

Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-3323/2007 dik/eim
{T 0/2}

Urteil vom 17. Oktober 2007

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz), Richterin Florence Aubry Girardin, Richter André Moser,
Gerichtsschreiberin Michelle Eichenberger.

Parteien

A. _____ AG
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Kommunikation (BAKOM),
Vorinstanz.

Gegenstand

Nummernwiderruf.

Sachverhalt:**A.**

Das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) teilte der A._____ AG mit Verfügungen vom 22. und 30. Mai 2006 insgesamt 50 Einzelnummern (Nummern) zu. Hiervon nahm diese die Nummern 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx und 0901 xxxxxx in Gebrauch. Die übrigen 30 Nummern wurden vom BAKOM mit Verfügungen vom 18. und 26. November 2006 infolge Nichtgebrauchs widerrufen.

B.

Die in Betrieb genommenen Nummern nutzte die A._____ AG in der Folge für eine Gewinncodeabfrage bzw. ein Gewinnversprechen. Hierbei wurden zufällig aus dem öffentlichen Telefonverzeichnis (Twix Tel) ausgewählte Personen mittels automatischer Telefonanrufe kontaktiert und aufgefordert, noch gleichentags auf die in der Bandansage angegebene Einzelnummer (0901 xxxxxx) anzurufen, wenn sie den ihnen garantierten Gewinn erfahren bzw. einziehen wollten. Im Rahmen dieses Rückrufs stellte die Bandansage der anrufenden Person einen sicheren Gewinn in Aussicht, wenn sie mittels Telefontastatur diverse Fragen beantworte und den Gewinncode sowie Name und Adresse angebe. Die zu beantwortenden Fragen standen in keinem direkten Zusammenhang mit dem versprochenen Gewinn.

C.

Nachdem beim BAKOM verschiedene Reklamationen von Konsumenten und Konsumentinnen eingegangen waren, die darauf hinwiesen, dass die der A._____ AG noch zugeteilten Nummern nicht gemäss den massgeblichen Bestimmungen für den Betrieb von Einzelnummern eingesetzt werden, führte das BAKOM am 3. und 7. November 2006, am 29. Januar 2007 und am 26. März 2007 Testanrufe auf diese Nummern durch. Da es dabei verschiedene Unregelmässigkeiten feststellte, eröffnete es mit Schreiben vom 2. Februar 2007 ein Nummernwiderrufsverfahren gegen die A._____ AG. Das BAKOM forderte diese auf, sich schriftlich zum Sachverhalt sowie zu seinen rechtlichen Erwägungen zu äussern, den Nachweis zu erbringen, dass mit dem Betrieb der fraglichen Nummern keine Verletzung der Nutzungsbestimmungen stattgefunden habe bzw. diese behoben worden sei und keine

mutmassliche Verletzung des geltenden Rechts vorliege. Ansonsten würden die betroffenen Nummern widerrufen. Die A._____ AG kam dieser Aufforderung mit Schreiben vom 15. Februar 2007 und 22. März 2007 nach. Sie ersuchte darin um Einstellung des Nummernwiderrufsverfahrens, da weder ein substantieller Nachweis noch eine begründete Vermutung oder ein Verdacht bestehe, dass ihr Dienstangebot rechtswidrig sei.

D.

Mit Verfügung vom 29. März 2007 widerrief das BAKOM die Nummern 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx, 0901 xxxxxx und 0901 xxxxxx (Ziff. 1) und entzog einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung (Ziff. 2). Weiter wies es die Swisscom AG (Ziff. 3) und die TDC Switzerland AG (Ziff. 4) an, die widerrufenen Nummern ausser Betrieb zu nehmen. Die Verfahrenskosten wurden auf Fr. 5'200.- festgelegt und der A._____ AG zur Bezahlung auferlegt (Ziff. 5). Das BAKOM begründete den Widerruf damit, dass die Nutzung der der A._____ AG zugeteilten Nummern vermutungsweise gegen das Bundesgesetz vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG, SR 241) sowie gegen das Datenschutzgesetz (DSG, SR 235.1) verstosse. Eine anfänglich ebenfalls vermutete Verletzung der Nutzungsbedingungen wurde hingegen verneint. Die Einzelnummer 0901 xxxxxx widerrief das BAKOM nicht.

E.

Mit Eingabe vom 14. Mai 2007 führt die A._____ AG (Beschwerdeführerin) gegen die Widerrufsverfügung des BAKOM (Vorinstanz) vom 29. März 2007 beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde. Sie beantragt, das eröffnete Nummernwiderrufsverfahren sei in all seinen Punkten einzustellen und es sei keine Verwaltungsgebühr zu erheben. Auf Nachfrage der Instruktionsrichterin konkretisiert sie ihre Rechtsbegehren mit Stellungnahme vom 29. Mai 2007 insofern, als sie ausführt, das Nummernwiderrufsverfahren sei nur betreffend die verfügten Ziff. 1, 3 und 4 einzustellen und es sei keine Verwaltungsgebühr einzufordern. Auf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung verzichte sie hingegen.

Zur Begründung führt die Beschwerdeführerin zusammengefasst aus, die betroffenen Nummern seien gemäss der Zuteilungsverfügung und den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen für ein legales und transparentes Dienstangebot eingesetzt worden. Bereits vor der Androhung der Einleitung eines Widerrufsverfahrens durch die Vorinstanz habe sie ihr Dienstangebot nur noch mit einigen wenigen Nummern betrieben. Nach der Androhung vom 2. Februar 2007 habe sie den Dienst sogar komplett eingestellt. Gegen den von der Vorinstanz bei der Festsetzung der Verfahrenskosten in Rechnung gestellten Stundenansatz von Fr. 260. habe sie nichts einzuwenden, wohl aber gegen die Anzahl Stunden, die die Vorinstanz für die Erledigung ihres Falls offenbar aufgewendet habe.

F.

Die Vorinstanz beantragt mit Vernehmlassung vom 2. Juli 2007 die Abweisung der Beschwerde. Sie äussert sich zu den von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Beanstandungen, insbesondere zur Höhe der von ihr in Rechnung gestellten Verwaltungsgebühr.

G.

Mit Stellungnahme vom 7. September 2007 hält die Beschwerdeführerin an ihren Ausführungen gemäss Beschwerde fest. Auf entsprechende Fragen der Instruktionsrichterin führt sie zum einen aus, sie fechte sowohl den Nummernwiderruf als auch die Verfahrenskosten an. Zum anderen sei die Gewinncodeabfrage mit einer Erhebung verbunden worden, weil ihr Auftraggeber davon ausgegangen sei, dass sich ihre Anrufe an eine besondere Zielgruppe richte. Die fraglichen Nummern betreibe sie nicht weiter und die von der Vorinstanz nicht widerrufene Nummer sei stillgelegt. Schliesslich seien die Kündigungen an MKL/Telco und Swisscom AG nicht schriftlich ergangen, da dies nicht erforderlich gewesen sei. Zusätzlich macht die Beschwerdeführerin geltend, als Treuhandfirma habe sie auf dem Gebiet der Telekommunikation keine grossen Erfahrungen und Kenntnisse. Sie sei von erfahrenen Spezialisten und Unternehmen mit der Administration dieser Dienstleistung beauftragt worden. Weiter lege sie Beilagen bei, die beweisen würden, dass sie ihre Aktivitäten bereits im Februar 2007 eingestellt habe.

H.

Auf weitere Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Er-

wägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Sofern keine Ausnahme nach Art. 32 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) vorliegt, beurteilt das Bundesverwaltungsgericht gemäss Art. 31 VGG Beschwerden gegen Verfügungen im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 und 34 genannten Behörden. Da im Telekommunikationsbereich keine Ausnahme vorliegt und das BAKOM eine Behörde im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG ist, befindet das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich über die vorliegende Beschwerde gegen die Verfügung des BAKOM im Bereich des Nummernwiderrufs (vgl. aber nachfolgend E. 3). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

2.

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG befugt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Als Adressatin der angefochtenen, sie belastenden Verfügung erfüllt die Beschwerdeführerin diese Voraussetzungen. Die Frage, ob sie auch über ein aktuelles Interesse an der Beschwerdeführung verfügt, da sie geltend macht, sie habe ihre Aktivitäten bereits im Februar 2007 eingestellt und beabsichtige nicht, die betroffenen Nummern in identischer oder ähnlicher Weise wieder in Betrieb zu nehmen, kann vorliegend offen bleiben. Denn die Beschwerde richtet sich nicht nur gegen den Nummernwiderruf an sich, sondern auch gegen die von der Vorinstanz veranschlagten Verfahrenskosten. Folglich ist die Frage der Rechtmässigkeit des Nummernwiderrufs bzw. des damit zusammenhängenden Aufwands zumindest vorfrageweise so oder so zu überprüfen.

3.

Das Bundesverwaltungsgericht ist nicht zuständig, die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte allfällige Amtsverletzung durch die Vorinstanz zu beurteilen, die diese dadurch begangen haben soll, dass sie Informationen an Sunrise anstatt an MKL/Telco herausgege-

ben hat. Ebenso wenig ist es zur Beurteilung einer allfälligen Beleidigung, Nötigung, üblen Nachrede oder Verletzung der Persönlichkeit befugt, die die Beschwerdeführerin erlitten haben soll. Insofern ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

4.

Dass die Beschwerdeführerin bei der Verwendung der in Gebrauch genommenen Nummern die Nutzungsbedingungen gemäss Zuteilungsverfügung und die Vorschriften der Preisbekanntgabeverordnung vom 11. Dezember 1978 (PBV, SR 942.211) eingehalten hat, ist unbestritten. Der mit Verfügung vom 29. März 2007 angeordnete Widerruf der Nummern basiert denn auch nicht auf einer Verletzung dieser Vorschriften, weshalb nicht weiter darauf und auf die in diesem Zusammenhang von der Beschwerdeführerin vorgebrachte unrichtige Feststellung des Sachverhalts einzugehen ist. Diese Rügen gehen über den Streitgegenstand hinaus, der nicht mehr umfassen kann als das durch die Verfügung geregelte Rechtsverhältnis (ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage, Zürich 1998, Rz. 403). Streitig und nachfolgend zu prüfen ist deshalb nur, ob die Vorinstanz die zugeteilten Nummern zu Recht widerrufen hat und ob die der Beschwerdeführerin auferlegten Verfahrenskosten gerechtfertigt sind. Insofern ist auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten.

5.

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

6.

Einzel zugeteilte Nummern (sog. INA-Nummern [INA: Individual Number Allocation]) teilt die Vorinstanz nicht blockweise den Fernmeldedienstanbieterinnen (FDA), sondern einzeln und direkt den Benutzerinnen und Benutzern zu, wobei sie die Nutzung festlegt und die notwendigen technischen und administrativen Vorschriften erlässt (vgl. Art. 24b der Verordnung vom 6. Oktober 1997 über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich [AEFV, SR 784.104]). Bei den von der Vorinstanz widerrufenen Nummern der Kategorie 0901 xxxxxx handelt es sich gemäss Ziffer 2 der Technischen und administrativen

Vorschriften betreffend die Einzelnummerzuteilung des BAKOM vom 9. März 2007 (SR 784.101.113/2.10) um solche einzeln zugeteilte Nummern, die ausschliesslich für Dienstleistungen der Kategorie "Unterhaltung (Horoskop, "Plauderboxen", etc.), Spiele, Response (Wettbewerbe, Umfragen, etc.)" vorgesehen sind.

7.

Der Widerruf von Adressierungselementen im Allgemeinen ist in Art. 11 AEFV geregelt. Die Bestimmung ist auf alle Adressierungselemente, somit auch auf einzeln zugeteilte Nummern, anwendbar. Gemäss der seit dem 1. April 2002 in Kraft stehenden Fassung von Art. 11 Abs. 1 Bst. b AEFV kann das Bundesamt die Zuteilung von Adressierungselementen widerrufen, wenn die Inhaberin der Adressierungselemente das anwendbare Recht, insbesondere die Bestimmungen dieser Verordnung, die Vorschriften des Bundesamtes 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. Weshalb im Rahmen von Art 24g AEFV nicht auch ein Verstoß gegen das UWG und das DSG in Betracht fallen sollte, ist nicht ersichtlich. Die Beschwerdeführerin bringt in diesem Zusammenhang einzig vor, weder das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO) noch der Datenschutzbeauftragte seien der Vorinstanz unterstellt, weshalb der Widerruf nicht mit der Verletzung der eben erwähnten Gesetze begründet werden könne (vgl. auch E. 10.3 hiernach). Dieser Auffassung ist jedoch insofern nicht zu folgen, als Art. 24g AEFV den Anwendungsbereich der verletzten gesetzlichen Bestimmungen, die zu einem Widerruf führen können, nicht einschränkt und folglich auch das UWG und das DSG umfasst.

Nachfolgend ist damit zu prüfen, ob ein Widerrufsgrund gemäss Art. 11 AEFV oder Art. 24g AEFV vorliegt und ob der Widerruf verhältnismässig ist. Hierbei ist in einem ersten Schritt auf die von der Vorinstanz geltend gemachte Verletzung von Art. 24g AEFV i.V.m. Art. 2 UWG einzugehen.

8.

Vorab ist festzuhalten, dass es unerheblich ist, aufgrund welcher Umstände die Vorinstanz ein Nummernwiderrufsverfahren eingeleitet hat bzw. von welcher Seite entsprechende Hinweise auf allfällige Wider-

rufsgründe an sie herangetragen wurden. So ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz aufgrund von Reklamationen von Konsumentinnen und Konsumenten sowie gestützt auf Medienberichte gegen die Beschwerdeführerin aktiv geworden ist. Wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, kann von ihr nicht erwartet werden, dass sie über die genaue Verwendung aller von ihr vergebenen Nummern im Bilde ist. Vielmehr ist sie auf entsprechende Hinweise angewiesen, welche sie als Aufsichtsbehörde im Telekommunikationsbereich dann zu überprüfen hat. Die Klärung der Frage, ob solche Meldungen gerechtfertigt sind oder nicht, ist in der Folge gerade das Ziel des Widerrufsverfahrens.

9.

Mit der Bestimmung, dass bereits aufgrund eines Verdachtes die Nummer widerrufen werden kann, sieht die Verordnung in Art. 24g Abs. 2 AEFV eine Herabsetzung des Beweismasses vor. Diese bezieht sich indessen nur auf die Sachverhaltsfeststellung, bei der Auslegung hingegen gibt es keine Vermutungsregeln (vgl. STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. neuüberarbeitete Auflage, Zürich 2005, Art. 1 N. 5 mit Verweisen). Aufgrund des sich aus den Akten ergebenden Sachverhaltes ist deshalb festzustellen, ob von einem Verstoss gegen Art. 2 UWG auszugehen ist, wobei ein diesbezüglicher Verdacht genügt.

10.

Gemäss Art. 2 UWG ist jedes täuschende oder in anderer Weise gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossende Verhalten oder Geschäftsgebaren, welches das Verhältnis zwischen Mitbewerbern oder zwischen Anbietern und Abnehmern beeinflusst, unlauter und widerrechtlich. Diese Generalklausel erfährt durch die Sondertatbestände von Art. 3 ff. UWG beispielhafte Konkretisierungen von gegen Treu und Glauben verstossendem Verhalten. Sie ist jedoch stets auch selbständig anwendbar. Dass ein gewisses Verhalten einen Sondertatbestand erfüllt, darf sich nicht einschränkend auf die Anwendung von Art. 2 UWG auswirken. Vielmehr ist das zu beurteilende Verhalten immer zuerst unter den Voraussetzungen der Generalklausel zu beurteilen und erst anschliessend unter jenen der Spezialtatbeständen. Es ist durchaus denkbar, dass ein Verhalten gemäss der Generalklausel unlauter sein kann, jedoch keinen Sondertatbestand erfüllt (MARIO M. PEDRAZZINI / FEDERICO A. PEDRAZZINI, Unlauterer Wettbewerb UWG, 2. Auflage, Bern 2002, Rz. 4.07; BGE 132 III 414 E. 2).

10.1 Die Vorinstanz bringt in diesem Zusammenhang vor, die Beschwerdeführerin habe vermutlich rein zufällig ausgewählte Personen mittels automatischer Telefonanrufe unter Umständen mehrmals kontaktiert und diesen einen garantierten Gewinn versprochen, wenn sie auf eine 0901-Nummer anrufen würden. Angaben über ihre Identität und darüber, wie die automatischen Anrufe gestoppt werden könnten, mache die Beschwerdeführerin nicht. Zudem ende der Anruf auf die angegebene 0901-Nummer oft in einer Endlosschleife, was der anrufenden Person verunmögliche, den persönlichen Code sowie Namen und Adresse zu nennen und damit den versprochenen Gewinn zu erhalten. Obwohl diese automatischen Anrufe nicht von einer 0901-Nummer ausgegangen seien, seien sie als Handlung im Zusammenhang mit dem Betrieb und der Nutzung einer Einzelnummer zu verstehen, da der Angerufene aufgefordert werde, auf eine solche Nummer anzurufen. Gemäss dem Bericht des SECO vom 24. Januar 2007 habe die Beschwerdeführerin mit diesem Vorgehen unlauteren Wettbewerb begangen und Art. 2 UWG verletzt. Dies erlaube der Vorinstanz zumindest zu vermuten, dass im Zusammenhang mit dem Betrieb der fraglichen Nummern ein Missbrauch vorliege.

10.2 Die Beschwerdeführerin ihrerseits macht geltend, es sei aufgrund einer entsprechenden Markierung technisch ausgeschlossen, dass eine angerufene Person, die in der Folge den Anruf in irgend einer Form beantwortet habe, ein weiteres Mal kontaktiert werde. Die von der Vorinstanz wiedergegebene Bandansage treffe zu, jedoch nicht die unterstellten Unzulänglichkeiten, wie Endlosschleifen. Diese seien von ihr keineswegs beabsichtigt gewesen. Der Konsument oder die Konsumentin habe ihr Angebot durch den bewusst und eigenverantwortlich ausgeführten Rückruf akzeptiert und über den Inhaber der Nummer hätten vorgängig Informationen eingeholt werden können. Auch habe jeder Anrufer und jede Anruferin den Anruf durch Auflegen wieder beenden können und die Anrufenden seien sich über die Kosten des Anrufs im Klaren gewesen. Wer den Anruf bis zum Ende durchgeführt habe, habe den angekündigten Preis notariell beglaubigt erhalten. Sie habe somit die versprochene Leistung vollumfänglich und adäquat erbracht. Weiter halte das Gutachten des SECO abschliessend fest, die vorliegenden Umstände würden nicht erlauben, zu beurteilen, ob ihr Dienstangebot unlauter sei oder nicht. Überhaupt könne das Gutachten des SECO nicht als sachlich neutral und unbeeinflusst bezeichnet werden, da die Vorinstanz vor der schriftlichen Anfra-

ge telefonisch mit dem SECO Kontakt aufgenommen habe und die Anfrage selber in suggestiver Art und Weise formuliert sei.

10.3 Zwecks Beurteilung der Frage, ob die Beschwerdeführerin durch ihre Gewinncodeabfrage bzw. ihr Gewinnversprechen unlauteren Wettbewerb im Sinne der Generalklausel betreibt bzw. betrieben hat, holte die Vorinstanz beim SECO ein Gutachten ein. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung darf eine Behörde bei der Prüfung naturwissenschaftlicher und technischer Fragen auf die Berichte und Stellungnahmen der vom Gesetzgeber beigegebenen sachkundigen Instanzen abstellen (Urteil des Bundesgerichts 1E.1/2006 E. 5 vom 12. April 2007). Nichts dagegen einzuwenden ist auch, wenn eine Behörde Rechtsfragen, deren Beurteilung nicht zu ihrem angestammten Tätigkeitsbereich gehört, durch eine Fachbehörde klären lässt. Das SECO zeichnet sich als Fachbehörde für lauterkeitsrechtliche Fragen durch besonderen Sachverstand und Fachwissen aus, weshalb die Vorinstanz im vorliegenden Fall dessen Beurteilung einholen und sich darauf abstützen durfte. Vom Gutachten des SECO hätte die Vorinstanz einzig dann abweichen müssen, wenn es sich von sachfremden Erwägungen hätte leiten lassen. Anhaltspunkte dafür, dass dies der Fall gewesen wäre, sind jedoch keine ersichtlich, wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen. So ist insbesondere nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz das SECO vor der schriftlichen Anfrage telefonisch kontaktiert hat. Es ist vielmehr durchaus üblich, vor der Erteilung eines Gutachtensauftrags die entsprechende Fachbehörde im Voraus telefonisch auf die folgende schriftliche Anfrage aufmerksam zu machen und allenfalls terminliche Fragen zu klären. Dass die Vorinstanz das SECO anlässlich dieses Telefonats beeinflusst hätte, erscheint unwahrscheinlich und wird von der Beschwerdeführerin denn auch nicht näher substantiiert. Auf diesen Punkt ist deshalb nicht weiter einzugehen.

11.

Das SECO hält zur Frage der Verletzung von Art. 2 UWG zusammenfassend fest, unter Heranziehung von Art. 3 Bst. o UWG, der Massenwerbung regle, seien die unerbetenen Telefonanrufe der Beschwerdeführerin mangels Einwilligung der Empfänger und Empfängerinnen unlauter. Die Generalklausel sei zudem auch dann verletzt, falls die Angerufenen vorgängig ihre Zustimmung für den Erhalt der fraglichen Massenwerbung gegeben haben sollten. Denn die Beschwerdeführerin habe nicht gleich am Anfang des Anrufs ihre Identität angegeben und

den Angerufenen nicht die Möglichkeit eingeräumt, die Anrufe kostenlos und sofort stoppen zu lassen. Die automatischen Anrufe der Beschwerdeführerin stellten deshalb Massenwerbung dar, weil mehrere Personen angerufen und aufgefordert worden seien, durch einen Anruf auf eine 0901-Nummer die garantiert versprochenen Gewinne einzuziehen. Die angegebene Nummer werde damit beworben.

Diese Ausführungen bestreitet die Beschwerdeführerin in verschiedener Hinsicht.

11.1 So bringt sie einerseits vor, dass Art. 3 Bst. o UWG vorliegend keine Anwendung finden dürfte, da sich der zu beurteilende Sachverhalt vor dessen Inkrafttreten am 1. April 2007 abgespielt habe. Dies trifft zwar zu. Da diese neue Bestimmung aber unlautere Massenwerbung im Sinne eines Sondertatbestandes (vgl. dazu E. 10 hiavor) regelt, ist nicht zu beanstanden, dass das SECO zur Frage, wann Massenwerbung gemäss Generalklausel unlauter ist, jene Bestimmung und die dazugehörigen Ausführungen in der Botschaft (Botschaft vom 12. November 2003 zur Änderung des Fernmeldegesetzes, [Botschaft, BBl 2003 III 7991]) konkretisierend herangezogen hat. Danach ist Massenwerbung nur zulässig, wenn der Kunde oder die Kundin in die Werbung eingewilligt hat und die Sendung einen konkreten Absender und einen Hinweis auf die Möglichkeit der kostenlosen Ablehnung für den weiteren Empfang der Massenwerbung enthält (ausführlicher: Gutachten des SECO vom 24. Januar 2007 [Vorakten Beilage 12] und Botschaft, a.a.O., S. 7991). Fehlt auch nur eines dieser Merkmale, ist Massenwerbung als unlauter und somit widerrechtlich zu qualifizieren.

11.2 Die Beschwerdeführerin macht in diesem Zusammenhang geltend, über den Inhaber der Nummern hätten vorgängig Informationen eingeholt werden können und jeder Anrufer und jede Anruferin habe die Möglichkeit gehabt, den Anruf durch Auflegen zu beenden. Sie bestreitet jedoch nicht, dass sie zufällig ausgewählte Personen ohne deren Einwilligung kontaktiert hat. Sie macht auch nicht geltend, die zufällig ausgewählten Personen seien bereits anlässlich der automatischen Kontaktaufnahme durch die Beschwerdeführerin über die Möglichkeit informiert worden, solche Anrufe in Zukunft unterbinden zu lassen. Wenn eine angerufene Person somit auf den Anruf der Beschwerdeführerin nicht reagiert bzw. die angegebene 0901-Nummer nicht angewählt hat, bestand durchaus die Möglichkeit, dass sie später erneut kontaktiert wurde. Dies bestreitet die Beschwerdeführerin denn

auch nicht. Sie macht lediglich geltend, dass eine Person, die auf ihren automatisierten Anruf reagiert habe, aufgrund einer entsprechenden Markierung kein weiteres Mal angerufen wurde. Gemäss Gutachten des SECO muss der Angerufene jedoch auch später, nachdem er durch seinen Rückruf seine Einwilligung erteilt hat, den Erhalt jeder weiteren Werbung ablehnen können. Dementsprechend müsse ihm der Absender, welcher auch in diesem Stadium stets seine korrekte Identität anzugeben habe, durch einen klaren Hinweis die Möglichkeit gewähren, den Empfang kostenlos zu stoppen (Vorakten Beilage 12, S. 3). Wie den Protokollen der Testanrufe aber entnommen werden kann, wird auch die auf die angegebene 0901-Nummer anrufende Person nicht darüber informiert, wie die automatischen Anrufe beendet werden können. Zudem liefert die Beschwerdeführerin wie bereits erwähnt weder anlässlich ihres automatischen Anrufs noch zu Beginn des durch die kontaktierte Person getätigten Rückrufs Angaben über ihre Identität. Erst wenn es dem Anrufer oder der Anruferin gelingt, am Schluss des Rückrufs den Gewinncode zu erhalten, erfährt er oder sie die Identität der Beschwerdeführerin, indem er oder sie aufgefordert wird, den Code und weitere Angaben an deren Adresse zu senden. Wenn der Anruf aber in einer Endlosschleife endet, wird die Identität der Beschwerdeführerin nicht bekannt. Zwar bestreitet die Beschwerdeführerin das Vorkommen solcher Endlosschleifen. Wenn solche aufgetreten seien, so seien sie von ihr sicher nicht beabsichtigt gewesen. Die Protokolle der Testanrufe zeigen aber klar, dass Endlosschleifen mehrmals aufgetreten sind, der Anrufer oder die Anruferin somit nicht bis ans Ende der Gewinncodeabfrage gelangen konnte und folglich keine Möglichkeit hatte, den versprochenen Gewinn zu beziehen und die Identität der Beschwerdeführerin zu erfahren (Vorakten Beilage 6). Dass solche Unzulänglichkeiten aufgetreten sind, ist somit belegt. Ob sie auch beabsichtigt waren oder nicht, ist nicht von Belang und kann offen gelassen werden. Denn zum Tatbestand der Generalklausel gehört kein Verschulden. Massgebend ist einzig das Ergebnis des entsprechenden Verhaltens und nicht die Absicht des Handelnden (PEDRAZZINI/PEDRAZZINI, a.a.O., Rz. 4.79). Da bereits durch die fehlende Einwilligung der Angerufenen sowie wegen der fehlenden Information betreffend Identität und Stoppmöglichkeit eine Verletzung von Art. 2 UWG zu bejahen ist, ist auf die weiteren Vorbringen der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang nicht weiter einzugehen.

11.3 Weitere Gründe, weshalb das Gutachten des SECO auf sachfremden Erwägungen beruhen sollte, sind nicht ersichtlich und werden

von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht. Die Vorinstanz ist deshalb zu Recht der Auffassung des SECO gefolgt, wonach die Beschwerdeführerin durch ihr Gewinnspiel bzw. -versprechen Art. 2 UWG verletzt hat.

11.4 Zusätzlich ist festzuhalten, dass allenfalls auch der Umstand, dass die Gewinncodeabgabe mit einer Umfrage verbunden wurde, einen Verdacht auf unlauteres Vorgehen im Sinne von Art. 2 UWG zu begründen vermöchte. Wie bereits vorne erwähnt, diente der Rückruf auf die angegebene 0901-Nummer nicht bloss der Gewinncodeangabe, sondern auch der Durchführung einer Umfrage. Hierbei wurden der Anruferin oder dem Anrufer diverse Frage, die in keinem Zusammenhang mit dem versprochenen Gewinn stehen, gestellt, wodurch der Anruf zeitlich in die Länge gezogen und bei einem Minutenpreis von Fr. 4.23 und einer ungefähren Dauer von 10 Minuten schnell teuer wurde. Die betroffenen Personen gingen gestützt auf die Angaben der Beschwerdeführerin lediglich davon aus, mit dem Rückruf den versprochenen Gewinn zu erhalten; mit einer gleichzeitig durchgeführten Erhebung mussten sie nicht rechnen. Wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, wäre es der Beschwerdeführerin durchaus möglich und zumutbar gewesen, diese Erhebung getrennt von der Gewinneinforderung über eine normalgebührenpflichtige Nummer zu tätigen. Da die Beschwerdeführerin Art. 2 UWG bereits anderwertig verletzt hat, kann die Frage, ob die Durchführung von solchen Umfragen gegen Treu und Glauben verstösst und somit unlauter im Sinne der Generalklausel ist, jedoch offen bleiben.

11.5 An der Verletzung von Art. 2 UWG vermögen auch die Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts zu ändern, dass aus ihrer Sicht andere Telekommunikationsaktivitäten mehr Grund für nähere Abklärungen bezüglich Lauterkeit bieten würden und sie als Treuhandfirma auf dem Gebiet der Telekommunikation keine grossen Erfahrungen und Kenntnisse habe. Zum einen bedingt Art. 2 UWG wie bereits erwähnt nicht, dass das vorgeworfene Verhalten absichtlich und damit schuldhaft erfolgt. Zum anderen kann aus dem Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. 8 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) grundsätzlich kein Anspruch auf Gleichbehandlung im Unrecht abgeleitet werden (vgl. BGE 125 II 152 E. 5 sowie Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2038/2006 E. 12.1 vom 6. Februar 2007). Selbst wenn die von ihr gerügten Geschäftsgebaren ebenfalls gegen Art. 24g Abs. 2 AEFV verstossen sollten, liegen dem Bundesverwaltungsgericht keine

Hinweise vor, wonach die Vorinstanz nicht bemüht wäre, in ihrem Zuständigkeitsbereich die rechtmässige Ordnung durchzusetzen. Nur dann aber könnte sich die Beschwerdeführerin allenfalls darauf berufen, ebenfalls gesetzeswidrig behandelt zu werden.

11.6 Zusammenfassend kann somit festgehalten werden, dass die Vorinstanz zu Recht zum Schluss gekommen ist, dass die Beschwerdeführerin Art. 2 UWG verletzt hat und damit ein Widerrufsgrund gemäss Art. 24g Abs. 2 AEFV gegeben ist, der seinerseits den blossen Verdacht verlangt hätte, dass eine zugeteilte Nummer zu einem rechtswidrigen Zweck verwendet wird. Ob ihre Geschäftstätigkeiten auch gegen Art. 3 Bst. b UWG sowie das DSG verstossen, kann damit offen bleiben.

12.

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

12.1 Jedes staatliche Handeln muss gemäss Art. 5 Abs. 2 BV im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Gemäss Lehre und Rechtsprechung 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).

12.2 Das öffentliche Interesse an der von der Vorinstanz angeordneten Massnahme liegt im Schutz der Konsumierenden vor missbräuchlichen Geschäftspraktiken der Nummerninhaber (Entscheid REKO/INUM F-2006-63 E. 7.2 vom 6. September 2006). Diesem Interesse dient unter anderem auch das UWG. Der Widerruf streitiger Nummern, mit welchen gegen das UWG verstossen wurde, ist geeignet, dieses öffentliche Interesse zu wahren.

12.3 Zu untersuchen ist damit weiter, ob der Widerruf der Nummern zum Erreichen dieses Zweckes erforderlich war. Der Nummernwiderruf stellt sicherlich 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 eruieren 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.

Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 2. Februar 2007 aufgefordert, den Nachweis zu erbringen, dass mit dem Betrieb der fraglichen Nummern keine Verletzung der Nutzungsbestimmungen stattgefunden habe und keine mutmassliche Verletzung des geltenden Rechts erfolgt sei. Ansonsten würden die betroffenen Nummern widerrufen. Die Beschwerdeführerin hat in der Folge Korrekturmassnahmen vorgenommen, jedoch lediglich solche im Zusammenhang mit den Nutzungsbestimmungen, welche vorliegend denn auch nicht mehr Streitgegenstand sind (vgl. E. 4 hiavor). Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Einhaltung des UWG hat die Vorinstanz wie sich herausgestellt hat zu Recht als nicht ausreichend bzw. nicht massgebend qualifiziert. Die Einräumung der Möglichkeit, darzulegen, dass alle Vorschriften eingehalten wurden, war im vorliegenden Fall also erwiesenermassen kein genügendes Mittel, um den angestrebten Konsumentenschutz zu erreichen. Auch die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Einstellung der Nummern garantiert nicht, dass sie nicht doch wieder in Betrieb genommen werden. Wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, hätte sich der Widerruf einzig dann erübrigt, wenn die Beschwerdeführerin die ihr zugeteilten Nummern bei dieser gekündigt hätte, was sie vorliegend jedoch nicht getan hat (vgl. hierzu auch E. 13.1 hiernach). Andere mildere Mittel sind nicht ersichtlich. Die Erforderlichkeit der Widerrufsmassnahme ist somit zu bejahen.

12.4 Die Interessen der Beschwerdeführerin am Betrieb der 0901-Nummern sind privater, rein wirtschaftlicher Natur. Den Akten lassen sich keine Hinweise entnehmen, wonach das wirtschaftliche Fortkommen der Beschwerdeführerin durch den Nummernwiderruf ernstlich gefährdet wäre. Vielmehr erklärt die Beschwerdeführerin selber, dass sie die fraglichen Nummern bereits ausser Betrieb genommen habe

und auch kein Interesse daran bestehe, sie in identischer oder ähnlicher Art und Weise weiterzugebrauchen. Da das öffentliche Interesse am Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten demgegenüber als gewichtig zu erachten ist und die erwähnten Interessen der Beschwerdeführerin deshalb klar überwiegt, ist der Widerruf der Einzelnummern verhältnismässig.

13.

Der Vollständigkeit halber sei zum einen zum Vorwurf der Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe den Widerruf verfügt, obwohl kurze Zeit später das neue Fernmelderecht in Kraft getreten wäre, welches ohnehin zur Einstellung der fraglichen Nummern geführt hätte, Folgendes festgehalten: Die am 1. April 2007 in Kraft getretenen Art. 1 Abs. 2 Bst. d und Art. 45a des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) sehen vor, dass die Benutzerinnen und Benutzer von Fernmeldediensten vor unlauterer Massenwerbung und vor Missbrauch durch Mehrwertdienste zu schützen sind bzw. die Anbieterinnen von Fernmeldediensten die unlautere Massenwerbung bekämpfen. Ebenso hält der seit 1. April 2007 in Kraft getretene Art. 3 Bst. o UWG fest, es handle unlauter, wer wie bereits erwähnt Massenwerbung ohne direkten Zusammenhang mit einem angeforderten Inhalt fernmeldetechnisch sendet oder solche Sendungen veranlasst und es dabei unterlässt, vorher die Einwilligung der Kunden einzuholen, den korrekten Absender anzugeben oder auf eine problem- und kostenlose Ablehnungsmöglichkeit hinzuweisen. Durch diese neuen Bestimmungen wäre der Dienst der Beschwerdeführerin somit keineswegs automatisch unzulässig geworden. Vielmehr ist auch hier Massenwerbung nicht per se rechtswidrig, sondern erst, wenn sie die eben beschriebenen Voraussetzungen erfüllt und damit unlauter erfolgt.

Zum anderen spielt es auch keine Rolle und kann schlussendlich offen gelassen werden, ob die Beschwerdeführerin die fraglichen Nummern weiterbetreibt und die nicht widerrufene Nummer stillgelegt hat. Da die Beschwerdeführerin die ihr zugeteilten Nummern bei der Vorinstanz nicht gekündigt hat, war diese zum Widerruf derselben auch befugt, wenn sie nicht mehr genutzt wurden. Eine Kündigung bei MKL/Telco und der Swisscom AG ob schriftlich oder nicht reicht hierfür nicht.

14.

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen erweist sich der Widerruf der Nummernzuteilung gestützt auf Art. 24g Abs. 2 AEFV i.V.m. Art. 2

UWG somit als zulässig, weshalb die Beschwerde in diesem Punkt als unbegründet abzuweisen ist.

15.

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, die vorinstanzlichen Verfahrenskosten seien zu hoch veranschlagt worden. Gegen den Stundenansatz von Fr. 260. sei nichts einzuwenden, jedoch gegen einen Aufwand von 20 Stunden. Ihr eigener Aufwand sei viel grösser gewesen als derjenige der Vorinstanz. Sie habe unter Beizug von qualifizierten Rechtsanwälten über 140 Stunden für die Redaktion der Beschwerde investiert.

15.1 Die Vorinstanz hält dem entgegen, sie habe für den Nummernwiderruf gemäss Art. 40 Abs. 1 Bst. f FMG kostendeckende Verwaltungsgebühren zu erheben. Der Stundenansatz liege bei Fr. 260. (Art. 21a Abs. 3 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 der Verordnung des UVEK vom 22. Dezember 1997 über Verwaltungsgebühren im Fernmeldebereich [SR 784.106.12]). Bei der Kostenauflegung gehe es ihr nicht darum, Geld zu verdienen, sondern ihren Aufwand zu decken. Da es sich vorliegend nicht um einen Routinefall, sondern um eine komplexe Angelegenheit gehandelt habe, sei der Aufwand von 20 Stunden nicht unangemessen hoch. Vielmehr seien die verrechneten Stunden eher knapp bemessen, da verschiedene Aufwendungen gar nicht berücksichtigt worden seien.

15.2 Die Beschwerdeführerin zweifelt nicht an der Gesetzeskonformität der Kostenerhebung an sich. Auch dass der Stundenansatz gemäss den gesetzlichen Bestimmungen Fr. 260. beträgt, wird von ihr anerkannt. Umstritten ist lediglich, ob der von der Vorinstanz verrechnete Aufwand von 20 Stunden angemessen ist.

15.3 Die Vorinstanz hat in ihrer Vernehmlassung den ihr entstandenen Aufwand im Detail aufgeschlüsselt. Hierbei scheinen 5 Stunden für das Verfassen einer 13-seitigen Verfügung als durchaus angemessen. Ebenso ist die für die anderen Posten verrechnete Zeit nicht zu beanstanden. Vielmehr erscheinen die insgesamt geltend gemachten 20 Stunden für die Durchführung eines Verfahrens der vorliegenden Art und Komplexität sogar als eher knapp berechnet. Allenfalls hätte die Prüfung des Nummernwiderrufs aufgrund einer Verletzung von Art. 3 Bst. b UWG und des DSG unterbleiben können, da ein Widerruf der Nummern bereits wegen einer Verletzung von Art. 2 UWG angezeigt war. Dies wird jedoch durch den Umstand, dass die Vorinstanz einige Arbeiten, wie beispielsweise die Betreuungszeit der Beschwerdefüh-

rerin anlässlich der Akteneinsicht, nicht verrechnet hat, mehr als ausgeglichen. Die Beschwerdeführerin vermag denn auch nicht darzulegen und näher zu substantzieren, wofür die Vorinstanz im einzelnen zu viel Zeit aufgewendet bzw. verrechnet haben soll. Im Gegenteil stützt ihr Vorbringen, sie habe für die Redaktion ihrer 14-seitigen Beschwerde über 140 Stunden benötigt, die Annahme der eher knapp bemessenen Zeit der Vorinstanz; dies ungeachtet dessen, dass es sich bei der Beschwerdeführerin selbst nicht um eine juristische Fachperson handelt, der für das Verfassen einer Rechtsschrift mehr Zeit zuzubilligen ist. Der von der Vorinstanz geltend gemachte Aufwand von 20 Stunden erscheint zusammenfassend somit als gerechtfertigt und ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist deshalb auch in diesem Punkt als unbegründet abzuweisen.

16.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegende Partei und hat die Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die ihr aufzuerlegenden Verfahrenskosten von Fr. 1'500.-, bestehend aus Spruch- und Schreibgebühren, sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe zu verrechnen. Angesichts ihres Unterliegens hat die Beschwerdeführerin von vornherein keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 64 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 1500.- verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 5470-20 / 10000204613; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Kathrin Dietrich

Michelle Eichenberger

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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: