

## Bernd Holznagel/Sebastian Deckers Geheimhaltungsvereinbarungen als Hindernis für den Breitbandausbau

Für breitbandunterversorgte Kommunen ist die Kenntnis über die in ihrem Gebiet verlegten TK-Netze sehr wichtig. Möchten sie die Versorgung mit breitbandigem Internet verbessern, zwingt das europäische Beihilferecht sie zu einer genauen Aufklärung der verfügbaren Netzinfrastruktur. Netzbetreiber haben aber ein großes Interesse an der Geheimhaltung ihrer Einrichtungen und Pläne. Sie wollen ihre Geschäftsgeheimnisse schützen und Angriffe Dritter auf ihre Netze verhindern. Daher sind sie derzeit nur bereit, die Kommunen mit den notwendigen Informationen über ihre Netze zu versorgen, wenn diese Geheimhaltungsvereinbarungen unterzeichnen.

Um ihre Einhaltung zu erzwingen, sieht z.B. die von der *Deutschen Telekom AG* verwendete Vereinbarung für jede Indikation vertraulicher Informationen durch die Kommune eine Vertragsstrafe i.H.v. jew. € 15.000,- vor. Dabei sind die vertraulichen Informationen nach Nr. 1 der Vereinbarung sehr weit definiert als: „aa) sämtliche Unterlagen [...], insbesondere HVt- und KVz-Listen mit Angaben zu den jeweils versorgten Straßenzügen, Trassenführungen sowie weitere Spezifikationen [...] sowie

bb) unkörperliche Informationen, insbesondere Geschäftsideen, Konzepte oder Absichten [...] sowie cc) die Tatsache, dass die DTAG und Landkreis/Kreis/Stadt/Gemeinde Gespräche führen.“

Die Pflicht zur Vertraulichkeit soll unabhängig davon gelten, ob die betreffende Information durch die DTAG als vertraulich gekennzeichnet wurde oder nicht. Die Vertragsstrafenregelung sieht des Weiteren den Verzicht auf die Einrede des Fortsetzungszusammenhangs vor. Hierunter ist die Strafbemessungsregel zu verstehen, dass stets eine separate Vertragsstrafe für jeden einzelnen, auch gleichartigen Verstoß verwirkt sein soll.

Die Kommunen sind häufig nicht bereit, eine solche Vertragsstrafenregelung zu unterzeichnen. Ihnen sind die finanziellen Risiken zu hoch. Zudem sind sie der Auffassung, dass die gemeindlichen Planungen nicht gänzlich in einem Geheimverfahren stattfinden können. Die Folge ist, dass die Planungsprozesse ins Sto-

cken geraten oder gar ganz aufgegeben werden. Die Praxis des Abschlusses dieser Art von Geheimhaltungsvereinbarung hat sich so zu einem veritablen Hindernis für den Breitbandausbau der Bundesrepublik entwickelt. Dabei zeigt die rechtliche Analyse, dass die Vertragsstrafenregelung jedenfalls im Hinblick auf die gewählte Strafbemessungsregel wegen eines Verstoßes gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nichtig ist.

Bei der Geheimhaltungsvereinbarung handelt es sich um eine AGB, § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Vereinbarung ist einseitig von Seiten der DTAG gestellt und zur mehrfachen Verwendung bestimmt. Die Inhaltskontrolle bestimmt sich gem. § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB ausschließlich nach § 307 BGB.

Gem. § 307 Abs. 3 BGB gilt Abs. 1 nur dann, wenn von Rechtsvorschriften abgewichen wird oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Dies ist dann der Fall, wenn nicht lediglich deklaratorisch die geltende Rechtslage wiedergegeben wird. Erfasst sind auch ungeschriebene Grundsätze und Richterrecht (Palandt/*Grüneberg*, BGB, 68. Aufl. 2009, § 307 Rdnr. 64). Bei strafbewehrten Unterlassungspflichten hatte die Rspr. schon früh den Begriff des Fortsetzungszusammenhangs aus dem Strafrecht übernommen, um zu vermeiden, dass mehrfache Zuwiderhandlungen gegen dieselbe Unterlassungspflicht zu mehrfachen Vertragsstrafen führen. Hieraus hatte sich ein eigenständiger zivilrechtlicher Begriff des Fortsetzungszusammenhangs gebildet. Von diesem ist die Rspr. inzwischen wieder abgerückt, hält aber weiterhin eine umfangreiche einzelfallabhängige Kasuistik zur Strafzumessung bei Vertragsstrafen aufrecht (Staudinger/*Rieble*, BGB, Neubearb. 2009, Vorbem. zu §§ 339 ff. Rdnr. 294 ff.). Die starre Strafbemessungsregel gibt nicht lediglich deklaratorisch die bestehende Rechtslage wieder, sodass der Anwendungsbereich von § 307 Abs. 1 eröffnet ist.

Nach § 307 Abs. 1 Satz 1 sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Die Rspr. knüpfte früher die Zulässigkeit des Ausschlusses

der Einrede des Fortsetzungszusammenhangs in AGB an das Vorliegen besonderer Interessen der Gläubigerseite (BGH NJW 1993, 721, 723). Die Rspr. unterwirft die Vertragsstrafenzumessung nunmehr einer Einzelfallbetrachtung, die auch weiterhin eine unangemessene Vielfältigung von Einzelstrafen verhindern soll (BeckOK-BGB/*Becker*, § 309 Nr. 6 Rdnr. 27; BGH GRUR 2001, 758, 760). Ausgangspunkt der Einzelfallbetrachtung ist eine Abwägung der beteiligten Interessen. Im vorliegenden Fall belastet es die Kommune z.T. unbillig, für jeden Verstoß gegen die Geheimhaltungsvereinbarung eine Vertragsstrafe zahlen zu müssen. Die Verwenderin hat nur bezogen auf die vertraulichen Informationen nach Nr. 1 lit. a) sublit. aa) und bb) ein anerkanntes Interesse daran, dass jeder Verstoß sanktioniert wird und Folgeverstöße nicht zu einem Verstoß verschmolzen werden.

Dieses Interesse ergibt sich aus der Gefahr für den Geschäftsbetrieb der Verwenderin, die bei jedem einzelnen Verstoß droht. Die in Nr. 1 lit. a) sublit. aa) der Vereinbarung definierten vertraulichen Informationen betreffen die Infrastruktur der Verwenderin und damit die Grundlage ihres Geschäfts. Gleiches gilt für die in Nr. 1 lit. a) sublit. bb) aufgeführten Geschäftsideen, Konzepte oder Absichten der Verwenderin. Diese Informationen sind gleichfalls hochsensibel.

Die in Nr. 1 lit. a) sublit. cc) als vertrauliche Information definierte Tatsache, dass die Verwenderin überhaupt Gespräche mit der Kommune führt, begründet allerdings kein anerkanntes Interesse der Verwenderin. Der Zweck einer erleichterten Schadenskompensation rechtfertigt den Einredeausschluss in diesem Fall nicht. Die Offenbarung dieser Tatsache ist für den Geschäftsbetrieb der Verwenderin nämlich regelmäßig ungefährlich. Für Geschäftsanbahnungen mit der potenziellen Kundschaft der Verwenderin dürfte diese Information kaum negative Wirkungen entfalten. Die Verwenderin schließt mit Privatkunden Einheitsverträge ab, deren Bedingungen (etwa zur Leistungsfähigkeit des Breitbandzugangs) durch mögliche Subventionen der öffentlichen Hand nicht verändert werden. Lediglich Geschäftskunden könnten sich veranlasst sehen, eine mögliche Subvention abzuwarten und auf bessere Vertragsbedingungen zu spekulieren. Der zu befürchtende Scha-

# MMR FOKUS

den vervielfältigt sich aber selbst in diesem Fall nicht in dem Maße, als dass dieser einen aner kennenswerten Grund darstellen und damit den Einredeausschluss rechtfertigen könnte.

Eine weitere Rechtfertigung des Einredeausschlusses kann zwar grds. in der Verhaltenssteuerung des Verwendungsgegners liegen, um die Durchsetzung der strafbewehrten Unterlassung zu sichern. Dies kommt aber vorliegend nicht in Betracht (*BGH NJW-RR 1990, 1390*). Denn die Geheimhaltungsvereinbarung unterscheidet nicht zwischen vorsätzlichen und fahrlässigen Verstößen. Zu fahrlässigen Verstößen kann es aber unabhängig von einem entsprechend zu beugenden Willen des Schuldners kommen (*BGH NJW 1993, 721, 723*). Einer wiederholten Bekanntgabe dieser Tatsache der bloßen Gesprächsführung steht damit kein sich mit jeder Indiskretion vervielfältigender Schaden gegenüber.

Somit ist die Strafbemessungsregel eine unangemessene Benachteiligung der Verwendungsgegner und gem. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Die Unwirksamkeit betrifft die gesamte Klausel. Eine sog. geltungserhaltende Klauselabgrenzung (s. hierzu *Wolf/Lindacher/Pfeiffer*, 5. Aufl. 2009, § 306 Rdnr. 40 ff.; *BeckOK-BGB/Jakobs*, § 306 Rdnr. 7 f., vgl. *Palandt/Grüneberg*, a.a.O., § 306 Rdnr. 7 f.) kommt bezogen auf die vertraulichen Informationen nach Nr. 1 lit. a) sublit. aa) und bb) nicht in Betracht.

## **Prof. Dr. Bernd Holznagel, LL.M.**

ist Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) – öffentl.-rechtliche Abteilung – an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und Mit-herausgeber der MMR.

## **Ass. jur. Sebastian Deckers**

ist Geschäftsführer am Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM) – öffentl.-rechtliche Abt. – an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.