
Datum: 04.05.2005
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Kartellsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: VI-U (Kart) 8/05
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2005:0504.VI.U.KART8.05.00

Tenor:

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 30. Juni 2004 abgeändert:

1. Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, die Annahme von

Preselection-Auftragsdaten von Endkunden, die von der Klägerin an die Beklagte übermittelt werden, unter Berufung auf die im Schreiben vom ausgesprochene Kündigung der zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung zur elektronischen Übermittlung von Preselection-Auftragsdaten vom in der Fassung der Änderungsvereinbarung zur elektronischen Übermittlung von Preselection-Auftragsdaten vom zu verweigern.

2. Der Beklagten wird angedroht, dass gegen sie für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld von bis zu 250.000,- EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten festgesetzt wird, wobei die Ordnungshaft an den jeweiligen Vorstandsmitgliedern zu vollziehen ist.

3. Es wird festgestellt, dass die zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossene Vereinbarung zur elektronischen Übermittlung von Preselection-Auftragsdaten vom

..... in der Fassung der Änderungsvereinbarung zur elektronischen Übermittlung von Preselection-Auftragsdaten vom durch die mit Schreiben vom ausgesprochene Kündigung nicht beendet worden ist.

II. Die Kosten des Rechtsstreits fallen der Beklagten zur Last..

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 60.000 EUR abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leistet.

IV. Die Revision wird zugelassen.

V. Der Streitwert wird auch für die Berufungsinstanz auf 500.000 EUR festgesetzt.

G r ü n d e:

1

I.

2

Die Klägerin bietet bundesweit als Verbindungsnetzbetreiberin Orts- und Fernverbindungen für Sprachtelefonie an. Sprachtelefonieverbindungen der Klägerin können außer im Wege des sog. Call-by-Call-Verfahrens (.....) auch im Wege des sog. Preselection-Verfahrens, einer dauerhaften Voreinstellung, in Anspruch genommen werden. Die Beklagte ist als auf dem deutschen Markt mit Abstand größtes Telekommunikationsunternehmen ebenfalls Betreiberin eines Verbindungsnetzes. Außerdem unterhält sie, anders als die Klägerin, ein Teilnehmernetz, zu dem mehr als 90% der Telefonteilnehmer im Festnetz gehören.

3

Für eine dauerhafte Voreinstellung von Anschlüssen der Endkunden auf die Klägerin ist es erforderlich, dass die Beklagte als Betreiberin des Teilnehmernetzes eine entsprechende technische Umschaltung von ihrem eigenen Verbindungsnetz auf das Verbindungsnetz der Klägerin vornimmt. Hierzu ist die Beklagte auch grundsätzlich bereit. In einer "Vereinbarung zur elektronischen Übermittlung von Preselection-Auftragsdaten" vom (Anlage K 6 - künftig: Vereinbarung), wie sie auch mit anderen Telekommunikationsunternehmen geschlossen worden ist, sind die Bedingungen im einzelnen geregelt. Hierauf wird Bezug genommen. Die Parteien haben jedoch - insofern in Abweichung zu den von der Beklagten mit anderen Telekommunikationsunternehmen geschlossenen Verträgen - unter denselben Daten eine "Änderungsvereinbarung zur elektronischen Übermittlung von Preselection-Auftragsdaten" (Anlage K 7 - künftig: Änderungsvereinbarung) geschlossen, durch die die Vertragsbestimmung unter Nr.2.1 der Vereinbarung, nach der die Klägerin sicher zu stellen hatte, dass ihr bei der elektronischen Übermittlung der Kundendaten an die Beklagte eine unterschiedene Willenserklärung des jeweiligen Kunden vorliegt, durch die Bestimmung

4

ersetzt wurde, dass eine rechtskräftige Willenserklärung ausreicht, womit gemeint war, dass eine nur mündliche oder fernmündliche Erklärung des Kunden ausreichen sollte, die die Klägerin auf einer Audio-Datei festhielt. Ein Sideletter vom (Anlage K 8), durch den ein Pilotbetrieb ab geregelt werden sollte, hatte die Methode des Nachweises des Kundenwillens per sog. Voice-Übermittlung durch Sprachaufzeichnung beschrieben.

Die Vereinbarungen vom und die Vereinbarung in dem Sideletter vom kündigte die Beklagte unter Wahrung der unter Nr.9 Abs.1 der Vereinbarung vorgesehenen Frist mit Schreiben vom zum Für diesen Fall sah der Vertrag der Parteien unter Nr.9 Abs.2 der Vereinbarung vor, dass die Beklagte von diesem Zeitpunkt an das im "A." (A.) spezifizierte Standardverfahren anwandte. Dieses sah vor, dass eine schriftliche Kundenerklärung vorliegen musste. 5

Inzwischen haben die Parteien unter dem eine neue "Vereinbarung zur elektronischen Übermittlung von Preselection-Auftragsdaten" (Anlage K 39 a) geschlossen, die im wesentlichen der alten Vereinbarung ohne die Änderungsvereinbarung entspricht. In einem Schreiben vom selben Tage (Anlage K 39 b) stellte die Klägerin jedoch klar, dass diese Vereinbarung nur vorbehaltlich einer gerichtlichen Entscheidung über die Wirksamkeit der Kündigungserklärung gelten solle. 6

Die Klägerin hält die Kündigung für gemäß § 134 BGB nichtig, weil die Beklagte mit ihr gegen § 33 Abs.1 Satz 1 TKG a.F. (jetzt § 42 Abs.1 und 2 TKG n.F.) und § 19 Abs.4 Nr.1 und 2 sowie § 20 Abs.1 GWB verstoßen habe. Die Beklagte diskriminiere sie, die Klägerin, gegenüber der Handhabung in eigener Sache, denn die Beklagte nehme Umschaltungen auf ihr eigenes Verbindungsnetz auch ohne schriftlichen Auftrag vor. Ihr, der Klägerin, entstünden durch die Kündigung erhebliche wirtschaftliche Schäden, weil fast ...% der Umschaltungswünsche der Kunden bei ihr (fern-) mündlich eingegangen seien; durch die Möglichkeit, mündliche Preselection-Anträge entgegenzunehmen, sei die Zahl der Aufträge von ca. ... im 1.Quartal 2003 auf ca. ... im 4.Quartal 2003 gestiegen. Nach dem faktischen Wirksamwerden der Kündigung am 17.05.2004 sei der Anteil der Telemarketing-Neukunden wieder um ... % zurückgegangen. 7

Die Beklagte hält ihre Kündigung für wirksam und verweist darauf, dass sie die Klägerin nicht anders behandle als alle anderen konkurrierenden Telekommunikationsunternehmen auch. Die Kündigung der Vereinbarung sei erforderlich geworden, weil es bei der telefonischen Kundenwerbung zu zahlreichen Missbräuchen (sog. Slamming) gekommen sei. 8

Die Klägerin hat Klage mit dem Ziel erhoben, die Beklagte wieder zu der Handhabung der Preselection-Umschaltung gemäß der Änderungsvereinbarung vom zu veranlassen. Diese auf Unterlassung und Feststellung gerichtete Klage hat das Landgericht durch das angefochtene Urteil vom 30.Juni 2004 abgewiesen. Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin mit der sie beantragt: 9

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 30.06.2004 aufgehoben. 10

a. Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, die Annahme von 11

Preselection-Auftragsdaten von Endkunden, die von der Klägerin an die Beklagte übermittle 12
werden, unter Berufung auf die im Schreiben vom ausgesprochene Kündigung der
zwischen den Parteien geschlossenen Vereinbarung zur elektronischen Übermittlung von

Preselection-Auftragsdaten vom in der Fassung der Änderungsvereinbarung zur elektronischen Übermittlung von Preselection-Auftragsdaten vom zu verweigern.

hilfsweise,

die Annahme von Preselection-Auftragsdaten von Endkunden, die von der Klägerin an die Beklagte übermittelt werden, davon abhängig zu machen, dass die Endkunden ihren Auftrag in schriftlicher Form erteilt haben, insbesondere die Entgegennahme dieser Preselection-Auftragsdaten über eine elektronische Schnittstelle allein unter Hinweis auf den vom Endkunden nur mündlich erteilten Preselection-Auftrag zu verweigern.

a. Der Beklagten wird angedroht, dass gegen sie für jeden Fall der

Zu widerhandlung ein Ordnungsgeld von bis zu 250.000,- EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall bis zu zwei Jahre, festgesetzt wird, wobei die Ordnungshaft an den jeweiligen Vorstandsmitgliedern zu vollziehen ist.

1. Es wird festgestellt, dass die zwischen der Klägerin und der Beklagten geschlossene Vereinbarung zur elektronischen Übermittlung von Preselection-Auftragsdaten vom in der Fassung der Änderungsvereinbarung zur elektronischen Übermittlung von Preselection-Auftragsdaten vom durch die mit Schreiben vom ausgesprochene Kündigung nicht beendet worden ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf das angefochtene Urteil und den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung der Klägerin ist begründet. Ihr steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu. Auch der Feststellungsanspruch ist begründet.

A.

Die Beklagte war aufgrund der Änderungsvereinbarung zur elektronischen Übermittlung von Preselection-Auftragsdaten vom vertraglich verpflichtet, auch solche Preselection-Kundenaufträge abzuwickeln, die der Klägerin nur (fern-) mündlich zugegangen waren, nachdem in 2.1 der Vereinbarung nicht mehr auf eine "unterschiedene" sondern nur noch auf eine "rechtskräftige" Willenserklärung des Kunden abgestellt wurde. Die Kündigung dieser Vereinbarung mit dem Ziel, wieder eine unterschriebene Willenserklärung zur Voraussetzung der Abwicklung der Kundenaufträge zu machen, war trotz Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist unwirksam, weil die Beklagte kartellrechtlich verpflichtet war und ist, auch der Klägerin nur (fern-) mündlich erteilte Preselection-Aufträge gelten zu lassen.

Aus der Nichtigkeit der Kündigung ergibt sich, dass sowohl die "Vereinbarung zur elektronischen Übermittlung von Preselection-Auftragsdaten" vom (Anlage K 6), wie auch die "Änderungsvereinbarung zur elektronischen Übermittlung von Preselection-Auftragsdaten" vom (Anlage K 7) bestehen geblieben sind. Ob die Vertragsänderungen

des neuen Vertrages vom in Kraft getreten sind, soweit sie sich nicht auf die Fassung der Nr. 2.1 und 4.1 der Änderungsvereinbarung vom beziehen, bedarf dabei keiner Entscheidung.

Aus der Nichtigkeit der Kündigung folgt, dass die Beklagten nicht die Annahme von Daten unter Berufung auf die Kündigung vom zurückweisen darf. Dementsprechend rechtfertigt sich der Hauptunterlassungsantrag. Dem Landgericht ist zwar dahin zu folgen, dass die Klägerin in der Sache einen vertraglichen Leistungsantrag geltend macht, nämlich von der Beklagten fordert, dass sie auch Proselection-Daten entgegennimmt und verarbeitet, die sich auf bloß (fern-) mündlich erteilte Kundenaufträge beziehen, aber dies schließt es nicht aus, dieses Begehren mit dem - enger gefassten - Unterlassungsanspruch zu verfolgen, wie er sich auch aus § 40 Satz 2 TKG a.F. und § 44 Abs.1 Satz 1 TKG n.F. und § 33 Satz 1 1.HS GWB ergibt. 27

Die Androhung von Ordnungsgeld und Ordnungshaft beruht auf § 890 Abs.1 und 2 ZPO. 28

Der Zwischenfeststellungsantrag ist ebenfalls gerechtfertigt. Das Feststellungsinteresse gemäß § 256 Abs.2 ZPO ergibt sich aus der Möglichkeit, dass der Klägerin Schadenersatzansprüche gemäß § 40 Satz 1 TKG a.F. und § 44 Abs.1 TKG n.F. sowie § 33 Satz 1 2.HS GWB zustehen. 29

B. 30

1) 31

Die kartellrechtliche Unwirksamkeit der Kündigung ergibt sich aus § 33 Absatz 1 Satz 1 TKG a.F. 32

a) Gemäß § 33 Absatz 1 Satz 1 TKG in der bei Kündigung am gültigen Fassung hatte ein Anbieter, der auf dem Markt für Telekommunikationsdienstleistungen für die Öffentlichkeit über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 GWB verfügt, Wettbewerbern auf diesem Markt diskriminierungsfrei den Zugang zu seinen intern genutzten und seinen am Markt angebotenen Leistungen, soweit sie wesentlich sind, zu den Bedingungen zu ermöglichen, die er sich selbst bei der Nutzung dieser Leistungen für die Erbringung anderer Telekommunikationsdienstleistungen einräumt, es sei denn, dass die Einräumung ungünstigerer Bedingungen, insbesondere die Auferlegung von Beschränkungen, sachlich gerechtfertigt ist. 33

b) Die Beklagte ist Adressatin dieser Vorschrift, weil sie eine marktbeherrschende Stellung auf dem bundesweiten Markt für Telekommunikation hat, soweit es um das hier betroffene Festnetz geht. 34

Das gilt zunächst für den Markt für Teilnehmeranschlüsse. Die Behauptung der Klägerin, der Marktanteil der Beklagten am Markt für Teilnehmeranschlüsse liege über 90%, hat die Beklagte nicht substantiiert bestritten. Ob dies für die Anwendung des § 33 Abs.1 Satz 1 TKG a.F. ausreicht, ist jedoch zweifelhaft, weil der Wortlaut dieser Vorschrift so verstanden werden kann, dass Wettbewerber und marktbeherrschendes Unternehmen auf demselben Markt tätig sein müssen (vgl. hierzu: OVG Münster NVwZ 2000, 697, Rn.29; Glaes in Scheurle/Mayen, TKG, Rn. 24 - 25 a zu § 33; Piepenbrock im Beck'schen TKG-Kommentar, 2.Aufl., Rn. 19 zu § 33). 35

Die Beklagte ist aber auch für den Markt für Verbindungsnetze marktbeherrschend. Die Klägerin hat sich insoweit auf den Beschluss der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (künftig: RegTP) vom 15.08.2003 (BK2a 03/012) bezogen (Anlage K 2), in dem festgestellt wird, dass die Beklagte (dort Antragstellerin) auf dem Markt für das Angebot von Sprachtelefondienst im Rahmen der Lizenzklasse 4 nach § 6 TKG über eine marktbeherrschende Stellung nach § 19 GWB verfüge. Diese Feststellung bezieht sich auf den Sprachtelefondienst auf der Basis selbst betriebener Telekommunikationsnetze. Die marktbeherrschende Stellung der Beklagten wird zudem durch das Sondergutachten 39 der Monopolkommission (dort Rz.16, 23 mit Tabelle 2, 29 mit Tabelle 4, und 34 bis 36 mit Tabellen 8 und 10) belegt.

Danach hatte die Beklagte bei den Ortsgesprächen im 1.Quartal 2003 einen Marktanteil von >92 %, gerechnet nach Umsatzminuten, und von sogar > 95 %, gerechnet nach Umsätzen. Der entsprechende Marktanteil lag bei den Fernverbindungen inkl. Nahverbindungen im Inland bei >60 %, gerechnet nach Verbindungsminuten und >62 %, gerechnet nach Umsätzen. Dementsprechend hat die Beklagte ihre marktbeherrschende Stellung auch im Festnetzmarkt für Verbindungsnetze nicht substantiiert bestritten. 37

Ansichts dieser überragenden Marktstärke der Beklagten kommt es hier auf eine nähere Abgrenzung des sachlich relevanten Marktes (vgl. hierzu: BVerwG MMR 2001, 681, 683f; MMR 2001, 734,735; MMR 2004, 398, S.22 des Umdrucks; Piepenbrock in Beck'scher TKG-Kommentar, 2.Aufl.Rn 13f zu § 33) nicht an. Insbesondere kann dahinstehen, ob es, wie die Klägerin meint, einen besonderen sachlichen Markt für die Entgegennahme von Preselection-Auftragsdaten gibt (vgl. auch die als Anlagen BK 6 und 7 überreichten Mitteilungen der RegTP), denn auch auf diesem - unterstellten - Teilmarkt wäre die Beklagte marktbeherrschend. 38

c) Auf dem Markt für Telefonverbindungsnetze, in dem die Klägerin im Wettbewerb zu der Beklagten steht, ist die Klägerin, um auf diesem Markt überhaupt in Wettbewerb treten zu können, darauf angewiesen, dass die Beklagte bei ihren Telefonanschlusskunden eine Leitungsumschaltung vornimmt. Diese Leistung ist wesentlich, weil ohne sie Verbindungsnetzbetreiber, die selbst kein Netz von Telefonanschlüssen besitzen, ihre Telekommunikationsdienstleistungen überhaupt nicht anbieten können. 39

Zu Unrecht stellt die Beklagte darauf ab, dass die Voreinstellung (preseleccion) gar keine Leistung der Beklagten an die Klägerin sei; Marktgegenseite seien ihre Telefonanschlusskunden, in deren Auftrag und auf deren Kosten die Voreinstellung vorgenommen werde. Die Beklagte geht damit über die Tatsache hinweg, dass auch ein Vertragsverhältnis zwischen den Parteien besteht, wie gerade die gekündigten und am neu geschlossenen Vereinbarungen belegen. 40

d) Die Beklagte nutzt ihre Möglichkeit, eine Voreinstellung (preselection) vorzunehmen, intern und bietet diese Leistung auch den Wettbewerbern am Markt als Leistung an. Bei der Entgegennahme von Aufträgen zur Änderung der Voreinstellung legt die Beklagte ihren Wettbewerbern wie der Klägerin jedoch ungünstigere Bedingungen auf als sich selbst: Wer die Voreinstellung auf die Klägerin in eine Voreinstellung auf die Beklagte ändern möchte, braucht nur bei der Beklagten anzurufen, während der Kunde im umgekehrten Fall ein Schriftstück unterschreiben muss. Wie gerade auch die Erfahrungen der Klägerin im Vergleich der Zeiten, in denen sie nur auf schriftliche Aufträge hin tätig werden konnte, mit dem 4.Quartal 2003, als sie (fern-) mündliche Aufträge entgegennehmen konnte, zeigen, erleichtert die Möglichkeit, durch bloßen Anruf den günstigeren Verbindungsnetzbetreiber auswählen zu können, die Bereitschaft, die bisherige Voreinstellung zu ändern, signifikant. 41

Die Beklagte bestreitet zwar die diesbezüglichen Angaben der Klägerin, aber auch ihre eigenen Angaben bestätigen, dass nach Wirksamwerden der Kündigung die Preselection-Aufträge zugunsten der Klägerin erheblich zurückgegangen sind. Die Anlage BE 12 zum Schriftsatz der Beklagten vom 24.03.05 weist aus, dass sich in dem durch die davor liegenden 10 Zeitsäulen abgedeckten Zeitraum der Auftragsbestand mehr als verdoppelt hat (.....), während in dem danach liegenden entsprechend langen Zeitraum nur eine Steigerung von ... eingetreten ist (von). Dass die Zahl der Preselection-Aufträge in der Zeit, in der eine mündliche Auftragserteilung ausreichte, signifikant höher als zuvor und danach lag, muss im wesentlichen an der erleichterten Form der Auftragserteilung gelegen haben. Ein anderer Grund für das Ausmaß des Rückgangs der Aufträge ist weder von der Beklagten schlüssig vorgetragen noch sonst ersichtlich. Dass die Klägerin, wie die Beklagte vorträgt, ihr Marketing nur in der Zeit zwischen Wirksamwerden der Änderungsvereinbarung und dem im erforderlichen Maße betrieben habe und allein hierauf die in dieser Zeit erreichten vermehrten Aufträge zurückzuführen seien, erscheint fernliegend. Auch die von der Klägerin vorgelegte OVUM - Studie vom November 2003 (Anlage K 13 b) belegt, dass die Möglichkeit, (fern-) mündliche Aufträge zu erteilen, die Wechselbereitschaft hinsichtlich des Verbindungsnetzes wesentlich erhöht. Schon die bloße Lebenserfahrung legt im übrigen ein solches Verhalten der Telefonkunden nahe: Es fällt einem Telefonkunden leichter, auf telefonische Ansprache hin durch mündliche Erklärung auf ein Angebot einzugehen, als ein Formular anzufordern, auszufüllen und zurückzusenden oder ein Formular von einer Internet-Seite herunterzuladen, auszufüllen und abzusenden.

e) Damit war die Forderung, dass bei der Beauftragung der Klägerin anders als bei der Beauftragung der Beklagten unterschriebene Aufträge zur Änderung der Voreinstellung vorliegen mussten, nur zulässig, wenn diese unterschiedliche Handhabung sachlich gerechtfertigt ist. Eine solche sachliche Rechtfertigung fehlt jedoch entgegen der Ansicht des Landgerichts. 42

Bei der Prüfung, ob von der Regel, dass die interne Behandlung der externen entsprechen muß (BT-Drucksache 13/3609 S.46, Piepenbrock a.a.O. Rn. 10 zu § 33), eine Abweichung gerechtfertigt ist, sind die Interessen der Beteiligten gegeneinander abzuwägen. Dabei ist die Zielsetzung der Vorschrift des § 33 TKG a.F. zu beachten, einen funktionsfähigen Wettbewerb und einen diskriminierungsfreien, offenen Netzzugang zu gewährleisten (BT-Drucksache 13/3609 S.46, Piepenbrock a.a.O. Rn.10 zu § 33). 43

aa) Die Beklagte macht zunächst geltend, dass sich die unterschiedliche Handhabung schon daraus rechtfertige, dass sie eine Betreiberin eines einheitlichen Telefonanschluß- und Verbindungsnetzes sei und deshalb nicht mit einem Unternehmen verglichen werden könne, das nur ein Verbindungsnetz unterhalte und deshalb zwangsläufig auf die Verbindung mit einem Telefonanschlußbetreiber angewiesen sei. Auf diesen Unterschied kommt es nach Sinn und Zweck des § 33 TKG jedoch gerade nicht an. Die Tatsache, dass die Beklagte verschiedene Leistungen aus einer Hand anbieten kann, darf gerade nicht dazu führen, dass Teile dieser gebündelten Leistungen von Wettbewerbern nur zu ungünstigeren Bedingungen erlangt werden können als sie die Beklagte intern hat. Nach § 2 der Verordnung über besondere Netzzugänge (NZV) trifft den Betreiber eines Telekommunikationsnetzes nach § 35 TKG a.F. ausdrücklich eine Pflicht zur Entbündelung der angebotenen Leistungen. Dieser Grundsatz ist auch im Rahmen des § 33 TKG a.F. zu berücksichtigen (BT-Drucksache 13/3609 S.46; vgl. Glaes a.a.O. Rn. 47 zu § 33). 44

Auch der Hinweis der Beklagten darauf, dass sie die den Wettbewerbern zur Verfügung gestellte elektronische Schnittstelle selbst garnicht benötige, geht aus diesem Grund fehl. 45

Nicht die elektronische Schnittstelle ist das Entscheidende sondern die geforderte Umstellung der Voreinstellung. Dass die Beklagte bei einer Umstellung auf ihr Verbindungsnetz auf vorhandene Kundendaten zurückgreifen kann und deshalb mit niemandem insoweit kommunizieren muss, während die Klägerin einen Umstellungsauftrag mit Kundendaten an die Beklagte weiterleiten muss, rechtfertigt keine Erschwerung des Wechsels des Netzbetreibers.

bb) Auch der Hinweis der Beklagten darauf, dass die Zahl der (fern-) mündlich an sie herangetragenen Wünsche, wieder zu ihrem Verbindungsnetz zurückzukehren, relativ gering sei, rechtfertigt die unterschiedliche Handhabung nicht. Ob ausnahmsweise unterschiedlich hohe Nachfrage eine unterschiedliche Handhabung rechtfertigen kann, mag dahinstehen. Hier jedenfalls rechtfertigt eine geringe Nachfrage nach Rückschaltungen auf das Verbindungsnetz der Beklagten für sie keine Erleichterung der Bedingungen im Verhältnis zu ihren Wettbewerbern, zumal die Beklagte es jederzeit in der Hand hat, die Nachfrage nach ihrem Verbindungsnetz durch entsprechende Preisgestaltung zu erhöhen. 46

cc) Zu Unrecht macht die Beklagte weiter zur Rechtfertigung ihres Verhaltens geltend, dass sie schon nicht verpflichtet gewesen sei, der Klägerin überhaupt die elektronische Übermittlung der Preselection-Auftragsdaten zu ermöglichen und ohne diese Möglichkeit eine mündliche Auftragserteilung seitens des Kunden ohnehin nicht möglich gewesen wäre. Ob eine solche Pflicht tatsächlich nicht bestand, mag dahinstehen. Auch wenn sie nicht bestand, rechtfertigte dies nicht die Forderung nach schriftlichen Aufträgen. Die von der Beklagten eingerichtete elektronische Schnittstelle diene in beiderseitigem Interesse der Erleichterung des Datenaustausches. Eine Übermittlung der Daten durch Brief oder Telefax stellte die Beklagte vor die Notwendigkeit, ihrerseits die in dem Brief oder dem Telefax enthaltenen Daten so aufzubereiten, dass sie für die elektronische Netzumstellung brauchbar waren. Im übrigen könnten auch bei einer mündlichen Auftragserteilung die Kundendaten schriftlich von der Klägerin an die Beklagten übermittelt werden. 47

dd) Die Beklagte beruft sich zur Rechtfertigung ihres Verhaltens auch zu Unrecht auf die von ihr aufgezeigten Missbrauchsfälle (Anlagen B3 - B16 sowie BE6 - BE10). Diese Missbrauchsfälle hängen nämlich nur indirekt mit der Möglichkeit, telefonische Preselection-Aufträge zu erteilen, zusammen und fallen im übrigen bei der Abwägung mit der Förderung des Wettbewerbs, den die Zulassung bloß (fern-) mündlicher Aufträge mit sich bringt, nicht ins Gewicht. 48

Bei den von der Beklagten aufgezeigten Fällen lag der Missbrauch ganz überwiegend darin, dass Kunden mit unwahren Angaben dazu veranlasst worden waren, zu der Klägerin zu wechseln, sei es dass die Werber wahrheitswidrig behaupteten, die Klägerin sei eine Tochtergesellschaft der Beklagten oder sonst eng mit dieser verbunden, sei es dass die Tarife der Klägerin günstiger dargestellt wurden als sie es tatsächlich waren oder dass das sog. Post-Ident-Verfahren ohne ordnungsgemäße vorherige Aufklärung genutzt wurde. Diese Täuschungshandlungen können grundsätzlich einem schriftlichen Auftrag ebenso vorausgegangen sein wie einem mündlichen, sind also nicht typisch für eine (fern-) mündliche Werbung. Der Mißbrauch des Post-Ident-Verfahrens ist auch ohne vorherige mündliche Auftragserteilung möglich. Richtig mag allerdings sein, dass eine Telefonwerbung, der kein schriftlicher Auftrag nachfolgt, die Hemmschwelle für unseriöses Verhalten herabsetzt. Abgesehen davon, dass gleiches auch bei einer Telefonwerbung für eine Rückkehr zur Beklagten möglich ist, fällt diese Möglichkeit einer Erhöhung der Missbrauchsfälle aufgrund lediglich (fern-) mündlicher Beauftragung angesichts der Vertragsgestaltung der Vereinbarungen vom im übrigen nicht ins Gewicht. 49

- Die Missbrauchsmöglichkeit ist in den Vereinbarungen der Parteien nämlich gesehen worden. 50
Hierfür sind demgemäß Regelungen getroffen worden, die es ausschließen, dass der
Beklagten dadurch nennenswerte Nachteile entstehen können:
1. Für den Fall, dass in mehr als 1% der von der Klägerin übermittelten Aufträge in einem 51
Zeitraum von 30 Tagen keine entsprechende Vollmacht des Kunden bestand, begründet
Nr.10 Abs.2 das Recht zur außerordentlichen Kündigung. Zu einer solch hohen Anzahl von
unrichtigen Auftragsübermittlungen ist es nicht gekommen. Das macht die Beklagte selbst
nicht geltend.
2. Nr.4.1 der Änderungsvereinbarung der Parteien verhindert, dass sich die Beklagte auf 52
einen Streit mit ihrem Kunden darüber einlassen muss, ob dieser der Klägerin einen
mündlichen Auftrag erteilt hat oder nicht. Die Klägerin kann der Beklagten gegenüber den
Nachweis eines mündlichen Kundenauftrages nicht durch die bei ihr geführte Audiodatei mit
den StimmAufzeichnungen führen sondern muss der Beklagten binnen 24 Stunden eine
unterschiedene Willenserklärung des Kunden übermitteln. Das bedeutet in der praktischen
Auswirkung, dass die Beklagte bei jedem Kunden, der keinen schriftlichen Auftrag zur
Preselection erteilt hat, die Umschaltung rückgängig machen kann, wenn der Kunde dies
wünscht. Auch wenn tatsächlich ein wirksamer mündlicher Auftrag vorlag, kann die Klägerin
gegenüber der Beklagten hieraus keinerlei Rechte herleiten.
3. Nr.5.2 der Vereinbarung der Parteien bestimmt ferner, dass die Beklagte für jeden Fall, in 53
dem eine Voreinstellung rückgängig gemacht werden muss, nicht nur zweimal das von der
RegTP genehmigte Umschaltungsentgelt von netto 4,40 EUR verlangen kann sondern
darüber hinaus einen pauschalen Bearbeitungsaufwand von 150 EUR pro Fall. Es ist zwar
weiter vorgesehen, dass die Beklagte einen höheren und die Klägerin einen geringeren
Schaden nachweisen kann, aber letztere Möglichkeit ist bei dem Massengeschäft, um das es
hier geht, eine eher theoretische Möglichkeit.
4. Nr.3.1 Abs. 3 und 4 der Vereinbarung begründet eine noch weitergehende Haftung der 54
Klägerin gegenüber der Beklagten und dem Telefonkunden und Nr.3.2 einen
Freistellungsanspruch der Beklagten gegenüber der Klägerin. Nr.4.1 bis 4.4 regeln das Recht
der Beklagten, ihren Kunden zu Lasten der Klägerin ohne nähere Prüfung Schadensersatz zu
leisten, wobei Nr.4.4 die Beklagte in bestimmten Grenzen sogar dazu berechtigt, zu Lasten
der Klägerin ohne Prüfung der Plausibilität zu zahlen. Zur Absicherung der Beklagten für ihre
möglichen Vorleistungen stand dabei gemäß Nr.6.2 der Vereinbarung der Parteien eine
Kautions in Höhe von 50.000 EUR zur Verfügung.
5. Angesichts dieser vertraglichen Regelung hatte die Beklagte aus der Gefahr 55
missbräuchlicher Telefonwerbung keine Nachteile zu befürchten, die es rechtfertigen
könnten, von der Klägerin zu fordern, dass diese - anders als sie selbst - nur schriftliche
Aufträge annehmen dürfe. Dies gilt um so mehr als die Anzahl der Fälle - gemessen an der
Tatsache, dass es um Massengeschäfte geht - nicht derart hoch ist, dass insoweit
Beeinträchtigungen des Geschäftsbetriebs der Beklagten zu erwarten sind.
- Nach dem Vorbringen der Klägerin gab es insgesamt nur in 0,... % aller Preselection-Aufträge 56
Beschwerden, wovon nur ein kleiner Anteil Fälle betraf, in denen ein Auftrag nicht
nachweisbar war. Diesen Anteil hat die Klägerin in 1.Instanz auf 3 % geschätzt. Ihre in
2.Instanz vorgenommene Auswertung von Stichproben hat nach ihrer Behauptung einen
Anteil von 9,...% ergeben. Auf die Zahl ... bezogen sind das weniger als ... Fälle. Dies
entspricht bei ca. ... Aufträgen nur einem Anteil von knapp 0,0... %, der als geringfügig zu
bewerten ist.

- Aus dem Vorbringen der Beklagten, soweit es berücksichtigt werden kann, ergibt sich nichts anderes: Die von der Beklagte konkret vorgetragenen Fälle (Anlagen B3 - B16 sowie BE6 - BE10) sind der Zahl nach nur wenige und betrafen Mißbräuche, die nicht typischerweise mit der Entgegennahme telefonischer Preselection-Aufträge einhergehen. Auch die in 2. Instanz erstmals vorgelegte Liste mit den von der Beklagten behaupteten ca. ... 57
- Kundenbeanstandungen im Jahr 2003 (Anlage BE 4 zum Schriftsatz vom 24.03.05) ergibt keine für die Beklagte unzumutbare Zahl von Mißbräuchen. Die Klägerin hat hierzu vorgetragen, es handele sich um sämtliche Fälle aus dem Jahr 2003, in denen die Beklagte unter Bezugnahme auf Nr.5.2 der Vereinbarung der Parteien den Bearbeitungsaufwand von 150 EUR und das doppelte Umschaltungsentgelt von netto 4,40 EUR verlangt habe. Aus dem Vorbringen der Beklagten ergibt sich nicht, dass sämtliche Fälle sog. Slamming betrafen. Gerade weil die Beklagte die Beanstandungen der Kunden nicht auf ihren Grund und ihre Berechtigung überprüfen musste und dies deshalb auch nicht getan hat, dies jedenfalls nicht vorgetragen hat, sind in dieser Zahl zwangsläufig auch unberechtigte Kundenbeanstandungen enthalten. Dass dies ein höherer Anteil war als es die Klägerin vorgetragen hat, hat die Beklagte bisher nicht substantiiert behauptet.
- Ob der ergänzende Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 27.04.05 hinreichend substantiiert ist, mag offen bleiben, weil er nach §§ 529 Abs.1 Nr.2, 531 Abs.2 ZPO nicht zuzulassen ist. Sämtliche angeblichen Mißbrauchsfälle waren der Beklagten zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung 1. Instanz am 19. Mai 2004 bekannt. Darauf, dass die Beklagte die Liste mit den angeblichen Slammingfällen der Klägerin erst am 11.10.04 in Form einer Zusammenstellung zugeleitet hat, kommt es nicht an, denn die Fälle als solche waren der Beklagten sämtlich im Laufe des Jahres 2003 bekannt geworden. Da sich die Klägerin in diesem Rechtsstreit von vornherein darauf berufen hat, dass von den Beschwerdefällen nur ein geringer Teil Fälle betrafen, in denen tatsächlich kein Kundenauftrag vorlag, hätte die Beklagte, wenn sie dem entgegentreten wollte, schon in der 1. Instanz näher zu der Aufschlüsselung der ca. ... Beschwerdefälle vortragen müssen. Wenn sie dies nicht tat, beruhte dies auf einer Nachlässigkeit der Beklagten. 58
- Die im Termin zur mündlichen Verhandlung vorgelegte weitere Liste angeblicher Slamming-Fälle des Jahres 2004, besagt dazu, welcher Anteil echte Samming-Fälle betraf, nichts. Die weiteren Erläuterungen im Schriftsatz der Beklagten hierzu können nicht berücksichtigt werden, weil der Beklagten die Schriftsatzfrist nur für eine Erwiderung auf den Schriftsatz der Klägerin vom 29.03.2005, nicht aber zu ergänzendem eigenen Vortrag bewilligt worden ist. Im übrigen weist auch diese Liste allenfalls die Anzahl der Beschwerden, nicht aber den Beschwerdegund und die Zahl der berechtigten Beschwerden nach. 59
- ee) Die Forderung der Beklagten, dass ein schriftlicher Kundenauftrag vorliegen müsse, rechtfertigt sich auch nicht aus einem Interesse der Beklagten, selbst zu prüfen, ob der Kundenauftrag tatsächlich vorlag, denn sie erhält nach keinem der beiden Verfahren ein Schriftstück des Kunden zur Kenntnis und vertraut auf die Richtigkeit der Angaben der Klägerin. Das ist auch verständlich, denn der mit einer eigenen Überprüfung verbundene Aufwand stünde für die Beklagte in keinem Verhältnis zu den, wie dargestellt, zu vernachlässigenden Nachteilen infolge fälschlich übermittelter Aufträge. 60
- ff) Die Beklagte beruft sich ferner noch darauf, dass die dargestellten Missbrauchsfälle für sie rufschädigend seien. Sicher ist es für die Beklagte lästig, wenn sich Kunden beschwerdeführend an sie wenden. Die Beschwerden mögen sich in gewissen Fällen auch negativ auf die Reputation der Beklagten auswirken. Als sachliche Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung der Klägerin reichen diese Umstände in der gebotenen 61

Abwägung zu der mit dem Verlangen schriftlicher Aufträge verbundenen Beschränkung des Wettbewerbs nicht aus. Wenn die Klägerin unseriöse Telefonwerber einsetzt, fällt dies vor allem auf sie selbst und nicht auf die Beklagte zurück. Wenn die Beklagte dann gegenüber ihren Kunden so großzügig reagiert wie es ihr aufgrund der Vereinbarungen mit der Klägerin ohne eigenen finanziellen Nachteil möglich ist, dürfte eine Rufschädigung der Beklagten durch die fehlerhafte Umschaltung aufgrund eines der Klägerin zuzurechnenden unseriösen Verhaltens eher fernliegend, jedenfalls im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung nicht relevant sein.

gg) Auch die Begründung des Landgerichts, die Beklagte könne im Bereich ihres Unternehmens bei möglichen Mißbräuchen den Ursachen schneller und einfacher nachgehen als bei Mißbräuchen, die ihren Ausgangspunkt in anderen Unternehmen haben, trägt hier nicht. Die Beklagte hat schon nicht dargetan, dass sie organisatorische Vorkehrungen getroffen hat, um die Mißbrauchsfälle der der Klägerin vorgeworfenen Art in ihrem Bereich besser verhindern oder, soweit dies nicht möglich ist, jedenfalls sicherer aufklären zu können als dies der Klägerin möglich ist. Aber auch wenn dies so sein sollte, rechtfertigte dies keine Ungleichbehandlung der Klägerin, weil diese sich der Beklagten gegenüber, wie dargestellt, verpflichtet hat, die Beklagte nicht nur von den Folgen nachgewiesener sondern selbst von den Folgen nur nicht auszuschließender Mißbräuche freizustellen. 62

hh) Es kommt unter diesen Umständen auch nicht darauf an, dass die Beklagte die Klägerin nicht anders behandelt als ihre Wettbewerber, die im A. vertreten sind. Der Vergleich der Klägerin mit den anderen Wettbewerbern reicht nicht aus. Maßgeblich ist auch hier der Vergleich zwischen den Möglichkeiten der Klägerin und den eigenen Möglichkeiten der Beklagten. Ob die durch die Änderungsvereinbarung vom eingetretene Bevorzugung der Klägerin gegenüber ihren Konkurrenten kartellrechtlich unbedenklich ist, bedarf hier keiner Entscheidung. Sollten insoweit Bedenken bestehen, wären sie durch eine Erweiterung der Rechte der anderen Wettbewerber zu beseitigen. 63

f) Da die Beklagte gemäß § 33 Abs.1 Satz 1 TKG a.F. verpflichtet war, der Klägerin auch die Entgegennahme (fern-) mündlicher Kundenaufträge zur Preselection zu ermöglichen, war die Kündigung der Vereinbarungen vom gemäß § 134 BGB nichtig. Selbst eine ordentliche Kündigung darf nicht ausgesprochen werden, wenn durch sie ein kartellrechtswidriger Zustand herbeigeführt werden würde, der zum sofortigen Neuabschluß des Vertrages verpflichten würde (BGH NJW 1989, 3010, 3011 - Staatslotterie, BGH GRUR 2003, 893,894 - Schülertransport). Dass die Kündigung vom noch auf andere - zulässige - Vertragsänderungen zielte, behauptet die Beklagte selbst nicht. Soweit der von den Parteien - unter Vorbehalt der Klägerin im Hinblick auf den Streitpunkt dieses Rechtsstreits - geschlossene neue Vertrag vom (Anlage K 39 a + b) gewisse Abweichungen gegenüber der alten Vereinbarung enthält, ist nicht vorgetragen oder ersichtlich, dass sie zwischen den Parteien streitig und Mitgrund für die Kündigung vom gewesen waren. 64

g) Die Rechtslage nach der Neufassung des TKG vom 22.06.2004 ist hier im Ergebnis nicht anders als die Rechtslage nach § 33 Abs.1 Satz 1 TKG. Es bedarf deshalb keiner Prüfung, wie sich eine geänderte Rechtslage ab Inkrafttreten der Neufassung des TKG am 26.06.2004 auf das bis dahin ungekündigt weiterbestehende Vertragsverhältnis der Parteien auswirken würde. 65

Nach § 42 Abs.1 Satz 1 TKG n.F. darf ein Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, oder ein Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes, der über beträchtliche Marktmacht verfügt, seine Stellung nicht missbräuchlich ausnutzen. Ein Missbrauch liegt nach Satz 2 insbesondere vor, wenn andere 66

Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder deren Wettbewerbsmöglichkeiten ohne sachlich gerechtfertigten Grund erheblich beeinträchtigt werden. Nach Absatz 2 wird ein Missbrauch im Sinne des Absatzes 1 vermutet, wenn ein Unternehmen mit beträchtlicher Marktmacht sich selbst, seinen Tochter- oder Partnerunternehmen den Zugang zu seinen intern 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, es sei denn, das Unternehmen weist Tatsachen nach, die die Einräumung ungünstigerer Bedingungen sachlich rechtfertigen. Aus den vorstehend dargelegten Gründen ergibt sich, dass auch die Voraussetzungen dieser neu formulierten Vorschrift erfüllt sind. § 44 Abs.1 Satz 1 TKG n.F. begründet auch ausdrücklich einen Unterlassungsanspruch.

2) 67

Ob sich die Nichtigkeit der Kündigung der Beklagten auch aus § 134 BGB in Verbindung mit § 19 Abs.1 und 4 Nr.1 und 2 und/oder § 20 Abs.1 GWB ergibt,, wie die Klägerin meint, bedarf hiernach keiner Entscheidung. 68

C. 69

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO, die zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 70

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs.2 ZPO liegen vor, weil die Sache grundsätzliche Bedeutung hat. Die Entscheidung hat mittelbar für sämtliche Unternehmen der Telekommunikationsbranche, die eine Preselection anbieten, Bedeutung. 71

a. Dr. M. 72