. Nach § 311 Abs. 2 BGB besteht bereits mit der Aufnahme von Vertragsverhandlungen (Nr. 1), mit der Anbahnung eines Vertrages (Nr. 2), durch ähnliche geschäftliche Kontakte (Nr.3) zwischen den Beteiligten ein Schuldverhältnis, für das die Pflichten nach § 241 Abs. 2 BGB gelten. Nach § 241 Abs. 2 BGB kann seinem Inhalt jeder Teil zur Rücksichtnahme auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet sein. Hierzu gehört auch eine Information des Kunden darüber, dass die Inanspruchnahme von (jedenfalls bestimmten) Verbindungen über den neuen Vertrag mit abgedeckt ist und es – abhängig vom Kommunikationsverhalten des Kunden – zu unnötigen Doppelzahlungen kommen kann, wenn er eine Preselection beibehält und sich bei Beibehaltung der Preselection unter Abschluss des neuen Telefondienstvertrages ggf. einen vermeidbaren finanziellen Nachteil zufügt.

### **3.2 Hilfsantrag zu I.3:**

#### **(Änderung der Preselection nur bei „ausdrücklichem“ Änderungsauftrag)**

Die Antragstellerin hatte mit Schriftsatz vom 19.09.09 erklärt,

*der Hauptantrag zu I.3 umfasse als Minus den Fall, dass die Beendigung der Preselection allenfalls dann erfolgt, wenn der Endkunde ausdrücklich einen Auftrag zur Einrichtung der Preselection auf die Antragsgegnerin oder einen anderen TK-Anbieter erteilt. Dies werde vorsorglich hilfsweise beantragt.*

Die Antragstellerin begehrte damit, der Antragsgegnerin zu untersagen, einem lediglich konkludent geäußerten Kundenwunsch nach Beendigung einer Preselection zu entsprechen.

Nachdem durch Änderungsgesetz vom 29.07.2009 (BGBl. I S. 2433) eine Änderung von § 40 Abs. 1 Satz 3 TKG dahingehend vorgenommen wurde, dass für die Änderung einer Preselection-Einstellung ab dem 01.03.2010 die „Textform“ erforderlich ist, hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 20.05.2010 den Antrag wie folgt gestellt:

*der Hauptantrag zu I.3 umfasse als Minus den Fall, dass die Beendigung der Preselection allenfalls dann erfolgt, wenn der Endkunde „in Textform“ einen Auftrag zur Einrichtung der Preselection auf die Antragsgegnerin oder einen anderen TK-Anbieter erteilt.*

Der Antrag ist unbegründet.

Eine Behinderung der Antragstellerin ist nicht erkennbar.

Der Antrag behandelte - auf die Zukunft - gerichtet eine abstrakte Rechtsfrage. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Antragsgegnerin sich über die seit 01.03.2010 geltende Regelung in § 40 Abs. 1 Satz 3 TKG hinwegsetzen würde.

Auch für die Vergangenheit lässt sich eine Behinderung nicht feststellen. Es ist nicht ersichtlich, dass Abschaltungen von auf die Antragstellerin lautender Preselection aufgrund konkludent geäußerten Kundenwunsches bislang überhaupt vorgenommen worden waren. Zudem ist schwer vorstellbar, wie eine solche konkludente Äußerung des Kunden überhaupt hätte aussehen sollen. Dies gilt umso mehr als die Antragsgegnerin in Wahrnehmung ihrer Beratungs- und Aufklärungspflicht nach §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB soweit ersichtlich ihre Kunden bei Vertragswechsel regelmäßig ausdrücklich zum Fortbestand der Preselection befragte und damit auch von einer ausdrückliche und eindeutigen Antwort des Kunden auszugehen war.

Die Antragsgegnerin hatte im Übrigen bereits zugesagt, eine Beendigung der Preselection nur bei ausdrücklichem Wunsch des Kunden – und eben nicht bei konkludenter Willenäußerung - vorzunehmen.

Hätte die Antragsgegnerin einem tatsächlich vorhandenen - aber ggf. nur konkludent geäußerten - Kundenwunsch nach Beendigung einer Preselection entsprochen, hätte sich dies im Übrigen auch nicht als Akt mittelbarer Behinderung zu Lasten der Antragstellerin dargestellt, sondern als Ausdruck der Wahrnehmung der Kundeninteressen im Rahmen eines Schuldrechtsverhältnisses. Zudem wäre Erheblichkeit angesichts fehlender Fallzahlen nicht anzunehmen gewesen.

#### **4. Antrag zu I.4 (Anspruch auf Vorab-Information)**

Mit Antrag zu I.4 **Satz 1** beantragt die Antragstellerin, der Antragsgegnerin aufzugeben,

*drei (3) Monate vor Versenden von Schreiben an Endkunden zur Kündigung eines Tarifs oder Schreiben zur Ankündigung der Kündigungserklärung die Antragstellerin über diese Tarifbeendigung schriftlich in Kenntnis zu setzen. Im Rahmen dieses Informationsschreibens habe die Betroffene der Antragstellerin sämtliche betroffenen Endkunden mit Name und Telefonnummer zu bezeichnen (in Form einer Exel-Datei), die über eine Preselection auf die Antragstellerin verfügen. (Die Pflicht zur Versendung des Informationsschreibens besteht nicht, wenn für keinen der von der Tarifbeendigung betroffenen Endkunden eine Preselection auf die Antragstellerin eingerichtet ist).*

#### **(1) Vortrag der Verfahrensbeteiligten:**

Die **Antragstellerin** führt mit Schriftsatz vom 02.07.2009, Seite 23 f., Seite 40 aus:

Sie sei insofern behindert als ihr bei fehlender Vorab-Information die Möglichkeit genommen werde, ihre Kunden adäquat über aktuelle Entwicklungen zu informieren. Auf diese Art und Weise entstehe zwangsläufig ein Ungleichgewicht zugunsten der Antragsgegnerin bei der Kundenkommunikation. Die Antragsgegnerin informiere den Endkunden als reiner Teilnehmernetzbetreiber über die Tarifbeendigung, während die Bewerbung der Bündelangebote in ihrer Funktion als Verbindungsnetzbetreiber erfolge.

Mit der fehlenden Information an Wettbewerber auf dem Markt für Telefonverbindungen und dem Markt für Breitbandanschlüsse verschaffe sich die Antragsgegnerin einen Wettbewerbsvorteil. Wie die Ankündigungsschreiben vom April 2009 zeigten, dränge die Antragsgegnerin die jeweils adressierten Endkunden, sich mit ihr telefonisch in Verbindung zu setzen. Unabhängig von Inhalt der Schreiben könne die Antragsgegnerin in einem solchen Kundengespräch ihre sämtlichen Tarife bewerben. Wie die Berichte von Kundenbetreuern, die Schreiben von Endkunden sowie verschiedene eidesstattliche Versicherungen zeigten, komme es hierbei systematisch zu Fehlinformationen und weiteren Irreführungen von Endkunden. Wettbewerber, insbesondere Preselection-Anbieter, seien dagegen durch die fehlende Vorab-Information nur noch zu einem reaktiven Verhalten in der Lage. Der Preselection-Anbieter erfahre erst durch die betroffenen Endkunden von den Tarifmaßnahmen der Antragsgegnerin. In einer chancengleichen Situation würde der Preselection-Anbieter die Möglichkeit erhalten, zeitgleich zu den Ankündigungsschreiben der Antragsgegnerin (als Teilnehmernetzbetreiber) die jeweiligen Preselection-Kunden zu informieren und parallel zu der Aktivität der Antragsgegnerin (als Verbindungsnetzbetreiber) eigene Produkte zu bewerben.

Die Antragstellerin sei ohne Vorab-Information immer dann diskriminiert, wenn sich ein Kunden (aufgrund Anschreibens oder Beratungsgesprächs) für eine Preselection auf einen anderen Verbindungsanbieter entscheide, sie als Preselection-Anbieter über die Beendigung des jeweiligen Telefonanschlusses jedoch keiner Kenntnis besäße (Schriftsatz vom 02.07.2009, Seite 40).

Die **Antragsgegnerin** hat erwidert:

Der mit Antrag zu I.4 geltend gemachte Anspruch auf Vorab-Information hinsichtlich der betroffenen Endkunden stehe der Antragstellerin bereits nach Maßgabe des Beschlusses des Oberlandesgerichts Düsseldorf VI-2 W (Kart) 1/09 vom 30.06.2009 nicht zu. Das Oberlandesgericht habe betreffend einen ebenfalls auf Auskunft über die Namen der von der Antragsgegnerin angesprochenen Endkunden gerichteten Antrag eines anderen Wettbewerbers auf Erlass einer einstweiligen Verfügung die erstinstanzliche Ablehnung des Verfügungsantrags durch das Landgericht Köln bestätigt. Die Antragstellerin kenne ihre Kunden und sei daher zur Aufklärung ihrer Kunden und Abwehr eines Schadenseintritts auf diese Information nicht angewiesen. Soweit die Antragstellerin nicht wisse, welche ihrer Kunden die verfahrensgegenständlichen Leistungen in Anspruch nähmen, könne sie alle Kunden anschreiben.

Im Übrigen sei eine Vorab-Information im Rahmen einer dreimonatigen Kündigungsfrist nicht geboten. Die Frist sei ausreichend, der Antragstellerin eine Gegenaufklärung zu ermöglichen. Dies gelte umso mehr, falls der Antragsgegnerin Werbemaßnahmen in Zusammenhang mit der Portfoliobereinigung untersagt werden sollten.

Soweit die Antragstellerin den Anspruch auf Vorab-Information auf § 42 Abs. 2 TKG stütze lägen die Voraussetzungen nicht vor. Ein Verstoß gegen die Gleichbehandlungspflicht intern/extern würde voraussetzen, dass der für den Vertrieb von Verbindungsleistungen zuständige Geschäftsbereich der Antragsgegnerin drei Monate vor Versendung der Ankündigungsschreiben über die Portfoliobereinigung informiert gewesen wäre. Nur in diesem Fall würde nämlich der Vertrieb für Telefonverbindungen bevorzugt. Die für Verbindungsleistungen zuständigen Vertriebseinheiten seien aber erst am 23.04.2009 und damit nach Versendung der Schreiben vom 14.04.2009 informiert worden. Eine Gleichbehandlung intern/extern würde der Antragstellerin daher die von ihr begehrte Möglichkeit zur Ansprache des Kunden vor oder zeitgleich mit dem Vertrieb der Antragsgegnerin gar nicht ermöglichen.

Ein Verstoß gegen die Gleichbehandlungspflicht könne im Übrigen auch dadurch gelöst werden, dass durch geeignete interne Maßnahmen sichergestellt werde, dass die für den Vertrieb von Verbindungsleistungen zuständigen Abteilungen nicht vorab über die Kündigungen der Anschlussstarife informiert würden.

Dem hält die **Antragstellerin** entgegen:

Soweit die Antragsgegnerin vortrage, ihre zuständigen Vertriebseinheiten hätten erst am 23.04.2009 — also nach Beginn der sog. Portfoliobereinigung vom 14.04.2009 — von den Maßnahmen Kenntnis erhalten (Antragserwiderung, Seite 18), sei dies nicht glaubwürdig. Insoweit würden Ermittlungen der Beschlusskammer angeregt.

Die Antragsgegnerin habe nicht erklärt, auf welche Vertriebseinheiten sie sich beziehe. Möglicherweise handele es sich um die für die Antragsgegnerin tätigen Call Center. Es sei offenkundig notwendig, dass die sog. Portfoliobereinigung von der Antragsgegnerin längerfristig vorbereitet worden sein müsse. Insoweit habe die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung selbst erklärt, diese Maßnahme sei von ihrem Bereich „Marketing“ gesteuert worden. Mit Blick auf diesen Vortrag sei festzuhalten, dass der Bereich Marketing für die Antragsgegnerin Werbeschreiben vorbereitet habe, welche sich auf die Bündeltarife wie „Call Basic“ und „Call Comfort“ beziehen. Im rechtlichen Sinne handelte dieser Bereich daher ersichtlich als Teil des Vertriebs von Telefonverbindungen durch die Antragsgegnerin.

Die Antragsgegnerin handele missbräuchlich, wenn sie ihre eigenen Bereiche, welche für den Vertrieb von Telefonverbindungen im o.g. Sinne tätig seien, zeitlich deutlich eher über Tarifbeendigungen in Kenntnis setze als alternative Verbindungsnetzbetreiber. Die Antragsgegnerin handele bei den hier fraglichen Tarifbeendigungen in einer Doppelstellung als Teilnehmernetzbetreiber und Verbindungsnetzbetreiber. Die Antragsgegnerin agiere als Teil-

nehmernetzbetreiber, soweit sie Anschlussstarife beende und hierfür Kündigungen ausspreche. Davon zu trennen sei ihre Tätigkeit als Verbindungsnetzbetreiber, mit der sie Telefonverbindungen anbiete. Faktisch vermarkte die Antragsgegnerin derzeit ausschließlich Bündeltarife und handelt damit sowohl als Teilnehmernetzbetreiber als auch als Verbindungsnetzbetreiber.

In dieser Doppelstellung untersage § 42 Abs. 2 TKG der Antragsgegnerin, sich selbst günstigere Bedingungen einzuräumen, als den externen Verbindungsnetzbetreibern. Folglich habe die Antragsgegnerin diesen externen Verbindungsnetzbetreibern (wie der Antragstellerin) die gleichen Wettbewerbsbedingungen einzuräumen wie sich selbst bei der Vermarktung der Bündelprodukte.

Sollten die hier fraglichen Schreiben im Rahmen der sog. Portfoliobereinigung durch den Bereich Marketing der Antragsgegnerin verantwortet worden sein, stehe dies dieser Doppelstellung nicht entgegen. Nach § 42 Abs. 2 TKG sei die Antragsgegnerin verpflichtet, alternative Netzbetreiber wie ihren eigenen entsprechenden Konzernbereich zu behandeln. Dies schließe aber gerade jeglichen wettbewerbsrelevanten Informationsvorsprung auch des Marketing-Bereichs der Antragsgegnerin im Vergleich zu Verbindungsnetzbetreibern aus. Eine sachliche Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung könne nur in engen Ausnahmen bestehen (BVerwG, Urteil vom 18.12.2007, Az. BVerwG 6 C 47.06, MMR 2008, 235 ff.). Hierfür trage die Antragsgegnerin nichts vor.

Zur Vermeidung einer missbräuchlichen Ungleichbehandlung habe die Antragsgegnerin nicht nur die Maßnahme der Tarifbeendigung als solche mitzuteilen, sondern gegenüber der Antragsgegnerin auch diejenigen Endkunden zu benennen, die bei einer Preselection auf die Antragstellerin von der Tarifbeendigung betroffen seien (Antragsschrift, Seite 40 f.).

Diese Informationen seien für die Antragstellerin erforderlich. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30.06.2009 im Verfahren Az. VI-2 W (Kart) 1/09. Zwar habe das OLG ausgesprochen, der dortige Antragstellerin sei auf die Auskunft über betroffene Kunden nicht angewiesen, um ihrerseits eine „Gegenaufklärung“ der Kunden zu bewirken. Die Entscheidung des OLG Düsseldorf sei auf das vorliegende Verfahren aber nicht übertragbar. Bei der Bewertung dieser Entscheidung sei zunächst zu beachten, dass es sich insoweit um eine Entscheidung im Eilverfahren handele; das OLG sehe keinen Antragsgrund für die dort beantragte Leistungsverfügung, äußere sich jedoch in keiner Weise zu den materiellrechtlichen Ansprüchen der dortigen Antragstellerin im Hauptsacheverfahren. Zudem beurteile das OLG Düsseldorf den geltend gemachten Anspruch auf Benennung der betroffenen Kunden nicht nach § 42 Abs. 2 TKG. Auch dies stehe der Übertragung auf das vorliegende Verfahren entgegen.

Aber auch die Überlegungen des OLG Düsseldorf zur Interessenabwägung seien nicht übertragbar. Das OLG halte es für zumutbar, dass die dortige Antragstellerin bei einer Tarifbeendigung der Antragsgegnerin sämtliche ihrer DSL-Endkunden per E-Mail informiere. Dies offenbare einen grundlegenden Unterschied zu den hier fraglichen Preselection-Endkunden. Die Antragstellerin und andere Preselection-Anbieter seien nicht in der Lage, ihre Endkunden „per E-Mail“ über eine Tarifbeendigung der Antragsgegnerin und eigene Angebote in diesem Zusammenhang in Kenntnis zu setzen. Es ist offenkundig, dass bei einem E-Mail an sämtliche Endkunden ein deutlich geringerer administrativer Aufwand und deutlich geringere Kosten entstünden als bei regulären Briefschreiben, wie sie die Antragstellerin versenden müsse.

Gerade die aktuelle sog. Portfoliobereinigung ab April 2009 offenbare die bei der Antragstellerin entstehenden Kosten. Die Antragsgegnerin habe zunächst Kündigungsschreiben für die ISDN-Anschlüsse übersandt, sodann Ankündigungsschreiben und schließlich Schreiben an die Kunden mit T-Net 100. Nach der Vorstellung der Antragsgegnerin müsse die Antragstellerin nach Kenntnis jeder einzelnen Maßnahme jeweils alle ihre Preselection-Kunden an-

schreiben. Dies führt nicht nur zu erheblichen, sich multiplizierenden Kosten. Zum einen verwässert diese Vorgehensweise auch die Wahrnehmung der jeweiligen Informationsschreiben des Wettbewerbers bei den angeschriebenen Endkunden. Zum anderen spreche es vertrieblicher Erfahrung, dass Hinweis- und Aufklärungsschreiben in nicht unerheblichem Umfang Rückfragen auch von solchen Endkunden auslösen, die von der fraglichen Maßnahme nicht betroffen sind. Allgemeine Informationen der Antragstellerin über angekündigte Tarifmaßnahmen der Antragsgegnerin würden daher zusätzliche Kundenbetreuungskosten bei der Antragstellerin auslösen.

Eine Gleichbehandlung könne ersichtlich auch nicht in der Weise erfolgen, dass die Vertriebsabteilungen sowohl der Antragsgegnerin als auch der Antragstellerin jeweils nicht vorab über die Kündigung der Anschlussstarife informiert würden. Dagegen spreche schon, dass die entsprechenden Maßnahmen der Antragsgegnerin zur Beendigung von Anschlussstarifen nach ihrer eigenen Aussage gerade zur Bewerbung und zum Vertrieb von Verbindungsleistungen durchgeführt und rechtlich daher von dem entsprechenden Vertriebsbereich gesteuert würden.

Eine Unterteilung, nach der der Bereich „Marketing“ nicht zum Bereich „Vertrieb“ gehört, sei mit der gesetzlichen Vorgabe aus § 42 Abs. 2 TKG, den internen Leistungsbezug des marktmächtigen Unternehmen zu „günstigeren Bedingungen“ auszuschließen, nicht vereinbar. Es wäre widersinnig anzunehmen, ein marktmächtiges Unternehmen könne durch Zusammenführung interner Bereiche dem Diskriminierungsverbot aus § 42 Abs. 2 TKG entgegen. Betrachte man allein den Zugang zu Leistungen zu gleichgünstigen Bedingungen, komme es darauf an, dass die Vorbereitung von Maßnahmen zur Beendigung von Anschlussstarifen, die zum Zwecke des Vertriebs von Verbindungsleistungen durchgeführt würden, ohne Kenntnis des entsprechenden Vertriebsbereichs nicht möglich sei. Aus diesem Grund lasse sich das Gleichbehandlungsgebot nur im Wege der entsprechend gleichzeitigen Information gegenüber der Antragstellerin umsetzen.

Die Notwendigkeit für eine frühzeitige Information der Antragstellerin entfielen auch dann nicht, wenn der Antragsgegnerin untersagt würde, zusammen mit dem Kündigungsschreiben auch andere Produkte als reine Anschlussprodukte zu bewerben. Unabhängig von den in derartigen Schreiben beworbenen Produkten sei damit zu rechnen, dass sich zahlreiche Kunden als Reaktion auf ein entsprechendes Kündigungsschreiben an die Call Center der Antragsgegnerin wenden würden. Selbst wenn es der Antragsgegnerin untersagt würde, im Kündigungsschreiben auf Bündeltarife zu verweisen, würden entsprechende Tarife in diesem Fall von ihren Call Centern vermarktet. Eine gleichzeitige Information der Antragstellerin bliebe somit erforderlich, damit sie ihre Kunden rechtzeitig auf die bevorstehenden Veränderungen und die bestehenden Optionen hinweisen könne.

Auch die dreimonatige Kündigungsfrist begründe nicht, dass eine frühere Information der Antragstellerin nicht erforderlich wäre. Es entspreche der Lebenserfahrung, dass sich der überwiegende Teil der angeschriebenen Kunden kurzfristig nach Erhalt des Ankündigungsschreibens mit einer Folgeregelung für ihren Telefonanschluss auseinandersetzen werde. Dementsprechend bliebe die Antragstellerin in einem erheblichen Wettbewerbsnachteil, wenn sie eigene Vertriebsmaßnahmen erst beginnen könnten, wenn die Antragsgegnerin mit den Endkunden schon längst Nachfolgeprodukte abgeschlossen habe oder hierüber Gespräche führe.

**Die Antragsgegnerin erwidert:**

Sie habe dargelegt, dass es eine strikte Trennung zwischen den Einheiten „Marketing“ und „Vertrieb“ gebe, die dem Gebot der Gleichbehandlung intern gleich extern entsprächen. Für die Anwendung des § 42 Abs. 2 TKG im Hinblick auf eine Vorab-Information über die Portfoliovereinbarung verbleibe demnach kein Raum.

Soweit die Antragstellerin einen Anspruch auf Mitteilung derjenigen Kunden geltend mache, die als eigene Kunden der Antragstellerin von der Portfoliobereinigung betroffen seien, habe die Antragsgegnerin bereits dargelegt, dass die Antragstellerin selbst ihre Kunden zu kontaktieren habe, wenn sie die wirtschaftliche Notwendigkeit einer Kontaktaufnahme sehe. Die Antragstellerin habe keine Argumente angeführt, warum der Beschluss des OLG Düsseldorf vom 30.06.2009 in dieser Hinsicht nicht maßgeblich sein sollte.

Soweit die Antragstellerin geltend mache, nicht über die E-Mail-Adressen ihrer Kunden zu verfügen, stelle dies ein Versäumnis dar, dessen Folgen nicht auf die Antragsgegnerin abgewälzt werden könnten.

## **(2) Begründetheit**

Der Antrag ist weder nach § 42 Abs. 2 Nr. 1 noch nach § 42 Abs. 1 TKG begründet.

Die Antragstellerin macht mit Antrag zu I.4 einen auf „Information“ im Sinne der Übermittlung von Kundendaten mit dreimonatigem Vorlauf beschränkten Informationsanspruch geltend. Eine generelle Vorab-Informationspflicht wird nicht geltend gemacht.

### **(a) Auslegung des Antrags**

Die Antragstellerin macht einen Informationsanspruch gegenüber der Antragsgegnerin geltend. Mit dem Vortrag, die für den Vertrieb von Verbindungsleistungen zuständigen Stellen der Antragsgegnerin hätten zeitlich vor ihr als Wettbewerberin auf dem Verbindungsmarkt Kenntnis von anstehenden Kündigungen erlangt, beruft sie sich über den allgemeinen Behinderungsvorwurf hinaus auf den Tatbestand ungerechtfertigter zeitlicher Diskriminierung nach § 42 Abs. 2 TKG.

Der Antrag nach I.4 Satz 1 richtet sich zunächst allgemein auf Vorab-Information. Der Antrag nach I.4 Satz 2 konkretisiert den Inhalt der gewünschten Information auf Kundendaten. Fraglich war daher, ob der Antrag so zu verstehen ist, dass es der Antragstellerin in erster Linie um die Kenntnis betroffener Kunden geht und in zweiter Linie (quasi als Minus) ein allgemeiner Informationsanspruch (Satz 1) geltend gemacht werden soll oder Satz 2 ausschließlich im Sinne einer Konkretisierung des Informationsbegehrens nach Satz 1 zu verstehen ist. Nach den Ausführungen zur Begründung des Antrags ist jedoch erkennbar, dass es der Antragstellerin nicht – auch nicht hilfsweise – um Erstreiten eines Anspruchs auf allgemeine Vorab-Information über Portfoliobereinigungen geht, da die vertriebliche Verwertung einer solchen Information in erster Linie mit unerwünschten Kosten verbunden wäre.

Den Ausführungen der Antragstellerin zum Beschluss des OLG Düsseldorf ist zu entnehmen, dass die Antragstellerin eine Vorab-Information aller ihrer Kunden ermöglichende allgemeine Information über Portfoliobereinigungen zu bestimmten Anschlusstypen bzw. zur Fortsetzung der konkret begonnen Kündigungswellen keinen vertrieblichen Nutzen beimisst. Die Antragstellerin führt aus, Informationen an alle ihre Kunden seien mit ihr nicht zumutbarem administrativem Aufwand und Kosten verbunden. Würde sie im Übrigen alle Kunden nach Kenntnis jeder einzelnen Maßnahme anschreiben, so würde in der Bewerbung ein „Verwässerungseffekt“ auftreten. Solche Schreiben lösten zudem in erheblichem Umfang immer auch Rückfragen nicht betroffener Kunden und damit unnötige Betreuungskosten aus.

### **(b) § 42 Abs. 2 TKG (keine Bevorzugung des eigenen Vertriebs)**

Mit dem Vortrag, die Antragsgegnerin habe ihren eigenen Vertrieb für Verbindungsleistungen eher als sie in ihrer Eigenschaft als Wettbewerberin auf dem Verbindungsmarkt über die anstehenden Kündigungen informiert, beruft sich die Antragstellerin auf den Diskriminierungstatbestand nach § 42 Abs. 2 Satz 1 TKG. Sie rügt eine zeitliche Ungleichbehandlung bei der Bereitstellung von Informationen.

Eine solche Ungleichbehandlung ist jedoch nicht feststellbar, da die von der Antragstellerin begehrte Leistung intern nicht bereitgestellt wurde.

Nach § 42 Abs. 2 TKG wird eine Diskriminierung vermutet, wenn ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich selbst, seinen Tochter- oder Partnerunternehmen den Zugang zu seinen intern genutzten (bb) oder zu seinen am Markt angebotenen Leistungen (aa) zu günstigeren Bedingungen oder zu einer besseren Qualität ermöglicht, als es sie anderen Unternehmen bei der Nutzung der Leistung für deren Telekommunikationsdienste (cc) oder mit diesen in Zusammenhang stehenden Diensten einräumt, es sei denn, das Unternehmen weist Tatsachen nach, die die Einräumung ungünstigerer Bedingungen sachlich rechtfertigen.

**(aa)** Die Antragstellerin verlangt als „Leistung“ die namentliche Benennung ihrer von Kündigungen betroffenen Kunden einschließlich deren Telefonnummer. Diese Angaben stellen „Bestandsdaten“ im Sinne des § 3 Nr. 3 TKG dar, nämlich Daten eines Teilnehmers, die für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung, Änderung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses über Telekommunikationsdienste erhoben werden. In ihrer Eigenschaft als „Daten“ stellen sie eine „Leistung“ im Sinne des § 42 Abs. 2 Satz 1 TKG dar.

Der Begriff der Leistung ist weit auszulegen. Er kann umfasst neben Anlagen und Anlagenteilen auch Daten erfassen

*OVG Münster, NJW 1998, 3370, 3371*

sowie sonstige Produkte materieller oder geistiger Art und Vorgänge, soweit diese physisch-technisch zum Gebrauch oder Verbrauch greifbar sind

*OVG Münster, NVwZ 2000, 697, 699; CR 2002, 29 (31),  
OVG Münster NJW 1998, 3370 (3371).*

**(bb)** Die Daten wurden aber von mit der Antragstellerin in Wettbewerb stehenden Einheiten der Antragsgegnerin nicht „intern genutzt“.

Intern genutzt werden Leistungen, die unternehmens- oder konzernintern als Vorprodukt von der die Leistung erbringenden oder produzierenden Einheit einem anderen Geschäftsbereich zum Zwecke weiterer Verwendung zur Verfügung gestellt werden

*OVG Münster 13 B 1955/03 vom 19.11.2003 (MMR 2004, 119 (juris Rn 12)).*

Es fehlt jedoch an Anhaltspunkte dafür, dass der Bereich Marketing, in dem die Daten angefallen sind, diese dem Bereich Vertrieb zur Verfügung gestellt hätte. Ausweislich des der Kammer vorliegenden „Marketingbriefings“ vom 23.04.2009 hat der Vertrieb nur allgemeine Informationen über die Kündigungen erhalten, nicht aber konkrete Kundendaten. Dies war auch nicht nötig, da die Kunden durch die Kündigung bzw. Kündigungsankündigung selbst gehalten waren, gegenüber dem Vertrieb tätig zu werden, d.h. von sich aus z.B. die Call Center anzurufen soweit sie in Erwägung zogen, nach Kündigung erneut ein Vertragsverhältnis mit der Antragsgegnerin einzugehen. Das Marketing hat damit dem Vertrieb ein „Vorprodukt“ wie es von der Antragstellerin im Wege der Gleichbehandlung beansprucht wird, nicht zur Verfügung gestellt.

Erst recht nicht hat die Antragsgegnerin ein nach „Preselection-Kunden“, „Preselection-Kunden der jeweiligen Anbieter“ und „Kunden ohne Preselection“ differenziertes Vorprodukt an Geschäftsbereiche intern zur Verfügung gestellt. Die Antragstellerin wünscht nämlich nicht eine Übermittlung von Namen und Daten aller betroffenen Kunden, wie sie im Bereich Marketing im Rahmen der Kundenanschriften anfallen, sondern eine Information darüber,

welche der in der Gesamtheit der anzuschreibenden Anschlusskunden enthaltenen Preselection-Kunden ihre eigenen Kunden sind (s.o.). Die Antragsgegnerin hat aber bereits die Daten der Preselection-Kunden als solcher im Rahmen der Portfoliobereinigung nicht gesondert erhoben noch – getrennt nach dem jeweiligen Preselection-Anbietern – dem Vertrieb zur Verfügung gestellt. Die von der Antragstellerin begehrte Leistung liegt damit als Ergebnis eines funktionell eigenständigen Wertschöpfungsprozesses bei der Antragsgegnerin in dieser Form nicht vor, sondern müsste für die Antragstellerin eigens generiert werden. Hierzu ist die Antragsgegnerin nicht verpflichtet.

Die Generierung einer solchen Datei würde es der Antragsgegnerin im Übrigen ermöglichen, gezielt gerade Preselection-Kunden zu bewerben und unterläge insofern Bedenken im Hinblick auf den Grundgedanken des § 17 Satz 2 TKG i.V.m. Art. 4 Abs. 3 Satz 2 der Richtlinie 2002/19/EG

*vgl. hierzu VG Köln 21 K 4418/05 vom 26.10.2005, Rn 46 juris.*

**(cc)** Die Antragstellerin benötigt die Kundendaten auch nicht, um sie im Sinne des § 42 Abs. 2 TKG als Vorprodukt für eigene Telekommunikationsdienste oder mit diesen in Zusammenhang stehenden Dienste einzusetzen, sondern allein zum Zwecke gezielt zeitgleicher Bewerbung eigener – neben Preselection vermarkteter - (Bündel)Produkte mit der Bewerbung von Bündelprodukten durch die Antragsgegnerin.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 02.07.2009, Seite 23, vorgetragen, die Daten zu benötigen, um Kunden“ adäquat über aktuelle Entwicklungen“ zu informieren. Die Antragstellerin spricht damit die Chance gezielt zeitgleicher Bewerbung eigener Produkte, nicht in ihrer Eigenschaft als Preselection-Anbieter, sondern in ihrer daneben bestehenden Eigenschaft als Anbieter im Anschluss- und Verbindungsmarkt an. Die Antragstellerin hat nach Übernahme der QSC AG mit dieser eine gemeinsame Netzgesellschaft, die Plusnet GmbH & Co. KG gegründet, über die sie ein nahezu bundesweites DSL-Access-Netz aufbaut. Auf Basis der von Plusnet bereit gestellten Netzkapazitäten entwickeln QSC und die Antragstellerin ihrerseits eigene Produkte und Dienstleistungen, die sie ihren Endkunden zur Verfügung stellen. Die Produkte, über die die Antragstellerin ihre bisherigen Preselection-Kunden informieren möchte, existieren aber am Markt bereits und müssen nicht unter Aufsetzen auf die vorenthaltene Leistung „Kundendaten“ erst entwickelt werden. Die Antragstellerin benötigt die Kundendaten daher nicht um eine eigene Telekommunikationsdienstleistung zu generieren. Es ist auch nicht ersichtlich, dass diese Daten für mit Telekommunikationsdiensten „in Zusammenhang stehenden Diensten“ der Antragstellerin benötigt würden.

Soweit die Antragstellerin über die Belieferung mit eigenen Kundendaten die Möglichkeit erhalten möchte, bisherige Preselection-Kunden für ihre anderen - mit den Bündelprodukten der Antragsgegnerin konkurrierenden - Produkte zu gewinnen, ist das Anliegen der Antragstellerin darauf gerichtet, an dem durch die Kündigungen der Antragsgegnerin ausgelösten Neuentscheidungsdruck des Kunden zu partizipieren, und zwar in einem Produktbereich, in dem die zu bewerbenden Kunden bislang nicht zu ihren Vertragspartnern zählen. Insoweit handelt es sich aber nicht um eine Frage zeitlicher Diskriminierung, sondern um eine solche des allgemeinen Missbrauchsverbotes nach § 42 Abs. 1 Satz 1 TKG.

**(c) § 42 Abs. 1 Satz 1 (keine Beeinträchtigung von Wettbewerbsmöglichkeiten)**

Mit dem Vortrag, aufgrund fehlender Vorab-Information über anstehende Kündigungen der Antragsgegnerin sei ihr die Möglichkeit genommen, ihre bisherigen Kunden zeitlich und somit chancengleich mit der Antragsgegnerin über „aktuelle Entwicklungen“ (eigene Bündelprodukte) zu informieren, beruft sich die Antragstellerin auch auf den allgemeinen Missbrauchstatbestand nach § 42 Abs. 1 TKG.

Die Antragstellerin sieht sich durch fehlende Vorab-Information über die Namen ihrer Preselection-Kunden, - die drei Monate in der Zukunft durch die Antragstellerin eine Information über in Zukunft (d.h. in weiteren drei Monaten) bevorstehende Kündigung ihres Anschlusses erhalten werden -, in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten gegenüber der Antragsgegnerin erheblich beeinträchtigt ( § 42 Abs. 1 Satz 2 2. Alternative TKG).

Die Antragstellerin sieht eine wettbewerbsfremde Beeinträchtigung darin, dass sie den Kunden nicht zeitgleich mit der Antragsgegnerin gerade im Moment der Information über die anstehende Kündigung bewerben kann, in dem der Kunde mit anstehendem Entscheidungsdruck konfrontiert wird. Um eine solche zeitgleiche Bewerbung zu ermöglichen, benötige sie die Bereitstellung der Information mit einem zeitlichen Vorlauf vor der Zustellung von drei Monaten.

Ein solcher Anspruch auf zeitgleiche Bewerbung eines „freiwerdenden“ Kunden lässt sich aus § 42 Abs. 1 TKG aber auch unter dem Gesichtspunkt chancengleichen Wettbewerbs jedoch nicht herleiten.

Mit der Forderung, drei Monate vor der ersten Benachrichtigung des Kunden über anstehende Kündigungen informiert werden zu wollen, beansprucht die Antragstellerin Teilhabe an unternehmensinternen Planungen, um ihr eigenes Verhalten im Wettbewerb bereits vorab auf die zukünftige Entwicklungen einstellen zu können. Die Forderung nach Offenlegung strategischer Planungen, einschließlich Marketingmaßnahmen, ist mit dem Grundgedanken des Wettbewerbs jedoch nicht vereinbar. Das Wesen des Wettbewerbs besteht darin, Kunden für sich zu gewinnen bzw. zu halten. Auch Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht, wie der Antragsgegnerin, kommt eine grundrechtliche geschützte Freiheit zu, ihre wirtschaftliche Betätigung und das Angebot ihrer Leistungen selbst zu bestimmen

*BGHZ 156, 379 (389); KG K&R 2004, 191 (194).*

Es ist marktbeherrschenden Unternehmen nicht untersagt, am Wettbewerb teilzunehmen und im Wettbewerb erfolgreich zu sein, auch wenn sich ihr Erfolg für Mitbewerber nachteilig auswirkt

*BGHZ 81, 322 (339).*

Eine chancengleiche Teilhabe der Antragsgegnerin am Wettbewerb um den Kunden wäre aber nicht möglich, wenn diese verpflichtet wäre, unternehmensinterne Planungen oder Marketingmaßnahmen nicht nur der Antragstellerin, sondern all ihren Wettbewerbern, vorab bekannt zu machen und diesen damit einen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen. Die von der Antragstellerin aufgestellte Forderung liefe letztendlich darauf hinaus, einen Marktbeherrscher im Interesse seiner Konkurrenten zur Aufgabe von Geschäftsgeheimnissen und strategischen Planungen zu verpflichten („gläsernes Unternehmen“). Eine Verpflichtung, Wettbewerber zum eigenen Nachteil zu fördern besteht aber nicht

*BGHZ 163, 296 (310); BGH, NVwZ 2006, 962 (963); KG K&R 2004, 191 (194).*

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Marketingmaßnahmen, deren Vorab-Offenlegung die Antragstellerin begehrt, im Zusammenhang mit Kündigungen stehen und daher eine ggf. besonders sensible Phase für Bewerbung der „freizusetzenden“ Kunden als Neukunden zu nutzen vermögen.

Die Antragsgegnerin ist nach den Ausführungen zu den Anträgen zu I. 1 und I. 2 nicht zuletzt im Interesse des Kunden gehalten, diesen über alternative Leistungsangebote zu seinem bisherigen Vertragsverhältnis zu informieren. Es entspricht ihren unternehmerisch berechtigten Interessen, dem Kunden in diesem Rahmen auch ihre Bündelprodukte anzubieten. Würden aber Wettbewerber – unter Übersendung einer Kundenliste - noch vor den betroffenen

Kunde über Produkteinstellungsabsichten und deren Zeithorizont Kenntnis erhalten, hätten diese die Möglichkeit, den Kunden mit ihren Produkten zeitlich bereits vor der Antragsgegnerin und vor der Kündigung nicht nur zu bewerben (was sie ohnehin jederzeit tun können), sondern bereits vor der Vertragspartnerin von der Information über bevorstehende Kündigungen zu eigenen Gunsten Gebrauch zu machen. Die Übermittlung der Kundendaten würde daher für die Antragsgegnerin – über den Umstand gewillkürter Kündigung hinaus - die Gefahr eines (weiteren) Kundenverlustes begründen. Maßnahmen, die mit der unmittelbaren Gefahr eines Kundenverlustes an den begünstigten Wettbewerber verbunden sind, können jedoch nicht verlangt werden

*OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 1615 ( 1616).*

Eine derartige Förderung fremden Wettbewerbs kann umso weniger verlangt werden als durch derartige Offenlegungen kurzfristige andere unternehmerische Entscheidungen und Strategieänderungen behindert würden.

Die Antragstellerin ist in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten gegenüber der Antragsgegnerin auch insofern nicht behindert als der das Informationsbedürfnis auslösende Umstand der Kündigung der Alt-Kunden nicht nur der Antragsgegnerin sondern auch der Antragstellerin ein neues, weil zunächst vertraglich noch nicht wieder gebundenes, Kundenpotenzial für Bündelprodukte erschließt. Haben die an IDSN- und T-Net 100-Verträgen festhaltenden Alt-kunden über Jahre auf Bewerbungen anderer Produkte der Antragsgegnerin wie von deren Wettbewerbern nicht reagiert, so wird durch die Kündigungen eine Reaktion des Kunden „erzwungen“, die sich dem Grunde nach sogar wettbewerbsfördernd auswirkt. Denn es kann nicht angenommen werden, dass nach erfolgter Kündigung alle gekündigten Kunden erneut einen Vertrag mit der Antragsgegnerin abschließen. Die Antragsgegnerin selbst hat die Wechselquote auf mindestens ca. ██████████ geschätzt. Unabhängig davon wie hoch sich die Wechselquote tatsächlich verhält belegen auch ein Teil der von der Antragstellerin vorgelegten Kundenanschriften und Anfragen an das Verbraucherschutzreferat der Bundesnetzagentur, dass Kunden zum Teil verärgert über die Anschriften reagieren und in Reaktion auf die Kündigung gezielt zu einem anderen Anbieter wechseln bzw. wechseln wollen.

Es kann daher nicht angenommen werden, dass die Kunden ohne weitere Information und schnellstmöglich in einen Bündelvertrag der Antragsgegnerin wechseln. Vielmehr ist davon auszugehen, dass jedenfalls ein Teil der Kunden ein erneutes Vertragsverhältnis mit der Antragsgegnerin ablehnt, ein weiterer Teil der Kunden - vor eine Neuentscheidung gestellt - sich über Alternativen informiert.

Der Antragstellerin ist auch ohne Bereitstellung einer Liste ihrer für eigene Bündelprodukte „freiwerdenden“ Preselection-Kunden nicht gehindert, alle ihre Preselection-Kunden unter Hinweis auf Produkteinstellungen der Antragsgegnerin zu bewerben. Nach dem von der Antragsgegnerin geplanten Verfahrensablauf, nach dem mit einem Vorlauf von drei Monaten der Kunde zunächst eine Kündigungsankündigung erhält, steht der Antragstellerin ein längerer Zeitraum zur Bewerbung ihrer Alt-Kunden als neuem Kundenpotenzial für eigene Bündelprodukte zur Verfügung.

Soweit die Antragstellerin einwendet, es sei zu teuer und ineffektiv sukzessive zu Produkteinstellungen immer wieder „alle“ Preselection-Kunden ohne Unterscheidung der Betroffenheit der Kunden nach bezogener Anschlussart anzuschreiben, ist darauf hinzuweisen, dass einerseits konkrete weitere Planungen der Antragsgegnerin zu Produkteinstellungen gegenwärtig nicht bekannt sind; andererseits die Antragstellerin nicht gehindert ist, ihre Kunden z.B. mit der Bitte um Mitteilung der gegenwärtig von der Antragsgegnerin bezogenen Anschlussart anzuschreiben, um die Kunden im Falle eines (späteren) Vertragswechsels entsprechend beraten zu können. Der Antragstellerin steht es auch frei, künftigen Kundenanschriften der Antragsgegnerin in der Weise entgegen zu treten, dass sie ihren Kunden

(unter Hinweis auf eine eigene Call Center-Rufnummer) ihrerseits Hilfe und Beratung für den Fall einer Produkteinstellung von Alt-Produkten anbietet.

Insoweit muss respektiert werden, dass der Wettbewerb in der Hand des Kunden liegt, der über eine anstehende Kündigung informiert wird. Der Kunde trifft eine - wie auch immer motivierte - eigenständige Entscheidung darüber, ob er unmittelbar oder erst nach Einholung weiterer Information oder gar nicht reagieren will; ob er binnen der drei Monate bis zum Ausspruch der Kündigung ein anderes Vertragsverhältnis mit der Antragsgegnerin begründet, ein neues Vertragsverhältnis mit einem anderen Anbieter eingeht oder die Leistungseinstellung zunächst abwartet.

Der chancengleiche Wettbewerb der Antragstellerin ist durch laufende Bewerbung ihrer Preselection-Kunden mit anderen Produkten, durch allgemeine Vorab-Information im Falle von Produkteinstellungen beratend tätig zu werden zu können und durch Bewerbung in der Phase bis zum Ausspruch der Kündigung sichergestellt.

Soweit die Antragstellerin eine Diskriminierung durch Kundenentscheidung beklagt (Schriftsatz vom 11.09.2009, Seite 43, 44), ist diese Entscheidung hinzunehmen.

#### **5. Antrag zu I.5**

##### **(Unwirksamkeitserklärung von Endkundenverträgen)**

Mit Antrag zu I.5 hat die Antragstellerin beantragt,

*soweit die Betroffene aufgrund ihrer Schreiben (Kündigungserklärungen und entsprechende Ankündigungsschreiben) zu den Altтарifen Verträge über Bündelprodukte wie insbesondere „Call Comfort“, „Call & Surf Comfort“, „Call Basic“ oder „Call & Surf Basic“ in der jeweils von Endkunden gewählten Anschlussart abgeschlossenen hat, werden diese Verträge über den Tarifwechsel und eine in diesem Zusammenhang erklärte Umstellung der Preselection von der Antragstellerin auf die Betroffene für unwirksam erklärt.*

*Die Betroffene hat der Antragstellerin zwei (2) Monate nach Wirksamwerden des beantragten Beschlusses mitzuteilen, gegenüber welchen Endkunden die Unwirksamkeitserklärung Anwendung findet.*

Mit Schriftsatz vom 19.08.2009, Seite 6 erklärt die Antragstellerin,

*vorsorglich werde in Ziffer I.5 der Antragschrift eine Unwirksamkeitserklärung mit Wirkung vier Monate nach Wirksamwerden des Beschlusses beantragt.*

Im Schriftsatz vom 19.08.2009 heißt es hierzu:

*Die Unwirksamkeitserklärung werde in der Weise beantragt, dass der Endkunde Gelegenheit erhalte, ohne irreführende Beeinflussung durch die Antragsgegnerin eine Entscheidung über einen neuen Anschlussstarif zu treffen. Hierfür sollen sich sowohl die Antragstellerin als auch die Antragsgegnerin an den Endkunden wenden und eigene Produkte anbieten können. Zu diesem Zweck – wie in Satz 2 des Antrags beantragt – solle die Antragsgegnerin die Endkunden benennen, die von der Unwirksamkeitserklärung betroffen seien. Dementsprechend umfasse der Antrag einen Vorlauf von mindestens vier Monaten zwischen Wirksamwerden des Beschlusses und Wirksamwerden der Unwirksamkeitserklärung. Vorsorglich werde in Ziffer I.5 der Antragschrift eine Unwirksamkeitserklärung mit Wirkung vier Monate (?) nach Wirksamwerden des Beschlusses beantragt.*

Im Schriftsatz vom 11.09.2009, Seite 45, heißt es dazu weiter:

*Eine vollständige Beseitigung des Wettbewerbsverstoßes durch Aufhebung der Kündigung ist von der Antragstellerin nicht beantragt. Sie beschränkt ihren Antrag darauf, eine Ausgangslage für chancengleichen Wettbewerb dadurch herzustellen, dass die Verträge über das Bündelprodukt zu einem bestimmten, in der Zukunft liegenden Datum für unwirksam erklärt und Antragstellerin und Antragsgegnerin im Zeitraum zwischen der Entscheidung der Beschlusskammer und der Unwirksamkeitserklärung Gelegenheit für das Angebot eigener Produkte erhalten. Eine solche zeitlich beschränkte Unwirksamkeitserklärung auf einen bestimmten in der Zukunft liegenden Zeitpunkt ist in der „teilweisen“ Unwirksamkeitserklärung im Sinne von § 42 Abs. 4 Satz 2 TKG enthalten.*

### **(1) Vortrag der Verfahrensbeteiligten:**

**Die Antragstellerin** begründet den Antrag wie folgt:

Die Verträge über Bündelprodukte zwischen der Antragsgegnerin und Endkunden, die anlässlich der Schreiben zur Portfoliobereinigung abgeschlossen worden seien, müssten nach § 42 Abs. 4 Satz 2 TKG für unwirksam erklärt werden, da sie wie in der Antragschrift dargelegt (Seite 43) missbräuchlich bewirkt worden seien.

Die Antragsgegnerin habe durch die Maßnahmen ihrer Portfoliobereinigung seit 14.04.2009 Endkunden unter Verletzung von § 42 Abs. 1. TKG gewonnen, soweit die Endkunden als Folge der Ankündigungsschreiben oder Kündigungsschreiben auf einen Bündeltarif der Antragsgegnerin gewechselt seien. Eine Unwirksamkeitserklärung für diese Verträge stelle daher lediglich eine Maßnahme zur Beseitigung eines fortwirkenden Wettbewerbsverstoßes dar. Eine vollständige Beseitigung des Wettbewerbsverstoßes durch Aufhebung der Kündigung werde von der Antragstellerin nicht begehrt. Es müsse aber eine Ausgangslage für chancengleichen Wettbewerb dadurch hergestellt werden, dass die Verträge über das Bündelprodukt zu einem bestimmten, in der Zukunft liegenden Datum für unwirksam erklärt und Antragstellerin und Antragsgegnerin im Zeitraum zwischen der Entscheidung der Beschlusskammer und der Unwirksamkeitserklärung Gelegenheit für das Angebot eigener Produkte erhielten. Eine solche zeitlich beschränkte Unwirksamkeitserklärung auf einen bestimmten in der Zukunft liegenden Zeitpunkt sei in der „teilweisen“ Unwirksamkeitserklärung im Sinne von § 42 Abs. 4 Satz 2 TKG enthalten. Die beantragte Unwirksamkeitserklärung mit Wirkung für die Zukunft stelle das gegenüber der rückwirkenden Unwirksamkeitserklärung mildere Mittel dar. Vertragrechtliche Probleme aus einer rückwirkenden Unwirksamkeitserklärung würden hierdurch vermieden. Andererseits stelle die Unwirksamkeitserklärung sicher, dass die von „irreführenden Schreiben“ der Antragsgegnerin betroffenen Endkunden nicht dauerhaft an einen kartellrechtswidrigen zustande gekommenen Vertrag gebunden würden.

Bei der Unwirksamkeitserklärung bleibe auch nicht offen, welche Rechtsfolgen einträten, wenn der Endkunde sich nicht erkläre. Es handele sich insoweit lediglich um einen Umstand, den die Antragsgegnerin mit ihrer Kündigungserklärung herbeigeführt habe; auch bei der Kündigungserklärung müsse der Endkunde für die Fortführung eines Vertrages über einen Telefonanschluss eine vertragsrechtlich relevante Entscheidung treffen. Insofern stelle die Unwirksamkeitserklärung lediglich einen Zustand her, welcher bereits durch die Kündigungserklärung der Antragsgegnerin entstanden sei.

Die Antragsgegnerin habe sich mit einer Unwirksamkeitserklärung der betroffenen Verträge nicht einverstanden erklärt, insoweit könne auch keine Erledigung eingetreten sein.

**Die Antragsgegnerin** erwidert:

Der Antrag sei unzulässig. Im Hinblick auf die im Nachgang zu einer Kündigung oder Kündigungs-Ankündigung bereits abgeschlossenen Verträge über einen anderen Tarif als Call Plus habe die Antragsgegnerin zugesagt, diejenigen Kunden eine Lösung von dem neuen Vertrag zu ermöglichen, die dies wünschten. Damit fehle es der Antragstellerin auch im Hin-

blick auf den Antrag zu I.5 Satz 1 am Sachentscheidungsinteresse, da eine Lösung vom Vertrag nur von dem entsprechenden Kundenwillen abhängig gewesen sei. In den wirtschaftlichen Folgen habe die Zusage damit der beantragten Unwirksamkeitserklärung entsprochen, was für einen Wegfall des Sachentscheidungsinteresses ausreiche.

Der Antrag sei überdies unbegründet.

Er setze zum einen voraus, dass in dem festzustellenden konkreten Einzelfall eine Ursache-Wirkung-Beziehung zwischen Ankündigungs-/Kündigungsschreiben der Antragsgegnerin und dem Abschluss der Neuverträge bestehe. Die Antragstellerin möge darlegen, wie dies im Einzelfall festgestellt werden solle.

Hiervon abgesehen verkenne die Antragstellerin einen entscheidenden Gesichtspunkt: Allein mit der Unwirksamklärung der abgeschlossenen Verträge über Bündelprodukte sei der von ihr angestrebte Erfolg, nämlich eine Rückgewinnung der betreffenden Kunden als Preselection-Kunden nicht erreicht. Dies setze voraus, dass die betreffenden Kunden wieder einen isolierten ISDN-Anschluss bei der Telekom erhalten. Der (gekündigte) Zeitvertrag aber werde allein durch die Unwirksamkeitserklärung des „Neuvertrages“ nicht rückgängig gemacht. Hierzu bedürfe es gleichzeitig der Unwirksamkeitserklärung der Kündigung. Für eine solche Maßnahme aber sei die Bundesnetzagentur nach § 42 Abs. 4 Satz 2 TKG nicht befugt. Die Befugnis nach § 42 Abs. 4 Satz 2 TKG sei ausdrücklich auf die Unwirksamklärung von Verträgen beschränkt.

Die Neufassung des Antrags zu I.5 durch Schriftsatz vom 19.08.09 enthalte eine teilweise Rücknahme des ursprünglichen Antrags zu I.5. Nunmehr solle die Unwirksamkeit von bereits abgeschlossenen Verträgen nicht sofort eintreten, sondern erst mit Wirkung von 4 Monaten ab Wirksamwerden eines Beschlusses der Bundesnetzagentur. Der Antrag sei aber auch in der Fassung des Schriftsatzes vom 19.08.2009 unbegründet. Der Antrag sei immer noch überzogen. Denn hiernach würde die Unwirksamkeitserklärung auch dann erfolgen müssen, wenn in dem Zeitraum von 4 Monaten ab Wirksamwerden des Beschlusses sich der betroffene Kunde auch nach nochmaligem Befragen dafür entscheidet, Kunde der Antragsgegnerin zu bleiben. Die Antragstellerin sei nicht bereit, selbst dezidierte Kundenwünsche dann nicht zu respektieren, wenn sie zum Nachteil der Antragstellerin und zugunsten der Antragsgegnerin (oder auch Dritter) ausgingen.

## **(2) Zulässigkeit des Antrags**

Der Antrag ist zulässig

**(a)** Der Antrag ist nicht aufgrund Antragsänderung im laufenden Verfahren unzulässig.

Die Antragstellerin hat den mit Schriftsatz vom 02.07.2009 gestellten Antrag auf Unwirksamklärung der Verträge mit Schriftsatz vom 19.08.2009 dahingehend geändert, dass die Unwirksamkeitserklärung nicht unmittelbar sondern mit einer Frist von vier Monaten ab Wirksamwerden des Beschlusses beantragt werde. Da es aus Gründen der Verfahrensökonomie sachdienlich erscheint zugleich über den geänderten Antrag zu entscheiden, ist die Antragsänderung jedenfalls im Rahmen des vorliegenden Antragsverfahrens nach § 42 TKG nicht unzulässig (siehe oben).

**(b)** Die Antragstellung ist auch nicht aufgrund wegen fehlenden Sachentscheidungsinteresses unzulässig.

Zwar hat die Antragsgegnerin zugesagt, Kunden, die im Zusammenhang mit der Portfoliovereinbarung einen anderen Vertrag mit ihr eingegangen seien als Call Plus, und die sich bis Ende August 2009 mit einer Beschwerde an sie wenden würden, einen Wechsel auf Call Plus zu ermöglichen. Die von der Antragstellerin vorgetragene Behinderung im Wettbewerb

zur Antragstellerin entfällt durch diese Maßnahme aber insofern nicht als die Möglichkeit zu einem nachträglichen Vertragswechsel - bei Irrtum des Kunden über die Weiterexistenz und Buchbarkeit von Call Plus von der Antragsgegnerin - nicht öffentlich kommuniziert wurde. Kunden, die aufgrund der - einen Hinweis auf Call Plus nicht enthaltenden - Schreiben von Mitte April/Anfang Mai ggf. irrtumsbedingt in ein anderes Produkt der Antragsgegnerin gewechselt sind und in diesen Zusammenhang ihre Preselection auf die Antragstellerin aufgegeben haben, werden daher von der nachträglich eröffneten Wechselmöglichkeit in der Regel keine Kenntnis erhalten haben. Insofern kann nicht ausgeschlossen werden, dass durch die Schreiben der Antragsgegnerin hervorgerufene Irrtümer hinsichtlich der Fortsetzung eines dem gekündigten bzw. zu kündigenden Vertrag ähnlichen Vertragsverhältnisses jedenfalls in Einzelfällen mittelbar zu Lasten der Antragstellerin noch fortwirken könnten.

## **(2) Begründetheit**

Der Antrag ist jedoch unbegründet.

### **(a) keine Unwirksamkeitserklärung sämtlicher Bündelverträge**

Der Antrag ist zunächst unbegründet soweit er sich darauf richtet „sämtliche“ mit der Antragsgegnerin im Zusammenhang mit den Kundenanschriften abgeschlossenen Verträge über Bündelprodukte für unwirksam zu erklären. Denn eine solche Anordnung wäre – unabhängig von der Frage, ob die beantragte zeitliche Unwirksamkeitserklärung als Teilunwirksamkeitserklärung nach § 42 Abs. 4 Satz 2 TKG überhaupt möglich ist – von der Ermächtigung nach § 42 Abs. 4 Satz 1 und 2 TKG nicht gedeckt.

Zwar kann die Regulierungsbehörde nach § 42 Abs. 4, Satz 2, Alternative 3 TKG Verträge ganz oder teilweise für unwirksam erklären. Ausweislich des Bezugs von § 42 Abs. 4 Satz 2 („Dazu“) auf § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG besteht diese Befugnis aber nur soweit die Anordnung dazu bestimmt ist, einen Missbrauch zu beenden.

Soweit Kunden einen Bündelvertrag mit der Antragsgegnerin geschlossen haben, die zuvor über keine Preselection verfügten, liegt ein Missbrauch aber nicht vor.

Der Antragstellerin geht es darum, mit dem Antrag eine Ausgangslage für chancengleichen Wettbewerb dadurch herzustellen, dass sie zeitgleich mit der Antragsgegnerin im Zeitraum zwischen der Entscheidung der Beschlusskammer und der Unwirksamkeitserklärung Gelegenheit für das Angebot eigener Produkte erhält.

Der Antragsgegnerin ist nach den obigen Ausführungen aber nicht anzulasten, dass sie die (regulatorisch nicht zu beanstandenden und rechtlich unvermeidlichen) Kündigungen zum Anlass genommen hat, bisherige Preselection-Kunden als potenziell neue Kunden für ihre Bündelprodukte zu gewinnen (s.o., zum Antrag zu I.1). Erst recht nicht ist der Antragsgegnerin daher vorzuwerfen, die Antragstellerin dadurch zu behindern, dass sie versucht Anschluss-Kunden, die bislang über keine Preselection auf einen Wettbewerber verfügen (ca. ██████████ der betroffenen Kunden) als Bündelkunden zu gewinnen.

Missbräuchlich, d.h. sachlich nicht gerechtfertigt, erschien allein die Ausgestaltung der Kundenanschriften insoweit als - zu Lasten von Wettbewerbern im Verbindungsmarkt - die (Preselection)Kunden nicht darüber aufgeklärt wurden, dass die Möglichkeit besteht, in ein – das Verhältnis zum Preselection-Anbieter unberührt lassendes – zu ihrem bisherigen Vertrag weitgehend äquivalentes Vertragsverhältnis bei der Antragsgegnerin zu wechseln (vgl. Ausführungen zum Antrag zu I. 2).

Steht der Antragstellerin mit Blick auf das Rücksichtnahmegebot des Marktbeherrschers oder unter dem Gesichtspunkt chancengleichen Wettbewerbs aber kein Recht auf unmittelbar zeitgleiche Bewerbung freiwerdender Kunden (Preselection-Kunden und Nicht-Preselection-

Kunden) als neu eröffnetes eigenes Kundenpotenzial für Bündelprodukte zu, so können auch die von den Kunden eingegangenen neuen Vertragsverhältnisse mit der Antragsgegnerin nicht für unwirksam erklärt werden. Denn eine solche Unwirksamkeitserklärung ginge über den Umfang des „abzustellenden“ Missbrauchs hinaus. Dies gilt sowohl für bisherige Preselection-Kunden der Antragstellerin als Kundenpotenzial für Bündelprodukte der Antragstellerin wie erst recht für bisherige Nicht-Preselection-Kunden als Kundenpotenzial für Bündelprodukte der Antragstellerin.

**(b) keine Unwirksamkeitserklärung irrtumsbedingt abgeschlossener Bündelverträgen bisheriger Preselection-Kunden**

Eine Unwirksamkeitserklärung im Sinne des § 42 Abs. 4 Satz 2 TKG kann auch nicht begrenzt auf Vertragsverhältnisse erfolgen, die aufgrund Irrtums über die Fortexistenz von Call Plus /Call Basic zustande gekommen sind. Zwar war im Vorverfahren ein Missbrauch feststellbar insoweit die Schreiben keinen Hinweis auf Call Plus enthielten (s.o. zum Antrag zu I. 2). Der Missbrauch kann ermessenfehlerfrei aber nicht durch Anordnung der Unwirksamkeit eingegangener Verträge beendet werden.

Eine dem Beseitigungsanspruch immanente Schranke ist die tatsächliche Möglichkeit der Beseitigung der Störungsquelle. Eine weitere Grenze setzt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Das verlangte Tun muss geeignet und erforderlich sein, um die Störung zu beseitigen. Im Rahmen der Prüfung der Angemessenheit ist zwischen den für den Zuwiderhandelnden durch die Störungsbeseitigung entstehenden Nachteilen und dem Vorteil für den Anspruchsteller abzuwägen. Hieraus folgt beispielsweise für den Fall der irreführenden Werbung, dass – soweit überhaupt eine fortdauernde Störungsquelle geschaffen wurde – eine Aufklärung über die Irreführung grundsätzlich nur verlangt werden kann, wenn der Wettbewerbsverstoß zu einem anhaltenden schwerwiegenden Störungszustand geführt hat

*LG Hamburg vom 11.01.2000 – 312 O 607/99.*

**(aa)** Zunächst kann nicht festgestellt werden, von welchen Vertragsverhältnissen im Einzelnen eine Behinderung der Antragstellerin ausgeht. Die Behinderung der Antragstellerin kann nur so weit reichen wie ihre angeschriebenen Kunden - veranlasst durch den fehlenden Hinweis auf Call Plus bzw. Call Start / Call Basic - ein Vertragsverhältnis zur Antragsgegnerin eingegangen sind, im Rahmen dessen sie sich gegen die Beibehalten der zur Antragstellerin bestehenden Preselection entschieden haben. Soweit Kunden sich aus anderen, z.B. ökonomischen Gründen oder nach Beratung durch z.B. ein Call Center, einen anderen Anbieter oder den Verbraucherschutz, für einen vollständigen Wechsel auf Angebote der Antragsgegnerin entschieden haben, fehlt es an einer Behinderung der Antragstellerin, die zu beenden wäre.

**(bb)** Neu abgeschlossene Bündelverträge ehemaliger Preselection-Kunden der Antragstellerin mit der Antragsgegnerin können auch nicht pauschal für unwirksam erklärt werden. Denn es kann nicht davon ausgegangen werden, dass sämtliche Verträge, die im Anschluss an die bisherige Kündigungswelle geschlossen wurden, auf Irrtum des Kunden beruhen. (Die Kunden wurden auf einen Link hingewiesen, der die AGB der Antragsgegnerin in ihrer Gesamtheit beinhaltet. Den Kunden wurde Beratung bei einer Hotline angeboten. Die Presse hat zwischenzeitlich über Call Plus aufgeklärt. Kunden, die Beschwerde gegenüber der Bundesnetzagentur führen, erhalten einen Hinweis auf Call Plus). Da sich abhängig vom individuellen Telefonverhalten des Kunden andere Angebote als die bislang in Anspruch genommenen als „günstiger“ erweisen können, muss im Gegenteil davon ausgegangen werden, dass ein Teil der Preselection-Kunden, die einen neuen Vertrag mit Antragsgegnerin abgeschlossen haben, dies bewusst und nicht irrtumsbedingt getan haben.

Beruhend aber nicht sämtlichen neuen Vertragsabschlüsse auf dem fehlenden Hinweis auf Call Plus, so würde durch ein Unwirksamklären sämtlicher mit der Antragsgegnerin abge-

schlossener Bündelverträge das der Regulierungsbehörde eingeräumte Ermessen überschritten.

**(cc)** Die begehrte Unwirksamkeitserklärung für sich allein ist auch nicht geeignet, den von der Antragstellerin begehrten Erfolg herbeizuführen. Um Kunden, die aufgrund der Schreiben ihre Preselection beendet haben, im Wege der Aufklärung über Call Plus / Call Basic als Preselection-Kunden zurückzugewinnen oder im Wettbewerb zur Antragsgegnerin als Kunden eigener Bündelprodukte zu gewinnen, benötigt die Antragstellerin die Information über Namen und Telefonnummern der Kunden, denn ihr ist mangels Abnahmeverpflichtung ihrer Preselection-Kunden nicht bekannt wie groß ihr Kundenverlust ist bzw. welche Kunden die Preselection beendet haben.

Der Antragsgegnerin aufzugeben, eine Liste der Kunden zu übermitteln, die „irrtumsbedingt“ ein Vertragsverhältnis über Bündelprodukte mit der Antragsgegnerin eingegangen sind, ist aber auf eine unmögliche Leistung gerichtet. Es kann nicht angenommen werden, dass die Antragsgegnerin Kenntnis davon hat, wenn, dass und ggf. welche Kunden irrtumsbedingt einen Vertrag über Bündelprodukte abgeschlossen haben. Eine nachträgliche Ermittlung solcher Kunden erscheint unverhältnismäßig sowohl gegenüber der Antragstellerin wie gegenüber betroffene Kunden, sich nunmehr seit vielen Monaten ohne weitere Beschwerde gegenüber der Antragsgegnerin in einem laufenden Vertragsverhältnis befinden.

**(dd)** Überdies ist zu bedenken, dass vorliegend nicht die Unwirksamkeitserklärung von Verträgen mit Wettbewerbern, sondern mit Endkunden in Frage steht. Die Behinderung wird nicht unmittelbar durch eine Handlung gegenüber einem Wettbewerber, sondern mittelbar über eine Reaktion des gemeinsamen Endkunden ausgelöst. Die Wirkungen einer Unwirksamkeitserklärung würden daher über die Beteiligten des Verfahrens hinausgehen. Endkunden als potenziell Betroffene des begehrten wettbewerblichen Einschreitens haben aber keine unmittelbare Beziehung zu wettbewerblichen Überlegungen. Aus diesem Grunde müssen an ein Unwirksamklären einer Vielzahl von Endkundenverträgen sehr hohe Anforderungen hinsichtlich der Intensität und Auswirkungen eines Wettbewerbsverstoßes gestellt werden, um sie gegenüber den nach § 2 TKG zu berücksichtigten Endkundeninteressen verhältnismäßig erscheinen zu lassen.

Vorliegend besteht kein hinreichender Grund, Endkundenverträge, zumal Verträge, die nicht auf einem Wettbewerbsverstoß beruhen, für unwirksam zu erklären. Denn durch eine solche Maßnahme würden auch Kunden belastet, die kein Interesse an der Beibehaltung eines Preselection-Vertrages haben. Den Endkunden, die einmal einen neuen Vertrag abgeschlossen haben, wird auch nicht zuzumuten sein, sich mit Schreiben der DTAG auseinander zu setzen, in denen Ihnen mitgeteilt wird, ihr Vertrag sei aus wettbewerblichen Gründen unwirksam, sie müssten daher einen neuen, ggf. denselben Vertrag, nochmals abschließen.

Schließlich könnte ein Unwirksamklären abgeschlossener Endkundenverträge sogar dazu führen, dass Kunden bei Wirksamwerden der – von einem neuen Vertragsschluss unabhängigen Kündigung – ohne Anschluss dastehen, da sie weiteren aufklärenden Schreiben keine Beachtung schenken. Insoweit ist die beantragte Unwirksamkeitserklärung auch nicht geeignet die der Antragstellerin zuzugestehende Zielsetzung (Wiederherstellung der Preselection) zu erreichen.

**(ee)** Schließlich sprechen systematische Gründe gegen eine Unwirksamkeitserklärung von Endkundenverträgen im vorliegenden Fall: Mittelbare Wettbewerbsbeeinträchtigungen, die infolge unzureichender oder unzutreffender Kundeninformation sich zu Lasten eines Wettbewerbers auswirken, werden typischerweise über das Lauterkeitsrecht erfasst. Betreffend den Aspekt mittelbarer Wettbewerberbehinderung via Kundenbeeinflussung kann das UWG als spezielleres Regelwerk gegenüber § 42 TKG angesehen werden. Die für mittelbare Behinderungen einschlägigen Spezialregelungen des UWG sehen u.a. auch einen Beseitigungsanspruch vor (§ 8 UWG). Wettbewerbliche Ansprüche auf Verhinderung der Durchset-

zung von Verträgen, die in Folge unlauterer Handlungen geschlossen wurden, bestehen nach der Rechtsprechung aber nur dann, wenn die Vertragsdurchsetzung ihrerseits unlauter ist. Dies wurde von der Rechtsprechung bislang nur in Ausnahmefällen angenommen.

**(ff)** Zudem wäre die in § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG vorgesehene Unwirksamkeitserklärung vorliegend auch nicht erforderlich, um eingetretene Behinderungen der Antragstellerin zu beenden. Als gleich geeignetes aber „milderes Mittel“ wäre an die Anordnung eines Sonderkündigungsrechts für Kunden zu denken, die irrtumsbedingt, d.h. wegen Fehlen eines Hinweises auf Call Plus im Anschreiben, einen Bündelvertrag mit der Antragsgegnerin eingegangen sind.

Auch die Anordnung eines solchen Sonderkündigungsrechtes erscheint aber nicht erforderlich, um eingetretene Behinderungen zu beseitigen. Denn die Antragsgegnerin hatte zugesagt, Kunden, die ihr gegenüber einen Irrtum geltend machen bis Ende August 2009 BuGG den Wechsel in einen Call-Plus-Vertrag zu ermöglichen. Es darf daher davon ausgegangen werden, dass Kunden, die tatsächlich den neuen Vertrag nicht wünschten zwischenzeitlich grundsätzlich klaglos gestellt sind. Auf die darüber hinaus bestehenden zivilrechtlichen Möglichkeiten der Irrtumsanfechtung wird hingewiesen. Dass die Problematik irrtumsbedingter Vertragsabschlüsse einen über Einzelfälle hinausgehenden Umfang erreicht hätte, der eine Verweisung auf die Einzelfallprüfung im Rahmen des Zivilrechtsweg nicht ausreichend erscheinen und ein regulierungsseitiges Einschreiten erforderlich machen würde, ist überdies nicht erkennbar.

**(gg)** Ist Ansatzpunkt wettbewerblichen Eingreifens im Übrigen der fehlende Hinweis auf Call Plus, so müssten auch Verträge für unwirksam erklärt werden, die mit einem Wettbewerber zustande gekommen sind. Auch ein Vertragsabschluss mit einem Wettbewerber „schädigt“ die Preselection-Anbieter insofern als Wettbewerber nicht zu Preselection verpflichtet sind. Auch hier wäre das Übermaßverbot verletzt, da – zum Schutze von Preselection-Anbietern – in das Interesse anderer Wettbewerber eingegriffen werden müsste.

#### **6. Antrag zu II. Verfahrensantrag: Auskunftsverlagen (Ermittlung der Wechselquote auf Bündelverträge)**

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 02.07.2009, Seite 21 beantragt,

*durch ein Auskunftsverlangen der Beschlusskammer gegenüber Deutsche Telekom zu ermitteln, in welchem Umfang Endkunden, denen Deutsche Telekom eine Beendigung ihres Altтарifs angekündigt oder den Altтарif gekündigt hat, zwischenzeitlich einen Vertrag über einen Bündeltarif der Deutschen Telekom abgeschlossen haben.*

Der Antrag wurde konkretisiert mit Schriftsatz vom 18.09.2009, Seite 6 wie folgt:

*Die Auskunft soll Angaben umfassen*

*(1) zu den Abschlussquoten der angeschriebenen Kunden für Folgeprodukte der Antragsgegnerin (unterschieden nach den einzelnen Produkten wie „Call Plus“, „Call Start“, „Call Basic“ und „Call Comfort“) und*

*(2) zu dem Anteil derjenigen Endkunden, die nach einer Kündigungs- oder Ankündigungsmaßnahme mit ihrem Telefonanschluss zu einem Wettbewerbsunternehmen gewechselt sind.*

Dem Antrag war –unbeschadet der Frage seiner förmlichen Zulässigkeit im Antragsverfahren nach § 42 Absatz 4 Satz 1 TKG – nicht zu entsprechen. Die Kammer versteht den Antrag als Verfahrensantrag im Sinne einer Anregung zu weiterer Sachverhaltsaufklärung. Das Recht

zur Einholung von Auskünften zwecks Sachverhaltsaufklärung ist in § 127 TKG geregelt. Die Voraussetzungen für ein Auskunftsverlangen nach § 127 TKG liegen jedoch nicht vor.

Nach § 127 TKG können, u.a. zur systematischen oder einzelfallbezogenen Überprüfung von Verpflichtungen, die sich aus dem TKG ergeben (§ 127 Abs. 1 Nr. 1 TKG), Auskünfte verlangt werden. Ein Auskunftsrecht besteht nach § 127 Abs. 1 Satz 2 TKG aber nur insoweit als die Auskunft „erforderlich“ ist. Die von der Antragstellerin angeregte Auskunftseinholung ist zur Entscheidungsfindung im vorliegenden Verfahren nicht erforderlich. Soweit die Antragstellerin eine Auskunftseinholung darüber anregt, in welchem Umfang die Antragsgegnerin Endkunden eine Beendigung ihres Altтарifs angekündigt hat oder den Altтарif gekündigt hat, sind entsprechende Auskünfte durch die Antragsgegnerin bereits im Vorverfahren erteilt worden und liegen damit vor.

Einer Auskunft dazu, in welchem Umfang angeschriebene Kunden einen Vertrag über ein Bündelprodukt mit der Antragsgegnerin eingegangen sind, bedarf es zur Entscheidung über den Antrag nach § 42 TKG nicht, da Informationen hierüber nicht entscheidungserheblich sind. Eine Kenntnis davon, wie viele aller angeschriebenen Kunden einen Bündelvertrag eingegangen sind, ist nicht von Belang, da eine Behinderung der Antragstellerin (oder anderer Preselection-Anbieter) nur hinsichtlich ihrer bisherigen Preselection-Kunden anzunehmen war. Hinsichtlich der Kunden, die bislang nicht Kunden der Antragstellerin waren und die die Antragstellerin selbst für Bündelprodukte gewinnen will, wurde bereits eine Behinderung verneint, so dass es nicht darauf ankommt, in welchem Umfang diese Kunden auf Bündelprodukte der Antragsgegnerin gewechselt sind.

Hinsichtlich der Preselection-Kunden der Antragstellerin war die Auskunft nicht erforderlich, weil ungeachtet des geringen Anteils der Preselection-Kunden der Antragstellerin an den Kündigungsmaßnahmen (selbst bei unterstelltem Wechsel aller ihrer Kunden auf Bündelprodukte der Antragsgegnerin) die Erheblichkeit der Behinderung aus dem umfassenden und systematischen Vorgehen der Antragsgegnerin hergeleitet wurde (s.o. zum Antrag zu I.1). Damit wurde zugleich dem Umstand Rechnung getragen, dass die Antragstellerin selbst nicht in der Lage ist, die Kunden bzw. den Umfang der Kunden zu benennen, die den Bezug von Preselection über sie eingestellt haben. Der Feststellung der Anzahl der tatsächlich in Bündelverträge der Antragsgegnerin gewechselten Kunden bedurfte es daher vorliegend nicht.

Eine Information über die Verteilung der Abschlussquoten auf die Produkte „Call Plus“, „Call Start“, „Call Basic“ und „Call Comfort“ mag für ein künftiges Marketing der Antragstellerin von Interesse sein. Jedoch ist nicht ersichtlich, dass eine Kenntnis hierüber für die Feststellung des Vorliegens eines Tatbestandsmerkmals nach § 42 TKG relevant sein könnte.

Eine Feststellung dazu schließlich, zu welchem Anteil Endkunden, zu einem „Wettbewerbsunternehmen“ gewechselt sind, wird im Rahmen des gegen die Antragsgegnerin gerichteten Antragsverfahren nach § 42 TKG nicht benötigt, da eine Rechtsverletzung der Antragstellerin durch Kundenabwanderung zu „Wettbewerbern“ nicht erkennbar ist.

#### **7. Antrag zu III. Verfahrensantrag: Auskunftsverlangen (Ermittlung der Wechselquote bei Preselection)**

Mit Schriftsatz vom 18.09.2009, Seite 6, hat die Antragstellerin ergänzend beantragt,

*dass die Beschlusskammer im Rahmen ihrer Pflicht zur Amtsermittlung von der Antragsgegnerin Auskunft verlangt, in welchem Umfang Endkunden, denen die Antragsgegnerin eine Beendigung ihres Altтарifs nach dem 14.04.2009 angekündigt oder den Altтарif gekündigt hat, auf einen anderen Telekommunikations-Anbieter dauerhaft vor-eingestellt waren und in welchem Umfang diese dauerhafte Voreinstellung bei oder nach dem Wechsel auf einen neuen Tarif der Antragsgegnerin beendet wurde.*

Dem Antrag war entsprechend der Ausführung zu III. nicht stattzugeben. Die zwischen den Verfahrensbeteiligten streitige Frage, ob und ggf. in welchem Umfang im Rahmen eines Antragsverfahrens nach § 42 TKG zugleich eine Amtsermittlungspflicht besteht, kann insoweit dahinstehen. Denn die Einholung der von der Antragstellerin begehrten Informationen war zur Entscheidung über den Antrag nicht erforderlich. Auskunft über den Umfang von Preselection-Einstellungen bei den einzelnen einzustellenden Anschlussarten hat die Antragsgegnerin bereits im Vorverfahren erteilt, so dass Kenntnis hierüber vorliegt.

Eine Information darüber, in welchem Umfang Kunden ihre Preselection-Einstellung bei Abschluss eines neuen Vertrages mit der Antragstellerin beendet haben, bedurfte es nicht. Die Information über den Umfang von Wechseln kann nur für das Tatbestandsmerkmal der „Erheblichkeit“ im Rahmen des § 42 TKG relevant sein. Eine erhebliche Behinderung der Antragstellerin wurde jedoch bereits angesichts des umfassenden und systematischen Vorgehens der Antragsgegnerin wie mit Blick auf die „Beweisschwierigkeiten“ der Antragstellerin zum Umfang von Kundenabwanderungen angenommen. Konkreter weiterer Angaben zum Umfang der Kundenabwanderung bedurfte es daher nicht.

#### **8. Antrag zu IV. Verfahrensantrag: Auskunftsverlangen (Ermittlung von Vertriebsprovisionen für Call Center)**

Mit Schriftsatz vom 11.09.2009, Seite 20 beantragt die Antragstellerin ergänzend,

*dass die Beschlusskammer im Zusammenhang mit den behaupteten Richtlinien der Call Center auch die Vertriebsprovisionen der Antragsgegnerin für die Call Center untersucht.*

#### **(1) Vortrag der Antragstellerin**

Die **Antragstellerin** führt hierzu aus, es sei ausdrücklich die Behauptung der Antragsgegnerin zu bestreiten, ihre Call Center seien angewiesen, auch auf das Produkt „Call Plus“ hinzuweisen. Zu Recht habe die Beschlusskammer insoweit die Antragsgegnerin aufgefordert, diese Behauptung zu substantiieren. Es werde zu ermitteln sein, welchen genauen Inhalt die angeblichen Richtlinien zum Zeitpunkt des Beginns der Portfoliobereinigung im April 2009 hatten und welches die aktuelle Fassung der Richtlinien sei. Der Antragsgegnerin seien zahlreiche Gespräche von Endkunden mit den Call Centern der Antragsgegnerin bekannt, in denen sich die Mitarbeiter geweigert hätten, überhaupt ein Gespräch zu „Call Plus“ zu führen. Diese Gespräche wären der Antragsgegnerin auch dann zuzurechnen, wenn sie ihre Call Center anhalten würde, auch auf „Call Plus“ zu verweisen. Ohnehin könnte allerdings allein die behauptete Anweisung, „auch auf Call Plus hinzuweisen“, kartellrechtlichen Anforderungen nicht genügen. Hier komme es vielmehr auf die Ausgestaltung dieser Hinweispflicht an. So müssten die Call Center verpflichtet werden, aktiv und von sich aus den Kunden der Alttarife primär den Tarif „Call Plus“ anzubieten. Das Angebot in den Call Centern müsse dem des Kündigungsschreibens entsprechen. Keinesfalls dagegen könne es genügen, Call Plus allenfalls passiv, d.h. auf ausdrückliche Nachfrage des Kunden, zu vermarkten. Gegenüber Endkunden mit Anschlussstarif (einschließlich sog. Optionstarifen) sei die Antragsgegnerin daher verpflichtet, durch ihre Call Center Bündeltarife lediglich passiv und nur auf ausdrückliche Anfrage des Kunden vermarkten zu lassen.

Es sei davon auszugehen, dass die Call Center der Antragsgegnerin und die dort tätigen Mitarbeiter erfolgsabhängig in dem Sinne arbeiten, dass die Vertriebsprovisionen bei den Bündelprodukten deutlich höher ausgestaltet seien als bei einem Anschlussprodukt wie „Call Plus“. Mit dem System dieser Vertriebsprovisionen gestalte die Antragsgegnerin damit unmittelbar auch die Art und Weise wie die Call Center Werbegespräche mit Endkunden führten.

Bei höheren Provisionen für Bündelprodukte würden sich die Call Center entsprechend stark für Bündelprodukte einsetzen und dementsprechend auch Verträge über die für sie nicht

lukrativen Anschlussprodukte wie „Call Plus“ zu verhindern suchen. Die Beschlusskammer müsse im Zusammenhang mit den behaupteten Richtlinien der Call Center auch die Vertriebsprovisionen der Antragsgegnerin für die Call Center untersuchen. Der Antragstellerin sei bekannt, dass die Antragsgegnerin an ihre Vertriebspartner im ersten Quartal 2009 Provisionssätze für den 1. Sale bzw. 4. Sale für „Call Start“ in Höhe von EUR 12,00 bzw. EUR 14,00, für „Call Basic“ in Höhe von EUR 21,00 bzw. EUR 25,00 und für „Call Comfort“ in Höhe von EUR 30,00 bzw. EUR 35,00 gezahlt habe. Keinerlei Provisionssätze würden dagegen für das Produkt „Call Plus“ gezahlt. Dies belege, dass die Antragsgegnerin mit der Höhe der von ihr gezahlten Provisionssätze unmittelbar das Vermarktungsverhalten durch ihre Vertriebspartner und damit auch in den Call Centern steuere. Sie müsse sich daher auch zu rechnen lassen, wenn die Call Center in kartellrechtswidriger Weise Vertragsabschlüsse und Anfragen von Endkunden nach dem Produkt „Call Plus“ behinderten.

## **(2) Begründetheit:**

Der Antrag ist auf Amtsermittlung gerichtet. Als solcher ist er als Anregung zu verstehen, von der Antragsgegnerin eine Auskunft nach § 127 TKG einzuholen. Dem Antrag war jedoch – ungeachtet der Frage, ob im Antragsverfahren nach § 42 TKG eine Amtsermittlungspflicht gilt – nicht zu entsprechen. Denn die Voraussetzungen des § 127 Abs. 1 TKG liegen nicht vor.

Nach § 127 Abs. 1 Nr. 1 TKG steht der Bundesnetzagentur im Rahmen einzelfallbezogenen Überprüfung ein Auskunftsrecht nur zu soweit die einzuholende Auskunft zur Überprüfung von Verpflichtungen erforderlich ist. Durch die von der Antragstellerin angeregte Untersuchung der Vertriebsprovisionen für Call Center soll unter Beweis gestellt werden, dass Call Center-Mitarbeiter einen Anreiz dafür haben, Kunden möglichst zum Wechsel in Bündelverträge zu motivieren und ein Indiz für die Annahme gewonnen werden, dass aufgrund des gesetzten Anreizes Kunden ggf. auch unrichtig beraten werden, um eine Provision oder eine höherer Provision zu erzielen.

Beide Fragestellungen sind jedoch für die Entscheidung über die Antragstellung nach § 42 TKG nicht erheblich. Da die Antragsgegnerin - auch im Hinblick auf die künftige Netzentwicklung - ein unternehmerisch berechtigtes Interesse an der primären Vermarktung von Bündelprodukten hat, kann zunächst als zutreffend unterstellt werden, dass sie versucht, die Vermarktung entsprechend auch über Provisionen oder höhere Provision für entsprechende Vertragsabschlüsse zu steuern. Eine genaue Kenntnis des Provisionssystems der Antragsgegnerin im Rahmen der Portfoliobereinigung liefert keine darüber hinausgehende Erkenntnis.

Die unterstellbare Provisionspraxis der Antragsgegnerin rechtfertigt aber nicht die Annahme und liefert keinen Beweis dafür, dass die Antragsgegnerin ihre Call Center dazu auffordern würde, Kunden unrichtig zu beraten oder, dass sie eine entsprechende Praxis dulden würde.

Aus den von der Antragsgegnerin als Anlage 6 zum Schriftsatz vom 09.09.2009 vorgelegten Unterlagen ergibt sich, dass

Damit wird der Vertrieb einschließlich Call Centern ausdrücklich zur Vermarktung auch von Anschlussprodukten aufgefordert, wenn der Kunde es wünscht. Weitere Aufklärungen der Kunden sind in der Presse und über das Verbraucherschutzreferat der Bundesnetzagentur erfolgt.

Die Antragsgegnerin hat zudem in ersten Erinnerungsschreiben an Kunden, denen die Kündigung angekündigt war, auf „Call Plus“ als Alternative zum bisherigen Vertrag hingewiesen. Call-Center-Mitarbeiter werden damit mittelbar angehalten, Kunden auch über Call Plus zu beraten und einen Vertragsschluss hierüber zu ermöglichen.

Zudem hat die Antragsgegnerin vorgetragen, dass Call-Center-Mitarbeiter, die sich nicht entsprechend der Beratungsanweisungen verhalten, arbeitsrechtliche Konsequenzen zu besorgen hätten. Nach alledem muss angenommen werden, dass es sich bei den von der Antragstellerin vorgetragenen bzw. nachgewiesenen zwei Fällen von Nicht- bzw. unzutreffender Beratung (Schriftsatz vom 02.07.2009, Anlagen AST 6/T2-12 und T2-13) um Einzelfälle handelt, denen im Rahmen eines Verfahrens nach § 42 TKG nicht nachzugehen ist, da von ihnen eine erhebliche Behinderung der Antragstellerin nicht ausgeht.

Dessen ungeachtet betrifft die Beartungspraxis der Call Center der Antragsgegnerin einen anderen Streitgegenstand als den Inhalt von Schreiben, die der Einstellung von Anschlussprodukten dienen.

### **9. Antrag zu V.: Feststellung**

Mit Schriftsatz vom 19.08.2009, Seite 6 beantragt die Antragstellerin

*vorsorglich für den Fall, dass die Beschlusskammer den Antrag I.1 nicht vollumfänglich in eine Anordnung gegen Deutsche Telekom umsetzt, festzustellen, dass die von der Antragsgegnerin nach dem 14.04.2009 versandten Ankündigungsschreiben und Kündigungsschreiben zur Beendigung der Tarife „ISDN-Mehrgeräteanschluss Standard“, „ISDN-Mehrgeräteanschluss Komfort“ und „T-Net 100“ wegen Verletzung von § 42 Abs. 2 TKG rechtswidrig waren.*

#### **(1) Vortrag der Verfahrensbeteiligten:**

Die **Antragstellerin** führt zur Begründung aus (Schriftsatz vom 11.09.2009, Seite 46): Sollte nicht angeordnet werden, dass die Antragsgegnerin im Rahmen von Tarifvereinbarungen ausschließlich den gekündigten Tarifen äquivalente (reine) Anschlussstarife anbieten darf, bedürfe es jedenfalls der Feststellung, dass die Kündigungsankündigungs- und Kündigungsschreiben der Antragsgegnerin im Rahmen der sog. Portfoliobereinigung rechtswidrig gewesen seien.

Die Feststellung sei rechtlich zulässig. Die Beschlusskammer sei als Minus zu ihren Befugnissen nach § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG zu der Feststellung einer Verletzung von § 42 Abs. 1 TKG befugt (vgl. allg. Schütz in: Beck'scher TKG Kommentar 3. Aufl. 2006, § 42 Rdn. 148). Auch für die entsprechende Befugnis der allgemeinen Kartellbehörden (§ 32 Abs. 1 GWB) sei die implizite Befugnis zur Feststellung der Zuwiderhandlung anerkannt (Bornkamm, in: Langen/Bunte, a.a.O. § 32 Rdn. 20). Die Feststellungsbefugnis entspreche Sinn und Zweck des Missbrauchstatbestands. Das Bundesverwaltungsgericht habe in seiner Rechtsprechung zur TKG-Marktregulierung eine weitreichende Befugnis der Bundesnetzagentur zum Erlass feststehender Verwaltungsakte angenommen. Das BVerwG habe den Befugnisnormen des TKG die implizite Ermächtigung der Bundesnetzagentur entnommen, gesetzliche Rechtsfolgen regulatorischer Art zum Zweck größtmöglicher Transparenz regelnd festzustellen (Urteil vom 29.10.2008, Az. 6 C 38.07, Rdn. 57 unter Hinweis auf das Urteil vom 14.02.2007, Az. 6 C 28.05, Rdn. 27). Entsprechend könne die Beschlusskammer auch vorliegend, selbst wenn eine Vorteilsabschöpfung (noch) nicht angeordnet würde, feststellen, dass die sog. Portfoliobereinigung der Antragsgegnerin eine Verletzung von § 42 Abs. 1 TKG darstellte.

Sollte die Beschlusskammer entgegen der Auffassung der Antragstellerin von einer Beendigung des missbräuchlichen Verhaltens durch die Antragsgegnerin ausgehen, stünde der Beschlusskammer die Befugnis zur Feststellung der Zuwiderhandlung jedenfalls aus § 43 Abs. 1 TKG zu. § 43 TKG setze voraus, dass die Anordnung einer Vorteilsabschöpfung auf der Feststellung des TKG-Verstoßes beruhe. Nach § 43 Abs. 1 TKG könne die Feststellung des TKG-Verstoßes und die Anordnung der Vorteilsabschöpfung gleichzeitig erfolgen; zulässig sei aber auch, dass die Behörde gestuft vorgehe und sich zunächst auf einen feststellen-

den Verwaltungsakt beschränkt (in diese Richtung Holthoff-Frank, in: Beck'scher Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 43 Rdn. 16).

Für die Befugnis zum Erlass eines (zunächst) feststellenden Verwaltungsakts spreche auch, dass durch diese Feststellung Schadensersatzklagen der betroffenen Wettbewerber erleichtert würden und diese Schadensersatzklagen auf eine mögliche Vorteilsabschöpfung der Behörde anzurechnen wären (§ 43 Abs. 2 Satz 1 TKG).

Die Antragsgegnerin hat hierzu nicht erwidert.

## **(2) Begründetheit:**

Der Antrag ist unbegründet.

Die von der Antragstellerin begehrte Feststellung kann im vorliegenden Fall weder auf Grundlage von § 42 TKG noch nach § 43 TKG erfolgen.

### **(a) Keine Feststellung missbräuchlichen Verhaltens nach § 42 TKG bei beendeten Rechtsverstößen**

Feststellungen über beendete Rechtsverstöße sind nach § 42 TKG mangels entsprechender Ermächtigung nicht zulässig

so auch: *Roth, in: Scheurle/Mayen, TKG, 2. Aufl. 2008, § 42 Rn. 12.*

§ 42 TKG enthält zunächst keine ausdrückliche Ermächtigung der Bundesnetzagentur feststellende Verwaltungsakte zu treffen. Die Befugnis zu einer solchen Feststellung lässt sich auch nicht (als rechtliches Minus) im Wege eines Erst-Recht-Schlusses aus der Anordnungsbefugnis nach § 42 Abs. 4 TKG herleiten, da Anordnung und Feststellung nicht denselben Zweck verfolgen. § 42 Abs. 4 Satz 1 TKG ermächtigt die Regulierungsbehörde Entscheidungen zu treffen, die dazu dienen, die missbräuchliche Ausnutzung einer marktmächtigen Stellung zu beenden. Die Feststellung eines – zumal in der Vergangenheit liegenden – Rechtsverstoßes dient aber nicht dessen Beendigung und kann insofern auch von der Anordnungsbefugnis nicht gedeckt sein.

Fehlt für die Handlungsform des feststellenden Verwaltungsaktes eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung, so reicht es aus, wenn die Ermächtigungsgrundlage für eine Feststellung dem Gesetz im Wege der Auslegung unter Rückgriff auf den Normzweck entnommen werden kann

*st. Rspr. vgl. BVerwG, Urteil vom 14.02.2007, 6 C 28/05 Rn 29 – juris m.w.N.*

Die Zulässigkeit von Feststellungsanträgen ist aber dann kritisch zu sehen, wenn sie zu Verwaltungsverfahren führt, deren Ergebnis ohne effektive regelnde Wirkung und Vollstreckbarkeit wären

*vgl. Fetzer/Groß in Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, § 133 Rn 28, zweifelnd BK3a-05-035, MMR 2005, S. 801 (803).*

Der Zweck des § 42 TKG rechtfertigt feststellende Verwaltungsakte hinsichtlich – zumal beendeter – Verstöße aber nicht. Zweck des § 42 TKG ist es – in Fortführung des § 33 TKG 2004 – eine Generalklausel zur Missbrauchsbekämpfung im Rahmen des TKG zu schaffen, um der Bundesnetzagentur eine den Normen des GWB vergleichbare Reaktionsmöglichkeit auf missbräuchliches Verhalten zu ermöglichen

*vgl. BT-Drs. 15/2316, Seite 71, zu § 40.*

Zweck des § 42 TKG ist es, missbräuchliches Verhalten zu untersagen und abzustellen. § 42 TKG will einen Missbrauch folglich unmittelbar beenden. Insoweit enthält der Wortlaut („beenden“) bereits einen Hinweis darauf, dass allein andauerndes rechtswidriges Verhalten abgestellt werden soll. Für eine Feststellung besteht in diesem Zusammenhang dem Grunde nach kein regulierungsspezifisches Bedürfnis. Denn eine Anordnung nach § 42 TKG geht denklogisch mit der Feststellung rechtswidrigen Verhaltens einher. Bleibt für eine Anordnung z.B. wegen Erledigung kein Raum, besteht im Rahmen des TKG grundsätzlich kein Bedürfnis für eine Feststellung.

Überdies ist es grundsätzlich nicht Aufgabe der Verwaltung, verbindlich über die Rechtswidrigkeit erledigten Verhaltens zu entscheiden

*BVerwGE 26, 161 (167).*

Insbesondere sind die Vorschriften über das Fortsetzungsfeststellungsklage auf das Verwaltungsverfahren nicht analog anwendbar

*BVerwG, NVwZ 2001, 1288; Roth, a.a.O., m.w.N.*

Soweit vereinzelt die Zulässigkeit eines feststellenden Verwaltungsaktes nach § 42 TKG mit der Überlegung befürwortet wird, es könne wettbewerblich „geboten“ sein, geschädigten Unternehmen die Geltendmachung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche zu erleichtern

*Schütz: in Beck'scher Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 42 Rn. 148,*

lassen sich § 42 TKG und dessen Materialien Anhaltspunkte für eine solche Zielsetzung nicht entnehmen. Der Argumentation ist im Übrigen entgegenzuhalten, dass eine mögliche zivilrechtliche Sachdienlichkeit nicht an Stelle der Herleitung einer Befugnis aus dem Normzweck treten kann. Weder § 42 TKG noch den entsprechenden Gesetzesmaterialien lässt sich entnehmen, dass die Vorbereitung potenzieller Schadensersatzforderungen und -prozesse zwischen Wettbewerben Zielrichtung des § 42 TKG ist.

Davon abgesehen sollte auch die von § 42 TKG vorgesehene Abstellungsanordnung in ausreichendem Maße geeignet sein, zivilrechtlichen Interessen von Wettbewerbern zu dienen, da in ihr die Feststellung rechtswidrigen Verhaltens enthalten ist. Von zivilrechtlichem Interesse für Wettbewerber wird daher in erster Linie eine Feststellung zu bereits beendetem missbräuchlichen Verhalten sein.

Die Zulässigkeit einer solchen Feststellung ergibt sich auch nicht daraus, dass § 42 TKG dem § 19 Abs. 1 GWB nachgebildet wurde. Denn das GWB enthält heute in § 32 Abs. 3 eine ausdrückliche Ermächtigung, eine Zuwiderhandlung festzustellen, auch nachdem diese beendet ist. Eine entsprechende Ermächtigung kennt das TKG jedoch nicht, so dass sich eine Parallelwertung verbietet. Darüber hinaus steht § 32 Abs. 3 GWB unter dem Vorbehalt berechtigten Interesses. Das berechnigte Interesse muss in der Regel auf Seiten der Kartellbehörde - nicht eines Wettbewerbers - bestehen

*vgl. Bornkamm in: Langen/Bunte, Kartellrecht Bd. 1, 10. Auflage 2006, § 32 Rn 37,*

so dass bei analoger Heranziehung der Rechtsgedanken aus § 32 Abs. 3 GWB jedenfalls eine immanente Beschränkung der Antragsbefugnis aus § 42 TKG hinsichtlich eines Feststellungsantrages zu erwägen wäre.

#### **(b) Keine Feststellung zur Vorteilsabschöpfung nach § 43 TKG**

Ein Verstoß gegen § 42 TKG kann vorliegend auch nicht durch feststellenden Verwaltungsakt nach § 43 Abs. 1 TKG festgestellt werden.

Auch § 43 TK erlaubt aus den zuvor angestellten Überlegungen keine feststellenden Verwaltungsakte zu bereits beendetem Verhalten.

Daneben liegen auch die Tatbestandsvoraussetzungen nach § 43 TKG nicht vor. § 43 Abs. 1 setzt einen schuldhaften Verstoß gegen eine Anordnung nach § 42 Abs. 4 TKG oder einen Verstoß gegen Vorschriften des TKG voraus.

Eine Anordnung nach § 42 Abs. 4 TKG liegt nicht vor.

Zwar begründet – auch ohne Anordnung nach § 42 Abs. 4 TKG - ein schuldhafter Verstoß gegen § 42 Abs. 1 bis 3 TKG einen Verstoß gegen Vorschriften des TKG und kann damit eine Vorteilsabschöpfung nach § 43 TKG nach sich ziehen. Als Verstoß gegen § 42 Abs. 1 bis 3 TKG kommt der fehlende Hinweis auf die Möglichkeit eines Vertragsschlusses über das Produkt Call Plus gegenüber Preselection Kunden (der Antragsgegnerin) in Betracht. Jedoch ist vorliegend nicht feststellbar, ob und ggf. in welchem Umfang die Antragsgegnerin tatsächlich Vorteile aus dem zunächst unterlassenen Hinweis gezogen hat. Für eine Vorteilsabschöpfung in Betracht käme ohnehin nur die – nicht klar abgrenzbare – Gruppe von Kunden, die ggf. irrtumsbedingt einen anderen Vertrag als Call Plus abgeschlossen haben. Ob die Antragsgegnerin hierdurch einen „Vorteil“ erlangt hat, hängt überdies vom individuellen Kommunikationsverhalten des Kunden ab, so dass letztlich belastbare Feststellungen dazu, ob abzuschöpfende Vorteile überhaupt entstanden sind, kaum getroffen werden können.

Unter diesen Umständen besteht aber von Amts wegen kein Interesse an einer Feststellung nach § 43 TKG.

#### **10. Antrag zu VI. Verfahrensantrag (Ermittlung zu Vermarktungsanweisungen an Call Center)**

Auf Seite 5 des Schriftsatzes vom 17.08.2010, Seite 5 beantragt die Antragstellerin sinngemäß,

*Ermittlungen betreffend Anweisungen aufzunehmen, die die Antragstellerin im Zusammenhang mit der Vermarktung der genannten Anschlussarten an die Mitarbeiter der Call Center gegeben hat.*

Ziel des Antrages ist es, den Vortrag der Antragsgegnerin widerlegen zu können, Call Center Mitarbeiter, die ab Mai 2010 Kundengespräche des in den Anlagen zu den Schriftsätzen vom 10.06.2010, 28.06.2010 und 17.08.2010 genannten Inhalts geführt hätten, hätten gegen „klare und eindeutige Anweisungen“ gehandelt und seien zu solchen Aussagen nicht autorisiert gewesen. Die Antragstellerin will mit dem Antrag eine Tatsachenfeststellung dahingehend erreichen, dass entsprechende Anweisungen der Antragsgegnerin an ihre Call Center Mitarbeiter entweder nicht existieren oder aber, da sie eine Werbekampagne unzulässigen Inhalts vermutet, sogar gegenteilige Anweisungen vorliegen.

Dem Antrag war –unbeschadet der Frage seiner förmlichen Zulässigkeit im Antragsverfahren nach § 42 Absatz 4 Satz 1 TKG – aus den bereits zu den anderen Verfahrensanhträgen dargelegten Gründen nicht zu entsprechen. Die Kammer versteht den Antrag als Verfahrensantrag im Sinne einer Anregung zu weiterer Sachverhaltsaufklärung. Das Recht zur Einholung von Auskünften zwecks Sachverhaltsaufklärung ist in § 127 TKG geregelt. Die Voraussetzungen für ein Auskunftsverlangen nach § 127 TKG liegen jedoch nicht vor.

Nach § 127 TKG können, u.a. zur systematischen oder einzelfallbezogenen Überprüfung von Verpflichtungen, die sich aus dem TKG ergeben (§ 127 Abs. 1 Nr. 1 TKG), Auskünfte verlangt werden. Ein Auskunftsrecht besteht nach § 127 Abs. 1 Satz 2 TKG aber nur insoweit als die Auskunft „erforderlich“ ist. Die von der Antragstellerin angeregte Auskunftseinholung ist zur Entscheidungsfindung im vorliegenden Verfahren nicht erforderlich. Die Frage, ob und

ggf. welche Anweisungen die Antragsgegnerin im Zusammenhang mit Werbeanrufen ab Mai 2010 an ihre Call Center gegeben hat steht allenfalls mittelbar in Zusammenhang mit der hier verfahrensgegenständlichen Frage nach dem Inhalt von Schreiben, die der Beendigung von Verträgen über Telefonanschlüsse dienen. Der Sachverhalt kann auch nachträglich nicht mehr in das vorliegende Verfahren eingeführt werden (s.o.). Zur Entscheidung über die zulässigerweise hier gestellten Anträge bedarf der angeregten Ermittlungen wie aber nicht, da der Inhalt von Kündigungs- und Kündigungsankündigungsschreiben unabhängig von der Tätigkeit von Call Centern betrachtet werden kann und auch die von der Antragsgegnerin im Rahmen des Verfahrens abgegebenen Zusagen sich auf Werbemaßnahmen außerhalb der Schreiben zunächst nicht beziehen. Selbst wenn Anlass zu der Annahme bestehen sollte, dass die Vermutungen der Antragstellerin zu Kontrolle oder Anweisungen der Antragsgegnerin an ihre Call Center richtig sein könnte, wäre hierüber in einem gesonderten, neuen Verfahren zu befinden.

### **Rechtsbehelfsbelehrung**

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb eines Monats nach Zustellung Klage bei dem Verwaltungsgericht Köln, Appellhofplatz, 50667 Köln, schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle erhoben werden. Die Klage muss den Kläger, den Beklagten und den Gegenstand des Klagebegehrens bezeichnen. Sie soll einen bestimmten Antrag enthalten. Die zur Begründung dienenden Tatsachen und Beweismittel sollen angegeben werden.

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

Eine Klage hat keine aufschiebende Wirkung, § 137 Abs. 2 TKG.

Kuhmeyer  
(Vorsitzender)

Dreger  
(Beisitzerin)

Lindhorst  
(Beisitzer)