

Neue Juristische Wochenschrift

In Verbindung mit dem Deutschen Anwaltverein

und der Bundesrechtsanwaltskammer herausgegeben von Prof. Dr. Rainer Hamm, Rechtsanwalt in Frankfurt a. M. – Prof. Dr. Rudolf Nirk, Rechtsanwalt beim BGH – Prof. Dr. Hans-Jürgen Rabe, Rechtsanwalt in Hamburg – Prof. Dr. Konrad Redeker, Rechtsanwalt in Bonn – Dr. Michael Streck, Rechtsanwalt in Köln.

Schriftleitung: Rechtsanwalt Martin W. Huff und Rechtsanwalt Dr. Achim Schunder
Palmengartenstraße 14, 60325 Frankfurt a. M.

21 2002

Seite 1521–1600

55. Jahrgang

21. Mai 2002

Aufsätze

Professor Dr. Thomas Hoeren, Münster

Die Ahndung unlauterer Faxwerbung durch die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post*

Die Faxwerbung für 0190-Nummern quält seit einigen Monaten weite Kreise der Bevölkerung. Die Regulierungsbehörden für Post und Telekommunikation reagieren auf diese Unsitte ebenso wenig wie die Absender solcher Werbesendungen. Der folgende Beitrag zeigt, dass die Regulierungsbehörde bei der Verwaltung der 0190-Nummern in der Lage und verpflichtet ist, auf die Einhaltung wettbewerbsrechtlicher Vorgaben zu achten.

I. Einführung¹

Der Beitrag des *Verfassers* zur 0190-Faxwerbung² zog große Kreise. Reaktionen kamen von Telekommunikationsunternehmen, der Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation und leidgeprüften privaten Faxgerätebesitzern. Nur natürlich erschien es, dass Unternehmen, die sehenden Auges 0190-Blöcke an Leute vergeben, die mit aggressivsten, rechtswidrigen Mitteln Werbung machen, zumindest Mitstörer sind und entsprechend in Anspruch genommen werden können. Und unumstößlich erschien es, dass die Regulierungsbehörde gegen solche Unternehmen vorgehen kann, wobei die Aufmerksamkeit auf das Wort „kann“ zu richten ist. Die Regulierungsbehörde entgegnete jedoch, dass die Vergabe von Nummernblöcken keine Leistung sei, die unter den lizenzpflichtigen Bereich des Telekommunikationsgesetzes (im Folgenden: TKG) falle. Außerdem sei fraglich, ob ein Widerruf der Lizenz unter dem Gesichtspunkt mangelnder Zuverlässigkeit ausgesprochen werden dürfe. Jedoch werde man die Zuteilungnehmer der 0190-Rufnummernblöcke bitten, Werbefaxe nach Möglichkeit zu unterbinden. Im Folgenden soll gezeigt werden, dass an solcher Argumentation wenig dran ist. Die Regulierungsbehörde ist verpflichtet, tätig zu werden – auch wenn sie das nicht wahrhaben will.

II. Rechtliche Bewertung unerwünschter Faxwerbung

Zunächst die Banalitäten: Faxwerbung gegenüber Privatpersonen, ohne deren vorheriges ausdrückliches oder konkludentes Einverständnis, verstößt gegen § 1 UWG und § 823 I BGB³. Das gilt selbst für den Fall, dass sie aus dem Ausland stammt. Denn im Wettbewerbsrecht ist nach

Art. 40 I EGBGB das Recht des Ortes maßgebend, an dem die Wettbewerbshandlung auf den Wettbewerbsgegner einwirkt. Für § 823 I BGB greift das deliktrechtliche Prinzip des Erfolgsortes. Der Erfolg der Werbemaßnahme tritt am Standort des Faxgeräts in Deutschland ein. Damit muss sich jeder, der sich des Faxes als Werbemedium bedient, an deutschem Recht messen lassen. Anspruchsberechtigt aus § 1 UWG ist der unmittelbar verletzte Gewerbetreibende bzw. Mitbewerber und bestimmte Verbände und Institutionen nach § 13 II, III UWG. Für den Fall der Faxwerbung bedeutet das, dass sämtliche Verbraucherschutzverbände anspruchsberechtigt sind, zu deren satzungsgemäßen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen, soweit die unerbetene Faxwerbung in erheblichem Maße die persönlichen Belange des privaten Endverbrauchers beeinträchtigt und damit wesentliche Belange der Verbraucher berührt⁴. Bei der Suche nach dem Verantwortlichen, dem möglichen Anspruchsgegner des wettbewerbs- und zivilrechtlichen Unterlassungsanspruchs, öffnet sich ein breites Spektrum. Denn nach der Rechtsprechung des BGH zum Architektenwettbewerb kann auch derjenige als Störer in Anspruch genommen werden, der eine unzulässige Wettbewerbshandlung eines aus eigenem Antrieb handelnden Dritten unterstützt und es trotz bestehender rechtlicher Möglichkeit unterlässt, den Dritten an der Störerhandlung zu hindern. Nach der ständigen Rechtsprechung des *I. Zivilsenats* des BGH⁵

* Der Autor ist Professor an der Universität Münster und Direktor des dortigen Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM).

1) Der folgende Text beruht auf einem Gutachten, das der Verf. unter Mitwirkung von Ricarda Luise Boenigk auf Ersuchen des Bundesministeriums für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft erstellt hat.

2) Hoeren, NJW 2001, 2525.

3) BGH, NJW 1996, 660; OLG Hamm, GRUR 1990, 689.

4) BGH, GRUR 2000, 818 (820).

5) BGH, NJW 1997, 2180 = LM H. 7/1997 HOAI Nr. 33 = GRUR 1997, 313 (315).

„(...) haftet derjenige in entsprechender Anwendung des § 1004 BGB als Störer, der auch ohne Wettbewerbsförderungsabsicht und ohne Verschulden an dem Wettbewerbsverstoß eines Dritten in der Weise beteiligt ist, dass er in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal an der Herbeiführung der rechtswidrigen Beeinträchtigung mitwirkt. Dabei kann als Mitwirkung auch die Unterstützung oder Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlich Handelnden Dritten genügen, sofern der Inanspruchgenommene die rechtliche Möglichkeit zur Verhinderung dieser Handlung hatte (...).“

Damit gehören sowohl die unmittelbaren Lizenznehmer als auch die Nutzungsberechtigten zum Kreis der Verantwortlichen⁶. Die Lizenznehmer sind an den mit den Mehrwertdiensten erzielten Gewinnen maßgeblich beteiligt, nutzen also die jeweils eigenverantwortliche Wettbewerbsstörung aus. Unterstützungshandlung ist außerdem die vertragliche Überlassung der Rufnummern an Dritte, die dem Anbieter der Dienstleistung die Inhaberschaft an der fraglichen Fax-Rufnummer und damit auch die Faxwerbung selbst überhaupt erst ermöglicht. Durch Maßnahmen wie Auflagen, Abmahnung und Lizenzentzug bzw. Zugangssperre hätten sie dem Missbrauch rechtlich entgegenwirken und ihn letztlich verhindern können. In der mitunter zahlreiche Glieder umfassenden Kette von Lizenznehmern bzw. Nutzungsberechtigten hat also jeder darauf hinzuwirken, dass seine Vertragspartner die wettbewerbsrechtlichen Vorgaben beachten. Das gilt auch in dem Falle, in dem der Inhaber einer Fax-Rufnummer diese weitervermietet hat⁷. Indem er entgeltlich seinen Faxanschluss zur Verfügung stellt, fördert er fremden Wettbewerb. Auch in dieser Fallgestaltung hat der Vermieter wettbewerbskonformes Verhalten seines Mieters durchzusetzen, beispielsweise durch Kündigung des Vertrags.

Regelmäßig verhält sich auch der Anbieter der Leistung wettbewerbswidrig, wenn er die Faxwerbung in eigener Regie durchführt. Er macht sich jedenfalls zum Mitstörer, indem er fremde Unternehmen mit der Versendung der Werbefaxe beauftragt. Das beauftragte Unternehmen wiederum, welches sich in der Praxis oft als Scheinfirma mit „Sitz“ im Ausland entpuppt, stört in diesem Fall unmittelbar den Wettbewerb.

Damit ist die Rechtslage klar: Vom Telekommunikationsunternehmen als Lizenznehmer bis hin zum Inhaber abgeleiteter Zuteilung findet sich eine ununterbrochene Kette von Störern i. S. von § 1 UWG, §§ 1004, 823 I BGB.

III. An die Lizenz anknüpfende Sanktionsmöglichkeiten

1. Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen

Bei der Wahl ihrer Mittel hat die Regulierungsbehörde sich in jedem Fall an die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze und damit nach § 40 VwVfG auch an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu halten. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt auch im Rahmen des § 15 TKG (Widerruf der Lizenz): Liegen seine Voraussetzungen vor, so ist die Regulierungsbehörde nicht verpflichtet, die Lizenz zu widerrufen. Sie hat aber ihr Ermessen pflichtgemäß, das bedeutet ausgerichtet an Art und Schwere des Fehlverhaltens, auszuüben. Bei besonders gravierenden Verstößen führt das dazu, dass sich ihr Ermessen auf Null, vorliegend also auf ein Einschreiten, reduziert⁸. Faxwerbung verstößt gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Verbrauchers und stellt eine Form des unlauteren Wettbewerbs dar⁹. Sowohl das Persönlichkeitsrecht als auch die Lauterkeit des Wettbewerbs sind zentrale Aussagen unserer Rechtsordnung. Bei der derzeit vorherrschenden systematischen Massenverschickung von Faxwerbung wäre jede Passivität, jedes Untätigbleiben der Regulierungsbehörde ermessensfehlerhaft.

Sie muss vielmehr bei der aktuellen Sachlage mit geeigneten Maßnahmen die Verstöße ahnden, will sie ihr Ermessen pflichtgemäß betätigen.

Bei der Wahl der Mittel hat die Regulierungsbehörde zu berücksichtigen, dass der Widerruf nach § 15 TKG ultima ratio ihrer Eingriffsbefugnisse ist. Dies führt dazu, dass sie erst dann, wenn äußerst schwer wiegende Rechtsverstöße nachgewiesen wurden und mildere Mittel nicht ausreichen, der Faxwerbung mit diesem schärfsten Mittel begegnen darf. Als mildere Mittel stehen ihr die Beanstandung rechtswidrigen Verhaltens oder nachträgliche Nebenbestimmungen zur Verfügung.

2. Nachträgliche Nebenbestimmung

Die Möglichkeit, die Lizenz¹⁰ nachträglich mit einer Nebenbestimmung zu versehen, ergibt sich aus § 8 II 2 Alt. 2 TKG. Ihr Erlass steht aber nicht in freiem Ermessen der Regulierungsbehörde, vielmehr darf sie die Lizenz nur mit solchen Nebenbestimmungen versehen, die der Sicherstellung der in § 2 II TKG normierten Regulierungsziele dienen und mit Art. 7 bis 11 Richtlinie 97/13/EG konform gehen¹¹.

a) § 8 TKG im Lichte der Richtlinie 97/13/EG. Auflagen können nach Anhang Richtlinie 97/13/EG unter der Nummer 2 zur Verhinderung wettbewerbswidriger Praktiken auf dem Telekommunikationsmarkt erlassen werden. In diesem Sinne ist auch § 2 II Nr. 2 TKG zu verstehen. Dieses weite Verständnis rechtfertigt sich dadurch, dass die Regulierungsziele an sich weit gefasst sind und eine große Bandbreite gesetzgeberischer Intentionen erfassen. Das Telekommunikationsunternehmen, welches als Mitstörer an unerwünschter Faxwerbung beteiligt ist, wirkt an wettbewerbswidrigen Praktiken auf dem Markt der Telekommunikation mit. Daher ergeben sich im Rahmen unlauterer Faxwerbung keine Unterschiede in der Auslegung.

An dieser Stelle sei noch auf das in § 2 II Nr. 1 TKG normierte Regulierungsziel verwiesen: Die Wahrung der Interessen der Nutzer auf dem Gebiet der Telekommunikation. Auch dieser zentrale Zweck kann zur Verhinderung unlauterer Faxwerbung in den Nebenbestimmungen verwirklicht werden, läuft doch unerwünschte Faxwerbung den Interessen der Nutzer entgegen. Damit stehen der Regulierungsbehörde rechtlich gesehen alle Möglichkeiten offen, die Lizenzen (nachträglich) mit Auflagen zu versehen, um unlauterer Faxwerbung entgegenzutreten.

b) Verhältnis des § 8 TKG zu § 36 VwVfG. § 36 VwVfG legt fest, dass ein Verwaltungsakt, auf den ein Anspruch besteht, nur dann mit Nebenbestimmungen versehen werden darf, wenn unter anderem die Nebenbestimmung durch Rechtsvorschrift zugelassen ist. Diesen Voraussetzungen genügt § 8 II TKG. Darüber hinaus spielt § 36 VwVfG für § 8 II TKG keine Rolle. Vielmehr ist § 8 II TKG im Lichte von Art. 7 bis 11 Richtlinie 97/13/EG zu sehen. Damit dürfen nur diejenigen „Auflagen“ beigefügt werden, die im Anhang Richtlinie 97/13/EG unter den Nummern 2 und 4 aufgeführt werden. Der dortige Katalog ist weit gefasst, insbesondere ist der Begriff „Auflage“ nicht i. S. des § 36 VwVfG zu ver-

6) So jetzt auch ausdrücklich AG Nidda, NJW-RR 2002, 469.

7) LG Leipzig, Urt. v. 25. 6. 2001 – 05 O 2465/01, S. 9; a. A. LG München I, Urt. v. 18. 7. 2001 – 21 O 228/00, S. 12.

8) Aus Sicht des Verbrauchers besteht gegen die Regulierungsbehörde ein formell subjektives Recht auf rechtsfehlerfreie Ermessensausübung. Denn der betroffene Bürger ist jedenfalls in seinem subjektiv öffentlichen Recht auf negative Informationsfreiheit verletzt.

9) S. oben unter II.

10) Zu Auflagen bei der Nummernzuteilung s. u. unter III 5.

11) Vgl. dazu auch den Anhang zu Richtlinie 97/13/EG.

stehen, vielmehr sind allgemein Nebenbestimmungen gemeint. Damit kann die Behörde nach ihrem Ermessen der Lizenz (auch nachträglich) Nebenbestimmungen beifügen, um das Erreichen der Regulierungsziele nach § 2 II TKG zu gewährleisten. Eine solche Vorgehensweise ist für den Lizenznehmer nicht zwingend von Nachteil, könnte die Behörde doch auch für den Fall, dass die Lizenzvoraussetzungen nach Erteilung der Lizenz entfallen, den Widerruf nach § 15 TKG wählen. Eine nachträgliche Nebenbestimmung kann durch selbstständigen Verwaltungsakt, aber auch durch eine nachträgliche Auflage zum Lizenzbescheid ausgesprochen werden¹².

3. Widerruf der Lizenz

Auf Grundlage des § 43 TKG i. V. mit den vorläufigen Regeln für die befristete Zuteilung von noch freien Rufnummern nimmt die Regulierungsbehörde die Aufgabe der Nummernvergabe wahr. Damit weist sie auch die hier in Frage stehenden 0190-Nummern für Premium Rate-Dienste zu. Nach § 43 II TKG i. V. mit Nr. 4 der „Vorläufigen Regeln für die befristete Zuteilung von noch freien Rufnummern aus dem Teilbereich 0190 für „Premium Rate-Dienste“ sind nur Lizenznehmer antragsberechtigt. Das bedeutet, dass sich die Fragestellung und ihre Beantwortung im lizenzpflichtigen Bereich bewegen. Damit gewinnt § 15 TKG besondere Bedeutung im Pflichten- und Rechkatalog der Regulierungsbehörde: Nach § 15 TKG kann sie die Lizenz vollständig oder teilweise widerrufen. Beachtung finden muss in diesem Rahmen, dass die Lizenznehmer die ihnen zugeteilten Rufnummernblöcke regelmäßig nicht selbst für „Premium Rate-Dienste“ nutzen, sondern die Nutzungsrechte ihren Vertragspartnern zuweisen (abgeleitete Zuteilung).

a) *Voraussetzungen eines Widerrufs.* Die Lizenz nach § 8 TKG wird im Vergabeverfahren stets in Form eines Verwaltungsakts erteilt¹³. Es handelt sich dabei regelmäßig um einen begünstigenden Verwaltungsakt. Der Widerruf dieses Verwaltungsakts richtet sich daher nach der besonderen telekommunikationsrechtlichen Ermächtigung in § 15 TKG und den allgemeinen Widerrufstatbeständen in §§ 48, 49 VwVfG. Dieses Verhältnis zwischen § 15 TKG einerseits und §§ 48, 49 VwVfG auf der anderen Seite ergibt sich sowohl aus der Systematik der Gesetze als auch aus der Begründung zum Entwurf des TKG. Danach bleibt die Regelung des § 49 VwVfG unberührt und wird durch § 15 TKG um einen speziellen telekommunikationsbezogenen Widerrufstatbestand ergänzt¹⁴.

b) *Tatbestandliche Voraussetzungen des § 15 TKG.* § 15 Nr. 1 TKG berechtigt die Regulierungsbehörde zum vollständigen oder teilweisen Widerruf der Lizenz, wenn der Lizenznehmer den Verpflichtungen aus seiner Lizenz oder seinen Verpflichtungen nach dem TKG nicht nachkommt. Die Regelung unterscheidet also zwischen Verstößen gegen Lizenzpflichten und Verstößen gegen Verpflichtungen aus dem TKG. Eine scharfe Grenzziehung ist aber indes nicht möglich. Die Verpflichtungen des Lizenznehmers finden sich sowohl in den in der Lizenz enthaltenen Regelungen als auch in den Bestimmungen des TKG. An dieser Stelle sollen unter Lizenzpflichten die besonderen Verpflichtungen des TKG an die Inhaber von Sprach- und Netzlizenzen verstanden werden, Verpflichtungen nach dem TKG sind demgegenüber alle übrigen Verpflichtungen, die für alle Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen gelten.

Pflichten, die sich aus der Lizenz ergeben:

- Der Betroffene hat Nebenbestimmungen aus der Lizenz einzuhalten.
- Der Lizenznehmer darf seine Dienste nur im Rahmen der Lizenzklasse anbieten.

- Er muss die rechtmäßig erhobene Lizenzgebühr entrichten.
- Er muss den Verpflichtungen, die er mit der Beantragung seiner Lizenz übernommen hat (vgl. § 8 III TKG), genügen. Relevant ist im Rahmen dieser Fragestellung insbesondere § 8 III Nr. 2 a TKG¹⁵. Danach ist die Zuverlässigkeit des Antragstellers Voraussetzung für die Erteilung der Genehmigung. Er muss Gewähr dafür bieten, dass er als Lizenznehmer die Rechtsvorschriften einhalten wird (§ 8 II 2 Nr. 1 TKG). Unter den Begriff der Rechtsvorschriften fallen neben den eigentlich telekommunikationsrechtlichen Bestimmungen auch solche, die in sachlichem Zusammenhang mit der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen stehen. Zu beachten ist hier sicherlich auch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, welches für den TK-Sektor von wirtschaftsrechtlicher Bedeutung ist. Wie bereits festgestellt, verstößt das Telekommunikationsunternehmen gegen das UWG, wenn es unlautere Faxwerbung ihres unmittelbaren Kunden, trotz Hinweis auf ein solches wettbewerbswidriges Verhalten, nicht unterbindet. Das bedeutet, dass während der Ausübung seiner Lizenzrechte der Lizenznehmer sowohl zuverlässig als auch leistungsfähig und sachkundig sein muss (§ 8 III 2 Nrn. 1-3 TKG). Unterbindet der Lizenznehmer die unerwünschte Faxwerbung des Inhabers der Mehrwertnummer trotz wiederholter Hinweise nicht und fruchtet auch keine von der Regulierungsbehörde verhängten Mittel, so verliert er seine Zuverlässigkeit (Verstoß gegen § 1 UWG, §§ 823 I, 1004 BGB). Das bedeutet, dass er aus der Lizenz heraus verpflichtet ist, die unlautere Bewerbung von Mehrwertdiensten von dem durch abgeleitete Zuteilung Nutzungsberechtigten zu unterbinden.

Natürlich stellt dieser Überblick nur eine Auswahl dar. Entscheidend im Fall unerwünschter Faxwerbung sind allerdings nur die unter dem ersten und letzten Spiegelstrich aufgeführten Verpflichtungen.

Verpflichtungen, die sich aus dem TKG ergeben:

- Der Lizenznehmer hat Berichte gem. § 5 TKG zur Verfügung zu stellen.
- Der in der Lizenz genannte Lizenznehmer muss bei der Übertragung der Lizenz auf einen Dritten die in § 9 TKG normierten Voraussetzungen einhalten.
- Der Lizenznehmer muss in seinem Netz sicherstellen, dass jeder Nutzer gem. § 43 VI TKG die Möglichkeit hat, den Verbindungsbetreiber sowohl dauerhaft als auch im Einzelfall frei auszuwählen.

Der Vollständigkeit wegen sei an dieser Stelle abschließend erwähnt, dass nach § 15 Nr. 2 TKG die Regulierungsbehörde zum vollständigen oder teilweisen Widerruf berechtigt ist, wenn bei einem Wechsel des Lizenznehmers gem. § 9 II TKG beim Lizenznehmer oder demjenigen, dem die Lizenz überlassen wurde, ein Versagungsgrund nach § 8 II 1 Nr. 2 TKG entsteht. Außerdem kann sie auch dann widerrufen, wenn die Voraussetzungen des allgemeinen Widerrufsgrundes des § 49 VwVfG gegeben sind. Neben dem Widerrufstatbestand des § 15 TKG als *lex specialis*, der hier auch einschlägig ist, erlangt § 49 VwVfG im Falle unlauterer Faxwerbung aber keine oder nur untergeordnete Bedeutung.

c) *Allgemeine Widerrufsgründe.* Relevant kann aus § 49 II Nrn. 1-5 VwVfG die Regelung in Nr. 3 werden. Sie ermächtigt die Regulierungsbehörde zum Widerruf, wenn sie auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde. Im Falle der Faxwerbung greifen aller-

12) Schütz, in: BeckTKG-Komm., 2. Aufl. (2000), § 8 Rdnr. 31.

13) Möglich, aber eher selten, ist die Lizenzerteilung durch Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags. Hier fänden die Regelungen der §§ 54 ff. VwVfG Anwendung.

14) BT-Dr 13/3609, S. 40 zu § 14 TKG.

15) Hoeren, NJW 2001, 2525; Kerkhoff, in: BeckTKG-Komm. (o. Fußn. 12), § 15 Rdnr. 10; a. A. Manssen, TKG, 2. Aufl. (2001), C § 15 Rdnr. 7, der einen Anwendungsfall des § 49 II 1 Nr. 3 bzw. Nr. 5 VwVfG mit der Folge der Entschädigungsverpflichtung annimmt.

dings bereits §§ 15 Nr. 1, 8 II Nr. 2 a TKG als *lex specialis*. Daher sind die allgemeinen Widerrufsgründe in diesem Rahmen eher von untergeordneter Bedeutung.

4. Arten von Nebenbestimmungen

Der teilweise Widerruf der Lizenz kommt vor allem dann in Betracht, wenn die Lizenz teilbar ist und der Lizenz- oder Rechtsverstoß nur einen Teilbereich betrifft. Als Nebenbestimmungen zulässig sind Befristung, Bedingung, Widerrufsvorbehalt und Auflage (zu den jeweiligen Begriffen kann § 36 VwVfG herangezogen werden). Speziell im TKG geregelt ist die Universaldienstaufgabe (§ 19 TKG). Eine befristete Lizenz kann nur erteilt werden, sofern dies wegen Knappheit der zur Verfügung stehenden Frequenzen geboten ist (§ 8 IV TKG). Den Widerrufsvorbehalt kann die Regulierungsbehörde nur mit solchen Tatbeständen versehen, die von der gesetzlichen Widerrufsregelung gedeckt sind.

5. Fallgruppen

Liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen eines Widerrufsgrundes vor, so ist die Regulierungsbehörde nicht verpflichtet, die Lizenz zu widerrufen. Sie hat sowohl im Rahmen ihres Entschließungs- als auch Auswahlermessens ihre Entscheidung pflichtgemäß, ausgerichtet an Art und Schwere des Fehlverhaltens, zu treffen. Die Voraussetzungen für einen ermessensfehlerfreien Widerruf sind, dass der Widerruf als *ultima ratio* geeignet, erforderlich und angemessen ist. Er ist geeignet, wenn er den bezweckten Erfolg herbeiführt. Bezweckter Erfolg ist im Rahmen des § 15 TKG, die Regulierungsziele nach §§ 1, 2 TKG zu verwirklichen und den Gesetzesverstoß zu beseitigen. Tragende Säulen dieser Regulierungsziele sind die flächendeckende Grundversorgung mit Telekommunikationsdienstleistungen und die Schaffung eines chancengleichen und funktionsfähigen Wettbewerbs auf dem Telekommunikationsmarkt. Dasjenige Telekommunikationsunternehmen, das als Mitstörer an unlauterer Faxwerbung beteiligt ist und sich damit pflichtwidrig i. S. des § 15 TKG verhält, stört diese Regulierungsziele. Der Eingriff wird durch den Entzug der Lizenz beendet. Damit ist der Widerruf der Lizenz im Falle unlauterer Faxwerbung geeignet, die Regulierungsziele des TKG zu wahren.

Der Lizenzwiderruf ist erforderlich, wenn es kein gleich wirksames Mittel gibt, das den Adressaten weniger belastet. Als mildere Mittel stehen der Regulierungsbehörde grundsätzlich die Beanstandung rechtswidrigen Verhaltens, die Abmahnung und nachträgliche Nebenbestimmungen zur Lizenz zur Verfügung. Sie sind geeignet, die Ziele des TKG zu verwirklichen und beschneiden den Lizenznehmer weniger tief in seinen Rechten. Ob allerdings der Widerruf auf der einen Seite und die Beanstandung rechtswidrigen Verhaltens, die Abmahnung bzw. nachträgliche Nebenbestimmungen zur Lizenz auf der anderen Seite gleich geeignet sind, ist Frage des Einzelfalles und abhängig von Art und Schwere des Pflichtverstoßes.

Der Widerruf ist erforderlich (verhältnismäßig i. e. S.), wenn Art und Umfang des Eingriffs nicht außer Verhältnis zum bezweckten Erfolg stehen. Abzuwägen ist insbesondere, ob der Widerruf der Lizenz zwingend notwendig ist, um den Gesetzesverstoß i. S. des § 15 TKG zu beseitigen. Denn der Lizenzwiderruf ist letztes Mittel, um dieses Ziel zu verwirklichen. Für den Netzbetreiber selbst würde der Widerruf bedeuten, dass er den Netzbetrieb einstellen müsste. Letztlich wären aber die Verbraucher in den meisten Fällen die Leidtragenden des

Widerrufs. Könnte die Folge beispielsweise die Stilllegung von Telefonanschlüssen oder Telekommunikationsinfrastruktur sein. Die Kunden des Lizenznehmers wären in diesem Fall zur Begründung eines neuen Vertragsverhältnisses mit einem anderen Netzbetreiber gezwungen. Auf der anderen Seite steht die verfassungsrechtliche Verpflichtung des Bundes zur Gewährleistung einer funktionierenden Telekommunikation. § 15 TKG gewährleistet eine hohe Qualität und Sicherheit der Telekommunikation. Letztlich sind die Interessen Dritter in der Interessenabwägung zu berücksichtigen, soweit eine Vergabeentscheidung nach § 11 TKG vorliegt. Denn dann sprechen die Interessen anderer Mitbewerber in der Regel für den Widerruf der Lizenz.

Vor diesem Hintergrund sind folgende Einzelfälle denkbar:

(1) *Der Lizenznehmer hat keine Kenntnis von dem rechtswidrigen Verhalten des Nutzungsberechtigten der Mehrwertnummer, es liegt kein Verstoß gegen Nebenbestimmungen vor.*

In diesem Fall ist der Verstoß des Lizenznehmers als Mitstörer i. S. der §§ 1004, 823 I BGB, § 1 UWG besonders gering. Hier kann die Regulierungsbehörde das Verhalten entweder einfach dulden oder zu milderen Maßnahmen (Beanstandung, Abmahnung, nachträgliche Nebenbestimmungen zur Lizenz) greifen. In jedem Fall muss sie dem Lizenznehmer Gelegenheit geben, die Verpflichtungen aus dem TKG zu erfüllen. Ein Widerruf wäre in diesem Falle schon nicht erforderlich.

(2) *Der Lizenznehmer hat Kenntnis von dem rechtswidrigen Verhalten des Nutzungsberechtigten der Mehrwertnummer, ergreift aber keine Maßnahmen, es liegt kein Verstoß gegen Nebenbestimmungen vor.*

Vorliegend ist der Gesetzesverstoß als Mitstörer schon gravierender als der vorgehende. Reagiert ein Unternehmen nicht, so ist angesichts der enormen Massenverbreitung der Faxe in jedem Fall eine Abmahnung verhältnismäßig. Das gilt auch für den Fall, in dem das Unternehmen wiederholt und nachdrücklich von der rechtswidrigen Bewerbung des Faxanschlusses unterrichtet wurde. Auch hier muss ihm Gelegenheit gegeben werden, das beanstandete Verhalten abzustellen.

(3) *Der Lizenznehmer hat Kenntnis von dem rechtswidrigen Verhalten des Nutzungsberechtigten der Mehrwertnummer, wurde aus diesem Grunde durch die Regulierungsbehörde abgemahnt und hat keine Maßnahmen eingeleitet.*

Hier hatte der Lizenznehmer bereits die Möglichkeit, den Gesetzesverstoß zu beseitigen. Der Verstoß ist sowohl von seiner Art und seiner Vorwerfbarkeit besonders gravierend. Unter Abwägung der verfassungsmäßig garantierten Rechte des Lizenznehmers aus Art. 12 und 14 GG und der Interessen der Verbraucher einerseits und dem anhaltenden Verstoß gegen lizenzrechtliche Verpflichtungen kann in diesem Falle ein Widerruf der Lizenz gerechtfertigt sein.

(4) *Der Lizenznehmer verstößt gegen ausdrücklich genannte Lizenzpflichten oder Nebenbestimmungen zur Lizenz.*

Ein solcher Verstoß wirkt in der Regel schwerer als Verstöße gegen gesetzlich normierte Pflichten. Allerdings ist auch hier von dem Grundsatz auszugehen, dass dem Lizenzentzug eine Abmahnung vorzuziehen hat.

(5) Wurde im vorgenannten Fall der Lizenznehmer *fruchtlos abgemahnt*, so führen Art und Schwere des andauernden Pflichtverstoßes zu einem überwiegenden Interesse an dem Widerruf der Lizenz.

6. Ermessensreduzierung auf Null

Auch bei Ermessensentscheidungen kann sich aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften oder angesichts der besonderen Umstände des konkreten Falls ergeben, dass schon aus rechtlichen Gründen nur eine einzige Entscheidung in Betracht kommt. Jede andere Entscheidung wäre ermessensfehlerhaft, damit ist das Ermessen der Behörde auf Null reduziert. Im Entschließungsermessens prüft die Regulierungsbehörde zunächst das Vorliegen der in § 15 Nrn. 1, 2 TKG beschriebenen Widerrufsgründe und entscheidet anschließend, ob sie Maßnahmen gegen den Betroffenen einleitet. Im Auswahlermessens überprüft

sie, ob sie nicht statt des Widerrufs gleich geeignete, mildere Mittel ergreifen kann.

Die Annahme einer Ermessensreduktion auf Null ist restriktiv zu handhaben. Es sind kaum Fälle denkbar, in denen die Regulierungsbehörde aus rechtlichen Gründen nur eine richtige Entscheidung treffen kann, obwohl ihr gesetzlich Ermessen eingeräumt wurde. Dies gilt insbesondere für das „Wie“ (Auswahlermessens) der Maßnahme. Fallkonstellationen sind denkbar (s. o.), in denen der Entzug der Lizenz näher liegt als mildere Maßnahmen. Entscheidet sich die Behörde in einem solchen Fall für die mildere Alternative, so kann das ermessensfehlerhaft sein, ohne dass ihr Ermessen vorher auf Null reduziert war. Das Ermessen ist aber grundsätzlich innerhalb des Entschließungsermessens (also „Ob“ einer Maßnahme) auf Null reduziert, wenn der betroffene Lizenznehmer trotz Kenntnis der unlauteren massiven Bewerbung der Faxnummer des durch abgeleitete Zuteilung Nutzungsberechtigten keine Maßnahmen dagegen ergreift. Vor dem Hintergrund der derzeit vorherrschenden systematischen Massenverschickung von Faxwerbung muss die Regulierungsbehörde hier tätig werden. Blicke sie untätig, würde sie ermessensfehlerhaft handeln.

Es fällt schwer, anhand von Fallgruppen pauschal Aussagen über Zulässigkeit/Unzulässigkeit bzw. Ermessensreduktion zu machen. Schon kleinste Abweichungen in der Fallgestaltung können zu einem anderen Ergebnis führen. Denn in der Prüfung der Angemessenheit sind umfassend sämtliche Interessen abzuwägen. Aus diesem Grunde verbietet sich jegliche Pauschalierung, selbst in Fallgruppen. Es kann jeweils nur die Tendenz einer Entscheidung festgelegt werden.

7. Rechtsfolgen

Der Widerruf nach § 15 Nr. 1 oder Nr. 2 TKG verpflichtet nicht zur Entschädigung nach § 49 VI VwVfG. Zu diesem Ergebnis führen zwei unterschiedliche Ansätze:

Zunächst bezieht sich § 49 VI VwVfG ausdrücklich nur auf einen Widerruf nach § 49 II 1 Nrn. 3–5 VwVfG. Hier liegt aber sowohl bei § 15 Nr. 1 TKG als auch bei § 15 Nr. 2 TKG ein Widerruf nach § 49 II 1 Nr. 1 VwVfG vor. Dieses Ergebnis ist auch sachgerecht: Der Lizenznehmer hat im Falle eines Widerrufs der Lizenz nach § 15 TKG den Widerruf selbst zu verantworten. Damit muss die Regulierungsbehörde die Möglichkeit haben, den Verwaltungsakt entschädigungslos widerrufen zu können.

Zusätzlich setzt die Entschädigungspflicht nach § 49 VI VwVfG voraus, dass das Interesse des Lizenznehmers an einem Vermögensausgleich schutzwürdig ist. Regelmäßig ist das nicht der Fall, wenn der Betroffene den Widerrufsgrund selbst zu vertreten hat, insbesondere, wenn er die den Widerruf begründenden Tatsachen in zurechenbarer Weise herbeigeführt hat.

IV. An der Nummernvergabe ansetzende Sanktionsmöglichkeiten

1. Nummernvergabe

Die Regulierungsbehörde ist nach § 43 TKG für die Nummerierung zuständig. Nach § 43 II 2 TKG legt sie die Bedingungen fest, die zur Erlangung von Nutzungsrechten an Nummern zu erfüllen sind. Diese müssen im Amtsblatt veröffentlicht werden. In den „Vorläufigen Regeln für die Zuteilung von Rufnummern“ finden sich regelmäßig unter Nr. 6 die Regelung von Auflagen und unter Nr. 8 die des Widerrufs. Um unlauterer Faxwerbung entgegen zu wirken, könnte die Regulierungsbehörde die Auflagen entsprechend erweitern. Folge eines

Verstoßes gegen diese Auflage wäre, dass die Regulierungsbehörde die Zuteilung der Rufnummer widerrufen könnte. Dem Nutzer stünden unter Umständen die Rechtsfolgen des § 40 TKG offen. Ein Widerruf der Zuteilung wäre im Vergleich zum Lizenzwiderruf ein milderes Mittel. Nachträglich allerdings kann die Regulierungsbehörde die Zuteilung der Rufnummern nicht an eine Auflage knüpfen, es sei denn, sie hatte sie sich bei der Zuteilung vorbehalten¹⁶.

2. Widerruf einer rechtmäßigen Rufnummernzuteilung

Die im Amtsblatt veröffentlichten Regeln für die Zuteilung von (0)900-Rufnummern für „Premium Rate-Dienste“ sind um einige Widerrufstatbestände erweitert. Nach Nr. 7 d ist der Widerruf einer rechtmäßigen Zuteilung dann vorgesehen, wenn der Antragsteller durch die Art der Nummernnutzung gegen geltendes Recht verstößt. Unlautere Faxwerbung allerdings fällt eher unter Nr. 7 f, der den Widerruf im Falle des § 49 VwVfG ermöglicht. Die Voraussetzungen des § 49 VwVfG sind unter anderem dann erfüllt, wenn die Behörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen. Die Zuverlässigkeit des Antragstellers ist im lizenzpflichtigen Bereich dem System der Nummernvergabe immanent. Damit berechtigt die Unzuverlässigkeit des Telekommunikationsunternehmens die Regulierungsbehörde im (0)900-Rufnummernbereich zum Widerruf der Zuteilung.

3. Zugangssperre

§ 41 TKG i. V. mit § 19 TKV berechtigt den Anbieter von festen Netzzugängen und Sprachtelefondienst, die Inanspruchnahme ihrer Leistungen durch den Kunden unter bestimmten Umständen ganz oder teilweise zu sperren.

Dieses Recht gewährt § 19 I Nr. 2 TKV i. V. mit § 19 II 3 Nr. 1 TKV dann, wenn der Kunde Veranlassung zu einer fristlosen Kündigung des Vertragsverhältnisses gegeben hat. Wirbt der Kunde sittenwidrig mit Massenfaxen oder beauftragt er Dritte dazu und ändert er gegebenenfalls sein Verhalten nach einer Abmahnung nicht, so ist dem Telekommunikationsunternehmen die Fortsetzung des Vertrags nicht zuzumuten. Zugangssperren sind damit wirksames Sanktionsmittel zur Unterbindung unlauterer Massenfaxe als Werbemittel. Allerdings steht es nicht der Regulierungsbehörde, sondern lediglich den Telekommunikationsunternehmen zu. Ein Recht zur Sperre besteht aber immer nur bezogen auf das jeweilige betroffene Verhältnis, also zwischen den Parteien, die in rechtlichem Verhältnis zueinander stehen.

4. Abschalten der Endeinrichtung durch das Telekommunikationsunternehmen

Ein Abschalten der Endeinrichtung nach § 59 VI TKG i. V. mit § 31 TKV kommt vorliegend nicht in Betracht. § 59 II TKG setzt im weitesten Sinne technische Mängel an der Endeinrichtung voraus. Sittenwidriges Verhalten allein rechtfertigt ein Vorgehen nach § 59 VI TKG i. V. mit § 31 TKV somit nicht.

V. Zusammenfassung

Das Telekommunikationsunternehmen als Lizenznehmer verhält sich auch dann wettbewerbswidrig, wenn der Anbieter der (0)190er „Premium Rate-Dienste“ diese mit unerwünschten Werbefaxen bewirbt oder bewerben lässt. Damit kann die Regulierungsbehörde telekommunika-

16) Kopp, VwVfG, 7. Aufl. (2000) § 36 Rdnr. 44.

tionsrechtlich gegen den Lizenznehmer einschreiten. Sanktionsmaßnahmen eröffnen sich ihr grundsätzlich im Bereich der Lizenzvergabe und Nummernzuteilung. Die Lizenz kann nachträglich mit einer Auflage versehen werden, als schärfstes Mittel steht der Entzug der Lizenz zur Verfügung. Längerfristig gesehen empfiehlt es sich, auch die Nummernzuteilung mit einer in Nebenbestimmungen enthaltenen Auflage zu verknüpfen und in den Amtsblättern zu veröffentlichen. Bisher ist ein derartiger Widerrufstatbestand nur bei den (0)900-Rufnummern für „Premium Rate-Dienste“ vorgesehen. Aktuell besteht damit nummerierungsrechtlich keine Handlungsgrundlage gegen Nummerierung von Mehrwertdiensten aus dem Bereich der (0)190-Rufnummern. Aus Sicht der Telekommunikationsunternehmen besteht die Möglichkeit der Vertragsgestaltung mit den Erwerbern der abgeleiteten Zuteilung. Sie können das Vertragsverhältnis mit ihrem unmittelbaren Vertragspartner kündigen und eine Zugangssperre verhängen.

Zusammenfassend kann sich die Regulierungsbehörde daher nicht auf den Standpunkt zurückziehen, sie sei an Maßnahmen zur Unterbindung unerwünschter Faxwerbung gehindert. Im Rahmen rechtmäßig ausgeübten Ermessens ist sie berechtigt und verpflichtet, der massenhaften Bewerbung von Mehrwertdiensten einen Riegel vorzuschieben.

Professor Dr. Michael Bartsch, Karlsruhe

Softwarepflege nach neuem Schuldrecht*

Softwarepflege ist – gemessen am Umsatz – wirtschaftlich bedeutender als Softwarelieferung und -erstellung. Der Beitrag erörtert die wesentlichen Probleme dieses Vertragstyps, insbesondere die Fragen nach der Bestimmung des Leistungsinhalts und den Rechtsfolgen von Leistungsstörungen. Es zeigt sich, dass die viel diskutierte Frage nach dienst- oder werkvertraglicher Einstufung weitgehend ohne Bedeutung ist und dass dem Gruppencharakter dieser Dienstleistung auch rechtlich Rechnung zu tragen ist.

I. Vertragstypologische Einordnung

1. Werkvertrag oder Dienstvertrag?

Im Vordergrund rechtlicher Erörterungen zur Softwarepflege¹ steht zumeist die Frage, ob der Vertrag ein Werkvertrag oder ein Dienstvertrag sei². Sie ist jedoch nicht ergiebig. Bei beiden Vertragstypen hat der Auftragnehmer Handlungs- und Leistungspflicht; er muss auch beim Dienstvertrag tätig sein, bis die Aufgabe erledigt oder die Vertragszeit abgelaufen ist³. Beim Pflegevertrag als Dauerschuldverhältnis besteht die Leistungspflicht in jedem Moment, auch dann, wenn es zuvor schon einen vergeblichen Leistungsversuch gab. Auf die Frage, ob als Softwarepflege nur eine Tätigkeit oder auch ein Erfolg geschuldet wird⁴, kommt es also zunächst nicht an.

Werk- und Dienstvertrag unterscheiden sich konzeptionell in Bezug auf die Zuordnung des Risikos, dass der Erfolg trotz fachgerechter Bemühung nicht eintritt⁵. Die dienstvertragliche Entlastung vom Erfolgsrisiko ist im Arzt- oder Anwaltsvertrag gerechtfertigt, weil hier der Fachmann die Risikolage bei Vertragsbeginn antrifft⁶. Das Softwarehaus kann sich jedoch nicht wie Arzt oder

Anwalt auf die Unkalkulierbarkeiten der Biologie und der Rechtsprechung herausreden. Die als Softwarepflege geschuldeten Leistungen können, Qualität der Software und Qualifikation des Softwarehauses vorausgesetzt, immer den gewünschten Erfolg haben. Bis er erreicht ist, bleibt das Softwarehaus auch bei dienstvertraglicher Einstufung leistungspflichtig⁷.

Die gesetzlichen Modelle Werk- und Dienstvertrag haben keine direkt anwendbare Lösung für nachlässige, verzögerte Softwarepflege (solange hieraus keine Schäden entstehen), denn der passende Rechtsbehelf wäre Minderung der zeitanteiligen Vergütung. Das Dienstvertragsrecht bietet kein Minderungsrecht⁸. Die werkvertragliche Minderung (§§ 634 I 3, 638 III BGB) geht davon aus, dass der konkreten Leistung ein konkreter Werklohn gegenübersteht, was beim Pflegevertrag mit zeitbezogener Vergütung nicht der Fall ist; wie soll also gemindert werden?

Die Frage nach dienst- oder werkvertraglicher Einstufung ist also nicht ergiebig.

2. Softwarepflege als moderner Vertragstyp

Laut Softwarepflegevertrag soll das Softwarehaus während der Vertragsdauer die geschuldeten Dienste leisten⁹. Der Softwarepflegevertrag ist demnach ein Dauerschuldverhältnis¹⁰. Regeln für solche Verträge wurden neben dem Gesetz entwickelt¹¹. Der Softwarepflegevertrag ist deshalb ein Musterbeispiel eines modernen Vertragstyps, der sich nicht mit BGB-Vertragsmodellen abbilden lässt. Er betrifft ein immaterielles Gut, regelt eine komplexe Dienstleistung und hat Dauerschuldcharakter. Das Vertragsrecht muss auf solche Anforderungen der Lebenswirklichkeit die vorhandenen Gestaltungsspielräume ausnutzen. Es wäre falsch, für neue Vertragsmodelle an den gesetzlichen Vertragstypen zu kleben oder dem AGB-Gesetz Einschränkungen zu entnehmen, die nicht einmal

* Der Autor ist Rechtsanwalt in Karlsruhe und lehrt an der Universität Karlsruhe und der Hochschule für Gestaltung Karlsruhe (<http://www.bartsch-partner.de/personen/mb/>).

1) Software ist ein Gesetzesbegriff (§ 312 d IV Nr. 2 BGB) und meint das Datenverarbeitungsprogramm (§ 69 a UrhG) und die zugehörigen schriftlichen Unterlagen, z. B. das Handbuch und die Herstell- und Pflegedokumentation.

2) Vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1988, 441 = CR 1988, 31; Marly, Softwareüberlassungsverträge, 3. Aufl. (2000), Rdnr. 425; Heymann, in: Redeker, Hdb. der IT-Verträge, Stand: Nov. 2001, Kap. 1.12 Rdnr. 6 ff. (ähnl. schon in CR 1991, 526); J. Schneider, Hdb. des EDV-Rechts, 1997, bei K 36 ff.; Hartmann/Thier, CR 1998, 581 (582, 589); Hardt, CR 1991, 200 (201). Das Buch von Wohlgenuth „Computerverwaltung“ ist wenig hilfreich, weil es zwischen Hardwarewartung und Softwarepflege keine generelle Unterscheidung vornimmt (S. 8); vgl. Mebrings, NJW 2001, 350.

3) So schon der Wortlaut von § 611 I „zur Leistung der versprochenen Dienste ... verpflichtet“; vgl. Anders/Gebhe, in: RGRK, 12. Aufl. (1997), § 611 Rdnr. 18; Staudinger/Richardi, BGB, 1999, § 611 Rdnr. 314.

4) So z. B. J. Schneider (o. Fußn. 2), K 36 ff., 42 ff.

5) Soergel, in: MünchKomm., 3. Aufl. (1997), § 631 Rdnr. 4.

6) Anders/Gebhe, in: RGRK (o. Fußn. 3), § 611 Rdnr. 18.

7) Parallellfall: Der Anwalt bietet alle Tätigkeit im Zusammenhang mit der Gründung einer GmbH bis zu deren Eintragung zum Pauschalhonorar an. Er muss dann arbeiten, bis die GmbH eingetragen ist.

8) Einige Standardkommentare benennen das Thema nicht. Das ist eine Auslassung; vgl. Emmerich, in: MünchKomm., 3. Aufl. (1994), § 325 Rdnr. 14; Soergel/Kraft, BGB, 12. Aufl. (1998), § 611 Rdnr. 110, beide m. w. Nachw. Die Schuldrechtsreform bringt insofern keine Neuregelung.

9) Der Begriff Dienstleistung ist kein dienstvertraglicher Begriff, sondern dient zur Definition der Werkleistung; vgl. § 631 II BGB.

10) Volumen und Leistungsart richten sich auch nach der Dauer der Verbindlichkeit; vgl. Soergel/Wiedemann, BGB, 12. Aufl. (1990), vor § 323 Rdnr. 58 m. w. Nachw., § 134 BGB bietet keine Definition des Dauerschuldverhältnisses, sondern regelt nur die Kündigung aus wichtigem Grund.

11) Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl. (2002), Vorb. § 241 Rdnr. 17 ff.