Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.426/2005 /vje

Urteil vom 30. August 2005
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Wurzburger,
Gerichtsschreiber Hugi Yar.

Parteien
Eidgenössisches Departement für Umwelt,
Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK), Generalsekretariat, 3003 Bern,
Beschwerdeführer,

gegen

X._____ AG,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwalt Werner Bodenmann,
Eidgenössische Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt, Postfach 336, 3000 Bern 14.

Gegenstand
Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung (Nummernwiderruf),

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen die Verfügung der Eidgenössischen Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt vom 20. Juni 2005.

Sachverhalt:
A.
Die Firma X._____ AG verfügt unter anderem über die Mehrwertdienstnummern 0901 *** ***, 0901 *** ***sowie 0901 *** ***, welche sie im Rahmen von TV-Gewinnspielen einsetzt (”easy cash” auf VIVA Schweiz, ”call&win” auf SAT 1 und ”Star Game” auf Star TV). Bei diesen wird das Publikum aufgefordert, zu einem Tarif von ”x-CHF/Anruf”, ”x-SFR/Anruf” bzw. ”x-Fr./Anruf und Minute” auf eine der eingeblendeten Nummern zu telefonieren. Einzelne, nach dem Zufallsprinzip ausgewählte Anrufer werden zurückgerufen und in die Sendung geschaltet; bei richtiger Beantwortung der gestellten Fragen können sie einen (Geld-)Preis gewinnen. Die Mehrwertdienstgebühr wird für jeden Anruf erhoben, d.h. auch für solche, die nicht zugeschaltet werden bzw. keinen Rückruf zur Folge haben. Der Anrufer wird in diesem Fall per Tonband darüber informiert, dass er ”Pech gehabt” hat, es aber gleich noch einmal versuchen soll. Am Spiel kann auch per Postkarte teilgenommen werden. In diesem Fall wird die entsprechende Telefonnummer nach Eingang der Karte in das Zufallssystem eingespiesen; sie nimmt an diesem Tag wie ein mehrwertpflichtiger Telefonanruf mit einer potentiellen Chance auf Rückruf am Spiel teil.
B.
Mit Verfügung vom 25. April 2005 widerrief das Bundesamt für Kommunikation (im Weitern auch Bundesamt oder BAKOM) mit sofortiger Wirkung die Mehrwertdienstnummern 0901 *** ***, 0901 *** *** sowie 0910 *** *** und untersagte der X._____ AG, diese weiter zu betreiben. Es wies die Swisscom AG an, die entsprechenden Nummern innert dreier Werktage ab Erhalt einer Kopie des Verfügungsdispositivs ausser Betrieb zu nehmen. Einer allfälligen Beschwerde entzog es die aufschiebende Wirkung. Das Bundesamt begründete seinen Entscheid mit einem Verstoss gegen die Nutzungsbedingungen: Die Preisinformationen würden zu klein und nicht ”deutlich und unmissverständlich” angegeben (Art. 10 Abs. 1 lit. q [Fassung vom 28. April

1999]i.V.m. Art. 13 Abs. 1bis der Preisbekanntgabeverordnung [PBV; SR 942.211]); sie seien zudem nicht hinreichend spezifiziert, da nicht in geeigneter Form darauf hingewiesen werde, dass bereits der Anrufversuch die Mehrwertpflicht auslöse (Art. 14 PBV). Im Übrigen bestehe der Verdacht, dass die entsprechenden Spiele gegen die Lotteriegesetzgebung verstiessen (Art. 1 ff. Lotteriegesetz [LG, SR 935.51]und Art. 43 Ziff. 2 der Vollziehungsverordnung dazu [LV, SR 935.511]).
C.
Die X._____ AG gelangte hiergegen am 25. Mai 2005 an die Eidgenössische Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt (im Weitern: Rekurskommission), deren Präsident am 20. Juni 2005 die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederherstellte. Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr und Kommunikation (UVEK) führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht mit dem Antrag, diese Zwischenverfügung aufzuheben. Die Rekurskommission und die X._____ AG widersetzen sich dem Antrag. Mit Formularverfügung vom 6. Juli 2005 wurden bis zum Entscheid über das Gesuch um aufschiebende Wirkung im bundesgerichtlichen Verfahren alle Vollziehungsvorkehrungen untersagt.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
Das UVEK ist gemäss Art. 103 lit. b OG zur Beschwerde legitimiert. Zwischenverfügungen sind beim Bundesgericht selbständig anfechtbar, wenn die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Endentscheid offen steht (Art. 101 lit. a OG e contrario; BGE 127 II 132 E. 2a S. 136; 125 II 613 E. 2a S. 619 f.) und die Zwischenverfügung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil zur Folge haben kann (Art. 97 OG in Verbindung mit Art. 5 und Art. 45 Abs. 1 VwVG). Beide Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt: Entscheide der Rekurskommission über den Widerruf von einzeln zugeteilten Rufnummern (INA-Nummern) unterliegen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 61 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 [FMG, SR 784.10]und Art. 97 ff. OG). Zwar hat der Widerruf der umstrittenen Mehrwertnummern bzw. die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde hiergegen für das UVEK selber keinen nicht wiedergutzumachenden Nachteil zur Folge (vgl. zu diesem Begriff: BGE 130 II 149 E. 1.1 S. 153; 127 II 132 E. 2a S. 136; 125 II 613 E. 2a S. 620); er tangiert jedoch die von ihm bzw. vom Bundesamt im vorliegenden Zusammenhang zu wahrenden (öffentlichen) Interessen der Konsumenten. Diese können ihre
Mehrwertgebühren nicht oder nur erschwert zurückfordern (vgl. Art. 513 ff. OR), sollte sich das Verhalten der Beschwerdegegnerin tatsächlich als widerrechtlich und der Widerruf der umstrittenen Mehrwertnummern als zulässig erweisen. Hierin liegt ein hinreichender nicht wiedergutzumachender Nachteil (vgl. das Urteil 2A.156/1998 vom 29. Mai 1998, E. 1a). Auf die frist- (Art. 106 Abs. 1 OG) und formgerecht (Art. 108 OG) eingereichte Beschwerde ist einzutreten.
2.
2.1 Der Verwaltungsbeschwerde kommt grundsätzlich aufschiebende Wirkung zu (Art. 55 Abs. 1 VwVG). Soweit die Verfügung nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat, kann ihr diese aus "überzeugenden Gründen" (vgl. BGE 129 II 286 E. 3.1 u. 3.2 S. 289 f.) entzogen werden (Art. 55 Abs. 2 VwVG). Die Beschwerdeinstanz beurteilt ein allfälliges Begehren um Wiederherstellung ohne Verzug (Art. 55 Abs. 3 VwVG). Dabei hat sie zu prüfen, ob die Gründe, welche die sofortige Vollstreckung nahe legen, wichtiger sind als jene, die für einen Aufschub sprechen. Bei dieser Interessenabwägung kommt ihr der Natur der Sache nach ein erheblicher Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu (BGE 129 II 286 E. 3 S. 289). Sie ist nicht gehalten, für ihren Entscheid zeitraubende zusätzliche Abklärungen zu treffen, sondern kann in erster Linie auf die ihr zur Verfügung stehenden Akten abstellen (BGE 117 V 185 E. 2b S. 191; 110 V 40 E. 5b S. 45; 106 Ib 115 E. 2a S. 116). Den mutmasslichen Ausgang des Verfahrens in der Sache selber darf sie dabei berücksichtigen, sofern die Prozessaussichten eindeutig sind (BGE 129 II 286 E. 3 S. 289; 106 Ib 115 E. 2a S. 116; 99 Ib 215 E. 5 S. 220 f.). Das Bundesgericht beschränkt sich seinerseits darauf, die Sach- und Rechtslage
bloss vorläufig zu prüfen (BGE 99 Ib 215 E. 5 S. 220 f.). Es kontrolliert, ob die Vorinstanz ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat, und hebt deren Entscheid nur auf, wenn sie wesentliche Tatsachen völlig übersehen oder grundlegende Interessen ausser Acht gelassen bzw. offensichtlich falsch bewertet hat (vgl. Urteil 2A.128/ 2003 vom 3. April 2003, E. 2.2; BGE 129 II 286 E. 3 S. 289).
2.2 Der Präsident der Rekurskommission hat die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen den Widerruf der umstrittenen Mehrwertnummern wiederhergestellt, da das private Interesse der Beschwerdegegnerin jenes am Schutz der Konsumenten überwiege. Ob die angefochtene Verfügung rechtmässig und angemessen sei, be-

dürfe "einer eingehenden Prüfung der Rechts- und Sachlage im Rahmen des Hauptentscheides". Zwar drohten den Konsumenten ohne den Entzug der aufschiebenden Wirkung Nachteile, doch gehe aus den Akten nicht hervor, in welchem Umfang von Konsumenten tatsächlich Schäden, namentlich überhöhte Telefonrechnungen, geltend gemacht worden seien. Angesichts der Anrufgebühr von Fr. 1.50 (pro Anruf) dürfe angenommen werden, dass sich die den Konsumenten durch eine allfällig vorschriftswidrige Preisbekanntgabe verursachten Kosten in einem zwar "störenden", aber im Vergleich zu anderen Fällen, wo Gebühren von bis zu Fr. 99.–/Anruf zur Diskussion gestanden hätten, "für den Konsumenten verkraftbaren Rahmen" bewegten. Mit Blick auf die Gesamtheit der Kunden bestehe bei einem weiteren Gebrauch der Nummern während des Beschwerdeverfahrens zwar ein gewisses Gefährdungspotential, umgekehrt könnten der Betreiberin aber erhebliche Umsätze und Gewinne
entgehen, würde der Widerruf sofort vollzogen. Da mangels einer eindeutigen Erfolgsprognose nicht bereits davon ausgegangen werden dürfe, dass die fraglichen Umsätze und Gewinne tatsächlich in rechtswidriger Weise erzielt würden, sei das Interesse der Beschwerdegegnerin an der Fortführung ihrer Geschäfte höher zu gewichten als jenes der Konsumenten und die aufschiebende Wirkung deshalb wiederherzustellen.
2.3
Im Rahmen der dem Bundesgericht zustehenden - im jetzigen Verfahrensstadium, wie dargelegt (E. 2.1), beschränkten - Kognition sind die entsprechenden Überlegungen vertretbar, selbst wenn eine andere Interessenabwägung ebenfalls möglich oder gar vorzuziehen gewesen wäre:
2.3.1 Entgegen den Einwänden des beschwerdeführenden Departements kann nicht gesagt werden, die Rechtslage sei klar und eindeutig: Bezüglich der umstrittenen Preisangabe pro Anruf ("Fr. X.–/ Anruf") stellt sich die Frage, ob diese genügt, wenn die Verbindung - wie bei einem Anrufbeantworter - bloss (aber immerhin) mit einem Tonband zustande kommt, oder ob verlangt werden muss, dass zusätzlich ausdrücklich auf die Mehrwertpflicht auch des Anrufversuchs hingewiesen wird ("Fr. X/Anruf oder Anrufversuch"). Hinsichtlich der Preisankündigung wird die Rekurskommission zu prüfen haben, ob diese - wie von der Beschwerdegegnerin vertreten - auch anderswie als durch die Schriftgrösse (Farbe, Nennung bei der mündlichen Präsentation, Wiederholung auf dem Tonband usw.) "deutlich und unmissverständlich" gemacht werden kann (vgl. das Informationsblatt des seco vom 1. Juni 2004 zur Preisbekanntgabe und Werbung für telefonische Mehrwertdienste, Ziff. 4.1). Die Frage, ob die umstrittenen Spiele eine unzulässige lotterieähnliche Veranstaltung bilden, wovon das Bundesamt für Justiz in einem Gutachten vom 4. Februar 2005 ausgegangen ist, hängt ihrerseits davon ab, ob und in welcher Form an den entsprechenden Wettbewerben chancengleich auch kostenlos
teilgenommen werden kann (vgl. BGE 125 IV 213 ff.; 123 IV 175 ff.; 99 IV 25 ff.). Zwar ist das Bundesamt befugt, eine einzeln zugeteilte Nummer bereits zu widerrufen, wenn bloss der Verdacht besteht, dass die Inhaberin oder der Inhaber sie zu einem rechtswidrigen Zweck oder in rechtswidriger Weise gebraucht (Art. 24g Abs. 2 [Fassung vom 19. Januar 2005, AS 2005 696]der Verordnung vom 6. Oktober 1997 über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich [AEFV; SR 784. 104]). Dies bedeutet jedoch nicht, dass die aufschiebende Wirkung in diesem Fall immer zu entziehen bzw. nicht wiederherzustellen wäre. Hierzu bedürfte es einer entsprechenden ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Die Frage muss im Einzelfall aufgrund der konkreten Umstände entschieden werden, wobei zu berücksichtigen ist, dass nach Art. 55 Abs. 1 VwVG die aufschiebende Wirkung der Verwaltungsbeschwerde die Regel bildet (vgl. Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel 1998, Rz. 3.14).
2.3.2 Als zutreffend erweist sich der Einwand, dass das öffentliche Interesse, den Konsumenten vor täuschenden Geschäftspraktiken zu schützen, von Gewicht ist und sich nicht ausschliesslich daran messen lässt, wie sich der potentielle Schaden bzw. der Einsatz eines einzelnen Konsumenten zu den gesamthaft für den Betreiber auf dem Spiel stehenden Umsatz- und Gewinnzahlen verhält. Hiervon gehen aber weder die Praxis der Rekurskommission (vgl. hierzu die Zwischenentscheide vom 17. Dezember 2003 im Verfahren F-2003-165, E. 7.3, und vom 10. September 2003 im Verfahren F-2003-53, E. 4) noch die angefochtene Verfügung aus: Die Vorinstanz unterstreicht darin, dass die Interessenabwägung jeweils aufgrund der konkreten Umstände vorzunehmen sei. Die Höhe der möglicherweise in Verletzung der Preisangabevorschriften erhobenen Mehrwertgebühr bildet dabei eines der zu berücksichtigenden Elemente. Daneben hat die Vorinstanz das der Gesamtheit der Konsumenten wegen der allenfalls vorschriftswidrigen Preisangabe drohende Gefährdungspotential nicht verkannt, jedoch anders gewichtet als das beschwerdeführende Departement, da den Akten des Bundesamts nicht habe entnommen werden können, in welchem Umfang von Konsumenten Schäden, namentlich überhöhte
Telefonrechnungen, geltend gemacht worden seien; zudem legte der Präsident der Rekurskommission Gewicht

darauf, dass (noch) nicht als erstellt gelten könne, dass die Gewinne und Umsätze tatsächlich in rechtswidriger Weise erzielt würden. Damit hat er allen wesentlichen Interessen Rechnung getragen; dass er auch anders hätte entscheiden können, macht seine Zwischenverfügung nicht widerrechtlich. Auch die inzwischen beigebrachte Liste von Beschwerdeverfahren, von denen zwölf umstrittene Nummern der Beschwerdegegnerin für Rechnungsbeträge zwischen Fr. 59.– und Fr. 1'016.09 betreffen, ändert hieran nichts: Es ergibt sich daraus nicht, dass ein wesentlicher Teil der Anrufer mit der umstrittenen Preisangabe, deren Zulässigkeit im Hauptverfahren zu prüfen sein wird, tatsächlich getäuscht worden ist. Die Problematik der umstrittenen Spiele und der damit verbundene Einsatz von Mehrwertnummern, der zu hohen Telefonrechnungen führen kann, hat in den Medien und der Öffentlichkeit ein breites Echo gefunden ("Espresso" vom 11. August 2004; "Kassensturz" vom 25. Januar 2005, "K-Tip" vom 26. Januar 2005 usw.). Aufgrund der entsprechenden Warnungen war es vertretbar, die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen und allfällige damit verbundene
Nachteile für die Dauer des Verfahrens den Konsumenten und nicht der Beschwerdegegnerin zu überbinden, auch wenn diese durch die Sperrung der drei umstrittenen Nummern nicht in ihrer Existenz bedroht worden wäre. Abschliessend kann darauf hingewiesen werden, dass das Statthalteramt des Bezirks Zürich im Rahmen des Strafverfahrens wegen einer allfälligen Widerhandlung gegen das Lotteriegesetz offenbar die Auszahlung des Anbieteranteils an die Beschwerdegegnerin für die Nummern 0901 456 000 bzw. 0901 901 000 gesperrt hat, so dass fraglich erscheint, ob diese heute tatsächlich noch zum Einsatz kommen.
3.
3.1 Die Beschwerde ist nach dem Gesagten abzuweisen. Mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache selber wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung für das bundesgerichtliche Verfahren gegenstandslos.
3.2 Dem Verfahrensausgang entsprechend sind keine Kosten geschuldet (Art. 156 Abs. 2 OG). Das beschwerdeführende Departement hat die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren angemessen zu entschädigen (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Es werden keine Kosten erhoben.
3.
Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 1'500.– zu entschädigen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Eidgenössischen Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 30. August 2005
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: