



Fernmelderecht. Unverhältnismässiger Widerruf einer Mehrwertdienstnummer.

Das BAKOM verstösst gegen die ihm obliegende Sachverhaltsaufklärungspflicht und die Beweislastregeln, wenn es von der Inhaberin einer Mehrwertdienstnummer verlangt zu belegen, dass keine Verletzung der Preisbekanntgabevorschriften stattgefunden hat, und ihr den Nummernwiderruf androht, falls sie diesen Nachweis nicht erbringe (E. 6.1.).

Vorliegend ist ein Widerrufsverfahren gestützt auf eine einzige Reklamation aus dem Publikum eingeleitet worden; andere Belege für eine Verletzung der Vorschriften fehlen. Insbesondere hat das BAKOM einen Regelverstoss nicht selber feststellen können. Beim angebliehen Fehlverhalten der Nummernbetreiberin würde es sich also um ein erst- und einmaliges handeln. Angesichts dessen handelt das BAKOM übertrieben und unverhältnismässig, wenn es den Widerruf der Nummer anordnet, nur weil sich die Mehrwertdienstanbieterin nicht förmlich vernehmen lässt und allfällige Korrekturmassnahmen nicht dokumentiert (E. 8.2.2).

**Die Eidgenössische Rekurskommission
für Infrastruktur und Umwelt**

hat am 17. Januar 2005

unter Mitwirkung von Marianne Ryter Sauvant (Instruktionsrichterin), Bruno Wallimann (Präsident und Richter) und Pierre Leu (Richter) sowie Thomas Moser (juristischer Sekretär)

im Beschwerdeverfahren

F-2004-140

(rym/mot)

A

Beschwerdeführerin

gegen

Bundesamt für Kommunikation (BAKOM), Zukunftstrasse 44, Postfach 1003, 2501 Biel

Vorinstanz

betreffend

Widerruf der Mehrwertdienstnummer 0900 xxx; Verfügung des BAKOM vom 16. Juni 2004

A) den Akten entnommen:

1. Der Inhaber eines Mobiltelefons beschwerte sich mit E-Mail vom 16. März 2004 beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) über den Missbrauch einer 0900-er Nummer. Er beklagte sich darüber, eine SMS-Nachricht (SMS: Short Message Service, Kurzmitteilung) mit angeblich folgendem Text erhalten zu haben: «Patrick wer schützt DICH? BXX www.XXX.ch gibt 5 Jahre Schutz, nur 25 sfr. Frei <18. Bestelle per Tel. 0900xxx nur PIN xxx eingeben fertig.»
2. Das BAKOM befand, diese Kurzmitteilung verletze die im Bereich der Mehrwertdienstnummern geltenden Nutzungsbedingungen bezüglich Preisbekanntgabe und Nummerdarstellung. Mit Schreiben vom 24. März 2004 eröffnete es ein Nummernwiderverfahren und gab der betroffenen Mehrwertdienstnummerninhaberin, der A, Gelegenheit zur Stellungnahme. Das BAKOM drohte der A den Widerruf der Nummer an, sofern sie nicht nachweise, dass keine Verletzung der Nutzungsbedingungen bzw. der gesetzlichen Vorschriften stattgefunden habe oder die notwendigen Massnahmen zu deren Einhaltung getroffen worden seien.
3. Gemäss einer amtsinternen Aktennotiz intervenierte daraufhin B für die A am 29. März 2004 telefonisch beim BAKOM. Er soll dabei unfreundlich gewesen sein sowie behauptet haben, er habe die SMS-Nachricht durch den «Chef» absegnen lassen.
4. Nachdem sich die A trotz ausdrücklicher Aufforderung bis am 8. April 2004 und auch danach nicht schriftlich hatte vernehmen lassen, verfügte das BAKOM am 16. Juni 2004 den sofortigen Widerruf der Mehrwertdienstnummer 0900 xxx. Zudem wies es die Swisscom AG an, die Nummer ausser Betrieb zu nehmen und auferlegte der A Verfahrenskosten von Fr. 520.–.
5. Eine am 7. Juli 2004 dagegen erhobene und beim BAKOM eingereichte Beschwerde überwies dieses am 14. Juli 2004 an die Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt (REKO/INUM). Die A (Beschwerdeführerin) beantragt mit ihrer Beschwerde sinngemäss die Wiederinbetriebnahme der fraglichen Nummer. Für den entgangenen Umsatz und die damit verbundenen Kosten verlangt sie überdies Schadenersatz. Zur Begründung führt sie aus, die angefochtene Verfügung sei nicht aufgrund von Fakten getroffen worden. Sie bestreitet, SMS-Nachrichten des besagten Inhalts verschickt zu haben.

6. In seiner Vernehmlassung vom 14. Oktober 2004 beantragt das BAKOM (Vorinstanz) die Abweisung der Beschwerde. Die Vorinstanz führt aus, die Beschwerdeführerin belege weder die Behauptung, keine der betreffenden SMS-Mitteilungen versendet zu haben, noch entkräfte sie den Vorwurf, die einschlägigen Nutzungsbestimmungen verletzt zu haben. Den Widerruf habe sie verfügt, weil sich die Beschwerdeführerin im Rahmen des Widerrufsverfahrens nicht habe vernehmen lassen und also auch keine allfälligen Korrekturmassnahmen aufgezeigt habe. Die Massnahme sei zum Schutze des Publikums vor rechtswidrigen Geschäftspraktiken erfolgt und sei verhältnismässig. Ausserdem habe die von der Beschwerdeführerin erwähnte Kurzmitteilung, welche der «Chef» angeblich abgesegnet habe, nichts mit der vorliegenden Sache zu tun.
7. Auf entsprechende Anfrage der Instruktionsrichterin hin hat die Vorinstanz am 3. November 2004 mitgeteilt, betreffend die fragliche Mehrwertdienstnummer sei bei ihr nur die in der angefochtenen Verfügung erwähnte Anzeige eingegangen. Weitere Beweise, insbesondere schriftliche, lägen keine vor.
8. Von der REKO/INUM dazu aufgefordert, hat die Beschwerdeführerin am 22. November 2004 eine original unterzeichnete Beschwerdeschrift nachgereicht und C hat eine auf ihn lautende Vollmacht vorgelegt.
9. Schlussbemerkungen hat die Beschwerdeführerin innerhalb der ihr dazu gesetzten Frist nicht eingereicht.

und B) in Erwägung gezogen:

Formelles

1. Die angefochtene Verfügung unterliegt gemäss Art. 61 Abs. 1 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG; SR 784.10) i.V.m. Art. 44 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) der Verwaltungsbeschwerde an die REKO/INUM.
2. Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Bst. a VwVG befugt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Anfechtung oder Änderung hat. Als Verfügungsadressatin ist die Beschwerdeführerin ohne weiteres zur Beschwerde legitimiert.
3. Die Mängel, mit denen die Beschwerdeeingabe behaftet war, sind behoben worden, indem die Beschwerdeführerin eine original unterzeichnete Beschwerdeschrift nachgereicht und C sich über seine Vertretungsbefugnis ausgewiesen hat. Somit sind alle

Sachurteilsvoraussetzungen gegeben (Art. 11 und 50 ff. VwVG) und auf die Beschwerde ist grundsätzlich einzutreten.

4. Nicht einzutreten ist jedoch auf das Schadenersatzbegehren; denn für die Beurteilung von Entschädigungsansprüchen ist die REKO/INUM nicht zuständig. Gemäss Art. 20 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 14. März 1958 über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördenmitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz; SR 170.32) sind solche Begehren vielmehr beim Eidgenössischen Finanzdepartement einzureichen. In diesem Punkt hat die REKO/INUM die Sache deshalb dem Finanzdepartement zu überweisen (Art. 8 VwVG). Damit dieses die geltend gemachten Ansprüche prüfen kann, sind ihm Kopien der Vorakten sowie der Beschwerde vom 7. Juli 2004 und der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 14. Oktober 2004 zuzustellen.

Materielles

5. Die REKO/INUM überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – sowie Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).
6. Ausgangspunkt für das Nummernwiderrufsverfahren war die Anzeige eines Mobiltelefoninhabers, welcher der Vorinstanz gemeldet hatte, eine Kurzmitteilung mit folgendem Text erhalten zu haben: «Patrick wer schützt DICH? BXX www.XXX.ch gibt 5 Jahre Schutz, nur 25 sfr. Frei <18. Bestelle per Tel. 0900xxx nur PIN xxx eingeben fertig.». Dokumentiert hat der Anzeiger weder den Erhalt noch den Inhalt der SMS-Nachricht. Die Vorinstanz ist diesen Ausführungen gefolgt und hat den Vorwurf der fehlerhaften Preisangabe und entsprechend auch den Nummernwiderruf allein darauf abgestützt. Zumindest vor der REKO/INUM bestreitet die Beschwerdeführerin jedoch, die SMS-Botschaft überhaupt verschickt zu haben. Ob sie dies bereits anlässlich des Telefonanrufs vom 29. März 2004 bei der Vorinstanz bestritten hat, geht aus den Akten nicht hervor.
 - 6.1. Die Vorinstanz führt in ihrer Vernehmlassung vom 14. Oktober 2004 aus, die Beschwerdeführerin habe ihre Behauptung, keine der fraglichen SMS-Nachrichten verschickt zu haben, nicht belegt. Damit geht sie offenbar davon aus, die Beschwerdeführerin sei in diesem Punkt beweispflichtig. Diese Auffassung steht aber einerseits im Widerspruch zu Art. 12 VwVG, welcher die Sachverhaltsfeststellung zur Aufgabe der Behörden erklärt, und andererseits zum Grundsatz, wonach bei belastenden Verfü-

gungen – dazu gehören auch Nummernwiderrufe – die Verwaltung die Beweislast und demnach auch die Folgen der Beweislosigkeit trägt (*Fritz Gygi*, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 282). Wohl sind die Parteien, was die Ermittlung des Sachverhalts angeht, trotz Art. 12 VwVG zur Mitwirkung verpflichtet (Art. 13 VwVG), dies jedenfalls dann, wenn sie spezialgesetzlich dazu angehalten werden oder wenn ein von ihnen gestelltes Begehren zu beurteilen ist. (vgl. zum Ganzen auch *Alfred Kölz / Isabelle Häner*, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, N. 273 ff.). An der Beweislastverteilung ändern die Mitwirkungspflichten jedoch nichts (Gygi, a.a.O., S. 281). Dies schliesst nicht aus, die Verweigerung der Mitwirkung bei der Beweismwürdigung dennoch zu berücksichtigen. Bei sog. Administrativsanktionen – beim Widerruf einer Mehrwertdienstnummer geht es um eine solche (vgl. *Ulrich Häfelin / Georg Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, N. 1219) – gilt es allerdings zu beachten, dass sich eine Unsicherheit bezüglich des Sachverhalts getreu dem strafrechtlichen Grundsatz «im Zweifel für den Angeklagten» nicht zu Lasten des von einer Sanktion Bedrohten auswirken darf (Kölz/Häner, a.a.O., N. 275 und 291).

- 6.2. Werden Mehrwertdienstnummern in allgemein zugänglichen Medien beworben, lässt sich ein Verstoss gegen Preisbekanntgabevorschriften leicht feststellen und festhalten, im Falle des Internets beispielsweise über sog. Screenprints. Schwieriger kann das hingegen bei SMS sein, die individuell verschickt werden. Um auf mögliche Verstösse überhaupt aufmerksam zu werden, wird die Vorinstanz in aller Regel auf Anzeigen von Konsumentinnen und Konsumenten angewiesen sein. Solange die SMS nicht gelöscht sind, ist es sodann nicht besonders schwierig festzustellen, wie die Preise angegeben wurden und zu prüfen, ob dies korrekt geschah. Möglich ist ferner, einen konkreten SMS-Inhalt zu Beweis Zwecken zu sichern, beispielsweise mittels einer vergrössernden Kopie des Displays. Falls die SMS schon gelöscht sind, wird die Vorinstanz dann von einer bestimmten Textanzeige ausgehen dürfen, wenn bei ihr mehrere Meldungen eingehen, welche die erhaltene Nachricht alle identisch wiedergeben. Das heisst aber umgekehrt nicht, dass es der Vorinstanz von vornherein verwehrt wäre, sich auf die (undokumentierten und nicht mehr dokumentierbaren) Angaben einer einzigen anzeigenden Person zu stützen, gilt doch auch im verwaltungsrechtlichen Verfahren der Grundsatz der freien Beweismwürdigung (Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 des Bundesgesetzes vom 4. Dezember 1947 über den Bundeszivilprozess (BZP; SR 273), was nichts anderes bedeutet, als dass es auf die Überzeugungskraft der einzelnen Beweismittel und nicht etwa auf deren Anzahl ankommt (vgl. dazu Kölz/Häner, a.a.O., N. 109 sowie Gygi, a.a.O., S. 278).

- 6.3. Im hier zu beurteilenden Fall erscheint es aber problematisch, für den Nummernwiderruf auf bloss eine Reklamation abzustellen, zumal anderweitige Beweismittel fehlen, die Beschwerdeführerin der Vorinstanz bisher offenbar nicht negativ aufgefallen ist und diese den SMS-Versand bestreitet. Ob sie den Versand schon im Widerrufsverfahren bestritten hat, ist ungewiss. Schriftlich tat sie dies jedenfalls nicht. Dies obschon die Vorinstanz sie aufgefordert hatte, schriftlich mit ihr zu verkehren (vgl. Schreiben vom 24. Mai 2004), was auch den Gepflogenheiten im Verwaltungsverfahren entspricht (Kölz/Häner, a.a.O., N. 149). Und dass eine Bestreitung anlässlich des Telefonats vom 29. März 2004 erfolgt wäre, geht aus den Akten nicht hervor. Demgegenüber behauptet die Vorinstanz aber auch nicht, die Beschwerdeführerin habe den SMS-Versand zugegeben bzw. nicht bestritten.

Anscheinend ging die Vorinstanz wie selbstverständlich von der Richtigkeit der eingegangenen Anzeige aus. Wenn sie der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 24. März 2004 den Nummernwiderruf androht, sofern diese «nicht nachweisen sollte, dass keine Verletzung der Nutzungsbedingungen bzw. gesetzlichen Vorschriften stattgefunden hat», klingt aber auch an, dass sie das angeblich Vorgefallene nicht für einwandfrei erstellt ansah. Dabei müssen sich ihre Zweifel darauf bezogen haben, ob die Nachricht überhaupt bzw. mit dem vorgehaltenen Inhalt verschickt wurde. Denn für sie stand die Unrechtmässigkeit des Texts an sich – diesen hatte sie ja einer Prüfung unterzogen – eindeutig fest (vgl. auch E. 7.1), sodass es an diesem Befund aus ihrer Sicht nichts zu widerlegen gab. Angesichts der offenbar vorhandenen Bedenken wäre im Lichte der vorgängig dargelegten Grundsätze beim Abstellen auf die Vorbringen einer einzigen anzeigenden Person mehr Zurückhaltung am Platz gewesen. Dass die Kurzmitteilung versandt wurde, lässt sich ferner auch nicht aus dem angeblich ungebührlichen Benehmen von B anlässlich des Telefonats mit der Vorinstanz vom 29. März 2004 sowie daraus ableiten, dass die Beschwerdeführerin – obwohl dies von ihr hätte erwartet werden dürfen – keine schriftliche Stellungnahme eingereicht hat. Abgesehen davon ist die Auffassung der Vorinstanz, die Beschwerdeführerin müsse nachweisen, dass kein Verstoss stattgefunden habe, mit den Beweislastregeln, wie sie bei belastenden Verfügungen gelten, grundsätzlich nicht vereinbar (E. 6.1). Kommt hinzu, dass der Nicht-Versand einer SMS-Nachricht eine negative Tatsache darstellt. Und negative Tatsachen können bekanntlich nicht bewiesen werden.

Ob die fragliche SMS-Nachricht tatsächlich verschickt wurde oder nicht, kann aus den im Folgenden auszuführenden Gründen (E. 8) aber letztlich offen bleiben.

7. Die Vorinstanz hat die Nummer 0900 xxx gestützt auf Art. 11 Abs. 1 der Verordnung vom 6. Oktober 1997 über die Adressierungselemente im Fernmeldebereich (AEFV;

SR 784.104) widerrufen. Ein Widerruf ist u.a. im Falle der Missachtung des anwendbaren Rechts sowie der Bestimmungen der Zuteilungsverfügung möglich (Bst. b). Bei den Rechtsverletzungen stehen Verstösse gegen Vorschriften der Verordnung vom 11. Dezember 1978 über die Bekanntgabe von Preisen (Preisbekanntgabeverordnung, PBV; SR 942.211) im Vordergrund. Während Art. 11 AEFV für sämtliche Adressierungselemente gilt, kennt Art. 24b AEFV ein Widerrufsregime speziell für einzeln zugeteilte Nummern, wozu auch die Mehrwertdienstnummern gehören. Während Art. 24b Abs. 8 AEFV einen Widerruf bei der Verletzung von Bundesrecht vorsieht, besteht die Möglichkeit zu widerrufen gemäss Art. 24b Abs. 8^{bis} AEFV bereits dann, wenn der Verdacht auf Missbrauch besteht. Beim Ganzen ist zu beachten, dass Art. 11 Abs. 1 und Art. 24b 8^{bis} AEFV, nicht aber Art. 24b Abs. 8 AEFV als sog. «Kann-Vorschriften» ausgestaltet sind (vgl. E. 7.2).

- 7.1. Betreffend die fragliche SMS-Nachricht – sofern sie denn tatsächlich so verschickt worden sein sollte wie behauptet – hat die Vorinstanz zutreffend festgestellt, die Nutzungsbedingungen seien nicht eingehalten worden, weil die Tarifangabe nicht deutlich und unmissverständlich und weil die Kennzahl 0900 nicht deutlich von der restlichen Angebotsnummer getrennt sei. Eine Verletzung der zum Bundesrecht gehörenden Preisbekanntgabevorschriften liegt hingegen nicht vor; denn missverständliche Preisangaben haben nach Art. 11a Abs. 1 PBV lediglich zur Folge, dass dem Kunden nichts in Rechnung gestellt werden darf; untersagt sind sie jedoch nicht. Vorliegend war somit ein Widerrufsgrund gegeben und zwar jener des Verstosses gegen die Nutzungsbedingungen. Einen anderen Grund, etwa den Verdacht auf Missbrauch (Art. 24b Abs. 8^{bis} AEFV), macht insbesondere auch die Vorinstanz nicht geltend.
- 7.2. Somit kam als Grundlage für den Nummernwiderruf die allgemeine Bestimmung von Art. 11 Abs. 1 Bst. b AEFV in Frage. Wie erwähnt, handelt es sich bei dieser Norm aber um eine «Kann-Vorschrift». Mit einer «Kann-Vorschrift» räumt der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber der Verwaltungsbehörde Ermessen ein (vgl. zum Ganzen *Pierre Tschannen / Ulrich Zimmerli*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. Bern 2005, S. 186 ff.; Häfelin/Müller, a.a.O., N. 429 ff. und 440). Ermessen bedeutet, dass der Behörde im zu regelnden Einzelfall ein Entscheidungsspielraum zusteht. Stets muss die Behörde ihr Ermessen aber pflichtgemäss, d.h. verfassungs- sowie gesetzeskonform ausüben und also insbesondere das Verhältnismässigkeitsprinzip befolgen. Nicht pflichtgemässes Handeln wird dabei nicht nur im Falle von eigentlichen Rechtsfehlern angenommen, sondern bereits dann, wenn sich ein Verwaltungsakt als unangemessen erweist. Dem Vorwurf unangemessenen Handelns setzt sich eine rechtsanwendende Instanz aus, wenn sie zwar innerhalb des ihr eingeräumten Entscheidungsspiel-

raums bleibt, ihr Ermessen aber in einer Weise ausübt, die den Umständen des Einzelfalls nicht gerecht wird und deshalb unzweckmässig ist.

Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die Vorinstanz angemessen gehandelt hat und, damit zusammenhängend, ob der strittige Nummernwiderruf unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit zulässig war. Selbstverständlich müsste der Widerruf selbst dann einer Verhältnismässigkeitsprüfung standhalten, wenn er nicht gestützt auf eine «Kann-Vorschrift» angeordnet worden wäre (vgl. Art. 5 Abs. 2 Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV; SR 101]).

8. Staatliches Handeln muss gemäss Art. 5 Abs. 2 BV im öffentlichen Interesse liegen und verhältnismässig sein. Die Verhältnismässigkeit umfasst drei Elemente, die kumulativ zu beachten sind: So muss die Verwaltungsmassnahme zur Verwirklichung der im öffentlichen Interesse liegenden Ziele erstens geeignet und zweitens erforderlich sein, d.h. sie hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreicht («Übermassverbot»). Drittens muss das Verhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse an der Massnahme und den durch den Eingriff beeinträchtigten privaten Interessen vernünftig sein (BGE 128 II 297, E. 5.1; Häfelin/Müller, a.a.O., N. 581 ff.).

Es ist deshalb zu untersuchen, ob der Nummernwiderruf im öffentlichen Interesse lag und verhältnismässig war. Diese Prüfung setzt voraus, dass davon ausgegangen wird, die fragliche Kurzmitteilung sei so verschickt worden wie von der Vorinstanz behauptet. Dies obwohl der Sachverhalt gerade in diesem Punkt nicht eindeutig erstellt ist und die Frage, ob der Versand tatsächlich stattgefunden hat, hiervor offen gelassen worden ist (E. 6.3).

- 8.1. Die Vorinstanz führt aus, sie habe die Nummer widerrufen, um die Konsumentinnen und Konsumenten vor rechtswidrigen Geschäftspraktiken zu schützen und sie vor erheblichen Schäden zu bewahren. Gemäss Praxis der REKO/INUM sind Massnahmen, die zum Schutze des Publikums vor missbräuchlichen Geschäftspraktiken im Bereich der Mehrwertdienstnummern getroffen werden, als im öffentlichen Interesse liegend anzusehen (vgl. Entscheide vom 20. September 2004, F-2004-61, E. 6.2.; vom 15. September 2004, F-2004-69, E. 9.2 sowie vom 4. Mai 2004, F-2004-5, E. 5.4 ff. [REKO UVEK]). Die von der Vorinstanz erlassenen Nutzungsbedingungen betreffend die Angabe und Darstellung von Preisen dienen dazu, die Konsumentinnen und Konsumenten unmissverständlich darüber zu informieren, welche Kosten durch den Anruf auf eine Mehrwertdienstnummer bzw. durch die Beanspruchung der darüber angebotenen Dienste entstehen können. Gleich wie diese Vorschriften selber liegen auch die

Massnahmen, welche zu deren Durchsetzung ergriffen werden, grundsätzlich im öffentlichen Interesse.

- 8.2. Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ist als Erstes festzustellen, dass der strittige Nummernwiderruf zur Erreichung des von der Vorinstanz angestrebten Ziels, dem Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten, geeignet war.
- 8.2.1. Die REKO/INUM hat bereits verschiedentlich festgehalten, der Widerruf einer Nummer stelle eine strenge Massnahme dar, weshalb es angebracht sei, zuerst nach mildereren Mitteln zu suchen und diese einzusetzen, wenn sie den gleichen Erfolg versprechen (vgl. Entscheid der REKO/INUM vom 15. September 2004, E. 9.3). In Berücksichtigung einer entsprechenden Praxis der Vorinstanz hat die Rekurskommission jeweils ausgeführt, eine weniger einschneidende Massnahme sei etwa die Fristansetzung zur Vornahme von Korrekturmassnahmen oder zum Nachweis, dass beim Betrieb der zugewiesenen Nummer alle Vorschriften eingehalten worden seien. Den schlussendlich doch verfügten Widerruf hat die REKO/INUM etwa in den folgenden Fällen als erforderlich und daher verhältnismässig angesehen: So als sich die betroffene Mehrwertdiensteanbieterin auf Aufforderung hin nicht vernehmen liess und es weiter zu Konsumentenbeschwerden kam (Entscheid der REKO/INUM vom 15. September 2004), als die Dienstbetreiberin nicht schlüssig aufzeigen konnte, dass die zuvor von der Vorinstanz festgestellten Mängel behoben wurden (Entscheid der REKO/INUM vom 20. September 2004) oder als die Nummerninhaberin zwar die nötigen Korrekturen vornahm, daraufhin aber erneut in der gleichen Weise gegen die Nutzungsbedingungen versties (Entscheid der REKO UVEK vom 4. Mai 2004). Wie in solchen Fällen üblich, hat die betroffene Nummerinhaberin, also die Beschwerdeführerin, auch vorliegend Gelegenheit erhalten, die nötigen Korrekturen vorzunehmen bzw. nachzuweisen, die einschlägigen Regeln seien nicht verletzt worden. Der hier zu beurteilende Fall unterscheidet sich von den soeben erwähnten jedoch dadurch, dass es nach dem Schreiben, mit welchem der Nummernwiderruf angedroht wurde, keine Anzeigen aus dem Publikum mehr gab und auch die Vorinstanz selber keinen Verstoss feststellen konnte. Schwer verständlich ist deshalb, warum die Vorinstanz vorliegend – mehr als zwei Monate – nachdem die erste Frist abgelaufen war, die sie der Beschwerdeführerin gesetzt hatte, ohne weiteres von einem fortwährenden Regelverstoss ausging. Dies umso mehr als, anders als dies typisch ist, hier eine einzige Reklamation das Widerrufsverfahren ausgelöst hatte. Aufgrund des Umstands, dass keine Anzeigen aus dem Publikum bei ihr eingingen, hätte sich für die Vorinstanz vielmehr der Schluss aufgedrängt, die Androhung des Nummernwiderrufs habe Wirkung gezeigt und die Beschwerdeführerin dazu bewogen, die vorgeworfenen Mängel zu beheben, zumal vor-

liegend nicht eindeutig davon ausgegangen werden konnte, dass es überhaupt etwas zu beheben gab. Für die Vorinstanz bestand im Juni 2004, nachdem die erste und bis dahin einzige Anzeige drei Monate zurücklag, somit kein Grund für die strittige Anordnung. Angezeigt wäre es vielmehr gewesen, die betreffende Nummer im Auge zu behalten und bei der Meldung bzw. Feststellung neuerlicher Verfehlungen umgehend zu intervenieren.

- 8.2.2. Die Vorinstanz hat damit die Grenzen der Verhältnismässigkeit überschritten und gegen das Übermassverbot verstossen. Sie hätte den Besonderheiten, welche den vorliegenden Fall auszeichnen – namentlich was die Beweislage angeht –, besser Rechnung tragen müssen. Speziell zu beachten wäre gewesen, dass sich der Vorwurf, die Beschwerdeführerin habe eine nicht nutzungsbedingungskonforme Kurzmitteilung verschickt, auf bloss eine Anzeige stützt. Da ausserdem andere Hinweise oder Beweise fehlten, hätte die Vorinstanz den (angezeigten) Regelverstoss nicht für einwandfrei erstellt ansehen dürfen. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin der Vorinstanz zuvor nicht negativ aufgefallen war und es sich bei einem allfälligen Fehlverhalten also um ein erst- und auch einmaliges gehandelt hätte – Hinweise, welche den gegenteiligen Schluss nahe legen, fehlen. Angesichts all dessen hätte sich die Vorinstanz besondere Zurückhaltung auferlegen müssen, als sie zu entscheiden hatte, wie sie das eröffnete Widerrufsverfahren abschliessen bzw. fortführen sollte. Indem sie den Nummernwiderruf anordnete, griff sie gleich zum härtesten Mittel. Nur weil keine Stellungnahme seitens der Beschwerdeführerin vorlag, durfte sie dies jedenfalls nicht tun. Besonders auch in Anbetracht, dass Mitte Juni 2004 nichts auf einen regelwidrigen Gebrauch der fraglichen Mehrwertdienstnummer hindeutete, erscheint die ergriffene Massnahme unnötig und übertrieben. An der Bewertung der Massnahme als unverhältnismässig ändert auch nichts, dass von der Beschwerdeführerin hätte erwartet werden dürfen, dass sie sich kooperativer gezeigt und in der verlangten Form sachlich Stellung genommen hätte (vgl. E. 6.1.i.f.).
- 8.2.3. Aufgrund dieses Ergebnisses erübrigt es sich zu prüfen, ob der Widerruf für die Beschwerdeführerin zumutbar war. Denn die Massnahme erweist sich bereits deshalb als – insgesamt – unverhältnismässig, weil sie unter den gegebenen Umständen nicht erforderlich war.
- 8.3. Indem sie die von der Beschwerdeführerin betriebene Mehrwertdienstnummer widerrief, ging die Vorinstanz unverhältnismässig und in einer den Umständen des Einzelfalls nicht gerecht werdenden Weise vor. Ihr Handeln erscheint somit als unangemessen. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben.

9. Vor dem Widerruf war die Nummer 0900 xxx bei der Swisscom AG implementiert. Diese nahm sie am 21. Juni 2004 auf Anweisung der Vorinstanz hin ausser Betrieb. Da die Nummer zu Unrecht widerrufen wurde, muss die Beschwerdeführerin wieder in den Stand gesetzt werden, wie er herrschte, bevor die Vorinstanz die Ausserbetriebnahme anordnete. Die technischen und administrativen Vorschriften vom 20. November 2001 für die Einzelnummerzuteilung (SR 784.101.113/2.10) sehen die Anweisung der betroffenen Fernmeldedienstanbieterin (FDA) durch die Behörden resp. die Vorinstanz nur für den Fall der Ausserbetriebnahme vor (Ziffer 7); bei der Inbetriebnahme ist es Sache der Nummerinhaberin, sich mit der von ihr gewünschten FDA über die Implementierung zu verständigen (Ziffer 5). Nicht geregelt ist das Vorgehen im Falle der *Wiederinbetriebnahme*. Insbesondere dann, wenn eine Wiederinbetriebnahme nötig wird, nachdem sich herausgestellt hat, dass der Widerruf einer Nummer sowie deren Ausserbetriebnahme zu Unrecht erfolgt sind und es also darum geht, den früheren Zustand wiederherzustellen, muss der jeweiligen Behörde – und speziell einem Gericht – die Befugnis zustehen, die betroffene FDA anzuweisen, die Nummer wieder in Betrieb zu nehmen. Dies zumal es nicht sachgerecht wäre, in einem solchen Fall von der Beschwerdeführerin zu verlangen, selber das Nötige vorzukehren.

Der Swisscom AG ist deshalb der vorliegende Beschwerdeentscheid zur Kenntnis zu bringen und sie ist anzuweisen, die fragliche Nummer wieder bei ihr zu implementieren, dies innerhalb von drei Werktagen seit Zustellung dieses Beschwerdeentscheids. Ihr sind dazu auch die angefochtene Verfügung vom 16. Juni 2004 sowie das an sie gerichtete Schreiben der Vorinstanz vom 16. Juni 2004 zuzustellen.

10. Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend, weshalb sie keine Verfahrenskosten zu tragen hat (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da einer unterliegenden Vorinstanz aber keine Verfahrenskosten auferlegt werden können (Art. 63 Abs. 2 VwVG), sind vorliegend keine solchen zu erheben. Der Beschwerdeführerin ist der von ihr geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'000.– zurückzuerstatten.
11. Der nicht anwaltlich verbeiständeten Beschwerdeführerin ist praxisgemäss keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG sowie Art. 8 Abs. 1 der Verordnung vom 10. September 1969 über die Kosten und Entschädigungen im Verwaltungsverfahren [SR 172.041.0]).

Demnach wird

erkannt:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Ziffern 1 bis 3 der Verfügung des BAKOM vom 16. Juni 2004 werden aufgehoben.
3. Die Swisscom AG wird angewiesen, die Mehrwertdienstnummer 0900 xxx innerhalb von drei Werktagen seit Erhalt dieses Beschwerdeentscheids wieder bei ihr in Betrieb zu nehmen. Dazu werden ihr Kopien der Verfügung des BAKOM vom 16. Juni 2004 sowie des an sie gerichteten Schreibens des BAKOM vom 16. Juni 2004 zugestellt.
4. Die Sache wird zur Beurteilung der geltend gemachten Schadenersatzansprüche an das Eidgenössische Finanzdepartement überwiesen. Zu diesem Zweck werden dem Rechtsdienst des Departements Kopien der Vorakten (inkl. Inhaltsverzeichnis) sowie der Beschwerde vom 7. Juli 2004 und der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 14. Oktober 2004 zugestellt.
5. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'000.– wird der Beschwerdeführerin zurückerstattet. Sie wird aufgefordert, der Rekurskommission hierzu innert 30 Tagen ihre Kontonummer anzugeben.
6. Es wird keine Parteienschädigung zugesprochen.

Dieser Beschwerdeentscheid wird eröffnet:

- der Beschwerdeführerin (eingeschrieben, mit Rückschein)
- der Vorinstanz (eingeschrieben)
- dem Generalsekretariat UVEK, Rechtsdienst, Bundeshaus Nord, 3003 Bern (eingeschrieben, mit Rückschein)
- Eidgenössisches Finanzdepartement, Rechtsdienst, Bernerhof, 3003 Bern (eingeschrieben, mit Beilagen)
- Swisscom AG, Group Regulatory Affairs, Alte Tiefenaustrasse 6, 3050 Bern (eingeschrieben, mit Beilagen)

REKURSKOMMISSION FÜR
INFRASTRUKTUR UND UMWELT

Der Präsident:

Der juristische Sekretär:

Bruno Wallimann

Thomas Moser

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann gemäss Art. 97 ff. OG innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben werden. Die Beschwerde ist mindestens dreifach einzureichen. Sie hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe

der Beweis-mittel und die Unterschrift der Beschwerdeführenden oder eines allfälligen Vertreters oder einer allfälligen Vertreterin zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Beschwerdeführenden sie in Händen haben.