Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.499/2005 /vje

Urteil vom 13. Januar 2006
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Müller,
Gerichtsschreiber Küng.

Parteien
A._____ GmbH,
B._____ GmbH,
C._____ AG,
D._____ AG,
Beschwerdeführerinnen,
alle vier vertreten durch Rechtsanwalt
Dr. Hans-Uwe Gebhardt,

gegen

Bundesamt für Kommunikation, Zukunftstrasse 44, Postfach, 2501 Biel,
Eidgenössische Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt, Postfach 336, 3000 Bern 14.

Gegenstand
Widerruf der Kurznummern X1, X2, X3 und X4 für die Bereitstellung eines Auskunftsdienstes,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt vom 21. Juni 2005.

Sachverhalt:
A.
Am 23. Februar 2001 teilte das Bundesamt für Kommunikation der D._____ AG die Kurznummer X4, am 31. Oktober 2002 der C._____ AG die Kurznummer X3 sowie am 13. November 2002 der A._____ GmbH die Kurznummer X1 und der B._____ GmbH die Kurznummer X2 für die Bereitstellung eines Auskunftsdienstes zu den Telefonteilnehmerverzeichnissen zu.

Nachdem das Bundesamt für Kommunikation bei verschiedenen Testanrufen festgestellt hatte, dass die Auskunftsdienste unter diesen Kurznummern nur in Deutsch, nicht aber - wie von den entsprechenden Vorschriften und Bedingungen verlangt - in französischer und italienischer Sprache verfügbar waren, leitete es am 18. Juni 2004 gegen die vier Anbieterinnen je ein Nummernwiderrufsverfahren ein. In der Folge erklärten die Nummerninhaberinnen, sie seien in der Lage, Auskünfte in allen drei Sprachen anzubieten; entsprechende Massnahmen seien ergriffen worden.

Im August 2004 und im November 2004 führte das Bundesamt für Kommunikation wiederum Testanrufe in Französisch und Italienisch auf die vier Kurznummern durch. Dabei wurden die Anrufe entweder nicht beantwortet oder die Dienste waren nicht verfügbar, zum Teil wurde auch ein Rückruf angeboten.

Am 11. November 2004 beantragten die Nummerninhaberinnen, entweder die Auskünfte bis zum 1. Januar

2007 nur in einer der drei Amtssprachen erteilen zu dürfen oder die Nummer bis dahin zu sistieren.

Am 5. Januar 2005 widerrief das Bundesamt für Kommunikation die Zuteilung der vier Kurznummern. Dagegen wandten sich die vier Nummerninhaberinnen an die Eidgenössische Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt, welche die Beschwerden vereinigte und mit Entscheid vom 21. Juni 2005 abwies bzw. abwies, sofern darauf überhaupt eingetreten werden konnte.

B.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 23. August 2005 beantragen die A._____ GmbH (Beschwerdeführerin 1), die B._____ GmbH (Beschwerdeführerin 2), die C._____ AG (Beschwerdeführerin 3) und die D._____ AG (Beschwerdeführerin 4) dem Bundesgericht zur Hauptsache, den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt vom 21. Juni 2005 und die Verfügungen des Bundesamtes für Kommunikation vom 5. Januar 2005 aufzuheben sowie die Zuteilung der Kurznummern aufrechtzuerhalten.

Das Bundesamt für Kommunikation beantragt, auf die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen 2, 3 und 4 nicht einzutreten, eventuell diese abzuweisen; die Beschwerde der Beschwerdeführerin 1 sei abzuweisen.

Die Eidgenössische Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt schliesst auf Abweisung der Beschwerde, sofern überhaupt darauf eingetreten werden könne.

C.

Am 4. Januar 2006 erteilte der Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung der Beschwerde die aufschiebende Wirkung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde richtet sich gegen eine auf öffentliches Recht des Bundes (Art. 28 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 [FMG; SR 784.10]sowie Art. 11 und Art. 25 ff. der Verordnung vom 6. Oktober 1997 über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich [AEFV; SR 784.104]) gestützte Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG, die von einer eidgenössischen Rekurskommission als Vorinstanz nach Art. 98 lit. e OG erlassen wurde. Ein Ausschlussgrund gemäss Art. 99-102 OG liegt nicht vor. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist damit zulässig.

1.2 Anfechtungsobjekt kann nur der vorinstanzliche Entscheid sein. Ist er - wie hier - auf dem Beschwerdeweg ergangen, ersetzt er die Verfügung, die Ausgangspunkt des Verfahrens war (Devolutiveffekt). Diese ist mit dem Antrag auf Aufhebung des Entscheids der Rekurskommission mitangefochten (BGE 126 II 300 E. 2a, mit Hinweis), soweit eine rechtsgenügliche Begründung vorgetragen wird (Art. 108 Abs. 2 OG). Auf den Antrag auf Aufhebung der Verfügungen vom 5. Januar 2005 ist deshalb nicht einzutreten.

1.3 Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden (Art. 104 lit. a und b OG). Hat jedoch - wie hier - eine richterliche Behörde als Vorinstanz entschieden und den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften festgestellt, ist das Bundesgericht an die Sachverhaltsfeststellungen gebunden (Art. 105 Abs. 2 OG). Es wendet im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde das Bundesrecht von Amtes wegen an, ist durch die von den Parteien vorgebrachten Begründungen nicht eingeschränkt (Art. 114 Abs. 1 OG) und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen (BGE 128 II 34 E. 1c).

1.4 Wegen der grundsätzlichen Bindung des Bundesgerichts an den vom Verwaltungsgericht festgestellten Sachverhalt ist die Möglichkeit, vor Bundesgericht neue Tatsachen vorzubringen und neue Beweismittel einzureichen, weitgehend ausgeschlossen. Das Bundesgericht lässt nur solche neuen Tatsachen und Beweismittel zu, welche die Vorinstanz von Amtes wegen hätte berücksichtigen müssen und deren Nichtbeachtung eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften darstellt (BGE 121 II 97 E. 1c). Nachträgliche Veränderungen des Sachverhalts (so genannte ëchte Novenï) können in der Regel nicht mehr berücksichtigt werden, denn einer Behörde kann nicht vorgeworfen werden, sie habe den Sachverhalt im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG fehlerhaft festgestellt, wenn sich dieser nach ihrem Entscheid verändert hat (BGE 125 II 217 E. 3a). Die im Verfahren

vor Bundesgericht von den Beschwerdeführerinnen neu vorgelegten Protokolle über in den Monaten Juli und August 2005 durchgeführte Ṫestcallsk̈önnen daher im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden.
2.
2.1 Das Bundesamt für Kommunikation beantragt, auf die Beschwerde der Beschwerdeführerinnen 2, 3 und 4 nicht einzutreten, da von diesen die Beschwerdefrist gemäss Art. 50 VwVG im vorinstanzlichen Verfahren nicht eingehalten worden sei. Die Vorinstanz hätte seines Erachtens in Bezug auf diese Beschwerden einen Nichteintretensentscheid fällen müssen.
2.2 Die angefochtenen vier Verfügungen wurden den Beschwerdeführerinnen unbestrittenermassen am 7. Januar 2005 zugestellt. Die 30-tägige Beschwerdefrist gemäss Art. 50 VwVG lief somit - unter Berücksichtigung des Fristenlaufs an Samstagen und Sonntagen - am 7. Februar 2005 ab.
2.3 Am 12. Januar reichte die Beschwerdeführerin 1 der Vorinstanz ihre mit einer Begründung versehene Beschwerde ein, womit die Beschwerdefrist eingehalten wurde. Die am 18. Januar 2005 von den Beschwerdeführerinnen 2 und 3 eingereichten Beschwerden enthielten hingegen keine materielle Begründung; sie beschränkten sich auf den formellen Teil (Zulässigkeit, aufschiebende Wirkung). Am 7. Februar 2005 übermittelten die Beschwerdeführerinnen 2 und 3 schliesslich die materiellen Begründungen ihrer Beschwerden sowie die Beschwerdeführerin 4 ihre vollständige Beschwerde kurz vor Mitternacht per Fax der Vorinstanz. Die Eingaben wurden sodann am 8. Februar 2005 der Post übergeben. Am 8./9. Februar 2005 stellten die Beschwerdeführerinnen 2, 3 und 4 je ein Gesuch um Wiederherstellung der verpassten Frist.

Die Vorinstanz hat die Frage der Fristwahrung sowie der Rechtzeitigkeit der Leistung des Kostenvorschusses durch die Beschwerdeführerin 4 offen gelassen, da ihres Erachtens in allen vier Fällen gleiche Sachverhalte und Rechtsfragen wie im Falle der Beschwerdeführerin 1 zu beurteilen seien und alle vier Beschwerden ohnehin nicht durchzudringen vermöchten. Dieses Vorgehen lässt sich aus Gründen der Prozessökonomie durchaus vertreten, zumal von den einzelnen Beschwerdeführerinnen keine besonderen Beschwerdegründe vorgetragen wurden: Die Beschwerden waren alle identisch (angefochtenes Urteil S. 4 Ziff. 9, 11 und 12). Die Vorinstanz hat kein Bundesrecht verletzt, wenn sie die vereinigten Beschwerden materiell behandelte und abwies, ohne sich abschliessend über die Zulässigkeit der Beschwerden der Beschwerdeführerinnen 2, 3 und 4 zu äussern.
3.
3.1 Das Bundesamt für Kommunikation kann einem Dienstanbieter eine Kurznummer zuteilen, wenn dieser Auskunftsdienste über die schweizerischen Teilnehmerverzeichnisse des öffentlichen Telefondienstes anbieten will (Art. 31a Abs. 1 AEFV). Zuteilungsbedingung ist, dass der Dienst jederzeit in der gesamten Schweiz und in den drei Amtssprachen zur Verfügung steht (Art. 25 Abs. 1 AEFV). Diese Bedingung wurde auch in den in Frage stehenden Zuteilungsverfügungen unter den B̈esonderen Nutzungsbedingungenäusdrücklich festgehalten. Die Zuteilung kann u.a. dann widerrufen werden, wenn die Nummerninhaberin das anwendbare Recht, insbesondere die Bestimmungen der Verordnung über die Adressierungselemente (AEFV), die Vorschriften des Bundesamtes oder die Bestimmungen der Zuteilungsverfügung, missachtet (Art. 11 Abs. 1 lit. b AEFV).
3.2 Das Bundesamt für Kommunikation führte am 27. Mai 2004 Testanrufe auf die von den Beschwerdeführerinnen betriebenen Kurznummern durch. Dabei stellte sich heraus, dass die Dienste nur in Deutsch (und Englisch) verfügbar waren, nicht aber in den beiden weiteren Amtssprachen Französisch und Italienisch. Die Beschwerdeführerinnen wurden daher mit Eröffnung des Widerrufsverfahrens am 18. Juni 2004 eingeladen, die notwendigen Massnahmen zur Einhaltung der Nutzungsbedingungen bzw. der gesetzlichen Vorschriften zu treffen. Vom 17. bis 24. August 2004 führte das Bundesamt für Kommunikation erneut Testanrufe durch; auch diesmal waren die Auskunftsdienste in französischer und/oder italienischer Sprache nicht verfügbar oder wurden die Anrufe nicht bzw. mangelhaft beantwortet. Am 6. September 2004 gewährte das Bundesamt für Kommunikation den Beschwerdeführerinnen eine Nachfrist bis zum 6. Oktober 2004, um die Auskunftsdienste gesetzeskonform zu erbringen. Weitere Testanrufe zwischen dem 2. und 9. November 2004 ergaben, dass die Dienste in Französisch und Italienisch meist nicht verfügbar waren; zum Teil wurden die Anrufe nicht beantwortet bzw. wurde die Verbindung abgebrochen. In einem Fall war ein mehrfaches Buchstabieren jeden Wortes erforderlich, in einem Fall wurde lediglich ein Rückruf in Französisch angeboten.
3.3 Angesichts dieser nicht bestrittenen und in den Akten belegten Feststellungen durfte die Vorinstanz - auch wenn nur verhältnismässig wenige Testanrufe durchgeführt wurden - annehmen, die Beschwerdeführerinnen seien auch nach der vom Bundesamt für Kommunikation angesetzten Frist bzw. Nachfrist nicht in der Lage gewesen, die Auskunftsdienste gemäss den anwendbaren Gesetzesbestimmungen bzw. Nutzungsbedingungen

jederzeit und in allen drei Landessprachen zu erbringen (angefochtenes Urteil E. 9.3). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen bedarf es dazu keiner systematischen Überwachung; jedenfalls ergibt sich ein solches Erfordernis weder aus dem Wortlaut noch aus Sinn und Zweck der anwendbaren Bestimmungen. Von einer offensichtlich unrichtigen bzw. unvollständigen Feststellung des Sachverhalts kann nicht die Rede sein.

3.4 Was den massgebenden Zeitraum betrifft, hat die Vorinstanz zu Recht auf die vor Erlass der angefochtenen Widerrufsverfügungen festgestellten Tatsachen abgestellt. Dass Testanrufe während des Jahres 2005 möglicherweise für die Beschwerdeführerinnen positiv ausgefallen wären, ist daher unerheblich. Dies umso mehr, als den Beschwerdeführerinnen vor dem Widerruf wiederholt Gelegenheit geboten wurde, die festgestellten Mängel zu beheben.
3.5 Die Vorinstanz durfte daher unter Würdigung aller Umstände ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgehen, dass die Beschwerdeführerinnen im massgeblichen Zeitpunkt des Widerrufs die Bedingungen gemäss Art. 25 Abs. 1 AEFV bzw. der Zuteilungsverfügungen für die Zuteilung der Kurznummern nicht mehr erfüllten. Dazu bedurfte bzw. bedarf es offensichtlich keines Sachverständigengutachtens, weshalb die Vorinstanz diesen Beweisantrag ohne weiteres abweisen durfte; das gilt auch für das vorliegende Verfahren. Die Nummern konnten daher gestützt auf Art. 11 Abs. 1 lit. b AEFV grundsätzlich widerrufen werden.
3.6 Die Vorinstanz hat sodann ausführlich dargelegt, dass der Widerruf im öffentlichen Interesse liege und verhältnismässig sei. Insbesondere seien mildere Massnahmen nicht geeignet, im Interesse der Konsumenten an der tatsächlichen Verfügbarkeit des angebotenen Auskunftsdienstes einen vorschriftsgemässen Betrieb der nur beschränkt verfügbaren Kurznummern zu gewährleisten. Was die Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang vorbringen, führt zu keiner anderen Beurteilung. Es kann daher auf die einlässlichen und zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (angefochtenes Urteil E. 10), denen nichts beizufügen ist.
4.
Die Beschwerde ist aus diesen Gründen abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Entsprechend diesem Ausgang haben die Beschwerdeführerinnen die Kosten des Verfahrens vor Bundesgericht zu tragen, unter solidarischer Haftung (Art. 156 Abs. 1 und 7 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 5'000.– wird den Beschwerdeführerinnen auferlegt, unter solidarischer Haftung.
3.
Dieses Urteil wird den Beschwerdeführerinnen, dem Bundesamt für Kommunikation und der Eidgenössischen Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 13. Januar 2006
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: