
Rechtsanwalt

Dr. Martin Bahr

**ZUR MITSTÖRERHAFTUNG BEI UNVERLANGTER
0190-FAXWERBUNG: *BEDEUTUNG* *UND*
*REICHWEITE DES NEUEN § 13 a TKV***



**Kanzlei RA Dr. Bahr
Sierichstr. 35, 22301 Hamburg**

Tel.: 040 – 35 01 77 66

Fax: 040 – 35 01 77 68

E-Mail: info@dr-bahr.com

<http://www.dr-bahr.com>

ZUR MITSTÖRERHAFTUNG BEI UNVERLANGTER 0190-FAXWERBUNG: *REICHWEITE UND BEDEUTUNG DES NEUEN § 13 a TKV*

von Rechtsanwalt Dr. Martin Bahr*

I. Einführung

Das Problem der unverlangt zugesandten Fax-Werbung ist hinlänglich bekannt¹ – und bislang zum Leidwesen der Betroffenen hinlänglich ungelöst. Weder die *Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post* (RegTP)² noch die *Freiwillige Selbstkontrolle Telefonmehrwertdienste* (FST)³ sahen bislang eine Handlungsmöglichkeit. Die mit Werbung Zugeschütteten blieben somit mit dem Problem allein.⁴ Zwar gab es in der letzten Zeit auch aus den Reihen der politischen Vertreter⁵ einige Kritik, die jedoch letzten Endes ohne Wirkung blieb.⁶

II. Die Problemlage

Das rechtliche Problem liegt in der derzeitigen Vergabep Praxis begründet. Die RegTP vergibt die Nummern für die sog. *Premium Rate*-Dienste (insb. 0190-Nummern) im Regelfall an die großen, nationalen Telekommunikationsunternehmen. Diese wiederum vermieten die Rufnummern an kleinere Firmen weiter, die dann wiederum Unterlizenzen weitervergeben.

* = Dr. Martin Bahr ist Rechtsanwalt in Hamburg mit den Interessenschwerpunkten Recht der Neuen Medien und Gewerblicher Rechtsschutz (Marken-, Urheber- und Wettbewerbsrecht), <http://www.dr-bahr.com>

¹ Vgl. nur *Hoeren*, NJW 2001, 2525; *Kaufmann*, c't 23/2001, S. 198, <http://www.heise.de/ct/01/23/198/default.shtml>; Kurz-Interview mit *Prof. Hoeren*, c't 23/2001, <http://www.heise.de/ct/01/23/198/default.shtml>.

² Online wiederzufinden unter <http://www.regtp.de>. Vgl. auch die Stellungnahme der RegTP zum Fax-Spamming von Ende 2001, in der sie darlegt, dass von ihrer Seite keine Handlungsmöglichkeiten bestehen.

³ Online wiederzufinden unter <http://www.fst-ev.org>.

⁴ Eine gute Seite mit zahlreichen Tipps und Informationen zu diesem Thema ist <http://www.spamflam.de>.

⁵ Kleine Anfrage mehrerer FDP-Abgeordneter v. 17.10.2001, BT-Drucks. 14/7201, <http://dip.bundestag.de/btd/14/072/1407201.pdf>. Vgl. dazu die Antwort der Bundesregierung v. 20.11.2001, BT-Drucks. 14/7531, <http://dip.bundestag.de/btd/14/075/1407531.pdf>.

⁶ Vgl. auch die Verfügung der Generalstaatsanwaltschaft v. 07.12.2001, Az: 31754/01, dass unverlangt zugesandte Faxwerbung keine Sachbeschädigung darstellt, JurPC Web-Dok. 37/2002, <http://www.jurpc.de/rechtspr/20020037.htm>.

Häufig steht dann am Ende dieser langen Kette eine im Ausland befindliche Briefkasten-Firma, gegen die ein juristisches Vorgehen aus praktischen Gründen meist so gut wie aussichtslos ist.

Ein Vorgehen gegen den jeweiligen Lizenzgeber der betreffenden 0190-Nummer schien bislang ebenfalls aussichtslos, weil nicht er der Absender der unverlangt zugesandten Werbung und somit auch nicht der wettbewerbsrechtliche Störer war. Sondern vielmehr nur diejenige Firma, die die Faxe versendet und darin für ihre gemieteten 0190-Nummern geworben hatte.

III. Die ersten Fax-Spamming-Urteile

1. Mistörerhaftung bejahend: AG Nidda

Den Anfang der verbraucherfreundlichen Urteile machte das AG Nidda.⁷ Die Entscheidung stammt aus dem Januar 2002.

Das AG Nidda entschied, dass auch der Netz-Betreiber als Störer zu werten sei und auf Unterlassung in Anspruch genommen werden könne. Das Gericht zog dabei die bisher ergangene Rechtsprechung in ähnlichen Fällen vergleichend heran: Nach der Rechtsprechung⁸ kann auch derjenige haftbar sein, der seinen Telefaxanschluss einem Dritten überlässt, der dann seinerseits von diesem Anschluss aus wettbewerbswidrige Handlungen begeht.

Das AG verkannte dabei nicht, dass die haftungsbegründende Handlung nicht schon in der Überlassung des Telefaxanschlusses zu sehen ist, sondern vielmehr in dem Umstand, dass der Netz-Betreiber die von dem Dritten begangenen Rechtsverstöße nicht unterbunden hat. Diese Grundsätze sollen auch auf die Fälle des Fax-Spammings anwendbar sein:

„Die Verantwortlichkeit des Beklagten ergibt sich hier aus dem Umstand, dass der Wettbewerbsverstoß unter Benutzung ihrer Anschlüsse begangen wurde, denn die Faxabrufnummern sind in den Werbefaxschreiben genannt und bilden den Anlass der Versendung dieser Schreiben. Telefaxwerbung und gebührenpflichtige 0190-Faxabrufnummern sind derart miteinander verknüpft, dass die Verantwortlichkeit der

Siehe auch die Anmerkung von *Schmittmann* dazu, JurPC Web-Dok. 45/2002, <http://www.jurpc.de/aufsatz/20020045.htm>.

⁷ AG Nidda, Urt. v. 11.01.2002 – Az.: 1 C 376/01 (72) = <http://www.jurawelt.com/gerichtsurteile/zivilrecht/ag/4710>.

Vgl. hierzu die ausführliche Anmerkung von *Bahr*, <http://www.jurawelt.com/aufsaeetze/wirtschr/4712>.

⁸ BGH, WRP 1999, 1048; OLG Frankfurt, WRP 1987, 115; OLG Hamm, GRUR 1992, 126; OLG München, MDR 1994, 1106; OLG Stuttgart, ZIP 1993, 1494.

*Beklagten für die vermieteten Nummern sich auch gerade aus diesem besonderen Zusammenhang ergibt.*⁹

Das Gericht bejahte auch die Möglichkeit der Beklagten gegen den Wettbewerbsverstoß einzuschreiten:

„Die Beklagte hatte auch die Möglichkeit gegen den Wettbewerbsverstoß einzuschreiten. Von dem wettbewerbswidrigen Verhalten ihrer Mieter hat die Beklagte durch die Abmahnungen des Klägers Kenntnis erlangt, darauf aber nicht reagiert. An der Zusendung der Werbefaxe ist die Beklagte zwar nicht unmittelbar beteiligt. Sie unterbindet sie aber auch nicht, obwohl sie dies auf Grund ihrer mietvertraglichen Befugnisse ohne weiteres könnte. Die Beklagte duldet hier das wettbewerbswidrige Verhalten ihrer Mieter, was das vom Kläger mit dem Klageantrag bekämpfte Verhalten der Beklagten ebenfalls wettbewerbswidrig erscheinen lässt.

Es ist mit § 1 UWG nicht zu vereinbaren, dass es die Beklagte infolge ihres Untätigbleibens, ihren Mietern ermöglicht, sittenwidrige Telefaxwerbung zu betreiben und so zu einer erheblichen wettbewerbswidrigen Belästigung der beworbenen Teilnehmer des Wirtschaftsverkehr beizutragen und so die Mieten mitzufinanzieren, die der Beklagten aus den Mietverträgen zufließen. Im übrigen ist es Sache der Beklagten ihre Rechtsbeziehungen so zu gestalten, dass sie durch diese nicht gezwungen ist, sich an wettbewerbswidrigen Handlungen zu beteiligen. Der Beklagten ist es daher zuzumuten, bei Kenntnis von Wettbewerbsverstößen ihrer Mieter, mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln, gegen diese Verhaltensweisen vorzugehen.“¹⁰

Mag das Urteil auch rechtspolitisch mehr als wünschenswert sein, so stellt sich bei Betrachtung der Urteilsgründe doch ein leichtes Unbehagen ein. Zwar ist es seit den Entscheidungen *Schönheitschirurgie*¹¹ und *Honoraranfrage*¹² ständige Rechtsprechung, dass eine Wettbewerbsförderungsabsicht und ein Verschulden des Mitstörers keine unabdingbaren Voraussetzungen mehr für seine Inanspruchnahme sind.¹³ Es ist jedoch nach wie vor erforderlich, dass der Betreffende die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit besitzt, die beanstandete Wettbewerbshandlung zu verhindern.¹⁴

⁹ AG Nidda, Urt. v. 11.01.2002 – Az.: 1 C 376/01 (72) = <http://www.jurawelt.com/gerichtsurteile/zivilrecht/ag/4710>.

¹⁰ Vgl. Fn. 9.

¹¹ BGH, GRUR 1990, 373 (374).

¹² BGH, GRUR 1991, 769 (770).

¹³ Vgl. nur *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht, 22. Aufl., München 2001, Einl. UWG, Rn. 327; *Speckmann*, Wettbewerbsrecht, 3. Aufl., Köln u.a. 2000, Rn. 101 f.

¹⁴ Vgl. die umfangreichen Rechtsprechungsnachweise bei *Baumbach/Hefermehl*, (Fn. 13), Einl. UWG, Rn. 327.

2. Mitstörerhaftung verneinend: LG Gießen:

Über einen ähnlichen Fall hatte das LG Gießen¹⁵ zu entscheiden. Die Richter lehnten jede Mitstörerhaftung ab:

„Das bloße Zurverfügungstellen einer Mehrwertdienst-Rufnummer begründet (...) keine Störerhaftung für die rechtswidrige Zusendung der Fax-Schreiben.

(...) Die Beklagte hat keinen adäquat kausalen Handlungsbeitrag für die ungebetene Zusendung der Umfragefaxe geleistet. Sie hat die Zusendung weder veranlasst noch ihre technischen Einrichtungen für den Versand zur Verfügung gestellt.(...)

Dass die Beklagte einer anderen Firma Mehrwert-Faxnummern gegen Entgelt zur Verfügung gestellt hat, die diese dann in den unverlangt versendeten Umfragefaxschreiben als Antwortnummer angeben konnte, reicht hier nicht aus, um einen adäquaten Tatbeitrag zu der Störung zu begründen. Die Vermietung von Mehrwert-Faxnummern stellt lediglich die Überlassung eines Inkassoinstrumentes dar, das sowohl wettbewerbskonform als auch wettbewerbswidrig verwendet werden kann. Alleine der Umstand, dass die Beklagte ihren Mietzins letztlich aus den Einnahmen erzielt, die aus der Nutzung der Antwortfaxnummer nach erfolgter wettbewerbswidriger Zusendung von Telefaxen entstehen, reicht nicht aus, um ein arbeitsteiliges Vorgehen (...) zu bejahen. Solches wäre nur anzunehmen, wenn (...) die Beklagte höheren Mietzins als übliche Reseller verlangen würde, um damit zu verhindern, dass diese nach erfolgten Wettbewerbsverstößen namhaft gemacht werden können.

In diesem Zusammenhang ist zudem von Bedeutung, dass der eindeutige Wettbewerbsverstoß (...) in der Zusendung der unverlangten Meinungsfragen per Telefax liegt und dabei das Überlassen der Inkasso-Nummer durch die Beklagte hinweggedacht werden könnte, ohne dass der Wettbewerbsverstoß entfielen. Denn der Kläger hat nicht vorgetragen, dass die Zusendung der ungebetenen Telefaxe über von der Beklagten gemietete Leitungen erfolgen würde; die von der Beklagten gemietete Nummer wird lediglich dann in Anspruch genommen, wenn sich der Empfänger dazu entschließt, auf die Umfrage zu antworten.

Deshalb kann auch offen bleiben, ob die Beklagte eine rechtliche Möglichkeit hat, die Telefonnummern abzuschalten, sobald sie von einem von der ... begangenen Wettbewerbsverstoß erfährt. Denn durch das Abschalten der Mehrwertnummer kann der Wettbewerbsverstoß nicht verhindert werden; schließlich erfolgt er nicht über die Mehrwertnummer.“

IV. 2. Verordnung zur Änderung der TKV:

Nach längerem Hin und Her¹⁶ war es Ende August 2002 soweit. Der Gesetzgeber novellierte die Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV).¹⁷ Dabei wurde ein neuer § 13a TKV eingefügt, der lautet:

¹⁵ LG Gießen, Urt. v. 26.04.2002 – Az.: 3 O 22/02 (nicht rechtskräftig) = <http://www.jurpc.de/rechtspr/20020243.htm>.

¹⁶ Vgl. dazu: Heise News v. 05.06.2002, <http://www.heise.de/newsticker/data/jk-05.06.02-005/>; Heise News v. 12.07.2002, <http://www.heise.de/newsticker/data/hob-12.07.02-001/>; Heise News v. 31.07.2002, <http://www.heise.de/newsticker/data/hob-31.07.02-000/>.

¹⁷ Zweite Verordnung zur Änderung der Telekommunikations-Kundenschutzverordnung (TKV), BGBl. 2002/62).

„§ 13a

Nutzung von Mehrwertdiensterufnummern

Diejenigen, die Kunden Nummern, mittels derer neben Telekommunikationsdienstleistungen weitere Dienstleistungen angeboten werden (Mehrwertdiensterufnummern) zur Nutzung überlassen, haben diese Kunden schriftlich darauf hinzuweisen, dass keine Werbung, Sachen oder sonstige Leistungen unter Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften zugesandt oder sonst übermittelt werden dürfen. Hat derjenige, der einem Kunden eine Mehrwertdiensterufnummer zur Nutzung überlassen hat, gesicherte Kenntnis, dass diese Rufnummer unter Verstoß gegen Satz 1 genutzt wird, hat er unverzüglich geeignete Maßnahmen zur zukünftigen Unterbindung des Rechtsverstoßes zu ergreifen. Er hat insbesondere nach erfolgloser Mahnung soweit möglich die missbräuchlich verwendete Mehrwertdiensterufnummer zu sperren, wenn er gesicherte Kenntnis von einer wiederholten oder schwerwiegenden Zuwiderhandlung hat.

Ausweislich der Gesetzesbegründung sollten damit „die Verbraucherrechte im Zusammenhang mit unerwünschter Werbung und den sog. Dialern gestärkt werden.“¹⁸ Weiter heißt es:

„Diese rechtswidrige Nutzung von Mehrwertdiensterufnummern soll unterbunden werden. Eine effiziente Möglichkeit, gegen solche Anbieter vorzugehen, hat derjenige, der die Mehrwertdiensterufnummern weitergibt. Er soll die Möglichkeit bekommen, bei einem wiederholten Verstoß gegen geltendes Recht den Anschluss zu sperren.

(...) Um die Sanktionsmöglichkeiten im Falle rechtswidrig genutzter Mehrwertdiensterufnummern zu verschärfen, sollen Diensteanbietern, die ihren Kunden Mehrwertdiensterufnummern zur Nutzung überlassen, konkrete Verpflichtungen auferlegt werden. Bei gesicherter Kenntnis von der rechtswidrigen Nutzung oder Werbung für die Nutzung werden sie verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu unternehmen, um die rechtswidrige Nutzung zu unterbinden. Hierzu zählt insbesondere die Sperrung der missbräuchlich genutzten Mehrwertdiensterufnummer. Diese Handlungsverpflichtung entspricht der Verantwortlichkeit nach § 11 Teledienstegesetz, wonach Diensteanbieter für fremde Informationen verantwortlich sind, wenn sie nicht unverzüglich tätig geworden sind, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald sie Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information erlangt haben oder ihnen im Falle von Schadensersatzansprüchen Tatsachen oder Umstände bekannt geworden sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich geworden ist.

Durch den neuen § 13a wird die Möglichkeit geschaffen, Beschwerden von Verbrauchern an die Diensteanbieter weiterzuleiten. Dadurch werden diese in Kenntnis über die rechtswidrige Nutzung gesetzt und müssen bei einer wiederholten Zuwiderhandlung die Mehrwertdiensterufnummern sperren.“

V. Praktische Bedeutung der neuen Regelung bis vor kurzem

Die praktischen Auswirkungen der Gesetzes-Novellierung waren – bis vor kurzem – außerordentlich gering.¹⁹ Die Fax-Spamming-Lawine rollte scheinbar unaufhaltsam weiter.

¹⁸ So auch die Beurteilung der RegTP in ihrem Jahresbericht 2002, S. 2, <http://www.regtp.de/imperia/md/content/aktuelles/jb2002.pdf>. Siehe auch Rösler/Zagouras, NJW 2002, 2930 (2930).

¹⁹ Bleich, Der Spam-Rubel rollt weiter, Kundenschutzverordnung behindert 0190-Abzocker kaum, c't 6/03, S. 114.

Zwar gab es vereinzelt Fälle,²⁰ in denen die Netz-Betreiber Rufnummern sperrten, dies stellte aber eher die Ausnahme dar.

VI. Jüngste Entwicklungen

1. Urteil des LG Hamburg (Januar 2003):

Das – soweit ersichtlich – erste Urteil²¹ nach Inkrafttreten der TKV-Novellierung traf das LG Hamburg²² im Januar 2003:

„(...) jeder als Mitstörer anzusehen, von dem ernstlich zu befürchten ist, dass er an der wettbewerbswidrigen Handlung eines eigenverantwortlichen Dritten willentlich und adäquat kausal mitwirkt, vorausgesetzt, dass der als Mitstörer in Anspruch Genommene die rechtliche Möglichkeit besaß, die Handlung zu verhindern.

(...)

Die Beklagten haben auch die Möglichkeit, derartige Wettbewerbsverstöße zu unterbinden. Sie haben hierzu selbst vorgetragen, entsprechende Vereinbarungen in den Nutzungsüberlassungsvertrag aufgenommen zu haben.

(...)

Unabhängig davon wäre dieser (...) aus wichtigem Grund kündbar, wenn die Rufnummern fortgesetzt im Zusammenhang mit Wettbewerbsverstößen der vorliegenden Art verwendet werden.“

Das Gericht stützte sich bei seiner Argumentation ausschließlich auf wettbewerbsrechtliche Gründe, die neue Bestimmung der TKV blieb unberücksichtigt.

2. Aktuelle Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz:

Kurze Zeit später folgten eine Reihe von einstweiligen Verfügungen. So entschied das LG Hamburg mehrfach,²³ dass der Netz-Provider als Mitstörer haftbar zu machen ist, wenn er trotz Kenntnis der unerlaubten Werbezusendung seinem 0190-Kunden weiterhin die Rufnummer zur Verfügung stellt. In ähnlicher Weise beurteilte das LG Köln²⁴ die Lage, als ein Provider auf Unterlassung in Anspruch genommen wurden, weil er wiederholt einem

²⁰ Vgl. Heise News v. 08.11.2002, <http://www.heise.de/newsticker/data/hob-08.11.02-002>.

²¹ Unklar ist, ob der dem Urteil zugrundeliegende Sachverhalt zeitlich vor oder nach dem Inkrafttreten der neuen TKV-Regelung liegt.

²² LG Hamburg, Urt. v. 14.01.2003 – Az.: 312 O 443/02 = <http://www.jurpc.de/rechtspr/20030136.htm>.

²³ LG Hamburg, Beschl. v. 08.05.2003 – Az.: 312 O 333/03 = http://www.steinhoefel.de/pdf/verfuegung_in-telegence.pdf; Beschl. v. 10.05.2003 – Az.: 312 O 333/03; Beschl. v. 15.05.2003 – Az.: 312 O 358/03 =

http://www.steinhoefel.de/pdf/verfuegung_extracom.pdf; Beschl. v. 28.05.2003 – Az.: 312 O 400/03 =

http://www.steinhoefel.de/pdf/verfuegung_komtel+ewetel.pdf; Beschl. v. 10.06.2003 – Az.: 315 O 324/02 =

http://www.steinhoefel.de/pdf/0190_Beschluss.pdf. Vgl. auch <http://www.heise.de/newsticker/data/hob-12.06.03-000>.

²⁴ LG Köln, Beschl. v. 02.05.2003 – Az.: 31 O 287/03 = <http://www.dialerundrecht.de/Entscheidungen/lgkoeln020503.htm>.

Dritten 0190-Rufnummern zum Einsatz für illegale Dialersoftware zur Verfügung gestellt hatte.

3. *Stellungnahme von IN-telegence:*

Einer der betroffenen Provider, die Fa. *IN-telegence*, hat nun vor kurzem in einem lesenswerten Interview²⁵ Stellung zu dieser Problematik genommen. Die *IN-telegence-Juristin Dr. Silke Klaes* vertritt darin den Standpunkt, der Gesetzgeber habe bei der Einführung des § 13 a TKV „nicht so richtig gewusst, welche Konsequenzen diese Norm habe.“

„Der Gesetzgeber lässt uns hier ziemlich im Dunkeln tappen. Offenbar hat er sich da viel zu wenige Gedanken gemacht. Ich behaupte mal, die Verordnungsänderung im letzten Jahr war ein Schnellschuss. Vielen der am Gesetzgebungsprozess Beteiligten hat es schlicht an technischem Verständnis zur Materie gemangelt. Es fehlt eine Definition des Begriffs „gesicherte Kenntnis“.²⁶

Und weiter:

„Spam-Mails, in denen beispielsweise lediglich ein Dialer-Link oder eine Website vermerkt ist, sind unserer Ansicht nach nicht vom Paragraphen 13a abgedeckt. Dafür sind wir zunächst nicht zuständig und müssen folglich auf solche Beschwerden nicht reagieren. Solange die 0190-Nummer nicht direkt im Text der E-Mail erwähnt ist, handelt es sich nicht um Werbung für eine von uns vergebene Nummer, sondern um eine Website, für deren Werbung der Betreiber der Site verantwortlich ist.“²⁷

Hinsichtlich der Interpretation der Voraussetzungen des § 13 a TKV führt sie aus:

„Sobald eine Verbraucherbeschwerde eingeht, wird von uns geprüft, ob wir damit eine gesicherte Kenntnis gemäß Paragraf 13a der TKV haben. Wenn dem so ist, mahnen wir den Kunden, der von uns die Nummer bezieht, ab. Wenn uns der gleiche Verbraucher danach erneut Kenntnis von missbräuchlicher Werbung gibt, wird die Rufnummer abgeschaltet.“²⁸

²⁵ <http://www.heise.de/ct/03/13/046/default.shtml>.

²⁶ Vgl. Fn. 25.

²⁷ Vgl. Fn. 25.

²⁸ Vgl. Fn. 25.

VII. Rechtliche Einordnung des § 13 a TKV

§ 13 a TKV ist nach Auffassung der Gerichte und der bisherigen Äußerungen im Schrifttum²⁹ ein besonders gesetzlich fixierter Fall der Mitstörerhaftung. Eine derartige Interpretation ergibt sich sowohl aus dem konkreten Wortlaut der Norm als auch der Gesetzesbegründung. Denn in der Gesetzesbegründung heißt es:

„Um die Sanktionsmöglichkeiten im Falle rechtswidrig genutzter Mehrwertdiensternummern zu verschärfen, sollen Diensteanbieter, die ihren Kunden Mehrwertdiensternummern zur Nutzung überlassen, konkrete Verpflichtungen auferlegt werden. Bei gesicherter Kenntnis von der rechtswidrigen Nutzung oder Werbung für die Nutzung werden sie verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu unternehmen, um die rechtswidrige Nutzung zu unterbinden.“

Es besteht somit kein Zweifel, dass § 13 a TKV von den Gerichten, wenigstens dem Grunde nach, zutreffend interpretiert wurde.

VIII. Streitig: Exakte Voraussetzungen

Umstritten sind jedoch die genauen Voraussetzungen der Norm.

1. Problembereich: Fehlen der Definition der gesicherten Kenntnis:

Von Seiten der Netz-Provider wird vorgebracht, es fehle eine Definition des Merkmals „gesicherte Kenntnis“.

Diese Sichtweise ist wenig überzeugend. Schaut man nämlich in die Gesetzesbegründung, heißt es dort ausdrücklich:

„Bei gesicherter Kenntnis von der rechtswidrigen Nutzung oder Werbung für die Nutzung werden sie verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu unternehmen, um die rechtswidrige Nutzung zu unterbinden. Hierzu zählt insbesondere die Sperrung der missbräuchlich genutzten Mehrwertdiensternummer. Diese Handlungsverpflichtung entspricht der Verantwortlichkeit nach § 11 Teledienstegesetz, wonach Diensteanbieter für fremde Informationen verantwortlich sind, wenn sie nicht unverzüglich tätig geworden sind, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald sie Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information erlangt haben oder ihnen im Falle von Schadensersatzansprüchen Tatsachen oder Umstände

bekannt geworden sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich geworden ist.“

Die Verantwortlichkeit nach § 11 TDG ist inzwischen durch eine Vielzahl von Urteilen als einigermaßen geklärt anzusehen.³⁰ Man kann zwar durchaus diskutieren, ob man die TDG-Pflichten nahtlos auf § 13 a TKV übertragen kann oder ob es nicht mediumspezifische Unterschiede zu machen sind. Von einem "Schnellschuss" oder gar von "im Dunkeln tappen" zu sprechen, konterkariert vielmehr die tatsächliche gesetzliche Lage.

2. Problembereich: Unverhältnismäßige Pflichten

Ein weiterer Einwand ist der, dass der Staat in unverhältnismäßiger Weise Einfluss auf das Rechtsverhältnis zwischen zwei Bürgern nimmt. Dieser Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist seit langem anerkannt und ergibt sich aus den einzelnen Grundrechten, Art. 19 Abs. 2 GG und Art. 20 Abs. 3 GG.³¹

Auch ein solcher Einwand überzeugt nur wenig. Denn hier sind die Rechte der Netzbetreiber mit denen der Allgemeinheit (Lauterkeit des geschäftlichen Verkehrs) und den Rechten der einzelnen Geschädigten gegeneinander abzuwägen. § 13 a TKV sieht auch keine pauschale, einseitige, zu Lasten des Netz-Betreibers gehende Regelung vor, sondern statuiert vielmehr eine differenzierte Herangehensweise.

In diesem Zusammenhang erwähnenswert ist auch die Tatsache, dass der ursprüngliche Entwurf der Bundesregierung von einer „positiven Kenntnis oder einer fahrlässigen Unkenntnis“ ausgegangen war. Auf Drängen des Bundesrates wurden jedoch die Anforderungen an ein Einschreiten erhöht.³²

Auch die Auferlegung der Sperrung ist keine gesetzlich vorherbestimmte Pflichtverletzung des Vertrages zwischen Netz-Betreiber und Spammer. Es ist eine vertragliche Nebenpflicht des Spammers, sich an die bestehende Gesetzeslage zu halten. Tut er dies nicht, kann ihm der Netz-Provider nach erfolgloser Abmahnung außerordentlich kündigen (§ 314 BGB).

²⁹ Hoeren, NJW 2002, 1521 (1522).; Remmeretz, MMR 2003, 314 (318).

³⁰ Es gibt zwar immer wieder überraschende Urteile. Die Grundzüge des TDG sind jedoch inzwischen weitgehend festgeklopft, vgl. Hoeren, Internetrecht, Stand: Juli 2003, S. 359 ff., <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/materialien/materialien.html>.

³¹ St. Rspr. des BVerfG, vgl. nur BVerfGE 61, 126 (134); 69, 1 (35); 76, 256 (359); 80, 109 (120).

³² Vgl. dazu auch Röser/Zagouras, NJW 2002, 2930 (2930).

§ 13 a TKV sieht ja gerade eine differenzierte Herangehensweise vor. § 13 a S. 2 TKV spricht zunächst nur von „geeigneten Maßnahmen“ und oblässt es damit bewusst dem einzelnen Provider, die zutreffenden Maßnahmen im konkreten Einzelfall auszuwählen. Der Gesetzgeber hat damit ganz bewusst auf eine detaillierte „Bevormundungs-Klausel“ verzichtet. Aus § 13 a S. 3 TKV ergibt sich, dass eine Sperrung der missbräuchlich verwendeten Mehrwertdienstenummer nur als „ultima ratio“ zu erfolgen hat. Insoweit wird keineswegs unverhältnismäßig in die privaten Rechte Dritter gesetzlich eingegriffen.

3. Problembereich: Ein und derselbe Verbraucher

IN-telegence interpretiert den § 13 a TKV in der Weise, dass ein und derselbe Verbraucher sich beschweren muss. Erst in einem solchen Fall soll die Handlungspflicht begründet werden.

Für eine solche Interpretation gibt weder der Wortlaut der Norm noch die Gesetzesentstehung in irgendeiner Weise einen Anlass. Der Gesetzgeber wollte nachweislich den Missbrauch gegenüber der Allgemeinheit einschränken und nicht einzelne private Personen schützen. Welche Konsequenz die *IN-telegence*-Interpretation hätte, lässt sich leicht aufzeigen: Der Spammer könnte weiterhin wie wild seine Werbungen versenden. Er würde einfach die Personen, die sich beschweren, aus dem Verteiler nehmen, die übrigen aber weiterhin zuspannen. *IN-telegence* wäre – im Extremfall – somit erst zu Handlungen verpflichtet, wenn sich alle 80 Millionen Bundesbürger beschwert hätten und der Versender trotzdem weitermachen würde. Ein absurder Gedanke.

4. Problembereich: Sachlicher Anwendungsbereich

Nach Ansicht von *IN-telegence* fallen nur solche Werbe-Mails unter § 13 a TKV, bei denen die Mehrwertdienste-Rufnummern explizit erwähnt wird. Wird in der Mail lediglich ein Link zu einer Webseite oder einem direkten Dialer-Download erwähnt, soll die TKV nicht greifen.

Dieser Punkt ist außerordentlich unklar und wird wahrscheinlich noch Gegenstand zahlreicher gerichtlicher Auseinandersetzungen sein. Zunächst sprechen keine Argumente dafür, warum nicht auch o.g., mittelbare Werbe-Aktionen unter § 13 a TKV fallen sollten. Weder die Gesetzesentstehung noch der konkrete Wortlaut begrenzen den sachlichen Anwendungsbereich. Bei einer solchen Interpretation sind jedoch qualifizierte

Voraussetzungen an das Merkmal der „gesicherten Erkenntnis“ zu stellen. Andernfalls würde die Handlungspflicht der Netz-Provider extrem weit ausgedehnt.

Beispiel: Verbraucher X beschwert sich über eine E-Mail, die für eine Webseite wirbt, „auf der irgendwo eine 0190-Rufnummer auftauchen soll“.

Hier kann es dem Netz-Betreiber nicht zugemutet werden, zeit- und kostenintensive Recherchen anzustellen, womöglich zuerst die betreffende Software auf der Webseite ausfindig zu machen, dann auf einem Test-System zu installieren, um zu überprüfen, ob sich unter den vom Dialer benutzten Telefonnummern auch welche des Netz-Betreibers sind.

Vielmehr wird man in diesen Fällen nur dann von „gesicherter Erkenntnis“ sprechen können, wenn der Verbraucher die konkreten Umstände des Einzelfalls schon in der E-Mail annähernd substantiiert nachgewiesen hat (z.B. durch Screenshots). Andernfalls würde man hier dem Netz-Provider eine uferlose Überprüfungs- und Kontrollpflicht auferlegen.

IX. Gesamtergebnis

1. § 13 a TKV statuiert einen gesetzlichen Fall der Mitstörerhaftung.
2. Eine Definition des Merkmals „gesicherte Erkenntnis“ ist durch die bisher ergangene Rechtsprechung zu § 11 TDG als hinreichend klar anzusehen.
3. Durch § 13 a TKV werden dem Netz-Provider keine unverhältnismäßigen Pflichten auferlegt.
4. Es muß sich nicht um ein und denselben Verbraucher handeln, der die Beschwerde vorträgt.
5. Auch bloße mittelbare, rechtswidrige Werbung für eine Mehrwertdienste-Nummer fällt unter § 13 a TKV. In einem solchen Fall sind jedoch qualifizierte Anforderungen an das Merkmal der „gesicherten Erkenntnis“ zu stellen.