

# **BVGer A-459/2010 vom 12. November 2010**

Bundesverwaltungsgericht, 2010-11-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-459\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-459_2010)

FR: TAF A-459/2010 du 12 novembre 2010

IT: TAF A-459/2010 del 12 novembre 2010

## **Regeste**

Gebühren

## **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). Das BAKOM gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher zur Behandlung vorliegender Beschwerde zuständig.

### **E. 1.2**

Nach Art. 37 VGG richtet sich das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt.

### **E. 1.3**

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Als formelle Verfügungsadressatin der belastenden Verfügung ist die Beschwerdeführerin ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.4**

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

## **E. 2**

Vorliegend ist nicht die Höhe der Verwaltungsgebühren für die Registrierung und Aufsicht der Beschwerdeführerin streitig, sondern die der Gebührenpflicht zugrunde liegende Frage, ob die Beschwerdeführerin als Anbieterin von Fernmeldediensten zu qualifizieren ist.

### **E. 3.1**

Nach Art. 4 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) muss, wer einen Fernmeldedienst erbringt, dies dem BAKOM melden. Das BAKOM registriert die gemeldeten Anbieterinnen von Fernmeldediensten (Abs. 1). Der Bundesrat kann insbesondere für Fernmeldedienste von geringer technischer und wirtschaftlicher Bedeutung Ausnahmen vorsehen (Abs. 2). Der Begriff Fernmeldedienst ist nach Art. 3 Bst. b FMG als fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte definiert;

Informationen sind für Menschen, andere Lebewesen oder Maschinen bestimmte Zeichen, Signale, Schriftzeichen, Bilder, Laute und Darstellungen jeder anderen Art (Art. 3 Bst. a FMG). Unter einer fernmeldetechnischen Übertragung wird ein elektrisches, magnetisches, optisches oder anderes elektromagnetisches Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk verstanden (Art. 3 Bst. c FMG). Im Vordergrund steht dabei der mittels Fernmeldetechnik vollbrachte Transport von Informationen. Ob der Transport über feste Punkt-Punkt-Verbindungen oder über vermittelte Verbindungen erfolgt, ist diesbezüglich ohne Belang (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 10. Juni 1996 zum revidierten Fernmeldegesetz, BBl 1996 1424 [nachfolgend: Botschaft FMG]). Nach der Rechtsprechung gilt insbesondere der E-Mail-Verkehr über Internet als fernmeldetechnische Übertragung von Informationen. Dienste von Providern (Anbieter von Internetdiensten) werden den Fernmeldediensten zugeordnet und fallen unter das Fernmeldegesetz (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6437/2008 vom 16. Februar 2009 E. 3 mit Hinweis auf BGE 126 I 50 E. 2a und 6a; Beschwerdeentscheid der Rekurskommission UVEK J-2003-162 vom 27. April 2004 E. 5.1; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-7278/2007 vom 29. April 2008 E. 5.3.2; vgl. auch PETER R. FISCHER, Das Regime für Anbieterinnen von Fernmeldediensten, in: ROLF H. WEBER, Neues Fernmelderecht, Erste Orientierung, Zürich 1998, S. 90f.). Wer einen Fernmeldedienst erbringt, muss schliesslich gemäss Art. 6 Bst. a FMG über die notwendigen technischen Fähigkeiten verfügen (vgl. auch BGE 132 II 508 E. 8.2).

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei eine Einkaufsgenossenschaft und verfüge über keinerlei Infrastruktur und nicht über die notwendigen technischen Fähigkeiten, um Fernmeldedienste erbringen zu können. Daher sei sie keine Fernmeldediensteanbieterin. Die Winet Network Solutions AG (nachfolgend: Winet) erbringe die Fernmeldedienste. Diese verwalte alle Telefonnummern, teilweise zusammen mit der Cablecom AG und richte den Kunden die Telefonnummern, Portierungen sowie Dienste ein. Allein die Winet verfüge über die entsprechende Infrastruktur, die Plattform, verwalte das komplette Netzwerk und stelle alle Dienste, welche eine Fernmeldediensteanbieterin brauche. Sie selber habe keinerlei Möglichkeit der Einflussnahme. Die Übermittlung der Informationen liege alleine in den Händen der Winet, sodass die Meritus-600.ch auch keinerlei Verantwortung für das Funktionieren der Fernmeldedienste trage. Jede Reklamation von Genossenschaftern oder anderen "Kunden" werde an die Winet weitergegeben, welche auch für Mängel etc. hafte. Sie sei lediglich Ansprechpartnerin und biete nur Gewähr für das Funktionieren der gelieferten Hardware. Auch die monatlichen Abrechnungen erfolgten ausschliesslich und immer auf dem Berechnungssystem der Winet. Die Beschwerdeführerin habe nur eine Vermittlerposition zwischen den von ihnen geworbenen Kunden, anfangs nur Genossenschafter der Beschwerdeführerin, und der eigentlichen Fernmeldediensteanbieterin, der Winet. Der Geschäftsbereich der Telefonie sei eine Dienstleistung, welche sie hauptsächlich für eigene Mitglieder der Genossenschaft eingeführt habe, da so Rabatte für die Genossenschaft und die Genossenschafter bei der Winet erzielt werden könnten. Der Kundenstamm von Nichtmitgliedern sei gering und die Gesamtzahl der Kunden betrage aktuell 36, wobei die Genossenschafter bereits mitgezählt worden seien. Diese 36 Kunden von Meritus-600.ch seien ausnahmslos der Winet unterstellt. Somit seien sämtliche Kundendaten vom Label Meritus-600.ch lückenlos bereits durch die Winet, in ihrer Eigenschaft als registrierte Fernmeldediensteanbieterin, der Vorinstanz zur Verfügung gestellt. Genau gleich gelte dies für die Auskunftspflichten betreffend Telefonkunden

gegenüber der Vorinstanz. Auch diese Pflichten seien bereits vollumfänglich und für sämtliche Kunden durch die Winet erfüllt. Zudem seien für diese Kunden auch bereits bei der tatsächlichen Fernmeldediensteanbieterin, der Winet, die in der angefochtenen Verfügung aufgeführten Kosten und Gebühren erhoben. Insbesondere macht die Beschwerdeführerin geltend, Tätigkeiten oder Dienstleistungen, welche keine direkte fernmeldetechnische Übertragung von Informationen zum Gegenstand haben, würden nicht unter den Geltungsbereich des FMG fallen. Der Verkauf von Hardware für die VoIP-Telefonie, die Lieferung und Installation der Telefone, die Betreuung der Kunden bei Hardware- und Installationsfragen sowie die Werbung für VoIP-Telefonie, um interessierte Kunden dann an die Winet weiterzugeben, könne nicht als Fernmeldedienst verstanden werden. Diese Tätigkeiten hätten weder eine indirekte noch direkte fernmeldetechnische Übertragung von Informationen zum Gegenstand, die Beschwerdeführerin erbringe somit keine Dienstleistung, die in den Geltungsbereich des FMG falle. Auch die Angaben im Meldeformular für das Erbringen von Fernmeldediensten würden sich auf das Angebot der Winet beziehen. Demzufolge habe sie dieses Meldeformular falsch ausgefüllt. Die Winet habe die entsprechende Infrastruktur, die Nummern habe die Cablecom. Die sms-Dienste seien auf der Infrastruktur der Winet vorhanden. Die Angabe des Internet Service Providers beziehe sich auf ein Reseller-Angebot der Firma TC-Net in Interlaken, welches die Beschwerdeführerin auf deren Rechnung und Risiko weitervertreiben möchte. In ihrer Stellungnahme vom 17. Juni 2010 bestreitet die Beschwerdeführerin weiterhin, einen Fernmeldedienst zu erbringen. Es treffe zu, dass das Erbringen von Fernmeldediensten, wie die Vorinstanz ausführe, zwei Komponenten enthalte. Da die "600.ch" jedoch, wenn überhaupt, nur eine Komponente davon erfülle, nämlich das Vorliegen des Kundenverhältnisses, seien diese Voraussetzungen vorliegend nicht erfüllt. Die Vorinstanz gehe zu weit, wenn sie diesen Begriff zielorientiert und hinsichtlich seines Zwecks undefiniere, sodass entgegen dem Gesetzeswortlaut nur eine Komponente, nämlich allein das Bestehen eines Kundenverhältnisses, für den Tatbestand des Erbringens von Fernmeldediensten ausreichen soll. Die Ansicht der Vorinstanz, eine Fernmeldediensteanbieterin vorwiegend über das Vorliegen eines Kundenverhältnisses zu definieren, verstosse gegen das Gesetz. Was schliesslich die Gewähr gegenüber den Kunden angehe, so übernehme "600.ch" gegenüber den Genossenschaftern und den anderen Kunden keinerlei Gewähr für die korrekte Informationsübermittlung. Die Beschwerdeführerin überprüfe bei Reklamationen ihrer Informatikkunden im Bereich der Telefone lediglich die Hardware. Liege hierbei kein Fehler vor, würden die Kunden an die Winet weiterverwiesen, da es mangels der Infrastruktur auch nicht möglich sei, die Informationsübermittlung zu beeinflussen.

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz bringt vor, die durch die Beschwerdeführerin unter der Marke "600.ch" angebotenen VoIP-Telefonie (Voice over Internet Protocol) sowie die sms/mms-Dienste seien klarerweise Dienste, welche die Legaldefinition von Art. 3 Bst. b FMG erfüllten und offensichtlich an Dritte erbracht würden. Demzufolge gelte sie als Anbieterin von Fernmeldediensten im Sinn von Art. 4 FMG und unterstehe damit grundsätzlich der Meldepflicht. Gestützt auf die Registrierungspflicht seien mithin auch die in diesem Zusammenhang verfügbaren Verwaltungsgebühren für die Registrierung sowie für die Aufsicht gegenüber der Beschwerdeführerin als registrierte Anbieterin rechtmässig. Sie führt dazu aus, dass sie sich für die Beurteilung, ob eine natürliche oder juristische Person aufgrund der angebotenen Dienste als meldepflichtige Fernmeldeanbieterin zu qualifizieren

sei, grundsätzlich auf zwei Aspekte stütze: Einerseits auf die Angaben der potentiellen Anbieterin im Meldeformular und andererseits auf das Verhalten und den Marktauftritt, z.B. die Angaben auf der Internetseite oder sonstige Werbeauftritte. Aufgrund der identischen Darstellung der Sachlage durch die Beschwerdeführerin in ihrem Meldeformular wie auch in ihrem Internetauftritt, habe sie sich legitimerweise auf diese Angaben stützen dürfen, um die Frage betreffend Meldepflicht resp. Qualifikation als Fernmeldeanbieterin zu beurteilen. Es liege keine falsche oder unrichtige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts vor, wie dies die Beschwerdeführerin geltend mache. Weiter vertritt die Vorinstanz die Ansicht, für das Element des Erbringens eines Fernmeldedienstes (Art. 4 und Art. 6 Bst. a FMG) reiche das Vorliegen einer Kundenbeziehung aus, wobei die Anbieterin ihren Kundinnen und Kunden gegenüber Gewähr für die korrekte Informationsübermittlung biete. Dabei sei es nicht von Bedeutung, ob die Anbieterin die Informationen fernmeldetechnisch selber übertrage oder durch Dritte übertragen lasse. Die Anbieterin müsse also in einem privatrechtlichen Vertragsverhältnis mit mindestens einer Endkundin resp. einem Endkunden oder mindestens einer anderen Fernmeldediensteanbieterin stehen und die Verantwortung ihnen gegenüber für die gebotenen Dienste übernehmen. Dabei seien wesentliche Vertragselemente die Beschreibung der zu liefernden Dienstleistung inklusive Bedingungen und Qualität, Preise, Kündigungs- und Haftungsbestimmungen etc. Die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin in eigenem Namen unter der Marke "600.ch" ihren Kundinnen und Kunden gegenüber auftrete, eigene Verträge mit ihnen abschliesse und die Dienstleistungen in Rechnung stelle, unabhängig davon, ob sie dies gestützt auf ein eigenes oder fremdes Rechnungssystem mache, erfülle somit den Begriff des Erbringens im Sinne des Fernmeldegesetzes. Die Beschwerdeführerin deklariere denn auch selber in Ziff. 2 ihrer AGB "Telekommunikation-Dienstleistungen", dass "600.ch" die Leistungen im Bereich Telekommunikation erbringe. Diese Ausführungen würden analog auch für die Auslegung des Begriffs "Erbringen" in Art. 6 Bst. a FMG gelten: Weder der Wortlaut, noch der Wille des Gesetzgebers liessen darauf schliessen, dass die dort verlangten notwendigen technischen Fähigkeiten zwingend bei der den Dienst in wirtschaftlicher Sicht erbringenden Anbieterin gegeben sein müssten. Auch hier erscheine es durchaus mit der Bestimmung vereinbar, dass die technischen Voraussetzungen aufgrund eines Vertragsverhältnisses mit einem Outsourcing-Partner sichergestellt werden. Ausserdem bringt sie vor, das Angebot der Beschwerdeführerin richte sich an einen unbestimmten und offenen Personenkreis, auch wenn sie geltend mache, sie habe mit 36 Kundinnen und Kunden einen kleinen Kundenstamm, welcher sich vorwiegend aus eigenen Genossenschaftsmitgliedern zusammensetze.

#### **E. 3.4**

Wie die Vorinstanz richtig festgehalten hat, ist vorliegend für die Beantwortung der streitige Frage, ob die Beschwerdeführerin als Anbieterin von Fernmeldediensten zu qualifizieren ist, auf Art. 3 Bst. b und c sowie Art. 4 FMG abzustellen. Diesbezüglich ist entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin Art. 6 Bst. a FMG nicht einschlägig. Auch gesetzessystematisch nach Art. 4 FMG (Meldepflicht) platziert, regelt Art. 6 FMG nach dessen klarem Wortlaut die Anforderungen an die Anbieterinnen von Fernmeldediensten. Diese Anforderungen werden jedoch erst in einem zweiten Schritt geprüft, nachdem die Qualifikation einer natürlichen oder juristischen Person als Anbieter von Fernmeldediensten (nach Art. 3 und 4 FMG) feststeht. Wäre, wie die Beschwerdeführerin vorbringt, das Verfügen über die notwendigen technischen Fähigkeiten in Art. 6 Bst. a

FMG eine Voraussetzung für die Qualifikation als Fernmeldediensteanbieterin, so hätte der Gesetzgeber diese Voraussetzung in Art. 4 FMG integriert. Aus dem Dargelegten folgt, dass für die Frage, ob die Beschwerdeführerin als Fernmeldeanbieterin zu qualifizieren ist, nicht relevant sein kann, ob diese über die notwendigen technischen Fähigkeiten bzw. über eine eigene Infrastruktur für die angebotenen Dienste verfügt. Nach Art. 4 FMG muss, wer einen Fernmeldedienst erbringt, dies der Vorinstanz melden. Der Begriff des Fernmeldedienstes wird in Art. 3 Bst. b als fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte definiert, wobei eine fernmeldetechnische Übertragung gemäss Art. 3 Bst. c FMG ein elektrisches, magnetisches, optisches oder anderes elektromagnetisches Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk ist. Wie im Nachfolgenden dargelegt wird, treffen diese Voraussetzungen auf die Beschwerdeführerin zu, weshalb sie als Anbieterin von Fernmeldediensten im Sinn von Art. 4 FMG zu qualifizieren ist. Zunächst geht aus dem Handelsregister des Kantons Bern (Internet-Auszug vom 22. Juni 2010) hervor, dass die Meritus Genossenschaft bezweckt, in gemeinsamer Selbsthilfe im Sinne von Art. 828 OR Arbeit, Aufträge und wirtschaftliche Kontakte zu beschaffen und somit Synergien und Ressourcen zu Gunsten der Genossenschaft bzw. deren Mitglieder im In- und Ausland zu nutzen und zu optimieren. Um das Ziel und die Vorteile der wirtschaftlichen Tätigkeiten zugunsten der Mitglieder zu erreichen, wird die Genossenschaft alle dazu notwendigen Instrumente des freien Wirtschafts- und Warenverkehrs nutzen. Die Winet ihrerseits hat den Handel mit, Erstellung und Produktion von Hard- und Software sowie Internetdienste für das In- und Ausland zum Zweck (Internet-Auszug des Handelsregisters des Kantons Aargau vom 22. Juni 2010). Im Meldeformular für das Erbringen von Fernmeldediensten, welches die Beschwerdeführerin am 27. Januar 2010 ausgefüllt hat, bejaht diese, dass sie mit den von ihr angebotenen Dienstleistungen Dritten die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen ermöglicht, indem sie eigenständig, d.h. unter ihrem eigenen Namen, Fernmeldedienste verkauft und hierfür gegenüber ihren Kunden die Verantwortung für die erbrachten Fernmeldedienste übernimmt. Art und Umfang ihrer Fernmeldedienstleistungen sowie die durch sie betriebene Telekommunikationsinfrastruktur beschreibt sie wie folgt: "Wir sind VoIP-Anbieter und verkaufen die Dienste an Private und Unternehmen. Wir betreiben die entsprechende Infrastruktur für Einzelanschlüsse und VPBX (Telefonzentralen)". Sodann bezeichnet sie unter dem Kapitel "Öffentlicher Telefondienst" die Sprachübertragung als "nomadisch" (z.B. VoIP via Breitbandanschluss). Weiter kann den auf der Homepage der Beschwerdeführerin publizierten "AGB Telekommunikations-Dienstleistungen" (AGB) entnommen werden (Homepage Meritus > 600.ch > AGB Dienstleistungen in der Telekommunikation, besucht am 15. Oktober 2010), dass die Beschwerdeführerin - entgegen ihrer eigenen Darstellung - mit den Kunden einen Vertrag abschliesst (Ziff. 1). Sie tritt somit nicht, wie behauptet, als Vermittlerin zwischen dem Kunden und der Winet auf. Ausserdem lässt sich Ziff. 2 der AGB entnehmen, dass sich die Beschwerdeführerin einbedingt, zur Leistungserbringung jederzeit Dritte beiziehen bzw. beauftragen zu können. Jede Haftung seitens der Beschwerdeführerin für diese Dritte sowie für Hilfspersonen, soweit gesetzlich zulässig, schliesst die Beschwerdeführerin in derselben Ziffer jedoch aus. Dabei wird weder in den AGB noch auf der Homepage der Beschwerdeführerin die Winet als Vertragspartnerin des Kunden erwähnt. Somit tritt die Beschwerdeführerin gegenüber den Kunden offensichtlich selbst als Fernmeldediensteanbieterin und Vertragspartnerin auf. Zum Begriff der fernmeldetechnischen Übertragung (Art. 3 Bst. c FMG) hat der Gesetzgeber festgehalten,

im Vordergrund stehe der mittels Fernmeldetechnik vollbrachte Transport von Informationen. Ob der Transport über feste Punkt-Punkt-Verbindungen oder über vermittelte Verbindungen erfolgt, ist diesbezüglich ohne Belang (Botschaft FMG, BBl 1996 1424). Auch die Vorinstanz hat diesen Grundsatz so in ihren Leitfaden zum "Meldeformular für das Erbringen von Fernmeldediensten" aufgenommen (Punkt 1.2.1 Bst. a). Auf dem Hintergrund des Zweckartikels (Art. 1 FMG) ist Sinn der Meldepflicht nach Art. 4 FMG denn u.a. auch, einen störungsfreien, die Persönlichkeits- und Immaterialgüterrechte achtenden Fernmeldeverkehr sicherzustellen (Art. 1 Abs. 2 Bst. b FMG) und die Benutzerinnen und Benutzer von Fernmeldediensten vor unlauterer Massenwerbung und vor Missbrauch durch Mehrwertdienste zu schützen (Art. 1 Abs. 2 Bst. d FMG). Indem die Beschwerdeführerin unter der Marke "600.ch" VoIP-Telefonie sowie die sms/mms-Dienste anbietet, erfüllt sie, auch wenn sie diese gemäss ihren eigenen Angaben durch die Winet ausführen lässt, den Tatbestand der fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen für Dritte im Sinn von Art. 3 lit. b und c FMG. Tritt die Beschwerdeführerin, wie dargestellt, gegenüber ihrer Kunden als Vertragspartnerin und damit als Fernmeldeanbieterin auf, hat sie sich mithin nach Art. 4 FMG auch bei der Vorinstanz zu registrieren. Dies war bereits in der Botschaft zu Art. 4 aFMG über die Meldepflicht (Botschaft FMG, BBl 1996 1425) so vorgesehen: Reine Wiederverkäufer von Diensten oder die Anbieterin von On-Line-Diensten, die selber nicht erhebliche Teile der für die Übertragung benutzten Fernmeldeanlagen betreiben, benötigen keine Fernmeldekonzession. Von der Meldepflicht waren sie aber explizit nicht ausgenommen. Daran hat sich mit der Neufassung von Art. 4 FMG nichts geändert. Entsprechend unterliegt die Beschwerdeführerin als Anbieterin von VoIP-Telefonie der Meldepflicht. Eine Ausnahme von der Meldepflicht i.S.v. Art. 4 Abs. 2 FMG liegt nicht vor, was vorliegend nicht bestritten ist.

### **E. 3.5**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin als Anbieterin von Fernmeldediensten zu qualifizieren ist. Sie unterliegt daher der Meldepflicht nach Art. 4 FMG, weshalb die Vorinstanz die strittigen Gebühren zu Recht erhoben hat. Die Beschwerde ist folglich abzuweisen.

### **E. 4**

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

### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin ist, da sie unterliegt und im Übrigen auch nicht anwaltlich vertreten ist, keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

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