Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-6085/2009
{T 1/2}

Urteil vom 22. Januar 2010

Besetzung

Richter Lorenz Kneubühler (Vorsitz),
Richter André Moser, Richterin Kathrin Dietrich,
Gerichtsschreiber Mario Vena.

Parteien

abalon telecom it AG,
Beschwerdeführerin,

gegen

Bundesamt für Kommunikation BAKOM,
Vorinstanz.

Gegenstand

Widerruf eines Carrier Selection Codes.

Sachverhalt:

A.
Mit Verfügung vom 2. Februar 2001 teilte das Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) der RSL COM Retail Services AG (RSL COM) auf unbestimmte Dauer den Carrier Selection Code (Auswahlcode für die Dienstanbieterin, nachfolgend: CS-Code) 10770 zu. Durch die CS-Codes werden die Fernmeldedienstanbieterinnen identifiziert, denen sie zugeteilt sind. Es handelt sich dabei um eine fünfstellige Kurznummer, welche vor der eigentlichen Rufnummer des Gesprächspartners oder des gewünschten Dienstes gewählt werden muss, um die Verbindung über die gewünschte Fernmeldedienstanbieterin aufzubauen. Die Teilnehmer und Teilnehmerinnen des öffentlichen Telefondienstes können ihre Gespräche über die Dienstanbieterin ihrer Wahl führen, indem sie jeweils vor der Nummer des anzurufenden Teilnehmers den entsprechenden CS-Code wählen (sogenanntes Call by Call) oder diesen Code in der Ortszentrale, an die sie angeschlossen sind, programmieren lassen (sogenannte Preselection).

Am 14. Mai 2001 übertrug das BAKOM den CS-Code 10770 – auf entsprechendes Gesuch hin – auf die abalon telecom it AG (abalon), welche im Zuge einer Fusion die Aktiven und Passiven von RSL COM übernommen hatte.

B.
Im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit stellte das BAKOM fest, dass die Suissephone Communications GmbH (Suissephone) Telefondienstleistungen mittels Preselection anbot und sich dabei des CS-Code 10770 bediente. Am 22. Juli 2009 eröffnete das BAKOM deshalb ein Widerrufsverfahren gegen abalon, hielt ihr dabei vor, das anwendbare Recht zu verletzen, indem sie den CS-Code durch Suissephone nutzen lasse, und erachtete aus diesem Grund die Voraussetzungen für einen Widerruf der Code-Zuteilung als gegeben. Abalon erhielt Gelegenheit zu einer Stellungnahme, von der sie am 3. August 2009 Gebrauch machte. Sie bestritt zwar die Verwendung des CS-Codes 10770 durch Suissephone nicht, machte aber geltend, sie biete über diesen "Retailer" (englisch für Einzelhändler) und mit dem betreffenden CS-Code Fernmeldedienste "als Wholesaler" (englisch für Grosshändler) an. Darin könne weder eine Verletzung des anwendbaren Rechts noch ein Verstoss gegen das Prinzip der freien Wahl des Dienstanbieters erblickt werden.

C.
Das BAKOM teilte Suissephone auf deren Gesuch hin am 17. August 2009 den CS-Code 10795 zu und forderte sie auf, die Verwendung des CS-Codes 10770 einzustellen und die Migration ihrer Kundinnen und Kunden vorzunehmen.

D.
Mit Verfügung vom 24. August 2009 widerrief das BAKOM die Zuteilung des CS-Codes 10770 an abalon mit Wirkung per 15. Oktober 2009 und wies darauf hin, dass nach Eintritt der Rechtskraft dieser Verfügung Swisscom (Schweiz) AG angewiesen würde, den CS-Code 10770 auf den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Widerrufs ausser Betrieb zu nehmen. Mit der Verfügung wurden abalon im Übrigen Verwaltungsgebühren im Betrag von Fr. 2'080.-- auferlegt. Das BAKOM bekräftigte in der Begründung seines Entscheids, abalon habe das anwendbare Recht sowie die Bestimmungen der Zuteilungsverfügung verletzt, indem sie den ihr zugeteilten CS-Code 10770 durch Suissephone nutzen lasse. Aufgrund dieser rechtswidrigen Nutzung sei die Zuteilung des CS-Codes zu widerrufen. Der Widerruf sei verhältnismässig.

E.
Mit Eingabe vom 24. September 2009 führt abalon (Beschwerdeführerin) gegen die Verfügung des BAKOM (Vorinstanz) vom 24. August 2009 Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht mit folgenden Rechtsbegehren:

"1. Die Verfügung des BAKOM vom 24. August 2009 sei aufzuheben.
Eventualiter: Die Frist für den Entzug des CSC 10770 sei auf nicht unter 2 Monaten nach Rechtskraft des Entscheides anzusetzen und die aufschiebende Wirkung bis zu diesem Zeitpunkt sei festzustellen.

2. Die Verwaltungsgebühren der Verfügung seien aufzuheben.

3. Es sei der abalon telecom it ag die Möglichkeit zu geben, bis zum 31. Dezember 2009 bzw. frühestens innert 60 Tagen nach Rechtskraft der Verfügung die Kunden der Firma Suissephone Communications GmbH auf deren Carrier Selection Code zu übertragen.
Eventualiter: Die abalon telecom it ag sei zu verpflichten, alle Kunden der Suissephone ag innert 60 Tagen nach Rechtskraft der Verfügung aus ihrem CSC 10770 abzuschalten.

4. Es sei der abalon telecom it ag die Möglichkeit zu geben, ihre eigenen Kunden weiterhin über den Carrier Selection Code 10770 zu bedienen.

5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin."

Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen, der Widerruf der Zuteilungsverfügung beruhe auf einer ungenügenden gesetzlichen Grundlage, sei inhaltlich unbegründet, weil sie entgegen den Behauptungen der Vorinstanz keine gesetzlichen Bestimmungen verletzt habe, und erweise sich schliesslich auch als unangemessen und unverhältnismässig. Die Vorinstanz habe überdies den Sachverhalt unrichtig und unvollständig festgestellt, indem der Beschwerdeführerin aktenwidrig unterstellt werde, sie würde auch in Zukunft Dritte an ihrem CS-Code teilhaben lassen.

F.
In ihrer Vernehmlassung vom 20. November 2009 beantragt die Vorinstanz, die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen.

G.
In ihrer Replik vom 31. Dezember 2009 hält die Beschwerdeführerin an ihren Rechtsbegehren fest.

H.
Auf die Vorbringen der Vorinstanz und der Beschwerdeführerin und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern sie von Behörden erlassen wurden, die gemäss Art. 33 und 34 VGG als Vorinstanzen gelten, und überdies keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Das BAKOM gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und ist daher Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben. Das Bundesverwaltungsgericht ist damit zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (vgl. Art. 37 VGG).

1.3 Die Beschwerdeführerin ist durch die angefochtene Verfügung beschwert und damit zur vorliegenden Beschwerde berechtigt (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

2.
Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Gerügt werden kann die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung und Missbrauch des Ermessens (Art. 49 Bst. a VwVG), die unrichtige beziehungsweise unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) sowie die Unangemessenheit des angefochtenen Entscheides (Art. 49 Bst. c VwVG).

3.
3.1 Die Beschwerdeführerin macht vorab geltend, auf ihren Vorschlag in der Stellungnahme vom 3. August 2009, den CS-Code 10770 im Sinne einer gütlichen Einigung insgesamt auf Suissephone zu übertragen, sei die Vorinstanz in Missachtung von Art. 33b VwVG zu Unrecht nicht eingetreten. Da sich die Vorinstanz offenbar auf den Standpunkt stelle, im Interesse des Konsumentenschutzes eingeschritten zu sein, erfülle sie "genau die Voraussetzungen des Parteibegriffs" und sei damit "nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, einen von [ihr] behaupteten Konflikt zu Gunsten der Konsumenten zu lösen".

3.2 Nach Art. 33b VwVG kann die Behörde das Verfahren im Einverständnis mit den Parteien sistieren, damit sich diese über den Inhalt der Verfügung einigen können. Ein solches Vergleichsverfahren kann zwar auch in Verwaltungssachen zur Anwendung kommen, die durch Verfügung von Bundesverwaltungsbehörden in erster Instanz zu erledigen sind (BVGE 2008/51 E. 2.3.1; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, Rz. 2.37; Karine Siegwart, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Rz. 25 zu Art. 33b VwVG). Art. 33b VwVG verleiht den Privaten jedoch keinen Rechtsanspruch auf Vergleichsverhandlungen beziehungsweise einen Vergleich (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-710/2007 vom 24. Septem-

ber 2009 E. 3.1; THOMAS PFISTERER, in: Christoph Auer/Markus Müller/Benjamin Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren [VwVG], Zürich 2008, Rz. 7 und 27 zu Art. 33b VwVG), sondern sieht lediglich die Rahmenbedingungen für den Einsatz der gütlichen Einigung und des Mediationsverfahrens im Bereich des Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahrens vor (vgl. SIEGWART, a.a.O.). Vor allem aber setzt die Einleitung eines Verfahrens nach Art. 33b VwVG im erstinstanzlichen Verfahren voraus, dass mindestens zwei Parteien im Sinne von Art. 6 VwVG – die verfügende Behörde selbst ist entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin nicht Partei (vgl. ISABELLE HÄNER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], a.a.O., Rz. 9 zu Art. 6 VwVG) – von dem Sachverhalt betroffen sind, der durch eine Verfügung zu entscheiden ist (vgl. SIEGWART, a.a.O., Rz. 28 und 37 zu Art. 33b VwVG). Von vornherein nicht genügend Verhandlungsspielraum für die Einleitung eines Einigungsprozesses im Sinne von Art. 33b VwVG besteht im Übrigen, wenn nach den Umständen eine autoritative behördliche Entscheidung gefordert ist oder ausschliesslich die Klärung einer Rechtsfrage Konfliktgegenstand bildet (vgl. SIEGWART, a.a.O. Rz. 32 zu Art. 33b VwVG).

Im Fall der Beschwerdeführerin bestand im Rahmen des erstinstanzlichen Verfahrens kein Raum für die Durchführung eines Vergleichsverfahrens nach Art. 33b VwVG. Die Vorinstanz verweist in ihrer Vernehmlassung zu Recht auf ihre Rolle als Aufsichtsbehörde. In dieser Eigenschaft (zur Aufsichtsfunktion des BAKOM im Einzelnen vgl. Art. 58 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 [FMG, SR 784.10]) leitete sie das erstinstanzliche Verfahren ein, um – gegebenenfalls autoritativ – die Einhaltung des öffentlichen Fernmelderechts sicherzustellen. Einzige Partei des Aufsichtsverfahrens war die Beschwerdeführerin. Strittig war schliesslich in erster Linie die Frage, ob es der Inhaberin eines CS-Codes nach dem anwendbaren Recht gestattet ist, diesen Code (auch) durch Dritte nutzen zu lassen, was die Beschwerdeführerin nach wie vor für sich in Anspruch nimmt. Das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) und die zwingende Natur des Verwaltungsrechts (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2006, Rz. 88) stehen aber einer konsensualen Lösung eines solchen Rechtsstreits von vornherein entgegen (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 3.213).

Dem "Vorschlag" der Beschwerdeführerin hatte die Vorinstanz immerhin insofern Rechnung zu tragen, als sie im Rahmen des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 29 ff. VwVG) auch diese Vorbringen zu würdigen hatte (vgl. Art. 32 Abs. 1 VwVG) und ihren Entscheid entsprechend begründen musste (zum Ganzen: BGE 134 I 83 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen). Dies hat sie denn auch getan, setzt sie sich doch im angefochtenen Entscheid bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit des Widerrufs auch mit dem betreffenden "Vorschlag" der Beschwerdeführerin auseinander (vgl. dort Ziff. 2.2 bzw. im Einzelnen E. 6.3.2 hiernach).

Ihren Anspruch auf rechtliches Gehör betrachtet die Beschwerdeführerin freilich aus einem anderen Grund als verletzt. Sie führt in ihrer Replik aus, die Vorinstanz habe sie vor Erlass der angefochtenen Verfügung nicht darüber in Kenntnis gesetzt, dass Suissephone inzwischen ein CS-Code zugeteilt worden sei. Entsprechend habe die Beschwerdeführerin auch keine Gelegenheit erhalten, sich dazu zu äussern. Der Anspruch auf rechtliches Gehör verleiht der betroffenen Person gerade auch ein Recht auf vorgängige Orientierung und Äusserung (vgl. statt vieler BGE 132 II 485 E. 3.2). Der Beschwerdeführerin wurde mit Zwischenverfügung vom 22. Juli 2009 Gelegenheit gegeben, zu den wesentlichen Punkten Stellung zu nehmen, die aus Sicht der Vorinstanz für einen Widerruf sprachen. In dieser Hinsicht war die Zuteilung eines CS-Codes an Suissephone für die Vorinstanz nicht von Bedeutung. Ob sie diesen Umstand zu Recht oder zu Unrecht unberücksichtigt liess, ist nicht eine Frage des rechtlichen Gehörs, da dieser Umstand die Beschwerdeführerin jedenfalls nicht direkt betrifft. Es geht hier vielmehr um eine Frage, die bei der materiellen Beurteilung des Widerrufs unter dem Gesichtspunkt seiner Verhältnismässigkeit zu prüfen ist (vgl. dazu E. 6.3.2 und 6.3.3 hiernach). Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich damit als unbegründet.

4.
Die Beschwerdeführerin zweifelt an, dass der von der Vorinstanz angeordnete Widerruf der CS-Code-Zuteilung auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhe.

4.1 Die Vorinstanz stützte sich bei der Anordnung des Widerrufs auf Art. 11 Abs. 1 Bst. b der Verordnung vom 6. Oktober 1997 über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV, SR 784.104).

Gemäss dieser Bestimmung kann das BAKOM die Zuteilung von Adressierungselementen – wozu auch Kurznummern wie die CS-Codes zu zählen sind (vgl. Art. 3 Bst. f FMG) – widerrufen, wenn deren Inhaberin das anwendbare Recht, insbesondere die Bestimmungen dieser Verordnung, die Vorschriften des Bundesamtes (des BAKOM) oder die Bestimmungen der Zuteilungsverfügung, missachtet.

4.1.1 Eine Verletzung des anwendbaren Rechts im Sinne von Art. 11 Abs. 1 Bst. b AEFV erblickte die Vorinstanz darin, dass die Beschwerdeführerin den ihr zugeteilten CS-Code 10770 durch eine Dritte, nämlich Suissephone, nutzen liess. Damit habe die Beschwerdeführerin gegen die Bestimmungen der Zuteilungsverfügung vom 2. Februar 2001 sowie gegen Ziff. 5.2 Anforderung 3 der Technischen und administrativen Vorschriften betreffend die freie Wahl der Dienstanbieterin für nationale und internationale Verbindungen (Ausgabe 6 vom 28. Februar 2007; nachfolgend: Technische und administrative Vorschriften) verstossen, wie sich auch aus Ziff. 5 des Merkblatts des BAKOM betreffend die Zuteilung von CS-Codes ergebe.

Die Technischen und administrativen Vorschriften bilden den Anhang 2 zur Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission (nachfolgend: ComCom) vom 17. November 1997 betreffend das Fernmeldegesetz (VO ComCom, SR 784.101.112; Anhang 2 in der SR nicht publiziert, abrufbar unter <www.bakom.ch > Themen > Telekommunikation > Nummerierung & Telefonie > Carrier Selection Code [freie Wahl der Anbieterin], besucht am 12. Januar 2010). Der Anhang 2 VO ComCom legt in Ziff. 5.2 Anforderung 3 fest, dass nur die Inhaberin von CS-Codes berechtigt ist, anhand des (der) ihr zugeteilten Codes Fernmeldedienste anzubieten. Zwar ist festzustellen, dass am 1. Januar 2010 eine neue Ausgabe der Technischen und administrativen Vorschriften in Kraft getreten ist (Ausgabe 7 vom 29. Oktober 2009). Allerdings ist in Ziff. 5.2 (Anforderungen 1–3) dieser neuen Ausgabe die Regelung in der bisherigen Ausgabe unverändert übernommen worden, weshalb sich die Frage der rückwirkenden Anwendbarkeit neuen Rechts auf hängige Verfahren (vgl. dazu Urteil des BVGer A-621/2009 vom 20. August 2009 E. 5.2 mit Hinweisen) von vornherein nicht stellt.

4.1.2 In seinem "Merkblatt betreffend die Zuteilung von Carrier Selection Codes (CS-Codes)" vom 1. Februar 2008 (abrufbar ebenfalls unter <www.bakom.ch > Themen > Telekommunikation > Nummerie-

rung & Telefonie > Carrier Selection Code [freie Wahl der Anbieterin], besucht am 12. Januar 2010) nimmt das BAKOM in Ziff. 5 ("Spezialbestimmungen für Wiederverkäufer von Diensten [Switchless Resellers]") Bezug auf die Regelung in Ziff. 5.2 Anforderung 3 Anhang 2 VO ComCom und führt dazu aus, Unternehmen ohne eigene Infrastruktur (sogenannte "Switchless Resellers"), die unter ihrem eigenen Namen am Markt aufträten und ihre eigenen Kundenbeziehungen (Fakturierung, Kundendienst etc.) pflegen möchten, müssten ihre Dienste über ihre(n) eigenen CS-Code(s) anbieten.

4.2 Die Beschwerdeführerin führt aus, es sei mindestens fraglich, ob ein derart schwerwiegender Eingriff wie der von der Vorinstanz angeordnete Widerruf lediglich gestützt auf den Anhang zu einer Verordnung überhaupt möglich sei. Es stelle sich die Frage der nötigen Delegationskompetenz. Die freie Wahl der Dienstanbieterin sei durch die Anbieterinnen von Fernmeldediensten sicherzustellen. Die durch die ComCom zu regelnden technischen Einzelheiten dürften daher nicht weiter gehen, als dies zur Sicherstellung der zu gewährleistenden Vorgaben nötig sei. Insbesondere sei ein Eingriff in die wirtschaftliche Freiheit der Anbieterinnen durch diesen Zweck mangels Notwendigkeit nicht gedeckt. Jeder Konsument, der über den CS-Code 10770 der Beschwerdeführerin telefoniere, habe einen eindeutig identifizierbaren Kommunikationspartner. Ob die Dienstanbieterin ihre Dienste direkt oder über Wiederverkäufer dem Endkunden anbiete, sei für die Gewährleistung der Rechte der Konsumenten nicht relevant. In Streitfällen sei die Dienstanbieterin verantwortlich, die somit ein erhöhtes Risiko trage. Die gesetzliche Kompetenzdelegation an die ComCom sei aber nicht tauglich, über Umfang der durch die Dienstanbieterinnen eingegangen Risiken zu befinden.

Mit der in der "Weisung betreffend die freie Wahl der Dienstanbieterin" vorgenommenen – inhaltlich unklaren – Einschränkung, dass eine "Anbietung" nur die Anbietung von Telekommunikationsdienstleistungen direkt an den Endkunden sein könne, habe die Vorinstanz ihre Kompetenzen klar überschritten. Solche Einschränkungen seien durch die angebliche Regulierungsdelegation an das BAKOM, auf die sich die Vorinstanz zu beziehen scheine, nicht abgedeckt. Wenn der Begriff des "Anbietens" so verstanden werden sollte, wie im Merkblatt der Vorinstanz festgehalten, hätte diese Definition mindestens in die formelle Verordnung aufgenommen werden müssen, da diese keine Kompetenz zum Erlass verbindlicher Normen durch ein Merkblatt vorsehe.

Die Weisung der Vorinstanz, auf die sie den Entzug des CS-Codes 10770 stütze, entbehre somit der rechtlichen Grundlage und sei willkürlich.

4.3 Der Ansicht der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden.

4.3.1 Die allgemeine Zuständigkeit des BAKOM, die Zuteilung von CS-Codes unter bestimmten Voraussetzungen zu widerrufen, ergibt sich aus Art. 28 Abs. 1 FMG, wo festgelegt wird, dass das BAKOM die Adressierungselemente unter Beachtung der internationalen Normen "verwaltet". Diese Verwaltungskompetenz wird auf Verordnungsstufe in der vom Bundesrat erlassenen AEFV konkretisiert (vgl. Art. 62 Abs. 1 FMG, wonach der Bundesrat das Fernmeldegesetz, unter Vorbehalt der Zuständigkeit der ComCom, vollzieht). Dort wird umschrieben, unter welchen Voraussetzungen das BAKOM Adressierungselemente im Allgemeinen und CS-Codes im Besonderen zuteilen (Art. 4 AEFV und Art. 33 AEFV i.V.m. Art. 10 Abs. 1 VO ComCom) beziehungsweise widerrufen (Art. 11 AEFV) kann.

4.3.2 Art. 11 Abs. 1 Bst. b AEFV enthält eine nicht abschliessende Aufzählung von Verstössen gegen das anwendbare Recht ("insbesondere" die Missachtung der Bestimmungen der AEFV, der Vorschriften des BAKOM oder der Bestimmungen der Zuteilungsverfügung), die zu einem Widerruf der Zuteilung von Adressierungselementen führen können. Mit Bezug auf die Zuteilung von CS-Codes verweist Art. 33 AEFV ausdrücklich auf die von der ComCom vorgesehenen Modalitäten. Die Massgeblichkeit dieser "Modalitäten" ergibt sich allerdings bereits aus dem Fernmeldegesetz selbst. Art. 28 Abs. 4 FMG schreibt den Anbieterinnen von Fernmeldediensten unter anderem vor, die freie Wahl der Dienstanbieterin für nationale und internationale Verbindungen sicherzustellen (erster Satz), und überträgt gleichzeitig der ComCom die Befugnis, unter Berücksichtigung der technischen Entwicklung und der internationalen Harmonisierung die Einzelheiten zu regeln (zweiter Satz).

Nach Art. 164 BV sind alle wichtigen rechtsetzenden Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen (Abs. 1). Rechtsetzungsbefugnisse können jedoch durch Bundesgesetz übertragen werden, soweit dies nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen wird (Abs. 2). Ein solches verfassungsrechtliches Delegationsverbot greift im vorliegenden Zusammenhang offensichtlich nicht. Gestützt auf die gesetzliche Delegation in Art. 28 Abs. 4 FMG hat die ComCom im

3. Abschnitt der VO ComCom, unter dem Titel "Freie Wahl der Dienstanbieterin für nationale und internationale Verbindungen", die Art. 9–13 VO ComCom und in Anhang 2 zur VO ComCom die entsprechenden Technischen und administrativen Vorschriften erlassen. Dem Anhang 2 der VO ComCom kommt delegationsrechtlich dieselbe Bedeutung wie der Verordnung selbst zu (vgl. Art. 13 VO ComCom, der für die technischen und administrativen Modalitäten für die Realisierung der freien Wahl der Dienstanbieterin auf den Anhang 2 verweist). Art. 28 Abs. 4 FMG versieht die ComCom im Sinne einer umfassenden Delegation mit Rechtsetzungskompetenzen unter anderem auch im Hinblick auf die Verwirklichung der freien Wahl der Dienstanbieterin. Wird in diesem Sinne durch eine gesetzliche Delegation ein sehr weiter Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsebene eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich verbindlich (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 2A.507/2006 vom 15. Januar 2007 E. 3.4 sowie BGE 131 II 13 E. 6.1).

Die Technischen und administrativen Vorschriften gemäss Anhang 2 zur VO ComCom legen die minimalen technischen und administrativen Anforderungen fest, die von den Dienstanbieterinnen erfüllt werden müssen, damit ihren Kundinnen und Kunden – zur Förderung des Wettbewerbs im Fernmeldebereich – die freie Wahl der Dienstanbieterin für nationale und internationale Verbindungen ermöglicht werden kann (vgl. Ziff. 1.1 und 1.2 der betreffenden Vorschriften). Die Auswahl einer bestimmten Dienstanbieterin erfolgt über den dieser zugeteilten CS-Code. Die hier interessierende Regelung in Ziff. 5.2 Anforderung 3 Anhang 2 VO ComCom enthält Einzelheiten über die Benutzung der CS-Codes durch die Dienstanbieterinnen. Die ComCom hat sich jedenfalls insoweit an den Rahmen der ihr in Art. 28 Abs. 4 FMG delegierten Kompetenzen gehalten.

4.3.3 Die Beschwerdeführerin sieht schliesslich für den von der Vorinstanz angeordneten Widerruf auch insofern keine genügende rechtliche Grundlage, als er sich auf das Merkblatt des BAKOM vom 1. Februar 2008 stütze. Die Beschwerdeführerin übersieht allerdings, dass dieses Merkblatt, das keine Rechtsnormen enthält und entsprechend keine eigenständige fernmelderechtliche Rechtsquelle bildet, gemäss seiner Einleitung lediglich bezweckt, gestützt auf die einschlägigen fernmelderechtlichen Bestimmungen das Verfahren für die Zuteilung von CS-Codes an die Fernmeldedienstanbieterinnen zu erläutern (vgl.

Ziff. 1). Für das Bundesverwaltungsgericht ist es nur – aber immerhin – insofern von Bedeutung, als es als Meinungsäusserung der Verwaltung über die Auslegung des anwendbaren Rechts geeignet ist, für eine einheitliche und rechtsgleiche Verwaltungspraxis zu sorgen (vgl. zur Bedeutung solcher Verwaltungsverordnungen allgemein MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.173; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 123 ff.). Der Vorinstanz ist jedenfalls darin zuzustimmen, dass die erläuternden Ausführungen in Ziff. 5 des betreffenden Merkblattes (vgl. E. 4.1 hiervor am Ende) – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – nicht über den Inhalt von Ziff. 5.2 Anforderung 3 Anhang 2 VO ComCom hinaus gehen.

4.3.4 Daraus ergibt sich, dass der von der Vorinstanz angeordnete Widerruf entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruht. Nachfolgend ist daher näher zu prüfen, ob der Widerruf gestützt auf das anwendbare Recht begründet ist.

5.

5.1 Die Beschwerdeführerin hält den Widerruf für unbegründet und stellt sich dabei auf den Standpunkt, sie habe entgegen den Behauptungen der Vorinstanz keine gesetzlichen Bestimmungen verletzt. Die von ihr wahrgenommene "Wholesale-Funktion" beinhalte die Anmeldung der Preselection bei der Swisscom AG, den Access und die Terminierung der Gespräche. Es seien keine Bestimmungen ersichtlich, die ein derartiges "Wholesale-Angebot" untersagen würden. Ziff. 5.2 Anforderung 3 Anhang 2 VO ComCom halte zwar fest, dass nur die Inhaberin eines CS-Codes berechtigt sei, Fernmeldedienste anzubieten. Eine Einschränkung der Art und Weise der "Anbietung" gehe aber aus dieser Bestimmung nicht hervor. Insbesondere sei nicht klar festgehalten, ob die der Inhaberin vorbehaltene Nutzung eine indirekte Nutzung durch Dritte (als "Retailer" bzw. "Wiederverkäufer") ausschliesse. Gemäss allgemeinem Sprachgebrauch sei unter "anbieten" jedes Anbieten in einem Wirtschaftssystem, auf welcher Ebene auch immer, zu verstehen.

Der Endkunde werde – wenn er sich dafür interessiere und die entsprechende Dienstnummer wähle – auch darüber informiert, dass er mit abalon telefoniere. Da damit die freie Wahl der Dienstanbieterin und die notwendige Transparenz gegeben seien und kein täuschendes Geschäftsgebaren seitens von abalon oder Suissephone vorliege, sei

eine Sanktion zur Sicherstellung der freien Wahl nicht nötig. Die von der Vorinstanz verfügte Abschaltung des CS-Codes bedeute für die Kunden der Beschwerdeführerin und der Suissephone genau das Gegenteil der von der Vorinstanz angeführten Zielsetzung, nämlich die Aufhebung der freien Wahl des Dienstanbieters, da diese Kunden zwangsweise von dem Anbieter getrennt würden, den sie vorher ausgewählt hätten.

5.2 Art. 11 Abs. 1 AEFV ist als Kann-Vorschrift formuliert. Das BAKOM ist damit auch bei Missachtung des anwendbaren Rechts durch die Inhaberin von Adressierungselementen (Art. 11 Abs. 1 Bst. b AEFV) nicht in jedem Fall verpflichtet, deren Zuteilung zu widerrufen. Ob es von dieser Möglichkeit – in pflichtgemässer Ausübung seines Ermessens und unter Beachtung des Gebots der Verhältnismässigkeit (zu Letzterem vgl. im Einzelnen E. 6 hiernach) – Gebrauch machen soll, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, namentlich davon, wie gross die Gefahr einer Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses ist, das durch das anwendbare Recht gerade geschützt werden soll. Der Zweck eines Widerrufs nach Art. 11 Abs. 1 Bst. b AEFV besteht denn auch nicht primär in der Sanktionierung eines dem anwendbaren Recht widersprechenden Verhaltens (Verwaltungssanktionen können aber allenfalls gestützt auf Art. 60 Abs. 1 FMG ausgesprochen werden), sondern vielmehr in der (im öffentlichen Interesse liegenden) Wahrung der Interessen der Konsumentinnen und Konsumenten (vgl. Urteile des BVGer A-6091/2008 vom 10. November 2009 E. 6 und A-8634/2007 vom 29. Mai 2008 E. 4.3).

Hinzu kommt, dass vorliegend eine Verletzung der Technischen und administrativen Vorschriften gemäss Anhang 2 zur VO ComCom in Frage steht, weshalb auch dem Umstand Rechnung zu tragen ist, dass der ComCom beim Erlass der betreffenden Vorschriften nach dem Willen des Gesetzgebers ein weiter Ermessensspielraum zukam (vgl. bereits E. 4.3.2 hiervor). Entsprechend hat sich das Bundesverwaltungsgericht eine gewisse Zurückhaltung aufzuerlegen, wenn es die Anwendung dieser Vorschriften durch das BAKOM überprüft, zumal sowohl die ComCom als auch das BAKOM im Bereich der Telekommunikation über ein besonderes Fachwissen verfügen (vgl. Urteile des BVGer A-109/2008 vom 12. Februar 2009 E. 4 und A-8634/2007 vom 29. Mai 2008 E. 6.1).

5.3 Vorliegend hat die Vorinstanz überzeugend dargelegt, dass es gegen Ziff. 5.2 Anforderung 3 Anhang 2 VO ComCom verstösst, wenn ein CS-Code von dessen Inhaberin Dritten zur Nutzung überlassen wird. Dies bringt – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – bereits der Wortlaut dieser Vorschrift klar zum Ausdruck und wird in Ziff. 5 des Merkblatts des BAKOM vom 1. Februar 2008 (vgl. E. 4.1.2 hiervor) noch zusätzlich verdeutlicht. Dass nur die Inhaberin eines CS-Codes berechtigt ist, anhand dieses Codes Fernmeldedienste anzubieten, war im Übrigen auch unter den "Bedingungen" der Zuteilungsverfügung vom 2. Februar 2001 aufgeführt. Unbehelflich ist der Einwand der Beschwerdeführerin, ihr seien die Bestimmungen der Zuteilungsverfügung als Rechtsnachfolgerin der ursprünglichen Inhaberin des CS-Codes 10770 nicht bekannt gewesen, zumal auch im Schreiben des BAKOM vom 14. Mai 2001 kein Hinweis auf entsprechende Bedingungen oder Auflagen für die Nutzung enthalten gewesen sei. Gemäss Art. 7a Abs. 1 AEFV wird die Firma, die aus einer Fusion hervorgeht, Inhaberin aller Adressierungselemente, die den fusionierten Firmen zugeteilt worden waren. Es versteht sich dabei von selbst, dass auf die neue Inhaberin nicht mehr Rechte übergehen können, als der ursprünglichen Inhaberin bereits zustanden. Entsprechend muss sich die Rechtsnachfolgerin auch die in der Zuteilungsverfügung enthaltenen Bedingungen und Auflagen für die Nutzung des CS-Codes entgegenhalten lassen, dies erst recht, wenn diese Bedingungen und Auflagen lediglich geltendes Recht wiedergeben.

Die Nutzung des CS-Codes 10770 durch Suissephone im Rahmen der von der Beschwerdeführerin als "Wholesale/Retail-Verhältnis" bezeichneten Geschäftsbeziehung ist nicht nur aufgrund des Wortlauts von Ziff. 5.2 Anforderung 3 Anhang 2 VO ComCom, sondern ebenso mit Blick auf die mit dieser Regelung verfolgten Absichten als unzulässig zu erachten. Nach den schlüssigen Ausführungen im angefochtenen Entscheid war Beweggrund für die Einführung dieser Regelung insbesondere der Umstand, dass der Preselection-Antrag der Kundinnen und Kunden gleichzeitig als Bevollmächtigung der ausgewählten Dienstanbieterin gilt, die Preselection bei der Ursprungsdienstanbieterin (Fernmeldedienstanbieterin, die den anrufenden Kundinnen und Kunden die Herstellung einer Telefonverbindung mittels eines physischen oder virtuellen Anschlusses ermöglicht, vorliegend die Swisscom AG) zu beantragen (vgl. Ziff. 4.1 Anhang 2 VO ComCom). Zur Schaffung von Transparenz und Verhinderung allfälligen täuschenden Geschäftsgebarens, aber insbesondere auch zur Vermeidung allfälli-

ger "Slamming-Streitigkeiten" (das heisst Streitigkeiten infolge Aktivierung oder Deaktivierung der Preselection ohne Zustimmung der Teilnehmerinnen oder Teilnehmer) und eines diesbezüglich unerfreulichen Beweisnotstands der betroffenen Kundinnen und Kunden müsse der Preselection-Antrag eindeutig der Inhaberin des CS-Codes zugeordnet werden können, was aber bei der gleichzeitigen Nutzung ein und desselben CS-Codes durch mehrere Anbieter nicht gewährleistet sei. Zweck von Ziff. 5.2 Anforderung 3 Anhang 2 VO ComCom sei damit die eindeutige Identifikation der Anbieterinnen sicherzustellen, aber auch die beliebige Weitergabe von CS-Codes, die ein öffentliches Gut darstellen würden, zu verhindern.

Dies alles verkennt die Beschwerdeführerin, wenn sie sich auf die Bedeutung des Begriffs "anbieten" nach allgemeinem Sprachgebrauch beruft, gestützt darauf von der Zulässigkeit der Überlassung von CS-Codes zur Nutzung an Dritte ausgeht und dabei auch die Transparenz nicht gefährdet sieht, da jeder Kunde, der sich dafür interessiere und die entsprechende Dienstnummer wähle, auch darüber informiert werde, dass er "über den CS-Code 10770" beziehungsweise "mit abalon" telefoniere.

Wenn in Ziff. 5.2 Anforderung 3 Anhang 2 VO ComCom von der Berechtigung die Rede ist, "Fernmeldedienste anzubieten", wird damit an den fernmelderechtlichen Begriff des Angebots von Fernmeldediensten angeknüpft. Danach ist Anbieterin von Fernmeldediensten, wer die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte erbringt (vgl. Art. 3 Bst. b FMG). Entscheidend für die Qualifikation als Fernmeldedienstanbieterin ist die Beherrschung der Beziehung zum Kunden und damit verbunden auch die Möglichkeit, die wichtigsten Merkmale der dem Kunden angebotenen Dienstleistung direkt oder indirekt zu prägen, wobei die Anbieterin letztlich für die Produktion der Dienstleistung dem Kunden gegenüber verantwortlich sein muss (vgl. vgl. Peter R. Fischer/Oliver Sidler, Fernmelderecht, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], Informations- und Kommunikationsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. V, Teil 1, 2. Aufl., Basel/Genf/München 2003, S. 117 Rz. 78). Dieses typische Kundenverhältnis fehlt aber im Falle der Beschwerdeführerin, soweit sie den CS-Code 10770 durch Suissephone nutzen lässt. Zu Recht weist die Vorinstanz darauf hin, Suissephone habe den CS-Code der Beschwerdeführerin genutzt, um Kundinnen und Kunden ihre Dienste in eigenem Namen und auf eigene Rechnung anzubieten. Gegenüber der Ursprungsdienstanbie-

terin sei dagegen ausschliesslich die Beschwerdeführerin als CS-Code-Inhaberin aufgetreten, ein Umstand, den die geltenden Vorschriften gerade verhindern wollten. Auch die Beschwerdeführerin spricht in diesem Zusammenhang nicht etwa von eigenen, sondern ausdrücklich von "Suissephone-Kunden". Soweit sich die Beschwerdeführerin gegenüber Suissephone selbst als Anbieterin von Fernmeldediensten betrachtet, übersieht sie, dass Gegenstand der Dienstleistung einer Anbieterin die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen sein muss und sie gegenüber Suissephone eine solche Dienstleistung eben gerade nicht erbringt.

Damit steht fest, dass die Beschwerdeführerin gegen Ziff. 5.2 Anforderung 3 Anhang 2 VO ComCom verstossen hat. Nicht ausschlaggebend ist dabei, ob Suissephone durch die Nutzung des CS-Codes der Beschwerdeführerin gegenüber Anbieterinnen mit eigenem CS-Code aufgrund der Einsparung der Kosten der Implementierung bei der Ursprungsdienstanbieterin einen unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung der Gewerbegenossen (vgl. statt vieler BGE 125 I 431 E. 4b/aa mit Hinweisen) ungerechtfertigten finanziellen Vorteil erzielt hat. Auf die betreffenden Ausführungen der Vorinstanz und die dagegen gerichteten Einwände der Beschwerdeführerin braucht entsprechend nicht weiter eingegangen zu werden.

5.4 Nach dem bisher Gesagten ist festzuhalten, dass der Widerrufsgrund nach Art. 11 Abs. 1 Bst. b VO ComCom in Verbindung mit Ziff. 5.2 Anforderung 3 Anhang 2 VO ComCom gegeben ist. Zu prüfen bleibt, ob der Widerruf verhältnismässig ist.

6.

6.1 Jedes staatliche Handeln muss gemäss Art. 5 Abs. 2 BV im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Das Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt, dass die vom Gesetzgeber oder von der Behörde gewählten Massnahmen für das Erreichen des gesetzten Zieles geeignet, notwendig und für den Betroffenen zumutbar sind. Der Eingriff in Grundrechte darf in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht einschneidender sein als erforderlich. Der angestrebte Zweck muss in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln beziehungsweise zu den zu seiner Verfolgung notwendigen Beschränkungen stehen (vgl. BGE 135 I 169 E. 5.6, BGE 133 I 77 E. 41, BGE 128 II 292 E. 5.1, Urteil des BVGer A-6091/2008

vom 10. November 2009 E. 6 sowie HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 581 ff., je mit weiteren Hinweisen).

6.2 Das öffentliche Interesse an der von der Vorinstanz angeordneten Massnahme liegt im Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten vor täuschenden, intransparenten Geschäftspraktiken der CS-Code-Inhaberinnen, die zu einer Einschränkung der freien Wahl der Dienstanbieterin und damit zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Fernmeldebereich führen können (vgl. bereits E. 4.3.2 und E. 5.2 f. hiervor). Auch wenn die Beschwerdeführerin über zwei weitere CS-Codes verfügt, ist der Widerruf des ihr zugeteilten CS-Codes 10770 dennoch geeignet, dieses öffentliche Interesse zu wahren.

6.3

6.3.1 Der Widerruf der Zuteilung eines CS-Codes schränkt den Zugang zur privatwirtschaftlichen Tätigkeit als Fernmeldedienstanbieterin beziehungsweise die freie Ausübung dieser Tätigkeit ein und bildet damit einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit im Sinne von Art. 27 BV (vgl. statt vieler BVGE 2008/29 E. 13.1 mit weiteren Hinweisen). Er stellt eine strenge Massnahme dar, um die anwendbaren Vorschriften im Interesse des Schutzes der Konsumentinnen und Konsumenten durchzusetzen. Deshalb ist es angebracht, zuerst mildere Mittel zu ermitteln und einzusetzen, wenn diese den gleichen Erfolg versprechen, was denn auch bereits der Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 AEFV deutlich macht (vgl. E. 5.2 hiervor).

Eine denkbare mildere wirksame Anordnung ist die Gelegenheit zum Nachweis, dass bei der Benutzung des zugeteilten Adressierungselements sämtliche Vorschriften eingehalten wurden, beziehungsweise die Gelegenheit zur Vornahme von Korrekturmassnahmen. Wird eine rechtswidrige Nutzung eines Adressierungselements korrigiert, ändert dies zwar nichts am Umstand, dass dieses zumindest vorübergehend widerrechtlich genutzt wurde. Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit kann es aber geboten sein, der Inhaberin des Adressierungselements die Möglichkeit zur Vornahme von Korrekturmassnahmen zu bieten und bei einer nachträglichen Behebung des Mangels – allenfalls auch erst im Laufe des Rechtsmittelverfahrens – von einem Widerruf abzusehen, es sei denn, es bestünden Anhaltspunkte dafür, dass die Inhaberin in Zukunft erneut gegen das anwendbare Recht verstossen werde. Bei wiederholtem Verstoss gegen dieselben Nutzungsbedingungen kann es sich allerdings rechtfertigen, die Zuteilung

eines Adressierungselements ohne Ansetzung einer Frist für Korrekturmassnahmen zu widerrufen. Wurde indessen in der Vergangenheit gegen dieselbe Inhaberin eines Adressierungselements noch kein Widerrufsverfahren durchgeführt, ist grundsätzlich die Ansetzung einer Frist zum Ergreifen von Korrekturmassnahmen angezeigt (zum Ganzen: BGE 132 II 240 E. 3.3; Urteile des BVGer A-3323/2007 vom 17. Oktober 2007 E. 12.3, A-8634/2007 vom 29. Mai 2008 E. 7 und A-5335/2009 vom 20. November 2009 E. 3.4–3.7, je mit weiteren Hinweisen).

6.3.2 Die Vorinstanz erachtet den Widerruf als erforderlich, um allfällige künftige Rechtsverletzungen zu verhindern und den angestrebten Schutz der Kundinnen und Kunden sicherzustellen. Die Beschwerdeführerin stelle sich nämlich auf den Standpunkt, sie sei berechtigt, ihren CS-Code dem Switchless Reseller Suissephone zur Nutzung zu überlassen, und sie gefährde die freie Wahl der Dienstanbieterin durch ihr Verhalten nicht. Dementsprechend scheine sie offenbar nicht gewillt, die aufgezeigte Rechtsverletzung zu korrigieren, beziehungsweise es könne nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass sie künftig davon absehen werde, den ihr zugeteilten CS-Code durch Dritte nutzen zu lassen. Eine Möglichkeit zur Anordnung einer milderen Massnahme sei – abgesehen vom gestützt auf Art. 12 Abs. 1bis AEFV bereits verfügten späteren Inkrafttreten des Widerrufs – nicht ersichtlich, wenn sich eine CS-Code-Inhaberin, wie im vorliegenden Fall die Beschwerdeführerin, weigere, die fraglichen Bestimmungen freiwillig einzuhalten.

Die von der Beschwerdeführerin in ihrer Stellungnahme vom 3. August 2009 vorgeschlagene Übertragung des CS-Codes 10770 auf Suissephone komme aus rechtlicher Sicht nicht in Frage. Das mit der Zuteilung eines CS-Codes verliehene, öffentlich-rechtliche Nutzungsrecht könne ausser im Falle einer Fusion (Art. 7a AEFV) nicht direkt von einem Nutzungsberechtigten auf einen Dritten übertragen werden. Art. 7 Abs. 2 AEFV sehe vielmehr vor, dass Adressierungselemente, an denen die Nutzungsberechtigung erloschen sei, frühestens sechs Monate nach dem Erlöschungsdatum neu zugeteilt würden. Damit solle jede Verwechslungsgefahr in Bezug auf die tatsächlichen Nutzungsberechtigten ausgeschlossen werden. Nur ausnahmsweise könne das BAKOM Adressierungselemente sofort neu zuteilen, was in der Praxis insbesondere dann geschehe, wenn die bisherige Inhaberin des Adressierungselements die Geschäftstätigkeit auf einen Dritten über-

trage. Vorliegend ergebe sich aus den durch die rechtswidrige Nutzung geschaffenen unklaren Verhältnissen von selbst, dass eine sofortige Neuzuteilung des CS-Codes 10770 an Suissephone nicht habe in Frage kommen können. Stattdessen sei Suissephone gestützt auf ein entsprechendes Gesuch ein eigener CS-Code zugeteilt und ihr damit die Möglichkeit eingeräumt worden, ihre Kundinnen und Kunden auf ihren eigenen CS-Code zu migrieren und damit die rechtmässige Ordnung wiederherzustellen.

Würde aber, wie von der Beschwerdeführerin beantragt, lediglich verfügt, dass alle Suissephone-Kunden aus dem CS-Code 10770 zu migrieren seien, wäre noch keineswegs sichergestellt, dass die Beschwerdeführerin ihren CS-Code nicht wieder durch Dritte nutzen liesse. Nur mit einem Widerruf könne effektiv sichergestellt werden, dass eine Migration der Kundinnen und Kunden von Suissephone innert nützlicher Frist tatsächlich auch vorgenommen werde, verfüge doch die Vorinstanz über Hinweise darauf, dass Suissephone den Migrationsprozess jedenfalls noch nicht abgeschlossen habe, obwohl sie seit dem 17. August 2009 im Besitze eines eigenen Codes sei.

6.3.3 Das Bundesverwaltungsgericht kommt – entgegen der Beurteilung durch die Vorinstanz – zum Schluss, dass der Widerruf nicht erforderlich und damit unverhältnismässig ist.

Die Vorinstanz geht davon aus, die Beschwerdeführerin sei nicht bereit, künftig davon abzusehen, ihren CS-Code durch Dritte nutzen zu lassen. Diese "Prognose zum künftigen Verhalten der Beschwerdeführerin" (so die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung) stützt sich im Wesentlichen auf deren Ausführungen in der Stellungnahme vom 3. August 2009. Die Beschwerdeführerin hat in jener Stellungnahme aber lediglich von der ihr im Rahmen der Gewährung des rechtlichen Gehörs eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht, "zum dargestellten Sachverhalt sowie den rechtlichen Erwägungen" der Vorinstanz Stellung zu nehmen (vgl. Zwischenverfügung der Vorinstanz vom 22. Juli 2009). Es ist der Beschwerdeführerin darin zuzustimmen, dass es nicht angeht, aus der von ihr dargelegten Rechtsauffassung bereits auf eine bestimmte "Prognose" und in einem weiteren Schritt sogleich auf die Erforderlichkeit des Widerrufs zu schliessen. Überdies hatte die Beschwerdeführerin in der Stellungnahme vom 3. August 2009 ungeachtet ihres – unzutreffenden – rechtlichen Standpunkts bereits angeboten, durch Übertragung des CS-Codes 10770 auf Suissephone den

"formellen Anforderungen", wie sie von der Vorinstanz verstanden würden, Genüge zu tun. Im vorliegenden Verfahren hat sie die Bereitschaft, ihr rechtswidriges Verhalten zu korrigieren, bekräftigt, indem sie ausführt, sie werde keinem Dritten gestatten, seine Dienste als Wiederverkäufer ihrer Fernmeldedienste anzubieten, sobald die Rechtswidrigkeit dieses Verhaltens rechtskräftig festgestellt sei.

Zwar ist nicht zu beanstanden, dass es die Vorinstanz im Rahmen ihrer Ermessensausübung für nicht angebracht hielt, den CS-Code 10770 ausnahmsweise sofort neu zuzuteilen (vgl. Art. 7 Abs. 2 AEFV) und auf die Suissephone zu übertragen. Die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente (vgl. insbesondere Replik, S. 4) legen nicht zwingend nahe, dass in ihrem Fall die Voraussetzungen für eine Ausnahme nach Art. 7 Abs. 2 AEFV als erfüllt zu betrachten sind. Dies ändert allerdings nichts daran, dass andere Korrekturmassnahmen möglich gewesen wären, die Vorinstanz diese aber im angefochtenen Entscheid in keiner Weise näher in Betracht gezogen hat und im Laufe des vorliegenden Verfahrens zu Unrecht als untauglich verwirft.

Gemäss unbestrittenen Ausführungen der Beschwerdeführerin sind auf dem CS-Code 10770 insgesamt 3'572 Teilnehmerinnen und Teilnehmer aufgeschaltet, von denen 2'266 ihre eigenen, 1'306 Kundinnen und Kunden von Suissephone sind. Was dagegen gesprochen hätte, die Beschwerdeführerin im Sinne einer weniger weit gehenden, milderen Massnahme – unter allfälliger Androhung des Widerrufs für den Unterlassungsfall – aufzufordern, sämtliche Kundinnen und Kunden von Suissephone aus dem CS-Code 10770 zu entfernen und auf den dieser inzwischen zugeteilten CS-Code (10795) zu übertragen (so sinngemäss Rechtsbegehren Ziff. 3 der Beschwerde), ist nicht ersichtlich und wird von der Vorinstanz auch nicht überzeugend dargelegt. Die Vorinstanz geht selbst davon aus, durch eine entsprechende Migration der Suissephone-Kunden könne die rechtmässige Ordnung wiederhergestellt werden (vgl. E. 6.3.2 hiervor). Sie sieht aber durch dieses Vorgehen nicht hinreichend gewährleistet, dass die Beschwerdeführerin ihren CS-Code künftig nicht wieder durch Dritte nutzen lassen würde. Aus den Akten ergeben sich jedoch keine Anhaltspunkte, die zu dieser Annahme Anlass geben müssten. Dass der betreffende Migrationsprozess – gemäss "Hinweisen", über welche die Vorinstanz verfügen soll – offenbar noch nicht abgeschlossen ist, mag nicht zuletzt auf die Hängigkeit des vorliegenden Verfahrens und die – aus Sicht

der Beschwerdeführerin – noch nicht geklärte Rechtslage zurückzuführen sein.

Keine zuverlässigen Rückschlüsse auf das zukünftige Verhalten der Beschwerdeführerin lassen sich schliesslich auch aus dem am 25. Januar 2008 gegen sie eröffneten, mit Verfügung vom 7. Mai 2008 freilich eingestellten Aufsichtsverfahren ziehen. Ausgangspunkt jenes Verfahrens war der Vorwurf gewesen, die Beschwerdeführerin nehme in Missachtung der Preselection-Bestimmungen von Ziff. 4.1–4.3 Anhang 2 VO ComCom (Ausgabe 6; vgl. nunmehr Ziff. 4.1–4.3 Ausgabe 7) (Re-)Aktivierungen von Preselections ohne den erforderlichen Antrag der Kundinnen und Kunden vor. Anders als im vorliegenden Fall war also nicht die Benutzung eines CS-Codes durch Dritte Gegenstand des Aufsichtsverfahrens, weshalb hier denn auch kein eigentlicher Wiederholungsfall im Sinne der Rechtsprechung (vgl. E. 6.3.1 hiervor) angenommen werden kann. Entscheidend ist aber ohnehin, dass jenes Verfahren gerade deshalb eingestellt werden konnte, weil die Beschwerdeführerin Korrekturmassnahmen ergriff, noch bevor das BAKOM entsprechende Massnahmen anzuordnen brauchte, und überdies auch ein starker Rückgang der rapportierten Slamming-Fälle zu verzeichnen war. Nichtsdestotrotz ist im Dispositiv dieses Entscheids festzuhalten, dass der der Beschwerdeführerin zugeteilte CS-Code 10770 keinen Dritten zur Erbringung von Fernmeldediensten überlassen werden darf.

7.

7.1 Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass der Widerruf der Zuteilung des CS-Codes 10770 an die Beschwerdeführerin angesichts seiner Unverhältnismässigkeit zu Unrecht erfolgt ist. Die Beschwerde ist daher in dem Sinne teilweise gutzuheissen, dass die betreffende Anordnung der Vorinstanz (angefochtene Verfügung Dispositiv Ziff. 1–3) aufzuheben und die Beschwerdeführerin anzuweisen ist, innert 60 Tagen nach Rechtskraft dieses Urteils sämtliche Kundinnen und Kunden der Suissephone aus dem CS-Code 10770 zu entfernen und auf deren CS-Code (10795) zu übertragen (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 3 der Beschwerde), sollte dieser Migrationsprozess inzwischen nicht bereits abgeschlossen sein. Die Beschwerdeführerin hat das BAKOM über die vollzogene Migration zu informieren und es künftig zu unterlassen, den CS-Code 10770 Dritten zur Nutzung zu überlassen. Im Unterlassungsfall wird die Vorinstanz die Notwendigkeit eines Widerrufs erneut zu prüfen haben.

7.2 Abzuweisen ist die Beschwerde dagegen insofern, als sich die Beschwerdeführerin auch im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht auf die Rechtmässigkeit ihres Verhaltens beruft und die ersatzlose Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt (vgl. Rechtsbegehren Ziff. 1 der Beschwerde).

7.3 Ebenfalls abzuweisen ist die Beschwerde, soweit sie sich gegen die im vorinstanzlichen Verfahren auferlegten Verwaltungsgebühren im Betrag von Fr. 2'080.-- richtet (vgl. Dispositiv Ziff. 4 der angefochtenen Verfügung bzw. Rechtsbegehren Ziff. 2 der Beschwerde). Die Vorinstanz hat sich bei der Auferlegung der Verwaltungsgebühren auf Art. 40 Abs. 1 Bst. f FMG gestützt, wonach für die Verwaltung, die Zuteilung und den Widerruf von Adressierungselementen kostendeckende Verwaltungsgebühren erhoben werden. Die Tatsache, dass der Widerruf der Zuteilung des CS-Codes 10770 an die Beschwerdeführerin zu Unrecht erfolgt ist, bildet indessen keinen Grund, sie von der Verpflichtung zur Leistung von Verwaltungsgebühren zu befreien. Nach Art. 40 Abs. 1 Bst. a FMG werden Verwaltungsgebühren nämlich auch allgemein für die Aufsicht über die Anbieterinnen von Fernmeldediensten erhoben. Da die Beschwerdeführerin das von der Vorinstanz im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit eröffnete Widerrufsverfahren durch die rechtswidrige Nutzung des CS-Codes 10770 selbst verursachte, hat sie die Kosten des vorinstanzlichen Verfahrens – deren Bemessung nach Art. 2 der Fernmeldegebührenverordnung UVEK vom 7. Dezember 2007 (SR 784.106.12) sie im Übrigen nicht anficht – zu tragen (vgl. Urteile des BVGer A-7050/2008 vom 15. Juni 2009 E. 4.1 und A-8634/2007 vom 29. Mai 2008 E. 9).

8.

8.1 Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin nur insoweit aufzuerlegen, als sie mit ihren Begehren unterliegt (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die insgesamt auf Fr. 1'500.-- festzusetzenden Kosten sind entsprechend um zwei Drittel auf Fr. 500.-- zu ermässigen. Sie sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 1'500.-- zu verrechnen.

8.2 Die Beschwerdeführerin hat zwar teilweise obsiegt. Da sie aber in keinem Stadium des Verfahrens eine anwaltliche oder nichtanwaltliche (berufsmässige) Vertretung in Anspruch genommen hat und ihr deshalb keine Kosten im Sinne von Art. 64 Abs. 1 VwVG entstanden sind

(vgl. auch Art. 9 Abs. 1 Bst. a des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]), steht ihr keine Parteientschädigung zu.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.
Die Dispositiv-Ziffern 1–3 der angefochtenen Verfügung werden aufgehoben.

3.
Es ist festzustellen, dass der der Beschwerdeführerin zugeteilte CS-Code 10770 keinen Dritten zur Erbringung von Fernmeldediensten überlassen werden darf.

4.
Die Beschwerdeführerin wird angewiesen, innert 60 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils sämtliche Kundinnen und Kunden der Suissephone Communications GmbH aus dem CS-Code 10770 zu entfernen und auf deren CS-Code (10795) zu übertragen.

5.
Die Beschwerdeführerin hat das BAKOM über die vollzogene Migration zu informieren.

6.
Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten im Betrag von Fr. 500.-- auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss im Betrag von Fr. 1'500.-- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 1'000.-- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Bankverbindung oder ihre Postkontonummer anzugeben.

7.
Der Beschwerdeführerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

8.
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. 1000280714/5470-20; Einschreiben)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter: Der Gerichtsschreiber:

Lorenz Kneubühler Mario Vena

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: