

BVGer A-8284/2010 vom 21. Juni 2011

Bundesverwaltungsgericht, 2011-06-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-8284_2010

FR: TAF A-8284/2010 du 21 juin 2011

IT: TAF A-8284/2010 del 21 giugno 2011

Regeste

Post- und Fernmeldeüberwachung

Erwägungen

E. 1.1

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern sie von Behörden erlassen wurden, die gemäss Art. 33 VGG als Vorinstanzen gelten und überdies keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Der Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr ist gemäss Art. 3 Abs. 1 der Verordnung vom 31. Oktober 2001 über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (VÜPF, SR 780.11) administrativ dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement zugeordnet und damit eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG.

E. 1.2

Die Vorinstanz wirft die Frage auf, ob die Ausnahme nach Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG gegeben sei und es sich der Sache nach um eine Verfügung auf dem Gebiet der inneren und äusseren Sicherheit des Landes handle. In der Botschaft zum VGG wurde zu dieser Ausnahme ausgeführt, dass es sich hierbei um Anordnungen mit vorwiegend politischem Charakter handle, die sich für eine richterliche Überprüfung nicht eigneten (BBI 2001 4387). Die Bestimmung entspricht im Übrigen Art. 83 Bst. a des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) und korrespondiert mit Art. 72 Bst. a VwVG. Es handelt sich hierbei um Massnahmen zum Schutz des staatlichen Bestandes und der verfassungsmässigen Ordnung (Leber Marino, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich 2008, Rz. 6 zu Art. 72). Die angefochtene Verfügung stützt sich auf das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF, SR 780.1) und nicht etwa auf das Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS, SR 120). Nach den Ausführungen der Vorinstanz liegt der Verfügung eine Strafuntersuchung im Bereich der Betäubungsmittelkriminalität zu Grunde. Auch wenn es sich dabei um schwere und zumeist organisierte Kriminalität handelt, betrifft diese nicht ohne Weiteres die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz. Die Beigeladene hat denn auch nicht geltend gemacht, dass es sich um ein die innere oder äussere Sicherheit des Landes betreffendes Strafverfahren handle. Die in der Verfügung angeordnete Massnahme lässt zudem keinen politischen Charakter oder fehlende Justiziabilität erkennen. Art. 32 VÜPF sieht denn auch die Beschwerde gegen Verfügungen der Vorinstanz über den Vollzug der Verordnung nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege ausdrücklich vor. Unter Würdigung all dieser Umstände ist eine

Ausnahme nach Art. 32 VGG zu verneinen.

E. 1.3

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer durch die angefochtene Verfügung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung hat. Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der Verfügung, wird durch diese zu einem Tun verpflichtet und damit beschwert. Aufgrund der Vorbringen der Parteien ist nicht die (strafprozessuale) Zulässigkeit der Überwachung Streitgegenstand - zu deren Beurteilung die Strafverfolgungsbehörden zuständig wären (vgl. Art. 10 Abs. 5 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [BÜPF, SR 780.1]) - sondern die der Beschwerdeführerin auferlegten Pflichten. Wie im Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2335/2008 vom 10. März 2009 E. 3.3.2 festgehalten worden ist, kann eine Anbieterin von Fernmeldediensten in ihrer Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht geltend machen, eine bestimmte Art der Überwachung fordere von ihr Kenntnisse und technische Mittel, über die sie nicht verfüge. Sie kann sich dagegen wehren, sich solche Kenntnisse und Mittel aneignen zu müssen und sehr hohe Investitionen für eine bestimmte Art der Überwachung des Fernmeldeverkehrs zu tätigen, sofern diese Art der Überwachung - unabhängig von einem konkreten Anwendungsfall - nicht rechtmässig ist. Ebenso kann eine unverhältnismässige Umsetzungsfrist gerügt werden (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2335/2008 vom 10. März 2009 E. 11). Die Beschwerdebefugnis der Beschwerdeführerin ist daher zu bejahen.

E. 1.4

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 und Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

E. 2.1

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet mit voller Kognition. Es überprüft auf entsprechende Rüge hin die angefochtene Verfügung auf Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauchs des Ermessens, die Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Angemessenheit der angefochtenen Verfügung (Art. 49 VwVG). Es auferlegt sich allerdings dann eine gewisse Zurückhaltung, wenn es um die Beurteilung von technischen Fragen geht, in denen die Vorinstanz oder ein beigezogenes Fachamt über ein besonderes Fachwissen verfügt, das dem Bundesverwaltungsgericht nicht zur Verfügung steht. Dagegen prüft es frei und uneingeschränkt, ob die Vorinstanz den Sachverhalt korrekt festgestellt, die für den Entscheid wesentlichen Punkte geprüft, die erforderlichen Abklärungen sorgfältig und umfassend vorgenommen hat sich dabei von sachkonformen Erwägungen hat leiten lassen (vgl. BGE 133 II 35 E. 3; BGE 125 II 591 E. 8a; vgl. auch Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-954/2009 vom 1. Juli 2010 E. 13.1; siehe auch André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, S. 74 ff. Rz. 2.154 ff.; Ulrich Häfelin/ Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. Zürich/St. Gallen 2010 Rz. 446c f.).

E. 2.2

Das BÜPF wurde mit der Einführung der eidgenössischen Strafprozessordnung auf den 1. Januar 2011 revidiert. Diejenigen Bestimmungen, die im vorliegenden Fall entscheidungswesentlich sind, sind von dieser Revision nicht betroffen, weshalb sich insofern keine intertemporalrechtlichen Fragen stellen.

E. 3

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, die angefochtene Verfügung stütze sich auf eine nicht existierende Grundlage. Die technischen Richtlinien und deren Annex G, auf die sich die Verfügung stütze, seien nicht publiziert und damit auch nicht in Kraft getreten und für die Beschwerdeführerin nicht verbindlich.

E. 3.1

Die Vorinstanz macht demgegenüber geltend, Annex G sei keine gesetzliche Grundlage sondern der Anhang einer Richtlinie. Richtlinien fielen nicht unter die Regelungen des Publikationsgesetzes und müssten daher nicht in der Amtlichen Sammlung oder dem Bundesblatt veröffentlicht werden.

E. 3.2

Die Veröffentlichungen des Bundesrechts regelt das Bundesgesetz vom 18. Juni 2004 über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt (Publikationsgesetz, PublG, SR 170.512). Gemäss Art. 2 Bst. e PublG werden in der Amtlichen Sammlung die übrigen rechtsetzenden Erlasse der Bundesbehörden sowie von Organisationen und Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts, die mit Verwaltungsaufgaben betraut sind, jedoch nicht der Bundesverwaltung angehören, veröffentlicht. Erst mit der Veröffentlichung verpflichten diese Texte die Adressaten (Art. 8 PublG). In der Botschaft des Bundesrates vom 22. Oktober 2003 wird zu Art. 2 Bst. e PublG ausgeführt, dass unter die «übrigen rechtsetzenden Erlasse der Bundesbehörden» die Verordnungen der Departemente, Gruppen und Ämter (Art. 48 des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 [RVOG, SR 172.010]), die Reglemente des Parlaments und seiner Kommissionen sowie die Erlasse der eidgenössischen Gerichte fallen. Reglemente ausserparlamentarischer Kommissionen (z. B. Organisationserlasse von Behördenkommissionen) oder anderer Stellen der dezentralen Verwaltung fallen ebenfalls unter diese Bestimmung, sofern sie rechtsetzender Natur sind (BBl 2003 7722). Die technischen Richtlinien sind demzufolge nur dann zu publizieren, wenn sie unter die Texte im Sinne von Art. 2 Bst. e PublG fallen, also rechtsetzender Natur sind. Als rechtsetzend gelten gemäss Art. 22 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung (Parlamentsgesetz, ParlG, SR 171.10) diejenigen Bestimmungen, die in unmittelbar verbindlicher und generell-abstrakter Weise Pflichten auferlegen, Rechte verleihen oder Zuständigkeiten festlegen (vgl. auch Giovanni Biaggini, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Kommentar, Zürich 2007, N. 5 zu Art. 163 BV). Die Regelungskompetenzen auf dem Gebiet der Fernmeldeüberwachung sind wie folgt ausgestaltet: Der Gesetzgeber hat in Art. 15 Abs. 1 BÜPF die Anbieterinnen von Fernmeldediensten (FDA) unter anderem verpflichtet, dem Dienst ÜPF auf Verlangen den Fernmeldeverkehr der überwachten Person zuzuleiten. Gemäss Art. 15 Abs. 6 und Art. 17 BÜPF bestimmt der Bundesrat die Einzelheiten der Pflichten der FDA und erlässt die Vollzugsvorschriften. Gestützt darauf hat der Bundesrat die VÜPF erlassen. Diese legt für die Fernmeldeüberwachung mit Ausnahme von Internet (Art. 16 VÜPF) sowie für die Überwachung der Internet-Zugänge (Art. 24 VÜPF) die einzelnen Überwachungstypen fest, zu deren Ausführung die FDA gemäss Art. 18 bzw. Art. 26 VÜPF verpflichtet sind. Die Vorinstanz hat gemäss Art. 13 Abs. 1 Bst. b BÜPF die Aufgabe, die FDA anzuweisen, die für die Überwachung notwendigen Massnahmen zu treffen. Sie bestimmt gemäss Art. 25 Abs. 1 VÜPF im Einzelfall die technischen und organisatorischen Massnahmen und regelt gemäss Art. 33 Abs. 1bis VÜPF durch Richtlinien die technischen und administrativen

Einzelheiten der einzelnen Überwachungstypen. Streitig ist eine Richtlinie bzw. deren Anhang für die Überwachung des Internetverkehrs, der über einen Breitband-Anschluss des Festnetzes abgewickelt wird. Demnach sind die Bestimmungen des 6. Abschnitts der VÜPF betreffend die Überwachung der Internetzugänge anwendbar. Die Vorinstanz beruft sich denn auch in ihrer Verfügung auf Art. 25 Abs. 5 VÜPF, der sich im 6. Abschnitt befindet. Im Bereich der Internet-Zugänge beschränkt sich die erlassene Regelung jedoch im Wesentlichen auf verschiedene Überwachungsarten des E-Mail-Verkehrs. Art. 24 VÜPF enthält damit die momentan möglichen Überwachungstypen (vgl. auch Einleitungssatz von Art. 24 VÜPF "Folgende Überwachungstypen können angeordnet werden" und Thomas Hansjakob, BÜPF / VÜPF, Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, St. Gallen 2002, S. 338). Es ist unbestritten, dass sich die verfügte Überwachungsart, der über einen Breitband-Anschluss abgewickelte Internetverkehr, keinem der in Art. 24 VÜPF aufgezählten Überwachungstypen zuordnen lässt. Damit entfällt jedoch auch die Zuständigkeit der Vorinstanz zum Erlass von Richtlinien, beschränkt sich diese doch nach dem in allen sprachlichen Fassungen klaren Wortlaut von Art. 33 Abs. 1bis VÜPF auf die einzelnen Überwachungstypen: "Der Dienst regelt durch Richtlinien die technischen und administrativen Einzelheiten der einzelnen Überwachungstypen", "Le service règle dans des directives les détails techniques et administratifs relatifs à la mise en oeuvre de chaque type de surveillance" bzw. "Il Servizio disciplina per il tramite di direttive i dettagli tecnici e amministrativi dei singoli tipi di sorveglianza". Damit ergibt sich, dass die Vorinstanz zurzeit gar nicht zuständig ist, eine Richtlinie für die Überwachung des Internet-Verkehrs zu erlassen und eine rechtlich nicht genügend verankerte Pflicht der FDA zu konkretisieren. Die Frage der Publikationspflicht und des Inkrafttretens der Richtlinie und ihres Anhangs stellt sich damit nicht. Es ist somit festzustellen, dass mit der angefochtenen Verfügung der Beschwerdeführerin eine Pflicht auferlegt wird, nämlich die Durchführung eines Überwachungstyps, für den die vom Gesetzgeber verlangte Konkretisierung durch den Bundesrat fehlt. Dieser Verfügung fehlt mithin eine genügend konkretisierte Grundlage in einer Verordnung, weshalb sie nicht rechtmässig und aufzuheben ist.

E. 4

Da sich bereits die rechtliche Grundlage der angefochtenen Verfügung als ungenügend erweist, sind die übrigen Rügen dagegen nicht weiter zu prüfen. Zu Bemerkungen Anlass gibt jedoch die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz. Gemäss dieser könne subsidiär Verfassungsbeschwerde beim Schweizerischen Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern erhoben werden. Gemäss Art. 113 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) steht dieses Rechtsmittel nur gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen zur Verfügung. Die angefochtene Verfügung ist jedoch von einer Bundesbehörde erlassen worden, weshalb eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht erhoben werden kann. Überdies wäre ein solches Rechtsmittel in Fällen, in denen es zulässig ist, an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14 zu richten.

E. 5

Die Kosten des Verfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt, wobei Bundesbehörden als Vorinstanzen keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Bei diesem Ausgang des Verfahrens unterliegt die Vorinstanz. Es sind daher keine Verfahrenskosten zu erheben. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'000.- ist ihr

nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten.

E. 6

Der Vertreter der Beschwerdeführerin steht in einem Arbeitsverhältnis zu ihr. Gemäss Art. 9 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) steht ihr daher trotz Obsiegens keine Parteientschädigung zu. Zudem sind auch keine grösseren Auslagen ersichtlich, weshalb gemäss Art. 7 VGKE auch insofern von einer Parteikostenentschädigung abzusehen ist.

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