

BGer 2C_650/2020 vom 27. Juli 2021

Bundesgericht, 2021-07-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_650_2020

FR: TF 2C_650/2020 du 27 juillet 2021

IT: TF 2C_650/2020 del 27 luglio 2021

Erwägungen

E. 1.1

Die frist- und formgerecht (Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG ; Art. 42 BGG) eingereichte Beschwerde richtet sich gegen ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts (Art. 86 Abs. 1 lit. a) und betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG), die unter keine der Ausnahmen gemäss Art. 83 BGG fällt. Namentlich greift der Ausschlussgrund gemäss Art. 83 lit. p BGG nicht, da keine der dort erwähnten Konstellationen vorliegt.

E. 1.2

Departemente des Bundes sind gestützt auf Art. 89 Abs. 2 lit. a BGG zur Beschwerde berechtigt, wenn der angefochtene Akt die Bundesgesetzgebung in ihrem Aufgabenbereich verletzen kann. Das Beschwerderecht der Bundesbehörden dient dazu, den Vollzug des Bundesrechts zu überwachen und dessen richtige und einheitliche Anwendung - wenn nötig letztinstanzlich durch das Bundesgericht - sicherzustellen (BGE 142 II 324 E. 1.3.1; 143 II 425 , nicht publ. E. 1.2). Die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs gemäss Art. 269 StPO (SR 312.0) fällt in den Aufgabenbereich des Dienstes ÜPF, welcher dem EJPD administrativ unterstellt ist (vgl. Art. 3 Abs. 1 und 2 BÜPF). Das EJPD ist berechtigt, für die korrekte Anwendung des Bundesrechts zu sorgen, und somit zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert (vgl. auch Urteil 2C_274/2018 vom 12. Mai 2020 E. 1.1 mit Bezug auf das Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 6. Oktober 2000 [AS 2001 3096; nachfolgend: aBÜPF], dessen Art. 2 im Wesentlichen dem geltenden Art. 3 BÜPF entspricht; vgl. Botschaft vom 27. Februar 2013 zum Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [BÜPF], BBl 2013 2683, S. 2709; nachfolgend: Botschaft BÜPF).

E. 1.3

Näher zu prüfen ist, ob es sich beim angefochtenen Urteil um einen Endentscheid (Art. 90 BGG) oder um einen selbständig anfechtbaren Zwischenentscheid (Art. 92 und 93 BGG) handelt.

E. 1.3.1

Die Vorinstanz hat vorfrageweise die Gesetzmässigkeit der GebV-ÜPF geprüft und abschliessend erwogen, dass der Bundesrat seinen durch die Delegationsnorm gemäss Art. 38 Abs. 2 BÜPF eingeräumten Ermessensspielraum überschritten habe. In Bezug auf die hier interessierende Frage der Höhe einer angemessenen Entschädigung für die Beantwortung einer Auskunftsanfrage zu dynamischen IP-Adressen durch die Beschwerdegegnerin hat das Bundesverwaltungsgericht die Sache indessen an den Dienst ÜPF zurückgewiesen. Das angefochtene Urteil schliesst somit das Verfahren nicht ab. Insofern handelt es sich prozessual um einen Zwischenentscheid. Materiellrechtlich

verbleibt dem Dienst ÜPF als Fachbehörde ein erheblicher Spielraum, sodass der vorliegende Zwischenentscheid auch nicht einem Endentscheid gleichgestellt werden kann (vgl. BGE 134 II 124 E. 1.3).

E. 1.3.2

Gegen Vor- und Zwischenentscheide, die weder zu Ausstandsbegehren noch zur Zuständigkeit ergehen (dazu Art. 92 BGG), ist die Beschwerde gemäss Art. 93 Abs. 1 BGG nur zulässig, wenn sie einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil bewirken können (lit. a) oder wenn die Gutheissung der Beschwerde sofort einen Endentscheid herbeiführen und damit einen bedeutenden Aufwand an Zeit oder Kosten für ein weitläufiges Beschwerdeverfahren ersparen würde (lit. b).

Das Bundesgericht nimmt einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil im Sinne von Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG an, wenn eine Behörde durch einen Rückweisungsentscheid gezwungen wird, eine ihrer Ansicht nach rechtswidrige Verfügung zu erlassen, weil sie ihren eigenen Endentscheid (mangels formeller Beschwer) nicht anfechten könnte und die Gegenpartei in der Regel keinen Anlass hat, einen zu seinem Vorteil ausfallenden Endentscheid anzufechten (BGE 140 V 321 E. 3.7; 133 V 477 E. 5.2.4).

Ein nicht wieder gutzumachender Nachteil droht praxisgemäss auch den beim Bundesgericht beschwerdebefugten Behörden, die auf einen Rückweisungsentscheid hin nicht selbst neu verfügen müssen, den neuen Entscheid aber nicht anfechten können, weil sie bei der dem Bundesgericht vorgelagerten Instanz nicht zur Beschwerdeführung legitimiert sind (Urteil 1C_312/2017 vom 12. Februar 2018 E. 1.3, nicht publ. in BGE 144 II 218 ; Urteil 2C_472/2017 vom 7. Dezember 2017 E. 1.2-1.4 mit Hinweisen). Dieser Fall liegt hier vor, könnte das EJPD doch den Endentscheid des Dienstes ÜPF nicht beim Bundesverwaltungsgericht anfechten (Art. 37 VGG i.V.m. Art. 48 VwVG).

E. 1.4

Damit sind die Voraussetzungen gemäss Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG erfüllt, sodass auf die Beschwerde einzutreten ist. Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob der Tatbestand von Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG ebenfalls erfüllt wäre.

E. 2.1

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG), prüft jedoch unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) nur die geltend gemachten Vorbringen, sofern rechtliche Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 138 I 274 E. 1.6). Hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem Recht gilt eine qualifizierte Rügepflicht (Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 142 II 369 E. 2.1).

E. 2.2

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG).

Die vom EJPD im Zusammenhang mit den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen erhobenen Rügen (falsches Verständnis der Begriffe "Abrufverfahren" und "angemessene

Entschädigung" sowie die unrichtige Ansicht, dass sich die Kostenlosigkeit bloss auf das Abrufverfahren beschränke) betreffen die materielle Rechtsanwendung. Es ist somit auf den von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt abzustellen.

E. 3.1

Art. 32 Abs. 1 BÜPF sieht vor, dass Anbieterinnen von Fernmeldediensten jederzeit in der Lage sein müssen, gemäss dem anwendbaren Recht namentlich die Auskünfte nach den Art. 21 (Auskünfte über Fernmeldedienste) und 22 (Auskünfte zur Identifikation der Täterschaft bei Straftaten über das Internet und zur Identifikation von Personen bei Bedrohungen der inneren oder äusseren Sicherheit) BÜPF zu erteilen und die von ihnen angebotenen Fernmeldedienste zu überwachen, wenn die Auskunftserteilung bzw. Überwachung standardisiert ist. Diese Bestimmung wird in Art. 18 VÜPF präzisiert. Danach müssen die Anbieterinnen von Fernmeldediensten und die Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste mit weitergehenden Auskunftspflichten gemäss Art. 22 in der Lage sein, namentlich Auskünfte des hier interessierenden Typs IR_7_IP nach Art. 37 VÜPF zu erteilen (Art. 18 Abs. 1 VÜPF).

Art. 37 VÜPF definiert den standardisierten Auskunftstyp für Auskünfte zur Identifikation der Benutzerschaft bei eindeutig zugeteilten IP-Adressen. Unter "eindeutig zugeteilte IP-Adresse" ist zu verstehen, dass zu einem beliebigen Zeitpunkt maximal ein Teilnehmer mit dieser Adresse im Internet aufgetreten ist. Dieser Auskunftstyp bezieht sich sowohl auf statische IP-Adressen, die einem Rechner fest zugewiesen werden, als auch auf dynamische IP-Adressen, die sich dadurch auszeichnen, dass einem Computer bei jeder Verbindungsaufnahme neu irgendeine freie Adresse aus dem Pool des Providers zugewiesen wird (vgl. Erläuternder Bericht zur Totalrevision der Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [VÜPF], S. 39, abrufbar unter < <https://www.li.admin.ch/de/themen/das-buepf> > [besucht am 29. April 2021]; nachfolgend: Erläuternder Bericht VÜPF; zum Begriff der statischen bzw. dynamischen IP-Adresse vgl. BGE 136 II 508 E. 3.3).

Die Auskunftserteilung hat grundsätzlich automatisiert über die Abfrageschnittstelle des Verarbeitungssystems des Dienstes ÜPF zu erfolgen (Art. 18 Abs. 2 VÜPF). Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten mit reduzierten Überwachungspflichten gemäss Artikel 51 VÜPF - wie die Beschwerdegegnerin - können die Auskünfte aller Typen auch ausserhalb des Verarbeitungssystems schriftlich erteilen.

E. 3.2

Nach Art. 38 Abs. 1 BÜPF gehen die Kosten der Einrichtungen, die für die Erfüllung der Pflichten nach diesem Gesetz benötigt werden, zulasten der Mitwirkungspflichtigen. Gemäss Art. 38 Abs. 2 BÜPF erhalten die Mitwirkungspflichtigen vom Bund eine angemessene Entschädigung für die Kosten der einzelnen Überwachung. Die anordnende Behörde bezahlt dem Dienst ÜPF eine Gesamtgebühr bestehend aus einer Gebühr für die Leistungen des Dienstes und der Entschädigung für die Leistungen der Mitwirkungspflichtigen (Art. 38 Abs. 3 BÜPF). Der Bundesrat setzt die Entschädigungen und die Gebühren fest (Art. 38 Abs. 4 BÜPF).

Ferner kann der Bundesrat gemäss Art. 23 Abs. 3 BÜPF vorsehen, dass die Daten nach den Art. 21 und 22 BÜPF für die Behörden nach Art. 15 im Abrufverfahren zugänglich sind und dass die Mitteilung der Daten kostenlos und rund um die Uhr zu erfolgen hat.

E. 3.3

Gestützt auf Art. 23 Abs. 3 und Art. 38 Abs. 4 BÜPF hat der Bundesrat die GebV-ÜPF erlassen.

E. 3.3.1

Mit Bezug auf das intertemporale Recht ist vorab festzuhalten, dass verschiedene Bestimmungen dieser Verordnung, darunter auch der hier interessierende Art. 3 Abs. 4 lit. a sowie der Anhang, per 1. Juli 2020 geändert haben (vgl. AS 2020 2061), wobei die Höhe der hier interessierenden Entschädigung (vgl. sogl. E. 3.3.2) unverändert blieb.

Vorbehältlich spezialgesetzlicher übergangsrechtlicher Bestimmungen findet in intertemporaler Hinsicht dasjenige Recht Anwendung, das im Zeitpunkt der Verwirklichung des relevanten Sachverhalts bzw. der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes in Kraft stand (BGE 139 V 335 E. 6.2; 129 V 1 E. 1.2; Urteil 2C_195/2016 vom 26. September 2016 E. 2.2.2). Vorliegend wurden die Auskunftsaufträge im Zeitraum von April 2018 bis Mai 2019 erteilt und beantwortet; die Rechnungsstellung durch die Beschwerdegegnerin erfolgte am 26. Juli 2019 (vgl. vorne, Sachverhalt A.c). Folglich ist hier auf die GebV-ÜPF in der bis 30. Juni 2020 geltenden Fassung abzustellen (vgl. AS 2018 201).

E. 3.3.2

Die Gebühren und Entschädigungen sind im Anhang zur GebV-ÜPF aufgeführt. In allen Beträgen ist die allfällige Mehrwertsteuer enthalten (Art. 3 Abs. 1 GebV-ÜPF). Bei Entschädigungen und Auskünften gemäss dem hier interessierenden Art. 37 VÜPF gelten die Ansätze gemäss dem Anhang für jeden gelieferten Datensatz (aArt. 3 Abs. 4 lit. a GebV-ÜPF). Anspruch auf eine Entschädigung haben die Mitwirkungspflichtigen gemäss Art. 2 lit. a-e BÜPF , sofern sie ihre Auskunfts- und Überwachungspflichten gemäss BÜPF und VÜPF erfüllen (Art. 15 GebV-ÜPF). Für Dienstleistungen, für die keine Pauschale gilt, legt der Dienst ÜPF die Höhe der Entschädigungen im Einzelfall nach Zeitaufwand fest (Art. 17 GebV-ÜPF).

Für Auskünfte des hier interessierenden Typs IR_7_IP legt der aAnhang zur GebV-ÜPF die Entschädigung an die Mitwirkungspflichtigen auf Fr. 3.-- fest.

E. 4

Vorliegend ist zu prüfen, ob die der Beschwerdegegnerin gestützt auf die GebV-ÜPF gewährte Entschädigung von Fr. 3.-- für eine Auskunft zu dynamischen IP-Adressen des Typs IR-7_IP gesetzeskonform ist bzw. eine "angemessene Entschädigung" i.S.v. Art. 38 Abs. 2 BÜPF darstellt.

E. 4.1

Das EJPD vertritt die Auffassung, dass die strittige Entschädigung gesetzeskonform sei. Die hier zur Diskussion stehenden Auskünfte stellten ein "Massengeschäft" dar, was eine Pauschalisierung der Entschädigung absolut nötig mache. Eine "angemessene" Entschädigung müsse nicht zwingend kostendeckend sein und die den auskunftsersuchenden Behörden in Rechnung gestellten Gebühren dürften nicht prohibitiv wirken, da sie sonst die Strafverfolgung behindern würden. Ebenso müsse die Entschädigung Anreize für eine Automatisierung bzw. Rationalisierung der Abläufe schaffen. Schliesslich hätte der Bundesrat gemäss dem EJPD auch die Möglichkeit gehabt, für die Auskunftserteilung Kostenlosigkeit vorzusehen, was für einen grossen

Ermessensspielraum spreche.

E. 4.2

Das Bundesgericht kann Verordnungen des Bundesrates vorfrageweise auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit prüfen. Rechtsverordnungen, die sich - wie hier die GebV-ÜPF - auf eine gesetzliche Delegation stützen (gesetzesvertretende oder unselbständige Bundesratsverordnungen; Art. 182 Abs. 1 BV) sind zunächst auf ihre Gesetzmässigkeit und hernach, soweit das Gesetz den Bundesrat nicht ermächtigt, von der Bundesverfassung abzuweichen, auf ihre Verfassungsmässigkeit zu prüfen (BGE 143 II 87 E. 4.4 mit Hinweisen; 141 II 169 E. 3.4; 139 II 460 E. 2.3). Die Gesetzmässigkeit der Rechtsverordnung prüft das Bundesgericht anhand dessen, ob der Bundesrat die Grenzen der ihm gesetzlich eingeräumten Befugnisse eingehalten hat (BGE 141 II 169 E. 3.4; 137 III 217 E. 2.3). Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Ermessensspielraum für die Regelung auf Verordnungsstufe eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 190 BV für das Bundesgericht verbindlich; es darf in diesem Falle bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern es beschränkt sich auf die Prüfung, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenzen offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist (BGE 143 II 87 E. 4.4; 141 II 169 E. 3.4). Für die Zweckmässigkeit der angeordneten Massnahme trägt der Bundesrat die Verantwortung; es ist nicht Aufgabe des Bundesgerichts, sich zu deren wirtschaftlicher oder politischer Sachgerechtigkeit zu äussern (BGE 141 V 473 E. 8.3; 136 II 337 E. 5.1 mit Hinweisen).

E. 4.3

Zunächst ist auf die Vorbringen des EJPD einzugehen, wonach der Bundesrat gestützt auf Art. 23 Abs. 3 BÜPF befugt gewesen wäre, auf eine Entschädigung an die Mitwirkungspflichtigen ganz zu verzichten.

E. 4.3.1

Mit Bezug auf Art. 23 Abs. 3 BÜPF hält die Vorinstanz lediglich summarisch fest, dass die Kompetenz des Bundesrates, eine kostenlose Mitteilung der Daten vorzusehen, nur auf sog. "Abrufverfahren" Anwendung finde, bei welchen die Daten von den Behörden automatisch abgerufen werden könnten. Dies sei vorliegend nicht der Fall, sodass für den Bundesrat keine Möglichkeit bestehe, auf die Festsetzung einer Entschädigung für die hier interessierenden Auskünfte zu verzichten (vgl. E. 5.3 des angefochtenen Urteils).

E. 4.3.2

Der hier zur Diskussion stehende Art. 23 Abs. 3 BÜPF lautet wie folgt: "Er (der Bundesrat) kann vorsehen, dass die Daten nach Artikel 21 und 22 für die Behörden nach Artikel 15 im Abrufverfahren zugänglich sind und dass die Mitteilung der Daten kostenlos und rund um die Uhr zu erfolgen hat".

Der Wortlaut der Bestimmung deutet darauf hin, dass sich die Kostenlosigkeit auf die Mitteilung von Daten bezieht, welche den Behörden gemäss Art. 15 BÜPF zugänglich gemacht werden. Ob der Bundesrat die Kostenlosigkeit auch für Mitteilungen der Mitwirkungspflichtigen an den Dienst ÜPF vorsehen kann, ergibt sich aufgrund der grammatikalischen Auslegung nicht eindeutig.

E. 4.3.3

Gegen die Möglichkeit, auf eine Entschädigung an die Mitwirkungspflichtigen zu verzichten, spricht in systematischer Hinsicht insbesondere der Umstand, dass sich Art. 23 BÜPF mit der Marginalie "Modalitäten der Datenerfassung und der Auskunftserteilung" im 5. Abschnitt des Gesetzes, unter dem Titel "Auskünfte im Zusammenhang mit der Überwachung des Fernmeldeverkehrs", befindet, während die Kosten und Gebühren in Art. 38 BÜPF, im 9. Abschnitt des Gesetzes, geregelt sind. Demgegenüber deutet der Umstand, dass sich die GebV-ÜPF sowohl auf Art. 38 Abs. 2 als auch auf Art. 23 Abs. 3 BÜPF stützt, auf einen Zusammenhang zwischen den beiden Bestimmungen hin.

E. 4.3.4

Keine eindeutigen Schlüsse hinsichtlich des Willens des Gesetzgebers lassen sich aus den Materialien ziehen. In der Botschaft zum BÜPF wird lediglich erwähnt, dass der Bundesrat neu die Möglichkeit erhalten sollte, vorzusehen, dass die Daten nach Art. 21 und 22 BÜPF durch einen Online-Zugriff auf das System zur Vermittlung der Auskunftsgesuche über Fernmeldedienste zugänglich gemacht werden (Botschaft BÜPF, a.a.O., BBl 2013 2737; vgl. E. 5.3 des angefochtenen Urteils). Auf die Kostenfrage wird dabei in keiner Weise eingegangen.

E. 4.3.5

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass Art. 38 BÜPF im Rahmen der laufenden Teilrevision des BÜPF geändert werden soll. Gemäss dem Entwurf soll der Bundesrat die Kompetenz erhalten, vorzusehen, dass den Mitwirkungspflichtigen für die Erteilung der Auskünfte keine Entschädigung ausgerichtet wird (vgl. Art. 38 Abs. 4 lit. a gemäss Entwurf zu einem Bundesgesetz über administrative Erleichterungen und Entlastung des Bundeshaushalts; BBl 2020 7025). In der dazugehörigen Botschaft wird die Auffassung vertreten, dass es sich dabei lediglich um eine Bestätigung bzw. Präzisierung der geltenden Rechtslage handle. Die Möglichkeit der Kostenlosigkeit beziehe sich bereits im aktuellen Art. 23 Abs. 3 BÜPF sowohl auf die Entschädigungen der Mitwirkungspflichtigen als auch auf die Gebühren des Dienstes ÜPF, wobei dies aus der Formulierung nicht eindeutig hervorgehe (vgl. Botschaft vom 26. August 2020 zum Bundesgesetz über administrative Erleichterungen und die Entlastung des Bundeshaushalts, BBl 2020 6985 ff., S. 7014 f.). Demgegenüber finden sich in den Ratsprotokollen Hinweise darauf, dass das Parlament die Möglichkeit des Verzichts auf eine Entschädigung an die Mitwirkungspflichten als Rechtsänderung gegenüber dem bisherigen Zustand aufgefasst hat (vgl. AB 2020 N 2570, Votum Strupler).

E. 4.4

Es ergibt sich, dass die Auslegung von Art. 23 Abs. 3 BÜPF zu keinem eindeutigen Ergebnis hinsichtlich der Absicht des Gesetzgebers, auf die Ausrichtung einer Entschädigung an die Mitwirkungspflichtigen zu verzichten, führt.

Diese Frage braucht indessen nicht abschliessend beurteilt zu werden, zumal der Bundesrat von einer allfälligen Kompetenz, auf eine Entschädigung für Auskünfte gemäss Art. 21 und 22 BÜPF zu verzichten, unbestrittenermassen keinen Gebrauch gemacht hat. Wie zu zeigen sein wird, erweist sich zudem der Anhang zur GebV-ÜPF in Bezug auf die hier interessierende Entschädigung als gesetzes- und verfassungskonform, unabhängig davon, ob der Bundesrat die Kompetenz gehabt hätte, die Auskünfte der Mitwirkungspflichtigen für kostenlos zu erklären (vgl. E. 5 hiernach).

E. 5

Der Begriff "angemessene Entschädigung" ist als unbestimmter Rechtsbegriff auslegungsbedürftig.

E. 5.1

Zunächst ist festzuhalten, dass die Höhe der jeweiligen Entschädigungen anlässlich der letzten Totalrevision der VÜPF teilweise angepasst wurde. Inhaltlich grundsätzlich unverändert blieb die formellgesetzliche Grundlage: So enthielt bereits Art. 16 aBÜPF eine analoge Bestimmung zu Art. 38 Abs. 1 und 2 BÜPF, die zunächst vorsah, dass die für die Überwachung notwendigen Einrichtungen zu Lasten der Anbieterinnen von Fernmeldediensten gingen (Abs. 1 Satz 1). Diese erhielten von der anordnenden Behörde für Aufwendungen eine

angemessene Entschädigung für die Kosten der einzelnen Überwachung (Abs. 1 Satz 2). Die Regelung der Entschädigungen und die Festsetzung der Gebühren für die Dienstleistungen des Dienstes ÜPF wurden an den Bundesrat delegiert (Abs. 2).

Gestützt auf diese Delegationsnorm setzte der Bundesrat in der inzwischen aufgehobenen Verordnung vom 7. April 2004 über die Gebühren und Entschädigungen für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (AS 2004 2021; nachfolgend: GebV-ÜPF 2004) die Entschädigungen für Auskünfte über

dynamische IP-Adressen (damalige Bezeichnung: Typ A 0.2) auf Fr. 250.-- und für statische IP-Adressen (damalige Bezeichnung: Typ A 0.1) auf Fr. 10.-- fest (Art. 2 Abschnitt B GebV-ÜPF 2004).

Die aktuell geltende GebV-ÜPF unterscheidet hinsichtlich der Entschädigung nicht mehr zwischen statischen und dynamischen IP-Adressen. Der Anhang zur GebV-ÜPF sieht nunmehr eine pauschale Entschädigung von Fr. 3.-- für Auskunftsanfragen des Typs IR_7_IP, welcher den bisherigen Auskünften des Typs A 0.1 und A 0.2 entspricht (vgl. Erläuternder Bericht VÜPF, a.a.O., S. 39).

Wie die Vorinstanz korrekt erwägt, lässt sich den Materialien nicht entnehmen, weshalb die Entschädigungshöhe für Auskünfte über dynamische IP-Adressen - trotz des unveränderten Delegationsrahmens - von Fr. 250.-- auf Fr. 3.-- reduziert wurde (vgl. E. 5.5.2 des angefochtenen Urteils). Als nachvollziehbar erscheint indessen die Argumentation des EJPD, wonach die GebV-ÜPF 2004 den damaligen Stand der Technik widerspiegelt habe, der mit den heutigen Möglichkeiten nicht vergleichbar sei. Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass auch die GebV-ÜPF 2004 nur pauschale und keine individuellen, auf die einzelnen Mitwirkungspflichtigen berechneten Entschädigungen vorsah.

E. 5.2

Nachdem der Duden online für "angemessen" Synonyme wie "angebracht", "gebührend", "geeignet" oder "verhältnismässig" anführt, kann angenommen werden, dass unter dem Ausdruck "angemessene Entschädigung" nicht zwingend eine kostendeckende Entschädigung zu verstehen ist.

Die Botschaft zum BÜPF führt dazu aus, dass für die Kosten der einzelnen Überwachungen eine "angemessene Pauschalentschädigung"

beispielsweise 80% der effektiven, entschädigungsfähigen

Kosten der Anbieterinnen entspreche. Es könne also vorkommen, dass die Entschädigung nicht sämtliche effektiven variablen Kosten decke (Botschaft BÜPF, a.a.O., BBl 2013 2759; vgl. auch den Erläuternden Bericht zur Totalrevision der Verordnung über die Gebühren und Entschädigungen für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [GebV-ÜPF], in der Fassung von 2018, abrufbar unter < <https://www.li.admin.ch/de/themen/das-buepf> > [besucht am 29. April 2021]; nachfolgend: Erläuternder Bericht GebV-ÜPF, S. 3). Zudem wird in der Botschaft darauf hingewiesen, dass die Verwendung von Telekommunikationsdiensten für strafbare Handlungen für die Anbieterinnen eine Art Geschäftsrisiko darstelle und dass es die Pflicht eines jeden Bürgers sei, zur Aufklärung von Straftaten beizutragen (Botschaft BÜPF, a.a.O., BBl 2013 2759).

E. 5.3

Im Kommentar zu Art. 38 BÜPF wird die "angemessene Entschädigung"

grundsätzlich als kostendeckende Entschädigung verstanden, die allerdings nicht die effektiven variablen Kosten der betroffenen Mitwirkungspflichtigen umfassen müsse. Vielmehr dürfe der angemessene Tarif durchaus berücksichtigen, zu welchen Kosten nach dem Stand der Technik eine bestimmte Massnahme bereitgestellt werden könne (THOMAS HANSJAKOB, Überwachungsrecht der Schweiz, Kommentar zu Art. 269 ff. StPO und zum BÜPF, 2017, N. 1824 zu Art. 38 BÜPF [nachfolgend: HANSJAKOB, Überwachungsrecht]). Unter "variable Kosten" sind jene Kosten zu verstehen, die im Zusammenhang mit einer Überwachung tatsächlich anfallen; dies umfasst vor allem den Zeitaufwand für den Aufbau und das Abrechnen der Überwachung, die Kosten für die Aufbereitung und Übermittlung der Daten, die Kosten für die interne Qualitätskontrolle der einzelnen Massnahmen und die im Zusammenhang mit einzelnen Massnahmen anfallenden Hardwarekosten (HANSJAKOB, Überwachungsrecht, a.a.O., N. 1822 zu Art. 38 BÜPF).

E. 5.4

Gemäss einem Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 16. Mai/24. November 2003 habe sich eine "angemessene Entschädigung"

grundsätzlich am Ziel der vollen Kostendeckung zu orientieren. Der Begriff "angemessene Entschädigung" lasse jedoch eine "Mischrechnung" zu, die durch eine Art "Pauschalisierung" der Entschädigung nicht in jedem Einzelfall eine exakt den entstandenen Kosten entsprechende Rückerstattung garantiere. Damit würden unter Umständen gewisse Leistungen unterhalb der Kostendeckung entschädigt, währenddem allenfalls in anderen Fällen die Entschädigung gewisser Massnahmen sogar mehr als kostendeckend sein könnte (vgl. VPB 68 Nr. 100 Ziff. 1.6 und Ziff. 2).

E. 5.5

Das Bundesgericht hat sodann unter Hinweis auf dieses Gutachten erwogen, dass die in Art. 16 Abs. 1 aBÜPF vorgesehene angemessene Entschädigung grundsätzlich alle mit der Überwachung angefallenen Kosten decken solle, worunter die variablen Kosten unter Ausschluss der Fixkosten zu verstehen seien. Der Begriff "angemessen" erlaube aber auch, die Entschädigung verhältnismässig festzusetzen. Dabei könne einerseits dem Interesse der Fernmeldeanbieterinnen, die gezwungen seien, eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe zu erfüllen, und andererseits dem Interesse des Gemeinwesens, Überwachungsmassnahmen ausführen lassen zu können, Rechnung getragen werden (Urteil 2C_246/2009 vom 22. März 2010 E. 7.2 und E. 8.2, in sic! 2010 S. 508).

E. 5.6

Vorliegend greift die Argumentation des Bundesverwaltungsgerichts, wonach die im aAnhang zur GebV-ÜPF festgelegte Entschädigung in der Höhe von Fr. 3.-- für Auskünfte des Typs IR_7_IP an Anbieterinnen mit reduzierten Überwachungspflichten unangemessen sei, zu kurz, dies insbesondere mit Blick darauf, dass die Anbieterinnen verpflichtet sind, dem Dienst ÜPF auf Verlangen die entsprechenden Informationen zu erteilen (vgl. E. 5.6.4 hiernach).

E. 5.6.1

Zunächst ist festzuhalten, dass eine "angemessene Entschädigung" im Sinn von Art. 38 Abs. 3 BÜPF, wie bereits erwogen,

keine vollständige Kompensation des Aufwandes bzw. keine Deckung sämtlicher variabler Kosten eines Mitwirkungspflichtigen verlangt; vielmehr sind gewisse Pauschalisierungen zulässig (vgl. E. 5.2 - 5.4 hiervor). Selbst die inzwischen aufgehobene GebV-ÜPF 2004 sah für derartige Auskünfte - trotz erheblich höherer Pauschalen - keine kostendeckenden oder individuell ausgestalteten Entschädigungen vor.

Eine Pauschalisierung rechtfertigt sich insbesondere mit Blick auf den Umstand, dass die hier interessierenden Auskünfte, die von den Strafverfolgungsbehörden in Auftrag gegeben werden, zu den standardisierten Auskunftstypen gehören (vgl. E. 3.1 hiervor) und aus der Sicht des Dienstes ÜPF ein "Massengeschäft" darstellen. Das EJPD weist in seiner Beschwerde auf die Statistik des Dienstes hin, gemäss welcher im Jahr 2019 123'505 einfache Auskünfte in Auftrag gegeben worden, wovon 2'329 auf den Typ IR_7_IP gefallen seien. Vor diesem Hintergrund erscheint naheliegend, dass eine Ermittlung der tatsächlich anfallenden Kosten der jeweiligen Anbieterin mit einem hohen Aufwand seitens des Dienstes verbunden und deshalb kaum praktikabel wäre.

E. 5.6.2

Zwar wird in den Materialien ausgeführt, dass eine "angemessene Entschädigung" grundsätzlich eine 80-prozentige Deckung der anfallenden Kosten gewährleisten sollte; allerdings handelt es sich dabei um keine starre Vorgabe, sondern lediglich um einen Richtwert. Auch kann daraus nicht zwingend geschlossen werden, dass dieser Richtwert ohne Rücksicht darauf, wie effizient die betreffende Anbieterin arbeitet, angewendet werden soll. Wie bereits ausgeführt, darf im Rahmen der Festsetzung der Entschädigung auch berücksichtigt werden, zu welchen Kosten

nach dem Stand der Technik eine bestimmte Massnahme bereitgestellt werden könnte (vgl. E. 5.3 hiervor). Verzichtet eine Mitwirkungspflichtige auf Automatisierungen, so darf dies grundsätzlich nicht dazu führen, dass die Kosten auf den Bund bzw. auf die auskunftsberechtigten Behörden überwältzt werden.

E. 5.6.3

Wie das EJPD zu Recht ausführt, verfügt der Bundesrat bei der Bestimmung der "angemessenen Entschädigung" über einen erheblichen Ermessensspielraum. Im Rahmen dieses Ermessens kann er unter anderem dem Umstand Rechnung tragen, dass die Entschädigung - selbst im Falle von Anbieterinnen mit reduzierten Überwachungspflichten - auch Anreize für eine Rationalisierung bzw. Automatisierung der Abläufe und somit für eine Effizienzsteigerung schaffen sollte (vgl. auch EMANUEL JAGGI, Die Revision des BÜPF, in: ZStrR 133/2015 S. 276 ff., 291). Insbesondere erschiene es stossend, wenn

Anbieterinnen mit reduzierten Überwachungspflichten bewusst auf Effizienzsteigerungen verzichten würden, um anschliessend höhere Entschädigungen für die Beantwortung von Auskunftsanfragen verlangen zu können. Die Entschädigung darf deshalb nicht so hoch angesetzt sein, dass kein Anreiz besteht, kostengünstig zu arbeiten (vgl. JAGGI, a.a.O., S. 291 Fn 99). So anerkennt selbst die Beschwerdegegnerin, dass der Aufwand für die Beantwortung einer einzelnen Anfrage bei einer Automatisierung sehr gering sei.

E. 5.6.4

Bei der Festsetzung der Höhe einer angemessenen (pauschalen) Entschädigung dürfen nicht nur die individuellen Interessen einer oder einzelner, weniger effizient organisierten Anbieterinnen berücksichtigt werden; vielmehr ist eine Gesamtwürdigung sämtlicher auf dem Spiel stehenden Interessen vorzunehmen.

Ins Gewicht fallen dabei insbesondere die Interessen des Gemeinwesens, Überwachungsmaßnahmen ausführen zu lassen bzw. das öffentliche Interesse an der Verfolgung von Straftaten. Wie das EJPD zu Recht ausführt, würde bei zu hoch angesetzten Entschädigungen die Gefahr der Behinderung der Strafverfolgung bestehen, so namentlich dann, wenn aus Kostengründen auf notwendige Beweiserhebungen verzichtet würde (vgl. auch HANSJAKOB, Überwachungsrecht, a.a.O., N. 1819 zu Art. 38 BÜPF).

Zudem müssen die Anbieterinnen von Fernmeldediensten, wie bereits erwogen, jederzeit in der Lage sein, gemäss dem anwendbaren Recht die Auskünfte namentlich nach Art. 21 und 22 BÜPF zu erteilen und die von ihnen angebotenen Fernmeldedienste zu überwachen, wenn die Auskunftserteilung bzw. Überwachung standardisiert ist (Art. 32 Abs. 1 BÜPF und E. 3.1 hiervor). Somit sind die Anbieterinnen

verpflichtet, wenn der Verdacht besteht, dass eine Straftat über das Internet begangen worden ist, dem Dienst alle Angaben zu liefern, welche die Identifikation der Täterschaft ermöglichen (vgl. Art. 22 Abs. 1 BÜPF ; vgl. auch Urteil 2C_274/2018 vom 12. Mai 2020 E. 3.4 betr. Art. 15 Abs. 1 aBüPF). Durch die Standardisierung der Auskunftserteilung bzw. Überwachung wird für die Anbieterinnen berechenbar, dass sie dann, wenn sie alle technischen Vorschriften für standardisierte Massnahmen erfüllen, ihren gesetzlichen Pflichten vollumfänglich nachkommen können (HANSJAKOB, Überwachungsrecht, a.a.O., N. 1729 zu Art. 32 BÜPF). Zudem wurde bereits erwogen, dass es sich bei der Mitwirkung bei der Aufklärung von Straftaten ganz allgemein um eine Bürgerpflicht handelt. Vor diesem Hintergrund darf von den Anbieterinnen erwartet werden, dass sie die notwendigen technischen und organisatorischen Vorkehrungen treffen, um ihren Verpflichtungen nachzukommen. Insbesondere haben sie ihr Geschäftsmodell so aufzustellen, dass sie in der Lage sind, ihre Mitwirkungspflichten zu erfüllen. Dabei erscheint als gerechtfertigt, dass auch sie im Rahmen der Nutzung der zur Verfügung gestellten Infrastruktur einen finanziellen Beitrag an die Kosten der Massnahmen leisten (vgl. auch JAGGI, a.a.O., S. 291).

Schliesslich wurde bereits ausgeführt, dass es zulässig ist, den Begriff der "angemessenen Entschädigung" im Sinne einer "Mischrechnung" auszulegen. Dies kann unter Umständen dazu führen, dass Leistungen weniger effizient arbeitender Anbieterinnen nicht kostendeckend entschädigt werden, währenddem - namentlich bei Betreiberinnen modernerer Einrichtungen - die Entschädigung höher als die tatsächlich entstandenen Kosten ausfällt (vgl. VPB 68 Nr. 100 Ziff. 2 und E. 5.4 hiervor).

E. 5.6.5

Unbehelflich ist sodann der Hinweis der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin auf den Umstand, dass Dienstleistungen von Mitwirkungspflichtigen, für die keine Pauschale besteht (Art. 17 Abs. 1 GebV-ÜPF), zu einem Stundenansatz von Fr. 160.-- entschädigt werden (vgl. Erläuternder Bericht GebV-ÜPF, a.a.O., S. 15 und E. 5.7 des angefochtenen Urteils) : Die GebV-ÜPF unterscheidet ausdrücklich zwischen standardisierten Auskünften, bei welchen pro Antwortsatz entschädigt wird, und nicht-standardisierten Auskünften, bei welchen gemäss Art. 17 GebV-ÜPF die Entschädigung nach Zeitaufwand erfolgt. Bei den hier interessierenden Anfragen des Typs IR_7_IP handelt es sich um standardisierte Auskünfte, für welche - wie bereits ausgeführt - keine Entschädigung nach Zeitaufwand geschuldet wird.

E. 5.7

Angesichts des erheblichen Ermessensspielraums, der dem Bundesrat bei der Festsetzung einer "angemessenen Entschädigung" zusteht, der Zulässigkeit von Pauschalisierungen und des hohen öffentlichen Interesses an einer wirksamen Strafverfolgung sowie mit Blick darauf, dass auch Anreize für Rationalisierungen der Abläufe geschaffen werden dürfen, liegt die hier strittige Entschädigung - entgegen der vorinstanzlichen Auffassung - nicht offensichtlich ausserhalb des Rahmens der einschlägigen Delegationsnorm.

E. 5.8

Nachdem feststeht, dass sich der Bundesrat bei der Festsetzung der hier strittigen Entschädigung gemäss aAnhang zur GebV-ÜPF an die ihm vom Gesetzgeber erteilten Rechtsetzungsbefugnisse gehalten hat, wäre die Verfassungsmässigkeit der Verordnung zu prüfen.

Vorliegend wird von keiner Seite gerügt, dass die strittige Bestimmung gegen die Verfassung verstösst. Insbesondere legt die Beschwerdegegnerin nicht substantiiert dar, welche Grundrechte verletzt sein sollen (Art. 106 Abs. 2 BGG und E. 2.1 hiervor). Im Übrigen lässt sich die undifferenzierte Behandlung von Anbieterinnen mit reduzierten Überwachungspflichten und anderen Anbieterinnen namentlich mit dem hohen öffentlichen Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung und somit sachlich begründen, so dass kein Verstoss gegen die Rechtsgleichheit (Art. 8 Abs. 1 BV) ersichtlich ist.

E. 6

Zu prüfen bleibt, ob die der Beschwerdegegnerin zugesprochene Entschädigung von Fr. 3.--, unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse, im Ergebnis willkürlich erscheint.

E. 6.1

Ein Entscheid ist willkürlich, wenn er in der Begründung und im Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 141 I 235 E. 7.1 ; 141 I 49 E. 3.4; 140 III 16 E. 2.1)

E. 6.2

Vorliegend ist unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin als Anbieterin von Fernmeldediensten mit reduzierten Überwachungspflichten gemäss Art. 51 VÜPF eingestuft wurde. Solchen Anbieterinnen ist ausdrücklich erlaubt, Auskünfte auch

ausserhalb des Verarbeitungssystems zu erteilen bzw. schriftlich zu beantworten (Art. 18 Abs. 3 VÜPF); zudem besteht für sie keine Pflicht zur Automatisierung gemäss Art. 18 Abs. 2 VÜPF . Dies ist so vorgesehen, weil viele Anbieterinnen, die zu dieser Kategorie gehören, über keine elektronischen Schnittstelle zum Verarbeitungssystem verfügen (Erläuternder Bericht VÜPF, a.a.O., S. 18).

E. 6.3

Im Falle der Beschwerdegegnerin geht die Vorinstanz von einem Zeitaufwand von maximal 37 Minuten pro Auskunft des Typs IR_7_IP für dynamische IP-Adressen aus, der sich mit der Einführung des Anschlusses an das IRC (Information Request Component; Auskunftssystem des Dienstes ÜPF) verringern soll (vgl. E. 5.6 des angefochtenen Urteils). Die Beschwerdegegnerin schätzt ihren tatsächlichen Aufwand demgegenüber auf 45 Minuten. Sie begründet dies mit dem (unbestrittenen) Umstand, dass sie als KMU mit nur wenig Dutzend Anfragen pro Jahr konfrontiert werde, sodass sie sich den erheblichen technischen Aufwand, der für eine automatisierte Bearbeitung der Anfragen erforderlich wäre, nicht leisten könne. Das EJPD weist in grundsätzlicher Weise darauf hin, dass der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte bzw. von der Vorinstanz anerkannte Aufwand auf eine ineffiziente Gestaltung der Abläufe für die Beantwortung von Auskunftsanfragen zurückzuführen sei, sodass er nicht als Richtwert bei der Bestimmung der Entschädigung angenommen werden könne.

E. 6.4

Die Argumentation der Beschwerdegegnerin ist insbesondere angesichts der Tatsache, dass die Kosten für die Bereitstellung der Infrastruktur von den Anbieterinnen zu tragen sind (Art. 38 Abs. 1 BÜPF), nachvollziehbar. Zudem erscheint naheliegend, dass sich ein hoher Aufwand für die Implementierung der erforderlichen Technologien in der Regel hauptsächlich für Anbieterinnen lohnen dürfte, die mit einer grossen Anzahl Anfragen konfrontiert werden (vgl. auch THOMAS HANSJAKOB, Das neue BÜPF, in ZStrR 134/2016 S. 429 ff., 437). Schliesslich trifft es zu, dass die Identifikation des Inhabers einer IP-Adresse bei der dynamischen Adressierung schwieriger ist als bei der statischen (vgl. BGE 136 II 508 E. 3.3), wobei sich der Aufwand mit den fortschreitenden Automatisierungen laufend reduzieren dürfte.

E. 6.5

Der Umstand, dass die der Beschwerdegegnerin zugesprochene Entschädigung von Fr. 3.-- für Auskunftsaufträge des Typs IR_7_IP nur einen Teil der tatsächlich anfallenden Kosten decken mag, reicht indessen nicht aus, um diese als willkürlich (vgl. E. 6.1 hiervor) zu qualifizieren. Wie bereits ausgeführt, hat eine "angemessene" Entschädigung nicht zwingend kostendeckend zu sein und sind Pauschalisierungen zulässig. Sodann geht es nicht an, ineffiziente Abläufe zu belohnen; vielmehr ist es auch bei Anbieterinnen mit reduzierten Überwachungspflichten wie der Beschwerdeführerin zulässig, durch die Höhe der Entschädigung Anreize zu Rationalisierungen und Automatisierungen zu schaffen. Zudem wurde bereits ausgeführt, dass ein hohes öffentliches Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung besteht. In diesem Zusammenhang ist die Beschwerdegegnerin von Gesetzes wegen verpflichtet, die von ihr angebotenen Fernmeldedienste zu überwachen und bei Verdacht auf Ausübung einer Straftat über das Internet, dem Dienst ÜPF auf Verlangen die Informationen zu erteilen, welche die Identifikation der Täterschaft ermöglichen. Insoweit stellt die Mitwirkung an der Aufklärung von Straftaten nicht nur eine

Bürgerpflicht, sondern eine gesetzliche Pflicht der die Infrastruktur nutzenden Beschwerdegegnerin dar, zu deren Erfüllung sie die notwendigen technischen und organisatorischen Vorkehrungen zu treffen hat. Vor diesem Hintergrund kann von ihr umso mehr erwartet werden, dass sie sich zumindest teilweise an den Kosten der Massnahmen beteiligt.

E. 7

Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde des EJPD als begründet. Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Verfügung des Dienstes Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr vom 22. August 2019 zu bestätigen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die unterliegende Beschwerdegegnerin die Gerichtskosten (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der Eidgenossenschaft, die in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegt, ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 68 Abs. 3 BGG). Zur Neuverlegung der Kosten und der Parteientschädigung des vorangegangenen Verfahrens wird die Sache an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen (Art. 68 Abs. 5 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.