

BVGer A-5335/2009 vom 20. November 2009

Bundesverwaltungsgericht, 2009-11-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5335_2009

FR: TAF A-5335/2009 du 20 novembre 2009

IT: TAF A-5335/2009 del 20 novembre 2009

Regeste

Adressierungselemente

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) beurteilt dieses 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. Eine Ausnahme ist vorliegend nicht gegeben und das BAKOM ist eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG. Demnach ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

E. 1.2

Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung unmittelbar betroffen und macht ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung geltend. Sie ist daher ohne Weiteres beschwerdelegitimiert (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

E. 1.3

Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist daher einzutreten.

E. 1.4

Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung des rechtlichen Gehörs, indem die Vorinstanz auf die ergriffenen Korrekturmassnahmen nicht eingegangen sei und sie - die Beschwerdeführerin - sich nicht vorgängig (gegenüber dem seco) zu den Medienberichten und den diesbezüglichen Konsumentenbeschwerden äussern können.

E. 1.4.1

Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) folgt die grundsätzliche Pflicht der Behörden, ihren Entscheid zu begründen. Die Bürgerinnen und Bürger sollen wissen, warum die Behörde entgegen ihrem Antrag entschieden hat. Die Begründung eines Entscheids muss so abgefasst sein, dass ihn die Betroffenen gegebenenfalls sachgerecht anfechten können. Dies ist nur möglich, wenn sowohl sie wie die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinne müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Eine verfügende Behörde muss sich somit nicht mit jeder tatbestandlichen Behauptung und jedem rechtlichen Einwand auseinandersetzen. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen

Gesichtspunkte beschränken (André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 151 Rz. 3.103 ff.).

E. 1.4.2

Die Vorinstanz hat sich mit den Korrekturmassnahmen insofern auseinandergesetzt, als sie bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit und der Suche nach einem milderen Mittel ausführt, eine denkbare mildere Anordnung als der Widerruf der Einzelnummern sei grundsätzlich die Ansetzung einer Frist zur Vornahme von Korrekturmassnahmen oder zum Nachweis, dass beim Betrieb der zugeteilten Einzelnummern alle Vorschriften eingehalten worden seien. Beide Möglichkeiten seien der Beschwerdeführerin eingeräumt worden. Der Nachweis habe aber nicht erbracht werden können. Es handle sich um ein gewolltes, systematisches Vorgehen, um eine Geschäftspraktik. In der Vernehmlassung vom 8. Oktober 2009 fügte sie an, dass bei Verdachtsfällen nach Art. 24g Abs. 2 der Verordnung vom 6. Oktober 1997 über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV, SR 784.104) die Möglichkeit zur Vornahme von Korrekturmassnahmen nicht offen stehe.

E. 1.4.3

Diesbezüglich hat die Vorinstanz die wesentlichen Überlegungen dargelegt, warum sie sich nicht eingehend mit den Korrekturmassnahmen befasst hat. Sie hat im Übrigen auch umfassend begründet, weshalb die Einzelnummern widerrufen werden. Die Beschwerdeführerin war daher sehr wohl in der Lage, die Verfügung sachgerecht anzufechten. Dem Anspruch auf rechtliches Gehör wurde insofern Genüge getan.

E. 1.4.4

Auch bezüglich der vorgängigen Stellungnahme an das seco zu den Medienberichten und den betreffenden Konsumentenbeschwerden ist den Ausführungen der Vorinstanz zu folgen. Mit Bezug auf Rechtsgutachten besteht nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts im nicht streitigen Verwaltungsverfahren mit lediglich einer Partei grundsätzlich kein Anspruch darauf, zu einer Expertise, welche sich auf die blosse Beantwortung von Rechtsfragen beschränkt, vor Erlass der Verfügung Stellung zu nehmen. Soweit die rechtlichen Erörterungen im Gutachten in die Begründung des Erkenntnisses Eingang gefunden haben, sei mit der Möglichkeit, diese Rechtsanwendung im Rechtsmittelverfahren überprüfen zu lassen, der Gehörsanspruch gewahrt (BGE 128 V 272 E. 5b/cc).

E. 1.4.5

Mit der Information über die Einholung des Gutachtens beim seco und der Gelegenheit zur zweifachen Stellungnahme, welche die Beschwerdeführerin mit ihren Eingaben vom 17. April und 29. Mai 2009 wahrgenommen hat, ist ihrem Gehörsanspruch im vorinstanzlichen Verfahren auch hier hinreichend Rechnung getragen worden. Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs erweist sich damit insgesamt als unbegründet.

E. 2

Gemäss Art. 11 Abs. 1 Bst. b AEFV kann die Vorinstanz die Zuteilung von Adressierungselementen widerrufen, wenn der Inhaber des Adressierungselements das anwendbare Recht, insbesondere die Bestimmungen der AEFV, die Vorschriften des BAKOM oder die Bestimmungen der Zuteilungsverfügung missachtet. Einzeln zugeteilte Nummern können zudem gemäss Art. 24g Abs. 2 AEFV widerrufen werden, wenn der Verdacht besteht, dass die Inhaberin oder der Inhaber sie zu einem rechtswidrigen Zweck

oder in rechtswidriger Weise missbraucht.

E. 2.1

Es ist damit zu prüfen, ob ein Widerrufsgrund gemäss Art. 11 AEFV oder Art. 24g AEFV vorliegt und ob der Widerruf verhältnismässig ist.

E. 2.2

Mit der Bestimmung, dass bereits aufgrund eines Verdachtes die Nummer widerrufen werden kann, sieht die Verordnung in Bezug auf Art. 24g Abs. 2 eine Herabsetzung des Beweismasses vor. Dies bezieht sich indessen nur auf die Sachverhaltsfeststellung, bei der Auslegung hingegen gibt es keine Vermutungsregeln (Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkomentar, 2. Aufl., Bern 1997, Art. 1 N. 5 mit Verweisen).

Aufgrund des sich aus den Akten ergebenden Sachverhaltes ist deshalb festzustellen, ob insbesondere von einem Verstoss gegen die Lauterkeitsgesetzgebung auszugehen ist. Nach der Verordnungsbestimmung reicht indes, wie erwähnt, bereits der Verdacht.

E. 2.3

Ob das Angebot der Beschwerdeführerin nun als "Partnervermittlung" oder als "Plauder- und Unterhaltungslinie" bezeichnet wird, ist irrelevant. Tatsächlich wird Konsumentinnen und Konsumenten versprochen, sie "einfach und schnell" mit real existierenden Inserenten zu verbinden. Sei es für die gemeinsame Gestaltung der "Freizeit" oder "Ferien", sei es für eine "Partnerschaft", ein "Abenteuer" oder einen "erotischen Kontakt". Es ist die Rede von "WunschpartnerInnen" und dass einige "auch schon eine Familie gegründet hätten". Selbst wenn es sich "nur" um eine "Plauderlinie" handeln sollte, wird nicht nur ein besonders schützenswerter, sondern auch ein durchschnittlicher Konsument davon ausgehen, dass er mit ehrlich Interessierten verbunden wird. Insofern handelt es sich, wie die Vorinstanz und das seco richtig festgestellt haben, um eine "Partnervermittlungsagentur" - egal ob im engeren oder im weiteren Sinne.

E. 2.4

Wie den verschiedenen, durchaus glaubwürdigen Berichten in den Medien (Beobachter, Kassensturz, etc.) über die "Schicksale" von Betroffenen entnommen werden kann und die Testanrufe der Vorinstanz bestätigen, sind diese Versprechen "systematisch" gebrochen worden und ist der Konsument mit fadenscheinigen Ausreden in seinem (Irr-)Glauben gelassen bzw. bestärkt worden, der Kontakt mit dem Wunschpartner komme "gleich" zu Stande, er solle "jetzt" nicht aufgeben. Tatsächlich verstecken sich hinter den Inserentinnen und Inserenten - zumindest in Einzelfällen - fiktive Personen bzw. Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Beschwerdeführerin. Sinn und Zweck dieser Telefonlinien scheint einzig zu sein, den Konsumenten möglichst lange in seinem Irrglauben und in der Telefonleitung zu halten oder zu äusserst kostspieligen Anrufen zu verleiten.

E. 2.5

Dementsprechend kann nicht die Rede davon sein, das seco bzw. die Vorinstanz seien von einem falschen Sachverhalt ausgegangen. Das seco hat diesen Sachverhalt beurteilt und ist auch aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts zu einem nachvollziehbaren rechtlichen Schluss gelangt. Das Gutachten lässt keinen Zweifel offen, dass mit dem Geschäftsgebaren der Beschwerdeführerin Bestimmungen des UWG verletzt worden sind. Selbst wenn reale Kontakte tatsächlich schnell und rasch vermittelt worden sein sollten und es zufriedene Kunden gäbe, so bestehen doch zahlreiche Beispiele, die auf trügerische und unlautere

Geschäftspraktiken im Sinne einer gewollten und systematischen Vorgehensweise schliessen lassen. Ausserdem war sich die Beschwerdeführerin dieses Missstandes offenbar bewusst, andernfalls hätte sie nicht entsprechende Korrekturmassnahmen eingeleitet. Insoweit ist daher ein Widerrufsgrund nach Art. 24g Abs. 2 AEFV zu bejahen.

E. 2.6

Im Übrigen ist sowohl aus dem Gutachten (Seite 4 Ziffer 3) wie auch aus der angefochtenen Verfügung (Seite 10 Ziffer 3) ersichtlich, weshalb das seco und die Vorinstanz von aggressiven Verkaufsmethoden im Sinne von Art. 3 Bst. h UWG ausgehen. Diesen Ausführungen ist zuzustimmen, und es ist ihnen nichts beizufügen. Die übrigen Widerrufsgründe, welche die angefochtene Verfügung aufführt, brauchen vorliegend nicht weiter behandelt zu werden.

E. 3

In einem weiteren Schritt gilt es zu prüfen, ob der Widerruf der Nummern verhältnismässig ist.

E. 3.1

Jedes staatliche Handeln muss gemäss Art. 5 Abs. 2 BV im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Gemäss Rechtsprechung und Lehre umfasst die Verhältnismässigkeit 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 Ulrich Häfelin / Georg Müller / Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006, N. 581 ff., je mit Hinweisen).

E. 3.2

Das öffentliche Interesse an der von der Vorinstanz angeordneten Massnahme liegt im Schutz der Konsumierenden vor missbräuchlichen Geschäftspraktiken der Nummerninhaber (Entscheid der ehemaligen Eidgenössischen Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt [REKO/INUM] F-2006-63 E. 7.2 vom 6. September 2006). Der Vorinstanz ist zuzustimmen, dass es sich vorliegend um einen sensiblen Bereich handelt, der einen erhöhten Schutz geniessen muss (vgl. Vernehmlassung vom 8. Oktober 2009, S. 5). So hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit Preisangaben bei der Erwachsenenunterhaltung denn auch festgehalten, es stelle bei der Beurteilung der Preisanschriften nicht nur auf durchschnittliche, sondern gerade auch auf nicht besonders gewandte und deswegen verstärkt schutzwürdige Konsumenten ab. Denn es gehe darum, auch diejenige potentielle Kundschaft zu schützen, die selbst zur Lösung von einfachen Rechenaufgaben nicht in der Lage sei (vgl. BGE 132 II 240 E. 4.3.4; BGE 128 IV 177 E. 2.3). Diese Ausführungen erfolgten im Rahmen von Preisangaben bei Mehrwertdienstnummern bei TV-Gewinnspielen und Erotikdiensten, insbesondere bei hohen Tarifen. Neben den ebenfalls hohen Tarifen kommt für den Grad an Sensibilität vorliegend hinzu, dass Personen ernsthafte zwischenmenschliche Kontakte in Aussicht gestellt werden. Dass es sich um einen sensiblen Bereich handelt, geht vor allem auch aus den geldwerten und emotionalen Verlusten der Betroffenen hervor, wie sie in den

genannten Berichten erwähnt werden.

E. 3.3

Dem Schutz der Konsumierenden dient diesbezüglich unter anderem auch das UWG. Der Widerruf streitiger Nummern, mit welchen gegen das UWG verstossen wurde, ist geeignet, dieses öffentliche Interesse zu wahren.

E. 3.4

Zu untersuchen ist damit weiter, ob der Widerruf der Nummern zum Erreichen dieses Zweckes erforderlich war. Der Nummernwideruf stellt eine strenge Massnahme dar, um die anwendbaren Vorschriften im Interesse des Schutzes der Konsumentinnen und Konsumenten durchzusetzen. Darum ist es angebracht, zuerst mildere Mittel zu ermitteln und einzusetzen, wenn diese den gleichen Erfolg versprechen. Eine denkbare mildere wirksame Anordnung ist die Gelegenheit zur Vornahme von Korrekturmassnahmen oder zum Nachweis, dass beim Betrieb der zugeteilten Nummern, entgegen den Feststellungen der Vorinstanz, alle Vorschriften eingehalten wurden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-3323/2007 vom 17. Oktober 2007 E. 12.3).

E. 3.5

Wird eine rechtswidrige Nutzung einer Nummer korrigiert, ändert dies nichts am Umstand, dass die Nummer zumindest vorübergehend widerrechtlich genutzt wurde. Ein einmal gesetzter Widerrufsgrund liegt damit auch bei nachträglicher Korrektur vor. Die REKO/INUM hat sich unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit eines Widerrufs wiederholt mit der Frage befasst, ob bei einer nachträglichen Behebung eines Mangels von einem Widerruf abzusehen bzw. ob der Nummerninhaberin die Möglichkeit zur Vornahme von Korrekturmassnahmen zu bieten sei. Im Entscheid F-2004-5 E.5.4 vom 4. Mai 2004 hat sie es als verhältnismässig bezeichnet, eine Nummer im Wiederholungsfall ohne Ansetzung einer Frist für Korrekturmassnahmen zu widerrufen (vgl. Entscheid der REKO/INUM F-2005-174 vom 21. November 2005 E. 9.4.3, bestätigt in BGE 132 II 240).

E. 3.6

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin eine Frist zum Nachweis der rechtskonformen Nutzung der zugeteilten Einzelnummern gesetzt. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz ist gegen die Beschwerdeführerin aber bisher (offenbar) noch kein Nummernwiderufsverfahren eingeleitet worden. Bei der Verfügung vom 15. Mai 2009 handelt es sich nämlich um eine Verweigerung der Zuteilung neuer Nummern und nicht um einen Widerruf (vgl. Beilage 3 zur Vernehmlassung vom 8. Oktober 2009 sowie Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerin, S. 5). Da gegen die Beschwerdeführerin bisher noch kein Nummernwiderufsverfahren eingeleitet worden ist, wäre die Ansetzung einer Frist zum Ergreifen von Korrekturmassnahmen grundsätzlich angezeigt gewesen. Dessen ungeachtet hat sich die Vorinstanz - zumindest im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht - mit den Korrekturmassnahmen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt, deren Gebaren bereits in der angefochtenen Verfügung als unlautere Geschäftspraktik bezeichnet und die Massnahmen daher für unbehelflich befunden.

E. 3.7

Mit der Vorinstanz geht auch das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass es sich im Falle der Beschwerdeführerin um eine rechtswidrige Geschäftspraktik handelt. Es besteht der Verdacht, dass die Beschwerdeführerin mit der Tätigkeit, für die die Nummern

eingesetzt werden, selbst gewollt und systematisch gegen geltendes Recht verstösst. Wie die Vorinstanz zutreffend festgestellt hat, erweisen sich die Nummern als Mittel zum Zweck und es kann nur die Unterbindung der rechtswidrigen Tätigkeit in Frage kommen. Deshalb sind die bisherigen und alle weiteren Massnahmen zu Recht für unbehelflich erklärt worden. Dieser Praktik kann insofern nur mit dem Widerruf sämtlicher Einzelnummern entgegengewirkt werden. Der Widerruf erscheint daher auch erforderlich zu sein.

E. 3.8

In Lehre und Rechtsprechung ist statt von Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung, oft auch von "Verhältnismässigkeit im engeren Sinne", zutreffender von "Zumutbarkeit", die Rede. Eine Verwaltungsmassnahme ist nur gerechtfertigt, wenn sie ein vernünftiges Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und dem Eingriff, den sie für den betroffenen Privaten bewirkt, wahrt. Es ist deshalb eine wertende Abwägung vorzunehmen, welche im konkreten Fall das öffentliche Interesse an der Massnahme und die durch den Eingriff beeinträchtigten privaten Interessen der Betroffenen miteinander vergleicht. Der staatliche Eingriff muss durch ein das private Interesse überwiegendes öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Nur in diesem Fall ist er den Privaten zumutbar. Für die Interessenabwägung massgeblich sind also einerseits die Bedeutung der verfolgten öffentlichen Interessen und andererseits das Gewicht der betroffenen privaten Interessen. Eine Massnahme, an der nur ein geringes öffentliches Interesse besteht, die aber tief greifende Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Privaten hat, soll unterbleiben (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N. 613 ff.).

E. 3.9

Die Interessen der Beschwerdeführerin am Betrieb der Mehrwertdienstnummer sind privater, rein wirtschaftlicher Natur. Ihr Interesse begründet sie dahingehend, dass mit dem Widerruf der Nummern die A. wohl dem Ende geweiht wäre und dadurch sieben Arbeitsplätze verloren gingen.

E. 3.10

Das öffentliche Interesse am Widerruf der Einzelnummern besteht im Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten vor unlauteren Geschäftspraktiken. Wie in E. 3.2 erwähnt, handelt es sich vorliegend um einen sensiblen Bereich. Das Interesse ist dementsprechend als hoch und gegenüber den Interessen der Beschwerdeführerin als überwiegend einzustufen.

E. 3.11

Im Weiteren bedeutet der Widerruf der Nummern offenbar nicht den Untergang der Beschwerdeführerin. Wie die Vorinstanz in der Vernehmlassung vom 8. Oktober 2009, S. 9 ausführt, bietet die Beschwerdeführerin ihre Dienste nun über eine geografische Nummer (xxx) an. Bei diesem Modell könne die Beschwerdeführerin ihre Dienste nicht mehr direkt über die Telefonrechnung abrechnen lassen, sondern sie müsse selber Rechnung stellen. Somit könnten offenbar auch die betroffenen Angestellten der Beschwerdeführerin weiterbeschäftigt werden.

E. 3.12

Aus diesen Gründen erweist sich der Widerruf der Nummern ohne weiteres auch als zumutbar.

E. 4

Sowohl Haupt- wie auch Eventualanträge sind daher vollumfänglich abzuweisen.

E. 5.1

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. 5.2

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.