

Kommunikation & Recht

K&R

2 | Februar 2024
27. Jahrgang
Seiten 85 - 156

Chefredakteur

RA Torsten Kutschke

Stellvertretende

Chefredakteurin

RAin Dr. Anja Keller

Redakteur

Maximilian Leicht

Redaktionsassistentin

Stefanie Lichtenberg

www.kommunikationundrecht.de

dfv Mediengruppe
Frankfurt am Main

Trilog-Einigung zum VO-Vorschlag politische Werbung

Dr. Daniel Holznagel

85 Haftungsrisiken beim Einsatz von Open-Source-Software in der Supply Chain von Unternehmen

Prof. Dr. Felix Buchmann, André Fritsche und Sebastian Nardone

93 § 327p Abs.1 S. 2 BGB – Systemsprenger oder maßvolle Weiterentwicklung?

Prof. Dr. Tabea Bauermeister

98 AGB-Kontrolle von Datenschutzhinweisen und Drittlandtransfer an Google

Susanne Klein

102 Neues zur Haftung von Auftragsverarbeitern und Verantwortlichen

Dr. Patrick Grosmann und Dr. Hauke Hansen

104 **EuGH:** Geeignete technische und organisatorische Maßnahmen bei Cyberangriff

mit Kommentar von **Peter Hense**

112 **EuGH:** Nachweispflicht bei Schadensersatz wegen Datenschutzverstoß

114 **EuGH:** Schadensersatz wegen rechtswidriger Verarbeitung von Gesundheitsdaten

119 **EuGH:** Verantwortliche bei staatlich beauftragter Pandemie-App

124 **BGH:** Zulässige identifizierende Tatschilderung einer Sexualstraftat

130 **OLG Köln:** ddl-music.to: Urheberrechtsverletzung durch Content-Delivery-Network

mit Kommentar von **Robert Golz**

138 **OLG Köln:** Minderung schließt Sonderkündigung bei mangelhaftem Internet nicht aus

mit Kommentar von **Dr. Gerd Kiparski**

142 **KG Berlin:** Unwirksame AGB zu Preisanpassung bei Streaming-Abo

150 **VG Köln:** Identifizierende Pressemitteilung der BNetzA zu Bußgeld unzulässig

mit Kommentar von **Dr. Fiete Kalscheuer**

Identifizierende Pressemitteilung der BNetzA zu Bußgeld unzulässig

VG Köln, Urteil vom 17. 11. 2023 – 1 K 3664/21
(nicht rechtskräftig)

Volltext-ID: KuRL2024-150, www.kommunikationundrecht.de

Art. 12 GG; § 53 Abs. 5 GWB; § 52 Abs. 7, § 123 Abs. 1 TKG 2021

1. Die Bundesnetzagentur darf keine Pressemitteilung veröffentlichen, in der sie unter namentlicher Nennung des betroffenen Unternehmens über den Erlass eines Bußgeldbescheides unterrichtet.

2. Eine entsprechende Anwendung von § 53 Abs. 5 GWB kommt nicht in Betracht. (Leitsätze des Gerichts)

Sachverhalt

Die Klägerin ist im Telemarketing tätig und betreibt mehrere Call-Center. Im Auftrag von Unternehmen kontaktiert sie Bestandskunden und akquiriert Neukunden. Im März 2016 leitete die Beklagte gegen die Klägerin ein Ordnungswidrigkeitenverfahren wegen des Verdachts unerlaubter Werbeanrufe ein. Mit Bußgeldbescheid setzte sie eine Geldbuße fest. Die Klägerin legte Einspruch gegen den Bußgeldbescheid ein, über den noch nicht entschieden ist.

Gegen die Auftraggeber der Klägerin setzte die Beklagte ebenfalls Geldbußen fest. Der Bußgeldbescheid gegen die N. GmbH & Co. KG wurde rechtskräftig. Die G. GmbH, die gegen den an sie gerichteten Bußgeldbescheid Einspruch eingelegt hatte, wurde – mittlerweile als A. GmbH firmierend – vom AG Bonn freigesprochen.

Die Beklagte beabsichtigte im Zusammenhang mit dem Bußgeldbescheid gegen die Klägerin die Veröffentlichung einer Pressemitteilung. Unter dem [...] vermerkte die Beklagte, dass der Prozessbevollmächtigte der Klägerin telefonisch die Absicht, eine Pressemitteilung zu veröffentlichen, mitgeteilt worden sei. Am [...] veröffentlichte die Beklagte sodann eine Pressemitteilung, in der die Klägerin mehrfach namentlich genannt wurde. Der Text der Pressemitteilung lautet wie folgt: Bußgeld gegen Call-Center wegen unerlaubter Telefonwerbung – Präsident Homann: „Ahnden Verstöße gegenüber allen Beteiligten konsequent“ Die BNetzA hat gegen das Call-Center E. GmbH & Co. KG eine Geldbuße in Höhe von [...] Euro verhängt. „Wir ahnden unerlaubte Telefonwerbung und gehen konsequent gegen alle beteiligten Unternehmen vor“, sagt Jochen Homann, Präsident der BNetzA. „Call-Center sind bei der Beachtung der gesetzlichen Regelungen genauso in der Pflicht wie ihre Auftraggeber.“

Werbeanrufe ohne Zustimmung – Die E. hatte nach Erkenntnissen der BNetzA im Auftrag des F. G. an dessen Kunden insbesondere [...] vertrieben. Dabei kam es immer wieder dazu, dass den Angerufenen im Nachgang des Telefonats Zusatzdienstleistungen untergeschoben und teilweise auch in Rechnung gestellt wurden, die diese überhaupt nicht bestellt hatten. Daneben hatte E. für den Z. N. telefonische Neukundenakquise übernommen. Das Unternehmen führte all diese Anrufe durch, obwohl keine gültige Werbeeinwilligung der Angerufenen vorlag. Viele Betroffene berichteten zudem gegenüber der BNetzA, dass trotz Untersagung weiterer Anrufe gehäuft Kontaktaufnahmen erfolgten, durch die sie sich massiv belästigt fühlten. Gegen die beiden beauftragenden Unternehmen G. und N. hatte die BNetzA wegen der rechtswidrigen Werbeanrufe ebenfalls bereits hohe Bußgelder verhängt.

Unseriöser Datenhandel – Bei der telefonischen Neukundenakquise für N. hatte die E. Adresskontingente bei Adresshändlern eingekauft.

Angeblich hätten die Betroffenen auf Internetseiten der Adresshändler Q. GmbH, M. GmbH und V. GmbH an Gewinnspielen teilgenommen und dabei auch ein Werbeeinverständnis abgegeben. Nach Ermittlungen der BNetzA haben die Angerufenen diese Internetseiten jedoch weder besucht noch im Rahmen eines Gewinnspiels eine Werbeeinwilligung erteilt. Weder die E. noch ihre Auftraggeber hatten dies im Vorfeld der Telefonkampagne ausreichend geprüft. Die Geldbuße gegen die E. GmbH & Co. KG ist noch nicht rechtskräftig. Über einen möglichen Einspruch entscheidet das AG Bonn.

Unerlaubte Telefonwerbung melden – Verbraucherinnen und Verbraucher, die Werbeanrufe erhalten, in die sie nicht eingewilligt haben oder die sie trotz eines Werbewiderrufs erhalten, können sich bei der BNetzA unter [www.B\[...\].de/\[...\]](http://www.B[...].de/[...]) melden. Um die Täter überführen zu können, sind möglichst präzise und detaillierte Angaben hilfreich.

Die Veröffentlichung erfolgte über die Internetseite [www.b\[...\].de](http://www.b[...].de), einen Mailverteiler an Journalisten im Telekommunikationsbereich sowie eine Meldung bei Twitter.

Mit Schreiben vom [...] forderte die Klägerin die Beklagte auf, die Pressemitteilung zu löschen und eine Unterlassungserklärung abzugeben. Dies lehnte die Beklagte ab, stellte der Pressemitteilung jedoch folgenden Hinweis voran:

„Die E. GmbH & Co. KG hat gegen den Bußgeldbescheid form- und fristgerecht Einspruch eingelegt.“

Aufgrund einer Gegendarstellung der V. GmbH änderte die Beklagte die Pressemitteilung unter dem Abschnitt „Unseriöser Datenhandel“ teilweise ab.

Am 28. 1. 2021 beantragte die Klägerin den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen die Beklagte. Das Gericht lehnte den Antrag mit Beschl. v. 17. 2. 2021 ab (Az.: 1 L 166/21). Auf die Beschwerde der Klägerin untersagte das OVG für das Land Nordrhein-Westfalen (im Folgenden: OVG NRW) der Beklagten mit Beschl. v. 17. 5. 2021 vorläufig, die Pressemitteilung über deren Internetseite zu verbreiten (Az.: 13 B 331/21). Die Klägerin hat am 10. 7. 2021 Klage erhoben.

Aus den Gründen

Die Klage ist zulässig und begründet. Der Klägerin steht der in erster Linie geltend gemachte Unterlassungsanspruch gegen die Beklagte zu, weil die Pressemitteilung der BNetzA [...] rechtswidrig in ihr Grundrecht auf freie Berufsausübung eingreift.

Der öffentlich-rechtliche Anspruch auf Unterlassung der Wiederholung einer amtlichen Äußerung setzt voraus, dass diese rechtswidrig in subjektive Rechte des Betroffenen eingreift und die konkrete Gefahr ihrer Wiederholung droht. Fehlt es – wie hier – an einer spezialgesetzlichen Grundlage, leitet sich der Unterlassungsanspruch aus einer grundrechtlich geschützten Position des Betroffenen ab. Die Grundrechte schützen vor rechtswidrigen Beeinträchtigungen jeder Art, auch solchen durch schlichtes Verwaltungshandeln. Der Betroffene kann daher, wenn ihm eine derartige Rechtsverletzung droht, gestützt auf das jeweilige Grundrecht Unterlassung verlangen. Vgl. BVerwG, Urt. v. 20. 11. 2014 – 3 C 27.13, juris Rn. 11. Diese Voraussetzungen liegen vor.

1. Die Klägerin hat die Gefahr einer Wiederholung der beanstandeten Pressemitteilung durch die Beklagte zu besorgen. Dass weitere Eingriffe drohen, kann ohne weiteres angenommen werden, wenn bereits eine Beeinträchtigung stattgefunden hat. Im Regelfall wird die Behörde ihre Maßnahmen für rechtmäßig halten und keinen Anlass sehen, von ihr Abstand zu nehmen. Sie wird sie in der Zukunft aufrechterhalten und in diesem Sinne wiederholen wollen. Vgl. BVerwG, Urteile vom 15. 12. 2005 – 7 C 20.04, juris Rn. 34, und vom 25. 1. 2012 – 6 C 9.11, juris Rn. 21.

Vorliegend hat die Beklagte in der mündlichen Verhandlung zwar geäußert, dass sich ihr Interesse an der streitgegenständlichen Pressemitteilung aufgrund des Zeitablaufs verringert habe. Sie hat aber weder ihren Rechtsstandpunkt aufgegeben noch konnte sie auf Nachfrage der Klägerin ausschließen, dass die Pressemitteilung beispielsweise im Rahmen eines Online-Archivs erneut abrufbar wäre. Eine drohende Wiederholung kann auch deshalb nicht ausgeschlossen werden, weil das Ordnungswidrigkeitenverfahren betreffend den Bußgeldbescheid [...] noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist.

2. Die streitgegenständliche Pressemitteilung der BNetzA verletzt die Klägerin in ihrer Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG.

a) Die Klägerin kann sich auf Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG berufen.

Art. 12 GG gewährt das Recht der freien Berufswahl und -ausübung und ist gemäß Art. 19 Abs. 3 GG auch auf juristische Personen anwendbar, soweit sie eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben, die ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise einer juristischen wie einer natürlichen Person offensteht. StRspr, vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13, juris Rn. 26. Dies trifft auf die Klägerin zu. Der Begriff der juristischen Person i. S. d. Art. 19 Abs. 3 GG erstreckt sich auch auf teilrechtsfähige Organisationen des Privatrechts, wie hier eine Kommanditgesellschaft. Vgl. Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz-Kommentar, 101. EL Mai 2023, Art. 19 Abs. 3 Rn. 39. Soweit die Beklagte im Vermerk vom 00.12.2020 auf das Unternehmenspersönlichkeitsrecht der Klägerin Bezug nimmt, scheidet Art. 2 Abs. 1 GG als Maßstab aus. Denn der Schutz von Marktteilnehmern im Wettbewerb wird von der sachlich spezielleren Grundrechtsnorm des Art. 12 Abs. 1 GG erfasst. Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 1 BvR 558/91, juris Rn. 82.

b) Die streitgegenständliche Pressemitteilung der BNetzA greift in die Berufsausübungsfreiheit der Klägerin ein. Die Berufsfreiheit schützt grundsätzlich nicht vor bloßen Veränderungen der Rahmenbedingungen unternehmerischer Tätigkeit. [...]

Dies zugrunde gelegt stellt sich die streitgegenständliche Pressemitteilung der Beklagten in ihrer Zielgerichtetheit und Wirkung als funktionales Äquivalent eines Grundrechtseingriffs dar. Hierzu hat das OVG NRW im Eilverfahren bereits ausgeführt:

„Die mit der Pressemitteilung verbreiteten Informationen sind inhaltlich geeignet, die Markt- und Wettbewerbssituation mittelbar-faktisch zum wirtschaftlichen Nachteil der Antragstellerin zu verändern. Im Einzelnen informiert die BNetzA sowohl über die Verhängung des Bußgeldes selbst als auch über das der Antragstellerin bzw. ihrer Geschäftsleitung in diesem Zusammenhang zur Last gelegte Fehlverhalten. [...] Da die Antragstellerin in der Pressemitteilung mehrfach unter ihrer vollen Firma genannt wird, können ihr die Feststellungen der BNetzA individuell zugeordnet werden. Bisherige Geschäftspartner der Antragstellerin können die mitgeteilten Informationen zum Anlass nehmen, schon aus Sorge vor einer eigenen Rufschädigung von einer weiteren Zusammenarbeit mit der Antragstellerin Abstand zu nehmen. Potentielle neue Geschäftspartner können durch die mitgeteilten Informationen verschreckt werden und sich vorsorglich für die Inanspruchnahme anderer ‚unbelasteter‘ Dienstleister entscheiden. Nicht zuletzt kann der Antragstellerin die eigene Tätigkeit im Bereich des Telemarketings dadurch erschwert werden, dass ihr Ruf im Kreis der Verbraucher in Mitleidenschaft gezogen wird und Anrufe ihrer Mitarbeiter wegen der gemäß § 312a Abs. 1 BGB gebotenen Offenlegung der Identität der Antragstellerin als Unternehmerin per se als unseriös bewertet und abgewehrt werden. [...] Diese mittelbar-faktischen Wirkungen der Pressemitteilung sind auch nicht bloßer Reflex eines nicht hierauf ausgerichteten Informationshandelns. Die Pressemitteilung wird durch die BNetzA unter den gege-

benen Umständen vielmehr wegen dieser Wirkungen ziel- und zweckgerichtet eingesetzt, um die general- und spezialpräventive Wirkung des verhängten Bußgeldes zu verstärken und um Geschäftspartner und Verbraucher vor der Antragstellerin zu warnen. Ausweislich eines im Zuge der Veröffentlichung der Pressemitteilung angefertigten Aktenvermerks [...] folgt die Veröffentlichung der Pressemitteilung einer behördeninternen abgestimmten Kommunikationsstrategie. Verhängte Bußgelder sollen hiernach nicht nur einen repressiven und tadelnden, sondern auch einen general- und spezialpräventiven Charakter entfalten. Zu diesem Zweck soll in geeigneten Fällen auch unter namentlicher Nennung der verfolgten Unternehmen über die entsprechenden Bußgeldverfahren per Pressemitteilung berichtet werden. Für eine namentliche Nennung der Antragstellerin spreche dabei im vorliegenden Fall insbesondere, dass sie sich die Einleitung des Bußgeldverfahrens nicht habe zur Warnung dienen lassen; vielmehr seien auch während der Bußgeldverfahren weitere Anzeigen zu unerlaubter Werbung eingegangen. Im gerichtlichen Verfahren hat die Antragsgegnerin diese Erwägungen näher erläutert. Die Antragstellerin habe ihr rechtswidriges Verhalten trotz Einleitung des Bußgeldverfahrens fortgesetzt. Es bestehe daher auch zukünftig eine akute Gefahr weiterer Rechtsverletzungen, vor denen die Verbraucher zur Vermeidung weiterer Schäden gewarnt werden sollten. Zugleich erfülle die Pressemitteilung auch eine Warnfunktion gegenüber den Geschäftspartnern der Antragstellerin in dem Sinne, dass diese bei einer etwaigen Zusammenarbeit mit der Antragstellerin einen gesteigerten Aufsichtsmaßstab anwenden, um Zuwiderhandlungen gegen gesetzliche Bestimmungen präventiv zu begegnen. Schließlich sei die namentliche Nennung der Antragstellerin auch aus generalpräventiven Gründen gerechtfertigt. Sie könne in den einschlägigen Marktkreisen eine Abschreckungswirkung entfalten, die andere Unternehmen zu rechtmäßigem Verhalten anhalte. Diese Ausführungen der Antragsgegnerin belegen, dass die BNetzA [...] die beanstandete Pressemitteilung [...] ziel- und zweckgerichtet als funktionales Äquivalent für die teils präventiven, teils repressiven Aufsichtsmaßnahmen einsetzt, die ihr nach näherer Maßgabe von § 67 TKG und § 20 Abs. 3 UWG bei der ihr zugewiesenen Sachaufgabe der sog. Nummernverwaltung zukommen.“, OVG NRW, Beschl. v. 17.5.2021 – 13 B 331/21, juris Rn. 31 ff.

Dieser Bewertung der Zielsetzung und Wirkungen der streitgegenständlichen Pressemitteilung schließt sich die Kammer in eigener Überzeugung an. Dass es der Beklagten entscheidend auf eine unternehmensspezifisch individualisierte Warnung mit möglichst großer Reichweite ankommt, zeigt auch ihr Vorbringen im vorliegenden Hauptsacheverfahren. Danach laufe die Warnfunktion der Pressemitteilung ohne Namensnennung ins Leere. In der mündlichen Verhandlung ergänzte sie, dass die Pressemitteilung zur effektiven Abwehr der Gefahr unerlaubter Telefonwerbung – gleichsam spiegelbildlich – „in die Breite“ gehen müsse. Insoweit verstärkte die Beklagte den für die Klägerin ohnehin schon nachteiligen Effekt bewusst, indem sie die Pressemitteilung zusätzlich über einen E-Mail-Verteiler an Journalisten im Telekommunikationsbereich versendete und bei Twitter teilte und damit die mediale Berichterstattung bzw. die sozialen Medien gezielt als Multiplikatoren nutzte.

c) Der Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Klägerin ist nicht gerechtfertigt. In das durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Grundrecht der Berufsfreiheit darf nur auf gesetzlicher Grundlage und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eingegriffen werden. StRspr, vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.9.2016 – 1 BvR 1326/15, juris Rn. 23. Dies gilt auch bei Vorliegen eines funktionalen Äquivalents eines Eingriffs. Die Rechtmäßigkeit des Informationshandelns hängt insoweit davon ab, dass die für Grundrechtseingriffe maßgeblichen rechtlichen Anforderungen erfüllt sind. Vgl. BVerfG, Urt. v. 20.11.2014 – 3 C 27.13, juris Rn. 14. Vorliegend fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage für die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Pressemitteilung durch die BNetzA.

aa) Die von der Beklagten herangezogenen telekommunikationsrechtlichen Vorschriften kommen hierfür nicht in Betracht. Dies folgt für § 45n Abs. 8 S. 1 TKG a. F. aus dem Anwendungs-

bereich der Norm, für § 67 Abs. 1 S. 1 TKG a. F. aus der anderweitigen Zielsetzung der streitgegenständlichen Pressemitteilung.

(1) Gemäß § 45n Abs. 8 S. 1 TKG a. F. kann die BNetzA in ihrem Amtsblatt oder auf ihrer Internetseite jegliche Information veröffentlichen, die für Endnutzer Bedeutung haben kann. Zum Anwendungsbereich der Norm hat das OVG NRW im Eilverfahren ausgeführt:

„Dem Wortlaut nach steht der BNetzA damit zwar eine sehr weit reichende Ermächtigungsgrundlage für eine Informationspolitik zum Schutz der Endnutzer zur Verfügung. Es spricht aber Überwiegendes dafür, dass die Vorschrift nach dem ihr durch den Gesetzgeber beigemessenen Zweck jedenfalls nicht zur Rechtfertigung der hier im Streit stehenden Informationspolitik herangezogen werden kann. § 45n TKG ist Teil des Kundenschutzrechts des Telekommunikationsgesetzes und dient in erster Linie der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben aus Art. 21, 22 und 29 der RL 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 3. 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten (ABl. L 108, S. 51) in der insoweit zuletzt durch die RL 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 11. 2009 (ABl. L 337, S. 11) geänderten Fassung (im Folgenden: Universaldienstrichtlinie). [...] Die genannten Bestimmungen sehen eine Reihe von Transparenz-, Informations- und Bereitstellungspflichten vor, zu denen die nationalen Regulierungsbehörden die Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze und öffentlich zugänglicher elektronischer Telekommunikationsdienste im Interesse der Verbraucher bzw. Endnutzer verpflichten können. Sie betreffen insbesondere transparente, vergleichbare, ausreichende und aktuelle Informationen über die geltenden Preise und Tarife, über die bei Vertragskündigung anfallenden Gebühren, über die Standardbedingungen für den Zugang zu den bereitgestellten Diensten und deren Nutzung, über die Qualität der Dienste und die Bereitstellung verschiedener Dienstmerkmale. Sie ergänzen damit den in Art. 20 der Universaldienstrichtlinie vorgegebenen Mindestinhalt der mit Verbrauchern bzw. Endnutzern geschlossenen Verträge über den Zugang zu und die Nutzung von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und öffentlich zugänglichen elektronischen Telekommunikationsdiensten. Die Erwägungsgründe 30 und 31 sowie die Einleitung zum Anhang II der Universaldienstrichtlinie machen in diesem Zusammenhang deutlich, dass sowohl die Vertragsinhalte als auch der Zugang zu öffentlich verfügbaren Informationen dazu dienen sollen, für Verbraucher bzw. Endnutzer ein Mindestmaß an Transparenz über Preise, Vertragsbedingungen und sonstige für den Vergleich unterschiedlicher Angebote von Wettbewerbern relevante Details der Leistungen sicherzustellen, damit sie in voller Sachkenntnis eine Wahl treffen können. [...] Ausgehend hiervon hat der Gesetzgeber in § 45n Abs. 1 bis 7 TKG eine Ermächtigung zu Gunsten des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie einschließlich einer Subdelegationsmöglichkeit zu Gunsten der BNetzA geschaffen, um Anbieter von öffentlichen Telekommunikationsnetzen und Anbieter von öffentlich zugänglichen Kommunikationsdiensten durch Rechtsverordnung verpflichten zu können, dem Verbraucher und auf Verlangen auch anderen Endnutzern transparente Informationen über die angebotenen Dienste sowie zusätzliche Dienstmerkmale zur Kostenkontrolle bereitzustellen. In diesem Zusammenhang ermächtigt schließlich § 45n Abs. 8 S. 1 TKG die BNetzA dazu, auch selber Informationen in ihrem Amtsblatt oder auf ihrer Internetseite zu veröffentlichen, soweit diese für Endnutzer von Bedeutung sein können. Ausweislich der Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung soll mit dieser Ermächtigung dem Umstand Rechnung getragen werden, dass nach der Einleitung zum Anhang II der Universaldienstrichtlinie die nationalen Regulierungsstellen entscheiden sollen, welche Informationen von den Unternehmen veröffentlicht werden müssen und welche Informationen von der nationalen Regulierungsstelle selbst veröffentlicht werden, um sicherzustellen, dass die Verbraucher in voller Sachkenntnis eine Wahl treffen können. [...] Der Mehrwert einer Veröffentlichung durch die BNetzA selbst liegt dabei nach der Vorstellung des Gesetzgebers maßgeblich darin, dass den Verbrauchern Informationen über verschiedene Anbieter auf einer neutralen Plattform zur Verfügung stehen. [...] Hieraus folgt, dass die für sich genommen sehr weite Formulierung in § 45n Abs. 8 S. 1 TKG eine inhaltliche Einschränkung erfährt. Zu-

nächst streiten der systematische Zusammenhang und die Erwägungen des Gesetzgebers zum Mehrwert einer durch die BNetzA zur Verfügung gestellten neutralen Vergleichsplattform dafür, dass § 45n Abs. 8 S. 1 TKG nicht zu jeder Informationstätigkeit zu Gunsten der Endnutzer gleich welchen Inhalts ermächtigt. Voraussetzung einer Veröffentlichung ist vielmehr, dass die bereitgestellten Informationen wie in § 45n Abs. 1 bis 7 TKG sicherstellen, dass die Endnutzer bei der Wahl eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes oder eines öffentlichen zugänglichen Kommunikationsdienstes über eine volle Sachkenntnis verfügen. [...] Schon hiernach scheidet eine Verbreitung der im Streit stehenden Pressemitteilung voraussichtlich aus, weil die Antragstellerin als Betreiberin mehrerer Call-Center weder ein öffentliches Telekommunikationsnetz noch einen öffentlich zugänglichen Kommunikationsdienst betreibt. [...] Es ist hiernach nicht ersichtlich, wie die Information über den Erlass des Bußgeldbescheides zu einer größeren Sachkenntnis der Endnutzer bei der Wahl eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes oder eines öffentlichen zugänglichen Kommunikationsdienstes beitragen könnte. Soweit die im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ergangene Entscheidung des Senats vom 8. 4. 2011 – 13 B 237/11 – zur öffentlichen Unterrichtung der von einem Rechnungslegungs- und Inkassierungsverbot betroffenen Endnutzer dem VG [im Verfahren 1 L 166/20, Anm. d. Gerichts] in diesem Zusammenhang Anlass zu einer weiteren Auslegung von § 45n Abs. 8 S. 1 TKG gegeben hat, hält der Senat an dieser Entscheidung aus den vorstehenden Gründen nicht fest. [...] Unabhängig von diesen Erwägungen macht der Kreis der in § 45n Abs. 1 bis 7 TKG ausdrücklich genannten Informationen – Preise, Tarife, Bedingungen, Qualitätsmerkmale etc. – zudem deutlich, welche Art Informationen dem Gesetzgeber in diesem Zusammenhang grundsätzlich vor Augen gestanden hat. Hieraus muss nicht zwingend abzuleiten sein, dass § 45n Abs. 8 S. 1 TKG ausschließlich zur Veröffentlichung solcher Informationen ermächtigt, zu deren Bereitstellung die Anbieter nach § 45n Abs. 1 bis 7 TKG verpflichtet werden können. Es spricht aber Überwiegendes dafür, dass jedenfalls die öffentliche Bekanntmachung bußgeldbewehrter Rechtsverstöße außerhalb dessen liegt, was der Gesetzgeber mit § 45n Abs. 8 S. 1 TKG an Informationspolitik intendiert hat. Die öffentliche Anprangerung begangener Rechtsverstöße ist vom Kreis in § 45n Abs. 1 bis 7 TKG genannten Informationen so weit entfernt, dass eine ausdrückliche gesetzliche Klarstellung zu erwarten wäre, hätte der Gesetzgeber auch hierzu ermächtigen wollen. [...]“, OVG NRW, Beschl. v. 17. 5. 2021 – 13 B 331/21, juris Rn. 48 ff.

Dieser Auslegung des Anwendungsbereichs von § 45n Abs. 8 S. 1 TKG a. F. stimmt die Kammer in eigener Überzeugung zu. Die dagegen vorgebrachten Einwände der Beklagten im vorliegenden Hauptsacheverfahren führen zu keiner anderen Beurteilung. Dass die systematische Stellung der Norm lediglich der heterogenen Struktur der gesetzlichen Regelungen zum Verbraucherschutz in der Telekommunikation geschuldet sei, lässt die Systematik der Vorschrift gänzlich unberücksichtigt. Dabei nimmt schon Abs. 8 S. 2 mit den Informationen über die standortbezogene Mobilfunknetzabdeckung Bezug auf die vorstehenden Absätze des § 45n TKG a. F., namentlich Abs. 2 Nr. 6. Dasselbe gilt für Abs. 8 S. 4, der „vergleichbare Informationen nach Abs. 1“ betrifft. Dass es nach Auffassung der Beklagten sinnvoll wäre, Transparenz für Endkunden nicht nur auf den punktuellen Moment der Auswahlentscheidung für einen bestimmten Telekommunikationsanbieter zu beschränken, rechtfertigt ebenfalls keine weitergehende Auslegung. Dem stehen – wie vom OVG NRW überzeugend herausgearbeitet – die Systematik der Norm, die Begründungen des Gesetzgebers sowie die zugrundeliegende Universaldienstrichtlinie entgegen.

Lediglich ergänzend weist die Kammer darauf hin, dass auch im Rahmen der Neufassung des TKG nichts dafür spricht, dass die Vorschrift anders auszulegen wäre. Wortlaut und Systematik von § 52 Abs. 7 S. 1 TKG n. F. sind im Vergleich zu § 45n Abs. 8 S. 1 TKG a. F. im Wesentlichen unverändert. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus Art. 103 der RL (EU) 2018/1972 des europäischen Parlaments und des Rates vom

11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation. Die Gesetzesbegründung macht ebenfalls deutlich, dass es nur um den Vergleich und die Beurteilung verschiedener Dienste durch den Endnutzer geht, vgl. BT-Drs. 19/26108, S. 285.

(2) Die Beklagte kann die streitgegenständliche Pressemitteilung nicht auf § 67 Abs. 1 S. 1 TKG a. F. stützen. Danach kann die BNetzA 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.

Die Norm findet auf Fälle unerlaubter Telefonwerbung Anwendung, vgl. OVG NRW, Beschl. v. 17. 5. 2021 - 13 B 331/21, juris Rn. 67 f. m. w. N. Vgl. zu § 123 Abs. 1 TKG n. F. auch BT-Drs. 19/26108, S. 326.

Auf der Tatbestandsseite setzt § 67 Abs. 1 S. 1 TKG a. F. eine konkrete Gefahr der Verletzung gesetzlicher Vorschriften oder der von der Beklagten erteilten Bedingungen über die Zuteilung von Nummern voraus. Hierbei hat die Beklagte eine Prognoseentscheidung zu treffen, ob hinreichende Verdachtsmomente für eine drohende Verletzung bestehen. Auf der Rechtsfolgenseite ist der Beklagten ein Entschließungs- und ein Auswahlermessen eingeräumt. Sie hat nach pflichtgemäßer Ermessensausübung zu entscheiden, ob und wie sie eingreift. Vgl. OVG NRW, Beschl. v. 17. 5. 2021 - 13 B 331/21, juris Rn. 69 ff. m. w. N. Davon ausgehend hat das OVG NRW im Eilverfahren ausgeführt:

„Hiermit steht die hier im Streit stehende Informationspolitik zur Anprangerung bußgeldbewehrter Rechtsverstöße aus der Vergangenheit nicht im Einklang. Der Erlass eines Bußgeldbescheides ersetzt für sich genommen nicht die für eine angestrebte öffentliche Warnung vor der Geschäftspraktik der Antragstellerin erforderlichen hinreichenden Verdachtsmomente dafür, dass sich die Antragstellerin auch weiterhin regelwidrig [...] verhalten wird. Die von der BNetzA angeführte spezialpräventive Wirkung eines Bußgeldbescheides zur Sanktionierung begangener Rechtsverstöße liegt ja gerade in der Erwartung, dass der Betroffene das Bußgeld zum Anlass nimmt, sich künftig regelkonform zu verhalten. Falls der BNetzA belastbare Verdachtsmomente für künftiges regelwidriges Verhalten der Antragstellerin vorlägen, würde dies wiederum nicht die hier in Mitten stehende Unterrichtung der Öffentlichkeit über den Erlass eines Bußgeldbescheides, sondern allenfalls eine konkrete Warnung vor künftigem Fehlverhalten rechtfertigen, wobei die BNetzA im Rahmen des ihr durch § 67 Abs. 1 S. 1 TKG eröffneten Ermessens zu erwägen hätte, warum sie zur Beseitigung der drohenden Gefahr nicht gleich auf die ihr nach § 67 Abs. 1 TKG zustehenden Aufsichtsmaßnahmen zurückgreift. Eine allgemeine generalpräventive Wirkung oder eine etwaige Verstärkung der Sanktionswirkung des verhängten Bußgelds gegenüber der Antragstellerin ließen sich auf die der Abwehr einer konkreten Gefahr dienende Regelung des § 67 Abs. 1 S. 1 TKG von vornherein nicht stützen.“, OVG NRW, Beschl. v. 17. 5. 2021 - 13 B 331/21, juris Rn. 73.

Auch nach Überzeugung der Kammer stellt sich die streitgegenständliche Pressemitteilung nicht als eine Maßnahme dar, mit der i. S. d. § 67 Abs. 1 S. 1 TKG a. F. - künftige - Verstöße bei der Nummernnutzung abgewendet werden sollten. Sie diene allein der Unterrichtung der Öffentlichkeit über das - vergangene - Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen die Klägerin. Das lässt sich dem Vermerk vom [...] unmissverständlich in Überschrift und Gründen entnehmen. Darauf aufbauend enthält auch die Pressemitteilung [...] fast ausschließlich Informationen über das Ordnungswidrigkeitenverfahren. Dies zeigen die Überschrift („Bußgeld gegen Call-Center wegen unerlaubter Telefonwerbung“) sowie der nachfolgende Text, in dem das verhängte Bußgeld und die zugrundeliegenden Vorwürfe - bezeichnenderweise ohne Angabe der zugehörigen Rufnummern - dargestellt werden. Lediglich der letzte Absatz

enthält einen allgemeinen Hinweis auf die Möglichkeit, unerlaubte Telefonwerbung bei der BNetzA zu melden.

Vor diesem Hintergrund findet der Einwand der Beklagten im vorliegenden Hauptsacheverfahren, dass die Pressemitteilung der Warnung der Verbraucher vor unerlaubten Werbeanrufen der Klägerin diene, keine Stütze. Zwar mag die Kammer nicht ausschließen, dass § 67 Abs. 1 S. 1 TKG a. F. (bzw. § 123 Abs. 1 TKG n. F.) im Einzelfall zu öffentlichen Warnungen ermächtigen könnte. Der Schwerpunkt der streitgegenständlichen Pressemitteilung lag aber erkennbar in der Unterrichtung der Öffentlichkeit über den erlassenen Bußgeldbescheid und hatte damit eindeutig eine andere Zielsetzung als § 67 Abs. 1 S. 1 TKG a. F.

bb) Die Beklagte kann sich bei der Veröffentlichung der Pressemitteilung nicht auf die Praxis der Kartellbehörden stützen.

Die Kartellbehörden sind zu ihrer Informationspraxis, einschließlich namentlicher Nennung der Unternehmen, gesetzlich befugt. Die Ermächtigungsgrundlagen finden sich auf Unionsebene in Art. 30 der VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates vom 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (gemeint ist der EG-Vertrag) sowie auf nationaler Ebene in § 53 Abs. 5 GWB. Nach letzterer Vorschrift soll das Bundeskartellamt jede Bußgeldentscheidung wegen eines kartellrechtlichen Verstoßes nach Abschluss des behördlichen Bußgeldverfahrens mitteilen, wobei die Mitteilung unter anderem Angaben zu den Unternehmen enthalten soll.

Eine erweiternde Auslegung von § 53 Abs. 5 GWB auf die Veröffentlichung einer Pressemitteilung durch die BNetzA kommt nicht in Betracht. Dem steht der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG entgegen, der angesichts der Eingriffsqualität der streitgegenständlichen Pressemitteilung eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung der Beklagten zu einem solchen Vorgehen erfordert.

Davon unabhängig fehlt es an einer Vergleichbarkeit der streitgegenständlichen Informationspraxis der Beklagten und derjenigen der Kartellbehörden. § 53 Abs. 5 GWB trägt dem Informationsbedürfnis möglicher Geschädigter Rechnung, damit diese das Bestehen möglicher Schadensersatzansprüche gegen die am kartellrechtlichen Verstoß beteiligten Unternehmen prüfen können. Vgl. BT-Drs. 18/10207, S. 82, und BGH, Beschl. v. 8. 10. 2019 - KVZ 14/19, juris Rn. 9.

Der Entscheidung der Kartellbehörde kommt dabei gemäß § 33b GWB Bindungswirkung für das zivilrechtliche Verfahren zu. Dem liegt die Erwägung zugrunde, dass der Nachweis eines Kartellverstoßes privaten Klägern regelmäßig schwerer fällt als den Wettbewerbsbehörden, denen weitreichende sanktionsbewährte Auskunfts- und Ermittlungsbefugnisse zustehen. Die Bindungswirkung bezweckt damit eine Erleichterung der privaten Kartellrechtsdurchsetzung. Vgl. Lübbig, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 33b GWB Rn. 1.

Im Lauterkeitsrecht können Mitbewerber zwar ebenfalls Schadensersatzansprüche geltend machen (§ 9 UWG). Ebenso kommen Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche in Betracht (§ 8 UWG). Anders als im Kartellrecht kommt der behördlichen Feststellung der Ordnungswidrigkeit aber keine Bindungswirkung zu. Bei der Einführung von § 20 UWG ging es lediglich darum, eine zusätzliche Sanktionierung ohne vorherige Abmahnung zu ermöglichen, vgl. BT-Drs. 16/10734, S. 13.

Angesichts dieser Unterschiede kann sich die Beklagte auch nicht mit Erfolg auf die schon vor Einführung des § 53 Abs. 5

GWB zum 1.6.2017 ergangene kartellrechtliche Rechtsprechung stützen. Diese hatte die Veröffentlichung von Pressemitteilungen über abgeschlossene Bußgeldverfahren unter namentlicher Nennung der betroffenen Unternehmen mit Blick auf das besondere Informationsbedürfnis der Kartellgeschädigten auch ohne gesetzliche Grundlage gebilligt. Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.10.2014 – VI-Kart. 5/14 (V), juris Rn. 50 f.

Davon ungeachtet war die genannte Rechtsprechung weder unumstritten, vgl. Zorn, in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 53 GWB Rn. 14 m. w. N., noch verhielt sie sich zur Berufsausübungsfreiheit der betroffenen Unternehmen und damit zum Gesetzesvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, daher im Eilverfahren ebenfalls ablehnend OVG NRW, Beschl. v. 17.5.2021 – 13 B 331/21, juris Rn. 36.

cc) Eine Veröffentlichung der streitgegenständlichen Pressemitteilung war nicht nach den Grundsätzen staatlichen Informationshandelns gerechtfertigt.

Staatliches Informationshandeln ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn eine staatliche Aufgabe vorliegt, die Zuständigkeitsordnung eingehalten wird und die Anforderungen an die Richtigkeit und Sachlichkeit von Informationen beachtet werden. Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 1 BvR 558/91, juris Rn. 49. Vgl. auch BVerfG, Urt. v. 18.9.2019 – 6 A 7.18, juris Rn. 28.

Können Aufgaben der Regierung oder der Verwaltung mittels öffentlicher Informationen wahrgenommen werden, liegt in der Aufgabenzuweisung grundsätzlich auch eine Ermächtigung zum Informationshandeln. Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 1 BvR 558/91 (Glykolwarnung) –, juris Rn. 51.

Die gesetzliche Zuständigkeit der BNetzA für die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im Bereich der unerlaubten Telefonwerbung (§ 20 Abs. 3 UWG a. F.) kann die streitgegenständliche Unterrichtung der Öffentlichkeit über die gegen die Klägerin verhängte Geldbuße nicht rechtfertigen. Die Veröffentlichung der Pressemitteilung durch die BNetzA diene nicht dem Zweck, die ihr zugewiesene spezifische Aufgabe als Verfolgungsbehörde zu erfüllen, sondern ist ihrer behördlichen Öffentlichkeitsarbeit zuzuordnen. Dabei unterscheidet sich eine unternehmensspezifisch individualisierte Unterrichtung in ihrer Eingriffsqualität deutlich von der allgemeinen behördlichen Öffentlichkeitsarbeit und setzt gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG eine eigene gesetzliche Grundlage voraus. Insofern hat auch das OVG NRW im Eilverfahren überzeugend zwischen der allgemeinen Öffentlichkeitsarbeit und amtlichen Äußerungen mit Eingriffscharakter unterschieden:

„Öffentliche Stellen – und so auch die BNetzA – sind grundsätzlich ohne besondere Ermächtigung dazu berechtigt, im Zusammenhang mit der ihnen jeweils zugewiesenen Sachaufgabe Presse-, Öffentlichkeits- und Informationsarbeit zu betreiben. [...] Amtliche Äußerungen, die einen unmittelbaren Grundrechtseingriff darstellen oder einem Grundrechtseingriff als funktionales Äquivalent gleichkommen, bedürfen jedoch regelmäßig der Rechtfertigung durch eine gesetzliche oder verfassungsunmittelbare Ermächtigungsgrundlage. Durch die Wahl eines funktionalen Äquivalents eines Eingriffs können die besonderen Bindungen der Rechtsordnung nicht umgangen werden; vielmehr müssen auch in diesem Fall die für Grundrechtseingriffe maßgebenden rechtlichen Anforderungen erfüllt sein.“, OVG NRW, Beschl. v. 17.5.2021 – 13 B 331/21, juris Rn. 9, 11.

Auch das BVerfG verlangt eine besondere gesetzliche Ermächtigung, wenn sich die staatliche Informationstätigkeit als funktionales Äquivalent eines Eingriffs erweist. Andern-

falls könnten durch die Wahl der Handlungsform die verfassungsrechtlichen Anforderungen an einen Grundrechtseingriff umgangen werden. Vgl. BVerfG, Urt. v. 20.11.2014 – 3 C 27.13, juris Rn. 20 betreffend die öffentliche Warnung eines Gesundheitsministeriums vor E-Zigaretten.

Das BVerfG fordert bei Vorliegen eines Eingriffs in Art. 12 Abs. 1 GG sogar für die zeitliche Begrenzung der Informationsverbreitung eine Regelung durch Gesetz. Für die konkrete Ausgestaltung der Befristung seien unterschiedliche, jeweils bedeutende Belange und Parameter zu gewichten und gegeneinander abzuwägen. Das sei gesetzlicher Regelung vorbehalten und könne nicht allein durch Behördenpraxis oder Rechtsprechung erfolgen.

Vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.3.2018 – 1 BvF 1/13, juris Rn. 60 betreffend den sog. Lebensmittelpranger in § 40 Abs. 1a LFGB. Für die Veröffentlichung an sich gilt nichts anderes. Ohne gesetzliche Ermächtigung kann staatliches Informationshandeln nur auf die verfassungsunmittelbare Aufgabe der Staatsleitung gestützt werden. Vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.6.2002 – 1 BvR 670/91, juris Rn. 72 ff. Das kommt vorliegend ersichtlich nicht in Betracht, da es sich – ungeachtet eines etwaigen öffentlichen Interesses – lediglich um gesetzessvollziehende Verwaltungstätigkeit der BNetzA handelt.

dd) Eine gesetzliche Grundlage für die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Pressemitteilung ist auch im Übrigen nicht erkennbar. Die im Ordnungswidrigkeitenverfahren geregelten Akteneinsichts- und Auskunftsrechte der §§ 46 Abs. 1, 49b OWiG i. V. m. §§ 474 ff. StPO kommen ersichtlich nicht in Betracht. Dasselbe gilt für § 12 Abs. 2 S. 1 UWG, der die Veröffentlichung eines zivilgerichtlichen Urteils ermöglicht.

Die Norm tritt neben die materielle Berechtigung eines Mitbewerbers zur Veröffentlichung einer Entscheidung außerhalb des Verfahrens, vgl. BGH, Urt. v. 6.5.2021 – IZR 167/20, [K&R 2021, 583 ff. =] juris Rn. 33. Vgl. ergänzend zu den zivilrechtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten, die Rechtswidrigkeit oder Unlauterkeit des Verhaltens eines anderen öffentlich bekannt zu machen Schlingloff, in: Münchener Kommentar zum Lauterkeitsrecht, 3. Aufl. 2022, § 12 UWG Rn. 276.

Auch auf presserechtliche Auskunftsansprüche lässt sich die streitgegenständliche Pressemitteilung nicht stützen, vgl. mit näherer Begründung OVG NRW, Beschl. v. 17.5.2021 – 13 B 331/21, juris Rn. 40 ff. [...] Wert des Streitgegenstandes: 100 000,00 €

Hinweis der Redaktion:

Das Verfahren wird beim OVG Münster unter dem Az. 13 A 78/24 geführt.

RA Dr. Fiete Kalscheuer*

Kommentar

I. Einleitung

Das Argument, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage für die betreffende behördliche Maßnahme, ist nicht nur im öffentlich-rechtlichen Äußerungsrecht ein Joker. Das Argument stützt sich auf zwei Pfeiler: Zum einen unterliegen Maßnahmen von Hoheitsträgern, die einen Grundrechtseingriff

* Mehr über den Autor erfahren Sie am Ende des Kommentars.

darstellen, dem Gesetzesvorbehalt. Zum anderen hat das BVerfG aus dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip den allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes abgeleitet. Danach hat der Gesetzgeber „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst [zu] treffen“.¹ Diese sog. Wesentlichkeitstheorie gibt dabei nicht nur Aufschluss zur Frage, ob ein Gegenstand gesetzlich zu regeln ist; sondern auch darüber, wie genau diese Regelungen im Einzelnen sein müssen.²

Die Besonderheit des öffentlich-rechtlichen Äußerungsrechts, d. h. des Äußerungsrechts von Hoheitsträgern, besteht in der regelmäßig nur mittelbaren staatlichen Einflussnahme auf die Rechte des Betroffenen. Die Nachteile der Äußerungen entstehen üblicherweise nur in einer Dreieckskonstellation: Die staatliche Äußerung beeinflusst unmittelbar das Verhalten eines (privaten) Dritten und erst dieses Verhalten wirkt sich dann auf die Grundrechte des Betroffenen aus. Die beiden Grundfälle hierzu sind die Glykol-Entscheidung³ und die Oscho-Entscheidung⁴ des BVerfG – beide jeweils vom 26. 6. 2002. Eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage gab es für die betreffenden staatlichen Warnungen in beiden Fällen nicht. Stattdessen deutete das BVerfG die Aufgabennorm Art. 65 S. 2 GG in eine Befugnisnorm um.

Im öffentlich-rechtlichen Äußerungsrecht gilt es, drei Ebenen auseinanderzuhalten: Erstens, Äußerungen von Hoheitsträgern, die keine Grundrechtsrelevanz und sonstige Wesentlichkeit aufweisen, – diese bedürfen überhaupt keiner Rechtsgrundlage; zweitens, Äußerungen, die bloß grundrechtsrelevant oder sonst wesentlich sind, – diese können auf eine umgedeutete Aufgabennorm gestützt werden; und drittens, Äußerungen, die besonders wesentlich sind, weil sie etwa einem herkömmlichen Grundrechtseingriff gleichkommen, – diese müssen auf einer ausdrücklichen Befugnisnorm gründen, die abhängig von der Wesentlichkeit der betreffenden Äußerung hinreichend detailliert und bestimmt sein muss.⁵

II. Entscheidung des VG Köln vom 17. 11. 2023

Die Entscheidung des VG Köln vom 17. 11. 2023 betrifft im Kern die Frage, ob sich die betreffende Äußerung der Bundesnetzagentur auf der zweiten Ebene oder auf der dritten abspielt. Auf der zweiten Ebene könnte eine Aufgabennorm in eine Befugnisnorm umgedeutet werden; auf der dritten Ebene ist eine ausdrückliche und detaillierte Befugnisnorm erforderlich.

Die Bundesnetzagentur hatte eine Pressemitteilung veröffentlicht, in der die Klägerin, die im Telemarketing tätig ist und mehrere Call-Center betreibt, mehrfach genannt wurde. Es ging in der Pressemitteilung u. a. darum, dass ein Bußgeld gegen das Unternehmen verhängt wurde und bei unerlaubter Telefonwerbung konsequent gegen alle Beteiligten vorgegangen werde. Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren entschied bereits das OVG Münster,⁶ dass die Bundesnetzagentur vorläufig die Pressemitteilung über deren Internetseite nicht verbreiten dürfe.

Nach dem VG Köln sind die Voraussetzungen des öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs gegeben. Eine Wiederholungsgefahr bejaht das VG Köln u. a. deshalb, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass die Pressemitteilung etwa im Rahmen eines Online-Archivs erneut abrufbar wäre. Mit dem Argument, die betreffende amtliche Information der Bundesnetzagentur stelle sich in ihrer Zielgerichtetheit und Wirkung als funktionales Äquivalent eines Grundrechtseingriffs dar, wird das Erreichen der dritten Ebene bejaht und eine ausdrückliche und detaillierte Befugnisnorm gefordert. Diese aber

liegt nach Auffassung des VG Köln weder unmittelbar noch analog vor.

III. Würdigung der Entscheidung des VG Köln

Die Entscheidung des VG Köln vermag im Grundsatz zu überzeugen. Diskussionswürdig erscheinen vor allen Dingen drei Punkte: Die (knappen) Ausführungen des VG Köln zur Wiederholungsgefahr (1.), die Erwägungen des VG Köln zum Erreichen der dritten Ebene mithilfe der Figur des funktionalen Äquivalents (2.) und die Suche des VG Köln nach einer – auf der dritten Ebene erforderlichen – ausdrücklichen Befugnisnorm (3.).

1. Zur Wiederholungsgefahr

Es überrascht, dass das VG Köln eine Wiederholungsgefahr u. a. mit dem bloßen Verweis darauf bejaht, die Pressemitteilung sei womöglich im Online-Archiv erneut abrufbar. Auf die Entscheidungen des OVG Lüneburg⁷ vom 25. 7. 2014 und des VG Berlin⁸ vom 16. 4. 2019, die das Verhältnis zwischen einem Online-Archiv und einer Wiederholungsgefahr behandeln, geht das VG Köln nicht ein. Nach den beiden genannten Entscheidungen begründet die bloße Dokumentation einer Pressemitteilung in einem Online-Archiv noch keine Wiederholungsgefahr, wenn es – für objektive Dritte erkennbar – an einem erneuten Veröffentlichungswillen fehlt.⁹ Da Vertreter der Bundesnetzagentur in der mündlichen Verhandlung mitteilten, ihr Interesse an der streitgegenständlichen Pressemitteilung habe sich aufgrund des Zeitablaufs verringert, wären Ausführungen hierzu erforderlich gewesen. Ggf. wäre eine Umstellung von der allgemeinen Leistungsklage in Form der Unterlassungsklage auf die Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO angezeigt gewesen.

2. Zum funktionalen Äquivalent

Bei den Ausführungen, ob die betreffende Äußerung ein funktionales Äquivalent zu einem (herkömmlichen) Eingriff in Grundrechte darstellt, erfindet das VG Köln das Rad nicht neu. Es verweist hierzu auf die LFGB-Entscheidung des BVerfG¹⁰ vom 21. 3. 2018 und die im einstweiligen Rechtsschutzverfahren getroffene Entscheidung des OVG Münster.¹¹ Der nicht zu beanstandende Obersatz des VG Köln lautet hierzu: „Die amtliche Information der Öffentlichkeit kann in ihrer Zielsetzung und ihren mittelbar-faktischen Wirkungen einem Eingriff als funktionales Äquivalent jedenfalls dann gleichkommen, wenn sie direkt auf die Marktbedingungen konkret individualisierter Unternehmen zielt, indem sie die Grundlagen der Entscheidungen am Markt zweckgerichtet beeinflusst und so die Markt- und Wettbewerbssituation zum wirtschaftlichen Nachteil der betroffenen Unternehmen verändert.“ Nachvollziehbar bejaht das VG Köln diese Voraussetzungen für das Vorliegen eines funktionalen Äquivalents zu einem (herkömmlichen) Eingriff und begibt sich sodann – entsprechend den Vorgaben auf der dritten Ebene – auf die Suche nach einer geeigneten Befugnisnorm.

1 BVerfG, 2. 3. 1993 – 1 BvR 1213/85, NJW 1993, 1379, 1380.

2 Vgl. dazu *Kalscheuer/Jacobsen*, DÖV 2018, 523 ff.

3 BVerfG, 26. 6. 2002 – 1 BvR 558/91 u. a., NJW 2002, 2621.

4 BVerfG, 26. 6. 2002 – 1 BvR 670/91, NJW 2002, 2626.

5 *Kalscheuer/Jacobsen*, in: Conrad/Grünewald/Kalscheuer/Milker (Hrsg.), Handbuch Öffentlich-rechtliches ÄußerungsR, 2022, § 3 Rn. 7.

6 OVG Münster, 18. 6. 2021 – 13 B 331/21, NVwZ-RR 2021, 823.

7 OVG Lüneburg, 25. 7. 2014 – 13 ME 97/14, NordÖR 2014, 502.

8 VG Berlin, 16. 4. 2019 – VG K 13.19, ZUM-RD 2020, 47, 49.

9 Siehe dazu *Kalscheuer/Jacobsen* (Fn. 5) § 10 Rn. 19 f.

10 BVerfG, 21. 3. 2018 – 1 BvF 1/13, NJW 2018, 2109 ff.

11 OVG Münster, 18. 6. 2021 – 13 B 331/21, NVwZ-RR 2021, 823.

3. Zur (vergeblichen) Suche nach einer Befugnisnorm

Zutreffend hält das VG Köln weder § 45n Abs. 8 S. 1 TKG a. F. noch § 67 Abs. 1 S. 1 TKG a. F. als Befugnisnorm für die beanstandete Äußerung für geeignet: Angesichts der (grundrechtlichen) Wesentlichkeit der Äußerung der Bundesnetzagentur, die in der öffentlichen Anprangerung begangener Rechtsverstöße besteht, kann die Rechtsgrundlage § 45n Abs. 8 S. 1 TKG a. F., die pauschal zur Veröffentlichung von Informationen ermächtigt, die für Endnutzer Bedeutung haben können, nicht ausreichen. Je wesentlicher die Äußerung, desto detaillierter muss die gesetzliche Regelung sein. Eine hinreichende Detailliertheit ist bei § 45n Abs. 8 S. 1 TKG a. F. nicht gegeben; sie kann damit nicht zur öffentlichen Anprangerung begangener Rechtsverstöße ermächtigen. Entsprechendes gilt für § 67 Abs. 1 S. 1 TKG a. F., der tatbestandlich eine konkrete Gefahr der Verletzung gesetzlicher Vorschriften oder der von der Bundesnetzagentur erteilten Bedingungen über die Zuteilung von Nummern voraussetzt. § 67 Abs. 1 S. 1 TKG a. F. bezieht sich auf die Zukunft – auf Gefahrenabwehr, während die streitgegenständliche Pressemitteilung im Ausgangspunkt die Vergangenheit im Blick hat –, die Unterrichtung der Öffentlichkeit über das Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen die Klägerin. § 67 Abs. 1 S. 1 TKG a. F. als Ermächtigungsgrundlage für die betreffende Pressemitteilung zu bejahen, hieße, die zukunftsbezogene, d. h. zeitliche, Dimension dieser Norm zu verkennen.

Zu Recht weist das VG Köln abschließend darauf hin, dass mangels vergleichbarer Interessenlage auch nicht die analoge Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften als Ermächtigungsgrundlage in Betracht kommt und ebenso nicht eine Aufgabennorm in eine Befugnisnorm umgedeutet werden könne: Namentliche Nennungen von Unternehmen im Kartellrecht nach § 53 Abs. 5 GWB tragen dem Informationsbedürfnis möglicher Geschädigter Rechnung, damit diese das Bestehen möglicher Schadensersatzansprüche gegen die am kartellrechtlichen Verstoß beteiligten Unternehmen prüfen können. Eine vergleichbare Interessenlage gibt es bei der streitgegenständlichen Äußerung nicht. Eine Aufgabennorm kann hier nicht in eine Befugnisnorm umgedeutet werden, weil sich die Äußerung – aufgrund ihrer Eigenschaft als funktionales Äquivalent zu einem herkömmlichen Grundrechtseingriff – auf der dritten Ebene bewegt, bei der gerade keine Aufgabennorm in eine Befugnisnorm umgedeutet werden kann. Die Äußerung ist nach den Vorgaben der Wesentlichkeitstheorie „zu wesentlich“, sodass eine umgedeutete Aufgabennorm nicht ausreicht.

IV. Fazit

Die Entscheidung des VG Köln bewegt sich auf der Linie der neueren Rechtsprechung zum staatlichen Informationshandeln. Im Grundsatz dogmatisch überzeugend werden die in der Rechtsprechung entwickelten Kriterien genannt und angewandt. Lediglich bei der Frage, ob eine Wiederholungsgefahr vorliegt, wären ausführlichere Erwägungen des VG Köln wünschenswert gewesen.



Dr. Fiete Kalscheuer

Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in der Kanzlei BROCK MÜLLER ZIEGENBEIN Rechtsanwälte Partnerschaft mbB in Kiel. Dr. Kalscheuer ist Mitherausgeber und Mitautor des Standardwerks zum öffentlich-rechtlichen Äußerungsrecht.

Berichtigungen

Berichtigung zu KG Berlin, K&R 2024, 64

In K&R 2024, 64 wurde die Urteilszeile wie folgt abgedruckt: KG Berlin, Beschluss vom 15. 11. 2023 – 10 W 184/23.

Das korrekte Datum der Entscheidung ist der 14. 11. 2023. Richtig muss es daher lauten:

KG Berlin, Beschluss vom 14. 11. 2023 – 10 W 184/23.

Berichtigung zum Beitrag von Schmidt, K&R 2023, 705 ff.

Im Beitrag von Schmidt, K&R 2023, 705 ff., werden folgende Absätze durch die kursiv hervorgehobenen Passagen berichtigt:

I. 1. [...] In der Folge wurden diverse neue Rechtsakte auf den Weg gebracht: [...] der Vorschlag einer Verordnung über horizontale Cybersicherheitsanforderungen für Produkte mit digitalen Elementen („*Cyber Resilience Act*“),³ der Rechtsakt zur Cybersicherheit („*Cybersecurity Act*“),⁴ die *Richtlinie über die Resilienz kritischer Einrichtungen* („*CER-Richtlinie*“),⁵ der delegierte Rechtsakt zur Funkanlagenrichtlinie („*RED*“)⁶ sowie der Entwurf einer KI-Verordnung.⁷ *Mit dem Kommissionsentwurf des Cyber Resilience Act⁸ befassen sich derzeit EU-Parlament und der Europäische Rat. CER-Richtlinie und NIS-2-Richtlinie wurden beide Ende 2022 verabschiedet [...]. Die CER-Richtlinie wird voraussichtlich durch das [...] (KRITIS-Dachgesetz),⁹ [...] in nationales Recht umgesetzt.*

IV. [...] Dies ist möglich, weil die NIS2 den Ansatz der Vollharmonisierung *nun auch für Anbieter digitaler Dienste* aufgibt und sich auf eine Mindestharmonisierung beschränkt (Art. 5 NIS2). *Dies war in der NIS-RL noch anders. Diese sah in Art. 16 Abs. 10 NIS-RL vor, dass Mitgliedstaaten, mit Ausnahme von Maßnahmen zum Schutz ihrer grundlegenden staatlichen Funktionen, den Anbietern digitaler Dienste keine über die in der Vorschrift statuierten Sicherheits- und Meldeverpflichtungen hinausgehenden Verpflichtungen auferlegen durften und es galt insoweit eine Vollharmonisierung.*²⁴

3 [...]

4 VO (EU) 2019/881 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 17. 4. 2019 über die ENISA (Agentur der Europäischen Union für Cybersicherheit) und über die Zertifizierung der Cybersicherheit von Informations- und Kommunikationstechnik und zur Aufhebung der VO (EU) Nr. 526/2013, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A32019R0881>.

5 RL (EU) 2022/2557 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. 12. 2022 über die Resilienz kritischer Einrichtungen und zur Aufhebung der RL 2008/114/EG des Rates, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32022L2557>.

6 [...]

7 [...]

8 [...]

9 [...]

24 Ritter/Schulte, CR 2019, 617 f.