Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2C 781/2011

Urteil vom 20. Februar 2012
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Zünd, Präsident,
Bundesrichter Karlen, Donzallaz,
Gerichtsschreiber Küng.

Verfahrensbeteiligte
Stiftung ombudscom, Schlichtungsstelle Telekommunikation,
Beschwerdeführerin,

gegen

Zirkumflex AG,
handelnd durch Herrn Marc Reimann,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Gebühren,

Beschwerde gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. August 2011.

Sachverhalt:

A.
Am 19. Mai 2009 wurde zwischen der Kiosk X._____, Frau X._____ (nachfolgend Kundin), und der API Telekom (Schweiz) AG (im Folgenden: API AG) ein Rahmenvertrag für Geschäftskunden (umfassend zwei Mobiltelefonie-Abonnemente über je eine Rufnummer für 24 Monate) abgeschlossen; als Zahlungsart war "WIR Einzahlungsschein/WIR Cheque" vereinbart. Die API AG verfügte über kein eigenes Mobilfunknetz, sondern erbrachte ihre Fernmeldedienste als Wiederverkäuferin unter Benützung des Mobilfunknetzes der Orange Communications AG.
Am 9. Februar 2010 teilte die API AG der Kundin mit, dass sie sich aus dem Fernmeldegeschäft für WIR-Kunden zurückziehen werde. Zwei Tage später hat die API AG den Vertrag mit der Kundin auf die Zirkumflex AG, ebenfalls Wiederverkäuferin der Orange Communications AG, übertragen. Die Kundin war damit nicht einverstanden und versuchte - wegen des laufenden Vertrages erfolglos -, die beiden Mobilnummern zur Swisscom AG zu portieren. Im Laufe der folgenden Auseinandersetzung mit der Kundin wies die Zirkumflex AG diese darauf hin, dass im Falle einer Kündigung vor Ablauf der Vertragsdauer am 7. Juli 2011 eine Gebühr von Fr. 500.– pro Rufnummer verlangt werden könne. Da die Kundin die Abonnementsrechnungen zunächst nicht bezahlte, wurden die beiden Rufnummern vorübergehend gesperrt.
Mit Schreiben vom 20. Mai 2010 wandte sich die Kundin an die Stiftung ombudscom. Darin schilderte sie das Vorgefallene aus ihrer Sicht und fragte nach der Schilderung der gescheiterten Nummernportierung, was sie tun müsse. Zudem erklärte sie, dass sie auf die betreffenden Rufnummern verzichte, aber die ihr in Aussicht gestellte "Strafe" von Fr. 1000.– nicht bezahlen wolle. Weiter warf sie die Frage auf, ob sie als Kundin einfach weitergegeben werden könne.

Die Stiftung ombudscom nahm die Eingabe als Schlichtungsbegehren entgegen und verlangte von Frau X._____ zusätzliche Unterlagen, andernfalls man davon ausgehe, dass sie das Schlichtungsverfahren nicht mehr durchführen wolle. Am 18. Juni 2010 sandte die Kundin weitere Unterlagen und teilte mit, es würden ihr rechtliche Schritte angedroht und sie wolle die Rechnungen erst bezahlen, wenn alles geklärt sei.
Von der Schlichtungsstelle zur Stellungnahme aufgefordert, teilte die Zirkumflex AG mit, sie würde am Schlichtungsverfahren nicht teilnehmen, da sie weder Anbieterin noch Partei sei; die Voraussetzungen für ein Schlichtungsverfahren seien nicht erfüllt, insbesondere bestehe keine Streitigkeit mit der Kundin. Es bestünden keine offenen Rechnungen mehr, ebenso wenig habe sie Kenntnis irgendwelcher Forderungen der Kundin. Nachdem sie weitere Informationen bei Orange Communications AG und Swisscom AG zur Portierung einer Nummer und zu den vertraglichen Verhältnissen zwischen ihnen und den Wiederverkäufern eingeholt hatte, stellte die Stiftung ombudscom am 27. Oktober 2010 den Parteien einen Schlichtungsvorschlag zu, der abgelehnt wurde. Unter Beilage einer Gebührenrechnung vom 10. November 2010 stellte die Stiftung ombudscom der Zirkumflex AG für das Schlichtungsverfahren Fr. 2'931.- (inkl. Mehrwertsteuer) in Rechnung.
Die von der Zirkumflex AG beim Bundesverwaltungsgericht dagegen eingereichte Beschwerde wurde mit Urteil vom 23. August 2011 gutgeheissen und die Gebührenverfügung aufgehoben.

B.
Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 11. November 2011 beantragt die Stiftung ombudscom dem Bundesgericht, das erwähnte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und zur Neubeurteilung an dieses zurückzuweisen.
Die Zirkumflex AG stellt den Antrag, die Beschwerde abzuweisen.
Das Bundesverwaltungsgericht hat auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.
Der angefochtene Entscheid betreffend Verfahrenskosten der Schlichtungsstelle für den Bereich Telekom (Art. 12c Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 [FMG, SR 784.10]und Art. 42 Abs. 1 der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste [FDV, SR 784.101.1]) - seit dem 1. August 2008 die Beschwerdeführerin - kann mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten angefochten werden (Art. 82 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG); eine Ausnahme liegt nicht vor. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

2.
2.1 Die Beschwerdeführerin rügt zunächst eine offensichtlich unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 97 Abs. 1 BGG). Diese erblickt sie in der Feststellung der Vorinstanz, es sei zwar ein vorgängiger Einigungsversuch in Bezug auf die Nummernportierung nachgewiesen, nicht aber über andere Punkte.

2.2 Die Beschwerdegegnerin teilte der Kundin im Anschluss an ein Telefongespräch tags zuvor am 20. April 2010 mit, dass sie den übertragenen Vertrag (zu den mit der API AG ursprünglich vereinbarten Preiskonditionen) bis zum ordentlichen Ende am 7. Juli 2011 fortführen oder gegen eine - bereits im ursprünglichen Vertrag mit der API AG für diesen Fall vereinbarte - Gebühr von Fr. 500.– pro Mobilnummer vorzeitig auflösen könne. Es ist daher mit der Beschwerdeführerin davon auszugehen, dass die von der Kundin mit dem entsprechenden Vollmachtsformular bei der Swisscom AG vor Vertragsende beantragte Nummernportierung (mit dem Portierungsantrag, der als Kündigung des mit dem bisherigen Telekomanbieter abgeschlossenen Vertrages gilt, wird die Swisscom ermächtigt, diesen Vertrag zu kündigen) und die für die vorzeitige Auflösung des bisherigen Vertrages vorgesehene Gebühr derart verknüpft sind, dass die Einigungsversuche betreffend Portierung vor Ablauf des bisherigen Vertrages ohne Weiteres auch die dafür vorgesehene Gebühr umfassen.

2.3 Die Vorinstanz ist daher zu Unrecht bzw. - soweit es um die Feststellung des Sachverhalts geht - willkürlich davon ausgegangen, dass in Bezug auf die Gebühr von Fr. 1'000.– kein (erfolgloser) Einigungsversuch nachgewiesen sei.

3.
3.1 Die Beschwerdeführerin rügt weiter, entgegen der willkürlichen Auffassung der Vorinstanz habe die Kundin sehr wohl ein Schlichtungsverfahren beantragt.

3.2 Wie die Beschwerdeführerin zutreffend darlegt, hat die Vorinstanz offensichtlich den Ablauf der Einreichung eines Schlichtungsbegehrens über Internet verkannt. Das nach dem Aufsuchen der Homepage "ombudscom.ch" unter "Verfahren" erscheinende Formular lässt dem Suchenden nur die Wahl zwischen "Login" (für bereits eingereichte Begehren) und "neues Schlichtungsbegehren". Wird Letzteres angewählt, erscheint bereits das Formular "Schlichtungsbegehren", auf welchem der Besucher die Schlichtungsstelle ersucht, zwischen ihm und dem Fernmeldedienstanbieter ein Schlichtungsverfahren durchzuführen. Darunter erklärt der Besucher, das Verfahrensreglement zur Kenntnis genommen und versucht zu haben, mit dem Telekomanbieter eine Verhandlungslösung zu finden. Sodann wird nach dem streitigen Geldbetrag gefragt und eine Beschreibung des Sachverhaltes sowie die Angabe verlangt, was man mit dem Begehren erreichen wolle (vgl. dazu auch Beschwerde Ziff. 43 ff.). Es ist somit davon auszugehen, dass das in den Akten liegende Dokument (Beschwerdebeilage 9/001) gemäss Absender das elektronische Gesuch der Kundin bzw. deren "Schreiben" vom 20. Mai 2010 darstellt. Dies scheint der Vorinstanz entgangen zu sein.

3.3 Dieses von der Kundin per Internet bei der Stiftung ombudscom eingereichte Formular ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz ohne weiteres als Schlichtungsbegehren zu qualifizieren und grundsätzlich als solches entgegenzunehmen.

4.
4.1 Gemäss Art. 43 Abs. 1 FDV ist die Schlichtungsstelle für zivilrechtliche Streitigkeiten zwischen Kunden und ihren Fernmeldeanbietern zuständig.

4.2 Nachdem die Beschwerdegegnerin gegenüber der Kundin am 7. Mai 2010 ihre Ausführungen vom 20. April 2010 bestätigt hatte, verzichtete die Kundin am 20. Mai 2010 auf die Portierung der beiden Nummern. Ihre Erklärung, sie wolle die Fr. 1'000.– jedoch nicht bezahlen, ist insofern ohne Bedeutung, als die Vorinstanz festgestellt hat, dass sich aus den Akten nicht ergebe, dass dieser Betrag in Rechnung gestellt worden sei. Die Beschwerdegegnerin bestätigte denn auch am 3. August 2010 gegenüber der Beschwerdeführerin, die Kundin stelle keine Forderungen an sie und es bestünden auch keine fälligen Forderungen gegenüber der Kundin; diese habe sämtliche in Rechnung gestellten und fälligen Abonnementsgebühren bezahlt; eine Kündigung des Abonnementsvertrages sei bisher weder durch sie noch durch die Kundin erfolgt; damit habe sie auch keine Veranlassung gehabt, eine Kündigungsgebühr von Fr. 1'000.– in Rechnung zu stellen.
Gemäss den Ausführungen der Beschwerdegegnerin hat die Kundin in der Folge tatsächlich den Vertrag für die beiden in Frage stehenden Nummern erst am 11. März 2011 ordnungsgemäss auf den 7. Juli 2011 gekündigt (vgl. Vernehmlassungsbeilagen act. 11/2-5).

4.3 Es ist daher der Vorinstanz beizupflichten, die davon ausgeht, dass die Kundin unter den dargelegten Umständen bereits im Verfahren vor der Beschwerdeführerin keine Portierung mehr verlangt, Letztere somit gar nicht mehr im Streit gelegen habe. Es bestand daher bereits zu diesem Zeitpunkt offenkundig keine zivilrechtliche Streitigkeit mehr zwischen Kundin und Beschwerdegegnerin, die hätte geschlichtet werden können. Dies hätte auch die Beschwerdeführerin ohne weiteres erkennen können. Der Vorinstanz ist daher im Ergebnis zuzustimmen, dass keine Veranlassung für die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens bestand.

4.4 Die Vorinstanz durfte somit unter Berücksichtigung aller Umstände ohne Verletzung von Bundesrecht davon ausgehen, dass der Beschwerdeführerin mangels entsprechender Forderungen (noch) kein streitiges Rechtsverhältnis vorlag, welches die Durchführung eines Schlichtungsverfahren gerechtfertigt hätte. Sie hat daher zu Recht erkannt, dass die in Frage stehende Gebührenverfügung einer Rechtsgrundlage entbehre und somit aufzuheben sei.

5.
Die Beschwerde ist aus diesen Gründen abzuweisen. Bei diesem Ausgang hat die Beschwerdeführerin, um de-

ren Vermögensinteressen es sich handelt, die Kosten des Verfahrens vor Bundesgericht zu tragen (Art. 66 Abs. 1 und 4 BGG). Der nicht durch einen Anwalt vertretenen Beschwerdegegnerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 1'500.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil wird den Verfahrensbeteiligten und dem Bundesverwaltungsgericht schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 20. Februar 2012
Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Zünd

Der Gerichtsschreiber: Küng