

# **BVGer A-6830/2017 vom 15. Januar 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-01-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-6830\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-6830_2017)

FR: TAF A-6830/2017 du 15 janvier 2019

IT: TAF A-6830/2017 del 15 gennaio 2019

## **Regeste**

Telekommunikation (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021), die von einer Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) erlassen wurde. Da keine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 31 VGG und Art. 44 VwVG). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem Verwaltungsverfahrensgesetz, soweit das Verwaltungsgerichtsgesetz nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung, mit der ihr die Vorinstanz unter anderem eine Verwaltungssanktion auferlegte, ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

### **E. 1.3**

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

### **E. 2**

Soweit die Beschwerdeführerin mit ihrem Antrag 2 verlangt, die Frist für den Nachweis des rechtmässigen Zustands auf 60 Tage ab Eingang der Beschwerde anzusetzen, ist die Beschwerde als gegenstandslos geworden abzuschreiben, nachdem diese 60 Tage längst verstrichen sind (vgl. im Übrigen die Ausführungen dazu in E. 11.1).

### **E. 3**

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin rügt vorab eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots (Art. 8 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV, SR 101]) und macht geltend, die Vorinstanz wäre verpflichtet gewesen, sie zur Bestellung einer anwaltlichen Vertretung aufzufordern. Zwar handle es sich bei ihr um ein internationales Unternehmen; sie sei jedoch hauptsächlich im

sogenannt "ethnischen" Markt tätig und werde von "nicht originär deutsch [recte: Deutsch] sprechenden" Personen geleitet, was "aufgrund der Namen offensichtlich" erscheine. Anders als etwa Art. 41 Abs. 1 des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) oder Art. 69 Abs. 1 der Zivilprozessordnung (ZPO, SR 272) - wobei diese Bestimmungen primär auf natürliche Personen zugeschnitten sein dürften (vgl. statt vieler Urteil des Bundesgerichts [BGer] 4A\_372/2018 vom 30. Juli 2018 E. 2.2 betreffend die entsprechende Rechtsprechung zum Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege) und restriktiv anzuwenden sind (vgl. Urteil des BGer 5A\_483/2018 vom 23. Oktober 2018 E. 3.2) - enthalten das Verwaltungsverfahrensgesetz (insbesondere in Art. 11 ff. VwVG) und das Verwaltungsgerichtsgesetz keine Bestimmung, die eine Behörde unter gewissen Umständen verpflichtet würde, eine Partei aufzufordern, sich anwaltlich vertreten zu lassen, bzw. - im Unterlassungsfall - von Amtes wegen einen Anwalt zu bestellen. Im vorliegenden Fall könnte aber jedenfalls auch bei einer sinngemässen Anwendung von Art. 41 Abs. 1 BGG und Art. 69 Abs. 1 ZPO bzw. aus dem allgemeinen Grundsatz der Verfahrensfairness keine entsprechende Verpflichtung der Vorinstanz abgeleitet werden, handelt es sich doch bei der Beschwerdeführerin gemäss eigenen Angaben um den Schweizer Ableger eines internationalen Konzerns mit einem Jahresumsatz von 1.5 Milliarden Euro (2014) und über 15 Millionen Kunden in 22 Ländern (vgl. < <http://www.lycamobile.ch/de/ueber-lycamobile/> >, abgerufen am 10.01.2019; ferner die nicht bestrittenen Ausführungen der Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung, Ziff. 4.4 S. 6 f.). Eine solche Verpflichtung kann von vornherein nur in Betracht kommen, wenn die betreffende Verfahrenspartei nicht einmal in der Lage ist, selbst einen Anwalt zu mandatieren (vgl. statt vieler Urteil des BGer 5A\_712/2017 vom 30. Januar 2018 E. 2 m.H.). Insbesondere rechtfertigte namentlich das Nichtbeherrschen einer Verfahrenssprache für sich allein keine solche Anordnung (vgl. Urteil des BGer 4A\_510/2017 vom 9. November 2017 m.H.). Dass die Beschwerdeführerin sodann sehr wohl selbst einen anwaltlichen Rechtsvertreter beiziehen konnte, zeigt bereits ihre entsprechende Vertretung im vorliegenden Beschwerdeverfahren.

#### **E. 5**

Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um eine unter das Fernmeldegesetz fallende Fernmeldedienstanbieterin. Die Zuständigkeit der Vorinstanz für den Erlass der angefochtenen Verfügung blieb zu Recht unbestritten (vgl. Art. 60 Abs. 2 i.V.m. Art. 58 Abs. 4 und Art. 4 Abs. 1 FMG).

#### **E. 6**

Fernmeldedienstanbieterinnen dürfen für Verbindungen zu Nummern des Typs 084x und 0878 ihren Kunden nur eine zeitabhängige Gebühr von maximal 7,5 Rappen pro Minute (ohne Mehrwertsteuer) in Rechnung stellen. Abgerechnet wird sekundengenau. Der Endbetrag darf auf die nächsten zehn Rappen aufgerundet werden (Art. 39a Abs. 1 der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste [FDV, SR 784.101.1]). Gemäss Art. 39b Abs. 1 FDV darf sodann für Verbindungen zu Nummern des Typs 090x und zu Kurznummern nach den Artikeln 29-32 und 54 AEFV nur der Preis in Rechnung gestellt werden, der zwischen dem Inhaber der Nummer und der Fernmeldedienstanbieterin, bei der die Nummer in Betrieb steht, für einen Anruf auf die Nummer vereinbart ist und der nach Art. 11a und 13a der Verordnung vom 11. Dezember 1978 über die Bekanntgabe von Preisen (Preisbekanntgabeverordnung, PBV, SR 942.211) bekannt gegeben wird. Zuschläge dürfen zu den vorstehend genannten Preisen grundsätzlich keine verlangt werden (Art. 39b Abs. 2 FDV in der heute geltenden Fassung bzw. in der bis Ende 2017 in Kraft stehenden

Fassung vom 1. Juli 2015 [AS 2014 4164], die noch eine - hier nicht relevante - Ausnahme vorsah).

### **E. 7.1**

Die Vorinstanz wacht als Aufsichtsbehörde darüber, dass das internationale Fernmelderecht, das Fernmeldegesetz, die Ausführungsvorschriften und die Konzessionen eingehalten werden (Art. 58 Abs. 1 Satz 1 FMG). Stellt es eine Rechtsverletzung fest, so kann es (unter anderem) von der für die Verletzung verantwortlichen Person verlangen, den Mangel zu beheben oder Massnahmen zu treffen, damit die Verletzung sich nicht wiederholt, wobei die für die Verletzung verantwortliche Person der Vorinstanz mitteilen muss, was sie unternommen hat (Art. 58 Abs. 2 Bst. a FMG). Verstösst ein Unternehmen gegen anwendbares Recht, die Konzession oder eine rechtskräftige Verfügung, so kann es mit einem Betrag von bis zu zehn Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren durchschnittlich in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet werden (Art. 60 Abs. 1 FMG; vgl. dazu Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-4855/2012 vom 14. Mai 2013 E. 5 ff.). Die Erzielung eines Vorteils bzw. Gewinns ist - anders als noch unter früherem Recht (vgl. Art. 60 Abs. 1 FMG in der Fassung vom 20. Oktober 1997, AS 1997 2202) - keine Voraussetzung für die Verhängung einer Sanktion, da diese einzig die Durchsetzung des Rechts ermöglichen soll (Botschaft des Bundesrates vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes, BBl 2003 7990; zur Möglichkeit der Gewinnabschöpfung vgl. dagegen Art. 58 Abs. 2 Bst. b FMG; vgl. ferner Urteil des BVGer A-4855/2012 vom 14. Mai 2013 E. 5.3.3).

### **E. 7.2**

Die Höhe der Verwaltungssanktion muss verhältnismässig sein (Art. 5 Abs. 2 BV; Urteile des BGer 2C\_741/2012 vom 11. Juni 2013 E. 3.1 und 2A.368/2000 vom 22. November 2000 E. 2a/cc). Gemäss Art. 60 Abs. 3 FMG sind bei der Bemessung der Sanktion insbesondere die finanziellen Verhältnisse des Unternehmens und die Schwere des Verstosses zu berücksichtigen. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ist somit auch zu würdigen, welche Pflichten verletzt wurden und ob der Verstoss wiederholt begangen wurde (Urteil des BVGer A-4855/2012 vom 14. Mai 2013 E. 6.3 m.w.H.). Überdies ist zu berücksichtigen, ob die Beschwerdeführerin mit "Bereicherungsabsicht" (d.h. in der Absicht, einen Gewinn zu erzielen) handelte und welches (objektivierte) "Verschulden" sie trifft (zur Beachtung des "Verschuldens" von juristischen Personen bei der Bemessung von Verwaltungssanktionen vgl. Urteil des BGer 2A.368/2000 vom 22. November 2000 E. 2c/bb; Urteil des BVGer B-7633/2009 vom 14. September 2015 E. VIII/2a (3) Rz. 646 ff. S. 286 ff.).

### **E. 7.3**

Da die Vorinstanz bei der Verhängung einer Verwaltungssanktion über ein eigenes Entschliessungsermessen verfügt, hat das Bundesverwaltungsgericht den diesbezüglichen Ermessensspielraum zu respektieren und nicht sein Ermessen an die Stelle desjenigen der Vorinstanz zu setzen (Urteil des BVGer B-5431/2013 vom 17. November 2014 E. 5.3 m.H.; vgl. ferner Urteil des BVGer B-7633/2009 des BVGer vom 14. September 2015 E. VIII/1c (3) Rz. 638 S. 283 f.).

### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführerin anerkennt den in der angefochtenen Verfügung dargestellten Sachverhalt und die dadurch begangene Verletzung der soeben erwähnten Vorschriften

grundsätzlich. Sie erachtet allerdings die ausgefallte Sanktion als zu hoch. Zu berücksichtigen sei, dass (unmittelbar) vor Erlass der Verfügung nur die Problematik der "pro rata Verrechnung" noch nicht behoben gewesen sei. Überdies habe sie die Differenz zwischen den korrekten und den fälschlicherweise verrechneten Tarifen den Kunden mittels Gutschrift zurückerstattet.

### **E. 8.2**

Erwiesen ist, dass die Beschwerdeführerin ihren Kunden mindestens während siebeneinhalb Monaten teilweise überhöhte Tarife für verschiedene Sondernummern in Rechnung stellte. Die Vorinstanz vermutet ferner, ohne dass dies bestritten worden wäre, die Beschwerdeführerin habe bereits vor dem 15. März 2017 - dem Datum der ersten Testanrufe - falsch abgerechnet, nämlich schon seit dem 1. Juli 2015. Damals traten die Art. 39a und 39b FDV in Kraft (AS 2014 4163 f.); zuvor war die Erhebung von Zuschlägen durch Fernmeldediensteanbieterinnen zulässig. Tatsächlich ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin es versäumte bzw. unterliess, ihre ursprünglich rechtmässigen Tarife an die auf den 1. Juli 2015 in Kraft getretene Revision der Verordnung über Fernmeldedienste anzupassen. Andernfalls müsste angenommen werden, dass die Beschwerdeführerin zwar erst später, dafür aber von Beginn an widerrechtliche Tarife eingeführt hatte, was jedenfalls als zumindest ebenso schwerwiegender Verstoss gegen die aufgeführten Vorschriften gewertet werden müsste. Es ist demnach zugunsten der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass sie bzw. ihre Organe nicht absichtlich einen gesetzwidrigen Zustand schufen. Ihr "Verschulden" wiegt trotzdem nicht leicht, da es ihre Aufgabe ist, sich über die jeweils geltenden gesetzlichen Vorschriften zu informieren und - soweit erforderlich - Anpassungen am Geschäftsmodell vorzunehmen. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin auch nach dem Hinweis der Vorinstanz auf ihre rechtswidrige Abrechnungspraxis weiterhin teilweise falsch abrechnete, indem sie ihren Kunden auch dort ganze Minutentariife belastete, wo der Tarif gemäss Nummernverwaltungssystem pro rata abzurechnen gewesen wäre. Trotz einer weiteren Ermahnung durch die Vorinstanz hatte die Beschwerdeführerin diesen Mangel auch im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung noch nicht behoben. Selbst wenn dieses Verhalten der Beschwerdeführerin mit der Vorinstanz als "einmaliger Verstoss" qualifiziert wird, handelt es sich dabei um keine leichte Verletzung der fernmelderechtlichen Vorschriften.

### **E. 8.3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe ihren Kunden die fälschlicherweise verrechneten Tarife mittels Gutschrift zurückbezahlt. Die Vorinstanz geht allerdings wohl zu Recht - und ohne dass es von der Beschwerdeführerin bestritten würde - davon aus, dass dies nur für die Monate März bis Juni bzw. Juli 2017 gilt (Vernehmlassung, S. 5) und nicht bis Ende Oktober 2017. Der Beschwerdeschrift vom 1. Dezember 2017 lässt sich jedenfalls entnehmen, die "insgesamt gutgeschriebenen Beträge per 30.6.[2017]" (Hervorhebung hinzugefügt) hätten sich auf rund Fr. 41'000.- belaufen (S. 3 unten); dabei (d.h. den Fr. 41'000.-) handle es sich um den (insgesamt) "nachweislich erzielten Vorteil" (S. 7 oben). Aber selbst wenn die Beschwerdeführerin ihren Kunden die gesamten zu viel in Rechnung gestellten Kosten erstattet hätte, vermöchte dies nichts an der (relativen) Schwere ihres Verstosses gegen die gesetzliche Regelung zu ändern. Daraus ergibt sich weiter, dass die von der Beschwerdeführerin zu Unrecht erzielten Mehreinnahmen ein erhebliches Ausmass erreichten, beziffert diese ihren durchschnittlichen Jahresgewinn in den Jahren 2014-2016 doch auf rund Fr. 83'000.- (was von der Vorinstanz allerdings angesichts des um ein

Vielfaches höheren Umsatzes in Zweifel gezogen wird). Dies räumt auch die Beschwerdeführerin implizit ein, wenn sie anführt, selbst die von ihr beantragte Sanktionshöhe im Umfang von einem Prozent des laufenden Umsatzes (entsprechend Fr. 46'936.-) sei "sehr wohl spürbar", entspreche sie "doch [rund] der Hälfte des in den letzten drei Jahren durchschnittlich erzielten Gewinnes" (Beschwerdeschrift, S. 7 oben).

#### **E. 8.4**

Es trifft zwar zu, dass bei Erlass der angefochtenen Verfügung offenbar nur noch insoweit ein rechtswidriger Zustand vorherrschte, als die Beschwerdeführerin gewisse Sondernummern immer noch pro Minute statt pro rata bzw. pro zehn Sekunden abrechnete. Daraus kann die Beschwerdeführerin jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten, soll doch mit der angeordneten Verwaltungssanktion nicht nur im Zeitpunkt des Verfügungserlasses noch bestehendes rechtswidriges Verhalten sanktioniert werden. Überdies erging die angefochtene Verfügung erst rund ein halbes Jahr nach der ersten Ermahnung der Beschwerdeführerin durch die Vorinstanz. Dass die Beschwerdeführerin zu diesem Zeitpunkt und nach mehreren Ermahnungen den widerrechtlichen Zustand immer noch nicht vollständig behoben hatte, ist vielmehr zuungunsten der Beschwerdeführerin zu berücksichtigen.

#### **E. 8.5**

Die von der Beschwerdeführerin begangene Rechtsverletzung ist insgesamt als nicht leicht zu bezeichnen.

#### **E. 9**

Die in der Schweiz tätige Beschwerdeführerin erzielte in den Jahren 2014-2016 einen durchschnittlichen Umsatz von rund 64 Millionen Franken, wie sich den Akten entnehmen lässt. Der höchstmögliche Sanktionsbetrag im Sinne von Art. 60 Abs. 1 FMG beträgt demnach 6.4 Millionen Franken (10 Prozent), wovon die Vorinstanz fünf Prozent entsprechend Fr. 320'000.- als Sanktion ausfällte. Dieser Betrag von 0.5 Prozent des Umsatzes erscheint ohne Weiteres als angemessen, umso mehr als die Vorinstanz darauf verzichtete, in Anwendung von Art. 58 Abs. 2 Bst. b FMG den von der Beschwerdeführerin rechtswidrig erzielten Gewinn einzuziehen. Dies zeigt auch die bisherige Rechtsprechung. Dem Urteil des Bundesgerichts 2A.368/2000 vom 22. November 2000 lag der Sachverhalt zugrunde, dass das dort sanktionierte Unternehmen trotz dreimaliger Aufforderung einen Statistik-Fragebogen zu Finanzdaten nicht ausgefüllt und der zuständigen Behörde eingereicht hatte. Das Bundesgericht erachtete den Sanktionsbetrag in der Höhe von Fr. 15'000.- bzw. fünf Prozent des massgeblichen Höchstsatzes für die "nicht schwerwiegende" Rechtsverletzung als eher hoch, jedoch noch als rechtmässig. Ebenfalls einen Verstoss gegen die Auskunftspflicht hatte das Bundesverwaltungsgericht im Urteil A-4855/2012 vom 14. Mai 2013 zu beurteilen. Das dort sanktionierte Unternehmen hatte einen Fragebogen betreffend die Pflicht zur Gewährleistung des Zugangs zu den Notrufdiensten trotz dreimaliger Ermahnung nicht ausgefüllt und retourniert. Das Gericht erachtete eine Sanktion von Fr. 6'700.- entsprechend rund vier Prozent der maximalen Verwaltungssanktion als angemessen. Vorliegend ist dagegen nicht die "blosse" Verletzung einer Auskunftspflicht zu beurteilen; das rechtswidrige Verhalten der Beschwerdeführerin ist als schwerwiegender einzustufen, umso mehr als dadurch auch private Dritte bzw. Konsumenten direkt geschädigt wurden. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass Letztere offenbar zumindest teilweise - aber nachträglich - entschädigt wurden. Die

Beschwerdeführerin weist zwar auf ihren "marginalen" Gewinn hin, der "jedes Jahr gesunken" sei. Allerdings macht sie selbst nicht geltend, die verhängte Sanktion bringe sie in ernsthafte wirtschaftliche Schwierigkeiten. Der von der Vorinstanz festgesetzte Betrag erweist sich daher auch als zumutbar. Eine Ermessensüberschreitung durch die Vorinstanz ist zu verneinen.

#### **E. 10**

Die Beschwerde ist demnach als unbegründet abzuweisen, soweit sie nicht zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben ist.

#### **E. 11.1**

Die Kosten des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht setzen sich zusammen aus der Gerichtsgebühr und den Auslagen (Art. 1 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Gerichtsgebühr bemisst sich nach Umfang und Schwierigkeit der Streitsache, Art der Prozessführung und finanzieller Lage der Parteien (Art. 2 Abs. 1 VGKE). In Streitigkeiten mit Vermögensinteresse beträgt die Gerichtsgebühr beim vorliegenden Streitwert von - unter Berücksichtigung von Rechtsbegehren Ziff. 2 - rund Fr. 273'064.- (Fr. 320'000.- abzüglich Fr. 46'936.-) zwischen Fr. 3'000.- und 14'000.- Franken (Art. 4 VGKE). Die Gerichtsgebühr ist unter Würdigung der konkreten Umstände auf Fr. 5'000.- festzusetzen. Die Verfahrenskosten sind grundsätzlich der unterliegenden Partei aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens hat in der Regel jene Partei die Verfahrenskosten zu tragen, deren Verhalten die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat (Art. 5 Abs. 1 VGKE). Vorliegend unterliegt die Beschwerdeführerin betreffend Rechtsbegehren Ziff. 1. Überdies hat sie die Gegenstandslosigkeit von Rechtsbegehren Ziff. 2 zu vertreten, da dieses nicht über die von der Vorinstanz in Dispositiv-Ziff. 2 der angefochtenen Verfügung getroffene Anordnung hinausgeht: Der Beschwerde kommt von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung zu (Art. 55 Abs. 1 VwVG), weshalb die genannte Anordnung unter Berücksichtigung der 30-tägigen Rechtsmittelfrist einer allfälligen Beschwerde ans Bundesgericht (vgl. Art. 100 Abs. 1 BGG) von vornherein frühestens 60 Tage nach Eröffnung der Verfügung an die Beschwerdeführerin rechtskräftig werden konnte (daran ändert im Übrigen auch Art. 103 Abs. 1 BGG nichts, der lediglich die Vollstreckbarkeit, nicht aber die Rechtskraft betrifft [vgl. BGE 138 II 169 E. 3.3; Urteil des BGer 8C\_655/2017 vom 3. Juli 2018 E. 1.3, nicht publ. in: BGE 144 V 224]). Die Verfahrenskosten von Fr. 5'000.- sind demnach ausgangsgemäss der Beschwerdeführerin aufzuerlegen und dem von dieser geleisteten Kostenvorschuss zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 3'500.- ist ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

#### **E. 11.2**

Eine Parteientschädigung ist weder der unterliegenden Beschwerdeführerin (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE) noch der Vorinstanz (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE) zuzusprechen.