

NEWSLETTER

Nr. 36 April 2006

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	1
Vorwort	1
Kölner Tage des IT-Rechts oder: Krisenmanagement bei IT-Verträgen	2
Unzulässigkeit der Speicherung dynamischer IP-Adressen bei Flatrate-Angeboten – Handlungsbedarf zur Erstellung einer Datenschutzrichtlinie	3
Unwiderruflichkeit der Urlaubserteilung	4
Zulässigkeit eines „Nullausgleichs“ bei Gewinnabführungsvertrag	5
Kardinalpflichten oder: Ist die Beschränkung der Haftung in AGB überhaupt noch möglich?	6
Neues zum UWG: Was ist „unangemessene unsachliche Beeinflussung“?	8
ERG-Bericht über Marktanalysen und Regulierungsverfügungen bezüglich der Märkte 10-12 und 15-16 . 9	
Licht am Ende des Tunnels? Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof veröffentlicht Schlussanträge i.S. bestandskräftige Lizenzgebührenbescheide	11
Konsolidierung des US-amerikanischen Telekommunikationsmarktes	12
Innovationsanreize durch Regulierung?	15
Probleme mit der Umsetzungspraxis des Elektro- und Elektronikgesetzes (ElektroG) ab dem 01.07.2006	16
Termine	17
Impressum	18

Vorwort

Liebe Leserinnen und Leser,

wir freuen uns, Sie auch in diesem Monat mit einer Reihe interessanten Beiträgen versorgen zu können. So verdient insbesondere die neuste Entwicklung des Lizenzgebührenstreits vor dem EuGH besonderes Augenmerk, da hier möglicherweise eine Entscheidung mit weit reichenden Folgen eingeläutet wurde. Auch das neue Elektro- und Elektronikgesetz wirft Fragen auf, die Telekommunikationsanbieter betreffen könnten. Aus dem wirtschaftsrechtlichen Bereich stellen wir Ihnen einige bemerkenswerte Urteile vor, insbesondere eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu mittels AGB vereinbarter Haftungsklausel, sowie des Bundesarbeitsgerichts zur Erteilung von Urlaub durch den Arbeitgeber.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre und frohe Ostertage!

Mit Anfragen, Kritik und Anregungen erreichen Sie uns gerne unter newsletter@ra-ps.biz.

IT-Recht

Kölner Tage des IT-Rechts oder: Krisenmanagement bei IT-Verträgen

Die vom Otto-Schmidt-Verlag veranstalteten Kölner Tage zum IT-Recht, die zugleich von der Zeitschrift Computer und Recht sowie der DGRI veranstaltet werden, haben sich in den letzten Jahren zu einem der maßgeblichen Foren im Bereich IT-Recht entwickelt. Wer sich mit IT-Recht beschäftigt, der muss hier hin! (Das sagt der Verfasser dieser Zeilen nicht, weil er Schriftleiter der CR ist, sondern weil hier hochkarätige Referenten und Teilnehmer aufeinander treffen).

In diesem Jahr stand die Veranstaltung unter dem Titel „Krisenmanagement im IT-Bereich“, wobei Krisenszenarien, Vermeidungsstrategien und Gestaltungshinweise besprochen werden sollten. Referenten waren unter anderem die in diesem Bereich sehr bekannten Fachleute Rechtsanwalt Prof. Bartsch, Rechtsanwalt Dr. Büchner, Rechtsanwalt Dr. Redeker, Rechtsanwalt Prof. Schneider und Prof. Spindler. Gerade solche Veranstaltungen zum IT-Vertragsrecht sind für alle Vertragsrechtler von Interesse, weil hier moderne Vertragstypen diskutiert werden, bei denen auch in anderen Bereichen zu beobachtende Probleme, die das BGB nicht ohne Weiteres lösen kann, auftreten. Des Weiteren findet man im EDV-Bereich große, komplizierte Projekte, von denen man auch etwas für andere Groß- (weil Projekt-) Verträge lernen kann. In dieser Hinsicht verdienen die Beiträge von Spindler (Haftungs- und Pflichtenpotenzial außerhalb des Vertragsrechts), Bartsch (Risiken zwischen faktischem Projektstart und Abschluss des Projektvertrags), Schneider (typische Krisenthemen beim Projektvertrag aus der Auftraggeberperspektive), Redeker (typische Krisenthemen beim Projektvertrag aus der Auftragnehmerperspektive) und Büchner (Krisenszenarien beim Outsourcing) besondere Beachtung.

Spindler sprach u.a. das Problem an, dass – obwohl das GmbHG keine mit § 91 Abs. 2 AktG vergleichbare Pflicht kennt – über eine entsprechende Anwendung im Rahmen des § 43 GmbHG auch der GmbH-Geschäftsführer entsprechende Risikovorsorge (auch gerade im IT-Bereich) treffen muss. Dies dürfte sicherlich für größere GmbHs (insoweit in analoger Anwendung von § 91 Abs. 2 AktG) zutreffen. Bartsch ging daran anschließend auf die Probleme ein, die sich ergeben, wenn ein Projekt begonnen wird, bevor der eigentliche Vertrag geschlossen worden ist. Dies kommt naturgemäß bei Software-Projekten regelmäßig vor, aber auch in anderen Bereichen ist dies nicht ungewöhnlich. Hilfreich wäre aber, wenn sich die Parteien des sich daraus ergebenden Risikos bewusst wären und es entsprechend vertraglich behandeln. Ob man dies dann mit der „Krücke“ eines „Letter of Intent“ (LoI) macht, ist Geschmacksfrage. Viele solcher LoI leiden aber darunter, dass sie grundsätzlich (man beachte das Wort „Intent“ = „Absicht“) unverbindlich gemeint sind, während die Parteien doch in Wirklichkeit etwas Verbindliches, das aber für eine Übergangszeit, wollen. Bartsch diskutierte daran anschließend, ob es nicht günstiger wäre, einen eigenen Planungsvertrag (wie etwa den Vertragstyp DVB-Planung) oder gar einen frühen Projektvertrag, dann aber mit Auflösungsmöglichkeiten, zu schließen. Dies ist sicher eine Frage des Einzelfalls, Geschäftsführung und Juristen sollten aber in jedem dieser Fälle bedenken, dass ein halbgarer Vertrag häufig schlimmer ist als gar kein Vertrag.

Schneider beschäftigte sich daran anschließend mit den wesentlichen Krisenthemen bei solchen Projektverträgen, diesmal aus der Auftraggeberperspektive. Dazu gehören gerade im Software-Bereich die fehlende oder unzureichende fachliche Leistungsbeschreibung (s. dazu unseren Newsletter Nr. 33: Grundlagen des IT-Projekts). Dieses Problem besteht jedoch nicht nur bei den klassischen Software-Verträgen, sondern auch in anderen technisch geprägten Bereichen, bei denen die zu erbringende Leistung nicht ordentlich erfasst und beschrieben wird. Schneider sprach darüber hinaus die Problemkreise der Mitwirkungspflichten des Auftraggebers (und die Anforderungen an die Einforderung seitens des Auftragnehmers), die Rolle der Dokumentation (Handbücher, Bedienungsanleitung, Installationsanleitung, Programmbeschreibung etc.) sowie die Ansprüche und Forderungen hinsichtlich des Quellcodes an. Redeker nahm daran anschließend den Ball auf und beschrieb die typischen

Krisenthemen aus der Auftragnehmerperspektive. Aus seiner Sicht waren dies die Bereiche Kontrolle des Projektfortschritts, Änderungsmanagement, Verhalten bei fehlender oder unzureichender Leistungsbeschreibung, fehlendes Mitwirkungsansinnen des Auftraggebers, Verhalten bei drohendem und/oder auch gewünschtem Scheitern des Projektes sowie die Themen Abnahmeverfahren, Quellcode und weitere Nebenleistungen. Insoweit waren sich die beiden Kollegen weitgehend hinsichtlich der Krisenthemen beim Projektvertrag (Software) einig.

Von den Themen am zweiten Tag ist der Vortrag von Büchner zu den Krisenszenarien beim Outsourcing zu erwähnen. Das Outsourcing spielt ja für zahlreiche Firmen, deren Kernkompetenz nicht die EDV ist, die aber dennoch auf EDV zur Erbringung ihrer Kernkompetenz angewiesen sind, eine wesentliche Rolle. Auch Büchner beschrieb die problematische Situation, wenn unklar ist, welche Leistungen der Outsourcing-Provider übernehmen soll und welche er dann wirklich übertragen bekommt. Dies entspricht dem bereits vorbeschriebenen Problem, dass in zahlreichen komplexen Verträgen die Erfassung der zu erbringenden Leistung nicht sorgfältig genug erfolgt und damit Ärger vorprogrammiert ist. Als weitere Krisenszenarien beschrieb er gerade bei den Langzeitverträgen den Umstand der Preisänderungen im Markt. Dafür schlug Büchner Klauseln vor, die eine Neuverhandlungs- bzw. Anpassungspflicht vorsehen. Anschließend sprach er den Fall der Vertragsbeendigung an, bei dem dann regelmäßig die outgesourcten Leistungen wieder in das Unternehmen direkt überführt werden sollen (vergleichbar ist aber auch der Fall, dass nach Vertragsbeendigung ein anderer Provider die Leistung erbringen soll). Diese Situation ist in einem solchen Vertrag dringend zu regeln, da die von der Rechtsprechung teilweise vorgenommene Herleitung einer solchen „Begleitungsspflicht bei der Migration“ aus § 242 BGB auf wackeligen Füßen steht. Daher muss dringend geregelt werden, dass bei Vertragsbeendigung der alte Provider jede erforderliche und angemessene Beendigungsunterstützung zu leisten hat, um die Übertragung der Leistungen ohne Störung des IT-Betriebs zu gewährleisten.

Insgesamt konnten die Kölner Tage des IT-Rechts wieder einmal ihren Ruf bestätigen: Sie sind nicht nur im Bereich der Referenten erstklassig besetzt und für echte EDV-Juristen von hohem Erkenntniswert, sondern auch für (Syndikus-) Anwälte hilfreich, die sich entweder nur gelegentlich mit IT-Rechtsfragen beschäftigen oder aber ansonsten mit modernen Vertragstypen (wie etwa TK- oder Medien-Verträgen) zu tun haben.

Weitere Informationen: RA Dr. Fabian Schuster, Tel.: +49 (211) 68 78 88-28

E-Mail: schuster@ra-ps.biz

Unzulässigkeit der Speicherung dynamischer IP-Adressen bei Flatrate-Angeboten – Handlungsbedarf zur Erstellung einer Datenschutzrichtlinie

In dem Streit eines Betroffenen mit T-Online über die Zulässigkeit der Speicherung von dynamischen IP-Adressen bei Diensten, die nach Festpreisen abgerechnet werden, hat das LG Darmstadt (Az. 25 S 118/05) nun T-Online verurteilt, die dynamische IP-Adresse „**umgehend**“ nach der Beendigung der Verbindung zu löschen.

Zur Begründung führt das LG Darmstadt aus, dass die Kenntnis der dynamischen IP-Adresse bei diesem Geschäftsmodell weder für die Entgeltermittlung, noch die Entgeltabrechnung erforderlich ist. Die Notwendigkeit der Speicherung der dynamischen IP-Adressen zur Missbrauchsbekämpfung nach § 100 TKG verneinte das LG Darmstadt im konkreten Fall ebenfalls. Ebenso wenig sieht es eine Erforderlichkeit zur Speicherung der Daten zur Sicherstellung und Erhöhung der Datensicherheit.

Hinsichtlich der Erhebung und Speicherung des Datenvolumens stellt das Gericht klar, dass dieses überhaupt nur erhoben werden dürfte, falls von diesem die Berechnung eines Entgelts abhinge (§ 96

Abs. 1 Nr. 2 TKG). Das wurde im konkreten Fall verneint. Das Datum des Anfangs und des Endes der jeweiligen Verbindung durfte im konkreten Fall zulässigerweise gespeichert werden, weil bei T-Online in Abhängigkeit von der Zugangsart auch zeitabhängige Entgelte entstehen könnten.

In Bezug auf die Löschung der IP-Adresse ist nicht das Zeitfenster zwischen dem Ende der Verbindung und der Löschung entscheidend. Hier hat des LG Darmstadt nichts Neues „entwickelt“. Vielmehr ergibt sich das kurze zulässige Zeitfenster aus dem Gesetz (§§ 96 Abs. 2, 97 Abs. 2 TKG). Entscheidend ist die Feststellung des LG Darmstadt, dass das Datum des Endes der Verbindung nicht zur Entgeltabrechnung bei Festpreistarifen erforderlich ist. Obwohl diese Entscheidung keine allgemeingültige Wirkung hat, sondern nur zwischen dem Kläger und Beklagten Rechtswirkung entfaltet, ist gerade diese tatsächliche Aussage grundsätzlich verallgemeinerungsfähig. Sie wird für die meisten Anbieter Auswirkung haben.

Gleichwohl bleibt für jeden Anbieter von Festpreistarifen zu prüfen, ob nicht im konkreten Einzelfall eine Konstellation vorliegt, die, insbesondere zur **Missbrauchsbekämpfung** (§ 100 TKG), eine **Speicherung auch über das erlaubte Zeitfenster hinaus zulässig oder sogar erforderlich** macht. Bei der Missbrauchsbekämpfung ist eine Vielzahl solcher Konstellationen denkbar! Auch der Bundesbeauftragte für den Datenschutz als Aufsichtsbehörde im Bereich Telekommunikationsdatenschutz hat anerkannt, dass – insbesondere zur Missbrauchsbekämpfung – eine Speicherung zulässig sein kann. Aber Achtung: Bestimmte Verfahren zur Missbrauchsbekämpfung müssen den Aufsichtsbehörden angezeigt werden.

Die Entscheidung sollte daher zum Anlass genommen werden, die **Datenschutzpolitik im Unternehmen grundlegend datenschutzrechtlich zu analysieren** und eine Datenschutzrichtlinie aufzustellen oder die bestehende zu überarbeiten.

Es besteht konkreter Handlungsbedarf. Denn die Löschungspflicht hat für die betroffenen Unternehmen eine kuriose Auswirkung: Wird die Speicherung ohne gesetzliche Rechtfertigung fortgesetzt, sind Konflikte mit Kunden und Datenschutzaufsichtsbehörden zu erwarten. Wird zukünftig hingegen datenschutzkonform grundsätzlich gelöscht, sind Auseinandersetzungen mit den Sicherheitsbehörden vorprogrammiert. Denn diesen werden zwangsläufig Informationen vorenthalten, die diese bis dahin problemlos erhalten haben. Mit der deutlichen Kommunikation einer neuen bzw. aktualisierten Datenschutzrichtlinie kann beiden Seiten zugleich der „Wind aus den Segeln“ genommen und den Konfliktsituationen bereits im Vorfeld effizient begegnet werden.

Weitere Informationen: RA Jens Eckhardt, Tel.: +49 (211) 68 78 88-98
E-Mail: eckhardt@ra-ps.biz

Arbeitsrecht

Unwiderruflichkeit der Urlaubserteilung

Mit dem Urteil vom 14.03.2006, Az.: 9 AZR 11/05, legt das Bundesarbeitsgericht eine hochaktuelle Entscheidung zum Urlaubsrecht, genauer gesagt zur Urlaubserteilung durch den Arbeitgeber, vor. Aus diesem Anlass wollen wir nicht nur eine kurze Zusammenfassung des Urteils, sondern auch einige allgemeine Hinweise zur Urlaubserteilung geben:

In dem zugrunde liegenden Fall hatte der beklagte Arbeitgeber dem klagenden Arbeitnehmer gekündigt und diesen mit Kündigungsschreiben „unter Anrechnung noch offener Urlaubsansprüche bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 31.07.2002“ von der Arbeitsleistung freigestellt. Nachdem

der Kläger während der Kündigungsfrist dementsprechend nicht mehr gearbeitet hatte, verlangte er nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Abgeltung seines Resturlaubs. Sein Urlaubsanspruch sei während der Kündigungsfrist nicht erfüllt worden, da der Arbeitgeber ihn im Kündigungsschreiben nicht ausdrücklich unwiderruflich von der Arbeitspflicht befreit habe.

Sowohl die Vorinstanzen als auch das BAG haben die Klage abgewiesen und entschieden, dass der Urlaubsanspruch des Klägers durch die Freistellung unter Anrechnung der noch offenen Urlaubsansprüche während der Kündigungsfrist erloschen ist. Es ist nämlich nicht erforderlich, dass der Arbeitgeber bei der Urlaubserteilung ausdrücklich darauf hinweist, dass der Urlaub unwiderruflich erteilt werde. Vielmehr ist es ausreichend, dass die Urlaubserteilung nicht unter dem Vorbehalt des Widerrufs durch den Arbeitgeber erfolgt.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die einmal von dem Arbeitgeber vorgenommene **Urlaubserteilung unwiderruflich** ist. Insbesondere kann nicht aus § 242 BGB bzw. der daraus resultierenden Treuepflicht eine Verpflichtung des Arbeitnehmers, bei Personalengpässen den Urlaub zu verschieben oder zu unterbrechen, hergeleitet werden. Zwar sind gem. § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers nur insoweit zu berücksichtigen, als sie nicht dringenden betrieblichen Belangen oder Urlaubswünschen anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, entgegenstehen. Das daraus resultierende Recht des Arbeitgebers, dem Arbeitnehmer den von ihm gewünschten Urlaub zu verweigern, besteht allerdings lediglich **vor Urlaubserteilung**. Ist der Urlaub seitens des Arbeitgebers einmal erteilt, kann sich dieser nicht mehr auf § 7 Abs. 1 Satz 1 BUrlG berufen, sondern ist an die von ihm vorgenommene Urlaubserteilung gebunden. Ob in echten Notfällen allerdings etwas anderes gilt, hat der zuständige Senat des Bundesarbeitsgerichts bisher ausdrücklich offen gelassen. Auch eine Vereinbarung, in der sich der Arbeitnehmer verpflichtet, den Urlaub im Bedarfsfall abzubrechen oder zu verschieben, wird vom Bundesarbeitsgericht als Verstoß gegen zwingendes Recht und damit als nichtig betrachtet.

Weitere Informationen: RAin Birgit Kemper, Tel.: +49 (211) 68 78 88-88

E-Mail: kemper@ra-ps.biz

Gesellschaftsrecht

Zulässigkeit eines „Nullausgleichs“ bei Gewinnabführungsvertrag

Mit seinem Urteil vom 13.02.2006 (Az.: II ZR 392/03) hatte der BGH darüber zu entscheiden, ob der einem Gewinnabführungsvertrag zustimmende Beschluss der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft deshalb anfechtbar ist, weil der Vertrag den Ausgleich für außenstehende Aktionäre auf € 0,00 festgesetzt hat.

In dem zugrunde liegenden Fall war die Klägerin Aktionärin der beklagten AG, einer seit längerem defizitär arbeitenden Straßenbahngesellschaft. Diese schloss mit ihrer Mehrheitsaktionärin einen Gewinnabführungsvertrag i.S.d. § 291 Abs. 1 Satz 1 2. Alt. AktG. Ein solcher Gewinnabführungsvertrag sieht vor, dass die sich verpflichtende AG ihren gesamten Gewinn an ein anderes Unternehmen, hier die Mehrheitsaktionärin, abführt. Weiterhin muss er gem. § 304 AktG einen angemessenen Ausgleich für die Minderheitsaktionäre durch eine auf die Anteile am Grundkapital bezogene wiederkehrende Geldleistung vorsehen. Im vorliegenden Fall beinhaltete der Gewinnabführungsvertrag einen Ausgleich für außenstehende Aktionäre in Höhe von € 0,00. Die Hauptversammlung der Beklagten stimmte dem Vertrag zu. Die hiergegen gerichtete Anfechtungsklage der Klägerin blieb in allen Instanzen erfolglos.

Der Senat hat die Anfechtbarkeit des zustimmenden Hauptversammlungsbeschluss sowohl aus materiellen als auch aus formellen Gründen abgelehnt: In formeller Hinsicht weist der BGH darauf hin, dass Fragen der Angemessenheit einer Ausgleichsregelung einschließlich derjenigen eines so genannten Nullausgleichs nicht im Wege der Anfechtungsklage, sondern nur in dem dafür vom Gesetz vorgesehenen Spruchverfahren (vgl. § 293 c AktG) geltend gemacht werden. In materieller Hinsicht kann nach Ansicht des Senats auch ein Nullausgleich angemessen sein, wenn ein positiver Ertrag der Aktiengesellschaft ohnehin nicht zu erwarten wäre.

Obwohl sich das Urteil lediglich auf eine Aktiengesellschaft bezieht, kann es auch **Auswirkungen auf das GmbH-Recht** haben. Obwohl der Gewinnabführungsvertrag im Aktiengesetz geregelt ist und als Vertragspartei nur Aktiengesellschaften bzw. Kommanditgesellschaften auf Aktien als Vertragsparteien vorsieht, ist anerkannt, dass auch eine GmbH einen Gewinnabführungsvertrag schließen kann. Die Vorschriften der §§ 291 ff. AktG sind dann jedenfalls teilweise analog anwendbar. Ob allerdings auch § 304 AktG analog auf eine GmbH anwendbar ist, sodass auch bei einem Ergebnisabführungsvertrag, an dem eine GmbH als Gewinn abführende Gesellschaft beteiligt ist, einen Ausgleich für Minderheitsgesellschafter vorsehen muss, ist umstritten und noch nicht höchstrichterlich entschieden. Diese Frage hängt im Ergebnis mit der Fragestellung zusammen, mit welcher Mehrheit der Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung einer solchen GmbH zum Gewinnabführungsvertrag erfolgen muss. Auch dies ist umstritten und noch nicht endgültig entschieden. Geht man davon aus, wiewohl von der überwiegenden Meinung gefordert, dass ein Gewinnabführungsvertrag zu seiner Wirksamkeit einen von allen Gesellschaftern einer GmbH gefassten Zustimmungsbeschluss erfordert, kann man davon ausgehen, dass die Minderheitsgesellschafter keinen weiteren Schutz benötigen, sodass eine Ausgleichsklausel nicht zwingend erforderlich ist. Lässt man jedoch eine qualifizierte Mehrheit für die Zustimmung zum Abschluss des Gewinnabführungsvertrags ausreichen, wird eine analoge Anwendung des § 304 AktG erwogen. Nach den Grundsätzen des vorliegenden BGH-Urteils könnte ein solcher Ausgleich jedoch unter Umständen in einem Nullausgleich bestehen.

Weitere Informationen: RAin Birgit Kemper, Tel.: +49 (211) 68 78 88-88

E-Mail: kemper@ra-ps.biz

Zivil- und Handelsrecht

Kardinalpflichten oder: Ist die Beschränkung der Haftung in AGB überhaupt noch möglich?

Jeder Jurist, der einmal AGB gestaltet hat, kennt das Problem: Wie kann die Haftung überhaupt beschränkt werden? Insbesondere gilt dies für leicht fahrlässiges Handeln, denn eine Beschränkung bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit ist schon per se ausgeschlossen (§ 309 Ziff. 7 d BGB). Hiervon gibt es **nur wenige Ausnahmen**, etwa im Bereich des Personenbeförderungsgesetzes, bei Rechtsanwälten und auch für TK-Dienstleistungen (§ 7 TKV). Unternehmen aus allen anderen Branchen stehen – zumindest im Regelfall – vor dem Problem, dass sie möglicherweise bei einem außerordentlich geringen Vertragsvolumen etwa für Folgeschäden haften müssen (man denke nur an die §§ 280 ff. BGB), die den Vertragswert um ein Vielfaches übersteigen können. Gelegentlich hat der BGH in älterer Rechtsprechung Ausnahmen zugelassen (wie etwa die Möglichkeit von Reinigungsgeschäften, die Haftung auf das 15-fache des Reinigungspreises zu begrenzen), in neuerer Rechtsprechung ist eine solche – aus wirtschaftlicher Sicht regelmäßig zu begrüßende – Möglichkeit der betragsmäßigen Haftungsbegrenzung nicht mehr vorgekommen (soweit ersichtlich).

Für den Bereich der leichten Fahrlässigkeit wurde die grundsätzlich vom AGB-Recht vorgesehene Möglichkeit der Haftungsbegrenzung durch die Rechtsprechung des BGH zu den so genannten

Kardinalpflichten so stark eingeschränkt, dass ein anerkannter AGB-Rechtler in einem Fachaufsatz dazu einmal angemerkt hat, dass man damit die Haftung in AGBs faktisch gar nicht mehr beschränken könne. Diese (zutreffend beobachtete) Konsequenz hat mit der **wirtschaftlichen Realität** nichts mehr zu tun, insbesondere amerikanischen Unternehmen (man denke nur an Software-Hersteller) ist diese Konsequenz kaum mehr zu erklären. Die vertragsgestaltende Praxis hat sich damit beholfen, dass hinsichtlich der Verletzung von Kardinalpflichten eine Beschränkung auf den vertragstypischen und vorhersehbaren Schaden aufgenommen wurde.

In einem Urteil vom Juli 2005 (Az. VIII 121/04, s. NJW 2006, 46 – nur Leitsätze –, mit Gründen in NJW-RR 2005, 1496) hat der BGH nunmehr im Bereich des Vertragshändlervertrags aufmerksame Juristen aufgeschreckt. Nach dieser Entscheidung kann von einem durchschnittlichen Vertragshändler (es geht also um **AGB im kaufmännischen Verkehr!**) als juristischem Laien nicht erwartet werden, dass er den Inhalt der BGH-Rechtsprechung zu den so genannten „Kardinalpflichten“ kennt. Ihm würde sich deshalb ohne nähere Erläuterung auch bei aufmerksamer und sorgfältiger Lektüre der AGBs nicht erschließen, was mit diesen „Kardinalpflichten“ gemeint ist. Der Hersteller hatte die AGBs wie folgt formuliert: „Jedoch haftet ... nur für den aus einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Vertragsverletzung resultierenden Schaden, soweit es sich nicht um die Haftung für die Verletzung von Kardinalpflichten handelt.“ [Herv. nur hier]

Diese Bestimmung soll nach Ansicht des BGH den Anforderungen des Transparenzgebots gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht gerecht werden. Der Hintergrund der Rechtsprechung zu den Kardinalpflichten war, dass eine solche formularmäßige Freizeichnung von der Haftung für einfache Fahrlässigkeit nicht zur Aushöhlung von vertragswesentlichen Rechtspositionen des Vertragspartners führen darf, etwa weil sie ihm solche Rechte wegnimmt oder einschränkt, die ihm der Vertrag nach seinem Inhalt und Zweck gerade zu gewähren hat. Ferner soll die Haftungsbeschränkung nicht dazu führen, dass der Verwender von Verpflichtungen befreit wird, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmäßig vertraut und vertrauen darf (s. BGH, NJW-RR 2005, 1505). Der BGH führt sodann zu der vorgenannten Klausel aus, **der Begriff der Kardinalpflichten sei in der Gesetzessprache unbekannt**, würde aber in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes verwendet (in der Tat!). Nach Auffassung des Gerichts handelt es sich dabei um die Kennzeichnung einer konkret beschriebenen, die Erreichung des Vertragszwecks gefährdenden, wesentlichen Pflichtverletzung oder abstrakt erläutert als Pflicht, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmäßig vertrauen darf (BGH a.a.O.).

Daran anschließend stellt das Gericht – insoweit in Übereinstimmung mit dem OLG – fest, dass „jedoch nicht erwartet werden“ kann, dass „der durchschnittliche Händler als juristische Laie den Inhalt dieser Rechtsprechung kennt“. Einem daraus folgenden Verstoß gegen das Transparenzgebot steht nach Auffassung des höchsten Gerichts auch nicht entgegen, dass eine Konkretisierung dieser Kardinalpflichten praktisch nicht durchführbar wäre. Zwar bestünde die Verpflichtung, den Klauselinhalt klar und verständlich zu formulieren, nur im Rahmen des Möglichen. Ob dieser Rahmen bei einer **konkreten Aufzählung von vertragswesentlichen Pflichten** – oder Regelbeispielen dafür – überschritten würde, weil sie notwendigerweise unvollständig wäre und nahe legen würde, dass die nicht genannten Pflichten keine wesentlichen Vertrags- oder Kardinalpflichten seien, könne dahinstehen (wieder eine echte Hilfestellung für die Praxis). Das Gericht führt wörtlich aus: „Möglich wäre aber jedenfalls eine abstrakte Erläuterung des Begriffs der Kardinalpflicht, wie sie von der Rechtsprechung definiert wird, ohne dass die für den Typus des Vertragshändlervertrags wesentlichen Vertragspflichten, bei deren Verletzung der Vertragszweck gefährdet ist, abschließend aufgezählt werden müssten.“

Dahinter steht das Problem, dass eine „**Detailverliebtheit**“ in der AGB-Gestaltung zum Verdikt der Intransparenz führen kann (s. dazu *Kappus*, NJW 2006, 16). Es kommt das Problem hinzu, dass im Rahmen dieser Rechtsprechung § 307 Abs. 2 im Bereich von Haftungsausschlüssen bei leichter Fahr-

lässigkeit eine Lücke schließen muss, die das Gesetz mit § 309 Nr. 7 BGB offen gelassen hat (so zutreffend *Kappus*, a.a.O.). Zudem ist unbefriedigend, dass das Gericht die zentrale Änderung des Schuldrechts durch die Schuldrechtsreform, nämlich die Zentrierung der Leistungsstörung um die Pflichtverletzung in § 280 Abs. 1 BGB, nicht diskutiert hat. Denn konsequenterweise müsste dies auch auf § 307 Abs. 2 BGB mit der Folge angewendet werden, dass statt der schuldhaft verletzten Kardinalspflicht die Verletzung einer wesentlichen Pflicht ausreicht, um einen Haftungsausschluss bei leichter Fahrlässigkeit zu kippen (s. dazu *Kappus*, a.a.O.).

Die Lehren aus der neuen Rechtsprechung des BGH sind wohl noch nicht abschließend ersichtlich. *Kappus* (a.a.O.) schlägt im Anschluss an den Begründungstext des Urteils **folgende ergänzende Klausel** vor: „Der Begriff der Kardinalpflicht wird entweder zur Kennzeichnung einer konkret beschriebenen, die Erreichung des Vertragszwecks gefährdenden, wesentlichen Pflichtverletzung gebraucht oder abstrakt erläutert als Pflicht, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrags überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Vertragspartner regelmäßig vertrauen darf.“ Ob eine solche Klausel mit Blick auf das Urteil des BGH ausreichend ist, bedarf vertiefter Prüfung, jedenfalls sollte die aktuelle Rechtsprechung des BGH bei der Überprüfung oder Neugestaltung von AGB angemessen berücksichtigt werden.

Weitere Informationen: RA Dr. Fabian Schuster, Tel.: +49 (211) 68 78 88-28

E-Mail: schuster@ra-ps.biz

Wettbewerbs- und Kartellrecht

Neues zum UWG: Was ist „unangemessene unsachliche Beeinflussung“?

Durch das neue, im Sommer 2004 in Kraft getretene UWG hat der Gesetzgeber die alte wettbewerbsrechtliche Generalklausel durch Regelbeispiele unlauteren Wettbewerbs ergänzt. Im System dieser Regelbeispiele nimmt § 4 Nr. 1 UWG, der die „unangemessene unsachliche Beeinflussung“ der Verbraucher verbietet, wiederum eine generalklauselartige Funktion ein. Zwar gingen eine Reihe von Entscheidungen insbesondere auf dieses Regelbeispiel ein und stellten Bewertungsgrundsätze auf. Ein Verbot ist auf diese Regelung bislang jedoch kaum gestützt worden. Durch die nachhaltige Liberalisierung des UWG in den Bereichen der Kopplungsangebote, der sog. gefühlsbetonten Werbung, dem Wegfall des Rechts der Sonderveranstaltungen und weiteren Bereichen stellt sich daher die Frage, welchen Regelungsgehalt § 4 Nr. 1 UWG tatsächlich hat und wo die Grenzen zur Unlauterkeit tatsächlich verlaufen.

Ein unangemessener unsachlicher Einfluss ist dann anzunehmen, wenn der Werbende mit außerhalb der Sache liegenden Mitteln in einem solchen Ausmaß auf die Willensentscheidung des Verbrauchers einwirkt, dass dieser zumindest anstandshalber nicht umhin kann, auf das Angebot einzugehen, oder wenn die Rationalität der Nachfrageentscheidung des Verbrauchers ausgeschaltet wird. Ob dies der Fall ist, ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung und unter Zugrundelegung des Leitbilds des durchschnittlich informierten, verständigen und aufmerksamen Verbrauchers zu ermitteln.

Nicht ausreichend ist es, dass sich Kunden zu einem bloßen Gelegenheits- oder Verlegenheitskauf bemüht fühlen könnten oder aus reiner Bequemlichkeit oder sonstigen praktischen Gründen eine Ware kaufen. Auch die Verwendung reißerischer Begriffe und das in Aussicht stellen von Gewinnmöglichkeiten genügt als solches nicht. Durch das zusätzliche Kriterium der Unangemessenheit wird der Tatsache Rechnung getragen, dass der Versuch einer gewissen unsachlichen Beeinflussung der Werbung nicht fremd und auch nicht per se unlauter ist.

Einen konkreten Anhaltspunkt dafür, wann die Zulässigkeitsgrenze überschritten ist, bietet nun eine jüngst veröffentlichte Entscheidung des OLG Hamm (GRUR 2006, 86 – Sonntagsrabatt). Die Beklagte warb in der Sonntagsausgabe einer Zeitung am 06.06. für den sog. Sonntags-Verkauf-Rabatt mit folgender Ankündigung: „6.6. von 11.00 - 16.00 Uhr - Sonntags-Verkauf-Rabatt 25 % auf alle Küchen (außer Werbeware).“ Das OLG Hamm verbot diese Werbung wegen Verstoßes gegen § 4 Nr. 1 UWG. Jedem Händler stehe es nach Abschaffung des Rabattgesetzes zwar grundsätzlich frei, die Preise zu einem bestimmten Zeitpunkt auch allgemein zu senken und mit Rabatten zu werben. Etwas anderes könne aber gelten, wenn die Rabattaktion ohne zwingenden Grund zeitlich sehr stark begrenzt und dem Verbraucher deshalb nicht die erforderliche Zeit gelassen wird, die an sich erforderliche Prüfung von Vergleichsangeboten der Konkurrenz vorzunehmen. Wenn die Kaufentscheidung nicht nur durch die Anlockwirkung, sondern zusätzlich durch eine gewisse Intransparenz des Angebots beeinflusst werde, die gerade Folge eines bewusst angestrebten oder in Kauf genommenen unnötigen Zeitdrucks ist, könne darin auch nach dem neuen Recht eine unlautere Einflussnahme auf die Entscheidungsfreiheit gesehen werden. Für das OLG Hamm spielte hierbei eine besondere Rolle, dass die Werbeaktion nicht Waren betraf, die von den angesprochenen Verbrauchern regelmäßig ohne große Vorabinformationen und Preisvergleiche erworben werden, wie es bei Gebrauchsgütern des täglichen Lebens der Fall sein kann. Die Entscheidung betrifft daher im Wesentlichen hochwertige Waren, die von Verbrauchern typischerweise nach einer gewissen Zeit der Überlegung und des Vergleichens erworben werden. Auf Alltagskäufe wird sie dagegen nicht übertragbar sein.

Ob der Leitgedanke dieser Entscheidung in der zukünftigen Rechtsprechung Schule machen wird, bleibt abzuwarten. Denn mit ihr wird die alte Fallgruppe des sog. übertriebenen Anlockens faktisch wiederbelebt, die unter dem Einfluss der neuen Verbraucherleitbildes und der Liberalisierung des UWG in den vergangenen Jahren in Frage gestellt worden war.

Weitere Informationen: RA Dr. Jens Schulze zur Wiesche, Tel.: +49 (211) 68 78 88-60

E-Mail: schulze.zur.wiesche@ra-ps.biz

Telekommunikation (Ökonomie, Recht, Technik)

ERG-Bericht über Marktanalysen und Regulierungsverfügungen bezüglich der Märkte 10-12 und 15-16

Vor kurzem hat die ERG (European Group of Regulators; eine Organisation der nationalen Regulierungsbehörden und der EU-Kommission) einen Bericht zu den Marktanalysen und Regulierungsverfügungen bezüglich der Märkte 10 (Interconnection-Transitmärkte), 11 (Teilnehmeranschlussleitung inklusive Line Sharing), 12 (Bitstream Access), 15 („Mobilfunkoriginierung“) und 16 (Terminierung in individuellen Mobilfunknetzen) veröffentlicht. Der Bericht beschreibt die von den nationalen Regulierungsbehörden notifizierte Marktanalysen und Regulierungsverfügungen (Stand Juli 2005) und identifiziert dabei Ähnlichkeiten und Unterschiede zwischen der Vorgehensweise der verschiedenen Behörden auf den jeweiligen Märkten. Ziel des Berichts ist es, Hintergrundinformationen und weitere Anstöße für die Überarbeitung der Märkteempfehlung der EU-Kommission¹ sowie der ERG-Empfehlung „Common Position on Remedies“ zu geben.²

¹ Commission Recommendation of 11 February 2003 on relevant product and service markets within the electronic communications sector susceptible to ex ante regulation in accordance with Directive 2002/21/EC of the European Parliament and of the Council on a common regulatory framework for electronic communication networks and services. *Official Journal L 114*, 08/05/2003 P. 0045 - 0049

² http://www.erg.eu.int/documents/docs/index_en.htm

Bei einer Analyse des Berichts fällt auf, dass die Analysen und Ergebnisse der nationalen Behörden bezüglich einiger Märkte sehr ähnlich sind, während andere sehr unterschiedlich ausfallen. Die Differenzen auf den Märkten 11, 12 und 16 sind eher gering, während insbesondere die Märkte 10 und 15 erhebliche Unterschiede aufweisen.

Eine beträchtliche Marktmacht in **Markt 10** stellen acht von zwölf Behörden fest. Die unterschiedliche Bewertung beruht insbesondere darauf, ob die direkte Zusammenschaltung als Substitut zum Transit gesehen wird oder nicht. Diese Frage hat die österreichische Behörde bejaht und keine beträchtliche Marktmacht angenommen, wogegen die EU-Kommission ein Veto eingelegt hat. Auch die dänische und die britische Behörde haben die direkte Zusammenschaltung in ihre Marktanalysen aufgenommen.

Ein interessanter Unterschied besteht auch bezüglich der Transitediensten mit Ursprung und Ziel in Mobilfunknetzen. Nicht alle Behörden haben diese Dienste in den Marktanalysen berücksichtigt, und bisher hat nur die ARCEP (Frankreich) eine sektorspezifische Regulierung eingeführt.

Die Analysen des **Marktes 11** kommen alle zu dem Ergebnis, dass beträchtliche Marktmacht besteht und dass sämtliche regulatorische Verpflichtungen³ einzuführen sind. Einzige Ausnahme ist die BNetzA, die keine Verpflichtung zur getrennten Buchführung angeordnet hat.

Auch in **Markt 12** haben alle Behörden beträchtliche Marktmacht festgestellt, und acht von neun Behörden haben alle zur Verfügung stehenden Verpflichtungen auferlegt. Nur die finnische Behörde hat auf die Verpflichtungen zu getrennter Buchführung und kostenorientierten Preisen verzichtet. Unterschiedlich beurteilt wird jedoch vor allem die Frage, welche Technologien in die Analyse aufgenommen werden sollen (z.B. Kabelnetze). Uneinigkeit besteht weiterhin bezüglich der Preisregulierung. Einige Regulierungsbehörden haben kostenorientierte Entgelte auf Basis von LRIC (KeL) angeordnet, während andere sich für Retail-Minus als Entgeltfestlegungsmethodik entschieden haben.

In **Markt 15** herrscht große Uneinigkeit sowohl in Bezug auf die Marktdefinitionen und die Marktanalysen als auch in Bezug auf die auferlegten Verpflichtungen. Strittig ist, ob 3G-, VoIP- und SMS-Dienste zum Markt 15 gehören. Auch bei den Verpflichtungen gibt es große Unterschiede, wie folgende Tabelle veranschaulicht:

Behörde	ARCEP	CMT	Comreg
Land	Frankreich	Spanien	Irland
Verpflichtungen	<ul style="list-style-type: none"> • Zugangsverpflichtung 	<ul style="list-style-type: none"> • Nicht-Diskriminierung • Zugangsverpflichtung • Entgeltregulierung 	<ul style="list-style-type: none"> • Nicht-Diskriminierung • Getrennte Rechnungsführung • Zugangsverpflichtung

In **Markt 16** dagegen sind die Unterschiede zwischen den Ländern sehr gering. Alle Behörden kommen zu dem Ergebnis, dass beträchtliche Marktmacht vorliegt. Dies ist auch durch die Marktdefinition quasi vorgegeben. Weil alle Behörden jedes Netz als einen eigenen Markt definieren, haben alle Mobilfunkbetreiber 100 % Marktanteil und somit beträchtliche Marktmacht. In den meisten Ländern wurden alle verfügbaren Verpflichtungen auferlegt. Ausnahmen sind RTR (Österreich), Ofcom (UK), OP-

³ Diese sind: Transparenzverpflichtung, Nicht-Diskriminierung, Verpflichtung zur getrennten Buchführung, Zugangsverpflichtung und Verpflichtung zu kostenorientierten Preisen (siehe RICHTLINIE 2002/19/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 7. März 2002 über den Zugang zu elektronischen Kommunikationsnetzen und zugehörigen Einrichtungen sowie deren Zusammenschaltung (Zugangsrichtlinie)).

TA (Niederlande), EETT (Griechenland) und RRT (Litauen). In diesen Ländern wurde auf die Verpflichtung zur getrennten Buchführung verzichtet. Kleinere Unterschiede gab es weiterhin bei der Handhabung von 3G-Terminierung, Terminierung in MVNO-Netze, GSM-Gateways und Terminierung von Anrufen mit ausländischem Ursprung.

Als **allgemeine Schlussfolgerung** kann aus dem Bericht gezogen werden, dass die Marktanalysen und Regulierungsverfügungen in den EU-Ländern unterschiedlich gehandhabt werden. Die vorhandenen Unterschiede sind teilweise in der Methodik und der Vorgehensweise der Behörden zu finden, aber auch durch unterschiedliche Marktgegebenheiten in den verschiedenen Ländern vorgegeben.

Eine seit langer Zeit bestehende Diskussion in Europa ist die Aufgabenteilung zwischen EU-Kommission und den nationalen Regulierungsbehörden. Der ERG-Bericht liefert in dieser Diskussion eher Argumente für einen Fortbestand nationaler Regulierung. Allerdings ist die Bedeutung des Artikel-7-Verfahrens nicht zu unterschätzen, da es eine Plattform für die Harmonisierung der regulatorischen Methoden und Verfahren in der EU bildet. Der Bericht der ERG zeigt, dass die Methodik sich derzeit von Land zu Land unterscheidet; anhand des Artikel-7-Verfahrens können Unterschiede bewusst gemacht und anschließend zur Diskussion gestellt werden.

Weitere Informationen: Dipl.-Ökon. Martin Lundborg, Tel.: +49 (211) 68 78 88-31

E-Mail: lundborg@psc-ag.biz

Licht am Ende des Tunnels? Generalanwalt beim Europäischen Gerichtshof veröffentlicht Schlussanträge i.S. bestandskräftige Lizenzgebührenbescheide

In zwei Präzedenzverfahren wird derzeit vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) verhandelt, ob bestandskräftige, rechtswidrige Lizenzgebühren für Telekommunikationslizenzen nach dem TKG 1996 von der Bundesrepublik Deutschland den Gebührenzahlern zu erstatten sind. Unsere Kanzlei vertritt hier das Unternehmen i-21 Germany GmbH, das eine im Jahr 2000 gezahlte Lizenzgebühr von € 5.419.693 zurückfordert. Das Parallelverfahren des Unternehmens Arcor (als Rechtsnachfolgerin der ISIS Multimedia) über die Rückforderung einer Gebühr von € 67.316 wird von der Kanzlei Freshfields betreut. Eine Vielzahl von Gleichbehandlungsvereinbarungen mit der Regulierungsbehörde beziehen sich auf diese beiden Präzedenzverfahren mit der Folge, dass auch weitere Unternehmen vom Ausgang der Verfahren ggf. profitieren könnten. Im Falle einer Rückerstattungspflicht würden Millionenbeträge den Telekommunikationsunternehmen wieder für Investitionen zur Verfügung stehen.

Die Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof sind als sog. „Vorabentscheidungsersuchen“ nach Art. 234 EG vom Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) anhängig gemacht worden. Das BVerwG stellte dem EuGH folgende Fragen:

- Ist Artikel 11 Absatz 1 der Richtlinie 97/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. April 1997 über einen gemeinsamen Rahmen für Allgemein- und Einzelgenehmigungen für Telekommunikationsdienste (Lizenzierungsrichtlinie) dahin zu verstehen, dass er der Erhebung einer Lizenzgebühr entgegensteht, bei deren Berechnung von einer Vorauserhebung der Kosten des allgemeinen Verwaltungsaufwands einer nationalen Regulierungsbehörde für einen Zeitraum von 30 Jahren ausgegangen worden ist?
- Bei Bejahung der Frage 1: 2. Sind Artikel 10 EG und Artikel 11 der Lizenzierungsrichtlinie dahin zu verstehen, dass sie es gebieten, einen Gebührenbescheid, mit dem Gebühren im Sinne der Frage 1 festgesetzt worden sind und der nicht angefochten worden ist, obwohl das natio-

nale Recht das ermöglichte, aufzuheben, wenn das nationale Recht dies zulässt, aber nicht fordert?

Im Anschluss an die mündliche Verhandlung vor der großen Kammer des EuGH, die am 01.02.2006 stattfand, hat nun der Generalanwalt Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer am 16.03.2006 die Schlussanträge gestellt. Sehr eindeutig hat sich der Generalanwalt zur ersten Vorlagefrage – entsprechend der Rechtsauffassung der Klägerinnen – geäußert, dass die Lizenzgebühren nach dem TKG 1996 gemeinschaftswidrig gegen Art. 11 Abs. 1 verstießen. In der zweiten Vorlagefrage nimmt der Generalanwalt zunächst eine umfassende Abwägung zum Verhältnis zwischen Rechtssicherheit und der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts vor. Er betont hierbei, dass es keinen Grundsatz gebe, bestandskräftige Verwaltungsentscheidungen jeweils aufzuheben, wenn Gemeinschaftsrecht verletzt worden sei. Vielmehr müsse ein umfassender Abwägungsprozess stattfinden. In der vorliegenden Fallgestaltung der Lizenzgebührenbescheide sieht er allerdings Gesichtspunkte, dass wesentliche Grundsätze des Gemeinschaftsrechts verletzt wurden sowie ein Verstoß gegen die Billigkeit vorliegt. Allerdings beantwortet der Generalanwalt die zweite Vorlagefrage nicht mit einem eindeutigen „Ja“, sondern gibt die Entscheidung wieder zurück in die Kompetenz des BVerwG, das bei seiner Entscheidung allerdings die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zu beachten habe. Der Generalanwalt zeigt somit in seinen Schlussanträgen die Voraussetzungen auf, wann eine Überprüfung eines derartigen rechtswidrigen bestandskräftigen Gebührenbescheides veranlasst wäre, ohne jedoch die Überprüfung abschließend selbst vorzunehmen.

Viele Beobachter der EuGH-Rechtsprechung meinen, dass der EuGH in vier von fünf Fällen dem jeweiligen Schlussantrag des Generalanwalts folge. Im vorliegenden Fall bleibt allerdings besonders spannend, ob der EuGH in seinem Urteil abweichend vom Schlussantrag des Generalanwalts das Ermessen der nationalen Instanzen auf Null verdichten wird, die europarechtswidrigen Gebührenbescheide aufzuheben. Die Schlussanträge des Generalanwalts enthalten zumindest tendenziell positive Aussagen für diejenigen Telekommunikationsunternehmen, die auf die Rückerstattung der rechtswidrig gezahlten Lizenzgebühren warten.

Die Schlussanträge des Generalanwalts können von der Homepage des EuGH unter www.curia.eu.int → Rechtsprechung → Suchformular → Az.: C-392/04 abgerufen werden.

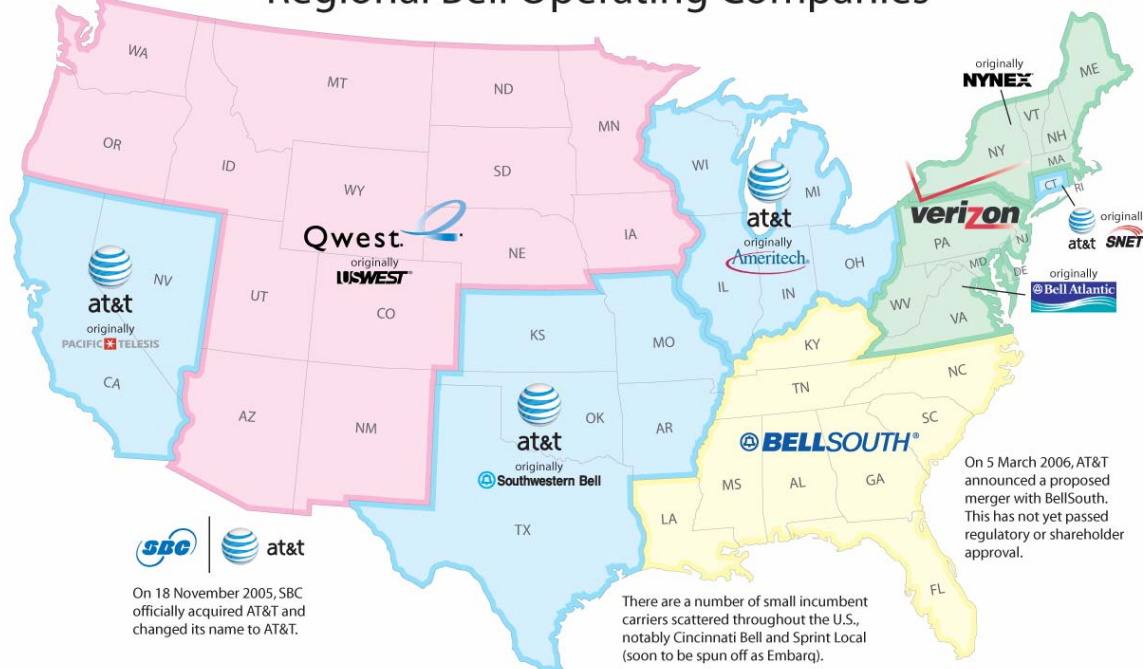
Weitere Informationen: RA Dr. Martin Geppert, Tel.: +49 (211) 68 78 88-38
E-Mail: geppert@ra-ps.biz

Konsolidierung des US-amerikanischen Telekommunikationsmarktes

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Entwicklung der Struktur des amerikanischen TK-Marktes in den letzten gut 20 Jahren. Im Vordergrund dabei steht, wie sich die großen Player auf dem Markt verhalten haben und welchen Strukturwandel der Markt in der Zwischenzeit erlebt hat. Dies hat eine gewisse Bedeutung für die Tendenzen, die wir heute sehen, insbesondere die wieder stärker werdende Rolle von Infrastrukturen, seien es TK- oder Kabelnetze, im Zusammenhang mit dem Internet. Wer daher jünger ist als 30 Jahre und erst seit wenigen Jahren in der Telekommunikation beheimatet ist, braucht eigentlich gar nicht weiter zu lesen, denn viele der „alten Geschichten“ werden ihm gar nicht bekannt sein – ja, sie werden eher Befremden auslösen. Wer etwas älter ist und vielleicht schon zehn oder mehr Jahre in der Telekommunikation zugebracht hat, mag sich an das eine oder andere erinnern – und möglicherweise darüber nachdenken, ob derartige Fusionswellen und Konzentrationstendenzen auch in Europa möglich sind.

Zunächst einmal: „Back to the roots“. Der Wettbewerb und die Struktur auf dem US-amerikanischen Telekommunikationsmarkt war zu Beginn der 80er Jahre davon geprägt, dass die auch „Ma Bell“ – also „Mutter aller Telefongesellschaften“ – genannte Firma AT&T durch eine Gerichtsentscheidung, mit der der Richter Harold Greene enorme Berühmtheit als Regulierungsinstanz erlangte, zur Aufspaltung gezwungen wurde. Bei der Muttergesellschaft AT&T verblieb im Wesentlichen das Geschäft der bundesstaatsübergreifenden Kommunikation, während die jeweils regionale Kommunikation (Anschlüsse, lokale Telefonie und Telefondienst innerhalb der Bundesstaaten bzw. der Versorgungsgebiete, sog. LATAs (Local Access and Transport Areas)) von sieben so genannten Regional Bell Operating Companies (RBOCs) – auch als Baby Bells bezeichnet - übernommen wurde. Das Gebiet der USA wurde dementsprechend in sieben Regionen unterteilt, in denen die Unternehmen BellSouth, NYNEX, Bell Atlantic, Ameritech, US West, Southwestern Bell und Pacific Telesis vor allem das regionale und lokale Geschäft übernahmen. In der folgenden Grafik sind sowohl die ursprünglichen Regionen, in denen die 7 Baby Bells tätig waren (man beachte den Hinweis „originally“), als auch die aktuelle Situation dargestellt. Diese ist das Ergebnis einer beispiellosen Fusions- und Übernahmewelle, dazu unten mehr.

Regional Bell Operating Companies



Wettbewerb hatte es in den USA auch in den früheren Jahren im eingeschränkten Ausmaß durch neue Wettbewerber wie MCI, WorldCom oder Sprint gegeben. Ebenso gab es das Unternehmen GTE, das verschiedenen Aktivitäten sowohl aus dem TK-Bereich als auch aus anderen Industrien nachging. Es gab für AT&T und die RBOCs klare „Line of Business restrictions“, d.h. die Anschluss- und lokalen Märkte einerseits und die „long distance“-Märkte andererseits waren strikt getrennt, auch und gerade in Bezug auf Eintrittsmöglichkeiten. Mitte der 90er Jahre hatte man somit klare Blöcke mit 4-5 großen Long Distance Carriern und den 7 regionalen Gesellschaften. Der Mobilfunksektor war anders strukturiert. Weil es keine landesweiten Netze gab, lassen wir diesen Bereich in diesem Beitrag jedoch unberücksichtigt.

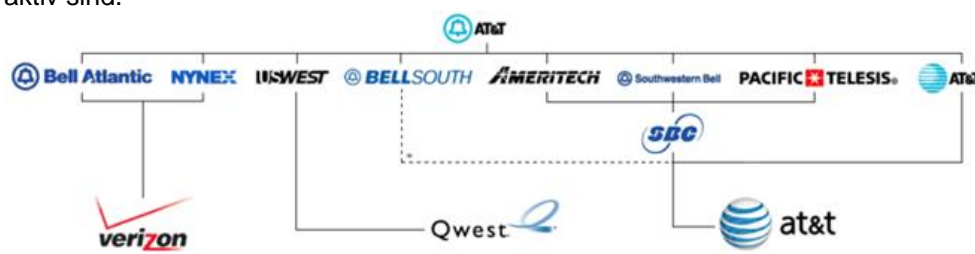
Mit dem Telecommunications Act 1996 sollten die starren Regelungen in Bezug auf den Eintritt in die Märkte, die die jeweilige „Marktgegenseite“ hauptsächlich bearbeitete, erleichtert werden. So sollte den Regional Bell Operating Companies erlaubt werden, auch in den Bereich des Fernverkehrs einzusteigen, wenn sie ihre Ortsnetze entsprechend anderen Anbietern öffneten. Alternative TNB (so ge-

nannte CLEC – competitive local exchange carriers) sollten sich v.a. auf der Grundlage verpflichtender Entbündelung entwickeln können, aber auch mittels eigener Infrastruktur. Auch eine bisher auf Fernverkehr spezialisierte Gesellschaft konnte ein CLEC werden. Begleitet wurde diese Entwicklung von den im Wesentlichen gleichen Diskussionen, die auch in Deutschland und der Europäischen Union im Zuge der Entbündelung geführt wurden. Die Öffnung der Ortsnetze war also Voraussetzung dafür, dass die RBOCs ihre Aktivitäten über den Wirkungskreis ihrer Versorgungsgebiete hinaus ausdehnen konnten.

Einhergehend mit der Lockerung der Regeln erkannten auch einige Anbieter, dass die geografische Ausdehnung sinnvoll mit einer Strategie des Zusammenschlusses mit anderen Unternehmen verknüpft werden konnte. So kam es, dass mehrere der Regional Bell Operating Companies sich bemühten, andere Unternehmen zu übernehmen und zu wachsen. Die Entwicklungen der „Fusions- und Übernahmewellen“ bzw. der strukturellen Marktveränderungen lassen sich wie folgt zeitlich kategorisieren:

- 1984** ⇒ Von AT&T werden die 7 **R**egional **B**ell **O**perating **C**ompanies (RBOC) – die „Baby Bells“ - abgespalten ⇒ NYNEX, Bell Atlantic, Ameritech, BellSouth Corporation, US West, SouthWestern Bell Corporation, Pacific Telsis Group
- 1995** ⇒ SouthWestern Bell Corporation wird in SBC Communications umbenannt
- 1997** ⇒ NYNEX kauft Bell Atlantic – der Name des neuen Unternehmens ist Bell Atlantic
- 1997** ⇒ SBC übernimmt SNET (Southern New England Telephone Company)
- 1998** ⇒ SBC übernimmt Pacific Telesis
- 1998** ⇒ MCI fusioniert mit LDDS Worldcom zur MCI WorldCom
- 1999** ⇒ MCI plant eine Fusion mit Sprint Telecom (damit würde AT&T auf Platz 2 im US TK-Markt gedrängt)
- 1999** ⇒ SBC übernimmt Ameritech
- 2000** ⇒ Bell Atlantic fusioniert mit GTE (General Telephone Electrics) zu Verizon
- 2000** ⇒ Die Fusion zwischen MCI WorldCom und Sprint Telecom scheitert aus kartellrechtlichen Gründen
- 2000** ⇒ US West fusioniert mit Qwest zu Qwest
- 2002** ⇒ Kapitel 11 (Gläubigerschutz) der MCI WorldCom – Namensänderung in MCI
- 2005** ⇒ Übernahme der ursprünglichen AT&T Corporation durch SBC; das Unternehmen wird in AT&T umbenannt
- 2006** ⇒ Verizon fusioniert mit MCI
- 2006** ⇒ AT&T kündigt die Übernahme von BellSouth an

Die neueste Entwicklung im Jahr **2006** ist somit die angekündigte Übernahme von BellSouth durch AT&T. Damit entstehen auf dem US-amerikanischen Markt letztendlich drei große Blöcke von Anbietern, die als voll integrierte Anschluss- und Übertragungsnetzbetreiber sowie auch Content-Anbieter aktiv sind.



„Evolution“ of AT&T

Daneben haben sich eine Reihe unterschiedlicher Geschäftsmodelle sowohl für den Anschlussnetzbe-
reich als auch im Mobilfunk entwickelt.

Der US-amerikanische Markt hat somit in den letzten zehn bis 15 Jahren eine komplette Umwälzung
erfahren, und es zeigt sich, dass die Herausbildung von einigen wenigen starken Anbieterblöcken
durch Konsolidierung das Ergebnis ist. AT&T hat zunächst eine Aufspaltung und einen stetigen Be-
deutungsverlust erfahren – und ist heute stärker als je zuvor. Offenbar war die Größe der Versor-
gungsgebiete der RBOCs im Zusammenspiel mit dem zunächst begrenzten Angebotsportfolio (An-
schlüsse und lokale/regionale Telefonie) selbst in einem großen Land wie den USA nicht ausreichend,
um ein dauerhaft tragfähiges Geschäftsmodell zu unterstützen. Das Zusammengehen vieler RBOCs
deutet somit darauf hin, dass regional tätige Anschlussnetzbetreiber offenbar anorganisches Wachs-
tum als eine Strategie verfolgen. Auch zeigt sich, dass die Anbieter, die mit eigenen Infrastrukturen
operieren, offenbar den längeren Atem haben. Betreiber, die ihren Ursprung als Anschlussnetzbetrei-
ber haben, sind heute die großen bzw. starken Unternehmen. Die einst agilen Wettbewerber, die sich
eher auf Dienste spezialisierten, haben heute eine weniger bedeutende Rolle. Diese Erfahrung sollte
man auch vor dem Hintergrund der Entwicklungen des europäischen und den deutlich kleineren nati-
onalen Märkten im Auge behalten.

Der Telekommunikationsexperte Paul Budde vertritt die These, dass es in den letzten 20 Jahren so
gut wie keinen infrastrukturasierten Wettbewerb in den USA gegeben hat, und betont vor allem die
Vorteile der „zurückkehrenden Monopolisten“ gegenüber den Wettbewerbern. Wenn die wieder er-
starkten Anschlussnetzbetreiber dann verstärkt in den Bereich Internet und Content (Triply Play)
einstiegen, ist das der erste Schritt in Richtung einer stark erhöhten Konzentration wirtschaftlicher
Macht in der Telkommunikations- und Internetindustrie. Hier lassen sich durchaus Parallelen zu Euro-
pa ziehen, denn wir sehen gegenwärtig auch auf unserem Kontinent die Verschmelzung zwischen TK-
Netzen, Rundfunk und Internet, und die Verfügbarkeit über breitbandige Zugangsinfrastrukturen ist
das entscheidende Moment in Bezug auf langfristig erfolgreiche Geschäftsmodelle.

Weitere Informationen: Dipl.-Ökon. Dr. Ernst-Olav Ruhle, Tel.: +49 (211) 68 78 88-48

E-Mail: ruhle@psc-ag.biz

Claudia Schlipp, Tel.: +49 (211) 68 78 88-35

E-Mail: schlipp@psc-ag.biz

Innovationsanreize durch Regulierung?

Am 07.03.2006 veranstaltete das ITM der Universität Münster eine Tagung zum Thema „Innovations-
anreize durch Regulierung?“, in deren Rahmen Konzepte und Verfahren zum Review 2006 von Ver-
tretern aus Politik, Wissenschaft, Wirtschaft und Verwaltung sehr kontrovers diskutiert wurden.

Da der Rechtsrahmen für die Telekommunikation erstmals wieder zur Überprüfung ansteht, hat die
EU-Kommission kürzlich zu einer umfangreichen Debatte in Bezug auf ihr Richtlinienpaket über elekt-
ronische Kommunikationsnetze und -dienste aufgerufen. Aus Sicht der EU-Kommission ist derzeit
noch nicht klar, welche Leitlinien den Review 2006 prägen sollen, da einige Verfahren und Rahmen-
bedingungen – wie die Erfahrungen der letzten Jahre gezeigt haben – sicherlich reformbedürftig sind.
Laut Herrn Bierer (EU-Kommission) plädiert die Mehrheit der EU-Mitgliedsländer für eine Vereinfach-
ung des momentan sehr zeitintensiven und komplexen Artikel 7 Verfahrens; dabei sollten nationale
Bedürfnisse und Gegebenheiten stärkere Beachtung finden, ohne dass jedoch fundamentale Verän-
derungen des Rechtsrahmens angestrebt würden.

Insgesamt wurde eine Reduzierung der Regulierung durch die Konzentration auf die wesentlichen Märkte, in denen tatsächlich Wettbewerb stattfindet, angeregt, verbunden mit Maßnahmen zur Behebung der Wettbewerbsprobleme. Interessant in diesem Zusammenhang war die Haltung der T-Com, die in ihrem Referat jegliche Art von Regulierung als „Investitions- und Innovationsbremse“ ablehnt und gleichzeitig die Schaffung eines Pfades zum Abbau der sektorspezifischen Preis- und Zugangsregulierung anstrebt. Intensiv wurde auch die Regulierungsfreistellung des VDSL-Netzes der T-Com diskutiert – diese Maßnahme stieß sowohl bei den TK-Betreibern als auch bei den Kabelnetzbetreibern auf wenig Verständnis: Gerade der Breitbandmarkt birgt Möglichkeiten und Perspektiven für Wachstum und Beschäftigung verbunden mit der Bereitschaft zu Investitionen in Netzkapazitäten und innovative Dienste. Voraussetzung für die Investitionsbereitschaft ist die Schaffung von nachhaltigem Wettbewerb basierend auf einer rationalen Regulierungsstrategie.

Weitere Informationen: Claudia Schlipp, Tel.:+49 (211) 68 78 88-35

E-Mail: schlipp@psc-ag.biz

Probleme mit der Umsetzungspraxis des Elektro- und Elektronikgesetzes (ElektroG) ab dem 01.07.2006

Die neuen Gesetze für die Abfallverwertung führen nicht nur dazu, dass die Endverbraucher immer mehr Mülltonnen zur Sortierung in ihrem eigenen Haushalt vorfinden, sondern berühren mit dem Elektro- und Elektronikgerätegesetz (ElektroG) erstmals auch direkt die Medienwirtschaft. Elektromüll soll gerade nicht mehr in den grauen Tonnen im eigenen Haushalt entsorgt werden. Verbraucherinnen und Verbraucher können **ab 24.03.2006 ihre alten Elektro- und Elektronikgeräte kostenlos bei den kommunalen Sammelstellen abgeben**. Die Gebühren, die bis dahin vor allem für Großgeräte wie Kühlschränke etc. anfielen, sind damit passé. Von diesem Zeitpunkt an müssen die Hersteller die dort gesammelten Geräte zurücknehmen und entsorgen. Das sieht das Elektro- und Elektronikgerätegesetz vor, das am 23.03.2005 im Bundesgesetzblatt verkündet wurde (BGBl. I S. 762 f.). Mit dem ElektroG werden die WEEE- und ROHS-Richtlinien der EU umgesetzt (Richtlinie 2002/95/EG vom 27.01.2003 und Richtlinie 2002/96/EG vom 27.01.2003, geändert durch Richtlinie 2003/108/EG vom 08.12.2003). Das neue Gesetz verfolgt zwei Ziele:

Für neue Elektro- und Elektronikgeräte, die ab dem **01.07.2006 in Verkehr gebracht werden**, werden zunächst neue Grenzwerte für bestimmte gefährliche Substanzen festgelegt, § 5 ElektroG. Zweitens soll die Recyclingquote erhöht und die Abfallmenge ausgedienter Elektrogeräte verringert werden. Künftig sind grundsätzlich die **Hersteller für die Entsorgung der Altgeräte verantwortlich**. Sie sollen die Recyclingmöglichkeiten bereits bei der Produktkonzeption berücksichtigen und erleichtern, § 4 ElektroG.

In der Literatur werden bereits zahlreiche rechtliche Anwendungsprobleme diskutiert. Zum einen, **welche Geräte dem Anwendungsbereich unterliegen**, zum anderen, **welche Hersteller für die Einhaltung der Pflichten verantwortlich** sind. So gilt als Hersteller nach § 3 Abs. 11 ElektroG z.B. nicht nur der technische Hersteller, sondern beispielsweise auch derjenige, der die Einfuhr eines Gerätes nach Deutschland veranlasst und es dann weiterveräußert. Dadurch soll möglichst eine in Deutschland ansässige Person als Hersteller qualifiziert werden. Neben bzw. statt des tatsächlichen Herstellers können deshalb auch Groß- und Einzelhändler den Herstellerpflichten unterliegen, insbesondere wenn sie schuldhaft neue Elektrogeräte nicht registrierter Hersteller zum Einkauf anbieten, § 3 Abs. 12 Satz 2 ElektroG.

Zu beachten ist, dass die Stiftung Elektro-Altgeräte-Register (EAR, www.Stiftung-ear.de) in Fürth als gemeinsame Stelle eingerichtet und am 06.07.2005 mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben

durch das Umweltbundesamt beliehen wurde, welches auch die Fach- und Rechtsaufsicht führt. Seit dem 24.11.2005 müssen Hersteller im Sinne des ElektroG bei der EAR registriert sein, bevor sie Elektro- oder Elektronikgeräte in Verkehr bringen, § 6 Abs. 2 ElektroG. Der Vertrieb von Geräten nicht registrierter Hersteller kann untersagt werden, § 6 Abs. 2 Satz 5 ElektroG. Hersteller privat nutzbarer Geräte müssen in der Regel eine Finanzgarantie für die spätere Rücknahme und Entsorgung der von ihnen in Verkehr gebrachten Geräte nachweisen, § 6 Abs. 3 ElektroG. Eine Registrierung war nach Auskunft der EAR ab Juli 2005 möglich.

In der Praxis haben sich jedoch noch nicht alle Hersteller und Händler umfassend mit dem neuen ElektroG beschäftigt und noch keine Registrierung vorbereitet. Es gibt z.B. auch Probleme, wie die erwähnte Finanzgarantie nachzuweisen ist. Das Gesetz schreibt kein bestimmtes Modell vor, fordert aber eine Insolvenzfestigkeit. Bei kleineren Beträgen kommen individuelle Lösungen, z.B. ein Treuhandkonto, in Betracht, bei größeren Beträgen die Teilnahme an kollektiven Lösungen. Beispielhaft erwähnt werden kann hier das Angebot des ZVEI (www.aon-alt-geraete-garantie.de) und des Bitkom (www.garantiesystem-altgeraete.de), die beide von der EAR akzeptiert werden. Zahlreiche Informationen hält auch das Bundesministerium für Umwelt, Natur und Reaktorsicherheit auf seiner Homepage bereit (<http://www.bmu.de/abfallwirtschaft/downloads/doc/5582.php>).

Wenn ein **Telekommunikationsanbieter seinen Kunden künftig ein Telefon oder Handy zum Telefonvertrag dazugibt** und eventuell sein eigenes Label darauf klebt, stellt sich für ihn natürlich gleichsam die **Frage, ob auch er Hersteller im Sinne des ElektroG** ist.

Weitere Informationen: RA Dr. Marc Schütze, Tel.: +49 (211) 68 78 88-80
E-Mail: schuetze@ra-ps.biz

Termine

04.- 05.04.2006	WIK: Workshop zu "Bill and Keep: A New Model for Intercarrier Compensation Arrangements?"
Ort:	Königswinter
Internet:	http://www.wik.org/frames/home.htm
<hr/>	
19.04.2006	Ablauf Stellungnahmefrist zur Anhörung der BNetzA: Identifizierung „Neuer Märkte“ im Bereich Telekommunikation sowie zu deren regulatorischer Behandlung
Ort:	Bundesnetzagentur
Internet:	http://www.bundesnetzagentur.de
<hr/>	
24.04.2006	Ablauf Stellungnahmefrist zum Entwurf einer Regulierungsverfügung der BNetzA zu Markt Nr. 12 „Breitbandzugang für Großkunden“ (Bitstrom-Zugang - ATM) – BK 4a-06-006/R
Ort:	E-Mail: bk4-regulierungsverfuegung@bnetza.de
Internet:	http://www.bundesnetzagentur.de
<hr/>	
26.04.2006	Antrag der NetCologne Gesellschaft für Telekommunikation mbH auf Anordnung der Zusammenschaltung durch die Bundesnetzagentur Gz.: BK4d-06/008
Ort:	Bundesnetzagentur
Internet:	http://www.bundesnetzagentur.de/enid/76d57b1326d51167612c2ccaa5f2bf66.0/Beschl usskammern/Termine_der_Beschlusskammern_16t.html

27.04.2006 Bundesnetzagentur: mündliche Verhandlung im Missbrauchsverfahren gegen die DTAG wegen der Stornierungsentgelte beim Zugang zur TAL

Ort: Bundesnetzagentur

Internet: <http://www.bundesnetzagentur.de>

12.-
16.06.2006 ITS: 16th Biennial Conference of the International Telecommunications Society: Information Communication Technology (ICT): Opportunities and Challenges for Telecommunications

Ort: Peking

Internet: <http://www.itsworld.org/pdfs/BeijingCall4PapersJune10.pdf>

15.-
16.06.2006 TU Delft: 9th Conference – Risk and Infrastructures: An Issue of Governance?

Ort: Delft

Internet: <http://www.tbm.tudelft.nl/live/pagina.jsp?id=e48b6f22-1abf-4f70-83a8-c2ec3ebcc73d&lang=en>

19.-
22.09.2006 66. Juristentag; u.a. mit dem Thema der Sektorgruppe Öffentliches Recht: "Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden", referieren werden u.a. Vize-Präs. der BNetzA, Frau Dr. Henseler-Unger

Ort: Stuttgart

Internet: <http://www.djt.de/content.php?lang=de&l=8>

Impressum

Rechtsanwälte Piepenbrock ♦ Schuster

Achenbachstr. 73, 40237 Düsseldorf

Tel: ++49-(0)211-687888-0, Fax: ++49-(0)211-687888-68

und

Piepenbrock ♦ Schuster Consulting AG

Besuchsadresse: Schumannstraße 62, 40237 Düsseldorf

Postanschrift: Achenbachstr. 73; 40237 Düsseldorf

Tel: ++49-(0)211-687888-0, Fax: ++49-(0)211-687888-33

Sitz der Gesellschaft: Düsseldorf

Vorstand: Dr. Ernst-Olav Ruhle

Aufsichtsratsvorsitzender: Dr. Fabian Schuster

Amtsgericht Düsseldorf HRB: 49559

E-Mail: newsletter@ra-ps.biz, URL: <http://www.piepenbrock-schuster.biz>

Die Rechtsanwälte der Sozietät Piepenbrock ♦ Schuster sind Mitglieder der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf. Sie sind durch den Präsidenten des Landgerichts Düsseldorf bzw. durch die Rechtsanwaltskammer Düsseldorf als Rechtsanwälte zur Ausübung des Rechtsanwaltsberufes in der Bundesrepublik Deutschland zugelassen. Sie unterliegen berufsrechtlichen Regelungen, deren Einhaltung von der Rechtsanwaltskammer Düsseldorf überwacht wird. Zu den berufsrechtlichen Regelungen gehören u.a. die Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO), das Vergütungsgesetz für Rechtsanwälte (RVG), die Berufsordnung der Rechtsanwälte (BORA), die Berufsregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft, das Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte in Deutschland

(EuRAG) sowie die Fachanwaltsordnung, deren Texte u.a. auf der Homepage der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) abgerufen werden können.

Trotz gewissenhafter Bearbeitung aller Beiträge wird für deren Inhalt keine Haftung übernommen.