

Werbung für Mehrwertdienstnummern

Eigener Leitsatz:

Für Werbeanrufer bei Verbrauchern ist eine entsprechende Einwilligung erforderlich. Diese muss vorher eingeholt worden und gesetzeskonform sein, also den maßgeblichen rechtlichen Bestimmungen genügen. Allerdings darf nicht pauschal unterstellt werden, dass Inhalteanbieter von Mehrwertdienstnummern bei Untersagung eines bestimmten Kommunikationsmittels für deren Werbung auf andere Kommunikationsmittel ausweichen werden.

Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen

Beschluss vom 26.09.2008

Az.: 13 B 1397/08

Beschluss

Tenor:

Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Köln vom 13. August 2008 teilweise geändert.

Der Antrag der Antragstellerin auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gegen die Verfügung der Antragsgegnerin vom 19. Mai 2008 wird insoweit abgelehnt, als die Antragsgegnerin der Antragstellerin die Betreibung ihres Geschäftsmodells mittels Telefonanrufen untersagt und die Untersagung auf Werbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern erstreckt hat.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Kosten beider Rechtszüge tragen die Antragstellerin zu 4/5 und die Antragsgegnerin zu 1/5.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 250.000,- EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin ist Zuteilungsnehmerin und Inhaltenbieterin von Mehrwertdienstenummern, die ihr von der Bundesnetzagentur zugeteilt worden sind.

Mit Telefoncomputern rief die Antragstellerin bei Telefonanschlusshabern – teilweise mehrfach – an und teilte ihnen über eine automatische Ansage mit, sie hätten einen Preis gewonnen. Um den Gewinn zu erhalten, sei eine kostenpflichtige Mehrwertdienstenummer anzurufen. Falls Anrufe nicht (mehr) erwünscht seien, könne dieses Anliegen – so hieß es weiter – kostenlos telefonisch mitgeteilt werden. Zahlreiche Verbraucher beschwerten sich hierüber bei der Bundesnetzagentur, weil sie solchen Telefonanrufen nicht zugestimmt hätten.

Die Bundesnetzagentur untersagte mit Ziff. 1 des Bescheids vom 19. Mai 2008 der Antragstellerin, unaufgefordert Werbung an Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer mittels Telekommunikationsmitteln zu versenden, wenn der Empfänger nicht von vornherein gesetzeskonform in den Empfang derartiger Anrufe eingewilligt hat. Die Antragstellerin erhob gegen diese Verfügung Widerspruch. Ihr Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen den Bescheid hatte vor dem Verwaltungsgericht Erfolg, weil der verfügende Teil des Untersagungsbescheids nicht hinreichend bestimmt sei und der Bescheid weder auf andere Marktteilnehmer noch auf sämtliche Telekommunikationsmittel erstreckt werden dürfe.

Mit ihrer Beschwerde macht die Antragsgegnerin geltend: Die

Untersagung des Geschäftsmodells sei von § 67 Abs. 1 Satz 1 TKG gedeckt. Der Bestimmtheitsgrundsatz sei nicht verletzt. Die Antragstellerin müsse als Gewerbetreibende die entsprechenden wettbewerbsrechtlichen Vorschriften kennen und wissen, wann eine gesetzeskonforme Einwilligung vorliege. Die Untersagung dürfe auf Werbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern erstreckt werden, weil die Antragstellerin bei Praktizierung ihres Geschäftsmodells zahlreiche sonstige Marktteilnehmer angerufen habe. Es sei auch erforderlich, die Verfügung auf sämtliche Telekommunikationsmittel zu erstrecken.

II.

Die Beschwerde, über die der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) im Rahmen der von der Antragsgegnerin dargelegten Gründe befindet, hat teilweise Erfolg.

Das Verwaltungsgericht hat dem Antrag der Antragstellerin auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen die Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom 19. Mai 2008 zu Unrecht in vollem Umfang stattgegeben. Die im Rahmen des § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO gebotene Abwägung zwischen dem Interesse der Antragstellerin, von der Vollziehung des angefochtenen Verwaltungsakts bis zur abschließenden Entscheidung über seine Rechtmäßigkeit verschont zu bleiben, und dem öffentlichen Interesse an der möglichst schnellen Durchsetzung der Verfügung fällt aus der Sicht des Senats zum Nachteil der Antragstellerin aus, soweit die Antragsgegnerin der Antragstellerin die Betreibung ihres Geschäftsmodells mittels Telefonanrufen untersagt und die Untersagung auf Werbung gegenüber sonstigen Marktteilnehmern erstreckt hat. Das Beschwerdevorbringen der Antragsgegnerin ist in diesem Umfang geeignet, eine andere Entscheidung zu rechtfertigen.

Rechtsgrundlage für die Untersagung des Geschäftsmodells mittels Telefonanrufen ist § 67 Abs. 1 Satz 1 des

Telekommunikationsgesetzes (TKG) i. d. F. des Art. 2 Nr. 17 und 35 des Gesetzes zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften vom 18. Februar 2007 (BGBl. I S. 106). Nach dieser Bestimmung kann die Bundesnetzagentur im Rahmen der Nummernverwaltung Anordnungen und andere geeignete Maßnahmen treffen, um die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften und der von ihr erteilten Bedingungen über die Zuteilung von Nummern sicherzustellen. Mit dieser Generalermächtigung will der Gesetzgeber erreichen, dass die rechtswidrige Nutzung der Nummern außerhalb der in § 67 Abs. 1 Satz 4 bis 7 TKG speziell geregelten Sanktionen ziel- und zweckgerichtet geregelt werden kann.

Die Ordnungsverfügung betrifft eine Anordnung im Rahmen der Nummernverwaltung und untersagt der Antragstellerin die Praktizierung ihres Geschäftsmodells. Nummernverwaltung ist nicht nur im gesamten technischen und rechtsgeschäftlichen Umgang mit der Rufnummer gegeben, wie etwa bei der Erbringung eines Dienstes über eine Rufnummer und der Weitergabe von Rufnummern, sondern auch bei der Werbung für einen Dienst im Zusammenhang mit der Rufnummer.

Vgl. Herchenbach-Canarius/Thoma, in: Arndt/Fetzer/Scherer, Telekommunikationsgesetz, Kommentar, 2008, § 67 Rn. 6.

Demnach fallen die von der Antragstellerin getätigten Werbeanrufe in den Bereich der Nummernverwaltung.

13

Die von der Bundesnetzagentur gewählten Maßnahmen erfolgten, um die Einhaltung gesetzlicher Vorschriften sicherzustellen. Der weite Wortlaut von § 67 Abs. 1 Satz 1 TKG ist Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, jegliche Verstöße bei der Nummernnutzung, insbesondere mit Blick auf Verbraucher- und Kundenschutzbelange zu verfolgen.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 25. Juni 2008 – 13 B 668/08 -, DVBl. 2008, 1129; Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu einem

Telekommunikationsgesetz, BT-Drucks. 15/2316 S. 83 sowie Stellungnahme des Bundesrats vom 19. Dezember 2003, BT-Drucks. 15/2316 S. 119; Büning/Weißenfels, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Auflage, 2006, § 67 Rn. 7.

Zu widerhandlungen gegen gesetzliche Bestimmungen, die keinen (unmittelbaren) telekommunikationsrechtlichen Bezug aufweisen, können daher ein beachtlicher Verstoß im Rahmen des § 67 Abs. 1 Satz 1 TKG sein. Solche Bestimmungen enthält insbesondere das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 3. Juli 2004 (BGBI. I S. 1414) i. d. F. von Art. 5 des Gesetzes vom 21. Dezember 2006 (BGBI. I S. 3367).

Hier stehen unzumutbare Belästigungen i. S. v. § 7 UWG und daher unlautere und unzulässige Wettbewerbshandlungen i. S. v. § 3 UWG im Raum. Dies hat der Senat (u. a.) in dem Verfahren 13 B 1331/08, an dem auch die Antragstellerin beteiligt ist, näher ausgeführt. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann – auch im Hinblick auf die Gewährung rechtlichen Gehörs – auf die dortige Begründung im Beschluss vom 26. September 2008 verwiesen werden.

Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts ist der angefochtene Bescheid hinreichend im Sinne § 37 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) bestimmt.

§ 37 Abs. 1 VwVfG ist den Erfordernissen gewidmet, die an die Rechtsklarheit zu stellen sind. Dies verlangt, dass der Adressat sein Verhalten danach richten kann, und die Behörde, die mit dem Vollzug betraut ist oder für deren sonstiges Verwaltungshandeln der Verwaltungsakt von Bedeutung ist, seinen Inhalt etwaigen Vollstreckungshandlungen oder sonstigen Entscheidungen zugrunde legen kann.

Vgl. Hess. VGH, Beschluss vom 24. März 2000 – 11 TG 3096/99 – NVwZ-RR 2000, 544; OVG NRW, Urteil vom 11. Juni 1992 – 20 A 2485/89 -, NVwZ 1993, 1000; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Auflage 2008, § 37 Rn. 5 m. w. N.

Die Erkennbarkeit des Inhalts muss sich zwar nicht notwendig aus dem isolierten Wortlaut der Entscheidungssätze ergeben. Es muss jedoch möglich sein, den Inhalt hinreichend sicher durch eine Auslegung der Entscheidungssätze im Lichte der Gründe des Verwaltungsakts zu ermitteln.

Vgl. Hess. VGH, Urteil vom 22. September 1992 – 11 UE 2954/86 -, NVwZ-RR 1993, 302, 303; OVG NRW, Beschluss vom 22. Januar 2004 – 18 B 38/03 -, NWVBl. 2004, 314.

Neben den Gründen des Bescheids können auch solche Umstände zur Auslegung der Regelung des Verwaltungsakts herangezogen werden, die aus seinem gesamten Text zwar nicht hervorgehen, aber den Beteiligten bekannt oder ohne Weiteres erkennbar sind. Welche Umstände insoweit in Betracht kommen, kann nur im jeweiligen Einzelfall geklärt werden.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 15.02.1990 – 4 C 41.87 -, NVwZ 1990, 658, 659.

Hiervon ausgehend ist Ziff. 1 des Verfügungssatzes im Bescheid vom 19. Mai 2008 hinreichend bestimmt formuliert. Nach Maßgabe des Bescheidtenors hat die Antragstellerin es zu unterlassen, unaufgefordert Werbung an Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer mittels Telekommunikationsmitteln zu versenden, wenn der Empfänger nicht von vornherein gesetzeskonform in den Empfang derartiger Anrufe eingewilligt hat. Die Antragstellerin kann ihr Verhalten danach richten, weil sie erkennen kann, was von ihr verlangt wird. Abgesehen hiervon hat sie sich bislang auch gar nicht auf eine Unbestimmtheit des Bescheidtenors berufen. Sie vertritt vielmehr den Standpunkt, über entsprechende Einwilligungen der angerufenen Personen zu verfügen. Der Inhalt des Begriffs der Einwilligung ist in der Rechtspraxis geklärt und auch in der Umgangssprache ein geläufiger Terminus: Es stellt darauf ab, dass etwas mit Willen des Betroffenen geschieht und hat zur Folge, dass dem Wollenden kein Unrecht geschieht (*volenti non fit iniuria*). Zur weiteren Klarstellung des Inhalts der

Regelung mit Bezug zum Wettbewerbsrecht sind die Bescheidgründe zu berücksichtigen. Insbesondere auf Seite 4 wird die Einwilligung i. S. d. Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb näher beschrieben. Der Antragstellerin sind diese Regeln auch geläufig, worauf die Antragsgegnerin in der Beschwerdebegründung unter Bezugnahme auf Schriftsätze der Antragstellerin zutreffend hinweist. Dem verwendeten Merkmal "gesetzeskonform" kommt keine eigenständige Bedeutung zu, sondern ist als bloßer Hinweis auf die Maßgeblichkeit von rechtlichen Bestimmungen zu werten. Unsicherheiten bei der Befolgung der Ordnungsverfügung entstehen daher nicht. Dementsprechend hat der Senat in seinem Beschluss vom 25. Juni 2008 (- 13 B 668/08 -, a. a. O.) den gleichlautenden Bescheidtenor stillschweigend als hinreichend bestimmt gewertet. Die vom Verwaltungsgericht in Bezug genommene Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16. November 2006 (- I ZR 191/03 -, DB 2007, 1190) steht dieser Auffassung nicht entgegen. Dort heißt es – bezogen auf eine nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb geforderte Unterlassungserklärung – zwar, Unterlassungsanträge, die lediglich den Wortlaut des Gesetzes wiederholten, seien grundsätzlich zu unbestimmt. Anderes gelte etwa dann, wenn der Anwendungsbereich einer Rechtsnorm durch eine gefestigte Auslegung geklärt sei. So liegt es aber bei dem Merkmal der Einwilligung.

Vgl. auch OLG Hamm, Urteil vom 15. August 2006 – 4 U 78/06 -, K&R 2006, 524.

Mit der Verfügung vom 19. Mai 2008 durfte die Bundesnetzagentur ebenfalls die Versendung unaufgeforderter Werbung mittels Telekommunikationsmittel auch an sonstige Marktteilnehmer untersagen. Durchgreifende Bedenken gegen die Erforderlichkeit der Maßnahme bestehen nicht.

Marktteilnehmer sind alle Personen, die als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen tätig sind. Hierunter fallen also über diese hinaus etwa solche Abnehmer,

die mangels privater Nutzung des erworbenen Gutes nicht als Verbraucher im Sinne des § 2 Abs. 2 UWG i. V. m. § 13 BGB gelten (z. B. Geschäftsleute, juristische Personen des öffentlichen Rechts, Verbände und Stiftungen).

Vgl. Ernst, in: Ullmann jurisPK-UWG, § 2 Rn. 18.

Die Antragstellerin hat in der Vergangenheit mit automatischen Anrufmaschinen zahlreiche Marktteilnehmer angerufen, ohne dass entsprechende Einwilligungsklärungen vorgelegen haben (z. B. das Einwohnermeldeamt der Stadt A. sowie diverse Firmen). Hierauf hat die Antragsgegnerin in ihrer Beschwerdebeurteilung unter Bezugnahme auf in den Verwaltungsvorgängen enthaltene Beschwerden näher hingewiesen. Hiervon ausgehend besteht die konkrete Gefahr, dass die Antragstellerin auch in Zukunft unzulässig sonstige Marktteilnehmer bewirbt.

Demgegenüber lässt sich derzeit keine hinreichende Gefahr dafür feststellen, dass die Antragstellerin – zum Zwecke der Umgehung der Untersagung von Telefonwerbung – in Deutschland auch andere Telekommunikationsmittel nutzen wird, um unaufgefordert Werbung per E-Mail, SMS oder Telefax zu betreiben. Aus diesem Grund scheidet eine Anwendung des § 67 Abs. 1 Satz 1 TKG aus, obgleich eine Ausdehnung der Untersagung bei Vorliegen eines hinreichenden gefahrenträchtigen Sachverhalts auf die vom Gesetzgeber bewusst weit gefasste Norm gestützt werden kann.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 25. Juni 2008 – 13 B 668/08 -, a. a. O.

Allerdings darf die Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung nicht pauschal unterstellen, dass ein Inhaltenanbieter von Mehrwertdienstenummern, der bislang ein bestimmtes Kommunikationsmittel für sein Geschäftsmodell gewählt hatte, nach dessen Untersagung auf andere Kommunikationsmittel ausweichen werde. Der Verwaltungsentscheidung muss deshalb zu entnehmen sein, der

Gebrauch von anderen Kommunikationsmitteln sei so wahrscheinlich, dass sich die Untersagung auch darauf erstrecken darf. Die Gesichtspunkte, die die Untersagung eines Kommunikationsmittels rechtfertigen, dürfen sich nicht nur spezifisch auf das verwandte Kommunikationsmittel beziehen. Es muss sich vielmehr um aussagekräftige Mängel bei der Ausübung des Geschäftsmodells handeln, die in gleicher Weise den prognostischen Schluss auf eine telekommunikationsrechtlich relevante Gefahr in Bezug auf den Einsatz anderer Kommunikationsmittel rechtfertigen. Insofern besteht in der Tat – wie die Antragsgegnerin zu Recht meint – eine Parallele zu den Anforderungen, die an eine auf § 35 Abs. 1 Satz 2 der Gewerbeordnung (GewO) gestützte Verfügung zu stellen sind.

Vgl. hierzu Tettinger/Wank, Gewerbeordnung, Kommentar, 7. Auflage, 2004, § 35 Rn. 147 f. m. w. N.

Diese Voraussetzungen sind aber bislang nicht gegeben. Es muss zwar nicht ersichtlich sein, dass es bereits zu einer Werbung für Mehrwertdiensternummern durch den Einsatz anderer Kommunikationsmittel gekommen ist. Für die rechtmäßige Einbeziehung weiterer Formen elektronischer Kommunikation in die Untersagungsverfügung muss aber eine gewisse Wahrscheinlichkeit für ein Ausweichen auf andere Kommunikationsmittel zu erkennen sein. So kann es ggf. etwa liegen, wenn Anordnungen der Bundesnetzagentur in der Vergangenheit durch Werbung für neue Rufnummern oder durch Gründung neuer Firmen ins Leere gelaufen sind.

Vgl. Verwaltungsgericht Köln, Beschluss vom 29. Juni 2005 – 11 L 765/05 -, MMR 2005, 641.

So verhält es sich hier aber nicht. Derartiges oder Vergleichbares hat die Antragsgegnerin nicht mit ihrer Beschwerdebegründung vom 9. September 2008 schlüssig dargetan. Dass die Antragstellerin – nach der Darlegung der Bundesnetzagentur – ihre Tätigkeit wegen erlassener Sanktionen von Österreich in die Schweiz verlagert hat, macht zur Zeit

ein Ausweichen des Geschäftsmodells in Deutschland auf andere Kommunikationsarten noch nicht hinreichend wahrscheinlich.

Soweit die in Ziff. 1 der Verfügung enthaltene Untersagung rechtmäßig ist, bestehen keine rechtliche Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit der unter Ziffer 2 verfügten Zwangsgeldandrohung.

Die Nebenentscheidungen folgen aus § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO und § 52 Abs. 1, § 53 Abs. 3 Nr. 2, § 47 Abs. 1 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar.