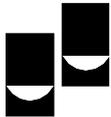


Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-6437/2008
{T 0/2}

Urteil vom 16. Februar 2009

Besetzung

Richter Beat Forster (Vorsitz), Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot, Richter Jérôme Candrian, Gerichtsschreiberin Mia Fuchs.

Parteien

A. _____,
B. _____,
Beschwerdeführer,

gegen

Bundesamt für Kommunikation (BAKOM),
Zukunftstrasse 44, Postfach, 2501 Biel,
Vorinstanz,

Gegenstand

Rechtsverweigerung.

Sachverhalt:**A.**

Am 17. August 2008 reichten A._____ und B._____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) eine Beschwerde bei der Eidgenössischen Kommunikationskommission ComCom gegen das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) ein. Darin verlangten sie gestützt auf Art. 13 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) die Feststellung, dass ihr Recht auf freie Kommunikation gemäss Art. 10 EMRK verletzt worden sei.

Der Eingabe ist zu entnehmen, dass A._____ am 15. August 2008 B._____ eine E-Mail hat senden wollen, diese aber nicht angekommen sei. Stattdessen habe A._____ die Mitteilung erhalten, die E-Mail könne wegen „policy reasons“ nicht zugestellt werden. Versuche hätten dann ergeben, dass die E-Mail vom Provider des Adressaten blockiert worden sei, offensichtlich wegen einem Link zur Internetseite eines Referendumkomitees. Bei weiteren Versuchen sei die gleiche E-Mail an 20 persönlich bekannte Adressaten versendet worden. Bei vier Adressaten habe der Absender die Mitteilung erhalten, die E-Mail sei wegen „policy reasons“ oder „unsolicited content“ nicht zustellbar.

Art. 10 EMRK garantiere das Recht auf freie Kommunikation. E-Mails, die keine Viren enthielten, müssten von den Providern ausgeliefert werden. Würden sie von den Providern als Spam kategorisiert, dürften sie nur in der Betreffszeile zur weiteren Beurteilung durch den Adressaten als spamverdächtig markiert werden. Eine Ausfilterung verletze Art. 10 EMRK.

Der Staat als Konzessionär müsse dafür sorgen, dass die Internetbetreiber die freie Kommunikation nach Art. 10 EMRK gewährleisten würden. Komme es zu einer Behinderung, sei der Staat verantwortlich, weil er seine Aufsichtspflicht nicht wirksam wahrgenommen habe und es könne gegen ihn direkt auf Verletzung von Art. 10 EMRK geklagt werden.

Um an den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zu gelangen, werde von der ComCom ein beschwerdefähiger, mit einer Rechtsmittelbelehrung versehener Entscheid verlangt.

B.

Die ComCom überwies die Beschwerde am 20. August 2008 zuständigkeithalber an das BAKOM.

C.

Am 27. August 2008 forderte das BAKOM die Beschwerdeführer auf, mitzuteilen, ob ihre Eingabe als Aufsichtsanzeige an das BAKOM (gerichtet gegen die Anbieterinnen von Fernmeldediensten) oder als Aufsichtsanzeige an das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK; gerichtet gegen die Aufsichtstätigkeit des BAKOM) zu verstehen sei.

D.

Die Beschwerdeführer teilten dem BAKOM am 31. August 2008 mit, es werde die Behandlung der Beschwerde durch das BAKOM verlangt.

E.

Mit einem ausdrücklich nicht als Verfügung qualifizierten Schreiben vom 3. September 2008 teilte das BAKOM den Beschwerdeführern mit, ein Recht zur Beschwerde über Provider beim BAKOM verbunden mit einem Anspruch auf Durchsetzung privater Rechte sei im schweizerischen Recht nicht vorgesehen. Die Eingabe werde deshalb als Aufsichtsanzeige entgegen genommen. Im Aufsichtsverfahren hätten die Anzeiger keine Parteirechte. Ihre Rechte gegenüber den Providern müssten sie auf dem Rechtsweg vor Gericht durchsetzen.

F.

Am 4. Oktober 2008 gelangten die Beschwerdeführer an das UVEK. In ihrer als Beschwerde bezeichneten Eingabe wiederholen sie das am 17. August 2008 vor der ComCom Ausgeführte. Zusätzlich halten sie fest, das BAKOM habe mit der Weigerung, einen förmlichen Entscheid zu fällen, ihnen Parteirechte einzuräumen und eine Rechtsmittelbelehrung zu erteilen, ihr Recht auf wirksame Beschwerde und damit Art. 13 EMRK verletzt. Verlangt werde ein beschwerdefähiger, mit einer Rechtsmittelbelehrung versehener Entscheid, um den nationalen Instanzenzug ausschöpfen zu können.

G.

Das UVEK überwies die Beschwerde am 10. Oktober 2008 zuständigkeithalber an das Bundesverwaltungsgericht.

H.

Mit Vernehmlassung vom 17. November 2008 beantragt das BAKOM (Vorinstanz) die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

Vorliegend seien E-Mails von Vertretern des Referendumskomitees gegen biometrische Schweizer Pässe und Identitätskarten zum Teil nicht bis zu den Empfängern gelangt, sondern von den Anbieterinnen von Fernmeldedienstleistungen oder E-Mailkonten als Spam ausgefiltert worden. Auf Aufforderung hin habe das BAKOM die fraglichen Unternehmungen daran erinnert, dass politische Werbung nicht den Regeln des unlauteren Wettbewerbs unterliege und diese gebeten, mitzuteilen, ob sie diese Ansicht teilten. Weiter habe sie von ihnen Auskunft darüber verlangt, warum E-Mails die Empfänger nicht erreicht hätten. Die kontaktierten Anbieterinnen hätten die erforderlichen Massnahmen ergriffen und es sei nun sichergestellt, dass die E-Mails des Referendumskomitees bis zu ihren Empfängern gelangen könnten. Die Meldung der Beschwerdeführer sei als Aufsichtsanzeige entgegen genommen worden. Ihnen seien im Aufsichtsverfahren keine Parteirechte eingeräumt worden.

Auf den Erlass einer Verfügung sei verzichtet worden, weil kein entsprechender Anspruch bestehe. Denn über das Aufsichtsverfahren hinaus sehe weder das Fernmelderecht noch sonst das öffentliche Recht des Bundes vor, dass Private im Zusammenhang mit fernmeldetechnischen Übertragungen die Durchsetzung ihrer eigenen Rechte vor dem BAKOM gegenüber Dritten verlangen könnten. Vorliegend gehe es um die Durchsetzung vertraglicher Ansprüche, wofür die Zivilgerichte zuständig seien. Auch die Beurteilung des im Fernmelderecht enthaltenen Straftatbestandes der Unterdrückung von Informationen erfolge durch die kantonalen Strafverfolgungsbehörden. Die Beschwerdeführer seien auf die Rechtslage hingewiesen worden und für das BAKOM habe über die Einleitung eines Aufsichtsverfahrens hinaus kein Anlass bestanden, tätig zu werden oder eine Verfügung zu erlassen.

Auch aus Art. 10 EMRK folge kein Anspruch auf Erlass der verlangten Verfügung. Denn eine entsprechende positive Schutzpflicht des Staates bestehe nach der Rechtsprechung nur bei Übergriffen durch Private, die einen gewissen Schweregrad, vergleichbar einer drohenden Ermordung, erreichten. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Zudem habe sich auf Grund der Abklärungen im Rahmen des Aufsichtsverfahrens

ergeben, dass sich die Filterung wohl kaum gegen die politische Äusserung des Referendumskomitees gerichtet habe, sondern auf Grund abstrakter Filterkriterien im Rahmen der gesetzlich geforderten Spambekämpfung erfolgt sei. In diesem Zusammenhang geht das BAKOM ausführlich auf die Vorgehensweise bei der automatisierten Spambekämpfung im Allgemeinen, deren Bedeutung und die Ergebnisse seiner Abklärungen bei den Dienstanbieterinnen ein. Weiter folgert es, wegen der fehlenden Schwere des Übergriffs, mangels Absicht der Anbieterinnen und weil die Zustellung mittlerweile sichergestellt sei, könne eine Verletzung von Art. 10 EMRK nicht ernstlich in Frage stehen. Da das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK nur im Zusammenhang mit einer anderen Konventionsverletzung geltend gemacht werden könne, lasse sich auch daraus kein Anspruch auf Erlass der verlangten Verfügung ableiten.

I.

Die Beschwerdeführer replizierten am 20. November 2008 und – nachdem sie für die Einsichtnahme in die Verfahrensakten vorübergehend einen Rechtsvertreter beigezogen hatten – ergänzend am 14. Dezember 2008. Sie halten an einer Verletzung von Art. 10 und 13 EMRK fest, weil die fraglichen E-Mails bis heute nicht zugestellt, sondern offensichtlich vernichtet worden seien. Die Konsequenz müsse nach der Rechtsprechung die förmliche Feststellung der Konventionsverletzung sein und die Sache dürfe nicht in einem Geheimverfahren erledigt werden. Weiter unterliege die Pflicht, zu überwachen, ob die Provider bei der Nutzung der Konzessionen auch das Menschenrecht der freien Kommunikation gewährleisten würden, nicht der Zivilgerichtsbarkeit, sondern sei Aufgabe des BAKOM. Dieses dürfe es nicht dabei bewenden lassen, die Provider an ihre Pflichten lediglich zu erinnern. Die Frage der Drittwirkung der Menschenrechte stelle sich gar nicht, da es sich nicht um eine privatrechtliche Angelegenheit handle, sondern der Staat via Konzession für die Einhaltung der Rechte zu sorgen habe. Zusätzlich beantragten die Beschwerdeführer für den Fall, dass sich das Bundesverwaltungsgericht als nicht zuständig erachten sollte, die Rückweisung der Sache mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz.

In ihrer ergänzenden Eingabe rügen die Beschwerdeführer darüber hinaus, das von der Vorinstanz dokumentierte Aufsichtsverfahren habe sich gar nicht auf die von ihnen angezeigten Vorkommnisse, sondern auf Meldungen eines Dritten, des Referendumskomitees, bezogen. Mit

der Verschleierung der verschiedenen Parteien sei ihnen verunmöglicht worden, ihren Anspruch auf rechtliches Gehör adäquat wahrzunehmen. Auch seien die in ihrem Fall involvierten Provider Cablecom und green.ch nicht oder nicht vollständig über ihren Fall dokumentiert ins Aufsichtsverfahren einbezogen worden. Zudem verlangen die Beschwerdeführer, es sei aufzuklären, wer versucht habe, der Öffentlichkeit unter dem Deckmantel der Spambekämpfung Informationen über ein laufendes Referendum vorzuenthalten, sei es doch fraglich, ob die Zensur ohne menschliches Zutun erfolgt sei. Erstaunlich sei, dass gemäss weiteren Versuchen ein grosser internationaler und zwei kleine Schweizer Provider die fraglichen E-Mails weder zensuriert noch als Spam behandelt hätten. Das BAKOM müsse somit von allen Providern eine zensurfreie Verarbeitung der E-Mails verlangen.

J.

Am 13. Januar 2009 teilten die Beschwerdeführer mit, der Schriftverkehr sei wieder direkt an sie zu richten und nicht mehr an ihren Rechtsvertreter.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft von Amtes wegen, ob es zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig ist.

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).

1.1.1 Eine Verfügung liegt vor bei einer hoheitlichen, individuell-konkreten, auf Rechtswirkungen ausgerichteten und verbindlichen Anordnung einer Behörde, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützt, oder bei einer autoritativen und individuell-konkreten Feststellung bestehender Rechte oder Pflichten (Art. 5 Abs. 1 VwVG; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 854 ff.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 28 Rz. 17).

1.1.2 Verfügungen sind den Parteien schriftlich zu eröffnen (Art. 34 VwVG). Sie sind, auch wenn sie in Briefform ergehen, als solche zu bezeichnen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Aus mangelhafter Eröffnung darf den Parteien kein Nachteil erwachsen (Art. 38 VwVG).

1.1.3 Im Falle von Unklarheiten über den Verfügungscharakter eines Schreibens ist nicht massgebend, ob die Verwaltungshandlung als Verfügung gekennzeichnet ist oder den gesetzlichen Formvorschriften für eine Verfügung entspricht, sondern ob die Strukturmerkmale einer Verfügung vorhanden sind (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 29 Rz. 3). Eine anfechtbare Verfügung liegt selbst dann vor, wenn die Vorinstanz es wegen Fehlens von Prozessvoraussetzungen ausdrücklich ablehnt, auf ein Gesuch einzutreten (ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl., Zürich 1998, S. 255).

1.1.4 Die Beschwerdeführenden haben von der Vorinstanz die Feststellung verlangt, ihr auf Art. 10 EMRK abgestütztes Recht auf freie Kommunikation sei dadurch verletzt worden, dass Anbieterinnen von Fernmeldediensten E-Mails auf Grund ihres politischen Inhalts nicht zugestellt bzw. als Spam behandelt hätten. Weiter beantragten sie, ihr Begehren sei in einem förmlichen Beschwerdeverfahren, in welchem ihnen Parteirechte zuständen, zu behandeln, es sei ein beschwerdefähiger Entscheid zu erlassen und sie seien über die Rechtsmittel zu belehren.

Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführern mitgeteilt, ihre Eingabe werde bloss als Aufsichtsanzeige entgegen genommen, denn sie verfügten vor dem BAKOM über kein Beschwerderecht gegen Provider zur Durchsetzung von privaten Rechten. Weiter hat es festgehalten, diese Mitteilung könne nicht als Verfügung qualifiziert werden.

1.1.5 Die Vorinstanz hat somit den Beschwerdeführern das Recht abgesprochen, die von ihnen geltend gemachten Ansprüche gegenüber Fernmeldediensteanbieterinnen in einem förmlichen Verwaltungsverfahren durchzusetzen. Weiter hat sie sich ausdrücklich geweigert, hierüber eine Verfügung zu erlassen. Auch wenn das Schreiben der Vorinstanz vom 3. September 2008 trotz fehlender Anforderungen gemäss Art. 35 VwVG Merkmale einer Verfügung aufweist, indem sinngemäss über die Rechte der Beschwerdeführer befunden wurde, kann darin

keine Verfügung gesehen werden. Einer solchen Annahme steht die klare Willensäusserung der Vorinstanz entgegen, welche sich trotz unmissverständlicher Aufforderung der Beschwerdeführer geweigert hat, in dieser Sache zu verfügen, indem sie auf das Gesuch ausdrücklich nicht eingetreten ist (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 2C_245/2007 vom 10. Oktober 2007 E. 3.1, Urteil des Bundesverwaltungsgericht A-2723/2007 vom 30. Januar 2008 E. 1.1).

1.2 Damit liegt keine anfechtbare Verfügung vor. Davon sind auch die Beschwerdeführer ausgegangen, machen sie mit ihrer Beschwerde doch eine Rechtsverweigerung geltend.

1.3 Nach Art. 46a VwVG kann gegen das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung ebenfalls Beschwerde geführt werden. Beschwerdeinstanz ist jene Behörde, die zuständig wäre, wenn die Verfügung ordnungsgemäss ergangen wäre (Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege, BBl 2001 4408; vgl. auch ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 5.18 mit Hinweisen). Die Vorinstanz gehört zu den Behörden nach Art. 33 VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht (Art. 32 VGG), ist nicht gegeben. Das Bundesverwaltungsgericht ist deshalb zuständig für die Beurteilung der Rechtsverweigerungsbeschwerde gegen die Vorinstanz.

2.

Voraussetzung für eine Rechtsverweigerungsbeschwerde ist, dass die Rechtssuchenden zuvor ein Begehren auf Erlass einer Verfügung bei der zuständigen Behörde gestellt haben und ein Anspruch auf Erlass einer solchen Verfügung besteht (KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 255; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 5.20). Ein solcher Anspruch besteht dann, wenn einerseits eine Behörde nach dem anzuwendenden Recht verpflichtet ist, in Verfügungsform zu handeln, und wenn andererseits die gesuchstellende Person nach Art. 6 i.V.m. Art. 48 Abs. 1 VwVG Parteistellung beanspruchen kann (KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 78, S. 255). Fehlt es einer Person, welche ausdrücklich den Erlass einer Verfügung verlangt hat, an der Parteieigenschaft, hat die Behörde eine anfechtbare Nichteintretensverfügung zu erlassen (vgl. zum Ganzen BGE 130 II 521 E. 2.5 mit Hinweisen). Wenn eine Behörde der Ansicht ist, dass sie für den Erlass einer Verfügung nicht zuständig sei, darf sie ebenfalls nicht untätig bleiben. Zunächst hat sie in einem solchen Fall zu

prüfen, ob die Sache an die zuständige Behörde überwiesen werden kann (Art. 8 Abs. 2 VwVG). Wenn die gesuchstellende Person ausdrücklich den Erlass einer Verfügung verlangt hat, hat die Behörde einen Nichteintretensentscheid zu fällen und ihre Unzuständigkeit festzustellen (Art. 9 Abs. 2 VwVG; vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesverwaltungsgericht A-2723/2007 vom 30. Januar 2008 E. 3; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.2).

2.1 Vorliegend haben die Beschwerdeführer in ihrer Eingabe vom 18. August 2008 an die ComCom ausdrücklich den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangt. Nach Überweisung dieser Eingabe an die Vorinstanz haben die Beschwerdeführer auf deren Anfrage hin am 31. August 2008 zu erkennen gegeben, dass sie weiterhin daran festhalten. Damit wäre die Vorinstanz nach Art. 9 Abs. 2 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 Bst. b VwVG verpflichtet gewesen, über die nach ihrer Meinung bestehende Unzuständigkeit bzw. die fehlende Parteistellung der Beschwerdeführer eine formelle Verfügung zu erlassen. Indem sie dies unterlassen hat, hat sie eine unrechtmässige Rechtsverweigerung begangen. Soweit die Beschwerdeführer rügen, die Vorinstanz hätte eine mit einer Rechtsmittelbelehrung versehene, anfechtbare Verfügung erlassen müssen, ist ihre Beschwerde daher gutzuheissen.

2.2 Bei Gutheissung einer Rechtsverweigerungsbeschwerde ist die Sache grundsätzlich mit der Anweisung, darüber zu entscheiden, an die Vorinstanz zurückzuweisen (KÖLZ/HÄNER, a.a.O., S. 255). Mit diesem Vorgehen wird für die Beschwerdeführenden der Instanzenzug gewahrt, indem gegen den Entscheid der Vorinstanz wiederum Beschwerde geführt werden kann (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 5.25). Bei Vorliegen besonderer Gründe kann auf die Rückweisung aus prozessökonomischen Gründen ausnahmsweise verzichtet werden. Von einem solchen Ausnahmefall ist dann auszugehen, wenn sich die Vorinstanz gemäss ihrer Vernehmlassung als unzuständig und die Parteistellung der Beschwerdeführenden als nicht gegeben erachtet, dies begründet, der Beschwerdeführer sich dazu äussern konnte und er selber, trotz Rüge einer Rechtsverweigerung nicht etwa die Rückweisung an die Vorinstanz zum Erlass einer (formellen) Verfügung verlangt, sondern eine materielle Auseinandersetzung mit seinen Anliegen beantragt (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgericht A-2723/2007 vom 30. Januar 2008 E. 4.2). Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt, weshalb auf eine Rückweisung zu verzichten und nachfolgend zu prüfen ist, ob die Vorinstanz nach dem anwendbaren Recht ver-

pflichtet gewesen wäre, auf die Begehren der Beschwerdeführer – Feststellung einer Verletzung von Art. 10 EMRK durch die Nichtzustellung von E-Mails – einzutreten und diese materiell zu behandeln.

3.

E-Mail-Verkehr über Internet gilt als fernmeldetechnische Übertragung von Informationen (Art. 2 und Art. 3 Bst. c des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 [FMG, SR 784.10]). Dienste von Providern (Anbieter von Internetdiensten) werden den Fernmeldediensten zugeordnet und fallen unter das Fernmeldegesetz (BGE 126 I 50 E. 2a und 6a; vgl. auch Beschwerdeentscheid der Rekurskommission UVEK J-2003-162 vom 27. April 2004 E. 5.1). Datenübertragungsdienste und damit auch E-Mail-Verkehr gelten als Dienste der Grundversorgung (Art. 15 Abs. 1 Bst. d der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste [FDV, SR 784.101.1]). Um Fernmeldedienste aus dem Bereich der Grundversorgung erbringen zu können, muss die Anbieterin über eine Konzession der ComCom verfügen (Art. 14 FMG). Die Einhaltung der Konzession wird vom BAKOM überwacht (Art. 58 FMG).

3.1 Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssen ihre Kundinnen und Kunden vor dem Erhalt unlauterer Massenwerbung im Sinne von Art. 3 Bst. o des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 über den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) schützen, soweit es der Stand der Technik zulässt. Sie dürfen solche Werbung unterdrücken (Art. 45a Abs. 1 FMG i.V.m. Art. 83 Abs. 1 und 2 FDV).

3.2 Gemäss Darstellung der Beschwerdeführer wurden E-Mails, die sie an ihnen persönlich bekannte Einzelpersonen verschicken wollten, nicht zugestellt. Mit ihrer Eingabe bei der Vorinstanz verlangen sie die Feststellung einer Rechtsverletzung. Ob die Voraussetzungen für den Erlass einer solchen Feststellungsverfügung (Art. 25 VwVG) gegeben sind, kann einstweilen offen bleiben. Vorerst ist zu prüfen, ob überhaupt die Beschwerdeführer in einem Verwaltungsverfahren Rechte gegenüber den aus ihrer Sicht verantwortlichen Provider geltend machen können.

3.3 Wie die Vorinstanz richtig festgestellt hat, besteht keine Rechtsgrundlage für die Anrufung und Durchsetzung solcher privater Rechte in einem Bundesverwaltungsverfahren. Privaten steht in solchen Fällen einzig die Möglichkeit offen, Missstände der Aufsichtsbehörde anzuzeigen und – falls diese aus ihrer Sicht nicht oder nicht ausreichend tätig wird – Aufsichtsbeschwerde bei der hierarchisch übergeordneten Be-

hörde, hier dem UVEK, einzureichen, wobei dem Anzeiger von Gesetzes wegen im Verfahren keine Parteirechte zustehen (Art. 71 Abs. 1 und 2 VwVG). Im Übrigen sind auch für die Verfolgung der strafrechtlich relevanten Unterdrückung von Informationen bei der Erfüllung fernmeldedienstlicher Aufgaben (Art. 49 Abs. 1 Bst. a FMG) die kantonalen Strafbehörden zuständig (e contrario Art. 55 Abs. 1 FMG).

3.4 Was die Abklärungen der Vorinstanz bei den Providern und deren Stellungnahmen betrifft, so sind diese im Rahmen eines Aufsichtsverfahrens erfolgt, über welches, wie soeben ausgeführt, nicht beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden kann. Damit ist auf die diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführer und auch ihre Behauptung, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden, weil die Vorinstanz verschleiert habe, dass sie die Untersuchung gar nicht im Zusammenhang mit ihren Vorkommnissen, sondern mit der Anzeige Dritter eingeleitet und durchgeführt habe, hier nicht weiter einzugehen (vgl. aber E. 4.6).

3.5 Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführer keinen Anspruch auf Erlass einer materiellen Verfügung durch die Vorinstanz geltend machen können, weil diese nicht zuständig ist, über die von ihnen angerufenen Rechte gegenüber Providern in einem förmlichen Verwaltungsverfahren zu entscheiden. Die Vorinstanz hat sich damit zu Recht nicht mit den Anträgen der Beschwerdeführer inhaltlich befasst und sie musste ihnen deshalb auch keine Parteirechte zuerkennen. Allerdings hätte sie über ihre Unzuständigkeit und die fehlenden Parteirechte förmlich entscheiden und das Nichteintreten begründen müssen (vgl. E. 2.1). Insoweit ist die Rechtsverweigerungsbeschwerde gutzuheissen, im Übrigen ist sie abzuweisen.

4.

Die Beschwerdeführer wenden nun ein, sie hätten gestützt auf Art. 13 EMRK Anspruch auf eine wirksame Beschwerde und deshalb hätte die Vorinstanz ihre Beschwerde behandeln müssen.

4.1 Mit dieser Argumentation übersehen die Beschwerdeführer, dass ihr Verhältnis mit dem Provider privatrechtlich geregelt ist in einem Vertrag zwischen ihnen als Kunden und dem Provider als Dienstleistungserbringer. Soweit die Filterung als Spam bzw. unterlassene Weiterleitung der E-Mail im Sendesystem ihres Providers erfolgt ist, steht den Beschwerdeführern die Möglichkeit offen, allfällige vertragliche Ansprüche vor dem zuständigen kantonalen Zivilgericht durchzusetzen.

Sollte die E-Mail im Spamfilter des Empfangsproviders hängen geblieben sein, stände dem E-Mail-Adressaten die Möglichkeit offen, gegen diesen zivilrechtlich vorzugehen.

Selbst für den Fall, dass den Beschwerdeführern über die kantonalen Zivilgerichte kein wirksamer Beschwerdeweg für ihr Anliegen offen stehen sollte und ihr Anliegen vorliegend zu prüfen wäre, könnte ihrem Ansinnen auf Feststellung einer Verletzung von Art. 10 EMRK im vorliegenden Verfahren aus folgenden Überlegungen nicht gefolgt werden:

4.2 Nach Art. 13 EMRK hat eine Person, welche in ihren von der Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist, das Recht auf eine wirksame Beschwerde. Art 13 EMRK ist akzessorischer Natur und räumt eine wirksame Beschwerde nicht selbstständig, sondern bloss im Zusammenhang mit einer vertretbaren Behauptung einer Konventionsverletzung („arguable claim“) ein (EGMR, *Kudła gegen Polen*, Urteil vom 26. Oktober 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-XI, Ziff. 157; BGE 130 I 369 E. 7.1; Urteil des Bundesverwaltungsgericht A-2723/2007 vom 30. Januar 2008 E. 8.1).

4.3 Die Beschwerdeführenden rufen zusätzlich das Recht auf freie Meinungsäusserung gemäss Art. 10 EMRK an. Zwar umfasst dieses Grundrecht gemäss Wortlaut auch die Freiheit, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. Bei Art. 10 EMRK geht es allerdings um den Schutz der Massenkommunikation. Das Versenden und Empfangen von elektronischen Nachrichten wie E-Mails fällt hingegen in den Schutzbereich von Art. 8 EMRK. Der darin enthaltene Schutzzweck der Korrespondenzfreiheit umfasst die nicht-öffentliche Mitteilung von einer Person zu einer anderen, mithin die Individualkommunikation (THILO MARAUHN, Kommunikationsgrundrechte, in: Dirk Ehlers [Hrsg.], Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl., Berlin 2005, S. 100 Rz. 22). Dazu gehört auch die Kommunikation über E-Mail (ROBERT UERPMANN-WITTZACK, in: Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, a.a.O., S. 65 Rz. 6; vgl. auch CHRISTOPH GRABENWARTER, Europäische Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., Wien 2005, S. 188 Rz. 24).

4.4 Vorliegend beanspruchen die Beschwerdeführer staatlichen Schutz vor bzw. behördliche Massnahmen gegen Eingriffe von (privaten) Providern in ihre Rechtssphäre. Der wesentliche Zweck von Art. 8

EMRK besteht darin, den Einzelnen gegen willkürliche Eingriffe der öffentlichen Gewalt zu schützen. Zu dieser vorwiegend negativen Verpflichtung können positive Handlungs- bzw. Schutzpflichten des Staates („positive duties“) hinzutreten, sodass ein Staat unter Umständen verpflichtet ist, Massnahmen zum Schutz betroffener Personen zu treffen (vgl. die im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2723/2007 vom 30. Januar 2008 E. 8.1 zitierte Lehre und Rechtsprechung). Der Umfang der Schutzpflicht hängt von den Umständen des Einzelfalles ab (DIRK EHLERS, in: Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, a.a.O., S. 34 Rz. 16). Erforderlich ist eine Abwägung zwischen dem Schutzinteresse einerseits und sonstigen legitimen staatlichen Interessen andererseits, wobei insbesondere die in Art. 8 Abs. 2 EMRK genannten Ziele legitim sind (ROBERT UERPMANN-WITZACK, a.a.O., S. 72 Rz. 27; GRABENWARTER, a.a.O., S. 205 Rz. 53 mit Hinweisen). Bei der Wahl der Massnahmen ist dem Staat ein grosser Ermessensspielraum zuzugestehen (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2723/2007 vom 30. Januar 2008 E. 8.5 mit Hinweisen).

Nach Art. 8 Abs. 2 EMRK sind Grundrechtsbeschränkungen erlaubt, soweit der Eingriff gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

4.5 Die Provider sind gesetzlich verpflichtet, Vorkehrungen zum Schutz ihrer Kunden vor dem Erhalt unlauterer Massenwerbung zu treffen (Art. 45a Abs. 1 FMG und Art. 83 Abs.1 und 2 FDV i.V.m. Art. 3 Bst. o UWG). Darunter fällt auch der massenweise Versand nicht angeforderter E-Mail-Werbung (so genannter „Spam“). Diese Art von Werbung hat ein Ausmass angenommen, das für die Mehrheit der Empfänger nicht mehr akzeptabel ist. Ihre ungehinderte Verbreitung würde nicht nur die Brauchbarkeit der elektronischen Kommunikationsmittel bedrohen, sondern auch Produktionsverluste und damit weltweit Kosten in Milliardenhöhe verursachen, die durch das Herunterladen und Säubern des elektronischen Postfaches entstehen (vgl. Botschaft vom 12. November 2003 zur Änderung des FMG, BBI 2003 7951 S. 7991; ausführlich VPB 69.106 E. 2.1; ANDREAS DUDLI, Spamming in der Schweiz – Rechtslage und ungelöste Probleme; sic! 2007 563, S. 564).

4.5.1 Als Schutzmöglichkeit gegen Spam-E-Mails stehen Benutzern und Providern so genannte Filter-Programme zur Verfügung. Diese sortieren – je nach Art des Programms – automatisch eingehende E-Mails anhand der Absenderkennung, deren Inhalts, des Programms, mit dem sie geschrieben worden sind, sowie weiterer Kriterien aus und entsorgen gegebenenfalls die nach den jeweiligen Kriterien verdächtigen E-Mails. Problematisch ist, dass an sich erwünschte E-Mails ebenfalls "Opfer" eines solchen Filterprogrammes werden können und gelöscht werden (OLIVER ARTER, Lauterkeitsrechtliche Aspekte von Werbung mittels E-Mail, Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2004 1067, S. 1069; DUDLI, a.a.O., S. 577 mit Hinweisen). Die Suche nach der optimalsten Filtertechnik ist schwierig, wobei dem Bestreben, unter keinen Umständen erwünschte Nachrichten zu löschen, Vorrang zukommen sollte (DUDLI, a.a.O., S. 577).

4.5.2 In ihrer Vernehmlassung ist die Vorinstanz ausführlich auf das System der Spambekämpfung eingegangen. Dabei hat sie nachvollziehbar aufgezeigt, dass zwar für die Nutzenden häufig die Möglichkeit besteht, die Sicherheitsstufen des Spam-Filters individuell festzulegen oder Spam-verdächtige E-Mails in einem separaten Spam-Ordner entgegenzunehmen, aber zum Teil bereits früher aus übergeordneten Sicherheitsinteressen eine Ausfilterung erfolgt. Damit wird verhindert, dass womöglich gefährliche Nachrichten, die Viren enthalten oder auf Internetseiten verweisen könnten, die mit Viren infiziert sind, Schaden anrichten. Zudem würde die Last der zu übertragenden Nachrichten beträchtlich anwachsen, wenn alle als Spam erkannten Nachrichten dennoch an den Provider des Empfängerkontos weitergeleitet würden. Weiter ist mit der Vorinstanz einig zu gehen, dass selbst die ausgeklügeltste Filtertechnik nicht verhindern kann, dass vereinzelt nicht kommerzielle Werbung ebenfalls aussortiert wird bzw. trotzdem unerwünschte Werbung in den elektronischen Briefkasten gelangt. Dies entspricht auch der allgemeinen Lebenserfahrung (vgl. im Übrigen auch Ziff. 4 der Antwort des Bundesrates vom 19. November 2008 auf die von den Beschwerdeführern erwähnte Interpellation 08.3504 vom 22. September 2008 des Nationalrates Oskar Freysinger).

4.6 Vorliegend ist unbestritten, dass es sich bei den fraglichen E-Mails nicht um unlautere Massenwerbung handelt, diese aber dennoch im Zusammenhang mit der Spambekämpfung den Empfängern nicht zugegangen sind. Die Behauptung der Beschwerdeführer, grössere Schweizer Provider hätten gezielt ihre E-Mails auf Grund ihres politi-

schen Inhalts abgefangen, stellt eine durch nichts belegte, unhaltbare Vermutung dar. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Ausfilterung der fraglichen E-Mails unabsichtlich im Rahmen der gesetzlichen Pflicht der Spambekämpfung erfolgt ist. Der Umstand, dass vorliegend nicht alle E-Mails der Beschwerdeführer ausgefiltert worden sind, beweist, dass insoweit kein Systemfehler vorliegt. Zwar dürfte davon auszugehen sein, dass die unterbliebene Zustellung der fraglichen E-Mails das in Art. 8 EMRK garantierte Grundrecht der Beschwerdeführer tangiert hat. Unter Berücksichtigung der gesetzlichen Pflicht zur Bekämpfung von unerwünschter Werbung per E-Mail, den Schwierigkeiten, möglichst effiziente und nur auf Spam zugeschnittene Filterregeln zu definieren und dem öffentlichen Interesse, Spam möglichst umfassend zu unterbinden, vermögen die Partikularinteressen der Beschwerdeführer, dass nicht nur die Mehrheit, sondern alle ihrer E-Mails den Empfänger hätten erreichen sollen, allerdings keine staatliche Schutzpflicht gestützt auf Art. 8 EMRK auszulösen.

Ohnehin ist zu berücksichtigen, dass die Vorinstanz nach Kenntnis der Vorgänge umgehend mit einigen Providern Kontakt aufgenommen und diese in der Folge, soweit notwendig, Massnahmen getroffen haben (Ergänzung der sog. Whitelist der Spamfilter für E-Mails von freiheitskampagne.ch), um eine Zustellung aller E-Mails zumindest für den Rest der Kampagne des Referendumskomitees zu gewährleisten. Diese Massnahme war allerdings auch mit der Gefahr verbunden, dass die Sicherheitslücke durch Versender von Spam missbraucht werden konnte. Weil gemäss glaubwürdigen Ausführungen der Vorinstanz die Gründe für die Ausfilterung im Nachhinein – wenn überhaupt – nur mit unverhältnismässig grossem Aufwand eruierbar wären, blieb offen, mit welchen Massnahmen die Beschwerdeführer selber eine ungehinderte Zustellung hätten erreichen können. Weiter ist in Betracht zu ziehen, dass die fraglichen E-Mails – auch wenn sie im Rahmen der Filterung automatisch gelöscht wurden – nach wie vor im Postfach der Absender vorhanden sein sollten und somit erneut verschickt werden könnten. Schliesslich behaupten die Beschwerdeführer nicht, dass ihr E-Mail-Verkehr trotz den Massnahmen der Vorinstanz, die zwar offenbar nicht direkt im Zusammenhang mit der Meldung der Beschwerdeführer, sondern jener des Referendumskomitees standen, weiterhin eingeschränkt sei. Selbst im Falle der Bejahung einer Schutzpflicht könnten somit die Beschwerdeführer über die getroffenen Massnahmen hinaus keine weiteren staatlichen Massnahmen gestützt auf Art. 8 EMRK verlangen.

Bei dieser Sach- und Rechtslage kann offen bleiben, wieweit die Beschwerdeführer überhaupt noch über ein aktuelles Rechtsschutzinteresse verfügen, ist doch das Referendum in der Zwischenzeit zustande gekommen (BBI 2008 8606). Zudem behaupten die Beschwerdeführer nicht, eine Zustellung der fraglichen E-Mails sei weiterhin nicht möglich.

4.7 Damit wäre auf die behauptete Verletzung von Art. 10 EMRK nicht einzutreten und eine Verletzung von Art. 8 EMRK zu verneinen. Die Beschwerdeführer vermögen somit keinen Anspruch auf eine wirksame Beschwerde nach Art. 13 EMRK geltend zu machen, so dass ihnen der Rechtsweg in einem Verwaltungsverfahren geöffnet werden müsste.

5.

Das Bundesverwaltungsgericht auferlegt die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei, ausnahmsweise können sie ihr erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Entsprechend dem Verfahrensausgang gelten die Beschwerdeführer als in der Sache unterliegende Partei, die nur in einem Nebenpunkt, der Weigerung der Vorinstanz, eine Verfügung zu erlassen, obsiegen. Diese Unterlassung der Vorinstanz ist nicht den Beschwerdeführern anzurechnen, weshalb ihnen die Verfahrenskosten ausnahmsweise ganz zu erlassen sind (vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2723/2007 vom 30. Januar 2008 E. 10).

6.

Den Beschwerdeführern, die sich nur für die Einsichtnahme in die Vorakten vertreten liessen, die nachfolgende Replik hingegen wieder in eigenem Namen verfassten, steht trotz ihres teilweisen Obsiegens angesichts des geringen Aufwands ihres vorübergehenden Rechtsvertreters keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird insofern gutgeheissen, als die Beschwerdeführer rügen, die Vorinstanz hätte über ihre Zuständigkeit und die Frage der Parteistellung mit Verfügung entscheiden müssen. Im Übrigen wird die Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist, abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.- wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu haben die Beschwerdeführer dem Bundesverwaltungsgericht einen Einzahlungsschein zuzustellen oder ihre Kontonummer bekannt zu geben.

3.

Den Beschwerdeführern wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. G1000209764; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Beat Forster

Mia Fuchs

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: