

BVGer A-6807/2019 vom 4. März 2021

Bundesverwaltungsgericht, 2021-03-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-6807_2019_d20210304

FR: TAF A-6807/2019 du 4 mars 2021

IT: TAF A-6807/2019 del 4 marzo 2021

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Die angefochtene Verfügung ist ein zulässiges Anfechtungsobjekt und stammt von einer Behörde im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG; eine Ausnahme im erwähnten Sinn liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 42 des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 18. März 2016 [BÜPF, SR 780.1], wonach Verfügungen der Vorinstanz der Beschwerde nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege unterliegen).

E. 1.2

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG).

E. 1.3.1

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen 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). Es ist ein aktuelles und praktisches Interesse an der Überprüfung des Entscheids erforderlich. Ein solches liegt vor, wenn mit der Gutheissung der Beschwerde ein Nachteil abgewendet werden kann und die Beschwerdeführende insofern einen praktischen Nutzen aus der Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Verfügung zu ziehen vermag. Die tatsächliche oder rechtliche Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens noch beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse muss daher nicht nur bei der Beschwerdeerhebung, sondern auch noch im Zeitpunkt der Urteilsfällung aktuell und praktisch sein. In Ausnahmefällen kann jedoch auf das Erfordernis der Aktualität des Interesses verzichtet werden, wenn sich die aufgeworfenen Fragen unter gleichen oder ähnlichen Umständen jederzeit wieder stellen könnten, eine rechtzeitige Überprüfung im Einzelfall kaum je möglich wäre und die Beantwortung wegen deren grundsätzlicher Bedeutung im öffentlichen Interesse liegt (BGE 141 II 14 E. 4.4 und 137 I 23 E. 1.3.1; BVGE 2013/56 E. 1.3.1; Urteil des BVGer A-4263/2017 E. 1.2.3.1; Kölz/Häner/Bertschi, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 944; Marantelli/Huber, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 48 Rz. 15).

E. 1.3.2

Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung, in welcher festgestellt wurde, dass das von ihr im Zusammenhang mit einem erfolglosen Auskunftsgesuch nach Art. 38 VÜPF als rechtswidrig gerügte Verhalten von Y._____ als gesetzeskonform anzusehen sei, grundsätzlich sowohl formell als auch materiell beschwert. Hintergrund der angefochtenen Verfügung bildete das von der Beschwerdeführerin bei der Vorinstanz eingereichte Auskunftsgesuch vom 10. Juli 2019, mit dessen Beantwortung durch Y._____ die Beschwerdeführerin nicht einverstanden war. Wie die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde selbst vorbringt, ist davon auszugehen, dass Y._____ über die zur Beantwortung des Auskunftsgesuchs vom 10. Juli 2019 relevanten Daten inzwischen nicht mehr verfügt, zumal sich das Gesuch auf ein Ereignis vom 24. Januar 2019 bezieht und Y._____ die Randdaten über die Zuteilung und Übersetzung von IP-Adressen und Portnummern, um u.a. die Auskünfte gemäss Art. 38 VÜPF erteilen zu können, nur sechs Monate aufbewahren muss bzw. diese nach Ablauf dieser Frist gar zu vernichten hat, sofern kein anderer Erlass vorsieht, dass diese Daten länger aufbewahrt werden müssen oder dürfen (vgl. Art. 21 Abs. 2 und 3 VÜPF). Betreffend die mit Gesuch vom 10. Juli 2019 verlangte Auskunft besteht insofern kein praktisches und aktuelles Rechtsschutzinteresse mehr, da diese von vornherein nicht mehr erhältlich gemacht werden kann. Aufgrund der erwähnten Aufbewahrungsfrist von lediglich sechs Monaten ist eine rechtzeitige Überprüfung einer Auskunft jedoch kaum je möglich. Sodann könnte sich die Frage der Rechtmässigkeit des von der Beschwerdeführerin gerügten Verhaltens jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen. Da die Klärung dieser Frage schliesslich auch im öffentlichen Interesse liegt, ist die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin aufgrund des Ausgeführten trotzdem zu bejahen. Im Kern ging es im vorinstanzlichen Verfahren denn auch nicht primär um das Auskunftsgesuch vom 10. Juli 2019, sondern vielmehr um die Klärung einer grundsätzlichen Frage im Hinblick auf künftige Auskunftsgesuche.

E. 1.4

Streitgegenstand im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist das durch die Verfügung geregelte Rechtsverhältnis, soweit dieses angefochten wird. Er wird einerseits bestimmt durch den Gegenstand der angefochtenen Verfügung (Anfechtungsgegenstand), andererseits durch die Parteibegehren. Das Anfechtungsobjekt bildet den Rahmen, welcher den möglichen Umfang des Streitgegenstandes begrenzt. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens kann nur sein, was Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder nach richtiger Gesetzesauslegung hätte sein sollen. Gegenstände, über welche die erste Instanz nicht entschieden hat und über welche sie nicht entscheiden musste, darf die zweite Instanz grundsätzlich nicht beurteilen (Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.8 f., 2.208 und 2.213, je mit Hinweisen). Im Dispositiv der angefochtenen Verfügung stellte die Vorinstanz fest, dass sich Y._____ nach Art. 38 VÜPF gesetzeskonform verhalten habe, indem sie lediglich den Beginn der TCP-Session gespeichert habe. Die Beschwerdeführerin beantragt nun in ihrer Beschwerde, die benötigten Randdaten seien darüberhinausgehend auch zu weiteren Zeitpunkten zu speichern. Daraus könnte man fälschlicherweise schliessen, Streitgegenstand bilde einzig die Frage, zu welchen Zeitpunkten jeweils eine Speicherung der nach Art. 38 VÜPF relevanten Randdaten vorzunehmen sei. Art. 38 VÜPF behandelt jedoch gemäss Titel die

Frage der "Identifikation der Benutzerschaft bei nicht eindeutig zugeteilten IP-Adressen (NAT)" und wie sich sowohl den Erwägungen der angefochtenen Verfügung als auch den Ausführungen in der Beschwerdeschrift entnehmen lässt, umfasst der Streitgegenstand demgemäss in zentraler Weise namentlich auch die Frage, für welche Zeitpunkte eine Fernmeldedienstanbieterin (nachfolgend: FDA) die Benutzerschaft einer nicht eindeutig zugeteilten IP-Adresse identifizieren können muss. Die verschiedenen Ansichten der Parteien zur Datenspeicherung gründen denn auch auf der unterschiedlichen Beantwortung dieser Frage.

E. 1.5

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist unter Berücksichtigung der vorstehenden Präzisierung einzutreten.

E. 2

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen, einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechterheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens (Art. 49 Bst. a und b VwVG). Zudem prüft es die Verfügung auf Angemessenheit hin (Art. 49 Bst. c VwVG). Es wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

E. 3.1

Besteht der Verdacht, dass eine Straftat über das Internet begangen worden ist, so sind die FDA verpflichtet, der Vorinstanz alle Angaben zu liefern, welche die Identifikation der Täterschaft ermöglichen (Art. 22 Abs. 1 BÜPF). Der Bundesrat bestimmt, welche Angaben die FDA zum Zweck der Identifikation während der Dauer der Kundenbeziehung sowie während 6 Monaten nach deren Beendigung aufbewahren und liefern müssen. Er legt fest, dass die FDA bestimmte dieser Daten zum Zweck der Identifikation nur während 6 Monaten aufbewahren und liefern müssen. Die FDA müssen der Vorinstanz weitergehende Angaben liefern, über die sie verfügen (Art. 22 Abs. 2 BÜPF). Nach Art. 31 Abs. 1 BÜPF bestimmt der Bundesrat näher, welche Auskünfte die FDA erteilen und welche Überwachungstypen sie durchführen müssen. Er legt für jeden Auskunftstyp und Überwachungstyp fest, welche Daten geliefert werden müssen.

E. 3.2

Gestützt darauf definierte der Bundesrat verschiedene Auskunftstypen und regelte in der VÜPF für jeden Auskunftstyp die zu liefernden Daten und die im Auskunftsgesuch zu machenden Angaben. Der vorliegend interessierende Auskunftstyp IR_8_IP (NAT) zur Identifikation der Benutzerschaft bei nicht eindeutig zugeteilten IP-Adressen (NAT) ist in Art. 38 VÜPF geregelt und lautet wie folgt: 1 Der Auskunftstyp IR_8_IP (NAT) umfasst die folgenden Angaben über den identifizierten Teilnehmenden, falls diesem zum fraglichen Zeitpunkt eine IP-Adresse nicht eindeutig zugeteilt war (NAT): a. falls vorhanden, den eindeutigen Teilnehmeridentifikator (z.B. Benutzername); b. den eindeutigen Dienstidentifikator (z.B. Benutzername, MSISDN, DSL-Identifikator) des Netzzugangsdienstes. 2 Das Auskunftsgesuch enthält die Angaben über den NAT-Übersetzungsvorgang zum Zweck der Identifikation: a. die öffentliche Quell-IP-Adresse; b. falls für die Identifikation notwendig, die öffentliche Quell-Portnummer; c. falls für die Identifikation notwendig, die öffentliche Ziel-IP-Adresse; d. falls für die Identifikation notwendig, die Ziel-Portnummer; e. falls für

die Identifikation notwendig, den Typ des Transportprotokolls; f. den Zeitpunkt nach Datum und Uhrzeit.

E. 3.3

Zum besseren Verständnis dieses Auskunftstyps und im Hinblick auf die nachfolgend zu klärenden Streitpunkte erscheint es zweckmässig, einige technische Aspekte bei der Kommunikation über das Internet kurz darzulegen.

E. 3.3.1

Das Internet ist ein Netzwerk von Rechnernetzwerken, durch das weltweit Daten ausgetauscht werden. Grundsätzlich kann jeder Computer mit jedem anderen verbunden werden und in Kommunikation treten. Dabei findet der Datenaustausch über technisch normierte Internetprotokolle statt. Deren Kern bilden das Transmission Control Protocol (TCP) und das Internet Protocol (IP). Wird im Internet eine Datei ausgetauscht, so wird diese beim Sender in einzelne Datenpakete zerlegt und beim Empfänger wieder zusammengesetzt. Diese Funktionen werden durch das TCP übernommen. Das IP ist verantwortlich für die Auslieferung der Datenpakete an den Empfänger. Durch die IP-Adresse wird jeder an das Internet angeschlossene Computer identifiziert. Immer wenn im Internet Daten abgefragt werden, so zum Beispiel beim Aufrufen einer Webseite, übermittelt der Computer des Benutzers seine Anfrage verbunden mit der ihm zugewiesenen IP-Adresse (vgl. BGE 136 II 508 E. 3.3; Urteil des BGer 4C.9/2002 vom 23. Juli 2002 E. 4; Urteil des BVGer A-3144/2008 vom 27. Mai 2009 E. 2.2.2; Thomas Hansjakob, Überwachungsrecht der Schweiz, Kommentar zu Art. 269 ff. StPO und zum BÜPF, 2018, Rz. 184 ff.; Annina Baltisser, Datenbeschädigung und Maleware im Schweizer Strafrecht, Der Tatbestand des Art. 144bis StGB im Vergleich mit den Vorgaben der Cybercrime Convention und der deutschen Regelung, 2013, S. 5 f.: Rolf H. Weber, Internet-Governance - ein Überblick, digma 2014, S. 94).

E. 3.3.2

IP-Adressen können eindeutig zugeteilt sein, so dass zu einem beliebigen Zeitpunkt maximal ein Teilnehmender mit dieser Adresse im Internet auftritt. Dies trifft zum einen auf die statischen IP-Adressen und zum anderen auf die eindeutig zugeteilten dynamischen IP-Adressen zu (Erläuternder Bericht zur Totalrevision der VÜPF [nachfolgend: ErlB VÜPF], S. 41; abrufbar unter < www.li.admin.ch/de/themen/das-buepf >). Wird einem Rechner eine IP-Adresse fest zugewiesen, spricht man von einer statischen IP-Adresse. Wählt sich ein Benutzer über einen Internet-Zugangsanbieter (Provider) ins Internet ein, erhält er jedoch meist eine dynamische IP-Adresse. Dabei wird seinem Computer bei jeder Verbindungsaufnahme neu irgendeine freie Adresse aus dem Pool des Providers zugewiesen. Die dynamische Adressierung wurde wegen der Knappheit der IP-Adressen entwickelt. Weil nach diesem System eine IP-Adresse nur für eine kurze Zeit einem Teilnehmer zugeteilt und nach dem Nutzungsvorgang wieder an einen anderen Teilnehmer vergeben wird, erfolgt die Identifikation des betreffenden Rechners durch diese IP-Adresse auch nur für die Zeit des einzelnen Nutzungsvorgangs. Wer zu einem bestimmten Zeitpunkt mit einer bestimmten IP-Adresse unterwegs war, muss bei der dynamischen Zuteilung deshalb vom Provider in einer Datenbank ermittelt werden (BGE 136 II 508 E. 3.3; Thomas Hansjakob, a.a.O., Rz. 193 ff. und 1638). Die Identifikation der Benutzerschaft bei - hier nicht näher interessierenden, der Vollständigkeit halber aber erwähnten - eindeutig zugeteilten IP-Adressen ist in Art. 37 VÜPF normiert.

E. 3.3.3

Der mit den am 1. März 2018 in Kraft getretenen Revisionen des BÜPF und der VÜPF neu eingeführte Auskunftstyp gemäss Art. 38 VÜPF regelt nun ein spezifisches Problem der Teilnehmeridentifikation im Falle von nicht eindeutig zugeteilten IP-Adressen (vgl. ErlB VÜPF, S. 41). Dabei kommt die sogenannte Network Address Translation (NAT) auf Ebene der Anbieterin (auch Carrier-grade NAT oder cgNAT genannt; nachfolgend wird in Übereinstimmung mit Art. 38 VÜPF lediglich von NAT gesprochen) zum Einsatz. Durch diese Technologie können sich bis zu viele Tausend Benutzer und Benutzerinnen die gleiche öffentliche IP-Adresse teilen und mit dieser zur gleichen Zeit im Internet auftreten. Dies führt dazu, dass eine IP-Adresse, die auf eine bestimmte Internetseite zugreift, nicht mehr auf einfache Weise einem bestimmten Nutzer zugeordnet werden kann. Bei der NAT-Technologie werden den Teilnehmenden im Netz der Zugangsanbieterin private IP-Adressen zugeteilt, die nur innerhalb des Netzes der Zugangsanbieterin gültig sind. Diese werden bei Zugriffen ins Internet an den Netzgrenzen der Zugangsanbieterin zum Internet in eine gemeinsame öffentliche Quell-IP-Adresse übersetzt, die so von vielen Teilnehmenden geteilt wird. Die Unterscheidung der einzelnen Internetverbindungen erfolgt mittels Portnummern. Die Adressübersetzung muss für jedes eingehende und ausgehende IP-Paket durchgeführt werden. Bei nicht deterministischen Verfahren führt das Gerät (Router) Zuordnungstabellen und speichert für jede Internetverbindung den Zeitstempel, die Quelle und das Ziel der Verbindung (jeweils IP-Adresse und Portnummer), die zugehörige private IP-Adresse und Portnummer des Teilnehmenden sowie die Art des Transportprotokolls. Bei deterministischen NAT-Verfahren werden Adressen und Portnummern mit einem Algorithmus übersetzt und können später wieder zurückgerechnet werden, womit die Notwendigkeit der Speicherung der IP-Adressen und Portnummern der einzelnen Verbindungsziele durch die Zugangsanbieterin zum Zwecke der Teilnehmeridentifikation entfällt. Bei NAT-Verfahren werden die Quell-Portnummern und die übersetzten Portnummern zyklisch wieder frei gegeben und neu zugeteilt. Daraus ergibt sich ein enorm dynamischer Ablauf, der erhebliche Datenmengen generiert (vgl. ErlB VÜPF, S. 41 ff.; Thomas Hansjakob, a.a.O., Rz. 201).

E. 4

Vorliegend strittig und nachfolgend zu klären ist, für welche Zeitpunkte eine FDA nach Art. 38 VÜPF die Benutzerschaft einer nicht eindeutig zugeteilten IP-Adresse identifizieren und die Angaben nach Art. 38 Abs. 1 VÜPF liefern können muss (nachfolgend E. 4.4) sowie zu welchem Zeitpunkt sie die hierfür relevanten Daten zu speichern hat (nachfolgend E. 4.5).

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, eine FDA müsse die Benutzerschaft zu jedem Zeitpunkt identifizieren können. Auch wenn der Zeitpunkt der strafbaren Handlung mehrere Minuten nach dem Start der Verbindung (TCP-Session) erfolge, müsse sichergestellt sein, dass die FDA diese noch einem Kunden zuordnen könne. Dies gelte auch bei wechselnden Quellports innerhalb einer TCP-Session. Für solche Fälle müssten die FDA ihr Vorgehen gemäss den gestellten Rechtsbegehren anpassen. Es bestehe keine rechtliche Grundlage dafür, die Identifikation lediglich auf den Start einer unter Umständen stundenlangen TCP-Session einzuschränken. Es seien lediglich die Randdaten zu speichern, nicht die Inhaltsdaten. Es werde von einer FDA nicht verlangt, den Nutzdatenverkehr zu entschlüsseln und beispielsweise abzuklären, wann sich eine Person bei einem Internetdienst mit dem individuellen Benutzernamen und Passwort anmelde ("Login"). Es

sei lediglich nachvollziehbar zu protokollieren, welchem Kunden welcher Quell-Port und welche IP-Adresse zu welcher Zeit zugewiesen worden sei. Diese Informationen müssten in jedem Fall vorhanden sein, da die FDA diese Angaben benötigen würden, um den einkommenden NAT-Internetverkehr zum richtigen Kunden weiterzuleiten. Aus dem Wortlaut von Art. 38 Abs. 2 VÜPF gehe hervor, dass die anfragende Behörde den relevanten Zeitpunkt bestimme, sofern sie über die anderen dazu notwendigen Angaben verfüge. Auch im ErlB VÜPF seien keine Hinweise auf Eingrenzungen enthalten. Es werde darauf hingewiesen, dass ein hinreichend genauer Zeitpunkt bzw. Zeitintervall angegeben werden müsse. Auch sei die Rede vom "gesuchten" Zeitpunkt, welcher durch die Strafverfolgungsbehörde im Auskunftsgesuch angegeben werde. Bei der systematischen Auslegung von Art. 38 VÜPF sei zunächst zu berücksichtigen, dass eine normale Abklärung einer IP-Adresse nach Art. 37 VÜPF lediglich Fr. 9.00 koste, während die Strafverfolgungsbehörden bei NAT-IP-Adressen nach Art. 38 VÜPF Fr. 200.- pro Anfrage zu bezahlen hätten. Aus dem Preisunterschied werde klar, dass von den FDA mehr erwartet werde, als lediglich einen Zeitpunkt nach freier Wahl der Vorinstanz zu protokollieren. Sodann sei die Einschränkung des fraglichen Zeitpunkts bei Art. 38 VÜPF vom Gesetzgeber nicht versehentlich vergessen worden. Das zeige der Vergleich mit den Überwachungstypen der rückwirkenden Überwachung. Gemäss Art. 60 Bst. a VÜPF (betreffend rückwirkende Überwachung von Randdaten bei Netzzugangsdiensten) müsse die FDA u.a. das Datum und die Uhrzeit des Beginns und gegebenenfalls des Endes oder die Dauer der Sitzung festhalten. Auch bei der rückwirkenden Überwachung von Randdaten eines Telefonie- und Multimediadienstes nach Art. 61 Bst. a VÜPF werde der Beginn und gegebenenfalls das Ende verlangt. Diese Unterscheidung sei zweckmässig, da Art. 60 und 61 VÜPF der rückwirkenden Überwachung und Art. 38 VÜPF der Identifikation eines Teilnehmers diene. Bei den rückwirkenden Überwachungen werde der zu protokollierende Zeitpunkt spezifiziert, bei der Identifikation des Teilnehmers nach Art. 38 VÜPF jedoch bewusst nicht. Das sei möglich, weil in Art. 26 Abs. 5 BÜPF nach Randdaten für die Überwachung des Fernmeldeverkehrs und in Art. 22 Abs. 2 BÜPF nach Randdaten für die Identifikation des Teilnehmers unterschieden werde. Auch das VÜPF unterscheide zwischen den Randdaten, welche für die rückwirkende Überwachung und welche zum Zwecke der Identifikation der Täterschaft bei Straftaten über das Internet aufbewahrt würden. Art. 31 Abs. 1 BÜPF ermögliche dem Bundesrat, für jeden einzelnen Auskunfts- und Überwachungstyp die zu liefernden Daten zu bestimmen. In Art. 21 Abs. 2 Bst. b VÜPF werde festgehalten, dass die FDA die Randdaten über die Zuteilung und Übersetzung von IP-Adressen und Portnummern speichern und liefern müssen, um die Auskünfte gemäss Art. 37, 38 und 39 VÜPF erteilen zu können. Dass die FDA nicht alle Portnummern oder Zeitpunkte protokollieren müssten, lasse sich dieser Norm nicht entnehmen. In systematischer Hinsicht sei schliesslich auch auf Art. 39 VÜPF hinzuweisen. Diese Auskunft verlange die Lieferung der Quell-IP-Adresse und der Quell-Portnummer vor und nach dem NAT-Übersetzungsvorgang. Das Auskunftsgesuch enthalte nach Art. 39 Abs. 2 VÜPF die Quell-IP-Adresse nach oder vor dem NAT-Übersetzungsvorgang, die Quell-Portnummer nach oder vor dem NAT-Übersetzungsvorgang, den Typ des Transportprotokolls, den Zeitpunkt des NAT-Übersetzungsvorgangs und unter Umständen die öffentliche Ziel-IP-Adresse oder Ziel-Portnummer. Daraus folge, dass die FDA diese Angaben für jeden NAT-Übersetzungsvorgang, sprich für jedes Datenpaket, liefern müssten. Eine Beschränkung des NAT-Übersetzungsvorgangs auf den Start einer TCP-Session sei bei Art. 39 VÜPF nicht vorgesehen, da es den ganzen Auskunftstyp

obsolet machen würde. Unter dem Gesichtspunkt der teleologischen Auslegung sei zu beachten, dass es nicht im Sinne des Gesetzgebers sei, wenn bei Internet-Straftaten Täter privilegiert würden, weil FDA NAT-Randdaten nicht vollständig speichern würden. Die grundsätzlich zulässigen Überwachungen, die zur Aufklärung von Straftaten notwendig seien, sollten nicht durch den Einsatz neuer Technologien verhindert werden. Die Abklärung von nicht eindeutig zugeteilten IP-Adressen in Form von NAT sei ausdrücklich neu geschaffen worden. Dabei sei dem Gesetzgeber bewusst gewesen, dass die FDA erhebliche Datenmengen speichern und die Effizienz der Suchvorgänge sicherstellen müssten.

E. 4.2

Die Vorinstanz hingegen ist der Ansicht, eine FDA müsse nicht in der Lage sein, den gesuchten Teilnehmenden zu jedem Zeitpunkt identifizieren zu können. Es liege in der Verantwortung der auskunftersuchenden Behörde, die notwendigen Anfragekriterien in Erfahrung zu bringen, wozu auch die zeitlichen Angaben zum Beginn der relevanten TCP-Session gehörten. Dies könne dem Wortlaut von Art. 38 VÜPF entnommen werden. Der Ausdruck "Angaben über den NAT-Übersetzungsvorgang zum Zweck der Identifikation" sei im Zusammenhang mit der jeweiligen Implementierung der FDA zu interpretieren. Damit sei insbesondere nicht die einzelne Adressübersetzungsoperation pro TCP-Paket gemeint. Bei TCP-Verbindungen werde ein Eintrag in der NAT-Übersetzungstabelle zu Beginn der TCP-Verbindung angelegt. Dieser Eintrag bleibe dann für die gesamte TCP-Verbindung gültig. Es genüge daher, die Angaben zu Beginn einer TCP-Session zu speichern. Alle nachfolgenden Datenpakete, welche über diese TCP-Verbindung gesendet und empfangen würden, würden die gleichen IP-Adressen und Portnummern dieser TCP-Verbindung benutzen und seien dadurch identifizierbar. Mit der möglichst genauen Zeitangabe zum Beginn einer TCP-Session und den weiteren Anfrageparametern nach Art. 38 Abs. 2 VÜPF sei die Benutzerschaft identifizierbar. Eine weitergehende Datenspeicherung, wie von der Beschwerdeführerin verlangt, sei unverhältnismässig und hätte die Überwälzung neuer Pflichten sowie eine Erweiterung der Überwachungsmöglichkeiten zur Folge. Eine FDA sei lediglich verpflichtet, jene Informationen zu speichern, die es ihr ermögliche, die Auskunftsgesuche nach Art. 38 VÜPF zu beantworten. Welche Angaben dies genau seien, hänge von der jeweiligen Implementierung der einzelnen FDA ab. Art. 38 VÜPF spreche vom "fraglichen Zeitpunkt" und beziehe sich somit auf den in der Anfrage angegebenen Zeitpunkt. Im ErlB VÜPF werde in Bezug auf den im Gesuch anzugebenden Zeitpunkt die Formulierung "Login-Ereignis" verwendet. Genauer sei jedoch die französische Fassung, welche von "événements de connexion" (Verbindungsereignisse) spreche. Es werde in jedem Fall nicht vorgeschrieben, dass sowohl der Anfang als auch das Ende oder weitere Ereignisse einer Session gespeichert werden müssten. Es werde von einer FDA nicht verlangt, den Datenstrom zu analysieren und Randdaten zu weiteren Ereignissen während einer Session zu speichern. Aufgrund der meist eingesetzten Verschlüsselung sei eine Analyse des Datenstroms gar nicht möglich. Die Zeitangabe im Gesuch habe sich auf den Zeitpunkt der Veröffentlichung eines Inserats auf X._____ bezogen. Nach dem Gesagten sei es für Y._____ bezüglich dieses Zeitpunkts unmöglich gewesen, den Teilnehmer zu identifizieren. Y._____ führe eine Suche nach Art. 38 VÜPF im Prinzip durch einen "Exact Match" durch mit dem Zeitpunkt des Beginns der TCP-Session, wobei mit einer Marge von bis zu einer Minute gesucht werde. Entspreche der angegebene Zeitpunkt nun einem Ereignis, welches längere Zeit nach Beginn der TCP-Session geschehen sei, könne

die Suche erfolglos bleiben. Nichtsdestotrotz habe die FDA ihre Pflichten erfüllt. Gemäss ErlB VÜPF müssten sich die Strafverfolgungsbehörden bewusst sein, dass es beim Auskunftstyp IR_8_IP (NAT) möglich sei, dass es zu keinem Ergebnis oder zu mehrdeutigen Ergebnissen kommen könne. Eine FDA könne aus objektiv technischen Gründen nicht jedes strafrechtlich relevante Ereignis bzw. nicht jeden beliebigen Zeitpunkt während einer Internet-Sitzung abklären. Auskünfte nach Art. 38 VÜPF würden im Vergleich zu solchen nach Art. 37 VÜPF aufgrund der enormen Datenmenge einen höheren Arbeitsaufwand generieren und seien daher teurer. Aus der fehlenden Einschränkung des Zeitpunkts in Art. 38 VÜPF könne sodann nicht der Umkehrschluss gezogen werden, eine FDA müsse sämtliche Angaben nach Art. 38 VÜPF für jedes Verbindungsereignis speichern. Vielmehr bedürfe es für die Bearbeitung und Aufbewahrung von Inhaltsdaten einer expliziten gesetzlichen Grundlage. Eine solche liege nur für die Randdaten und Daten zur Identifikation vor. Die Kopfdaten der TCP-Pakete und die Applikationsdaten würden nicht dazugehören. Eine Speicherung der Randdaten nach Art. 38 VÜPF zu sämtlichen Verbindungsereignissen bzw. zu jeder 60. Sekunde einer TCP-Session sei somit mangels gesetzlicher Grundlage widerrechtlich. Zu Art. 39 VÜPF sei anzumerken, dass sich dieser auf ganz bestimmte Szenarien des NAT beziehe, nämlich auf solche, die nicht von der Zugangsanbieterin vorgenommen würden, sondern beispielsweise von Transit- oder Serveranbieterinnen. Damit solle das sogenannte Backtracking - das Nachverfolgen einer IP-Verbindung bis zur Zugangsanbieterin, bei der dann ein Auskunftsgesuch nach Art. 38 VÜPF gestellt werden könne - ermöglicht werden. Daraus könne man nicht folgern, dass die Angaben für jeden einzelnen NAT-Übersetzungsvorgang jedes Datenpakets gespeichert werden müssten.

E. 4.3

Die Ausführungen der Parteien zur technischen Funktionsweise des Internets und der NAT-Technologie stimmen grundsätzlich überein und entsprechen dem in Erwägung 3.3 Dargelegten. Einzig in einem Punkt gehen die Parteien offensichtlich von unterschiedlichen technischen Gegebenheiten aus. Den Anträgen der Beschwerdeführerin liegt die Annahme zugrunde, dass die Quell-Portnummer und damit die NAT-Übersetzung während einer TCP-Session für jedes TCP-Datenpaket ändern kann. Aus diesem Grund sind ihrer Ansicht nach die für eine spätere Identifikation der Benutzerschaft erforderlichen Randdaten für jedes TCP-Datenpaket zu speichern. Demgegenüber bleibt nach der Auffassung der Vorinstanz die NAT-Übersetzung während einer TCP-Session unverändert, so dass eine Speicherung der Randdaten jeweils zu Beginn einer TCP-Session ausreicht, um sämtliche während einer TCP-Session gesendeten und empfangenen Datenpakete zu identifizieren. Welche dieser beiden Ansichten tatsächlich zutrifft oder ob es allenfalls auf die konkrete Implementierung im Einzelfall ankommt und insofern beide Varianten zutreffend sein können, kann - wie nachfolgend noch zu zeigen sein wird - vorliegend offengelassen werden. Eine mündliche Befragung zur Erläuterung des technischen Sachverhalts - allenfalls unter Beizug eines unabhängigen Gutachters - erübrigt sich deshalb. Der entsprechende Verfahrens Antrag der Vorinstanz ist folglich abzuweisen.

E. 4.4

Strittig ist der relevante Zeitpunkt, für welchen eine FDA die Angaben nach Art. 38 Abs. 1 VÜPF liefern können muss. Die Konkretisierung einer Norm im Hinblick auf einzelne Lebenssachverhalte als Teil der Gesetzesanwendung geschieht durch Auslegung. Deren Ziel ist die Ermittlung des Sinngehalts der Bestimmung. Ausgangspunkt jeder Auslegung

ist der Wortlaut (grammatikalische Auslegung). Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab, wobei die Formulierungen in den Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch gleichwertig sind (vgl. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 des Bundesgesetzes über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt vom 18. Juni 2004 [Publikationsgesetz, PublG, SR 170.512]). Vom klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, so etwa dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden (*ratio legis*), unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente (sog. Methodenpluralismus). Dabei ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte (historisches Element), den Zweck der Norm (teleologisches Element), die ihr zugrunde liegenden Wertungen und ihre Bedeutung im Kontext mit anderen Bestimmungen (systematisches Element) und die gegenwärtigen tatsächlichen Gegebenheiten und herrschenden Wertvorstellungen (zeitgemässes Element) abzustellen. Bleiben bei nicht klarem Wortlaut letztlich mehrere Auslegungen möglich, so ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.1.1, 128 I 34 E. 3b und 125 II 206 E. 4a; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016 Rz. 175 ff.). Die Gesetzesmaterialien sind nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Bei der Auslegung neuerer Bestimmungen kommt den Materialien eine besondere Bedeutung zu, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger rasch nahelegen (vgl. BGE 141 II 262 E. 4.2 m.w.H.).

E. 4.4.1.1

Art. 38 Abs. 1 VÜPF definiert den relevanten Zeitpunkt, für welchen eine FDA die Benutzerschaft identifizieren und die in Art. 38 Abs. 1 VÜPF erwähnten Angaben liefern können muss, nicht, sondern spricht in der deutschen Fassung lediglich vom "fraglichen Zeitpunkt". Diese Formulierung stimmt mit der italienischen Fassung ("momento in questione") überein. Damit wird auf den im Auskunftsgesuch angegebenen Zeitpunkt Bezug genommen. Davon gehen denn auch die Parteien aus. Die französische Fassung von Art. 38 Abs. 1 VÜPF enthält hingegen überhaupt keine Angaben zum Zeitpunkt ("Le type de renseignements IR_8_IP [NAT] a pour objet les indications ci-après à des fins d'identification dans le cas d'une adresse IP qui n'est pas attribuée de manière univoque [traduction d'adresses de réseau]"). Massgebend kann somit auch nach der französischen Fassung nur der Zeitpunkt gemäss Auskunftsgesuch sein.

E. 4.4.1.2

Es stellt sich folglich die Frage, welcher Zeitpunkt im Auskunftsgesuch anzugeben ist. Die im Auskunftsgesuch zu machenden Angaben sind in Art. 38 Abs. 2 VÜPF geregelt. Anzugeben ist nach Bst. f auch der vorliegend interessierende Zeitpunkt. Art. 38 Abs. 2 Bst. f VÜPF lautet in den drei Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch wie folgt: "Das Auskunftsgesuch enthält die Angaben über den NAT-Übersetzungsvorgang zum Zweck der Identifikation: f. den Zeitpunkt nach Datum und Uhrzeit." "La demande de renseignements contient, à des fins d'identification, les indications ci-après concernant la procédure de traduction d'adresses de réseau: f. le moment sur lequel porte la requête, avec précision de la date et de l'heure." "La domanda di informazioni contiene indicazioni sulla

procedura di traduzione NAT ai fini dell'identificazione: f. il momento a cui si riferisce, con data e ora." Der Wortlaut von Art. 38 Abs. 2 VÜPF deckt sich nicht mit der Auffassung der Vorinstanz. Keiner der drei Sprachfassungen lässt sich entnehmen, dass als Zeitpunkt der Beginn einer TCP-Session (oder eines anderen Verbindungstyps) angegeben werden müsste. Zunächst ist von den "Angaben über den NAT-Übersetzungsvorgang zum Zweck der Identifikation" die Rede. Wie bereits ausgeführt (vgl. vorstehend E. 3.3.3) muss die Adressübersetzung für jedes eingehende und ausgehende Datenpaket durchgeführt werden. Ein NAT-Übersetzungsvorgang erfolgt somit nicht einzig zu Beginn einer TCP-Session, sondern bei allen ein- und ausgehenden Datenpaketen während einer TCP-Session, somit beispielsweise auch beim Aufschalten eines Inrates auf einer Internetplattform. Das spricht dafür, dass nicht zwingend der Zeitpunkt des Beginns einer TCP-Session angegeben werden muss, sondern auch die Angabe eines späteren Zeitpunkts einer TCP-Session, zu welchem die weiteren Parameter gemäss Art. 38 Abs. 2 VÜPF festgestellt werden konnten, möglich ist. Dass mit der erwähnten Formulierung nicht in diesem Sinne die einzelne Adressübersetzungsoperation pro TCP-Paket gemeint sein soll, sondern nur die erstmalige Übersetzung zu Beginn einer TCP-Session, wie dies die Vorinstanz behauptet, lässt sich dem Wortlaut nicht entnehmen. In diesem Fall wäre vielmehr zu erwarten gewesen, dass der Verordnungsgeber durch klare Formulierung den NAT-Übersetzungsvorgang näher spezifiziert und beispielsweise vom "ersten NAT-Übersetzungsvorgang einer Verbindung" oder vom "NAT-Übersetzungsvorgang beim Start einer Verbindung" gesprochen hätte. Oder es wäre der - vor diesem Hintergrund wesentliche - Begriff des "Beginns" erwähnt worden, wie es bei Art. 60 Bst. a VÜPF ("das Datum und die Uhrzeit des Beginns [...] der Sitzung") der Fall ist. Eine solche Einschränkung geht aus dem Wortlaut jedoch nicht hervor. Während in der deutschen Fassung in Bst. f lediglich vom "Zeitpunkt" die Rede ist, sind die beiden anderen Sprachfassungen diesbezüglich konkreter und sprechen vom "moment sur lequel porte la requête" bzw. vom "momento a cui si riferisce". Diese Formulierungen sprechen dafür, dass die um Auskunft ersuchende Behörde in ihrem Gesuch den relevanten Zeitpunkt, für welchen die Auskunft zu erteilen ist, definiert und dass insofern im Auskunftsgesuch grundsätzlich ein beliebiger Zeitpunkt angegeben werden kann.

E. 4.4.1.3

Nicht gefolgt werden kann der Ansicht der Vorinstanz, wonach der Wortlaut im Zusammenhang mit der jeweiligen Implementierung der FDA zu interpretieren sei. Dies würde dazu führen, dass je nach technischer Implementierung einer FDA dem Wortlaut von Art. 38 VÜPF eine unterschiedliche Bedeutung zukommen würde, was bereits unter dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit nicht angeht. Zudem dürfte den Strafverfolgungsbehörden die konkrete technische Implementierung einer FDA kaum bekannt sein. Würde der im Auskunftsgesuch anzugebende Zeitpunkt je nach konkreter technischer Implementierung bei der FDA variieren, so wäre es für die Strafverfolgungsbehörden nur erschwert möglich (oder allenfalls sogar unmöglich), einen korrekten Zeitpunkt anzugeben.

E. 4.4.1.4

Der Wortlaut von Art. 38 VÜPF spricht nach dem Gesagten insgesamt für die Ansicht der Beschwerdeführerin, wonach die anfragende Behörde den Zeitpunkt, für welchen Auskunft zu erteilen ist, definiert und eine FDA in der Lage sein muss, die Benutzerschaft zu jedem Zeitpunkt, für welchen die übrigen Angaben gemäss Art. 38 Abs. 2 VÜPF vorhanden sind,

identifizieren zu können.

E. 4.4.2.1

Der Auskunftstyp gemäss Art. 38 VÜPF wurde erst mit den am 1. März 2018 in Kraft getretenen Revisionen des BÜPF und der VÜPF neu eingeführt, weshalb eine Abgrenzung von historischer und teleologischer Auslegung vorliegend schwierig und daher nachfolgend auf eine Unterscheidung zu verzichten ist (vgl. Urteile des BVGer A-5557/2015 vom 17. November 2015 E. 5.4 und A-1107/2013 vom 3. Juni 2015 E. 7.1 m.w.H.).

E. 4.4.2.2

Gesetzliche Grundlage von Art. 38 VÜPF bildet Art. 22 BÜPF. Dieser basiert im Wesentlichen auf Art. 14 Abs. 4 aBÜPF (AS 2001 3096) und regelt die Identifikation der Täterschaft bei über das Internet begangenen Straftaten und von Personen bei Bedrohungen der inneren und äusseren Sicherheit. Besteht ein entsprechender Verdacht, so sind die FDA verpflichtet, der Vorinstanz alle Angaben zu liefern, welche die Identifikation der Täterschaft ermöglichen (Art. 22 Abs. 1 BÜPF). Wer über das Internet kommuniziert, soll wie derjenige identifizierbar sein, der dies über das Telefon tut (Thomas Hansjakob, a.a.O., Rz. 1637). Ziel der Revision des BÜPF war es, nicht mehr, sondern besser überwachen zu können. Da im Bereich der Telekommunikation in den letzten Jahren grosse technologische Fortschritte erzielt worden waren, sollten Instrumente bereitgestellt werden, um auch strafbare Handlungen, die unter Verwendung solcher neuen Technologien begangen worden sind, aufklären zu können (Botschaft vom 27. Februar 2013 zum BÜPF, BBl 2013 2685). Wie bereits erwähnt (vgl. vorstehend E. 3.3.3), wurde in diesem Sinne der Auskunftstyp nach Art. 38 VÜPF mit den Revisionen der BÜPF und VÜPF neu eingeführt. Dadurch soll die Benutzerschaft bzw. derjenige, der eine strafbare Handlung über das Internet begangen hat, nicht nur bei eindeutig zugeteilten IP-Adressen (Auskunftstyp gemäss Art. 37 VÜPF) identifiziert werden können, sondern auch bei Verwendung der ab etwa 2014 neu eingesetzten NAT-Technologie (vgl. Thomas Hansjakob, a.a.O., Rz. 201), bei welcher die IP-Adressen nicht mehr eindeutig zugeteilt sind. Mit Art. 38 VÜPF sollte insofern eine aufgrund der technologischen Entwicklung entstandene Lücke geschlossen werden. Straftäter sollen nicht aufgrund der Verwendung neuer Technologien unerkannt bleiben können. Ziel war es also, die Täterschaft unabhängig von der verwendeten Technologie in gleicher Weise identifizieren zu können. Bei statischen IP-Adressen, die einem Rechner fest zugewiesen sind, kann die Benutzerschaft ohne Weiteres unter Angabe eines beliebigen Zeitpunkts durch die FDA identifiziert werden. Dasselbe muss für die eindeutig zugeteilten dynamischen IP-Adressen gelten, bei welchen wie bei den statischen IP-Adressen zu einem beliebigen Zeitpunkt maximal ein Teilnehmender mit dieser Adresse im Internet auftritt (vgl. vorstehend E. 3.3.2). Beide Arten eindeutig zugeteilter IP-Adressen werden denn auch in gleicher Weise vom Auskunftstyp nach Art. 37 VÜPF erfasst, wobei in Bezug auf die im Gesuch zu machenden Angaben kein Unterschied besteht. Das spricht dafür, dass die Benutzerschaft auch bei Verwendung einer nicht eindeutig zugeteilten IP-Adresse mit Angabe eines beliebigen Zeitpunkts, in welchem er im Internet auftritt, durch die FDA identifiziert werden können muss und nicht nur mit Angabe des Beginns einer TCP-Session (oder eines anderen Verbindungstyps). Andernfalls könnte ein Teil strafbarer Handlungen nicht in gleicher Weise aufgeklärt werden wie dies bei der Verwendung einer eindeutig zugeteilten IP-Adresse der Fall wäre und Straftäter könnten unerkannt bleiben. In Bezug auf den im Auskunftsgesuch anzugebenden Zeitpunkt ist der Wortlaut von Art. 38 Abs. 2 Bst. f VÜPF denn auch in allen drei Sprachfassungen identisch

mit dem Wortlaut von Art. 37 Abs. 2 Bst. b VÜPF.

E. 4.4.2.3

Geht es um die Aufklärung von Straftaten, steht selbstredend die strafbare Handlung im Zentrum. Es stellt sich für die Strafverfolgungsbehörden die Frage, wer die strafbare Handlung über das Internet begangen hat. Dabei interessiert gerade der Zeitpunkt der Tatbegehung, welcher unbestritten vom Zeitpunkt des Beginns einer TCP-Session abweichen kann. Es ist daher mit Blick auf diesen Zweck bzw. das öffentliche Interesse, nämlich die Aufklärung von Straftaten, nicht leicht ersichtlich, weshalb im Auskunftsgesuch als einziger relevanter Zeitpunkt zur Identifizierung der Benutzerschaft der Zeitpunkt des Beginns der TCP-Session anzugeben wäre, ohne dass dies explizit so in Art. 38 VÜPF erwähnt wird. Vielmehr spricht der Zweck der Norm dafür, dass der Zeitpunkt der strafbaren Handlung, welcher grundsätzlich ein beliebiger sein kann, anzugeben ist.

E. 4.4.2.4

Im ErlB VÜPF wird zum im Gesuch anzugebenden Zeitpunkt zunächst festgehalten, dass statt eines fixen Zeitpunkts auch ein Zeitintervall angegeben werden könne, insbesondere um mögliche Ungenauigkeiten der Systemuhren zu kompensieren. Die Zeitangabe müsse hinreichend genau und das Zeitintervall möglichst kurz sein, um falsch-positive Treffer zu vermeiden (ErlB VÜPF, S. 43). Grund hierfür ist der hochdynamische Ablauf des NAT, bei welchem die Quell-Portnummern und die übersetzten Portnummern zyklisch wieder frei gegeben und neu zugeteilt werden. Dies führt dazu, dass bereits kleine Ungenauigkeiten bei der Zeitangabe falsch-positive Ergebnisse zur Folge haben können oder dass die Suche ergebnislos verlaufen kann. Um dies zu vermeiden, werden möglichst vollständige und präzise Angaben benötigt (vgl. ErlB VÜP, S. 44). Daraus lässt sich für die vorliegend relevante Fragestellung allerdings nichts ableiten. Es kann aber festgehalten werden, dass - wie die Vorinstanz vorbringt - sich die Strafverfolgungsbehörden bewusst sein müssen, dass es beim Auskunftstyp nach Art. 38 VÜPF durchaus möglich ist, dass es zu keinem Ergebnis kommt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn nicht alle erforderlichen Parameter in der Anfrage angegeben werden. Häufig speichern die Zielserver nämlich keine Quell-Portnummern und keine exakten Zeitstempel (vgl. ErlB VÜPF, S. 44).

E. 4.4.2.5

Des Weiteren wird im ErlB VÜPF das Vorgehen bei einer Auskunft nach Art. 38 VÜPF zur Veranschaulichung beispielhaft anhand eines Benutzerkontos näher dargelegt. Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung bestehe nämlich ein häufiges Szenario in der Ermittlung der Benutzerschaft, die sich in ein bestimmtes E-Mail-Konto eingeloggt habe. Nach den Ausführungen im ErlB VÜPF sei in einem ersten Schritt, welcher nicht Teil des Auskunftstyps sei, die IP-History für das gesuchte Benutzerkonto bei der Betreiberin des Internet-Dienstes (z.B. Blog-Betreiber, Webmail oder soziales Netzwerk) zu beschaffen, um die Verbindungsdetails der fraglichen "Login-Ereignisse" zu bestimmen. Als Resultat erhalte die Strafverfolgungsbehörde ein Verbindungsprotokoll mit allen Angaben zur Bestimmung der Internetzugänge, von wo aus die Zugriffe auf das gesuchte Benutzerkonto erfolgt seien. In einem zweiten Schritt sei dann ein Auskunftsgesuch an die Internetzugangsanbieterin mit Angabe der Verbindungsdetails eines konkreten "Login-Ereignisses", das im ersten Schritt bestimmt worden sei, zu stellen, um den Teilnehmenden zu identifizieren. Anhand der Angaben im Auskunftsgesuch suche

die Zugangsanbieterin in den bei ihr gespeicherten NAT-Übersetzungsdaten die private IP-Adresse und Portnummer, die dem gesuchten Teilnehmenden "zum gesuchten Zeitpunkt" zugeordnet gewesen seien. Schliesslich sei in einem dritten Schritt, welcher wiederum nicht Teil des Auskunftstyps sei, ein weiteres Auskunftsgesuch (IR_4_NA) zu stellen, um anhand des im zweiten Schritt gefundenen Teilnehmer- bzw. Dienstidentifikators die entsprechenden Personendaten des Teilnehmenden abzufragen (ErlB VÜPF, S. 43 f.). Diesen und auch den weiteren Ausführungen im ErlB VÜPF lässt sich nicht entnehmen, dass im Auskunftsgesuch als Zeitpunkt der Beginn der TCP-Session (oder eines anderen Verbindungstyps) anzugeben wäre. An keiner Stelle ist vom Beginn einer Verbindung als relevanten Zeitpunkt die Rede. Abgesehen davon, dass in Bezug auf den Wortlaut der Gesetzestext massgebend ist und nicht die in den Materialien verwendeten Formulierungen, sprechen sowohl die deutsche als auch die italienische Fassung des ErlB VÜPF von "Login-Ereignissen" bzw. von "connessione del login", womit der Zugriff auf das Benutzerkonto gemeint ist. Es ist unbestritten, dass dieser Zeitpunkt nicht mit dem Beginn einer TCP-Session übereinstimmen muss. Sodann wird auch in beiden Fassungen vom "gesuchten Zeitpunkt" bzw. vom "momento ricercato" gesprochen, was wiederum darauf schliessen lässt, dass der relevante Zeitpunkt von der ersuchenden Behörde im Auskunftsgesuch definiert wird. Die Vorinstanz erachtet die französische Fassung des ErlB VÜPF für genauer. Diese spreche nicht von "Login-Ereignissen", sondern von "événements de connexion". Entgegen der Ansicht der Vorinstanz kann daraus aber nicht geschlossen werden, dass gemäss dieser Fassung als relevanter Zeitpunkt tatsächlich das erste Verbindungsereignis einer Session gelten soll. Einerseits ist die Bezeichnung "événements de connexion" diesbezüglich keinesfalls eindeutig. Sodann wird in der französischen Fassung bei der Aufführung der einzelnen Angaben gemäss Art. 38 Abs. 2 VÜPF bei Bst. f vom "moment de la traduction" gesprochen (vgl. ErlB VÜPF, S. 41 der französischen Fassung). Wie bereits dargelegt (vgl. vorstehend E. 3.3.3), muss die Adressübersetzung für jedes eingehende und ausgehende Datenpaket durchgeführt werden. Eine Übersetzung erfolgt somit nicht nur zu Beginn einer TCP-Session, sondern bei allen ein- und ausgehenden Datenpaketen während einer TCP-Session. Insgesamt kann auch dem ErlB VÜPF nicht entnommen werden, dass im Auskunftsgesuch der Beginn einer TCP-Session (oder eines anderen Verbindungstyps) angegeben werden müsste bzw. eine FDA die Benutzerschaft nur für den Zeitpunkt des Beginns einer TCP-Session identifizieren können müsste. Vielmehr sprechen die Ausführungen im ErlB VÜPF dafür, dass eine FDA in der Lage sein muss, die Benutzerschaft zu jedem Zeitpunkt, für welchen die Angaben gemäss Art. 38 Abs. 2 VÜPF vorhanden sind, identifizieren zu können.

E. 4.4.2.6

Zusammengefasst ergibt sich, dass auch die historisch-teleologische Auslegung für die Ansicht der Beschwerdeführerin spricht.

E. 4.4.3.1

Aus der systematischen Stellung von Art. 38 VÜPF im 4. Abschnitt "Auskunftstypen für Netzzugangsdienste" des 3. Kapitels "Fernmeldeverkehr" der Verordnung lässt sich für die vorliegend relevante Fragestellung nichts ableiten. Es wurde sodann bereits ausgeführt, dass der Benutzer einer eindeutig zugeteilten IP-Adresse (Auskunftstyp gemäss Art. 37 VÜPF) unter Angabe eines beliebigen Zeitpunkts, in welchem er mit dieser Adresse im Internet auftritt, durch die FDA identifiziert werden können muss. Berücksichtigt man, dass der Auskunftstyp nach Art. 38 VÜPF neu eingeführt wurde, um in Ergänzung des

Auskunftstyps nach Art. 37 VÜPF aufgrund der technologischen Entwicklung entstandene Lücken zu schliessen, so spricht dieser Umstand in systematischer Hinsicht dafür, dass dies in gleicher Weise auch bei Verwendung einer nicht eindeutig zugeteilten IP-Adresse gelten muss (vgl. vorstehend E. 4.4.2.2). Das Verhältnis von Art. 38 VÜPF zu Art. 37 VÜPF spricht somit für die Ansicht der Beschwerdeführerin.

E. 4.4.3.2

Die Beschwerdeführerin beruft sich im Rahmen der systematischen Auslegung auf verschiedene weitere Bestimmungen in der VÜPF sowie auf die Verordnung über die Gebühren und Entschädigungen für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 15. November 2017 (GebV-ÜPF, SR 780.115.1). Wie es sich damit verhält, kann jedoch offengelassen werden. Die Vorinstanz beschränkt sich auf die Bestreitung der von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Argumente, legt ihrerseits aber weder in der angefochtenen Verfügung noch in den Rechtsschriften dar, inwiefern aus der systematischen Auslegung etwas für ihren eigenen Standpunkt abzuleiten wäre. Dies ist für das Bundesverwaltungsgericht denn auch nicht ersichtlich. Selbst wenn also der Vorinstanz folgend die Argumentationen der Beschwerdeführerin zurückzuweisen wären, so vermöchte dies nach dem zuvor Ausgeführten nichts daran zu ändern, dass nebst der grammatikalischen und historisch-teleologischen auch die systematische Auslegung für die Ansicht der Beschwerdeführerin spricht.

E. 4.4.4

Insgesamt ergibt die Auslegung, dass der relevante Zeitpunkt, für welchen die FDA Auskunft zu erteilen haben, durch die anfragende Behörde in ihrem Auskunftsgesuch definiert wird und die FDA in der Lage sein müssen, die Benutzerschaft zu jedem Zeitpunkt, für welchen die übrigen Angaben gemäss Art. 38 Abs. 2 VÜPF vorhanden sind, identifizieren zu können. Davon scheint auch die Lehre auszugehen, ohne sich allerdings mit dieser Frage näher auseinanderzusetzen. So führt Thomas Hansjakob zu Art. 22 BÜPF aus, dass bei der Verwendung von dynamischen IP-Adressen von der FDA, welche die Zuteilung jeder IP-Adresse an die Kunden "zu jedem Zeitpunkt" in einer Datenbank protokolliert, ermittelt werden müsse, wer "zu einem bestimmten Zeitpunkt" mit einer bestimmten IP-Adresse unterwegs gewesen sei. Die FDA seien verpflichtet, alle Angaben zu liefern, welche die Identifikation der Täterschaft ermögliche. Sie müssten diejenigen Daten liefern, über welche sie verfügten. Das werde in der Regel eine IP-Adresse sein, allenfalls die zusätzliche Angabe darüber, wem diese IP-Adresse "zu einem bestimmten Zeitpunkt" zugeteilt gewesen sei (vgl. Thomas Hansjakob, a.a.O., Rz. 1638 und 1643). Dabei unterscheidet Thomas Hansjakob nicht zwischen eindeutig und nicht eindeutig zugeteilten dynamischen IP-Adressen, obwohl ihm diese Unterscheidung durchaus bewusst war (vgl. Thomas Hansjakob, a.a.O., Rz. 201). Seine Ausführungen scheinen sich insofern auf beide Arten zu beziehen. Damit erweist sich die Beschwerde in diesem Streitpunkt als begründet.

E. 4.5

Was sodann die strittige Frage des Zeitpunkts der Datenspeicherung anbelangt, so ist Folgendes festzuhalten.

E. 4.5.1

Aus dem Umstand, dass die FDA die Identifikation der Benutzerschaft für jeden Zeitpunkt vornehmen können müssen, kann entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht

gefolgert werden, dass die FDA verpflichtet wären, die relevanten Randdaten zur Identifikation zwingend für jedes TCP-Datenpaket bzw. für jeden Zeitpunkt zu speichern. Zwar wäre dies die logische Folge, wenn es sich in technischer Hinsicht entsprechend den Vorbringen der Beschwerdeführerin so verhalten würde, dass sich die NAT-Übersetzung bei jedem TCP-Datenpaket ändert. Entscheidend ist jedoch, dass weder das BÜPF noch die VÜPF den FDA in Bezug auf den Überwachungstyp nach Art. 38 VÜPF vorschreiben, zu welchem Zeitpunkt sie welche Daten und in welchem Umfang zu speichern haben. Art. 21 Abs. 2 VÜPF bestimmt lediglich, dass die FDA die Randdaten über die Zuteilung und Übersetzung von IP-Adressen und Portnummern während sechs Monaten aufzubewahren und zu liefern haben, "um die Auskünfte gemäss den Artikeln 37, 38 und 39 erteilen zu können". Vorgeschrieben wird damit nur das Ziel, nämlich die Auskunftserteilung zum Zweck der Identifikation, nicht aber der (detaillierte) Weg. Es ist den FDA überlassen, wie sie sicherstellen, dass sie die Auskünfte nach Art. 38 VÜPF erteilen können. Dies erscheint in Anbetracht der technischen Komplexität und Möglichkeiten (vgl. z.B. die Differenz zwischen deterministischen und nicht deterministischen NAT-Verfahren in E. 3.3.3) sachgerecht. Für eine Anordnung, wie sie die Beschwerdeführerin in ihren Rechtsbegehren verlangt, besteht somit keine Rechtsgrundlage, weshalb die Beschwerde insoweit abzuweisen ist. Allerdings kann auch nicht gesagt werden, dass eine FDA mit der Speicherung der Randdaten zu Beginn einer TCP-Session bereits ihre Pflichten erfüllt hätte, selbst wenn in Übereinstimmung mit den Vorbringen der Vorinstanz die NAT-Übersetzung während einer TCP-Session für jedes Datenpaket dieselbe bleibt. Massgebend ist einzig, dass die FDA in der Lage sein müssen, die Benutzerschaft zu jedem verlangten Zeitpunkt zu identifizieren und die Angaben gemäss Art. 38 Abs. 1 VÜPF zu liefern, sofern ihr die ersuchende Behörde die Angaben gemäss Art. 38 Abs. 2 VÜPF für diesen Zeitpunkt bekannt gibt. Im Ergebnis bleibt deshalb festzustellen, dass betreffend den Auskunftstyp IR_8_IP (NAT) nach Art. 38 VÜPF eine FDA die Randdaten über die Zuteilung und Übersetzung von IP-Adressen und Portnummern (vgl. Art. 21 Abs. 2 Bst. b VÜPF) in einer Weise zu speichern hat, die es ihr ermöglicht, die Benutzerschaft zu jedem verlangten Zeitpunkt zu identifizieren und die Angaben gemäss Art. 38 Abs. 1 VÜPF zu liefern, sofern ihr die ersuchende Behörde die Angaben gemäss Art. 38 Abs. 2 VÜPF für den gesuchten Zeitpunkt bekannt gibt.

E. 4.5.2

Bei diesem Ergebnis erweisen sich auch die weiteren Einwände der Vorinstanz als unbegründet. So wird nach dem Ausgeführten von den FDA nicht verlangt, den Datenstrom zu analysieren oder Inhaltsdaten zu speichern. Die FDA haben einzig gestützt auf Art. 21 Abs. 2 VÜPF die Randdaten über die Zuteilung und Übersetzung von IP-Adressen und Portnummern in einer Weise zu speichern, die es ihnen mit ihrem Suchsystem ermöglicht, die Benutzerschaft auch bei Anwendung der NAT-Technologie zu einem von den Strafverfolgungsbehörden verlangten Zeitpunkt - sofern für diesen die übrigen Angaben nach Art. 38 Abs. 2 VÜPF bekannt gegeben werden - zu identifizieren. Es kann deshalb weder von einer fehlenden gesetzlichen Grundlage noch von einer Überwälzung neuer Pflichten oder einer Erweiterung der Überwachungsmöglichkeiten die Rede sein. Auch kann der damit verbundene Aufwand für die FDA nicht als unverhältnismässig angesehen werden. Der Gesetzgeber verlangt von den FDA, dass sie alles in ihrer Macht Stehende unternehmen, um die Identifikation von Straftätern zu ermöglichen (vgl. Botschaft vom 27. Februar 2013 zum BÜPF, BBl 2013 2736). Die erwähnten Pflichten wurden denn auch explizit gesetzlich verankert. Dabei war man sich bewusst, dass die FDA erhebliche

Datenmengen speichern und die Effizienz ihrer Suchvorgänge sicherstellen müssen (ErlB VÜPF, S. 44).

E. 5

Zusammengefasst ergibt sich, dass die Beschwerde im Sinne der Erwägungen teilweise gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben ist. Es ist festzustellen, dass betreffend den Auskunftstyp IR_8_IP (NAT) nach Art. 38 VÜPF eine FDA die Randdaten über die Zuteilung und Übersetzung von IP-Adressen und Portnummern in einer Weise zu speichern hat, die es ihr ermöglicht, die Benutzerschaft zu jedem verlangten Zeitpunkt zu identifizieren und die Angaben gemäss Art. 38 Abs. 1 VÜPF zu liefern, sofern ihr die ersuchende Behörde die Angaben gemäss Art. 38 Abs. 2 VÜPF für den gesuchten Zeitpunkt bekannt gibt. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen. Ebenfalls abzuweisen ist der prozessuale Antrag der Vorinstanz auf Durchführung einer mündlichen Befragung zur Erläuterung des technischen Sachverhalts.

E. 6

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden.

E. 6.1

Die Verfahrenskosten hat in der Regel die unterliegende Partei zu tragen; unterliegt sie nur teilweise, so werden sie ermässigt. Ausnahmsweise können sie erlassen werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Keine Verfahrenskosten werden Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden auferlegt; anderen als Bundesbehörden, die Beschwerde führen und unterliegen, werden Verfahrenskosten auferlegt, soweit sich der Streit um vermögensrechtliche Interessen von Körperschaften oder autonomen Anstalten dreht (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Dem Verfahrensausgang entsprechend gilt die Beschwerdeführerin als teilweise unterliegend und hätte daher grundsätzlich einen Teil der Verfahrenskosten zu tragen. Da es sich bei ihr jedoch um eine kantonale Behörde handelt und die vorliegende Streitigkeit keine vermögensrechtlichen Interessen betrifft, sind ihr keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Der von ihr bezahlte Kostenvorschuss von Fr. 2'000.- ist ihr daher nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten. Die Vorinstanz als Bundesbehörde hat ebenfalls keine Verfahrenskosten zu tragen.

E. 6.2

Keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben Bundesbehörden und, in der Regel, andere Behörden, die als Parteien auftreten (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Diese fehlende Anspruchsberechtigung stellt das zwingende Korrelat zur fehlenden Kostenpflicht dar (Art. 63 Abs. 2 VwVG; vgl. Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 4.66). Entsprechend haben weder die Vorinstanz noch die Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung.

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