



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

KZR 26/05

Verkündet am:
10. Oktober 2006
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Preselection

TKG 1999 § 33 Abs. 1; TKG 2004 § 42

Ein marktbeherrschender Betreiber eines Teilnehmernetzes darf die Voreinstellung eines Telefonkundenanschlusses auf das Verbindungsnetz eines Mitbewerbers (Preselection) grundsätzlich nur dann von einem schriftlichen Kundenwunsch nach Änderung der Voreinstellung abhängig machen, wenn er auch für die Wiederherstellung der Voreinstellung auf das eigene Verbindungsnetz eine schriftliche Erklärung des Kunden voraussetzt.

BGH, Urteil vom 10. Oktober 2006 - KZR 26/05 - OLG Düsseldorf
LG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 10. Oktober 2006 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch, den Vorsitzenden Richter Ball und die Richter Prof. Dr. Bornkamm, Dr. Raum und Prof. Dr. Meier-Beck

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. Mai 2005 wird auf Kosten der Beklagten zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin bietet als Verbindungsnetzbetreiberin Verbindungen für Telefongespräche an; die Beklagte ist die Deutsche Telekom AG. Die Parteien streiten um die Frage, ob die Beklagte berechtigt ist, die dauerhafte Voreinstellung eines Endkundenanschlusses auf das Verbindungsnetz der Klägerin (Preselection) davon abhängig zu machen, dass der Klägerin ein entsprechender schriftlicher Kundenauftrag vorliegt.
- 2 In dieser Weise wurde die Umstellung ursprünglich von den Parteien gehandhabt. Im Jahre 2003 vereinbarten sie jedoch, dass die Klägerin der Beklagten die Kundendaten zur Anschlussumstellung - auf elektronischem Wege - bereits dann übermitteln dürfe, wenn ihr eine entsprechende "rechtskräftige" Wil-

lenserklärung des Kunden vorliege, womit gemeint war, dass eine (fern-) mündliche Erklärung des Kunden ausreichen sollte, die von der Klägerin als Audiodatei elektronisch gespeichert wurde.

3 Die Beklagte kündigte diese Änderungsvereinbarung zum 17. Mai 2004. Die Klägerin hält die Kündigung für unwirksam, weil sie eine Diskriminierung darstelle. Sie nimmt die Beklagte auf Unterlassung und auf die Feststellung in Anspruch, dass das sich aus der Änderungsvereinbarung ergebende Vertragsverhältnis durch die Kündigung nicht beendet worden sei.

4 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat hingegen die Beklagte antragsgemäß verurteilt.

5 Hiergegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

6 Die zulässige Revision bleibt ohne Erfolg.

7 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass die Kündigungserklärung der Beklagten nach § 33 Abs. 1 Satz 1 TKG (in der Fassung vom 26.8.1998; im folgenden: TKG 1999) unwirksam sei. Die Beklagte habe sowohl auf dem Markt für Teilnehmeranschlüsse als auch auf dem Markt für Verbindungsnetze eine marktbeherrschende Stellung inne. Die Leitungsumschaltung bei Telefonendkunden stelle eine wesentliche Leistung der Beklagten dar, da nur so Verbindungsnetzbetreiber wie die Klägerin ihre Leistungen anbieten könnten. Die Beklagte biete der Klägerin die Verbindungsumstellung zu ungünstigeren Bedingungen an, als sie sie sich selbst einräume, denn wer die Vorein-

stellung auf die Klägerin in eine Voreinstellung auf die Beklagte ändern wolle, brauche nur bei der Beklagten anzurufen, jedoch keinen schriftlichen Auftrag zu erteilen. Die Möglichkeit, den Verbindungsnetzbetreiber telefonisch auszuwählen zu können, erhöhe die Bereitschaft zum Wechsel des Verbindungsnetzbetreibers signifikant. Die Kündigung sei auch nicht sachlich gerechtfertigt. Die Missbrauchsfälle, auf die die Beklagte sich berufe, hingen nur indirekt mit der Möglichkeit zusammen, Preselection-Aufträge auch telefonisch zu erteilen, und fielen im Übrigen bei der erforderlichen Abwägung mit der Förderung des Wettbewerbs, den die Zulassung bloß (fern-)mündlicher Aufträge mit sich bringe, nicht ins Gewicht. Die Missbrauchsmöglichkeit sei zudem in den Vereinbarungen der Parteien erkannt worden; es seien Regelungen getroffen worden, die es ausschlossen, dass der Beklagten hierdurch nennenswerte Nachteile entstehen könnten, zumal die Anzahl der Missbrauchsfälle für ein Massengeschäft sehr gering sei.

8 II. Diese Beurteilung hält den Angriffen der Revision stand.

9 1. Die Feststellung des Berufungsgerichts, dass die Beklagte Normadressatin des § 33 Abs. 1 TKG 1999 ist, wird von der Revision nicht angegriffen und lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

10 2. Ohne Erfolg rügt die Revision, die Umschaltung des Endkundenanschlusses sei keine Leistung der Beklagten an die Klägerin, sondern eine Leistung der Beklagten an ihre eigenen Telefonanschlusskunden, in deren Auftrag und auf deren Kosten die Voreinstellung vorgenommen werde.

11 Es mag zwar zutreffen, dass die zwischen den Parteien getroffenen Vereinbarungen nicht die Umschaltung selbst betreffen, sondern lediglich die Art und Weise, wie der Kundenwunsch zur Voreinstellung auf das Verbindungsnetz der Klägerin nachzuweisen ist. Für den Anspruch des Wettbewerbers nach § 33 TKG 1999 auf Zugang zu wesentlichen Leistungen des Normadressaten ist es

jedoch unerheblich, ob es um eine Leistung geht, die der Normadressat im schuldrechtlichen Sinne gegenüber dem Wettbewerber als Leistungsempfänger erbringt. Das ergibt sich schon daraus, dass die Vorschrift nicht nur auf dem Markt angebotene, sondern auch intern genutzte Leistungen erfasst. Maßgeblich ist vielmehr, ob es sich um eine Leistung handelt, die der Erbringung anderer Telekommunikationsleistungen durch den Wettbewerber dienen kann und als technisch und wirtschaftlich funktionell eigenständige und abgrenzbare Leistung (intern) nutzbar und bewertbar ist (BVerwGE 114, 160, 176, 184; s. auch Piepenbrock in Beck'scher TKG-Komm., 2. Aufl., § 33 Rdn. 27, 29; Fischer/Heun/Sörup in Heun, Hdb. Telekommunikationsrecht, Teil 4 Rdn. 104 f.). Dies ist bei der Voreinstellung des Endkundenanschlusses auf das Verbindungsnetz eines Wettbewerbers, die die Voraussetzung dafür bietet, dass der Endkunde dieses Netz ohne Verwendung der Verbindungsnetzbetreibervorwahl bei dem einzelnen Telefonat benutzen kann, ohne weiteres der Fall. Dass es sich auch um eine wesentliche Leistung handelt, stellt die Revision zu Recht nicht in Frage. Die Beklagte ist daher verpflichtet, ihren Wettbewerbern diskriminierungsfrei Zugang zu dieser Leistung zu verschaffen. Zu den Bedingungen dieses Zugangs, die dem Diskriminierungsverbot unterworfen sind, gehört auch die Art und Weise, wie der Kundenwunsch nach Voreinstellung auf das Verbindungsnetz eines Wettbewerbers zu übermitteln und gegebenenfalls nachzuweisen ist.

- 12 3. Auch die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte ermögliche der Klägerin den Zugang zu ungünstigeren Bedingungen, als sie sie sich selbst bei der Nutzung dieser Leistung einräume, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Sie wird durch die von der Revision nicht angegriffene Feststellung getragen, die Beklagte verlange von der Klägerin, dass dieser ein schriftlicher Kundenwunsch nach Änderung der Voreinstellung vorliege, während sie die Voreinstellung auf ihr eigenes Verbindungsnetz auch auf fernmündlichen Kundenwunsch (wieder-)herstelle.

- 13 Auf die von der Revision angegriffenen Ausführungen des Berufungsgerichts, die Möglichkeit, den Verbindungsnetzbetreiber telefonisch auszuwählen, erhöhe die Wechselbereitschaft signifikant, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Vielmehr genügt es, dass die Beklagte mit der Forderung nach einem schriftlichen Kundenauftrag die Voreinstellung auf das Verbindungsnetz der Klägerin von einer zusätzlichen Voraussetzung abhängig macht, auf die sie bei der Voreinstellung auf ihr eigenes Verbindungsnetz verzichtet. Im Übrigen hat das Berufungsgericht zu Recht angenommen, dass es schon nach der Lebenserfahrung die Wechselbereitschaft fördert, wenn ein Telefonkunde den betreffenden Auftrag mündlich erteilen kann, anstatt zum Wechsel der Voreinstellung ein Auftragsformular anfordern oder aus dem Internet auf seinen Rechner laden und dieses Formular ausfüllen, unterzeichnen und versenden zu müssen. Erst recht ist unerheblich, ob es der Klägerin durch erhöhte Akquisitionsanstrengungen möglich wäre, einer hierdurch bedingten Verringerung der Anzahl an Neukunden für ihr Verbindungsnetz entgegenzuwirken.
- 14 Soweit die Revision rügt, das Berufungsgericht verkenne, dass die Auftragsbearbeitung in beiden Vergleichsfällen unterschiedliche tatsächliche Voraussetzungen habe, weil der Beklagten bei der Rückkehr eines Kunden in ihr Verbindungsnetz alle Daten des Kunden vorlägen und seine Identität und sein Änderungswille telefonisch verifiziert werden könnten, zieht dies für die Klägerin ungünstigere Bedingungen ebenfalls nicht in Zweifel, sondern betrifft die Frage ihrer sachlichen Rechtfertigung.
- 15 4. Auch insoweit wendet sich die Revision jedoch ohne Erfolg gegen die Beurteilung des Berufungsgerichts, es fehle an einer solchen sachlichen Rechtfertigung für die der Klägerin gestellten ungünstigeren Bedingungen. Wie bei der Prüfung einer Diskriminierung im Sinne des § 20 Abs. 1 GWB ist insoweit maßgeblich, ob der unterschiedlichen Behandlung bei einer Gesamtwürdigung und Abwägung aller beteiligten Interessen, die sich an der auf die Freiheit des

Wettbewerbs gerichteten Funktion des Gesetzes orientiert, die sachliche Rechtfertigung fehlt (BGHZ 38, 90, 102 - Treuhandbüro; BGHZ 52, 65, 71 - Sportartikelmesse; BGHZ 107, 273, 280 - Staatslotterie; BGHZ 160, 67, 77 - Standard-Spundfass). Das hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei bejaht.

16 a) Dabei hat es zu Recht dem von der Revision als eine Ungleichbehandlung hindernd herangezogenen Umstand keine Bedeutung beigemessen, dass es sich bei dem Endkunden, der in das Verbindungsnetz der Beklagten zurückwechseln will, um einen ihr bekannten Kunden handelt. Das ist bei einem Kunden nicht anders, der in das Verbindungsnetz der Klägerin wechseln will, denn auch dieser hat seinen Anschluss bei der Beklagten. Vor allem aber ist die Beklagte verpflichtet, die von ihr angebotenen Leistungen zu entbündeln und den Zugang zu ihrem Teilnehmernetz unabhängig davon zu ermöglichen, ob der Telefonkunde auch ihr Verbindungsnetz nutzen will. Dass ein Kunde dem Teilnehmernetz der Beklagten angehört, ist unter Berücksichtigung der auf die Förderung des Wettbewerbs gerichteten Zielsetzung dieser Verpflichtung keine Rechtfertigung dafür, einen Wettbewerber bei der Voreinstellung des Verbindungsnetzes ungünstiger zu behandeln.

17 b) Eine solche Rechtfertigung ergibt sich auch nicht aus einer entsprechenden Anwendung der vom Verwaltungsgericht Köln (MMR 2006, 263) herangezogenen Vorschrift des § 174 BGB.

18 Das Verwaltungsgericht hat dies damit begründet, dass § 174 BGB auch dann Anwendung finde, wenn ein zweiseitiges Rechtsgeschäft vorliege, die vorgenommene bzw. überbrachte Erklärung jedoch Wirkungen äußere, die denen einer einseitigen Erklärung entsprächen. Dies sei bei der Erklärung der Annahme eines Angebots der Fall, da hierdurch unmittelbar der Vertrag geschlossen werde. Die Mitbewerber der Beklagten überbrächten dieser die Annahme ihres Angebots auf Preselection, das die Beklagte in Nr. 26 ihrer "Leistungsbeschreibung Zusätzliche Leistungen T-Net Anschluss" gegenüber ihren Endkun-

den abgegeben habe. Dort heiÙe es, dass die dauerhafte Voreinstellung eines anderen Verbindungsnetzbetreibers in verschiedenen Varianten "angeboten" werde. Schon dem Wortlaut nach handele es sich insoweit also um ein Angebot der Beklagten an ihre Kunden. Es liege auch keine bloÙe invitatio ad offerendum vor, da aus dem objektiven Erklärungswert der Erklärung der Wille zu einer rechtlichen Bindung hervorgehe. Dies ergebe sich schon daraus, dass die Beklagte jedenfalls zum Zeitpunkt des Erlasses des in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren angefochtenen Beschlusses der Regulierungsbehörde nach § 40 Abs. 1 Satz 1 TKG verpflichtet gewesen sei, ihren Kunden die Möglichkeit der Preselection zur Verfügung zu stellen. Gegenüber der regelmäßigen Zurückweisung nach § 174 Satz 1 BGB stelle es das mildere Mittel dar, wenn die Beklagte lediglich die Einhaltung der Schriftform verlange, um deren Einhaltung nur in Einzelfällen zu überprüfen.

19 Daran ist zutreffend, dass die Vorschrift des § 174 BGB auf die Erklärung der Annahme eines Angebots entsprechende Anwendung finden kann (Bamberger/Roth/Habermeier, BGB, § 174 Rdn. 4; Erman/Palm, BGB, 11. Aufl., § 174 Rdn. 9; Schramm in MünchKomm BGB, 4. Aufl., § 174 Rdn. 2; Staudinger/Schilken, BGB, Bearb. 2004, § 174 Rdn. 2). Dies gilt, wenn die Erklärung nicht durch einen Vertreter, sondern durch einen Boten abgegeben wird, auch für den Nachweis der Botenmacht (Bamberger/Roth/Habermeier aaO, § 174 Rdn. 3; Erman/Palm aaO, § 174 Rdn. 9; Schramm aaO, § 174 Rdn. 2; Staudinger/Schilken aaO, § 174 Rdn. 4). Indessen hat das Berufungsgericht weder festgestellt, dass die Beklagte ihren Endkunden Angebote auf Voreinstellung des Verbindungsnetzbetreibers unterbreitet hat, noch hat es sonst einen Sachverhalt festgestellt, den der Senat selbst im Sinne derartiger Angebote werten könnte. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts Köln liegt es auch fern, in dem bloÙen Umstand, dass die Beklagte in Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Voreinstellung "anbietet", mehr als die Erklärung der Bereitschaft zu sehen, einem Wunsch des Kunden nach Abschluss einer entsprechenden

Vereinbarung - entsprechend ihrer gesetzlichen Verpflichtung - zu entsprechen. Denn der Natur einer allgemeinen Leistungsbeschreibung entsprechend fehlen einer Erklärung, wie sie das Verwaltungsgericht zugrunde gelegt hat, für den Vertragschluss wesentliche Elemente der in Aussicht gestellten vertraglichen Vereinbarung. Weder ist in der Erklärung der Zeitpunkt der Änderung der Voreinstellung angegeben, noch ist ihr zu entnehmen, auf *welches* andere Verbindungsnetz der Endkundenanschluss voreingestellt werden soll.

20 Selbst wenn jedoch eine entsprechende Anwendung des § 174 BGB in Betracht kommen sollte, insbesondere weil für den Wechsel der Voreinstellung keine Willensübereinkunft, sondern nur die einseitige Erklärung des Endkunden erforderlich sein könnte, stellte dies keine sachliche Rechtfertigung für die angegriffene Kündigung dar. Vielmehr ist es der Beklagten verwehrt, unter Berufung auf § 174 BGB von der Klägerin schriftlich erteilte Kundenaufträge zu verlangen, solange sie sich selbst mit mündlichen Aufträgen begnügt.

21 Aufgrund der Verpflichtung der Beklagten zur Entbündelung ihrer Leistungen darf sie nämlich Kundenwünsche nach Voreinstellung auf ein bestimmtes Verbindungsnetz grundsätzlich nicht unterschiedlich behandeln. Das von § 174 BGB dem Erklärungsempfänger eingeräumte Recht, das einseitige Rechtsgeschäft zurückzuweisen, wenn der Bevollmächtigte keine Vollmachtsurkunde vorlegt, erlaubt es dem Erklärungsempfänger, sich Gewissheit darüber zu verschaffen, ob das Rechtsgeschäft tatsächlich der vertretenen Person zugerechnet werden kann. Dementsprechend ermöglicht das Verlangen nach einer schriftlichen Kundenerklärung es der Beklagten, sich Gewissheit darüber zu verschaffen, ob der Wunsch nach Voreinstellung eines bestimmten Verbindungsnetzes tatsächlich dem betreffenden Nutzer des Teilnehmernetzes der Beklagten zugerechnet werden kann. Wenn die Beklagte es für erforderlich hält, sich eine solche Gewissheit zu verschaffen, ehe sie die Voreinstellung vornimmt, ist ihr dies nicht verwehrt. Daraus ergibt sich jedoch keine sachliche

Rechtfertigung für eine Differenzierung nach dem Betreiber des Verbindungsnetzes. Wie das Bundeskartellamt in der mündlichen Verhandlung zu Recht ausgeführt hat, gebietet das Entbündelungsgebot vielmehr insoweit die gedankliche Trennung zwischen der Funktion der Beklagten als Teilnehmernetzbetreiber und ihrer Funktion als Verbindungsnetzbetreiber. Sofern es für eine Differenzierung keine anderweitige Rechtfertigung gibt, darf die Beklagte das von § 174 BGB geschützte Gewissheitsinteresse nur dann gegenüber den Betreibern anderer Verbindungsnetze verfolgen, wenn sie es auch gegenüber dem Vertrieb des eigenen Verbindungsnetzes wahrt.

22 c) Schließlich ist es auch revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht den von der Beklagten vorgetragene Missbräuchen unter Berücksichtigung der vertraglichen Vorkehrungen, die die Parteien für solche Fälle getroffen haben, kein Gewicht eingeräumt hat, das es rechtfertigte, der Klägerin die Herbeiführung einer schriftlichen Erklärung jedes wechselwilligen Telefonkunden abzuverlangen.

23 Das Berufungsgericht hat insoweit für ausschlaggebend gehalten, dass die Missbrauchsfälle, auf die die Beklagte sich berufe, nur indirekt mit der Möglichkeit zusammenhängen, Preselection-Aufträge auch telefonisch zu erteilen. Ganz überwiegend habe der Missbrauch darin gelegen, dass Kunden mit unwahren Angaben dazu veranlasst worden seien, zur Klägerin zu wechseln, weil Werber behauptet hätten, die Klägerin sei eine Tochtergesellschaft der Beklagten, oder die Tarife der Klägerin als günstiger dargestellt hätten, als sie tatsächlich seien. Möge auch eine Telefonwerbung, der kein schriftlicher Auftrag nachfolge, die Hemmschwelle für unseriöses Verhalten herabsetzen, könnten doch solche Täuschungshandlungen einem schriftlichen Auftrag ebenso vorausgehen wie einem mündlichen. Die Missbrauchsmöglichkeit sei zudem in den Vereinbarungen der Parteien erkannt worden, und es seien Regelungen getroffen worden, die es ausschlossen, dass der Beklagten hierdurch nennenswerte

Nachteile entstehen könnten. Die Beklagte habe ein Recht zur außerordentlichen Kündigung, wenn in einem Zeitraum von 30 Tagen bei mehr als 1 % der von der Klägerin übermittelten Aufträge keine entsprechende Vollmacht des Kunden bestanden habe. Stelle der Kunde einen Auftrag in Abrede, sei die Klägerin verpflichtet, der Beklagten binnen 24 Stunden eine schriftliche Willenserklärung des Kunden zu übermitteln. Für die Rückgängigmachung einer Voreinstellung stehe der Beklagten vertraglich ein pauschales Bearbeitungsentgelt von 150,- € zu; zudem sei die Beklagte berechtigt, Kunden zu Lasten der Klägerin ohne nähere Prüfung Schadensersatz zu leisten, in bestimmten Grenzen sogar ohne Prüfung der Plausibilität. Schließlich sei die Anzahl der Missbrauchsfälle für ein Massengeschäft sehr gering. Sie möchten sich in gewissen Fällen zwar auch negativ auf die Reputation der Beklagten auswirken. Bei der erforderlichen Abwägung mit der Förderung des Wettbewerbs, den die Zulassung bloß (fern-)mündlicher Aufträge mit sich bringe, rechtfertige dies den Ausschluss der Klägerin von der Gewinnung mündlich erteilter Preselection-Aufträge jedoch nicht.

24

Es ist hiernach nicht zutreffend, wenn die Revision meint, das Berufungsgericht habe einseitig das Interesse der Klägerin berücksichtigt, ohne den Interessen der Beklagten hinreichend Rechnung zu tragen. Vielmehr hat das Berufungsgericht die beiderseitigen Interessen in Betracht gezogen und sie gegeneinander abgewogen. Es bestehen auch keine Bedenken dagegen, dass das Berufungsgericht berücksichtigt hat, dass es in den Fällen, in denen die Umstellung auf das Verbindungsnetz der Klägerin beanstandet wurde, ganz überwiegend nicht an einem Auftrag des Telefonkunden gefehlt hat, sondern von den Werbern der Klägerin wahrheitswidrige Angaben gemacht worden sein sollen. Dass die Beklagte ein solches vertragswidriges und unlauteres Verhalten nicht hinnehmen muss, ändert nichts daran, dass - solange die Beklagte nicht berechtigt ist, die Annahme von der Klägerin übermittelter Preselection-Aufträge überhaupt abzulehnen - bei der Abwägung die geringe Eignung eines

Schriftformerfordernisses zu berücksichtigen ist, derartigen Missbräuchen nachhaltig entgegenzuwirken.

25 Die Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe verkannt, dass es der Klägerin oblegen habe, darzulegen und zu beweisen, dass die 2.000 Kundenbeanstandungen, die unstreitig allein im Jahre 2003 zur Rückgängigmachung der Voreinstellung auf die Klägerin geführt hätten, unberechtigt gewesen seien, geht an der Begründung des Berufungsgerichts für das Ergebnis seiner Abwägung vorbei. Zwar mag die Annahme des Berufungsgerichts zweifelhaft oder zumindest wenig aussagekräftig erscheinen, unter den Kundenbeanstandungen seien "zwangsläufig auch unberechtigte" gewesen. Entscheidend ist jedoch die - unangegriffene - Feststellung, dass die Beanstandungen ganz überwiegend jedenfalls nicht das Fehlen eines Umstellungsauftrags betroffen haben, und die hieran anknüpfende Wertung, dass die gleichwohl vorkommenden Fälle, in denen ein solcher Auftrag zumindest nicht nachweisbar ist, in Relation zur Gesamtzahl der Umstellungsaufträge und unter Berücksichtigung der für solche Fälle im Interesse der Beklagten getroffenen vertraglichen Vorkehrungen es nicht rechtfertigen, von der Klägerin die Einholung schriftlicher Kundenaufträge zu verlangen.

26 Soweit die Revision schließlich rügt, das Berufungsgericht habe weiteres Vorbringen der Beklagten zu Missbrauchsfällen in den Jahren 2003 und 2004 zu Unrecht nicht zugelassen, zeigt sie nicht auf, inwiefern dieses Vorbringen, von dem sie selbst meint, dass es hierauf nicht ankomme, eine andere Beurteilung rechtfertigen könnte.

27

5. Ist es der Beklagten somit verwehrt, dem von der Klägerin übermittelten Wunsch eines Endkunden nach Voreinstellung seines Anschlusses auf deren Verbindungsnetz - anders als dem Wunsch nach Voreinstellung auf das Netz der Beklagten - nur zu entsprechen, wenn der Kundenwunsch schriftlich vorliegt, ist auch der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nach § 42 Abs. 1, 2, § 44 Abs. 1 TKG gerechtfertigt.

Hirsch

Ball

Bornkamm

Raum

Meier-Beck

Vorinstanzen:

LG Düsseldorf, Entscheidung vom 30.06.2004 - 34 O (Kart) 32/04 -

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 04.05.2005 - VI-U Kart 8/05 -