

Sven Krüger, LL.M., Rechtsanwalt, Mediator
Comenius-Universität in Bratislava, Slowakei

DIE RECHTLICHE BEWERTUNG DER RUFNUMMERNPORTIERUNG BEIM WECHSEL EINES TELEFONANBIETERS

Sven Krüger, LL.M., Attorney-at-law, Mediator
Comenius University in Bratislava, Slovak Republic

THE LEGAL ASSESSMENT IN PORTING A TELEPHONE NUMBER DURING A CHURN

The paper is about telecommunication law and the construction of section 46 of the German telecommunication law. In this article I discuss the different legal arguments during this process. There is a legal contract on the one hand but a technical process on the other hand. In all trials it is very important to know, when the churn exactly takes place from the legal point of view. This depends again on the will of the customer and the question if this will is legally significant at all times or not. To give an answer on this question I have analyzed the most important recent judgements as well as the legal rules in our telecommunication law.

Key words: telecommunication law, German telecommunication law, legal arguments in telecommunication law.

1. Ausgangslage

Mit der Liberalisierung des Telefonmarktes in Deutschland hat sich eine Vielzahl von Anbietern und Wettbewerbern auf einem umkämpften Markt etabliert. Aus rechtlicher Sicht ist der Telekommunikationssektor damit zum ersten Mal in mehr als 100 Jahren in keinem Bereich mehr einem staatlichen Monopolunternehmen vorbehalten. Tatsächlich wird der Telekommunikationsmarkt allerdings auch mehr als 20 Jahre nach der Liberalisierung immer noch vom privaten Nachfolgeunternehmen des ehemaligen Staatsmonopolisten – der Telekom Deutschland GmbH – dominiert. Ihre starke Marktposition wird nicht unerheblich durch die bei ihr angesiedelten Telekommunikationsinfrastruktur konserviert.

In zahlreichen wettbewerbsrechtlichen Verfahren versuchten Marktteilnehmer immer wieder ihre eigene Position zu stärken und die Dominanz der Telekom Deutschland GmbH zu reduzieren. Eine entscheidende Rolle in diesen Verfahren kommt dabei der rechtlichen Bewertung der Rufnummernportierung zu. Tatsächlich stellt sich diese Frage immer dann, wenn ein Wettbewerber einen Kunden vom Marktführer gewinnt und bei der Telekom Deutschland GmbH die Portierung der Rufnummer des Kunden zum neuen Anbieter beantragen muss. Bevor nun der beantragten Portierung stattgegeben wird, nutzt die Telekom Deutschland GmbH die Möglichkeit mit einem Telefonanruf beim wechselwilligen Kunden, diesen mit Hilfe von persönlich auf den Kunden zugeschnittenen Sonderangeboten doch zum Verbleib bei ihr zu überzeugen. Der Kunde nimmt dann aufgrund der ihm in Aussicht gestellten Vorteile wiederum Abstand zu seinem zuvor mit dem Neuanbieter geschlossenen Vertrag und möchte nunmehr doch bei der Telekom Deutschland GmbH verbleiben. Der Beitrag bewertet die rechtliche Qualifizierung der Rufnummernportierung.

2. Kündigung des Portierungsauftrages

a) Auffassung des OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf¹ geht davon aus, dass der Portierungsauftrag der Kunden gegenüber dem neuen Anbieter gemäß § 649 Abs. 1 BGB jederzeit gekündigt werden kann, weil es sich nach Ansicht des OLG Düsseldorf bei dem Portierungsauftrag der Kunden um einen Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB handelt. Diese Kündigungsmöglichkeit, so dass OLG Düsseldorf weiter, stehe dem Kunden als "Besteller" zeitlich begrenzt bis zur tatsächlichen Durchführung der Rufnummernportierung zu.

¹ OLG Düsseldorf Urteil vom 15 U 56/14

b) Kein freies Kündigungsrecht des "Bestellers" bei Telekommunikationsverträgen im Festnetzbereich

Diese Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf erscheint zumindest problematisch. Haben wir es doch bei den hier zu behandelnden Sachverhalten im Telekommunikationssektor (hier bei Festnetzverträgen) mit einem Drei – Personen – Verhältnis zu tun, während beim "reinen" Werkvertrag "lediglich" zwei Personen beteiligt sind. Dies bedeutet, dass bei dem Kündigungsrecht des "Bestellers" im Telekommunikationsbereich auch immer Interessen Dritter betroffen sind. Allein deshalb ist das Kündigungsrecht des "Bestellers" im Telekommunikationssektor auch nicht anwendbar sofern man denn überhaupt den vom Kunden erteilten Portierungsauftrag als Werkvertrag i.S.d. § 631 BGB betrachtet. Das Landgericht Heilbronn¹ qualifiziert den Portierungsauftrag wie folgt:

"Die Kammer sieht in der entsprechenden Beauftragung der "Neuanbieter" durch den jeweiligen Kunden Komponenten eines Geschäftsbesorgungsvertrages gemäß § 675 BGB [...]".

Das jederzeitige Kündigungsrecht des Bestellers gem. § 649 BGB beruht auf dem Leitgedanken, dass der Besteller im Laufe eines Vertragsverhältnisses das Interesse an der Beendigung und Herstellung des Werkes als solches verlieren kann, bzw. kein Interesse mehr daran hat es mit dem ehemals ausgesuchten Werkunternehmer zu beenden. Dieser Gedanke folgt auch daraus, dass es sich bei Werkverträgen, insbesondere bei Bauverträgen, um länger- bzw. langfristige ausgelegte Verträge handelt.

Anders ist die Interessen- und Ausgangslage jedoch bei den hier zu behandelnden Sachverhalten: wir befinden uns hier im Wettbewerbsrecht. Dies bedeutet, dass die Kündigung des Werkvertrages – hier Portierungsauftrages – durch einen Mitkonkurrenten initiiert und angestoßen wurde. Weiterhin ist zu bedenken, dass nach der Grundkonzeption des § 649 BGB der Werkunternehmer durch das "freie" Kündigungsrecht des Bestellers keinen wirtschaftlichen Nachteil haben soll. Auch diese Grundannahme trifft in Fällen vorliegender Art nicht zu, da durch die Kündigung des Portierungsauftrages der jeweilige Mitkonkurrent selbstverständlich einen wirtschaftlichen Nachteil erleidet. Aus diesen Überlegungen folgt, dass das "freie und jederzeitige" Kündigungsrecht des Bestellers für die hier zu behandelnden Sachverhalte nicht anwendbar ist. Wenn die Rechtsprechung beim Portierungsauftrag eine rechtliche Qualifikation als Werkvertrag vornimmt, ist das freie Kündigungsrecht des Bestellers nicht auf den Portierungsauftrag zu übertragen.

c) Unterteilung der Portierung in einen "rechtlichen – vertraglichen" Teil und in einen rein "technischen" Teil

Nach diesseitiger Rechtsansicht muss zwischen der Portierung im "**rechtlichen**" und der Portierung im "**technischen**" Sinne unterschieden werden. Die Portierung im "technischen" Sinne (tatsächliche Übertragung der Telefonnummern) setzt letztendlich lediglich die neu geschaffenen rechtlichen Vertragsbeziehungen um. Sobald der Kunde mit dem neuen Anbieter einen Telekommunikationsvertrag geschlossen hat und ferner diesen mit der Rufnummerportierung und der Kündigung des ehemaligen Anschlussvertrages beauftragt hat und die Kündigungsmittelung und der Portierungsauftrag dem ehemaligen Anbieter übermittelt wurden, ist der Anbieterwechsel in rechtlicher Hinsicht abgeschlossen². Dies bedeutet weitergehend, dass der Altanbieter selbst dann dazu verpflichtet ist den Anbieterwechsel mit der Rufnummerportierung durchzuführen, wenn die Kunden zwischenzeitlich einen entgegenstehenden Willen geäußert haben sollten und ihre Kündigung gegenüber dem Altanbieter "rückgängig" machen wollen, weil der Altanbieter den Kunden wiederum günstigere Angebote unterbreitet hat.

Indes lässt sich in diesem Zusammenhang die "Unbeachtlichkeit des Kundenwunsches" aus dem Wortlaut des § 46 TKG und aus der Unterteilung des Gesetzgebers in einem "*vertraglichen*" und in einen "*technischen*" Teil ableiten. Diese Unterteilung des Gesetzgebers ist aber lediglich den technischen Besonderheiten beim Wechsel eines Telefonanbieters geschuldet und folgt (lediglich) aus der Tatsache, dass der "technische" Teil der Rufnummerportierung den zuvor neu geschaffenen vertraglichen Teil umsetzt. Wenn der Kunde nunmehr auf der Grundlage dieser Überlegungen einen wirksamen (neuen) Vertrag mit dem Neuanbieter geschlossen hat, ist der "Anbieterwechsel" abgeschlossen. Nun könnte man weiter überlegen und feststellen, dass es dem Kunden im Rahmen der Vertragsfreiheit unbenommen bleibt, mit dem Altanbieter erneut, einen weiteren Vertrag über die identische Dienstleistung zu schließen mit der

¹ Landgericht Heilbronn Urteil vom 02. Dezember 2014 – 21 O 122/14 KfH

² so auch Kiparski, in: MMR 2014, S. 472 – 474

Folge, welche ja auch sehr häufig auftritt, dass der Kunde zwei Verträge über die identische Dienstleistung abgeschlossen hat. Das wäre zu Ende gedacht, die logische Konsequenz der weiterhin geltenden Vertragsfreiheit. Der Kunde kann Verträge schließen so oft und mit wem er will.

Der Grundsatz der Vertragsfreiheit gilt jedoch nicht grenzen- und schrankenlos und ist im Sinne der einfachen Gesetze, hier des TKG, auszulegen. Dies bedeutet in diesem Fall, dass die "Vertragsfreiheit" im Sinne des "Verbraucher- und Kundenschutzes" zurück zu stehen hat. Dieser ist dann vorrangig, wenn, wie hier, letztendlich der Verbraucher über die identische Dienstleistung an zwei Verträge gebunden ist. In diesen Fällen wirkt die "Vertragsfreiheit" quasi konträr zu den eigentlich intendierten Zielen.

d) Zustandekommen des "neuen" Vertrages bei Festnetzanschlüssen

An dieser Stelle soll nicht die Frage behandelt werden, ab welchem Zeitpunkt ein "Anbieterwechsel" i.S.d. § 46 TKG vorliegt bzw. beendet ist. An diesem Punkt soll es um die Frage gehen, ab welchem Zeitpunkt **rechtlich** die Portierung beendet ist. Von einer Unterscheidung zwischen "*vertraglichen und technischen Voraussetzungen für eine Anbieterwechsel*" geht auch der Gesetzgeber in § 46 Abs. 1 Satz 1 n.F. TKG aus.

Was gehört nunmehr zu "vertraglichen Voraussetzungen" im Sinne des Gesetzes? Hierzu hat das OLG Düsseldorf¹ in grundsätzlicher Übereinstimmung mit den obigen Ausführungen Stellung bezogen:

"Mit den vertraglichen Voraussetzungen für einen Anbieterwechsel sind dabei die Erklärungen des Teilnehmers zu Beendigung des Vertrages mit dem Altanbieter (hier der Altanbieterin) und zur Begründung eines neuen Vertrages mit dem aufnehmenden Anbieter (Neuanbietern) gemeint, wobei der Altanbieter mit Zugang der Kündigungsmittelung zur unverzüglichen Durchführung des Anbieterwechsels verpflichtet ist, der sich allerdings als tatsächlicher Prozess erst anschließt

Wenn nunmehr der aufnehmende Anbieter die Kündigung und den Portierungsauftrag an den abnehmenden Anbieter abgesandt und übermittelt hat, ist der "*rechtliche Bereich*" des Vertragswechsels im Rahmen eines Telekommunikationsvertrages abgeschlossen. Die *technische Aktivierung der Rufnummer*, d.h. die Rufnummernübertragung, hat danach innerhalb eines Kalendertages zu erfolgen. Die hier vorgenommenen Aufteilung des Vertragswechsels im Telekommunikationssektor in einen rechtlichen und in einem technischen Vorgang folgt auch aus § 46 Abs. 4 TKG: dort wird zwischen einer Rufnummerportierung für Festnetzanschlüsse und einer Rufnummernübertragung im Mobilfunkbereich unterschieden. Dort erhält der Endnutzer nunmehr im Einklang mit Art. 30 Abs. 4 Satz 1 und URL einen Anspruch darauf, vom Anbieter öffentlich zugänglicher Mobilfunkdienste jederzeit die Übertragung der zugeteilten Rufnummer verlangen zu können. Diese Möglichkeit besteht unabhängig vom zu Grunde liegenden zivilrechtlichen Vertrag mit dem Endnutzer, so dass der Kunden bereits vor Ablauf der Vertragslaufzeit die Portierung seiner Rufnummer verlangen kann

Das OLG Düsseldorf hat nunmehr in der zitierten Entscheidung, wie oben gezeigt und zitiert, mit der Unterscheidung zwischen der "rechtlichen" und der "technischen" Seite eines Anbieterwechsels auseinandergesetzt. Der "**rechtliche, vertragliche**" Teil des Anbieterwechsels ist mit der Übersendung der Erklärungen an den "Altanbieter" abgeschlossen. Der "**tatsächliche**" Teil oder "Prozess" des Vertragswechsels ist dann die "*Durchführung des Anbieterwechsels*", ist dann die Rufnummerübertragung, die Portierung, welche den "Altanbieter", laut OLG Düsseldorf² als "**Verpflichtung**" trifft. Hierbei kann es sich rechtsdogmatisch nur um eine "nachvertragliche Verpflichtung" aus dem (alten) Telekommunikationsvertrag handeln, da ja nach den Darlegungen und Ausführungen des OLG Düsseldorf der rechtliche Teil des Anbieterwechsels bereits abgeschlossen ist. Mithin liegen hier nachvertragliche schuldrechtliche Verpflichtungen vor. Der 15. Senat des OLG Düsseldorf bezieht seine Äußerungen jedoch auf die (unten) zu behandelnde Frage wann ein "Anbieterwechsel" im Sinne des § 46 TKG vorliegt. Eine weitergehende Auseinandersetzung mit Frage was aus diese quasi vom Gesetzgeber her vorgegebene Unterteilung in einen "rechtlichen" und in einen "technischen" Teil des Vertragswechsels erfolgt, nimmt der 15. Senat des OLG Düsseldorf³ nicht vor.

Es bleibt aber an diesem Punkt festzustellen, dass auch ganz offensichtlich das OLG Düsseldorf in Übereinstimmung mit der gesetzlichen Konzeption zwar nicht den "Prozess des Anbieterwechsels" aber doch zumindest den "*rechtlichen Teil*" des Anbieterwechsels als mit Zugang der Kündigung bzw. des Portierungsauftrages als beendet und abgeschlossen ansieht.

¹ OLG Düsseldorf 15 U 56/14

² OLG Düsseldorf 15 U 56/14

³ OLG Düsseldorf 15 U 56/14

e) § 46 TKG – "Anbieterwechsel"

(aa) "Anbieterwechsel als nicht punktueller Ereignis"

Es sei vorweg bemerkt, dass weiterhin auch die Entscheidung des Kartellsenats des OLG Düsseldorf und auch die Entscheidung des OLG Karlsruhe¹ zu der Problematik bekannt ist. Bekannt sind ebenfalls die – teilweise – sehr kritischen Anmerkungen in der Literatur zu dieser Problematik². Eine höchstrichterliche Entscheidung zu diesen Problemen gibt es offensichtlich (noch) nicht.

Das OLG Düsseldorf³ kommt auf der Grundlage der Auslegung des § 46 TKG zu dem Ergebnis, dass der Anbieterwechsel im Sinne des § 46 TKG

"[...] kein punktueller Ereignis"

sei, sondern das der gesetzliche nicht definierte Anbieterwechsel

"[...] einen Prozess beschreibt, der eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt"

Solange dieser vom OLG Düsseldorf definierte "Anbieterwechsel" andauere, könne der Kunden von seiner Kündigung Abstand nehmen. Ohne an dieser Stelle im Einzelnen auf die Auslegungskriterien des OLG Düsseldorf einzugehen gilt es an dieser Stelle festzustellen, dass das OLG Düsseldorf auch an diesem Punkt letztendlich auf den "Willen" des Kunden abstellt⁴:

"Nur diese Auslegung (Abstandnahme der Kündigung ist möglich) wird dem tatsächlichen Willen des Kunden gerecht".

(bb) Tatsächlicher Wille des Kunden als unzulässiges Auslegungskriterium

Dieses Vorgehen des OLG Düsseldorf ist nach diesseitiger Rechtsauffassung methodologisch zu hinterfragen. Die Auslegung des Gesetzes kann nach diesseitiger Auffassung letztlich nicht mit dem "tatsächlichen Willen des Kunden" begründet werden. Der Festlegung des "tatsächlichen Willens der Kunden" ist nach diesseitiger Auffassung nicht nur eine tatsächliche, sondern in erster Linie eine Wertungsfrage. Nicht jeder gebildete Wille ist rechtlich beachtlich und zu berücksichtigen. Dabei wird durch das Gericht nicht gefragt, wie sich der "tatsächliche Wille" des Kunden gebildet hat und ob dieser "tatsächliche Wille" des Kunden als rechtlich relevant anzusehen ist. Um diesen Willen juristisch bewerten zu können, muss die rechtliche Relevanz des Kundenwillens geprüft werden.

Die Auslegung des Gesetzes hat sich an der juristischen Methodenlehre zu orientieren. Diese führt zu dem Ergebnis, dass der "Anbieterwechsel" mit dem juristischen Teil des Anbieterwechsels als abgeschlossen betrachtet werden muss.

Insoweit das OLG Düsseldorf⁵ hier zu einer anderen Auslegung des Gesetzes kommt und daraus folgert, dass der

"[...] Anbieterwechsel selbst [...] ein tatsächlicher Prozess [ist], der solange andauert, bis er tatsächlich abgeschlossen ist"

wird dieser Ansatz in Frage gestellt.

Das OLG Düsseldorf begründet seine Rechtsauffassung mit dem Wortlaut des Gesetzes

"[...] bei einem Anbieterwechsel [...] der Dienst des Teilnehmers nicht länger als einen Kalendertag unterbrochen werden" (§ 46 Abs. 1 S. 2 TKG)

darf.

Diesem Befund des OLG Düsseldorf ist nicht zu widersprechen. Die Wortlautauslegung darf jedoch nicht zu dem Ergebnis führen, dass die juristische Wertung hinsichtlich der juristisch zu beantwortenden Frage, wann der Anbieterwechsel abgeschlossen ist, mit dem "technischen Teil" der Ausführung eines Vertragswechsels im Rahmen der Telekommunikation beantwortet wird.

(cc) "Anbieterwechsel" im Rahmen einer systematischen Auslegung

"Anbieterwechsel" bedeutet, dass der Kunde von einem Anbieter ("Altanbieter") zu einem neuen Anbieter ("Neuanbieter") wechselt. Diesen Anbieterwechsel gibt es selbstverständlich nicht nur im Telekommunikationsgeschäft. Von einem "Anbieterwechsel" spricht man z.B. auch, wenn der Versicherer, der Kabelanbieter und/oder der Stromanbieter gewechselt werden. Diesen hier aufgeführten Fällen ist

¹ OLG Karlsruhe Urteil vom 28. August 2013, 6 U 59/13

² Kiparski, Thones, MMR 2014, S. 468

³ OLG Düsseldorf 15 U 56/14

⁴ OLG Düsseldorf 15 U 56/14

⁵ OLG Düsseldorf 15 U 56/14

gemeinsam, dass es die technischen Besonderheiten eines Anbieterwechsels im Rahmen des Telekommunikationsanbieters (z.B. Änderung des Routings, Portierung etc.) nicht gibt. Beim Stromanbieterwechsel wird nichts übertragen, nichts geroutet und nichts portiert. Der Verbraucher wechselt schlicht und ergreifend von einem Anbieter zum nächsten. Der Verbraucher behält "seinen" Zähler und "seine" Zählernummer. Lediglich die Verwaltung des "Systems" wird von einem neuen Stromanbieter übernommen. Es handelt es also, neben einem Vertragswechsel, um einen reinen Wechsel der Verwaltungszuständigkeit. Dies bedeutet, dass in all diesen hier aufgezeigten Fällen der Anbieterwechsel bereits mit (neuer) Vertragsunterzeichnung vollzogen und beendet ist. Es bedarf also keines weiteren "Vollzugs". Diesen "Vollzugs- oder technische Teil" des Anbieterwechsels gibt es mithin nur beim Telefonanbieterwechsel und erklärt sich aus der in diesem Bereich bestehenden Besonderheit des TKG, dass der Verbraucher seine "alte Telefonnummer" beibehalten darf und deshalb diese Telefonnummer vom Altanbieter auf den Neuanbieter portiert werden muss.

Es besteht jedoch keine Veranlassung, diesen eher technischen Befund im Rahmen eines Anbieterwechsels von einer Telefongesellschaft zu einer anderen Telefongesellschaft juristisch anders und differenzierender zu betrachten als bei einem anderen "Anbieterwechsel". Juristisch handelt es allenthalben um einen Vertragswechsel. Wenn der Gesetzgeber nunmehr bei "Telefonanbieterwechsel" noch eine technische Besonderheit im Rahmen des Verbraucher- und Kundenschutzes quasi "dranhängt", darf das nicht zu einer anderen juristischen Bewertung führen.

Die vom OLG Düsseldorf vorgenommene Aufteilung des Anbieterwechsels in einen vertraglichen und einen technischen Teil ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (z.B. § 46 Abs. 1 S. 1 TKG). Diese vom Gesetzgeber vorgenommene Unterteilung ist allein den technischen Besonderheiten eines Anbieterwechsels im Rahmen von Telekommunikationsverträgen geschuldet. Darauf nimmt der Gesetzgeber Rücksicht. Der Gesetzgeber gibt damit aber nicht zu erkennen, dass er die Frage des "Anbieterwechsels" in verschiedenen Bereichen unterschiedlich regeln möchte. Diese Frage ist nicht im Rahmen der technischen Gegebenheiten und auf der Grundlage technischer Voraussetzungen und Erfordernisse zu beantworten, sondern allein nach juristischen Kriterien und das einheitlich. Daraus folgt, dass der Anbieterwechsel im Rahmen eines Telekommunikationsvertrages dann abgeschlossen ist, wenn der Kunde den Vertrag mit dem Altanbieter beendet sowie einen neuen Vertrag mit dem Neuanbieter begründet und der Neuanbieter dem alten Anbieter die Kündigung des Teilnehmers mitgeteilt hat.

(dd) § 46 TKG als kunden- und wettbewerbsschützende Norm

In Übereinstimmung mit dem OLG Düsseldorf ist davon auszugehen, dass die gesetzlichen Regelungen hinsichtlich der Rufnummernportierung, und somit auch § 46 TKG, dem "Kundenschutz" dienen. Es ist richtig und korrekt, dass dieses Schutzgut im Rahmen der systematischen Auslegung durch das OLG Düsseldorf herausgestellt wird.

Das OLG Düsseldorf¹ folgert aus diesem "Kundenschutz" im Rahmen der Portierung und aus dem kundenschützenden Charakter des § 46 TKG

"[...] die Priorität des Kundenwillens"

Daraus wird weiterhin durch das OLG Düsseldorf² gefolgert:

"Diese Vorschrift (§ 49 Abs. 9 S. 2 Nr. 4 TKG n.F.) kann nicht anders verstanden werden, als das es stets "während des gesamten Übertragungsverfahrens" – und nicht nur bei Erteilung des Portierungsauftrages – ausschlaggebend auf den Kundenwillen ankommt, dieser mithin zwingend auch zu beachten ist, wenn er vor Durchführung der Rufnummernübertragung vom Anbieterwechsel Abstand nimmt"

Richtigerweise geht das OLG Düsseldorf³ auch davon aus, dass es sich bei § 46 TKG um eine wettbewerbsfördernde und -schützende Norm handelt.

"Vielmehr dient sie auch dazu, den Wettbewerb auf dem Markt der Telekommunikation zu fördern, indem Unternehmen durch die freie Übertragbarkeit von Rufnummern leichter Zugang zu diesem Markt erhalten"

Entgegen der Auffassung des OLG Düsseldorf ist bei der weiteren Auslegung und Ermittlung des Schutzgutes in diesem Zusammenhang nicht auf das UWG sondern auf das TKG abzustellen. Dies folgt aus

¹ OLG Düsseldorf 15 U 56/14

² OLG Düsseldorf 15 U 56/14

³ OLG Düsseldorf 15 U 56/14

dem Gedanken und dem Grundsatz, dass das speziellere Gesetz (hier das TKG) das allgemeinere Gesetz (hier das UWG) verdrängt. So definiert § 1 TKG den Zweck des Gesetzes als spezielleres Gesetz selbst:

"Zweck dieses Gesetzes ist es, durch technologieneutrale Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastruktur zu fördern und flächendeckend angemessene Dienstleistungen zu gewährleisten".

Weiterhin in § 2 Abs. 2 Ziff. 2 TKG:

"Ziele der Regulierung sind:

die Sicherstellung eines chancengleichen Wettbewerbs und die Förderung nachhaltiger wettbewerbsorientierter Märkte der Telekommunikation im Bereich der Telekommunikationsdienste und -netze sowie der zugehörigen Einrichtungen und Dienste, auch in der Fläche".

Da das speziellere Gesetz bereits selbst ein Schutzgut des Gesetzes definiert und festlegt (hier: Wettbewerbsschutz), ist ein Rückgriff auf das allgemeinere Gesetz zur Bestimmung des identischen Schutzgutes nicht mehr möglich (*lex specialis derogat legi generali*). Eine Anwendung des allgemeineren Gesetzes (hier das UWG) neben dem spezielleren Gesetz wäre nur dann denkbar, wenn das speziellere Gesetz (hier das TKG) hinsichtlich des zu schützenden Rechtsgutes noch einen zusätzlichen Regelungsbereich eröffnen würde. Dieses ist jedoch nicht der Fall, da ausweislich der oben aufgeführten Ziele des TKG auch der "chancengleiche Wettbewerb" durch das TKG geschützt werden soll. Somit ist für die hier zu behandelnden Sachverhalte der Anwendungsbereich des UWG nicht eröffnet, auch nicht neben dem TKG.

Daraus folgt weiterhin, dass das Schutzgut "Förderung des Wettbewerbs" im Sinne des TKG und nicht im Sinne des UWG auszulegen ist. Daraus folgt weitergehend, dass es hier um den Wettbewerb zwischen den Telefondienstleistern und -anbietern geht, so dass es in diesem Zusammenhang auf etwaige Wünsche des Kunden nicht (mehr) ankommt, bzw. nicht mehr ankommen darf und kann.

Diese Auslegung erscheint auch sachgerecht:

Sofern das OLG Düsseldorf¹ zur Untermauern der Argumentation, dass es im Rahmen des § 46 TKG ausschließlich auf den Kundenwillen und den Kundenwunsch ankommt auf § 46 Abs. 1 S. 1 TKG Bezug nimmt

"So darf nach § 46 Abs. 1 S. 1 TKG n.F. die Leistung des Altanbieters gegenüber dem Teilnehmer (nur) auf Verlangen des Teilnehmers unterbrochen werden"

vermag diese Argumentation nicht zu überzeugen. § 46 Abs. 1 S. 1 TKG bezieht sich auf die Unterbrechungsfreiheit des Telefonanschlusses in der Vorbereitungsphase eines Anbieterwechsels². Hieraus kann jedoch nicht gefolgert und abgeleitet werden, ob der geänderte Wille des Kunden (nachträgliche Abstandnahme von einem Portierungsauftrag) rechtlich beachtlich ist oder nicht. Hieraus kann auch nicht der unbedingte Vorrang des (mehrfach geänderten) "Kundenwillens" gefolgert werden.

Der Wettbewerb zwischen den Anbietern auf dem Telefonmarkt kann nur dann funktionieren, wenn sich die Wettbewerber an die dafür geltenden "Spielregeln" halten. Diese werden aber dann verletzt, wenn der Altanbieter seine wechselwilligen Kunden im Rahmen von Kundenrückgewinnungsaktionen nach Erhalt der Kündigung und des Portierungsauftrages mit neuen – wiederum preisvergünstigten Angeboten – zur Aufhebung und Rücknahme der Kündigung und des Portierungsauftrages bewegt. Dann versagt der Wettbewerb. Dies auch deshalb, weil dann der Neuanbieter wiederum in entsprechender Weise reagieren könnte. Dieses wäre weder im Sinne des Verbraucher- bzw. Kundenschutzes, noch im Sinne des Wettbewerbsschutzes. Welcher Verbraucher möchte schon dauernd und immer wieder von Telefongesellschaften angerufen und belästigt werden? Auch mit einem "*chancengleichen Wettbewerb*" im Sinne des Gesetzes hätte das nichts mehr zu tun.

Der Altanbieter als ehemaliger Monopolist auf dem Telefonmarkt versucht durch diese "Kundenrückgewinnungsaktionen" sein Monopol auf dem Markt aufrecht zu erhalten. Das widerspricht den gesetzlichen Intentionen der Deregulierung. Außerdem darf sich Wettbewerb nur im Rahmen geltender Gesetze abspielen. Daraus ist zu folgern, dass der vom OLG Düsseldorf³ in allen Bereichen postulierte "Wille des Kunden" nicht im Rahmen der hier zu behandelnden Sachverhalte als rechtlich relevant und schützenswert anzusehen ist. Dies folgt, wie bereits ausgeführt, aus dem hier definierten wettbewerbschützenden Charakter des TKG. Dieser würde ad absurdum geführt werden, wenn der

¹ OLG Düsseldorf 15 U 56/14

² Büsing, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 46 Rz.: 8

³ OLG Düsseldorf 15 U 56/14

Gesetzgeber den wiederum geänderten Willen der Kunden im Stadium der Vertragsabwicklung als rechtlich relevant und beachtenswert ansehen würde.

(ee) Schutz vor doppelten Vertragsabschlüssen als weiterer Schutzzweck des § 46 TKG

Das OLG Düsseldorf¹ führt folgendes aus:

"Sie (§ 46 Abs. 1 und § 46 Abs. IV S. 2 TKG) haben jedoch nicht generell den Zweck, den Kunden bei einem Anbieterwechsel vor doppelten Zahlungsverpflichtungen aus doppelten Vertragsverhältnissen zu schützen. Dies folgt gerade daraus, dass sie lediglich für die Konstellation einer Rufnummernübertragung im Mobilfunkbereich zum Schutz des Kunden Belehrungspflichten festlegen, nicht aber wenn der Kunden von einem Anbieterwechsel Abstand nimmt und sich dazu entschließt, die vertragliche Beziehung zum Altanbieter fortzusetzen sowie die Rufnummern dort beizubehalten".

Diese Auffassung des OLG Düsseldorf sollte zumindest kritisch hinterfragt werden. Zum einem hat das OLG Düsseldorf umfassend (als es um den "Willen des Verbrauchers ging) den Verbraucherschutzgedanken der §§ 43 ff TKG und somit des § 46 TKG herausgestellt. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb dieser vom Gesetzgeber ausformulierte umfangreiche Kundenschutz nicht auch für diesen Fall gelten soll. Dies bedeutet, dass die Verbraucher sowohl im Festnetzbereich als auch im Mobilfunkbereich bzw. bei DSL – Verträgen umfangreich über die Gefahr doppelter Vertragsabschlüsse aufzuklären und zu informieren sind. Wenn nunmehr der Gesetzgeber besondere Hinweispflichten im Mobilfunkbereich in § 46 Abs. 4 Satz 4 TKG vorgesehen hat, schließt das die allgemeine Hinweispflicht für Sachverhalte im Festnetzbereich nicht aus.

§ 46 Abs. 4 Satz 4 TKG regelt einen Sonderfall, aufbauend auf § 46 Abs. 4 Satz 3 TKG. In Satz 3 hat der Endnutzer und Verbraucher das Recht, jederzeit, unabhängig vom zu Grunde liegenden Vertragsverhältnissen, die Übertragung der zugeteilten Rufnummer auf einen neuen Anbieter öffentlich zugänglicher Mobilfunknetze zu verlangen. Darauf aufbauend bestimmt § 46 Abs. 4 S. 4 TKG, dass die vorzeitige Portierung der Rufnummer nach Satz 3 den bestehenden Vertrag zwischen Endnutzer und abgebendem Anbieter unberührt lässt, also dieser Vertrag bestehen bleibt, bis er durch eine Kündigung beendet wird. Da für den Verbraucher in diesem Fall die Gefahr doppelter Vertragsverhältnisse und doppelter Inanspruchnahme besteht, bestimmt das Gesetz in § 46 Abs. 4 S. 4, 2. Halbsatz und in § 46 Abs. 4 Satz 5 TKG besondere Hinweis- und Aufklärungspflichten für den aufnehmenden und für den abgebenden Anbieter. Hieraus kann jedoch nicht gefolgert werden, dass es für die hier (auf einen völlig anderen Sachverhalt beruhenden Ereignisse) keine Aufklärungspflichten gibt. Diese Sachverhalte hier hat der Gesetzgeber gar nicht geregelt und wollte sie mithin auch nicht ausschließen. Wenn der Gesetzgeber einen Spezialfall regelt, will er andere mögliche Sachverhalte ("Kundenrückgewinnung) – selbstverständlich – nicht ausschließen.

Weiterhin führt das OLG Düsseldorf² in diesem Zusammenhang aus:

"In diesem Zusammenhang ist ferner zu berücksichtigen, dass die Verletzung einer Hinweispflicht regelmäßig nicht automatisch zur Unwirksamkeit eines Vertrages führt, sondern grundsätzlich nur sekundäre Leistungspflichten begründet. Dementsprechend hätte ein gebotener, aber unterbliebener Hinweis nicht zwingend zur Folge, dass der (neue) Vertrag mit dem Altanbieter unwirksam wäre, sondern würde allenfalls Ansprüche des Kunden auf Schadensersatz und Rückabwicklung auslösen. Das ist auch sachgerecht, weil der Kunde im Einzelfall trotz einer – hier zu Argumentationszwecken unterstellten – Pflichtverletzung des Altanbieters gleichwohl Interesse an einer Fortsetzung des Vertragsverhältnisses mit diesem haben kann, etwa weil der Kunde zwecks einer getrennten Abrechnung privater und geschäftlicher Telefonate oder zwischen verschiedenen Nutzern zweier Festnetzanschlüsse bzw. "Anschlüsse zur stationären Nutzung" unterhalte möchte oder weil er auch in Kenntnis eines doppelten Vertragsverhältnisses mit doppelten Zahlungsverpflichtungen die vertragliche Beziehung zum Altanbieter fortsetzen und ausschließlich im Verhältnis zum aufnehmenden Anbieter eine Vertragsbeendigung erreichen möchte".

Das OLG Düsseldorf konstruiert mögliche Fälle, bei denen der Kunde Interesse an zwei Verträgen haben könnte. Das mag sein, betrifft aber nicht die hier zu beurteilenden Sachverhalte. Hier geht es darum, dass die bereits gewechselten Kunden "zurück geholt" werden sollen, mit kostengünstigeren Angeboten.

¹ OLG Düsseldorf 15 U 56/14

² OLG Düsseldorf 15 U 56/14

Diese neuen Angebote des Altanbieters wären aber für die Kunden überhaupt nicht mehr lukrativ (d.h. sie würden gar nicht mehr zurückwechseln), wenn sie davon wüssten, dass sie über einen gewissen Zeitraum für zwei Verträge zahlen müssten.

Weiterhin ist es so, dass bei einer Pflichtverletzung der Geschädigte nach der Rechtsprechung des BGH am Vertrag festhalten kann. Er kann aber auch verlangen, dass die Vertragsbedingungen so geändert werden, wie es bei voller Aufklärung angemessen gewesen wäre¹. Es ist z.B. im Bereich der vorvertraglichen Pflichtverletzung im Rahmen der c.i.c. – Rechtsprechung des BGH anerkannt, dass Verschulden bei Vertragsabschluss zur **Nichtigkeit des Vertrages** führen kann². Das Erfüllungsinteresse des Kunden ist eben darauf gerichtet, dass der zweite Vertrag keine rechtliche Wirksamkeit erlangt.

Auch in diesem Zusammenhang stellt das OLG Düsseldorf³ wieder auf den "Kundenwillen" ab:

"Nach alledem würde eine Durchführung der Portierung gegen den inzwischen geänderten Willen des Kunden nichts am Vorhandensein von zwei wirksamen Anschlussverträgen ändern".

Die Vertragspflichtverletzung der Altanbieterin (mangelnde Aufklärung der Kunden über zwei bestehende Vertragsverhältnisse) führt zur Unwirksamkeit des dann mittlerweile dritten Vertrages (erster Vertrag mit der Altanbieterin, zweiter Vertrag mit der Neuanbieterin, dritter Vertrag mit der Altanbieterin). Wäre der Kunde über zwei bestehende Vertragsverhältnisse aufgeklärt worden, wäre er nicht zur Altanbieterin "zurückgekehrt", weil das neue Angebot der Altanbieterin sich dann für den Kunden als nicht mehr lukrativ erwiesen hätte. Das Erfüllungsinteresse des Kunden ist auf "Unwirksamkeit" des (dritten) Vertrages gerichtet.

f) Der Kundenwille

Das OLG Düsseldorf⁴ kommt immer wieder – und dies scheint die eigentliche Grundlage der Urteils- und Klagebegründung zu sein – zu dem Ergebnis, das der

[...] auf ein Unterbleiben des Anbieterwechsels einschließlich der Rufnummernübertragung gerichtete Wille des Kunden [...] auch beachtlich"

ist. Dieses Ergebnis wird dann mit einer systematischen- und Wortlautauslegung des § 46 TKG begründet.

Selbstverständlich ist der Wille des Kunden im Rahmen eines Anbieterwechsels auf der gesetzlichen Grundlage des § 46 TKG beachtlich. Selbstverständlich stellt § 46 Abs. 4 S. 1 TKG, wonach die Anbieter sicherstellen müssen, dass ihre Endnutzer ihnen zugewiesene Rufnummern bei einem Anbieterwechsel beibehalten können auf den Kundenwillen ab. Der Kunde kann, muss aber nicht die Nummer beibehalten. Selbstverständlich ist § 46 TKG auch eine "Kundenschutzvorschrift" und selbstverständlich kann der Verbraucher und Endkunde auf diesen gesetzlichen Schutz verzichten, wenn er es denn will. Dies alles sagt aber noch nichts darüber aus, ob der Verbraucher und Endkunde im Rahmen eines Vertragswechsels und einer durchzuführenden Portierung seine Meinung wiederholt ändern darf.

Da das TKG nicht nur und ausschließlich den "Kundenschutz" bezweckt, sondern auch den Wettbewerb schützt, ist der "Wettbewerbsschutz", zumindest nach Einleitung des Anbieterwechsels, für den Verbraucher nicht mehr disponibel und dem Willen des Verbrauchers entzogen⁵. Auch aus diesem Gesichtspunkt (Schutz der verschiedenen Rechtsgüter) kann nach Einleitung des Anbieterwechsels durch Übersendung der Unterlagen seitens des Neuanbieters an den Altanbieter nicht mehr auf den Verbraucherwillen abgestellt werden.

3. Ergebnis

Es wurde nunmehr ausführlich dargelegt, dass der Altanbieter, verpflichtet ist, in den hier aufgezeigten Sachverhaltskonstellationen die Rufnummernübertragung, letztlich auch entgegen den wiederum geänderten Willen der Kunden, durchzuführen. Für diese Rechtsansicht sprechen einige Gründe. Der wiederum geänderte Wille der Kunden hat in diesen hier zu behandelnden besonderen Sachverhaltskonstellationen zurückzustehen, letztendlich aus Gründen des Verbraucher- und Wettbewerbsschutzes. Der Endverbraucher kann und darf über das Rechtsgut "Wettbewerbsschutz" nach Einleitung des Anbieterwechsels nicht mehr frei disponieren.

¹ BGHZ 1969, S. 53 (57) = NJW 1980, S. 2408 (2410)

² BGH NJW 1996, S., 1204

³ OLG Düsseldorf 15 U 56/14

⁴ OLG Düsseldorf 15 U 56/14

⁵ vgl. Kiparski, in: MMR 2015 (282 ff.)

4. Sperrwirkung des § 46 TKG – Novelle aus dem Jahre 2012 für den Mobilfunksektor – § 46 Abs. 4 Satz 3 und 4 TKG

Der Altanbieter ist gesetzlich verpflichtet, den Anbieterwechsel mit Rufnummernportierung trotz eines ggf. mittlerweile entgegenstehenden Willen des Endkunden durchzuführen, da bei Festnetzanschlüssen der Anbieterwechsel abgeschlossen ist, sobald der Auftrag auf Rufnummernportierung und Kündigung des Altanschlussvertrages bei dem abgebenden Anbieter zugegangen sind. Diese Rechtsansicht ergibt sich auch aus den Änderungen des § 46 TKG im Rahmen der TKG Novelle 2012. Für Mobilfunkverträgen ist seit der Novelle aus dem Jahre 2012 in § 46 Abs. 4 Satz 3 und 4 TKG nunmehr folgendes geregelt:

"Für die Anbieter öffentlich zugänglicher Mobilfunkdienste gilt Satz 1 mit der Maßgabe, dass der Endnutzer jederzeit die Übertragung der zugeteilten Rufnummer verlangen kann. Der bestehende Vertrag zwischen Endnutzer und abgebendem Anbieter öffentlich zugänglicher Mobilfunkdienste bleibt hiervon unberührt. Hierauf haben der aufnehmenden Anbieter den Endnutzer vor Vertragsschluss in Textform hinzuweisen"

Dies bedeutet, dass der Verbraucher und Endkunde bei Mobilfunkverträgen die Möglichkeit haben soll, die ihm zugeteilte Rufnummer auch dann auf einen anderen Anbieter zu übertragen, wenn der Vertrag mit dem bisherigen Anbieter noch nicht beendet ist. Bei Mobilfunkverträgen hat mithin der Verbraucher und Endkunde das Recht, jederzeit die Übertragung der zugeteilten Rufnummer auf einen neuen Anbieter zu verlangen.

*"Jederzeit bedeutet, wie sich auch aus dem nachfolgenden Satz 4 ergibt, unabhängig von der zugrundeliegenden vertraglichen Vereinbarung mit dem bisherigen Anbieter und damit auch bereits vor Ablauf einer etwaigen Mindestvertragslaufzeit und Kündigungsfrist. Mit dieser Bestimmung soll für den Mobilfunkbereich ein zusätzlicher Impuls für die Förderung des Wettbewerbs gesetzt werden"*¹

Dies bedeutet aber auch, dass der Kundenwille eben (zumindest nicht im Bereich des Festnetzes) nicht grenzenlose rechtliche Bedeutung erlangt. Der durch die Novelle gewünschte "Impuls zur Förderung des Wettbewerbs" durch das Recht des Verbrauchers unabhängig von der zugrundeliegenden vertraglichen Vereinbarung mit dem bisherigen Anbieter eine Übertragung der Rufnummer verlangen zu können und rechtlich zu dürfen, gibt es nur für den Mobilfunksektor. Dies ist Ausdruck einer weiteren Liberalisierung, welche der Gesetzgeber für den Festnetzbereich gerade nicht vorgenommen hat.

Ein weiterer Gesichtspunkt ergibt sich aus diesen Ausführungen:

Die andere Seite der Medaille ist, dass der Endkunde im Bereich von Mobilfunkverträge mehrere Verträge abschließen kann bzw. darf und dadurch auch der Verbraucherschutz in diesem Bereich eingeschränkt wurde. Dies kann und darf er natürlich auch im Bereich des Festnetzbereiches. Jedoch ist im Bereich des Festnetzbereiches der Gedanke des Verbraucherschutzes insoweit erhalten geblieben, da dort die Übertragung der Rufnummer auf einen neuen Anbieter eben nicht unabhängig von dem jeweiligen Vertragsverhältnis geschehen und deshalb der Endkunde vor zwei Verträgen geschützt werden soll. In diesem Bereich besteht mithin ein grundsätzlicher Gleichlauf zwischen Vertrag und Rufnummernübertragung. Diese gibt es im Mobilfunksektor nicht (mehr).

5. Sperrwirkung des § 46 TKG – gesetzessystematische Auslegung – Anbieterwechsel

§ 46 Abs. 1 und Abs. 2 TKG ist **systematisch** wie folgt aufgebaut und dementsprechend auszulegen:

§ 46 Abs. 1 S. 1 statuiert Pflichten sowohl für das abgebende als auch für das aufnehmende Unternehmen und gibt den Providern vor sicherzustellen, dass bei einem Wechsel die Leitung des abgebenden Anbieters nicht unterbrochen wird bevor die vertraglichen und technischen Voraussetzungen für den Wechsel vorliegen. Gleichzeitig schützt es den Verbraucher und Endkunden vor Leistungsunterbrechungen des abgebenden Unternehmens. Diese Phase wird als "Vorbereitungsphase" bezeichnet². Sofern diese Vorbereitungsphase abgeschlossen ist, sprich die vertraglichen und technischen Voraussetzungen für den Anbieterwechsel durch die Provider geschaffen wurde, ist der "Anbieterwechsel" abgeschlossen.

"Vor der Unterbrechung müssen zum Einen die vertraglichen Voraussetzungen für einen Anbieterwechsel vorliegen. Dazu gehört die Beendigung des Vertrages zwischen Teilnehmer und abgebenden Unternehmen. Dies geschieht in der Regel durch die Kündigung des Teilnehmers."

¹ Büning, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG Kommentar, 4. Auflage, 2013, § 46, Rz. 66

² Büning, a.a.O., § 46 Rz. 8

"Zum Anderen sind vor der Unterbrechung der Leistung die **technischen Voraussetzungen** des Wechsels zu schaffen. Dazu gehört die Einrichtung der beauftragten Leistungen gegenüber dem Teilnehmer. Insbesondere dann, wenn der aufnehmende Festnetzanbieter die Vorleistung eines anderen Anbieters, z.B. eine geeignete Teilnehmeranschlussleistung vom Hauptverteiler oder vom Kabelverzweiger zum Teilnehmer oder ein Bitstream-Access-Produkt, verwendet, kann Zeitbedarf für die Beschaffung dieser Leistung entstehen"¹.

Nach der Vorbereitungsphase kommt es zur Wechselphase². Das bedeutet, sofern die vertraglichen (Kündigung Altvertrag, Abschluss Neuvertrag) und die technischen Voraussetzungen für den Anbieterwechsel durch die Provider geschaffen wurden, wechselt der Endkunde von einem Provider zum anderen. § 46 Abs. 1 S. 2 TKG schützt hier wiederum den Endkunden und Verbraucher.

"Bei einem Anbieterwechsel darf der Dienst des Teilnehmers nicht länger als einen Kalendertag unterbrochen werden".

§ 46 Abs. 1 S. 2 TKG regelt also bereits die tatsächliche Durchführung des Vertragswechsels und wird deshalb auch als „Durchführungsphase“ bezeichnet³. Die Provider müssen den Vertragswechsel in einer Art und Weise durchführen (d.h. in die Tat umsetzen), welche lediglich eine Unterbrechung der Versorgungsleistung für den Endkunden von einem Kalendertag vorsehen.

§ 46 Abs. 1 S. 3 TKG regelt dann weitergehend den Fall, dass der Anbieterwechsel fehlgeschlagen ist ("Fehlgeschlagener Anbieterwechsel")⁴. Auch hier folgt eine verbraucherschützende Rechtsfolge. Wenn der Anbieterwechsel fehlschlägt, gilt wiederum § 46 Abs. 1 S. 1 TKG mit der Folge,

"[...] dass die Leistung des abgehenden Unternehmens gegenüber dem Teilnehmer nicht unterbrochen wird, bevor die vertraglichen und technischen Voraussetzungen für den Anbieterwechsel vorliegen [...]".

Somit geht der Gesetzgeber davon aus, dass sich § 46 Abs. 1 Satz 3 TKG ("schlägt der Wechsel fehl") auf eben die in § 46 Abs. 1 Satz 1 TKG angesprochenen "vertraglichen und technischen Voraussetzungen" beziehen. Das bedeutet, dass ein Vertragswechsel dann fehlschlägt, wenn es eben an diesen "vertraglichen und/oder technischen Voraussetzungen" fehlt. Diese Voraussetzungen werden dadurch geschaffen, dass der Vertrag mit dem Altanbieter durch den Teilnehmer gekündigt wird.

"Dies geschieht in der Regel durch die Kündigung des Teilnehmers"⁵

Daraus ist aber weitergehend zu folgern, dass zuerst der Vertrag des Endkunden mit dem Altanbieter beendet werden muss, damit die "vertraglichen Voraussetzungen" für den Anbieterwechsel geschaffen werden. Auch in diesem Zusammenhang hat der Gesetzgeber den Verbraucherschutzgedanken in das Gesetz "eingebaut": es soll im Rahmen eines Anbieterwechsels vermieden werden, dass der Verbraucher letztendlich an zwei Verträge gebunden ist.

Aus diesen Überlegungen ergeben sich nunmehr verschiedene Schlussfolgerungen:

Natürlich ist es nicht so, dass die "Unterbrechung" und das "Fehlgeschlagen" des Anbieterwechsels frühestens bei Bearbeitung des Portierungsauftrages eintreten können. Der Gesetzgeber geht im Gegenteil davon aus, dass diese Fehler vor der Durchführung des Anbieterwechsels (Abs. 2) in der Vorbereitungsphase (Abs. 1) entstehen. Die Rufnummernübertragbarkeit selbst ist erst in § 46 Abs. 3 und Abs. 4 TKG und nicht etwa in § 46 Abs. 1 TKG geregelt. Deshalb regelt § 46 Abs. 1 TKG (und nicht etwa § 46 Abs. 3 TKG) die Frage des "Anbieterwechsels"⁶. Weiterhin beantwortet sich auch daraus die Frage, wann der "Anbieterwechsel" durchgeführt bzw. abgeschlossen ist – nämlich dann, wenn die "vertraglichen und technischen Voraussetzungen" durch die Provider bzw. den Endkunden dafür geschaffen wurden (Abs. 1), d.h. wenn der Endkunde seinen Altvertrag beendet und einen neuen Vertrag geschlossen hat und wenn die technischen Voraussetzungen durch die Provider geschaffen wurden.

Hierzu führt das OLG Düsseldorf⁷ folgendes aus:

"Das Gesetz definiert in § 46 Abs. 2 TKG a.F./ § 46 Abs. 1 und 4 TKG n.F. den Begriff des "Anbieterwechsels nicht. Es wird zwar die Ansicht vertreten, dass ein Anbieterwechsel bereits vorliegt,

¹ Büning, a.a.O., § 46 Rz. 22

² Büning, a.a.O., § 46 Rz. 8

³ Büning, a.a.O., § 46 Rz. 26

⁴ Büning, a.a.O., § 46 Rz. 31

⁵ Büning, a.a.O., § 46, Rz. 22

⁶ so auch Büning, a.a.O., § 46 TKG, Rz. 47

⁷ Urteil vom 27. November 2014, I – 15 U 56/14, Rz. 101

wenn er Teilnehmer den Vertrag mit einem Anbieter beendet sowie einen neuen Vertrag mit einem anderen Anbieter begründet und der neue Anbieter dem alten Anbieter die Kündigung des Teilnehmers mitgeteilt hat (Landgericht Köln, Urteil vom 20.12.2012 – 31 O 292/12; Büning, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG – Kommentar, 4. Auflage, § 46 Rn. 10,16; Kiparski/Thones, MMR 2014/472 mw.N.). Dieser Auslegung stimmt der Senat jedoch nicht uneingeschränkt zu (kritisch auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 02.08.2013 – 6 U 59/13): Vielmehr begründen die genannten Erklärungen lediglich eine Verpflichtung des Altanbieters zur unverzüglichen Durchführung des Anbieterwechsels. Der Anbieterwechsel selbst ist ein tatsächlicher Prozess, der solange andauert, bis er tatsächlich abgeschlossen ist. Dafür spricht der Wortlaut des § 46 Abs. 2 TKG a.F./§ 46 Abs. 1 und Abs. 4 TKG n.F., der mit der Formulierung "bei einem Anbieterwechsel" nicht ein punktuell Ereignis, sondern einen Prozess beschreibt, der eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt. Noch deutlicher wird das nach der neuen Rechtslage, wo nicht nur in § 46 Abs. 1 S. 2 TKG n.F. geregelt ist, dass "bei einem Anbieterwechsel ... der Dienst des Teilnehmers nicht länger als einen Kalendertag unterbrochen werden" darf, mithin das Gesetz selbstverständlich von einer Fortdauer des Anbieterwechsels während der Unterbrechung ausgeht. Zudem unterscheidet insbesondere § 46 Abs. 1 S. 1 TKG n.F. ausdrücklich zwischen den "vertraglichen und technischen Voraussetzungen für einen Anbieterwechsel" selbst. Mit den vertraglichen Voraussetzungen für einen Anbieterwechsel sind dabei die Erklärungen des Teilnehmers zur Beendigung des Vertrages mit dem Altanbieter und zur Begründung des Vertrages mit dem aufnehmenden Anbieter gemeint, wobei der Altanbieter mit Zugang der Kündigungsmitteilung zur unverzüglichen Durchführung des Anbieterwechsels verpflichtet ist, der sich allerdings als tatsächlicher Prozess erst anschließt".

Der Auslegung des OLG Düsseldorf ist nicht im vollem Umfang zu folgen.

Die Aussage "Der Anbieterwechsel selbst ist ein tatsächlicher Prozess" ist zumindest zu hinterfragen. Wenn man die Frage nach einem "Mieter- bzw. Vermieterwechsel" beantworten müsste so würde man auch argumentieren, dass der Vermieter mit dem Abschluss eines neuen Mietvertrages "einen neuen Mieter" hat. Ob der alte Mieter dann tatsächlich fristgerecht auszieht oder nicht würde an der rechtlichen Beurteilung "Mieterwechsel" nichts ändern. Der Vermieter hat mit dem Abschluss eines neuen Mietvertrages einen "neuen Mieter". Deshalb ist der Begriff des "Anbieterwechsels" bzw. des "Mieterwechsels" nicht per se und von vorn herein als "tatsächlicher Prozess" zu beschreiben. Der Vermieter würde wohl eher sagen "ich habe einen neuen Mieter" wenn er den neuen Mietvertrag abgeschlossen hat. Der Mieter würde sagen: ich habe eine neue Wohnung. Natürlich schließt sich daran ein "tatsächlicher" Prozess an – hoffentlich der Auszug des alten Mieters. Deshalb kann aus dem Wort "Anbieterwechsel" nicht darauf geschlossen werden, dass es sich um einen tatsächlichen Prozess handelt. Gleiche Gedanken könnte man sich nun darüber machen: wann findet ein "Arbeitgeberwechsel" statt. Auch hier würde der Arbeitnehmer mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages sagen, ich habe einen neuen Arbeitgeber, obwohl er die neue Stelle erst später antritt. Deshalb sagt auch der Begriff "Anbieterwechsel" nichts darüber aus, ob es sich um "einen tatsächlichen Vorgang" handelt oder nicht.

Es ist jedoch richtig, dass der "Anbieterwechsel" auch "tatsächliche" Elemente enthält. Diese tatsächlichen Elemente hat der Gesetzgeber jedoch in § 46 Abs. 1 S. 1 TKG selbst beschrieben. Der Endkunde und die Provider müssen (neben den vertraglichen) auch die "technischen" Voraussetzungen schaffen, welche für den Anbieterwechsel notwendig sind.

Es ist richtig, dass der "Anbieterwechsel" kein punktuell Ereignis darstellt, sondern eher als "Prozess" beschrieben werden kann ("bei einem Anbieterwechsel"). Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass der Anbieterwechsel erst dann durchgeführt und vollzogen ist, wenn die Rufnummernübertragung gem. § 46 Abs. 3 bzw. Abs. 4 TKG erfolgt ist. Die vom Gesetzgeber in § 46 Abs. 1 S. 2 TKG verwandte Formulierung "bei einem Anbieterwechsel" bezieht sich nach der Gesetzessystematik auf § 46 Abs. 1 S. 1 TKG. Diese sagt, dass die Leistung des Altanbieters nicht unterbrochen werden darf, bevor die vertraglichen und technischen Voraussetzungen vorliegen. § 46 Abs. 1 S. 2 TKG sagt nun: liegen alle diese Voraussetzungen (vertraglicher und technischer Art) vor, müssen die Provider dafür sorgen, dass die Leistung maximal ein Kalendertag unterbrochen wird.

Die Folgerung des OLG Düsseldorf, dass die "technischen Voraussetzungen" für den "Anbieterwechsel" erst mit der Rufnummerübertragung abgeschlossen ist, ergibt sich nicht aus dem Gesetz und ist auch nicht zwingend. Die Rufnummerübertragung oder Portierung ist erst ausdrücklich und separat in § 46 Abs. 3 und Abs. 4 TKG geregelt. Deshalb gehört das Recht des Endkunden seine alte Telefonnummer beibehalten zu wollen auch nicht zu den in § 46 Abs. 1 S. 1 TKG aufgeführten "technischen Voraussetzungen" für den Anbieterwechsel. In § 46 Abs. 1 und Abs. 2 TKG wurden

entsprechende Verpflichtungen der Provider normiert. Hätte der Gesetzgeber eine entsprechende Regelung treffen wollen, dass das Recht des Endkunden auf Rufnummernportierung als "*technische Voraussetzung*" (und somit als gesetzliche Verpflichtung der Provider für den Anbieterwechsel) ausgestaltet hätte, hätte es einer gesonderten Regelung in den Abs. 3 und 4 TKG nicht bedurft. Deshalb kann auch aus der systematischen Gesetzesauslegung nicht gefolgert werden, dass der Anbieterwechsel erst mit Übertragung der Rufnummer abgeschlossen ist. Aus der Gesetzessystematik ergibt sich eher eine gegenteilige Auffassung: der Anbieterwechsel vollzieht sich unabhängig von dem Recht der Endkunden auf Rufnummerportierung. Dieses hat der Gesetzgeber nicht in § 46 Abs.1 und Abs. 2 TKG geregelt, wo es um Fragen des Anbieterwechsels geht, sondern in § 46 Abs. 3 und Abs. 4 TKG als ein eigenständiges Recht des Endkunden ausgestaltet.

Das Recht des Endkunden nach § 46 Abs. 3 und Abs. 4 TKG ist ein Recht des Endnutzers bzw. die Verpflichtung der Netzbetreiber sicherzustellen, dass der Teilnehmer die Rufnummer behalten kann. Dieses Recht des Endkunden ist gesetzlich nicht als Voraussetzung für den Anbieterwechsel ausgestaltet. Hätte der Gesetzgeber das anders beurteilen wollen, hätte er es durch eine Ergänzung des Gesetztextes dahingehend tun können, dass zu den "technischen Voraussetzungen" im Sinne des § 46 Abs. 1 S. 1 TKG auch die detailliert aufgeführten Rechte des Endkunden nach § 46 Abs. 3 und Abs. 4 TKG gehören. Dieses ist ersichtlich nicht geschehen.

Informationsmaterial:

1. Beck'scher TKG Kommentar, 4. Auflage, (2013) C.H.Beck
2. Kiparski G., Thoenes R. (2014) Anm. zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.11.2013 – VI-U (Kart) 6/13, Ablehnung einer Rufnummernportierung, *MMR*, 472-474
3. Kiparski G., Thoenes R. (2015) Anm. zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 27.11.2014 - I-15 U 56/14, Wettbewerbswidrige Mehrfachsendung eines Rufnummernportierungsauftrages, *MMR*, 282 – 284.
4. Landgericht Heilbronn Urteil vom 02. Dezember 2014 - 21 O 122/14 KfH
5. OLG Düsseldorf Urteil vom 15 U 56/14
6. OLG Karlsruhe Urteil vom 28. August 2013, 6 U 59/13