



## Urteil vom 17. März 2011

---

Besetzung

Richter Beat Forster (Vorsitz),  
Richterin Marianne Ryter Sauvant, Richter Alain Chablais,  
Gerichtsschreiber Lars Birgelen.

---

Parteien

**X.** \_\_\_\_\_,  
vertreten durch Rechtsanwalt Adriel Caro,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Stiftung ombudscom, Schlichtungsstelle  
Telekommunikation**, Bundesgasse 26, 3011 Bern,  
Vorinstanz

---

Gegenstand

Gebühren.

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Am 3. Februar 2010 reichte A.\_\_\_\_\_ bei der Stiftung ombudscom Schlichtungsstelle Telekommunikation (nachfolgend: ombudscom) ein Begehren um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens gegen die X.\_\_\_\_\_, eine Anbieterin von Fernmeldediensten im Sprachbereich (preselection), ein. Mit Verfügung vom 8. Juni 2010 sowie Rechnung gleichen Datums auferlegte die ombudscom X.\_\_\_\_\_ Verfahrensgebühren im Umfang von Fr. 780.- zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer, insgesamt ausmachend Fr. 839.28 (Schlichtungsverfahren Nr. C8036). In ihrer Begründung führte sie aus, es handle sich um einen Kurzfall, da im Rahmen des Schriftenwechsels eine Einigung erzielt worden sei. Die Gebühr habe sich daher gemäss Art. 2 Abs. 2 ihres Gebührenreglementes vom 7. Mai 2010 zwischen Fr. 500.- und Fr. 1'500.- zu bewegen, wobei sie bei deren konkreten Festsetzung der durchschnittlichen Komplexität und des überdurchschnittlichen Aufwandes Rechnung getragen sowie eine Erhöhung von 20 % für Fallzahler vorgenommen habe (Art. 2 Abs. 4 ihres Gebührenreglementes).

**A.b** Im von B.\_\_\_\_\_ am 3. Februar 2010 angehobenen Schlichtungsverfahren Nr. C8861 auferlegte die ombudscom X.\_\_\_\_\_ am 9. Juni 2010 eine Gebühr von Fr. 2'454.- zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer, insgesamt ausmachend Fr. 2'640.50. Am 10. Juni 2010 zog sie diese Verfügung in Wiedererwägung und stellte X.\_\_\_\_\_ neu eine Gebühr von Fr. 1'884.- zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer, insgesamt ausmachend Fr. 2'027.18, in Rechnung. Es handle sich vorliegend um einen Regelfall (Kostenrahmen zwischen Fr. 950.- und Fr. 3'000.-), da im Rahmen des Schriftenwechsels keine Einigung erzielt werden können und die Ausarbeitung eines Schlichtungsvorschlages notwendig geworden sei. Komplexität, Streitwert und Aufwand des Falles seien durchschnittlich gewesen, die Vornahme einer detaillierten Analyse des Verkaufsgespräches habe aber zu einem Mehraufwand geführt. Auch hier sei eine Erhöhung von 20 % für Fallzahler angezeigt gewesen.

**A.c** Am 4. Februar 2010 leitete C.\_\_\_\_\_ bei der ombudscom ebenfalls ein Schlichtungsverfahren gegen X.\_\_\_\_\_ ein (Nr. C8842). Mit Verfügung vom 9. Juni 2010 und dazugehöriger Rechnung auferlegte die ombudscom X.\_\_\_\_\_ eine Verfahrensgebühr von Fr. 2'634.- zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer, insgesamt ausmachend Fr. 2'834.18. Am 10. Juni

2010 widerrief sie diese Verfügung und stellte X.\_\_\_\_\_ neu eine Verfahrensgebühr von Fr. 1'944.- zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer, insgesamt ausmachend Fr. 2'091.74, in Rechnung. Die Höhe dieser Gebühr begründete sie damit, dass es sich um einen Regelfall (Ausarbeitung eines Schlichtungsvorschlages aufgrund einer nicht erfolgten Einigung im Rahmen des Schriftenwechsels) mit einem durchschnittlichen Schwierigkeitsgrad, Streitwert und Arbeitsaufwand handle, wobei sich der Mehraufwand für die detaillierte Analyse des Verkaufsgesprächs sowie der Umstand, dass X.\_\_\_\_\_ kein Vorauszahlungsvertrag mit ihr abgeschlossen habe, gebührenerhöhend auswirke.

**A.d** Mit Eingabe vom 18. März 2010 ersuchte D.\_\_\_\_\_ die ombudscom um Eröffnung eines Schlichtungsverfahrens gegen X.\_\_\_\_\_ (Nr. C9588), welches mit Verfügung vom 9. Juni 2010 (samt dazugehöriger Rechnung gleichen Datums) seinen Abschluss fand. X.\_\_\_\_\_ wurde eine Verfahrensgebühr von Fr. 780.- zuzüglich 7.6 % Mehrwertsteuer, insgesamt ausmachend Fr. 839.28, auferlegt. Die Höhe der Gebühr rechtfertige sich aufgrund des Umstandes, dass es sich um einen Kurzfall mit Einigung im Rahmen des Schriftenwechsels handle, welcher durchschnittlich komplex und überdurchschnittlich aufwändig gewesen sei. Zudem habe sie auch hier eine Erhöhung um 20 % vornehmen müssen.

## **B.**

Gegen diese vier Verfügungen und die darauf basierenden Rechnungen erhebt X.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 7. Juli 2010 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Verfahren A-4903/2010, A-4912/2010, A-4913/2010 sowie A-4915/2010) und beantragt deren ersatzlose Aufhebung, eventualiter eine erhebliche Reduktion der verfügbaren Fallpauschale verbunden mit der Anweisung an die ombudscom, eine Fallpauschale von höchstens Fr. 150.- in Rechnung zu stellen. In prozessualer Hinsicht stellt sie den Antrag, die gleichzeitig angehobenen Beschwerdeverfahren zu vereinigen.

Zur Begründung macht sie im Wesentlichen geltend, die ombudscom dürfe ihre Schlichtungsaktivitäten in Fällen, in welchen bereits das Zustandekommen eines Vertrages zwischen einem Fernmeldedienstanbieter und einem Kunden umstritten sei, gar nicht entfalten, habe doch über dessen Gültigkeit einzig der ordentliche (Zivil-) Richter zu befinden. Es sei mit Blick auf Art. 1, Art. 2 und Art. 12c Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10) fraglich, ob Art. 43 Abs. 1 der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1), welcher die Zuständigkeit der ombudscom für

*zivilrechtliche* Streitigkeiten bejahe, vom Gesetzeswortlaut überhaupt erfasst werde. Dessen ungeachtet sei Art. 43 FDV so auszulegen, dass nur zivilrechtliche Streitigkeiten über die Qualität und den Gegenstand von Dienstleistungen von Fernmeldedienstleistern durch die ombudscom beurteilt werden dürfen. Dadurch, dass die ombudscom lediglich gestützt auf eine verwaltungsrechtliche Verordnung in private Verträge eingreife, welche auf Gesetzesstufe im Obligationenrecht vom 30. März 1911 (OR, SR 220) geregelt seien, verletze sie die Privatautonomie sowie die Wirtschaftsfreiheit.

Aber selbst wenn die Zuständigkeit der ombudscom in diesem Bereich zu bejahen wäre, wären die Gebührenverfügungen in den vorliegenden Fällen aufzuheben bzw. massiv nach unten zu korrigieren: Die auferlegten Gebühren stünden in keinem Verhältnis zu den jährlichen Umsätzen, welche mit einem Kunden erzielt werden könnten, würden sich für Anbieter wie sie prohibitiv auswirken und einen wirksamen Wettbewerb im Fernmeldebereich verunmöglichen. Faktisch werde sie damit ihres Rechtes auf ein faires Verfahren gemäss Art. 6 der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK, SR 0.101) bzw. ihres Rechtes auf einen verfassungsmässigen Richter beraubt, müsse sie doch unabhängig davon, ob der Kunde im Recht sei oder nicht, eine (hohe) Fallgebühr entrichten. Sie könne es sich daher wirtschaftlich gar nicht mehr leisten, anschliessend noch den Zivilrichter anzurufen. Aber auch im Verfahren vor der ombudscom sei es nicht ratsam, sich zu Wehr zu setzen, da diesfalls nicht nur die Kosten für einen Kurz-, sondern für einen Normalfall veranschlagt würden. Die ihr auferlegten Gebühren seien im Übrigen auch mit dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip nicht vereinbar. Y.\_\_\_\_\_ ermutige ihre neu gewonnenen Kunden sogar, den mit ihr abgeschlossenen Vertrag nicht einzuhalten und bei der ombudscom vorstellig zu werden; Letztere werde somit dazu missbraucht, den ohnehin nicht bestehenden Wettbewerb mit der Y.\_\_\_\_\_ im Keime zu ersticken.

### C.

Mit Zwischenverfügung vom 15. Juli 2010 hat das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerdeverfahren A-4903/2010, A-4912/2010, A-4913/2010 sowie A-4915/2010 vereinigt und unter der Verfahrensnummer A-4903/2010 weitergeführt.

### D.

In ihrer Vernehmlassung vom 10. September 2010 schliesst die ombudscom (nachfolgend: Vorinstanz) auf Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin gehe grundsätzlich mit Recht davon aus, dass sie nur dann für zivilrechtliche Streitigkeiten zuständig sei, wenn ein Vertragsverhältnis zwischen Kunde und Fernmeldedienstleister bestehe. Darüber hinaus sei sie aber auch für die Beurteilung von Fällen zuständig, bei denen eine der Parteien das Bestehen eines Vertragsverhältnisses bestreite, könne sich doch eine zivilrechtliche Streitigkeit sowohl auf die Frage der Gültigkeit als auch auf diejenige der inhaltlichen Ausgestaltung des Vertrages beziehen. Abgesehen davon gehe die Beschwerdeführerin im konkreten Fall selber davon aus, dass

sie mit dem Kunden einen gültigen Vertrag abgeschlossen habe. Ihr Gebührenreglement entspreche den vom Bundesverwaltungsgericht in einem früheren Verfahren umschriebenen Voraussetzungen und sie halte sich an das Kostendeckungsprinzip.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin könne der Fernmeldediensteanbieter auch nach Einleitung eines Schlichtungsverfahrens an den Zivilrichter gelangen oder sich ausserhalb des Verfahrens mit dem Kunden einigen; diesfalls schreibe sie ihr Verfahren ab und verrechne dem Anbieter lediglich reduzierte Kosten. Er sei somit nicht gezwungen, das Verfahren vor der Schlichtungsstelle zu Ende zu führen, sondern habe es vielmehr selber in der Hand, dieses zu steuern bzw. vorzeitig zu beenden und damit die Höhe der Verfahrensgebühren massgeblich zu beeinflussen. Schliesslich könne sich ein Fernmeldediensteanbieter bei ihr auch als Vorauszahler registrieren lassen, so dass im Einzelfall der Zuschlag von 20 % für Fallzahler entfalle. Sie könne bei ihren Gebührenfestsetzungen keine Ermessensüberschreitung feststellen und sei der Ansicht, das Verhältnismässigkeitsprinzip eingehalten zu haben.

**E.**

Die Beschwerdeführerin hat von der Gelegenheit, zur Vernehmlassung der Vorinstanz allfällige Bemerkungen einzureichen, keinen Gebrauch gemacht.

**F.**

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien wird – soweit entscheiderelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1.** Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Vorinstanzen sind die in Art. 33 und Art. 34 VGG genannten Behörden.

**1.1.1.** Rechnungen sind normalerweise nicht direkt auf Rechtswirkungen ausgerichtet und gelten daher nicht als Verfügungen im Sinne von Art. 5 VwVG (Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-632/2008 vom 2. September 2008 E. 1.1 mit Hinweisen). Vorliegend hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin jeweils eine automatisch erstellte Gebührenverfügung ohne Unterschrift zukommen lassen und darin auf eine separat beiliegende Rechnung verwiesen. Erst aus dieser wird die Höhe der zu entrichtenden Gebühr inkl. Mehrwertsteuer ersichtlich. Die Verfügung und die Rechnung bilden zusammen ein taugliches Anfechtungsobjekt, gegen welches grundsätzlich beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde geführt werden kann (Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes A-979/2008 vom 22. Oktober 2008 E. 1, A-6464/2008 vom 6. April 2010 E. 1.2 sowie A-6747/2008 vom 24. Februar 2011 E. 1.2).

**1.1.2.** Die Stiftung ombudscom ist als Schlichtungsstelle der Telekombranche gemäss Art. 12c Abs. 1 FMG sowie Art. 42 Abs. 1 FDV eine Organisation ausserhalb der Bundesverwaltung, die in Erfüllung ihr übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügt (Art. 33 Bst. h VGG; vgl. auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes A-6464/2008 vom 6. April 2010 E. 1.3 sowie A-6747/2008 vom 24. Februar 2011 E. 1.3). Da sich auch keine Ausnahme nach Art. 32 VGG finden lässt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerden zuständig.

**1.2.** Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder

Änderung hat. Als formelle Verfügungsadressatin hat die Beschwerdeführerin ohne weiteres ein aktuelles, schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung bzw. Anpassung der angefochtenen Verfügungen der Vorinstanz. Sie ist folglich beschwerdelegitimiert.

**1.3.** Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichten Beschwerden (Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

## **2.**

Die Beschwerdeführerin bestreitet die Zuständigkeit der Vorinstanz für die Beurteilung von Streitigkeiten, wie sie den angefochtenen Gebührenverfügungen zugrunde liegen. In sämtlichen, vorliegend in Frage stehenden Schlichtungsverfahren haben die Kunden den Abschluss eines gültigen Vertrages mit der Beschwerdeführerin in Abrede gestellt. Es ist daher nachfolgend in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Vorinstanz überhaupt berechtigt ist, in zivilrechtlichen Streitigkeiten zwischen Fernmeldediensteanbietern und ihren Endkunden (um welche es sich hier unzweifelhaft handelt) zu vermitteln (vgl. auch Ziff. 2.1 des Verfahrensreglementes der ombudscom vom 11. Juni 2008 bzw. Art. 2 Abs. 1 des Verfahrensreglementes der ombudscom vom 10. September/22. November 2010). Falls dies zu bejahen ist, ist anschliessend zu untersuchen, ob sich diese Zuständigkeit auch auf zivilrechtliche Streitigkeiten über das Zustandekommen eines Vertrages erstreckt oder sich – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – auf solche über die Qualität und den Gegenstand von Dienstleistungen von Fernmeldediensteanbietern bei bestehendem Vertragsverhältnis zu beschränken hat.

## **3.**

Ziel der Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist die Ermittlung ihres wahren Sinngehalts. Das Bundesverwaltungsgericht folgt dabei der höchstrichterlichen Auslegungsmethodik, wonach das Gesetz in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden muss. Auszurichten ist die Auslegung auf die ratio legis, die zu ermitteln dem Gericht allerdings nicht nach seinen eigenen, subjektiven Wertvorstellungen, sondern nach den Vorgaben des Gesetzgebers aufgegeben ist. Die Auslegung des Gesetzes hat zwar nicht entscheidend historisch zu erfolgen, ist im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar

getroffenen Wertentscheidungen auszurichten, da sich die Zweckbezogenheit des rechtsstaatlichen Normverständnisses nicht aus sich selbst begründen lässt, sondern aus den Absichten des Gesetzgebers abzuleiten ist, die es mit Hilfe der herkömmlichen Auslegungselemente zu ermitteln gilt. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Rechtsnorm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätenordnung zu unterstellen (vgl. dazu statt vieler: BGE 131 III 33 E. 2 mit Hinweisen; BVGE 2009/8 E. 7 mit Hinweisen; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER/HELEN KELLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich u. a. 2008, Rn. 80 ff.).

### **3.1.**

**3.1.1.** Gemäss Art. 12c Abs. 1 FMG kann jede Partei "bei Streitigkeiten zwischen Kundinnen oder Kunden und Anbieterinnen von Fernmelde- oder Mehrwertdiensten die Schlichtungsstelle anrufen". Aus dieser Formulierung geht zwar nicht eindeutig hervor, für welche Art von Streitigkeiten die Vorinstanz zuständig ist; immerhin gilt es aber festzuhalten, dass das von dieser Bestimmung angesprochene Verhältnis zwischen Kunden und Fernmeldediensteanbietern regelmässig zivilrechtlicher Natur ist.

**3.1.2.** Der Botschaft zur Änderung des Fernmeldegesetzes vom 12. November 2003 (BBI 2003 7951 7973) lässt sich entnehmen, dass die Kundinnen und Kunden mit Art. 12c FMG die Möglichkeit erhalten sollten, Streitigkeiten mit den Anbieterinnen von Fernmelde- oder Mehrwertdiensten vor eine Schlichtungsstelle zu bringen, bevor ein *Zivilrichter* angerufen werde. Die Gesetzesmaterialien lassen somit darauf schliessen, dass auch der historische Gesetzgeber die Schlichtung von zivilrechtlichen Streitigkeiten durch die Vorinstanz vorgesehen hat.

**3.1.3.** Art. 43 Abs. 1 FDV hält ausdrücklich fest, dass die Schlichtungsstelle für *zivilrechtliche* Streitigkeiten zwischen Kundinnen oder Kunden und ihren Anbieterinnen von Fernmelde- oder

Mehrwertdiensten zuständig sei. Aus Art. 46 Abs. 1 FDV geht hervor, dass das Stellen eines Schlichtungsbegehrens eine *Zivilklage* nicht verhindert. Das Eidgenössische Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation (UVEK) seinerseits hat in seinem Erläuterungsbericht zur FDV, S. 16, darauf hingewiesen, dass sich die (in Art. 43 Abs. 1 FDV vorgenommene) Einschränkung auf zivilrechtliche Streitigkeiten (bereits) aus Art. 12c Abs. 1 FMG ergebe, der die Aufgabe der Schlichtungsstelle klar auf Streitigkeiten zwischen Kundschaft und Anbieterinnen beschränke. Auch eine systematische Auslegung von Art. 12c Abs. 1 FMG kann somit zu keinem anderen Ergebnis führen, als dass die Vorinstanz für die Schlichtung von zivilrechtlichen Auseinandersetzungen zuständig ist.

**3.1.4.** Schliesslich spricht auch eine teleologische Auslegung von Art. 12c Abs. 1 FMG für eine Zuständigkeit der Vorinstanz in vorerwähntem Umfang: Sinn und Zweck dieser Bestimmung besteht nämlich darin, im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens sachgerechte Einigungen zu erreichen, wenn sich der Gang zum (Zivil-) Richter angesichts des Streitwertes nicht lohnt (Botschaft, a.a.O., BBl 2003 7951 7973); es versteht sich dabei von selbst, dass diese Zielsetzung nur dann umsetzbar ist, wenn sich die Schlichtungsbehörde ihrerseits zivilrechtlicher Streitigkeiten annehmen kann.

## **3.2.**

**3.2.1.** Ist die Zuständigkeit der Vorinstanz für zivilrechtliche Streitigkeiten zu bejahen, lässt sich daraus ohne weiteres die Schlussfolgerung ziehen, dass diese nicht nur dann gegeben ist, wenn (beispielsweise aufgrund von technischen Unzulänglichkeiten bei der Übertragung) eine Schlechterfüllung vorliegt, sondern auch dann, wenn bereits das (nach zivilrechtlichen Kriterien zu beurteilende) Zustandekommen eines gültigen Vertrages zwischen Fernmeldedienstleister und Kunde strittig ist. Denn der Zivilrichter beurteilt auch solche Fragestellungen; soll dem Sinn und Zweck von Art. 12c Abs. 1 FMG (vgl. E. 3.1.4. hier) aber Nachachtung verschafft werden, muss die Schlichtungsbehörde – um ein Gerichtsverfahren allenfalls obsolet werden zu lassen – notwendigerweise auch auf diesem (Rechts-) Gebiet vermitteln dürfen. Ein solches Verständnis entspricht auch demjenigen des Verordnungsgebers, gemäss welchem Gegenstand der (vor der Schlichtungsstelle zu behandelnden) Streitigkeiten rechtlich relevante Fakten oder Fragen wie beispielsweise das Vorliegen einer Schuld sein

können (vgl. Erläuterungsbericht zur FDV, S. 16). Es ist somit – um sich der Wortwahl der Beschwerdeführerin zu bedienen – sehr wohl von einem "Kunden-/Anbieterverhältnis" im Sinne von Art. 12c Abs. 1 FMG bzw. Art. 43 Abs. 1 FDV auszugehen, wenn das Vorliegen eines Vertragsverhältnisses an sich umstritten ist.

**3.2.2.** Einer solchen Auffassung steht auch Art. 2 FMG nicht entgegen: Diese Bestimmung besagt, dass das FMG die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen, einschliesslich der Übertragung von Radio- und Fernsehprogrammen, regelt, soweit das Bundesgesetz vom 24. März 2006 über Radio und Fernsehen (RTVG) nichts anderes bestimmt. Art. 3 Bst. c FMG definiert eine fernmeldetechnische Übertragung als "elektrisches, magnetisches, optisches oder anderes elektromagnetisches Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk". Bei Streitigkeiten über das Zustandekommen eines Vertrages mit einem bestimmten Fernmeldediensteanbieter geht es letztlich um die Frage, ob der Kunde die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen auch tatsächlich über diesen Anbieter abwickeln wollte oder nicht bzw. ob er sich allenfalls auf einen Willensmangel berufen kann. Dabei handelt es sich aber ohne weiteres um einen Gegenstand, welcher in den Geltungsbereich des FMG fällt. Dies gilt umso mehr, als dass die Beschwerdeführerin in der Mehrheit der den angefochtenen Gebührenverfügungen zugrunde liegenden Streitfällen jeweils von sich aus eine Umschaltung veranlasst hat, so dass die fernmeldetechnische Übertragung ab diesem Zeitpunkt – ungeachtet allfälliger vertraglicher Beziehungen – faktisch über sie lief.

**3.2.3.** Soweit die Beschwerdeführerin schliesslich geltend zu machen scheint, die Vorinstanz greife lediglich gestützt auf eine verwaltungsrechtliche Verordnung in private Verträge ein, welche abschliessend im OR und somit auf Gesetzesstufe geregelt seien, ist ihr entgegenzuhalten, dass sich die Zuständigkeit der Vorinstanz bereits aus Art. 12c Abs. 1 FMG und damit aus einem Gesetz im formellen Sinn ergibt. Zudem handelt es sich bei den einschlägigen Bestimmungen in FMG und FDV lediglich um verfahrensrechtliche Vorschriften, während in materieller Hinsicht das OR – allerdings unter Beachtung der besonderen Anforderungen an telefonische Preselection-Anträge (vgl. Anhang 2 der Verordnung der Eidgenössischen Kommunikationskommission vom 17. November 1997 betreffend das Fernmeldegesetz [SR 784.101.112/2]) – auch vor der Vorinstanz Anwendung findet. Von einem unzulässigen Eingriff in privatrechtliche Belange kann demnach keine Rede sein.

#### 4.

Darf die Vorinstanz in den den angefochtenen Gebührenverfügungen zugrunde liegenden Streitfällen vermitteln, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob sie auch berechtigt ist, den Fernmeldediensteanbietern für die Durchführung dieser Schlichtungsverfahren Verfahrensgebühren in Rechnung zu stellen.

**4.1.** Gemäss Art. 12c Abs. 2 FMG zahlt derjenige eine Behandlungsgebühr, welcher die Schlichtungsstelle anruft, während die Anbieterin von Fernmelde- oder Mehrwertdiensten die Verfahrenskosten abzüglich der Behandlungsgebühr zu tragen hat. Art. 40 Abs. 1 Bst. c FMG räumt der zuständigen Behörde die Befugnis ein, kostendeckende Verwaltungsgebühren für ihre Verfügungen und Leistungen, namentlich für die Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Kundinnen oder Kunden und Anbieterinnen von Fernmelde- oder Mehrwertdiensten zu erheben. Wurden die in Absatz 1 aufgeführten Tätigkeiten Dritten übertragen, so können diese verpflichtet werden, die Preise ihrer Dienste dem Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) zur Genehmigung zu unterbreiten, insbesondere, wenn für diese Dienste kein Wettbewerb besteht (Art. 40 Abs. 3 FMG). Art. 44 FDV, welcher der Bundesrat gestützt auf Art. 12c Abs. 4 FMG erlassen hat, sieht vor, dass die Schlichtungsstelle ein Verfahrensreglement erlässt (Abs. 1) und dieses und ihr Gebührenreglement sowie Änderungen davon dem BAKOM zur Genehmigung vorlegt (Abs. 2).

**4.2.** Die Vorinstanz hat von dieser Befugnis Gebrauch gemacht und am 11. Juni 2008 ein Verfahrensreglement (nachfolgend: Verfahrensreglement 2008) sowie ein Gebührenreglement erlassen. Letzteres wurde am 7. Mai 2010 (Inkrafttreten: 25. Mai 2010; nachfolgend: Gebührenreglement 2010) ein erstes Mal, am 10. September bzw. 22. November 2010 (gemeinsam mit dem Verfahrensreglement) ein zweites Mal (Inkrafttreten: 1. Januar 2011; nachfolgend: Gebührenreglement 2011 bzw. Verfahrensreglement 2011) angepasst. Grundsätzlich ist die Rechtmässigkeit einer Verfügung nach der Rechtslage zur Zeit ihres Erlasses zu beurteilen (ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich 2010, Rz. 326 f.; Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes A-2396/2007 vom 15. August 2007 E. 5 sowie A-1778/2006 vom 7. März 2007 E. 1.2). Da das im Zeitpunkt des Verfügungserlasses in Kraft stehende Gebührenreglement 2010 bzw. Verfahrensreglement 2008 bezüglich den hier massgebenden Bestimmungen keine wesentlichen

Änderungen erfahren hat, kann letztlich offen bleiben, welche Version massgebend ist.

**4.3.** Die Beschwerdeführerin macht nun geltend, die ihr von der Vorinstanz in Rechnung gestellten Gebühren stünden in keinem Verhältnis zu den durchschnittlichen jährlichen Umsätzen, welche sie mit einem Kunden erzielen könne, und seien unabhängig davon geschuldet, ob dieser im konkreten Fall überhaupt im Recht sei oder nicht. Sie wirkten sich folglich für Anbieter wie sie geradezu prohibitiv aus und verunmöglichten einen wirksamen Wettbewerb im Fernmeldebereich.

**4.3.1.** Gemäss Art. 1 Abs. 2 Bst. c FMG soll das Fernmeldegesetz insbesondere einen wirksamen Wettbewerb beim Erbringen von Fernmeldediensten ermöglichen. Es trifft zwar zu, dass sich jeder Fernmeldediensteanbieter auf ein Schlichtungsverfahren einzulassen (Art. 47 Abs. 1 FDV, Ziff. 8.1 des Verfahrensreglementes 2008 bzw. Art. 10 Abs. 1 des Verfahrensreglementes 2011) und in der Regel für jedes Verfahren, an dem er beteiligt ist oder sein sollte, unabhängig von dessen Ausgang die Verfahrenskosten zu tragen hat (Art. 12c Abs. 2 FMG, Art. 49 Abs. 3 Satz 1 FDV, Ziff. 18.1 des Verfahrensreglementes 2008, Art. 1 des Gebührenreglementes 2010 bzw. Art. 1 des Gebührenreglementes 2011). Die Schlichtungsstelle wird aber – getreu dem Verursacherprinzip – einzig von Unternehmen finanziert, welche es zum Streit mit ihren Kunden kommen lassen (Botschaft, a.a.O., BBI 2003 7951 7974). Mit anderen Worten: Verhält sich ein Anbieter korrekt gegenüber seinen Kunden bzw. strebt er mit ihnen bei Differenzen eine Verhandlungslösung an, läuft er kaum Gefahr, in ein solches (kostenpflichtiges) Verfahren verwickelt zu werden. Denn ein Schlichtungsbegehren ist nur zulässig, wenn die einreichende Person zuvor versucht hat, sich mit der anderen Streitpartei zu einigen, und dieses nicht offensichtlich missbräuchlich ist (Art. 45 Abs. 2 Bst. a und Bst. c FDV, Ziff. 3.2.2 und Ziff. 3.2.3 des Verfahrensreglementes 2008 bzw. Art. 5 Abs. 1 Bst. b und Bst. c des Verfahrensreglementes 2011). Tritt letzterer Fall ein, kann die Schlichtungsstelle auf die Erhebung einer Verfahrensgebühr verzichten (Art. 49 Abs. 3 Satz 2 FDV, Ziff. 18.1 des Verfahrensreglementes 2008) bzw. vom antragstellenden Kunden einen höheren Gebührenanteil verlangen (Art. 49 Abs. 2 FDV). Von einem prohibitiven Charakter bzw. der Unterbindung eines wirksamen Wettbewerbs kann unter diesen Vorzeichen keine Rede sein.

**4.3.2.** Um einen Missbrauch der Schlichtung zu verhindern, hat auch der antragstellende Kunde eine (geringe) Behandlungsgebühr zu entrichten (Art. 12c Abs. 2 FMG, Art. 49 Abs. 2 FDV; vgl. auch Botschaft, a.a.O., BBl 2003 7951 7974), die gemäss Gebührenordnung der Vorinstanz Fr. 20.- beträgt (Art. 3 des Gebührenreglementes 2010 bzw. Art. 4 des Gebührenreglementes 2011). Art. 49 Abs. 2 i.V.m. Abs. 3 Satz 2 FDV sieht weiter vor, dass der Gebührenanteil des antragstellenden Kunden bei missbräuchlicher Verfahrenseinleitung erhöht werden kann (den Reglementen der Vorinstanz kann keine entsprechende Bestimmung entnommen werden). Dennoch könnte dieser – ohne dass sein Verhalten als offensichtlich missbräuchlich zu qualifizieren wäre – insbesondere bei geringfügigen Streitbeträgen versucht sein, auf den Anbieter mit der Androhung der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens Druck auszuüben und diesen dazu zu bewegen, – zwecks Vermeidung allfälliger (hoher) Folgekosten – auf seine (berechtigten oder unberechtigten) Forderungen einzugehen. Dies lässt sich allerdings dann weitgehend vermeiden, wenn die Gebührenhöhe nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum Streitwert steht (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-6747/2008 vom 24. Februar 2011 E. 7.3.1 sowie ausführlicher E. 5.2 ff. nachfolgend).

**4.3.3.** Vor diesem Hintergrund greift auch das (nicht weiter mit Belegen gestützte) Argument der Beschwerdeführerin nicht, ihre Konkurrentin Y. \_\_\_\_\_ würde die von ihr neu gewonnenen Kunden gar ermutigen, gegen sie ein Schlichtungsverfahren einzuleiten, um sie aus dem Markt zu drängen. Zudem haben die Fernmeldediensteanbieter ihre Kunden seit dem 1. Januar 2010 von sich aus auf jeder Rechnung über die Existenz der Schlichtungsstelle zu informieren (Art. 47 Abs. 3 FDV), nachdem sie dies zuvor zumindest beim Vertragsabschluss und danach wenigstens einmal jährlich tun mussten (aArt. 47 Abs. 3 FDV [AS 2007 963]). Ebenso gehen die Einwände der Beschwerdeführerin fehl, das bloss auf Verordnungsstufe geregelte, für sie zwingende Schlichtungsverfahren stelle einen massiven bzw. unzulässigen Eingriff in private Verträge und letztlich in die Wirtschaftsfreiheit dar und verletze ihren Anspruch auf ein faires Verfahren und den verfassungsmässigen Richter im Sinne von Art. 6 EMRK. Einerseits beruht das Schlichtungsverfahren auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage in Art. 12c FMG. Andererseits sind die Parteien durch den Schlichtungsentscheid nicht gebunden (Art. 12c Abs. 3 FMG). Das Stellen eines Schlichtungsbegehrens steht einer Zivilklage nicht entgegen und die Schlichtungsstelle hat in einem solchen Fall das Verfahren zu beenden (Art. 46 Abs. 1 und 2 FDV). Der

Beschwerdeführerin ist allerdings insofern Recht zu geben, dass die Kostenhöhe des Schlichtungsverfahrens die Dispositionsfreiheit der Parteien beeinflussen kann. Auf diesen Aspekt wird nachfolgend noch ausführlich eingegangen.

**4.4.** Gemäss Ziff. 18.1 des Verfahrensreglementes 2008 (bzw. Art. 20 des Verfahrensreglementes 2011) richten sich die Regeln zur Festlegung der Verfahrensgebühr für die Anbieterinnen und der Behandlungsgebühr für die Endkunden nach dem Gebührenreglement. Gemäss Art. 2 des Gebührenreglementes 2010 bzw. des Gebührenreglementes 2011 werden die Verfahrensgebühren kostenorientiert jährlich oder bei Bedarf vom Stiftungsrat festgesetzt; die Schlichtungsperson schlägt dem Stiftungsrat aufgrund des Gesamtbudgets und der Erfahrungswerte der vergangenen Abrechnungsperioden der Vorinstanz die Minimal- und Maximalbeträge pro Fallkategorie resp. Abschreiber vor (Abs. 1). Die Verfahrensgebühren (exkl. MwSt.) für Anbieter von Fernmelde- oder Mehrwertdiensten betragen für einen Regelfall Fr. 950.- bis Fr. 3'000.-, für einen Kurzfall Fr. 500.- bis Fr. 1'500.- und für einen Abschreiber Fr. 250.- bis Fr. 800.- (Abs. 2). Ein Regelfall wird ohne Einigung der Parteien im Rahmen des Schriftenwechsels mit einem Schlichtungsvorschlag abgeschlossen. Ein Kurzfall wird mit Einigung der Parteien im Rahmen des Schriftenwechsels abgeschlossen. Mit einem Abschreiber wird das Verfahren nach einem Rückzug des Schlichtungsbegehrens durch den Kunden oder die Kundin abgeschlossen (Abs. 3). Die Verfahrensgebühren werden namentlich aufgrund der Komplexität des Falles, des Streitwerts, des Arbeitsaufwands und des Ausgangs des Verfahrens festgesetzt. Die Verfahrensgebühren werden um 20 % erhöht, wenn es sich beim pflichtigen Anbieter nicht um einen Vorauszahler im Sinne von Art. 4 ff. handelt (Abs. 4). Die Behandlungsgebühr für Kundinnen und Kunden, welche die Schlichtungsstelle anrufen, beträgt – wie bereits gesehen – Fr. 20.- (Art. 3 des Gebührenreglementes 2010 bzw. Art. 4 des Gebührenreglementes 2011).

**4.4.1.** Gebühren gehören zu den Kausalabgaben und stellen zusammen mit den Steuern die öffentlichen Abgaben dar. Während Steuern nicht als Entgelt für eine spezifische staatliche Leistung oder einen besonderen Vorteil erhoben werden, stellen Gebühren das Entgelt für eine bestimmte, von der abgabepflichtigen Person veranlasste Amtshandlung (Verwaltungsgebühr) oder für die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung (Benutzungsgebühr) dar. Die Verwaltungsgebühr ist mit anderen Worten das Entgelt für eine staatliche Tätigkeit und soll die

Kosten, welche dem Gemeinwesen durch die Amtshandlung entstanden sind, ganz oder teilweise decken (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2626 ff. sowie Rz. 2661). Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage (Legalitätsprinzip) im Abgaberecht verlangt, dass sich öffentliche Abgaben auf eine formell-gesetzliche Grundlage stützen, welche diese in den Grundzügen umschreibt. Delegiert der Gesetzgeber die Kompetenz zur Festlegung einer Abgabe an eine nachgeordnete Behörde, so muss er zumindest den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen der Abgabe selber festlegen (vgl. Art. 127 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 Bst. d der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]; BGE 132 II 371 E. 2.1 mit Hinweisen).

**4.4.2.** Das Bundesverwaltungsgericht hat in seinem Urteil A-6464/2008 vom 6. April 2010 E. 5 festgehalten, dass Art. 40 Abs. 1 Bst. c und Art. 12c Abs. 2 FMG auf Gesetzesstufe sowohl das Objekt der strittigen Abgabe wie auch den Abgabepflichtigen definieren und Art. 2 und Art. 3 des Gebührenreglementes 2008 sich im Rahmen der Delegationsnorm von Art. 12c FMG bewegen (E. 6.5.1 f.). In seinem Urteil A-6747/2008 vom 24. Februar 2011 E. 6.5.2 hat es ergänzend ausgeführt, dass auch (die gleichlautenden) Art. 1 und Art. 3 des Gebührenreglementes 2010 (bzw. Art. 1 und Art. 4 des Gebührenreglementes 2011) den Rahmen der Delegationsnorm nicht sprengen. In beiden Urteilen hat es zugleich aber darauf hingewiesen (vgl. jeweils E. 6.5.3), dass Art. 40 Abs. 1 erster Satz FMG für sich alleine keine genügende gesetzliche Grundlage für die Bemessung der strittigen Gebühren darstellt.

## **5.**

Art. 40 Abs. 3 FMG sieht vor, dass die Vorinstanz die Preise ihrer Dienste dem BAKOM zur Genehmigung unterbreiten muss. Dieser Überwachungsaufgabe ist das BAKOM mit Genehmigung der beiden Gebührenreglemente 2010 bzw. 2011 am 20. Mai und am 8. Dezember 2010 nachgekommen und hat damit zumindest eine erste Gewähr für die Angemessenheit der Tarife der Vorinstanz geleistet. Zudem dürfen nach den vom Bundesgericht aufgestellten Grundsätzen die Anforderungen an die formell-gesetzliche Grundlage herabgesetzt werden, wo das Mass der Abgabe durch überprüfbare verfassungsrechtliche Prinzipien (Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip) begrenzt wird. Das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip vermögen aber nur die Anforderungen an die gesetzliche Festlegung der Abgabe zu lockern, jedoch nicht eine gesetzliche Grundlage völlig zu ersetzen. Sie können

einzig die Höhe bestimmter Kausalabgaben ausreichend begrenzen, so dass der Gesetzgeber deren Bemessung dem Ordnungsgeber überlassen darf, nicht aber die Umschreibung des Kreises der Abgabepflichtigen und des Gegenstandes der Abgabe (BGE 132 II 371 E. 2.1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-632/2008 vom 2. September 2008 E. 4.2; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2703 f.). Es ist daher nachfolgend zu untersuchen, ob die der Beschwerdeführerin im konkreten Fall auferlegten Gebühren von ihrer Höhe her diesen beiden Prinzipien, welche grundsätzlich auch von Privatrechtsträgerinnen wie der Vorinstanz zu beachten sind (Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-6464/2008 vom 6. April 2010 E. 7.1 und E. 8.4), zu genügen vermögen.

**5.1.** Nach dem Kostendeckungsprinzip sollen die Gesamteingänge den Gesamtaufwand für den betreffenden Verwaltungszweig nicht oder nur geringfügig überschreiten (BGE 132 II 47 E. 4.1 mit Hinweisen; vgl. auch PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 56 Rz. 14). Eine gewisse Schematisierung oder Pauschalisierung ist dabei nicht ausgeschlossen. Für die Ermittlung des Gesamtaufwandes sind zu den laufenden Ausgaben des betreffenden Verwaltungszweiges (wie zum Beispiel Porti, Telefonkosten, Löhne und Mietzinse) auch angemessene Rückstellungen, Abschreibungen und Reserven hinzuzurechnen (BGE 126 I 180 E. 3a.aa, BGE 120 Ia 171 E. 2a jeweils mit Hinweisen). Zudem kann auch ein Anteil am Aufwand der leitenden Behörden dazu gerechnet werden (vgl. BGE 103 Ia 85 E. 5b). Beim "betreffenden Verwaltungszweig" können nicht nur die direkten und unmittelbaren Kosten einer einzelnen Aufgabe berücksichtigt werden, sondern eine Gesamtheit von verschiedenen Aufgaben, die einen Leistungstyp des Staates begründen (vgl. PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. III: L'organisation des activités administratives, les biens de l'Etat, Bern 1992, S. 368). Es ist dem Gemeinwesen sodann nicht verwehrt, mit den Gebühren für bedeutende Geschäfte den Ausfall aus Verrichtungen auszugleichen, für die wegen des mangelnden Interesses keine kostendeckende Entschädigung verlangt werden kann (BGE 120 Ia 171 E. 2a, BGE 97 I 193 E. 6 jeweils mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes A-632/2008 vom 2. September 2008 E. 5.1 sowie A-6464/2008 vom 6. April 2010 E. 9).

**5.1.1.** Gemäss dem Jahresbericht 2009 der Vorinstanz, S. 29, stehen in der Zeitspanne vom 1. Juli 2008 bis am 31. Dezember 2009 einem Betriebsaufwand von Fr. 1'237'365.63 Erlöse von insgesamt Fr.

1'214'739.11 (Schlichtungsgebühren: Fr. 322'419.11, Beitragszahlungen Anbieter: Fr. 892'320.-) gegenüber, so dass ein Betriebsverlust von Fr. 22'626.52, nach Aufrechnung von Zinsertrag und ausserordentlichem Erfolg ein bescheidener Gewinn von Fr. 173.66 resultiert. Da ihre Gesamterträge (zu welchen die Gebühren mit rund einem Viertel beitragen) ihre Gesamtkosten somit nur unwesentlich übersteigen, verletzt die Vorinstanz vorliegend mit der Auferlegung von Gebühren im Umfang von Fr. 780.- für einen Kurzfall und im Umfang von Fr. 1'884.- bzw. Fr. 1'944.- für einen Regelfall (jeweils exkl. MwSt.) das Kostendeckungsprinzip nicht.

**5.2.** Das Äquivalenzprinzip verlangt in Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes insbesondere, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der bezogenen Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen bewegen muss (BGE 131 II 735 E. 3.2 mit Hinweisen). Der Wert der Leistung bestimmt sich entweder nach dem Nutzen, den sie dem Pflichtigen bringt, oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweiges bzw. der betreffenden Behörde; allerdings bleibt auch hier eine gewisse Pauschalisierung zulässig. Die Gebühren müssen zudem nicht in jedem Fall genau dem Verwaltungsaufwand entsprechen, sollen aber nach sachlich vertretbaren Kriterien bemessen sein und nicht Unterscheidungen treffen, für die keine vernünftigen Gründe ersichtlich sind. Werden vergleichbare Leistungen auch von Privaten angeboten, kann auf den Marktwert abgestellt werden. Lässt sich der Wert der Leistung nur schwer beziffern, verfügt der Gesetzgeber über einen weiten Entscheidungsspielraum (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2642). Im Unterschied zum Kostendeckungsprinzip bezieht sich das Äquivalenzprinzip nicht auf die Gesamtheit der Erträge und Kosten in einem bestimmten Verwaltungszweig, sondern immer nur auf das Verhältnis von Abgabe und Leistung im konkreten Fall (TSCHANNEN/ZIMMERLI, a.a.O., § 56, Rz. 21; vgl. zum Ganzen auch Urteile des Bundesverwaltungsgerichtes A-3434/2010 vom 2. November 2010 E. 7.1, A-6464/2008 vom 6. April 2010 E. 9.2 sowie A-632/2008 vom 2. September 2008 E. 6.1).

**5.2.1.** Das Bundesverwaltungsgericht hat regelmässig zu prüfen, ob bestimmte Gebühren vor dem Äquivalenzprinzip standhalten. So hält es die vom Eidgenössischen Starkstrominspektorat (ESTI) erhobene Gebühr von Fr. 500.- für seine Kontrollarbeiten und für die Mahnverfügung, wenn

es jemand unterlässt, für seine elektrische Installation fristgerecht einen Sicherheitsnachweis einzureichen, für angemessen (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-7094/2009 vom 6. September 2010 E. 5.4 mit Hinweisen). Weiter hat es eine Gebühr des Bundesamtes für Zivilluftfahrt (BAZL) von Fr. 810.- für die Prüfung der Lufttüchtigkeit eines Flugzeuges und eine solche von Fr. 110.- für das Ausstellen eines Lufttüchtigkeitsfolgezeugnisses für verhältnismässig erklärt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-1150/2008 vom 18. September 2008 E. 6.5 ff.). Bei der Genehmigung eines Triebwerkwechsels, welche eine grosse Änderung des Luftfahrzeugbaumusters bedingte, hat es angesichts des damit verbundenen nicht unbedeutenden Aufwands die erhobene Minimalgebühr von Fr. 1'000.- nicht als überhöht oder unverhältnismässig bezeichnet (Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-1849/2009 vom 31. August 2009 E. 7.3.2). Im Zusammenhang mit Funkkonzessionen und Anlagen wurde eine Verwaltungsgebühr des BAKOM von Fr. 1'584.- für die Kontrolle von mehreren Geräten aufgrund der anspruchsvollen und aufwändigen Arbeit, die im Hinblick auf Qualität und Sicherheit der Kommunikations- und Funkverbindungen von qualifiziertem, technisch geschultem Personal durchgeführt werden muss, ebenfalls als verhältnismässig erachtet (Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-979/2008 vom 22. Oktober 2008 E. 6.3.4).

**5.2.2.** Bei der Prüfung der Frage, ob eine Verfahrensgebühr der Vorinstanz nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zur erbrachten Leistung steht, ist unter anderem auch dem Umstand Rechnung zu tragen, dass die Gebühren von Gesetzes wegen die Kosten der Vorinstanz decken sollen (Art. 40 Abs. 1 Bst. c FMG; E. 4.1). Dem Jahresbericht 2009, S. 29, lässt sich entnehmen, dass sich die Schlichtungsstelle nicht nur durch die Verfahrensgebühren aus ihrer Schlichtungstätigkeit finanziert (vgl. Art. 1 des Gebührenreglementes 2010 bzw. des Gebührenreglementes 2011), sondern auch – im Sinne von Art. 49 Abs. 1 FDV, welcher andere Einnahmequellen ausdrücklich zulässt – durch die Beitragszahlungen einiger Anbieter der Telekombranche (vgl. bereits E. 5.1.1). Dennoch kommt die Vorinstanz zwecks Vermeidung von Defiziten nicht umhin, von den Fernmeldediensteanbietern in den Schlichtungsverfahren Gebühren zu erheben, welche den jeweiligen Streitwert möglicherweise übersteigen. Dies ist gerade in Verfahren mit geringem Streitwert grundsätzlich in Kauf zu nehmen, soll doch das Schlichtungsverfahren dazu beitragen, ein wesentlich langwierigeres und teureres Zivil- oder Strafverfahren zu

vermeiden (vgl. Erläuterungsbericht zur FDV, S. 15). Ein solches Vorgehen ist so lange nicht zu beanstanden, wie zwischen diesen beiden Beträgen kein offensichtliches Missverhältnis besteht und dem im konkreten Einzelfall entstandenen Aufwand jeweils genügend Rechnung getragen wird.

**5.2.3.** Das Bundesverwaltungsgericht hat die Verhältnismässigkeit der Verfahrensgebühren der Vorinstanz bisher in zwei Urteilen näher untersucht. In einem Leitentscheid hat es festgehalten, dass die Pauschalgebühr von Fr. 1'700.- in einem Verfahren mit einem Streitwert von Fr. 560.-, wo es einzig darum ging, die sich regelmässig stellende und aus juristischer Sicht einfach zu beantwortende Frage der Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist zu prüfen und einen mit geringem Aufwand verbundenen Vergleichsvorschlag auszuarbeiten, nicht in einem vernünftigen Verhältnis zur erbrachten Leistung steht (Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-6464/2008 vom 6. April 2010 E. 9.3). In einem kürzlich ergangenen Urteil hatte es eine Gebühr von Fr. 1'494.- (bzw. Fr. 1'245.- ohne 20 %-Zuschlag für Fallzahler; vgl. E. 4.4) für einen Regelfall zu beurteilen. Dabei ging es ebenfalls um eine juristisch einfache Fragestellung im Zusammenhang mit einer Vertragskündigung. Der Aufwand der Vorinstanz beschränkte sich darauf, einen Vergleichsvorschlag auszuarbeiten, der auf drei Seiten eine Zusammenfassung des eher einfachen Sachverhalts (rund 20 Zeilen), eine eigene Einschätzung (rund 40 Zeilen bzw. eine Seite) und den Vorschlag umfasste. Weil die Weigerung des betroffenen Fernmeldediensteanbieters, eine Stellungnahme einzureichen, nicht zu einem nennenswerten Zusatzaufwand bei der Feststellung des Sachverhalts geführt hatte, der Streitwert jedoch bloss Fr. 51.80 betrug, stand nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts die erhobene Gebühr in keinem vernünftigen Verhältnis zu der erbrachten Leistung. Denn andernfalls würde die Gefahr bestehen, dass Kunden – ohne dass ihr Verhalten bereits als missbräuchlich i.S.v. Art. 49 Abs. 2 und 3 FDV zu werten wäre – Druck auf die Anbieter ausüben könnten und diese einzig aus dem Grund einlenken würden, deutlich über dem Streitwert liegende Kosten zu vermeiden (Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes A-6747/2008 vom 24. Februar 2011 E. 7.3.1). Aus diesem Grund erachtete das Gericht die in Art. 2 des Gebührenreglementes 2010 bzw. 2011 für einen Regelfall vorgesehene Minimalgebühr von Fr. 950.-, ohne dass der Vorinstanz durch die Besonderheit des Falles oder das Verhalten der Anbieterin ein beträchtlicher Zusatzaufwand entstanden ist, als übermässig (Urteil A-6747/2008 E. 7.3.2).

**5.3.** Nachfolgend ist vor diesem Hintergrund je einzeln zu prüfen, ob die vier angefochtenen Gebührenverfügungen gegen das Äquivalenzprinzip verstossen.

**5.3.1.** Im Schlichtungsverfahren C8036 bestritt der Kunde, mit der Beschwerdeführerin einen Vertrag mit einer Laufzeit von 24 Monaten abgeschlossen zu haben, bzw. berief sich auf seine Kündigung. Die Beschwerdeführerin hielt in ihrer elektronisch eingereichten Stellungnahme fest, der Vertrag sei in der Zwischenzeit storniert worden, sie bestehe aber auf der Begleichung eines noch ausstehenden Betrages von Fr. 75.35. Die Vorinstanz teilte dies dem Kunden im Sinne eines Schlichtungsvorschlages mit. Weil der Kunde dem Vorschlag zustimmte, schloss die Vorinstanz das Verfahren mit Einigung der Parteien im Rahmen des Schriftenwechsels ab, qualifizierte das Verfahren als Kurzfall und auferlegte der Beschwerdeführerin "namentlich aufgrund der durchschnittlichen Komplexität und des überdurchschnittlichen Aufwands" Verfahrenskosten von Fr. 650.- und erhöhte diese um 20 Prozent für Fallzahler, woraus sich eine Gebühr von Fr. 780.- zuzüglich Mehrwertsteuer ergab.

Den von der Vorinstanz eingereichten Unterlagen lässt sich entnehmen, dass sich ihre Tätigkeit darauf beschränkte, nach Durchsicht der eingereichten Unterlagen – was offenbar mit keinem grossen Aufwand verbunden war – auf dem dreiseitigen Schlichtungsvorschlag das Begehren des Kunden wörtlich wiederzugeben, die Stellungnahme der Beschwerdeführerin aus deren E-Mail zu kopieren, gestützt darauf dem Kunden den Vorschlag der Beschwerdeführerin zu unterbreiten und nach dessen Zustimmung in drei Ziffern das Schlichtungsergebnis festzuhalten. Durchgeführt wurde bloss ein einfacher Schriftenwechsel. Weiter sind keine Belege dafür vorhanden, dass die Vorinstanz eigene (rechtliche) Abklärungen getätigt hätte. Der behauptete "überdurchschnittliche Aufwand" ist damit durch nichts belegt und die "Komplexität" des Falles spielte bei der Falllösung offensichtlich keine Rolle. Der Aufwand der Vorinstanz beschränkte sich vielmehr auf ein absolutes Minimum. Unter Berücksichtigung des vor der Schlichtungsbehörde effektiv noch strittigen Betrages von Fr. 75.35 erscheint eine Gebühr von Fr. 650.- (exkl. MwSt. und ohne Erhöhung um 20 % für Fallzahler) in einem offensichtlichen Missverhältnis zum Leistungswert. Damit dürfte die reglementarisch für einen Kurzfall vorgesehene Minimalgebühr von Fr. 500.- (E. 4.4) wohl ebenso wenig Aufwand und Streitwert gerecht werden. Diese Frage muss aber nicht abschliessend beantwortet werden. Vielmehr ist die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

**5.3.2.** Im von der Ausgangslage her ähnlichen Schlichtungsverfahren C9588 konnten sich die Parteien soweit einigen, dass die Beschwerdeführerin die Kundin gegen eine Abschlagszahlung von Fr. 300.- aus dem Vertrag entliess. Im Unterschied zum vorherigen Verfahren gingen diesem Vergleich wiederholte Vermittlungsbemühungen

der Vorinstanz über die Höhe der Abschlagszahlung voraus, weil die Kundin weder den ersten Vorschlag der Beschwerdeführerin (Fr. 450.-) noch einen zweiten Vorschlag akzeptierte. Der weitere Aufwand der Vorinstanz beschränkte sich indessen auch hier darauf, den Beteiligten das jeweilige Vergleichsangebot der Gegenseite zuzustellen sowie einen kurzen Bericht über den Ablauf des Schlichtungsverfahrens zu verfassen; Anhaltspunkte für darüber hinausgehende rechtliche oder vertiefte tatsächliche Abklärungen sind nicht vorhanden. Unter Berücksichtigung des ursprünglich strittigen Betrages von Fr. 450.- und den mehrfachen Vermittlungsbemühungen der Vorinstanz kann insgesamt betrachtet noch nicht von einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen den Verfahrensgebühren von Fr. 650.- (exkl. MwSt. und ohne Erhöhung um 20 % für Fallzahler) und dem Leistungswert ausgegangen werden.

**5.3.3.** Im Schlichtungsverfahren C8842 machte die Beschwerdeführerin im Rahmen des Schriftenwechsels dem Kunden das Angebot, den Vertrag gegen eine Abschlagszahlung von Fr. 422.25 aufzuheben. Letzterer stellte sich auf den Standpunkt, dass der Vertrag mit der Beschwerdeführerin wegen absichtlicher Täuschung ungültig zu erklären sei. Über drei Seiten nahm die Vorinstanz in der Folge eine vertiefte Würdigung des Sachverhaltes (inkl. detaillierte Analyse des Verkaufsgesprächs) und der Rechtslage vor und kam zum Ergebnis, dass zwar ein Vertrag zustande gekommen sei, die Beschwerdeführerin aber ihre Aufklärungspflicht nicht zureichend wahrgenommen habe und die Vereinbarung wegen eines Willensmangels für den Kunden einseitig unverbindlich sei. Ihr darauf beruhender Vergleichsvorschlag (Vertragsauflösung mit Forderungsverzicht der Beschwerdeführerin) wurde von den Parteien anschliessend offenbar angenommen. Die Vorinstanz stuft das Verfahren als Regelfall ein (reglementarisch vorgesehene Verfahrenskosten von Fr. 950.- bis Fr. 3'000.-; vgl. E. 4.4) und setzte die Gebühr auf Fr. 1'620.- fest (exkl. MwSt. und ohne Erhöhung um 20 % für Fallzahler). Zur Begründung führte sie aus, die Kosten seien namentlich aufgrund der durchschnittlichen Komplexität, des im Mittel liegenden Streitwerts, des mittleren Aufwands und der Einigung der Parteien festgesetzt worden. Zu einem zusätzlichen Aufwand habe die detaillierte Analyse des Verkaufsgesprächs geführt.

Aus den Unterlagen geht hervor, dass der Vorinstanz bei der Fallanalyse, bei der Abklärung mehrerer rechtlicher Aspekte und der Ausarbeitung eines eigenen Schlichtungsvorschlages ein gewisser Aufwand entstand. Auch wenn die aufgeworfenen Rechtsfragen nicht sehr komplex waren, ging es im Gegensatz zum Schlichtungsverfahren, das Gegenstand des Urteils A-6464/2008 (vgl. E. 5.2.3 hiervor) bildete, aus

juristischer Sicht nicht bloss um die Lösung eines Standardfalles. Unter Berücksichtigung des strittigen Betrages von Fr. 422.25 kann deshalb nicht von einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen Kosten und Leistungswert ausgegangen werden. Die von der Vorinstanz in Rechnung gestellte Gebühr ist damit nicht zu beanstanden.

**5.3.4.** Auch im Schlichtungsverfahren C8861 hielt die Beschwerdeführerin an der Gültigkeit des Vertrages und dessen Dauer von 24 Monaten fest, erklärte sich jedoch bereit, den Vertrag unter Begleichung einer Abschlagszahlung von Fr. 458.10 sofort zu stornieren. Weil sich die Parteien im Rahmen eines mehrfachen Schriftenwechsels nicht einigen konnten, nahm die Vorinstanz ebenfalls eine detaillierte Analyse des aufgezeichneten Verkaufsgespräches sowie eine rechtliche Würdigung des Streitfalles vor, um den Parteien anschliessend einen Vergleichsvorschlag unterbreiten zu können. Nach einer Wiedergabe des rechtserheblichen Sachverhaltes und der Vermittlungsbemühungen auf mehreren Seiten kam sie in ihren sich über zwei Seiten erstreckenden rechtlichen Erwägungen zum Schluss, dass zwischen der Kundin und der Beschwerdeführerin kein Vertrag zustande gekommen sei und dieser überdies unter Berufung auf einen Willensmangel (Irrtum oder Täuschung) anfechtbar wäre. Ihr darauf beruhender Vergleichsvorschlag (Vertragsauflösung mit Forderungsverzicht der Beschwerdeführerin) wurde von der Beschwerdeführerin offenbar nicht angenommen. Die Vorinstanz stufte das Verfahren ebenfalls als Regelfall (vgl. E. 4.4) ein und setzte die Gebühr auf Fr. 1'570.- fest (exkl. MwSt. und ohne Erhöhung um 20 % für Fallzahler). Zur Begründung führte sie aus, die Kosten seien namentlich aufgrund der durchschnittlichen Komplexität, des im Mittel liegenden Streitwerts, des mittleren Aufwands und der gescheiterten Einigung der Parteien festgesetzt worden. Zu einem zusätzlichen Aufwand habe die detaillierte Analyse des Verkaufsgespräches geführt.

Weil das Schlichtungsverfahren C8861 mit Ausnahme des Verfahrensausganges vom Aufwand der Vorinstanz und vom Streitwert her mit dem Verfahren C8842 vergleichbar ist, kann bezüglich der Beurteilung der Verhältnismässigkeit auf vorstehende Erwägung verwiesen werden. Demnach ist auch in diesem Fall festzustellen, dass die Verfahrensgebühr in der Höhe von Fr. 1'570.- (exkl. MwSt. und ohne Erhöhung um 20 % für Fallzahler) nicht als in einem offensichtlichen Missverhältnis stehend erscheint.

## **6.**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die im Schlichtungsverfahren C8036 von der Vorinstanz erhobene Gebühr das Äquivalenzprinzip verletzt. Die dagegen gerichtete Beschwerde ist demnach gutzuheissen, die

Gebührenverfügung vom 8. Juni 2010 sowie die darauf basierende Rechnung sind aufzuheben und die Angelegenheit ist zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen. Soweit sich die Beschwerden gegen die Gebührenverfügungen vom 9. und 10. Juni 2010 in den Verfahren C9588, C8861 und C8842 richten, sind sie abzuweisen.

## 7.

**7.1.** Die Kosten des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Unterliegt diese nur teilweise, so werden die Kosten ermässigt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die teilweise obsiegende Beschwerdeführerin hat folglich drei Viertel der Verfahrenskosten, ausmachend Fr. 1'800.-, zu tragen. Unter Verrechnung des geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 2'400.- sind ihr demzufolge Fr. 600.- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils aus der Gerichtskasse zurückzuerstatten.

**7.2.** Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zuzusprechen; obsiegt die Partei nur teilweise, so ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die teilweise obsiegende und anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung; diese bemisst sich – ausgehend von einer aufgrund der Akten festzusetzenden Entschädigung in der Höhe von Fr. 3'000.- (Art. 14 Abs. 2 VGKE) und unter Berücksichtigung ihres Unterliegens – auf Fr. 750.- (inkl. Auslagen und MwSt.) und ist der Vorinstanz zur Bezahlung aufzuerlegen.

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### 1.

Die Beschwerde gegen die Gebührenverfügung vom 8. Juni 2010 im Schlichtungsverfahren C8036 wird gutgeheissen und diese Gebührenverfügung sowie die darauf beruhende Rechnung werden aufgehoben. Die Angelegenheit wird in diesem Umfang zur

Neubeurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

**2.**

Die Beschwerden gegen die Gebührenverfügungen vom 9. und 10. Juni 2010 in den Schlichtungsverfahren C9588, C8861 und C8842 werden abgewiesen.

**3.**

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 1'800.- auferlegt. Dieser Betrag wird mit dem geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'400.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 600.- wird ihr nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht einen Einzahlungsschein zuzustellen oder ihre Kontonummer bekannt zu geben.

**4.**

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 750.- (inkl. Auslagen und MwSt.) zu bezahlen.

**5.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- das UVEK (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Beat Forster

Lars Birgelen

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: