



## **Urteil vom 14. November 2018**

---

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),  
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,  
Richter Jérôme Candrian,  
Gerichtsschreiberin Pascale Schlosser.

---

Parteien

**Doing GmbH,**  
Eisfeldstrasse 2a, 6005 Luzern,  
Beschwerdeführerin,

gegen

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

---

Gegenstand

Gebühren Schlichtungsverfahren.

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

Am 22. April 2016 gelangte A.\_\_\_\_\_ an die Stiftung ombudscom, Schlichtungsstelle Telekommunikation (nachfolgend: ombudscom), und ersuchte um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens. Als Fernmelde-diensteanbieterin bezeichnete er die Swisscom (Schweiz) AG (nachfolgend: Swisscom). Zur Begründung führte er aus, er habe die Swisscom mit Schreiben vom 10. April 2014 darüber orientiert, dass sämtliche 090x-Nummern zu sperren seien und ihm eine monatliche Limite von Fr. 150.– zu setzen sei. Trotz der Sperre seien ihm für die Monate Februar bis April 2016 Kosten in Höhe von insgesamt Fr. 1'570.– für Verbindungen mit einer 0906-Nummer sowie für SMS mit der Kurznummer XXX in Rechnung gestellt worden. Die Swisscom habe ihm am 21. April 2016 in einem irrtümlicher Weise auf den 27. Juli 2015 datierten Schreiben jedoch mitgeteilt, dass sie jegliche Stornierung ablehne. Als Ziel des Schlichtungsverfahrens gab A.\_\_\_\_\_ an, dass er mit den Kosten nicht einverstanden sei, da er solche Dienste nicht bestellt habe.

Dem Schreiben der Swisscom vom 27. Juli 2015 (recte: 21. April 2016) an A.\_\_\_\_\_ lässt sich entnehmen, dass Sperrung und auch Entsperrung der 0906-Nummer durch den Kunden selbst erfolgt seien. Betreffend die Kurznummer XXX führte die Swisscom aus, dass es sich hierbei um COINS handle, welche mittels der fraglichen Kurznummer gekauft würden. Im Anschluss erhalte der Kunde einen Code, welcher zur weiteren Verwendung auf einer Webseite eingegeben werden müsse.

**B.**

Mit Schreiben vom 25. April 2016 verlangte die ombudscom von A.\_\_\_\_\_ die für die Prüfung der Einleitung eines Schlichtungsverfahrens notwendigen Dokumente, namentlich eine Kopie seiner Beanstandung an die Swisscom und einen detaillierten Verbindungsnachweis.

**C.**

Die ombudscom teilte A.\_\_\_\_\_ nach Durchsicht der eingereichten Unterlagen am 27. Mai 2016 mit, dass er die verursachten Mehrwertdienstgebühren bestreite, weshalb er sich an die entsprechende Mehrwertdiensteanbieterin richten müsse. Die Swisscom nehme lediglich das Inkasso vor.

**D.**

Mit Schreiben vom 30. Mai 2016 gelangte A. \_\_\_\_\_ an die Doing GmbH, welche als Inhaberin der Kurznummer XXX registriert ist. A. \_\_\_\_\_ bestritt gegenüber der Doing GmbH den Betrag in Höhe von Fr. 201.– für Mehrwertdienste über die Kurznummer XXX und hielt fest, dass er nicht bereit sei, diese Rechnung zu bezahlen. Zudem habe er die Swisscom bereits mehrmals aufgefordert, sämtliche 090x-Nummern und Kurznummern zu sperren. Schliesslich bat er die Doing GmbH, ihn vom Verzeichnis zu löschen und sämtliche Dienste einzustellen. Gleichentags gelangte A. \_\_\_\_\_ an die B. \_\_\_\_\_ SA und bestritt ihr gegenüber den Betrag von Fr. 1370.– für Mehrwertdienste über die Nummer 0906-(...). Eine Kopie der Schreiben ging jeweils an die ombudscom.

Die ombudscom stufte die beiden Schreiben an die Mehrwertdienstanbieterinnen als Begehren um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens ein und verlangte von A. \_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 31. Mai 2016 ein ausgefülltes Schlichtungsbegehren sowie eine Kopie des „DETAILLIERTEN“ Auszugs der bestrittenen Rechnungen (sog. Verbindungsnachweis).

**E.**

Am 7. Juni 2016 bzw. am 8. Juni 2016 reichte A. \_\_\_\_\_ bei der ombudscom die Begehren um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens gegen die B. \_\_\_\_\_ SA (betreffend die Mehrwertdienstnummer 0906-(...)) sowie gegen die Doing GmbH (betreffend die Kurznummer XXX) ein.

**F.**

Die Swisscom teilte der ombudscom am 9. Juni 2016 auf Anfrage mit, dass die Doing GmbH – und nicht die B. \_\_\_\_\_ SA – als Inhaberin der Nummer 0906-(...) registriert sei. Die von der ombudscom verlangten Verbindungsnachweise der Monate Februar bis April 2016 reichte sie ebenfalls ein.

**G.**

Nach der Aufforderung zur Stellungnahme vom 30. Mai 2016 teilte die Doing GmbH A. \_\_\_\_\_ mit Schreiben vom 13. Juni 2016 insbesondere mit, dass es sich bei den von ihm beanstandeten SMS der Kurznummer XXX, nicht um „Spam“, sondern um eine bewusste und gewollte Bestellung einer Dienstleistung handle.

Dem beigelegten Log-Auszug ist zu entnehmen, dass über die Mobiltelefonnummer von A. \_\_\_\_\_ mithilfe der fraglichen Kurznummer Zahlungen über das Zahlungsportal der Doing GmbH erfolgten.

**H.**

Am 11. Juli 2016 stellte A.\_\_\_\_\_ sein Beanstandungsschreiben vom 30. Mai 2016 erneut der Doing GmbH zu und bestritt zusätzlich zum bereits beanstandeten Betrag von Fr. 201.– auch die Rechnungen über den Betrag von insgesamt Fr. 1'370.– für Mehrwertdienste über die Nummer 0906- (...). Mit Schreiben vom 26. Juli 2016 bestätigte die Doing GmbH den Eingang des Schreibens und stellte A.\_\_\_\_\_ ihr Schreiben vom 13. Juni 2016 erneut zu.

**I.**

Nachdem A.\_\_\_\_\_ der ombudscom am 2. September 2016 mitgeteilt hatte, dass er keine Stellungnahme von der Doing GmbH erhalten habe, leitete die ombudscom am 9. September 2016 das Schlichtungsverfahren ein. Da A.\_\_\_\_\_ wenige Stunden später der ombudscom jedoch mitteilte, dass er die Stellungnahme der Doing GmbH vom 13. Juni 2016 erhalten habe, diese aufgrund von Ferienabwesenheit jedoch untergegangen sei, sistierte die ombudscom am 13. September 2016 das Schlichtungsverfahren und forderte A.\_\_\_\_\_ zur Stellungnahme an die Doing GmbH auf.

**J.**

In seiner Stellungnahme vom 9. November 2016 an die Doing GmbH führte A.\_\_\_\_\_ insbesondere an, dass er keine SMS an die Kurznummer XXX gesendet habe. Solche Dienste habe er nicht in Anspruch genommen. Die Doing GmbH teilte ihm daraufhin am 21. November 2016 mit, dass sie die weitere Korrespondenz mit ihm einstelle.

**K.**

Am 13. Dezember 2016 eröffnete die ombudscom ein Schlichtungsverfahren und lud die Doing GmbH zur Stellungnahme ein. Die Doing GmbH hielt in ihrem E-Mail vom 14. Dezember 2016 an die ombudscom insbesondere fest, dass kein Verfahren gegen sie geführt werden könne, da A.\_\_\_\_\_ nichts von ihr fordere. Es handle sich um interne Streitigkeiten zwischen ihm und der Swisscom. Zudem habe A.\_\_\_\_\_ die Dienstleistung wissentlich und willentlich bestellt, was auch die Swisscom belegt habe. Er versuche nun die ombudscom zu missbrauchen. Die ombudscom führte in ihrem Antwortschreiben vom 14. Dezember 2016 an, dass die Eintretensvoraussetzungen nach rein formellen Kriterien auf der Basis der Kundeninformationen geprüft würden.

**L.**

Am 3. Februar 2017 unterbreitete die ombudscom den Streitparteien einen Schlichtungsvorschlag, welcher die Überweisung eines Betrags in Höhe von Fr. 1'570.– an A.\_\_\_\_\_ durch die Doing GmbH als Vorschlag auswies. Im Weiteren ist dem Schlichtungsvorschlag insbesondere zu entnehmen, dass die Doing GmbH keine Stellungnahme eingereicht habe, weshalb die ombudscom von der Glaubwürdigkeit der Aussage des Kunden ausgehen müsse.

Die Doing GmbH teilte der ombudscom gleichentags mit, dass sie den Schlichtungsvorschlag zurückweise. Zudem reichte sie der ombudscom ihre an die Schlichtungsbehörde Emmental-Oberaargau eingereichte Klage vom 27. Januar 2017 ein. Daraufhin schloss die ombudscom am 6. Februar 2017 das Schlichtungsverfahren als gescheitert ab.

**M.**

Am 17. März 2017 verurteilte die Schlichtungsbehörde Emmental-Oberaargau A.\_\_\_\_\_ zur Bezahlung des eingeklagten Betrags in Höhe von Fr. 1'100.– an die Doing GmbH.

**N.**

Mit Verfügung vom 30. März 2017 sowie Rechnung gleichen Datums auferlegte die ombudscom der Doing GmbH eine Verfahrensgebühr in Höhe von Fr. 930.– zuzüglich 8% Mehrwertsteuer, insgesamt ausmachend Fr. 1'004.40.

**O.**

Mit Eingabe vom 17. Mai 2017 erhebt die Doing GmbH (nachfolgend: Beschwerdeführerin) gegen die Verfügung der ombudscom (samt Rechnung) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragt, die Verfügung und die darauf basierende Rechnung seien ersatzlos aufzuheben, eventualiter sei die Gebühr massiv herabzusetzen. Weiter beantragt die Beschwerdeführerin die Feststellung, dass der Ombudsmann amtsmissbräuchlich und betrügerisch in dieser Sache vorgegangen ist, sowie die Feststellung, dass eine in Betreuung gesetzte Forderung über Fr. 640.45 mit der Nummer (...) beim Betreibungsamt Luzern nicht bestehe. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen an, dass es an den Voraussetzungen für die Einleitung des Schlichtungsverfahrens gefehlt habe, da das Schlichtungsgesuch missbräuchlich gewesen sei und keine Einigungsfindung stattgefunden habe. Zudem bestreitet sie sinngemäss ihre Passivlegitimation im vorliegenden Verfahren, da das Schlichtungsgesuch lediglich die

Swisscom betreffe. Insgesamt handle die ombudscom mehrfach gegen besseres Wissen und überschreite ihre Machtbefugnisse zum Zweck der eigenen Bereicherung.

**P.**

Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 23. Juni 2017 die Abweisung der Beschwerde soweit darauf einzutreten sei. Sie weist die Vorbringen der Beschwerdeführerin zurück und macht insbesondere geltend, dass sie keine offensichtliche Missbräuchlichkeit des Schlichtungsbegehrens habe feststellen können. Zudem habe ein Einigungsversuch stattgefunden, dieser sei jedoch gescheitert. Die Prüfung der Eintretensvoraussetzungen habe sich auf die formellen Aspekte auf der Basis der Eingabe der Kunden zu beschränken.

**Q.**

Die Beschwerdeführerin reichte dem Bundesverwaltungsgericht am 28. Juli 2017 ihre Schlussbemerkungen ein. Sie hält an ihren Rechtsbegehren und ihren Ausführungen gemäss der Beschwerdeschrift vom 17. Mai 2017 fest.

**R.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die bei den Akten liegenden Schriftstücke wird, soweit für den Entscheid erheblich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

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

**1.**

**1.1** Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 VGG entschieden hat. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, sofern das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

**1.2** Die Vorinstanz ist die Schlichtungsstelle der Telekombranche. Es handelt sich dabei um eine ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Organisation, welche in Erfüllung der ihr übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes verfügt (vgl. Art. 12c Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 [FMG, SR 784.10] und Art. 42 Abs. 1 i.V.m. Art. 49 Abs. 4 der Verordnung über Fernmeldedienste vom 9. März 2007 [FDV, SR 784.101.1]). Folglich ist sie eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts im Sinne von Art. 33 Bst. h VGG (vgl. BVGE 2010/34 E. 1.3; Urteil des BVGer A-4211/2014 vom 28. Mai 2015 E. 1.2 m.w.H.). Weiter liegt mit der Verfügung vom 30. März 2017 ein taugliches Anfechtungsobjekt vor (BVGE 2010/34 E. 1.2; statt vieler: A-4211/2014 E. 1.3 m.w.H.) und eine Ausnahme gemäss Art. 32 VGG ist nicht ersichtlich. Mithin ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

**1.3** Zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Zudem verfügt sie als materielle Adressatin der angefochtenen Verfügung ohne Weiteres über ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung dieser Verfügung, werden ihr damit doch Gebühren auferlegt. Sie ist folglich zur Beschwerde legitimiert.

## **1.4**

**1.4.1** Die in der Verfügung geregelten Rechtsverhältnisse begrenzen den möglichen Streitgegenstand vor Bundesverwaltungsgericht (vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.8). Die konkret angefochtene Verfügung vom 30. März 2017 ist beschränkt auf die Festlegung der seitens der Beschwerdeführerin zu bezahlenden Verfahrensgebühr im Rahmen des Schlichtungsverfahrens vor der Vorinstanz. Folglich gilt es zu prüfen, ob sämtliche Rechtsbehörden der Beschwerdeführerin diesen Streitgegenstand betreffen.

**1.4.2** Die Beschwerdeführerin stellt in ihrer Beschwerde vom 17. Mai 2017 den Antrag auf Feststellung, dass der Ombudsmann amtsmissbräuchlich und betrügerisch in dieser Sache vorgegangen ist. Sie begründet ihr Be-

gehören insbesondere damit, dass die Vorinstanz A. \_\_\_\_\_ zu ihren Zwecken manipuliert habe, damit ein Schlichtungsverfahren gegen sie geführt werden könne. Es müsse davon ausgegangen werden, dass dieses Vorgehen plan- und gewerbemässig ausgeführt werde. Es lägen damit ein klarer Amtsmissbrauch nach Art. 312 StGB sowie ein Betrug nach Art. 146 StGB vor.

Eine Untersuchung betreffend strafrechtlicher Tatbestände gehört nicht in die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts. Diese Anträge der Beschwerdeführerin sind vor den Strafbehörden geltend zu machen und können im vorliegenden Verfahren nicht beurteilt werden. Auf die Beschwerde ist daher in diesem Punkt nicht einzutreten.

**1.4.3** Des Weiteren stellt die Beschwerdeführerin den Antrag auf Feststellung, dass die in Betreuung gesetzte Forderung über Fr. 640.45 mit der Nummer (...) beim Betreibungsamt Luzern nicht besteht.

Es ist festzustellen, dass es sich dabei um eine Forderung der ombudscom für das Schlichtungsverfahren (...) handelt, welche mit Verfügung vom 17. Februar 2015 der Beschwerdeführerin zur Bezahlung auferlegt wurde. Diese Forderung bildet damit nicht Gegenstand der angefochtenen Verfügung vom 30. März 2017. Auf dieses Begehren der Beschwerdeführerin ist demnach nicht einzutreten.

**1.5** Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist somit – unter Vorbehalt von E. 1.4 – einzutreten.

## **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft angefochtene Verfügungen auf Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und – grundsätzlich – Unangemessenheit (vgl. Art. 49 VwVG). Nach dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen ist es bei seiner Überprüfung verpflichtet, auf den festgestellten Sachverhalt jenen Rechtssatz anzuwenden, den es als richtig erachtet, und diesem jene Auslegung zu geben, von der es überzeugt ist. Dies hat zur Folge, dass es nicht an die rechtliche Begründung der Begehren gebunden ist (vgl. Art. 62 Abs. 4 VwVG) (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 1.54).



**3.**

Gemäss den allgemeinen intertemporalrechtlichen Grundsätzen ist bei Fehlen besonderer Übergangsbestimmungen in der Regel dasjenige Recht massgebend, das im Zeitpunkt der Verwirklichung des streitigen Sachverhalts Geltung hat. Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die Rechtmässigkeit eines angefochtenen Verwaltungsakts daher grundsätzlich anhand der bei dessen Ergehen geltenden Rechtslage (vgl. BGE 129 II 497 E. 5.3.2 m.w.H.; Urteil des BGer 2C\_559/2011 vom 20. Januar 2012 E. 1.4 m.w.H.; Urteil des BVGer A-5333/2013 vom 19. Dezember 2013 E. 3). Vorliegend traten in den Jahren 2017 und 2018 verschiedene neue Bestimmungen der FDV sowie des FMG ohne besondere Übergangsregeln in Kraft. Umstände, die ein Abstellen auf diese erst nach Ergehen der angefochtenen Verfügung in Kraft getretenen Bestimmungen erforderlich machen würden, liegen nicht vor (vgl. dazu die vorstehenden Zitate; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 24 Rz. 20). Die angefochtene Verfügung vom 30. März 2017 ist somit anhand der im Zeitpunkt ihres Ergehens geltenden Rechtslage zu überprüfen.

**4.**

Wie erwähnt, ist vorliegend streitig, ob die Vorinstanz aus verschiedenen Gründen, insbesondere aufgrund eines missbräuchlichen Schlichtungsbegehrens, auf die Sache nicht hätte eintreten dürfen und daher auch nicht befugt war, der Beschwerdeführerin Gebühren für das Schlichtungsverfahren aufzuerlegen. Des Weiteren bestreitet die Beschwerdeführerin ihre Passivlegitimation für das fragliche Schlichtungsverfahren.

**4.1** Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass A.\_\_\_\_\_ keine Klagen bezüglich ihres Services erhoben habe. Nirgendwo habe er bestritten, Käufe und Transaktionen vorgenommen und Kosten für die Mehrwertdienste der Beschwerdeführerin verursacht zu haben. Vielmehr habe er die Rechnungen nicht bezahlen wollen, da Swisscom die Schuld trage und es ihm ermöglicht habe, trotz Sperrern Mehrwertdienste zu beziehen. Es sei ihm also lediglich um Einstellungen auf den Sperrsets der Swisscom gegangen, auf welche die Beschwerdeführerin keinen Einfluss nehmen könne. Infolge des Chargebacks sei der Betrag in Höhe von Fr. 1'100.– ab diesem Zeitpunkt ausserdem nicht mehr der Swisscom geschuldet gewesen, sondern der Beschwerdeführerin. Zudem hätte die Vorinstanz das Verfahren nach Studium der eingereichten Unterlagen einstellen sollen, da es sich offensichtlich um einen Missbrauchsversuch handle. A.\_\_\_\_\_ habe sich mit seinem Schlichtungsbegehren eine Leistung erschleichen

wollen. Dabei habe die Vorinstanz vor der Falleröffnung über die Informationen der Swisscom verfügt, welche eindeutig besagen würden, dass die Kosten auf den Rechnungen selbstverschuldet seien und A.\_\_\_\_\_ selber die Manipulationen an den Sperrungen vorgenommen habe. Auch habe die Swisscom festgehalten, dass A.\_\_\_\_\_ nicht zum ersten Mal auf diese Art versuche, eine Rechnung nicht bezahlen zu müssen. Die Vorinstanz sei dennoch auf das Schlichtungsbegehren eingetreten.

**4.2** Die Vorinstanz entgegnet, dass die Eintretensvoraussetzungen nach rein formellen Kriterien auf der Basis der Eingaben der Kunden geprüft würden. Eine offensichtliche Missbräuchlichkeit des Schlichtungsbegehrens habe sie bei Einleitung des Verfahrens nicht feststellen können. Der Kunde habe reklamiert, dass er bei der Beschwerdeführerin keine oder ungewollt kostenpflichtige Mehrwertdienstleistungen bezogen habe. Die Frage, ob ein Kunde kostenpflichtige Dienstleistungen genutzt hat oder nicht, werde jedoch nicht im Rahmen der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen untersucht.

## **5.**

**5.1** Nimmt der Kunde eines Telefonanschlusses einen Mehrwertdienst in Anspruch, schliesst er regelmässig zwei Verträge ab. Einerseits besteht ein Vertrag mit der Fernmeldediensteanbieterin, welche den Anschluss und die Nachrichtenübermittlung sicherstellt, und andererseits mit der Mehrwertdiensteanbieterin. Die beiden Verträge beinhalten unterschiedliche Leistungen. Die Anbieterinnen ihrerseits regeln untereinander, dass das Inkasso für die Mehrwertdiensteanbieterin durch die Fernmeldediensteanbieterin übernommen wird. Dabei wird das Inkasso direkt über die gewöhnliche Telefonrechnung vorgenommen (SIMON FAIVRE, Der Telekommunikationsvertrag, Bern 2005, S. 121 ff.). Die Swisscom hält ferner in ihren AGB fest, dass sie – soweit nicht ausdrücklich anderes vereinbart ist – weder Vertragspartnerin des Kunden bezüglich Mehrwertdienstleistungen ist noch bezüglich der Zahlung, auch dann nicht, wenn sie das Inkasso für Drittforderungen durchführt (vgl. AGB Swisscom, Ziff. 12). Sie bietet ihren Kunden jedoch an, Sperrungen von Mehrwertdiensten eigenverantwortlich zu aktivieren und zu deaktivieren (vgl. AGB Swisscom, Ziff. 2).

**5.2** Den Akten kann entnommen werden, dass A.\_\_\_\_\_ entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nebst der Reklamation bezüglich des angeblich fehlerhaften Sperrsets der Swisscom auch bestreitet, die Mehrwertdienste der Beschwerdeführerin überhaupt in Anspruch genommen zu haben (vgl. das Schreiben vom 22. April 2016 an die Swisscom sowie das Schlichtungsbegehren vom 22. April 2016). Vertragspartnerin bezüglich dieser Dienste und damit Gläubigerin der Forderungen gegenüber dem Kunden ist grundsätzlich die Mehrwertdienstanbieterin und nicht die Fernmeldedienstanbieterin. Ob die Swisscom anstelle der Beschwerdeführerin aufgrund des Einwands der angeblich mangelhaften Sperrung Verfahrenspartei sein müsste, ist unter Würdigung dieser Umstände zweifelhaft. Die Passivlegitimation der Beschwerdeführerin im fraglichen Schlichtungsverfahren erscheint damit als gegeben. Da die Beschwerde – wie im Folgenden ersichtlich sein wird – in Bezug auf die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht auf das Schlichtungsbegehren eingetreten ist, indes gutzuheissen ist, braucht hierauf nicht weiter eingegangen werden.

## **6.**

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich in seiner Rechtsprechung bereits damit auseinandergesetzt, ob die Vorinstanz im Zuge der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen überhaupt auf ein Schlichtungsbegehren eintreten durfte (vgl. Urteile des BVGer A-4040/2009 vom 10. April 2012 E. 4.2 f. und A-8603/2010 vom 23. August 2011 E. 4). Darf die Vorinstanz mangels Eintretensvoraussetzungen ein Schlichtungsverfahren nicht einleiten, so fehlt der Gebührenverfügung die Grundlage und sie ist aufzuheben (Urteil des BVGer A-8603/2010 vom 23. August 2011 E. 4.7; Urteil des BGer 2C\_781/2011 vom 20. Februar 2012 E. 4.4).

**6.1** Die Schlichtungsstelle ist gemäss Art. 12c Abs. 1 FMG i.V.m. Art. 43 Abs. 1 FDV für zivilrechtliche Streitigkeiten zwischen Kundinnen und Kunden und ihren Anbieterinnen von Fernmelde- oder Mehrwertdiensten zuständig. Art. 8 des Verfahrens- und Gebührenreglements der Stiftung ombudscom vom 1. Juli 2013 (genehmigt durch das Bundesamt für Kommunikation BAKOM mit Verfügung vom 13. Juni 2013) regelt die Eintretensvoraussetzungen für ein Schlichtungsverfahren. Er bestimmt, dass ein Begehren um Durchführung eines Schlichtungsverfahrens eingereicht werden muss (Bst. a), dass im Schlichtungsbegehren die Anstrengung, mit der Gegenpartei eine Einigung zu finden, glaubhaft darzulegen ist (Bst. b), dass das Schlichtungsbegehren nicht offensichtlich missbräuchlich sein darf (Bst. c), dass nicht in derselben Sache bereits ein Schlichtungsverfah-

ren abgeschlossen worden ist (Bst. d) und dass sich mit der gleichen Sache kein Gericht oder Schiedsgericht befasst oder befasst hat (Bst. e). Diese Bestimmungen finden ihre Grundlage weitgehend in Art. 45 Abs. 2 FDV.

In diesem Zusammenhang bestimmt Art. 12 des Verwaltungs- und Gebührenreglements der Stiftung ombudscom, dass dem Kunden für ein missbräuchlich eingeleitetes Schlichtungsverfahren – je nach Aufwand – eine Gebühr bis zu Fr. 500.– auferlegt werden kann. Art. 12c Abs. 2 FMG sieht zudem vor, dass der Antragsteller – um einen Missbrauch zu verhindern – eine Behandlungsgebühr für die Schlichtung zu bezahlen hat (vgl. BBl 2003 7974). Der Gesetzgeber war sich folglich des Risikos bewusst, dass Kunden von Mehrwertdienstleistern die Schlichtung für missbräuchliche Zwecke verwenden könnten.

Diesen Bestimmungen liegt der allgemeine Grundsatz des Rechtsmissbrauchsverbots zugrunde. Nebst den Behörden haben sich auch Private an diesen Grundsatz zu halten (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 722 und 724).

**6.2** Das Rechtsmissbrauchsverbot setzt der Ausübung eines Anspruchs, der formal im Einklang mit der Rechtsordnung steht, jedoch treuwidrig und damit unredlich geltend gemacht wird, eine ethisch-materielle Schranke. Nach der Lehre und der Rechtsprechung liegt ein Rechtsmissbrauch vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will. Zu denken ist dabei etwa an falsche, täuschende Angaben (vgl. BGE 137 I 247 E. 5.1.1; Urteil des BVGer A-5798/2009 vom 16. Juni 2011 E. 5.2; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 23 Rz. 26 f.). Wird ein Rechtsmissbrauch als ausgewiesen erachtet, so besteht die Rechtsfolge im Regelfall darin, dem missbräuchlich geltend gemachten Recht die Durchsetzung zu versagen (HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, in: Berner Kommentar, 2012, Art. 2 Rz. 204).

**6.2.1** Gemäss der auf der Webseite der Vorinstanz veröffentlichten Behördenpraxis liegt eine offensichtliche Missbräuchlichkeit dann vor, wenn mit einem Schlichtungsverfahren ausschliesslich Zwecke verfolgt werden, die in keinem Zusammenhang mit dem Schlichtungsverfahren gemäss Verfahrens- und Gebührenreglement stehen, wenn also der durch die begehrende Partei verfolgte Zweck oder Nutzen mit einem Schlichtungsverfahren

gar nicht erreicht werden kann (< <https://de.ombudscom.ch/praxis-zu-den-eintretensvoraussetzungen/> >, abgerufen am 26. Oktober 2018). Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn das Interesse eines Kunden bloss darin besteht, Zeit zu gewinnen. Entsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass das Schlichtungsgesuch missbräuchlich ist, wenn die Kundin behauptet, die Mehrwertdienstnummer nie angerufen zu haben, diese Behauptung jedoch mittels Prüfung der Rechnungen eindeutig widerlegt werden kann (vgl. Urteil des BVGer A-4040/2009 vom 10. April 2012 E. 4.4.2 f.).

**6.2.2** Die Swisscom hält in ihrem Schreiben an A. \_\_\_\_\_ vom 27. Juli 2015 (recte: 21. April 2016) fest, dass sie anhand der Einträge in ihren Systemen belegen könne, dass Sperrung und auch Entsperrung der 0906-Nummer über das Kundencenter durch A. \_\_\_\_\_ und mittels seinen Zugangsdaten erfolgt seien. Hinzu komme, dass für die Gebührenverbindung ein Code eingegeben werden müsse, ansonsten keine Verbindung stattfinde. Beim Mehrwertdienst über die Kurznummer XXX handle es sich um COINS, welche mittels der erwähnten Kurznummer gekauft würden. Im Anschluss an den Kauf erhalte der Kunde einen Code, der zur weiteren Verwendung auf der Webseite eingegeben werden müsse. Aus diesen Gründen lehne sie die Stornierung der Rechnungen ab.

Der Vorinstanz war der Inhalt dieses Schreibens bekannt, da A. \_\_\_\_\_ das Schreiben am 26. April 2016, also noch vor Einleitung des Schlichtungsverfahrens am 9. September 2016, einreichte. Auch die Beschwerdeführerin wies die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 14. Dezember 2016 auf die Abklärungen der Swisscom hin. Im Weiteren verfügte die Vorinstanz über die detaillierten Verbindungsnachweise, welche die jeweiligen Verbindungen mit der Kurznummer XXX und der Nummer 0906-(...) belegen.

Angesichts der Tatsache, dass A. \_\_\_\_\_ die Entsperrung der fraglichen Mehrwertdienstnummer selbst vorgenommen hat, hätte die Vorinstanz erkennen müssen, dass sein Einwand, trotz aktiviertem Sperrset ungewollt Mehrwertdienste in Rechnung gestellt zu bekommen, falsch ist. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass bei den fraglichen Mehrwertdiensten für einen Vertragsabschluss mehrere Schritte des Kunden notwendig sind und insbesondere auch eine unbeabsichtigte Inanspruchnahme oder eine Manipulation des Mobiltelefons ausgeschlossen werden kann. Diese Tatsachen waren der Vorinstanz bekannt. Im Weiteren hätte die Vorinstanz anhand der Verbindungsnachweise feststellen und zum

Schluss kommen sollen, dass der Empfang der Dienstleistungen über die Mobiltelefonnummer von A. \_\_\_\_\_ klar belegt ist und er solche Dienste entgegen seinen Angaben in Anspruch genommen hat. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung darf davon ausgegangen werden, dass die technischen Aufzeichnungen korrekt sind (sog. Tatsachenvermutung, vgl. SIMON FAIVRE, a.a.O, S. 124).

**6.2.3** Nach dem Gesagten hätte die Vorinstanz im Rahmen der Prüfung der Eintretensvoraussetzung zum Schluss kommen sollen, dass die Einwände von A. \_\_\_\_\_ gegen die Mehrwertdienstforderungen den Tatsachen widersprechen und eindeutig unzutreffend sind, weshalb das Schlichtungsbegehren offensichtlich missbräuchlich war. Da die Frage des Eintretens und insbesondere vorliegend diejenige der Missbräuchlichkeit eines Begehrens offensichtlich von Tatsachen abhängt, geht die Vorinstanz fehl in der Annahme, dass sie die Eintretensprüfung auf formelle Kriterien zu beschränken hat. Um die Missbräuchlichkeit eines Begehrens beurteilen zu können, sind die relevanten Sachverhalte zu prüfen, zumal die Vorinstanz nach Erhalt des Schlichtungsbegehrens selbst ausdrücklich einen Verbindungsnachweis verlangte, um die Einleitung des Schlichtungsverfahrens prüfen zu können. Indem die Vorinstanz die relevanten Fakten ausser Acht liess und auf das Begehren um Schlichtung eintrat, hat sie ihre Pflicht in Bezug auf die Überprüfung der Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen verletzt (vgl. auch Urteil des BVGer A-4040/2009 vom 12. April 2012 E. 4.4.2 f.).

**6.3** Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Eintretensvoraussetzungen nicht erfüllt waren, da das Schlichtungsverfahren offensichtlich missbräuchlich eingeleitet wurde. Damit entbehrt die angefochtene Verfügung einer Rechtsgrundlage. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, soweit darauf eingetreten werden kann, und die Verfügung sowie die Rechnungsstellung vom 30. März 2017 werden aufgehoben. Bei diesem Ergebnis braucht auf die übrigen Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht weiter eingegangen werden.

**7.**

**7.1** Die Kosten des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt; ausgenommen davon sind unterliegende Vorinstanzen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Die Vorinstanz hat demnach trotz ihres Unterliegens keine Verfahrenskosten zu tragen. Die Beschwerdeführerin hat als obsiegende Partei ebenfalls keine Verfahrenskosten zu tragen, woran das Nichteintreten in Bezug auf untergeordnete Punkte nichts ändert, und ihr ist der einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'000.– nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten.

**7.2** Der anwaltlich nicht vertretenen Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]).

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:****1.**

Die Beschwerde wird gutheissen, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Verfügung der Vorinstanz vom 30. März 2017 wird samt der darauf basierenden Rechnung vom gleichen Datum aufgehoben.

**2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss von Fr. 1'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Generalsekretariat UVEK (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Maurizio Greppi

Pascale Schlosser

**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 BGG). Die Frist steht still vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 Abs. 1 Bst. c BGG). 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 (Art. 42 BGG).

Versand: