

# **BVGer A-2521/2010 vom 23. November 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-11-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-2521\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-2521_2010)

FR: TAF A-2521/2010 du 23 novembre 2010

IT: TAF A-2521/2010 del 23 novembre 2010

## **Regeste**

Adressierungselemente

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 und 34 VGG genannten Behörden. Da im Telekommunikationsbereich keine Ausnahme vorliegt und das BAKOM eine Behörde im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG ist, befindet das Bundesverwaltungsgericht über entsprechende Beschwerden.

### **E. 1.2**

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung unmittelbar betroffen und daher zur Beschwerde legitimiert. Auf die frist- und formgerecht erhobene Beschwerde ist daher einzutreten.

### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzung - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens - sowie Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

### **E. 3**

Verfahrensmängel sind als erstes zu prüfen, zumal sich im Falle ihrer Gutheissung eine weitere materielle Prüfung im Rechtsmittelverfahren unter Umständen erübrigen kann (vgl. BGE 124 I 49 E. 1 und Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-2013/2006 vom 11. Dezember 2009 E. 6).

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin rügt die Unzulässigkeit der Widerrufsverfügung vom 19. Februar 2010, weil das ursprüngliche Verfahren mit der neuen Verfügung vom 1. Dezember 2009 bestandskräftig abgeschlossen sei und daher nicht hätte fortgesetzt werden dürfen. Die Vorinstanz hätte vielmehr ein neues Widerrufsverfahren einleiten müssen. Demgegenüber macht die Vorinstanz geltend, sie habe das ursprüngliche Verfahren explizit weitergeführt.

### **E. 3.2**

Die Verfügung vom 1. Dezember 2009 ist unstreitig nach unbenütztem Ablauf der Rechtsmittelfrist formell rechtskräftig geworden (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 991). Bereits deren Bezeichnung als Zwischenverfügung weist darauf hin, dass damit das Widerrufsverfahren an sich nicht seinen Abschluss gefunden hat, sondern nur über einzelne Punkte entschieden worden ist. Nichts anderes geht denn auch aus dem Dispositiv dieser Verfügung hervor: In Ziffer 1 wird die Verfügung vom 16. September 2009 aufgehoben und in Ziffer 2 ausdrücklich das Widerrufsverfahren fortgesetzt sowie der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Schliesslich werden in den Ziffern 3 und 4 die Kosten der Zwischenverfügung und die Eröffnung geregelt. Ein Verfahrensabschluss ist nicht Gegenstand dieser Verfügung.

### **E. 3.3**

Aus der Begründung der Zwischenverfügung geht zudem hervor, dass die Vorinstanz anlässlich ihrer Wiedererwägung eine Verletzung des rechtlichen Gehörs angenommen und daher in Anwendung von Art. 58 VwVG ihre Widerrufsverfügung zurückgenommen hat. Die Regelung in Art. 58 VwVG, die der Vorinstanz die Befugnis einräumt, neu zu verfügen, ist nicht auf verfahrensabschliessende, neue Verfügungen beschränkt. Zu beachten ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch, dass die Wiedererwägung nicht gegen das Gebot der Einfachheit des Prozesses verstossen darf. So erachtet das Bundesgericht umfangreiche, ergänzende Sachverhaltsabklärungen der Vorinstanz während einer Sistierung des Beschwerdeverfahrens als unzulässig, weil sonst unübersichtliche, parallele Zuständigkeiten in der Sachverhaltsabklärung zwischen Beschwerde- und Vorinstanz sowie Unklarheiten zu den massgeblichen beweisrechtlichen Regeln bestehen. Ferner darf die Anwendung von Art. 58 VwVG die Verfahrensrechte des Beschwerdeführers sowie sein Anspruch auf Parteientschädigung nicht beeinträchtigen. Zu berücksichtigen ist schliesslich, dass zeitraubende Abklärungen der Vorinstanz während hängigem Beschwerdeverfahren zu keiner richterlich zu fördernden Prozessökonomie führen, dies im Vergleich zu einer relativ rasch zu fällenden Rückweisungsentscheid, der jedoch seinerseits klare Verhältnisse schafft (vgl. BGE 127 V 228 E. 2.b). Die Zwischenverfügung vom 1. Dezember 2009 hat zur Abschreibung des damaligen Beschwerdeverfahrens vor Bundesverwaltungsgericht mit einer Entschädigung für die Beschwerdeführerin geführt. Es ist somit zu keiner parallelen Zuständigkeit gekommen. Da zudem der Anspruch auf rechtliches Gehör formeller Natur ist, hätte gegebenenfalls auch das Bundesverwaltungsgericht die Widerrufsverfügung aufgehoben, ohne dass damit das gesamte Widerrufsverfahren notwendigerweise seinen Abschluss gefunden hätte. In jedem Fall wird dem Anspruch auf rechtliches Gehör sowie den übrigen Verfahrensrechten besser entsprochen, wenn diese bereits vor der ersten Instanz umfassend wahrgenommen werden können, selbst wenn es im Einzelfall und unter gewissen Umständen möglich ist, das rechtliche Gehör vor der Beschwerdeinstanz nachzuholen und die Verletzung zu heilen. Die Zwischenverfügung vom 1. Dezember 2009 mit nachfolgender Abschreibung des Beschwerdeverfahrens sowie die Weiterführung des Widerrufsverfahrens durch die Vorinstanz sind daher auch im Lichte der Rechtsprechung zu Art. 58 VwVG nicht zu beanstanden. Die Aufhebung des Widerrufs hat demnach dazu geführt, dass das mit Verfügung vom 9. Juni 2009 eingeleitete Widerrufsverfahren wieder vor der Vorinstanz hängig war und von ihr fortgesetzt werden konnte.

### **E. 3.4**

Anzufügen bleibt, dass das Bundesverwaltungsgericht im Beschwerdeverfahren A-6089/2009, das sich gegen die Verfügung vom 16. September 2009 richtete, keinen materiellen Entscheid fällte, sondern das Verfahren ohne materielle Prüfung als gegenstandslos abgeschlossen hat, nachdem die Vorinstanz die angefochtene Verfügung aufgehoben hatte. Demnach liegt auch kein bundesverwaltungsgerichtliches Urteil in der Sache vor, das die Vorinstanz bindet und einer Weiterführung des am 9. Juni 2009 eingeleiteten Widerrufsverfahrens entgegen stehen könnte (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1025). Die Rüge betreffend Verfahrensmängel ist daher unbegründet.

### **E. 4**

Der Widerruf von Adressierungselementen ist in Art. 11 der Verordnung über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich vom 6. Oktober 1997 (AEFV, SR 784.104) geregelt. Diese Bestimmung ist auf alle Adressierungselemente, somit auch auf Kurznummern wie diejenige der Beschwerdeführerin anwendbar. Gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b AEFV kann das Bundesamt die Zuteilung von Adressierungselementen widerrufen, wenn die Inhaberin der Adressierungselemente das anwendbare Recht, insbesondere die Bestimmungen der AEFV, die Vorschriften des BAKOM oder die Bestimmungen der Zuteilungsverfügung missachtet. Als solche Bestimmung hält Art. 25 Abs. 1 AEFV als Zuteilungsbedingung für eine Kurznummer fest, dass der entsprechende Dienst jederzeit in der gesamten Schweiz und in den drei Amtssprachen zur Verfügung stehen muss. Diese Bedingung wurde auch in die Zuteilungsverfügung an die Beschwerdeführerin aufgenommen. Streitig und zu prüfen ist demnach, ob ein Widerrufsgrund gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b AEFV vorliegt, und zwar in der Form eines Verstosses gegen Art. 25 Abs. 1 AEFV und der Zuteilungsverfügung, sowie ob dieser hinreichend nachgewiesen ist.

#### **E. 4.1**

Anlässlich ihrer Kontrollen als Aufsichtsbehörde hat die Vorinstanz von Mai bis November 2009 insgesamt 66 Testanrufe auf die Kurznummer der Beschwerdeführerin getätigt und die Ergebnisse jeweils in einem Protokoll festgehalten. Im Protokoll finden sich Angaben betreffend Datum, Uhrzeit, teilweise der ungefähren Uhrzeit, der Dauer des Anrufs, der Kosten, teilweise, ob der Anruf vom Festnetz oder einem Mobiltelefon aus erfolgte, das Ergebnis des Anrufs und wer den Testanruf getätigt hat. Gemäss diesem Protokoll wurde der Auskunftsdienst in diesen 66 Anrufen zu unterschiedlichen Zeiten 27 Mal nicht erreicht, d.h. es konnte keine Verbindung zu Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin hergestellt werden. In 21 Fällen wurde gemäss Protokoll die Auskunft nicht in der gewünschten Amtssprache, d.h. nicht in französischer oder italienischer Sprache erteilt oder entsprechende Anfragen gar nicht beantwortet. Das Protokoll wurde der Beschwerdeführerin zugestellt. Diese wendet ein, ohne Tonaufzeichnungen könne sie die Ordnungsmässigkeit nicht nachweisen, die Ergebnisse seien teilweise nicht nachvollziehbar. Die Beschwerdeführerin räumt jedoch ein, es sei möglich, dass aufgrund des Schichtwechsels in ihrem bzw. in dem von ihr beauftragten Callcenter einzelne Anrufe nicht entgegen genommen worden seien. Sie halte die Anforderung, den Auskunftsdienst rund um die Uhr in den drei Landessprachen anzubieten, grundsätzlich ein. Ferner beantragt sie ein Gutachten einer neutralen Stelle und reichte eine von ihr in Auftrag gegebene Stellungnahme zur Kundenzufriedenheit und zu Testanrufen ein.

#### **E. 4.2**

Aufgrund des Fernmeldegeheimnisses, namentlich Art. 179ter und 179quinquies des Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB, SR 311.0) ist es der Vorinstanz nicht gestattet, ihre Testanrufe aufzuzeichnen. Mit der schriftlichen Protokollierung der wesentlichen Tatsachen aus den Testanrufen hat sie jedoch eine übliche und taugliche Methode gewählt, um die Ergebnisse festzuhalten. Die Beschwerdeführerin legt denn auch nicht dar, weshalb die konkreten Testanrufe nicht nachvollziehbar oder gar unzutreffend sein sollen. Die Vorinstanz hat vielmehr den Sachverhalt für den Zeitraum Mai bis November 2009 mit einer Stichprobe von 66 Testanrufen sorgfältig und umfassend abgeklärt und dabei festgestellt, dass sie 27 Mal den Auskunftsdienst nicht erreicht und in weiteren 21 Fällen die Auskunft nicht in französischer oder italienischer Sprache erhalten hatte. Selbst wenn nur der Zeitraum nach der ersten Widerrufsverfügung, also ab Oktober 2009 berücksichtigt wird, bleiben Stichproben von 32 Testanrufen, gemäss welchen 13 Anrufe nicht und neun weitere nicht in der gewünschten Amtssprache beantwortet worden sind. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern die Vorinstanz das ihr zustehende Ermessen hinsichtlich Anzahl, Zeitpunkt und Sprache der Testanrufe fehlerhaft ausgeübt haben sollte. Mit der grossen Zahl von schriftlich festgehaltenen Testanrufen hat die Vorinstanz nachgewiesen, dass die Kurznummer der Beschwerdeführerin nicht jederzeit erreichbar war und andererseits nicht jederzeit in allen drei Amtssprachen Auskünfte erteilt worden sind, und zwar in mehr als zwei Dritteln der erhobenen Stichprobe (vgl. Urteil der Bundesgerichts 2A.499/2005 vom 13. Januar 2005). Weitere Beweismassnahmen sind nicht erforderlich, da das Ergebnis deutlich und der Sachverhalt zumindest teilweise unbestritten ist.

#### **E. 4.3**

Die in Art. 25 Abs. 1 AEFV statuierten Zuteilungsbedingungen für 18xy Kurznummern können auf zwei Arten verletzt werden: Einerseits kommt ein Anbieter seinen Pflichten nicht nach, wenn der Anrufende keine Mitarbeitenden des Auskunftsdienstes erreicht, sei es, dass der Anruf gar nicht entgegen genommen wird oder dass sein Anruf aus der Warteschlange fällt. Andererseits wird diese Bestimmung verletzt, wenn zwar der Auskunftsdienst erreicht wird, dieser jedoch nicht in der gewünschten Amtssprache die Anfrage entgegen nehmen oder die Auskunft erteilen kann. Die Vorinstanz hat anlässlich ihrer Testanrufe beide Arten von Verstössen in grosser Zahl festgestellt. Weder die Sachverhaltsfeststellung noch der daraus gezogene Schluss, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Auskunftsdienst wiederholt und massiv ihre Verpflichtungen nach Art. 25 Abs. 1 AEFV verletzt hat, stellen daher eine Verletzung von Bundesrecht dar. Die Verstösse gegen Art. 25 Abs. 1 AEFV bilden vielmehr einen Widerrufgrund im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. b AEFV (Urteil des Bundesgerichts 2A.499/2005 vom 13. Januar 2006; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2969/2008 vom 9. Dezember 2008). Im Übrigen ist der Vorinstanz zuzustimmen, dass die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte, angebliche Zufriedenheit ihrer Kunden kein Kriterium ist, um die Erfüllung der Verpflichtung aus Art. 25 Abs. 1 AEFV nachzuweisen. Die diesbezügliche Rüge ist daher unbegründet.

#### **E. 5**

Jedes staatliche Handeln muss gemäss Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Die Verhältnismässigkeit umfasst gemäss Rechtsprechung und Lehre drei Elemente, die kumulativ beachtet werden müssen: Erstens

muss die Verwaltungsmassnahme geeignet sein, das im öffentlichen Interesse angestrebte Ziel zu erreichen. Zweitens muss die Massnahme erforderlich sein, um dieses Ziel zu erreichen, d.h. sie hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde. Drittens muss das Verhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse an der Massnahme und den durch den Eingriff beeinträchtigten privaten Interessen vernünftig sein (BGE 128 II 297 E. 5.1 sowie HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 581 ff., je mit Hinweisen).

### **E. 5.1**

Der Widerruf einer Kurznummer ist geeignet, weitere Verstösse des Betreibers gegen die Zuteilungsbedingungen gemäss Art. 25 Abs. 1 AEFV zu verhindern und damit die Einhaltung dieser Bestimmung durchzusetzen. Die Anforderungen an eine Kurznummer für Auskunftsdienste mögen streng sein, es besteht jedoch ein gewichtiges öffentliches Interesse daran, dass in der Schweiz angebotene Auskunftsdienste rund um die Uhr in allen drei Amtssprachen erreichbar sind, also die Anrufenden nicht mehrere Auskunftsdienste anwählen und zahlen müssen, um die gewünschte Auskunft zu erhalten, die unter Umständen sogar dringlich ist. Die Eignung der Massnahme ist somit zu bejahen.

### **E. 5.2**

Der Nummernwideruf stellt eine einschneidende Massnahme dar, um die anwendbaren Vorschriften durchzusetzen. Die Vorinstanz hat daher als mildere Massnahme der Beschwerdeführerin zuletzt mit Verfügung vom 1. Dezember 2009 Gelegenheit gegeben, die gerügten Verletzungen zu beheben und dies nachzuweisen. Davon hat die Beschwerdeführerin keinen Gebrauch gemacht. Eine gleich geeignete Massnahme, um den rechtmässigen Zustand herzustellen, die milder ist als der Widerruf der Kurznummer, ist daher nicht ersichtlich. Dies umso mehr, als die Beschwerdeführerin ihrer Verpflichtung wiederholt, über einen längeren Zeitraum und auch nach der ersten Widerrufsverfügung nicht nachgekommen ist. Sie bringt denn auch in ihrer Beschwerde nirgends vor, sie habe Massnahmen zur Gewährleistung der jederzeitigen Erreichbarkeit in den drei Amtssprachen ergriffen und damit die teilweise eingestandenen Mängel behoben. Die Vorinstanz hat demnach auch unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit verhältnismässig gehandelt, als sie die Kurznummer widerrufen hat.

### **E. 5.3**

Die Interessen der Öffentlichkeit an der korrekten Nutzung der Kurznummern, namentlich an der jederzeitigen Erreichbarkeit von angebotenen Auskunftsdiensten in allen drei Amtssprachen, sind gewichtig. Sie dienen dem Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten, dem im Fernmeldebereich ein besonderes Gewicht zukommt. Geschützt wird aber auch der Wettbewerb, indem gleiche Bedingungen für alle konkurrierenden Anbieter gelten. Diesen Interessen stehen die privaten, rein wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin an der Ausübung ihrer Tätigkeit gegenüber. Indem die Widerrufsmöglichkeit für Adressierungselemente ausdrücklich in Art. 11 AEFV aufgenommen und durch die in Art. 12 AEFV statuierte sofortige Wirkung noch verstärkt worden ist, hat der Verordnungsgeber für jedermann ersichtlich der Durchsetzung der AEFV grösstes Gewicht beigemessen, dies im Bewusstsein der mit dem Verlust einer bestimmten Kurznummer verbundenen Konsequenzen für die Anbieter. Der Widerruf der Kurznummer ist daher die gewollte Konsequenz von Verstössen gegen die Verpflichtungen aus der AEFV und auch unter Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen nicht

unverhältnismässig. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Vorinstanz unter Würdigung aller Umstände zu Recht die Voraussetzungen für den Widerruf als erfüllt und die Massnahme als verhältnismässig eingestuft hat. Die gegen den Widerruf der Kurznummer der Beschwerdeführerin erhobene Beschwerde ist abzuweisen.

## **E. 6**

In ihrer Vernehmlassung vom 18. Juni 2010 weist die Vorinstanz darauf hin, dass es dem Bundesverwaltungsgericht obliege, die Modalitäten einer allfälligen Ausserbetriebnahme der Kurznummer der Beschwerdeführerin in ihrem Urteil festzulegen respektive die Vorinstanz allenfalls unter Erteilung verbindlicher Weisungen mit deren Festlegung zu betrauen. Gemäss Art. 54 VwVG geht die Behandlung der Sache, die Gegenstand der mit Beschwerde angefochtenen Verfügung bildet, mit Einreichung der Beschwerde auf die Beschwerdeinstanz über. Dies wird auch als Devolutiveffekt der Beschwerde bezeichnet. Ein Bestandteil der angefochtenen Verfügung, der als Ziffer 3 ins Dispositiv aufgenommen worden ist, stellt eine Anweisung an einen Dritten, C.\_\_\_\_\_ SA, dar. C.\_\_\_\_\_ SA, welche gemäss Angaben der Vorinstanz die Kurznummer 18xx beherbergt, wäre gemäss angefochtener Verfügung anzuweisen gewesen, durch eine Statusänderung auf dem INet Server diese Kurznummer per 23. April 2010 ausser Betrieb zu nehmen. Infolge Zeitablaufs kann diese Anordnung nicht mehr umgesetzt werden, so dass die Abweisung der Beschwerde mit Bestätigung des vorinstanzlichen Entscheides nicht geeignet ist, den rechtmässigen Zustand herzustellen bzw. den Widerruf zu vollstrecken. Es sind demnach neue Anordnungen zu treffen, für die aufgrund des Devolutiveffektes ebenfalls die Beschwerdeinstanz zuständig ist. Die Ausserbetriebnahme einer Kurznummer bedingt Fachkenntnisse, namentlich darüber, wer zurzeit die Kurznummer 18xx auf welchem Server beherbergt und wie dies technisch zu bewerkstelligen ist. Über diese Kenntnisse verfügt das Bundesverwaltungsgericht selbst nicht. Es rechtfertigt sich daher, Ziffer 3 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und die Vorinstanz als Fachbehörde mit dem Vollzug der Ausserbetriebnahme der Kurznummer 18xx zu beauftragen. Die Vorinstanz ist namentlich zu ermächtigen, derjenigen Person, welche die Kurznummer 18xx beherbergt, Anweisungen zur Ausserbetriebnahme der Kurznummer zu erteilen und hierfür eine angemessene Frist anzusetzen.

## **E. 7.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend und hat die entsprechenden Kosten des Verfahrens, bestimmt auf Fr. 1'500.--, zu übernehmen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss in derselben Höhe verrechnet.

## **E. 7.2**

Der unterliegenden Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2] e contrario).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.