



Abteilung I
A-4867/2019

Urteil vom 10. Juni 2020

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),
Richterin Christine Ackermann,
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Gerichtsschreiber Marc Lichtensteiger.

Parteien

Init7 (Schweiz) AG,
Technoparkstrasse 5, 8406 Winterthur,
vertreten durch
Prof. Dr. Simon Schlauri,
Ronzani Schlauri Anwälte,

Beschwerdeführerin,

gegen

Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr (ÜPF),
Fellerstrasse 15, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Entschädigung für Beantwortung von Auskunftsanträgen.

Sachverhalt:**A.**

A.a Der Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr (nachfolgend: Dienst ÜPF) erteilte der Init7 (Schweiz) AG (nachfolgend: Init7 AG) am 19. April 2018 per E-Mail einen Auskunftsauftrag des Typs IR_7_IP gemäss Art. 37 der Verordnung vom 15. November 2017 über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (VÜPF, SR 780.11).

A.b Die Init7 AG teilte gleichentags dem Dienst ÜPF mit, dass gemäss neuer "Preisliste" die Entschädigung für einen Auskunftsauftrag des Typs IR_7_IP gemäss Art. 37 VÜPF nur noch Fr. 6.– (recte: Fr. 3.–) betrage. Ihre Kosten für die Bearbeitung seien jedoch viel höher, weshalb sie sich nicht mehr in der Lage sehe, die Fälle zeitnah zu erledigen. Sie werde deshalb die Fälle künftig sammeln und einmal pro Monat als Batch bearbeiten. Falls der Dienst ÜPF mit dem Vorgehen nicht einverstanden sei, möge er ihr eine anfechtbare Verfügung zustellen, damit sie gegen die neue "Preisliste" Beschwerde einreichen könne.

A.c Mit Verfügung vom 7. Mai 2018 des Dienstes ÜPF wurde die Init7 AG angewiesen, den am 19. April 2018 erteilten Auftrag des Typs IR_7_IP innerhalb von einem Tag nach Erhalt der Verfügung auszuführen sowie alle weiteren Aufträge in Zukunft gemäss den gesetzlich vorgegebenen Fristen zu bearbeiten.

A.d Gegen die Verfügung vom 7. Mai 2018 erhob die Init7 AG Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte, die Verfügung sei aufzuheben, eventualiter sei der Dienst ÜPF anzuweisen, pro Auskunftsauftrag zu dynamischen IP-Adressen (Typ IR_7_IP) eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 250.–, subeventualiter eine solche nach Zeitaufwand zuzusprechen.

A.e Mit Urteil A-3325/2018 vom 1. Juli 2019 trat das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde nicht ein, weil es der Beschwerdeführerin einerseits an einem aktuellen Rechtsschutzinteresse mangelte und andererseits ihre Beschwerdeanträge ausserhalb des Streitgegenstandes lagen.

B.

Am 25. April 2018 reichte die Init7 AG beim Dienst ÜPF ein Gesuch um Einstufung als Anbieterin von Fernmeldediensten (FDA) mit reduzierten Überwachungspflichten gemäss Art. 51 VÜPF ein. Mit Verfügung des

Dienstes ÜPF vom 4. Mai 2018 wurde die Init7 AG als FDA mit reduzierten Überwachungspflichten eingestuft.

C.

In der Zeit zwischen April 2018 und Mai 2019 erteilte der Dienst ÜPF der Init7 AG per E-Mail eine Reihe von Auskunftsaufträgen des Typs IR_7_IP gemäss Art. 37 VÜPF.

D.

Mit Schreiben vom 26. Juli 2019 stellte die Init7 AG dem Dienst ÜPF für 69 Auskunftsaufträge eine Rechnung in der Höhe von Fr. 17'250.– (69 x Fr. 250.–). Zur Begründung des Rechnungsbetrags von Fr. 250.– pro Auftrag brachte sie vor, dass sie im Wesentlichen bestreite, dass die vom Dienst ÜPF zur Berechnung der Entschädigung angewendeten Rechtsgrundlagen der Verordnung vom 15. November 2017 über die Gebühren und Entschädigungen für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (GebV-ÜPF, SR 780.115.1) auf den vorliegenden Fall anwendbar seien. Für den Fall, dass der Dienst ÜPF die Bezahlung der Rechnung in der geltend gemachten Höhe ablehne, beantrage sie die Zustellung einer anfechtbaren Verfügung, welche die Höhe der für die fraglichen Aufträge zu bezahlende Entschädigung im Dispositiv festlegen soll.

E.

Am 22. August 2019 erliess der Dienst ÜPF folgende Verfügung:

- "1. Die Init7 Schweiz AG hat einen Anspruch auf eine Entschädigung von CHF 3.– für die Beantwortung einer Auskunftsanfrage des Typs IR_7_IP, sofern sie ihre Auskunftspflichten gemäss BÜPF und VÜPF erfüllt.
2. Die von der Init7 Schweiz AG am 26. Juli 2019 gestellte Rechnung (69 beantwortete Auskünfte à CHF 250.–, Total CHF 17'250.–) verstösst gegen die GebV-ÜPF und wird daher nicht akzeptiert.
3. Die Init7 Schweiz AG wird angewiesen, eine korrigierte und der GebV-ÜPF entsprechende Rechnung (69 beantwortete Auskünfte à CHF 3.–, Total CHF 207.–) dem Dienst ÜPF zuzustellen.
4. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben."

Zur Begründung führte der Dienst ÜPF aus, dass den Mitwirkungspflichtigen für einen Auskunftsauftrag des Typs IR_7_IP (Art. 37 VÜPF) gemäss Anhang der GebV-ÜPF eine Entschädigung von Fr. 3.– (inkl. allfällige Mehrwertsteuer) zustehe. Die von der Init7 AG geltend gemachte Forderung von Fr. 250.– pro Beantwortung einer Auskunftsanfrage des Typs

IR_7_IP würde nicht der in der Bundesratsverordnung festgelegten Entschädigung entsprechen und könne somit nicht akzeptiert werden.

F.

Gegen diese Verfügung des Dienstes ÜPF (nachfolgend: Vorinstanz) erhebt die Init7 AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 20. September 2019 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die Verfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, ihr pro Auskunftsauftrag zu dynamischen IP-Adressen (Typ IR_7_IP) eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 250.– zuzusprechen. Eventualiter sei die Verfügung aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, ihr pro Auskunftsauftrag zu dynamischen IP-Adressen (Typ IR_7_IP) eine Entschädigung nach Zeitaufwand zuzusprechen.

G.

In ihrer Vernehmlassung vom 27. November 2019 beantragt die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Im Weiteren geht sie auf die von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Punkte ein und weist diese zurück.

H.

Die Beschwerdeführerin hält in ihren Schlussbemerkungen vom 30. Januar 2020 an ihren Anträgen fest und macht einige ergänzende Bemerkungen.

I.

Auf die weitergehenden Ausführungen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit entscheiderelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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 (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-3325/2018 vom 1. Juli 2019 E. 1); eine Ausnahme im erwähnten Sinn liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 42 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 18. März 2016 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [BÜPF, SR 780.1], der für den Rechtsschutz auf die allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege verweist).

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

1.2 Zur Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht ist berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

Die Beschwerdeführerin ist Adressatin der angefochtenen Verfügung und mit ihrem Begehren im vorinstanzlichen Verfahren nicht durchgedrungen. Sie ist daher ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert.

1.3 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

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).

3.

Im Folgenden werden zunächst die einschlägigen Rechtsgrundlagen dargestellt.

3.1 Gemäss Art. 32 Abs. 1 BÜPF i.V.m. Art. 18 Abs. 1 VÜPF müssen die FDA jederzeit in der Lage sein, unter anderem Auskünfte des vorliegend

interessierenden Typs IR_7_IP nach Art. 37 VÜPF zu erteilen. Die Auskünfte haben grundsätzlich automatisiert über die Abfrageschnittstelle des Verarbeitungssystems der Vorinstanz zu erfolgen (Art. 18 Abs. 2 VÜPF). Die FDA mit reduzierten Überwachungspflichten gemäss Art. 51 VÜPF – wozu die Beschwerdeführerin gehört (vgl. Bst. B) – können die Auskünfte aller Typen auch ausserhalb des Verarbeitungssystems schriftlich erteilen (Art. 18 Abs. 3 VÜPF).

3.2 Art. 38 BÜPF sieht vor, dass die Kosten der Einrichtungen, die für die Erfüllung der Pflichten gemäss BÜPF – und somit auch für die Auskunftserteilung des Typs IR_7_IP nach Art. 37 VÜPF – benötigt werden, zulasten der Mitwirkungspflichtigen gehen (Abs. 1). Hingegen erhalten sie für die Kosten der einzelnen Überwachung von der Vorinstanz eine angemessene Entschädigung (Abs. 2). Die anordnende Behörde wiederum bezahlt der Vorinstanz eine Gesamtgebühr bestehend aus einer Gebühr für die Leistungen der Vorinstanz sowie der Entschädigung für die Leistungen der Mitwirkungspflichtigen (Abs. 3). Der Bundesrat setzt die Entschädigungen und die Gebühren fest (Abs. 4).

3.3 Gestützt auf Art. 38 Abs. 4 BÜPF erliess der Bundesrat die GebV-ÜPF (vgl. Ingress der GebV-ÜPF). Diese unterscheidet zwischen den Gebühren für die Dienstleistungen der Vorinstanz und den Entschädigungen an die Mitwirkungspflichtigen. Die Gebühren und Entschädigungen sind im Anhang der GebV-ÜPF aufgeführt. In allen Beträgen ist die allfällige Mehrwertsteuer enthalten (Art. 3 Abs. 1 GebV-ÜPF). Die Mitwirkungspflichtigen haben Anspruch auf eine Entschädigung, sofern sie ihre Auskunfts- und Überwachungspflichten gemäss BÜPF und VÜPF erfüllen (Art. 15 GebV-ÜPF). Für Dienstleistungen, für die keine Pauschale gilt, legt die Vorinstanz die Höhe der Entschädigungen im Einzelfall nach Zeitaufwand fest (Art. 17 Abs. 1 GebV-ÜPF). Bezüglich Auskunftsanfragen des Typs IR_7_IP gemäss Art. 37 VÜPF sieht der Anhang der GebV-ÜPF eine pauschale Entschädigung an die Mitwirkungspflichtigen von Fr. 3.– pro Auskunft vor.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde geltend, dass es sich in den vorliegend relevanten Auskunftsfällen um "dynamische" IP-Adressen handle, welche einem Kunden temporär zugeteilt würden. Dies habe für sie die Aufgabe wesentlich komplexer gemacht, als wenn es sich um "statische" IP-Adressen gehandelt hätte, welche einem Kunden fest zu-

geordnet seien und sich mit dem Zeitablauf nicht ändern würden. Der Aufwand zur Erfüllung eines Auskunftsauftrags des vorliegend interessierenden Typs IR_7_IP belaufe sich auf mindestens eine Stunde Arbeit (vorliegend konservativ geschätzt: 61 Minuten), was ihr Kosten von Fr. 250.– verursache. Eine Entschädigung von Fr. 3.– sei unter Berücksichtigung des notwendigen Zeitaufwands deshalb nicht angemessen.

Weiter führt sie aus, dass nach Art. 2 Abschnitt B der bis zum 28. Februar 2018 geltenden GebV-ÜPF (aGebV-ÜPF, AS 2004 2021) Auskunftsaufträge des Typs A 0.2 (alte Bezeichnung) für dynamische IP-Adressen denn auch mit der Summe von Fr. 250.–, Auskünfte über statisch zugeteilte IP-Adressen des Typs A 0.1 (alte Bezeichnung) mit 10 Franken entschädigt worden seien. Die am 1. März 2018 in Kraft getretene GebV-ÜPF habe diese Differenzierung unverständlicherweise aufgehoben. Der neue Preis von Fr. 3.– betrage dabei noch 1,2 Prozent der nach altem Recht für Auskünfte zu dynamischen IP-Adressen bezahlten Entschädigung von Fr. 250.–, obwohl ihr Aufwand für die Erbringung des Auskunftsauftrages mindestens gleichgeblieben sei. Die tieferen Entschädigungen in der GebV-ÜPF seien aus ihrer Sicht offensichtlich nicht "angemessen" im Sinne des von Art. 38 Abs. 2 BÜPF gesetzten Ordnungsrahmens. Weil sie durch das öffentliche Recht verpflichtet sei, die Überwachung durchzuführen, müsse aus ihrer Sicht selbstverständlich der ganze durch diese gesetzliche Verpflichtung bei ihr verursachte Aufwand entschädigt werden. Eine Entschädigung von nur Fr. 3.– pro Abfrage des Typs IR_7_IP decke die variablen Kosten der Provider für eine dynamische IP-Adresse offensichtlich nicht. Auch wenn eine pauschale Festsetzung der Entschädigung im Grundsatz zulässig sei und hierbei ein gewisser Ermessensspielraum im Sinne eines ausgleichenden Über- und Unterschliessens bestehe, lasse sich eine derart drastische Abweichung von den effektiven Kosten keinesfalls rechtfertigen. Es liege somit eine Ermessensüberschreitung des Bundesrats sowie eine Überschreitung des gesetzlichen Delegationsrahmens vor. Die entsprechende Verordnungsbestimmung dürfe nicht angewendet werden.

4.2 Die Vorinstanz vertritt demgegenüber den Standpunkt, dass Technologie und Arbeitsprozesse mittlerweile soweit fortgeschritten seien, dass es heute nicht mehr sinnvoll sei, zwischen Anfragen von statischen und dynamischen IP-Adressen zu unterscheiden. Zudem verursache eine Datenbankabfrage mit der heute zur Verfügung stehenden modernen Technologie nicht mehr den gleichen Aufwand wie noch vor einigen Jahren. Im Gegensatz zur Beschwerdeführerin komme sie nach eigener Einschätzung

auf einen maximalen Zeitaufwand von 37 Minuten. Dieser Aufwand verringere sich weiter durch den Anschluss an die Information Request Competent (IRC), für welchen die Beschwerdeführerin am 22. März 2019 die Login Daten erhalten habe. Dies bedeute für die Beschwerdeführerin eine weitere Reduktion des Aufwands, da sie sich für die Bearbeitung der Anfrage bloss einloggen müsse und eine separate Verschlüsselung dadurch entfalle. Der von ihr geltend gemachte Aufwand sei deshalb eindeutig zu hoch angesetzt.

Im Weiteren sei auch ein Stundenansatz von Fr. 250.– für die Bearbeitung einer einfachen Auskunftsanfrage, die in der Praxis zahlreich vorkomme, nicht plausibel und werde von der Beschwerdeführerin auch nicht weiter substantiiert. Die Beschwerdeführerin nehme fälschlicherweise an, dass die Entschädigung eine vollständige Abdeckung der Kosten bieten soll. Der Begriff "angemessen" in Art. 38 Abs. 2 BÜPF erlaube es jedoch, eine Entschädigung festzulegen, welche nicht die vollen Kosten der Mitwirkungspflichtigen decke und gleichzeitig auf die massgebenden Umstände im Einzelfall Rücksicht nehme, wobei eine Pauschalisierung hier nicht beanstandet werden könne, solange sie dem Verhältnismässigkeitsprinzip entspreche. Es liege nicht in der Verantwortung des Gesetzgebers (recte: Verordnungsgebers), bei der Festlegung der Entschädigung darauf zu achten, dass die Mitwirkungspflichtigen ihre Prozesse optimieren würden. Die Beantwortung der Auskunftsanfragen sei eine Pflicht und die Prozessoptimierung liege einzig in der Verantwortung der Mitwirkungspflichtigen. Der Bundesrat habe sich bei der Festlegung der Entschädigungen und Gebühren, insbesondere auch bei der in Frage stehenden Entschädigung von Fr. 3.–, an den vom Gesetz aufgestellten Ermessensspielraum gehalten. Er hätte aufgrund von Art. 23 Abs. 3 BÜPF sogar auf die Festsetzung einer Entschädigung verzichten können.

Schliesslich weist die Vorinstanz darauf hin, dass die Rechnung der Beschwerdeführerin vom 26. Juli 2019 auch Anfragetypen enthalte, welche nicht einer IR_7_IP Anfrage nach Art. 37 VÜPF entsprechen würden.

4.3 In ihren Schlussbemerkungen anerkennt die Beschwerdeführerin, dass sich unter den verrechneten Aufträgen nicht ausschliesslich Aufträge des Typs IR_7_IP (Auskunft über die Kundennummer bei eindeutig zugeteilten IP-Adressen mit Zeitstempel), sondern versehentlich auch Aufträge des Typs IR_4_NA (Auskünfte über Teilnehmende von Netzzugangsdiensten, basierend auf der Kundennummer) befinden würden. Zudem bestätigt sie, dass durch das im Verlauf des Jahres 2019 eingeführte neue System "IRC"

die Administration (Datenübermittlung an die Vorinstanz) etwas vereinfacht worden sei, was einer Zeitersparnis von 16 Minuten entspreche, woraus insgesamt immer noch ein Zeitaufwand von 45 Minuten pro Abfrage resultiere. Jedoch könne auch diese Einsparung von rund einem Viertel der Zeit die vom Bundesrat in der neuen GebV-ÜPF vorgenommene Senkung der Entschädigung um nahezu 99% niemals rechtfertigen, weshalb sie an ihren Anträgen festhalte.

5.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob sich der Bundesrat mit der im Anhang der GebV-ÜPF festgesetzten Entschädigung für eine Auskunft des Typs IR_7_IP in der Höhe von Fr. 3.– an den Rahmen der ihm in Art. 38 Abs. 2 BÜPF delegierten Kompetenz gehalten hat.

5.1

5.1.1 Das Bundesverwaltungsgericht kann eine Verordnungsbestimmung des Bundesrates auf Beschwerde hin vorfrageweise auf ihre Gesetz- und Verfassungsmässigkeit prüfen (konkrete Normenkontrolle). Der Umfang der Kognition hängt dabei davon ab, ob es sich um eine unselbständige oder aber um eine selbständige Verordnung handelt (ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2013, Rz. 2.177).

5.1.2 Bei unselbständigen Verordnungen, die sich – wie vorliegend die GebV-ÜPF (vgl. E. 3.3) – auf eine gesetzliche Delegation stützen (Art. 164 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]), prüft das Bundesverwaltungsgericht in erster Linie, ob sich der Bundesrat an die Grenzen der ihm im Gesetz eingeräumten Befugnisse gehalten hat. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Ermessensspielraum für die inhaltliche Ausgestaltung der unselbständigen Verordnung eingeräumt, so ist dieser Spielraum für die rechtsanwendenden Behörden verbindlich (Art. 190 BV). Das Bundesverwaltungsgericht darf in diesem Fall bei der Überprüfung der Verordnung nicht sein eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen des Bundesrates setzen, sondern hat seine Prüfung darauf zu beschränken, ob die Verordnung den Rahmen der dem Bundesrat im Gesetz delegierten Kompetenz offensichtlich sprengt oder aus anderen Gründen gesetz- oder verfassungswidrig ist (BGE 143 II 87 E. 4.4, BGE 141 II 169 E. 3.4; BVGE 2015/22 E. 4.2; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 2.177 ff.; je mit

weiteren Hinweisen). Dabei kann es namentlich prüfen, ob sich eine Verordnungsbestimmung auf ernsthafte Gründe stützt oder Art. 9 BV widerspricht, weil sie sinn- oder zwecklos ist, rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den tatsächlichen Verhältnissen fehlt, oder Unterscheidungen unterlässt, die richtigerweise hätten getroffen werden sollen. Die Zweckmässigkeit hat es hingegen nicht zu beurteilen (BGE 143 II 87 E. 4.4, BGE 140 II 194 E. 5.8; Urteile des BVGer A-688/2018 vom 1. Oktober 2018 E. 5.3, A-5647/2016 vom 6. September 2018 E. 4.1.3, A-1653/2017 vom 20. Februar 2018 E. 5.3).

5.1.3 Die vorfrageweise Feststellung einer Gesetz- oder Verfassungswidrigkeit führt indes nicht zur Aufhebung einer bundesrätlichen Verordnung, sondern zur Nichtanwendung der entsprechenden Bestimmung und zur Aufhebung der darauf gestützten Verfügung (BGE 107 Ib 243 E. 4b in fine, Urteil des Bundesgerichts 2C_735/729/2007 vom 25. Juni 2008 E. 4.2; Urteile des BVGer A-1225/2013 vom 27. März 2014 E. 1.2.4, A-3479/2012 vom 8. Januar 2013 E. 2.4).

5.2 Art. 38 BÜPF sieht in Abs. 2 wie erwähnt vor, dass die Mitwirkungspflichtigen von der Vorinstanz eine "angemessene Entschädigung für die Kosten der einzelnen Überwachung" erhalten. Er bringt damit bereits selbst zum Ausdruck, dass die Entschädigung in einem angemessenen Verhältnis zum verursachten Aufwand stehen muss. Dem Verhältnismässigkeitsprinzip ist somit bereits nach dem Wortlaut des Gesetzes Rechnung zu tragen (vgl. Urteil des BVGer A-5625/2016 vom 20. Dezember 2017 E. 9.3.2). Abs. 4 der Bestimmung ermächtigt den Bundesrat, die Entschädigungen festzusetzen. Somit besteht eine gesetzliche Delegation an den Bundesrat, die Höhe der Entschädigung im Rahmen von Art. 38 Abs. 2 BÜPF festzulegen.

5.3 Zunächst gilt es festzuhalten, dass Art. 23 Abs. 3 BÜPF, wonach der Bundesrat eine kostenlose Mitteilung der Daten vorsehen kann, lediglich auf sog. Abrufverfahren, bei welchen die Daten von den Behörden automatisch abgerufen werden können, Anwendung findet (vgl. Botschaft zum BÜPF, BBI 2013 2737). Entsprechend besteht für den Bundesrat – entgegen der Ansicht der Vorinstanz (vgl. E. 4.2) – keine Möglichkeit, auf die Festsetzung einer Entschädigung für die vorliegend interessierenden Auskünfte in der GebV-ÜPF zu verzichten. Vielmehr hat er wie ausgeführt eine "angemessene Entschädigung" festzulegen.

5.4 Zur Frage, was unter dem unbestimmten Rechtsbegriff der "angemessenen Entschädigung" zu verstehen ist, gibt es unterschiedliche Meinungen. So wird der Standpunkt vertreten, eine solche habe sich grundsätzlich am Ziel der vollen Kostendeckung zu orientieren. Durch eine Pauschalisierung der Entschädigung müsse jedoch nicht in jedem Einzelfall eine exakt den entstandenen Kosten entsprechende Rückerstattung garantiert werden. Der Bundesrat habe bei der Festlegung der Entschädigung im Rahmen der Pauschalisierung einen Spielraum (Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 16. Mai 2003 und 24. November 2003, VPB 68.100 Ziff. 1.6; THOMAS HANSJAKOB, Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 2. Aufl., St. Gallen 2006, Art. 16 BÜPF N 10). Nach anderer Ansicht hat der Gesetzgeber durch die Wahl des Begriffs "angemessene Entschädigung" bewusst auf eine volle Entschädigung verzichtet. Für die Bestimmung der angemessenen Entschädigung seien alle massgebenden Umstände zu berücksichtigen (Antwort des Bundesrates vom 28. April 2004 auf die Interpellation 03.3552 von J. Alexander Baumann vom 3. Oktober 2003 "Wer trägt die Kosten der Überwachung des Fernmeldeverkehrs?"). Gemäss Botschaft des Bundesrates vom 27. Februar 2013 zur Totalrevision des BÜPF soll eine Entschädigung von beispielsweise 80% der variablen Kosten angemessen sein (vgl. Botschaft zum BÜPF, BBI 2013 2759). Art. 17 Abs. 4 GebV-ÜPF bestimmt sodann in Bezug auf Entschädigungen für Dienstleistungen, für die keine Pauschale gelten, dass diese 80% des berücksichtigten Zeit- und Sachaufwands decken müssen (vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer A-5625/2016 vom 20. Dezember 2017 E. 9.3.3).

5.5

5.5.1 Wie die Beschwerdeführerin richtig vorbringt, blieb der Delegationsrahmen hinsichtlich der Festsetzung der Entschädigungshöhe mit der Totalrevision des BÜPF unverändert (vgl. Botschaft zum BÜPF, BBI 2013 2759). Art. 16 Abs. 1 des bis zum 28. Februar 2018 geltenden BÜPF (aBÜPF, AS 2001 3105) sieht wie Art. 38 Abs. 2 BÜPF vor, dass die Anbieterinnen von Post- und Fernmeldediensten für Aufwendungen eine "angemessene Entschädigung für die Kosten der einzelnen Überwachung" erhalten. Gestützt auf Art. 16 Abs. 2 aBÜPF setzte der Bundesrat in Art. 2 Abschnitt B der bis zum 28. Februar 2018 geltenden GebV-ÜPF (aGebV-ÜPF, AS 2004 2021) die Entschädigung für Auskünfte des Typs A 0.2 (alte Bezeichnung) über dynamische IP-Adressen auf Fr. 250.–, für Auskünfte des Typs A 0.1 (alte Bezeichnung) über statische IP-Adressen auf Fr. 10.– fest.

Die vorliegend zur Anwendung gelangende GebV-ÜPF unterscheidet hinsichtlich der Entschädigungshöhe nicht mehr zwischen Auskünften über dynamische und statische IP-Adressen. Wie erwähnt sieht sie in ihrem Anhang für Auskunftsanfragen des Typs IR_7_IP, welcher den bisherigen Auskünften A0.1 (statische IP-Adresse) und A0.2 (dynamische IP-Adresse) entspricht (vgl. Erläuternder Bericht zur Totalrevision der VÜPF, S. 41), eine pauschale Entschädigung an die Mitwirkungspflichtigen von Fr. 3.– pro Auskunft vor.

5.5.2 Den Materialien zur Totalrevision der GebV-ÜPF lässt sich nicht entnehmen, aus welchen Gründen die Entschädigungshöhe für Auskünfte über dynamische IP-Adressen trotz des unveränderten Delegationsrahmens von Fr. 250.– auf Fr. 3.– reduziert wurde. Es wird lediglich grundsätzlich festgehalten, dass die Entschädigungen beispielsweise 80 Prozent der effektiven Kosten der Mitwirkungspflichtigen und somit nicht sämtliche effektiven variablen Kosten decken würden (vgl. Erläuternder Bericht zur Totalrevision der GebV-ÜPF, S. 3; vgl. dazu auch Botschaft zum BÜPF, BBl 2013 2759). Im Weiteren wird darauf hingewiesen, dass die Mitwirkungspflichtigen für die Berechnung von Entschädigungen für Dienstleistungen, für die keine Pauschale gelten würden (vgl. Art. 17 GebV-ÜPF), einen Stundenansatz von 160 Franken zu nutzen hätten. Dieser trage dem Umstand, dass die Höhe der Entschädigung nicht zwangsläufig sämtliche effektiven variablen Kosten der Mitwirkungspflichtigen decke, bereits Rechnung (vgl. Erläuternder Bericht zur Totalrevision der GebV-ÜPF, S. 15).

5.6 Vorliegend ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin als FDA mit reduzierten Überwachungspflichten gemäss Art. 51 VÜPF die Auskünfte schriftlich beantworten kann (vgl. Art. 18 Abs. 3 VÜPF), d.h. ohne die elektronische Schnittstelle des Verarbeitungssystems nutzen zu müssen (vgl. Erläuternder Bericht zur Totalrevision der VÜPF, S. 18). Hingegen bestreitet die Vorinstanz, dass sich der Aufwand der Beschwerdeführerin für eine Auskunft zu dynamischen IP-Adressen (Typ IR_7_IP) auf 61 Minuten beläuft. Nach ihrer Einschätzung beträgt der Zeitaufwand maximal 37 Minuten und verringert sich – was auch die Beschwerdeführerin in ihren Schlussbemerkungen anerkennt (vgl. E. 4.3) – weiter mit der Einführung des Anschlusses an die IRC.

5.7 Selbst unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Aufwand für die Beantwortung einer Auskunftsanfrage nicht voll entschädigt werden muss und eine Pauschalisierung zulässig ist (vgl. E. 5.4), steht eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 3.– offensichtlich in keinem angemessenen

Verhältnis zu einem – von der Vorinstanz geschätzten und der Beschwerdeführerin bestrittenen – Zeitaufwand von 37 Minuten. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass sich der Aufwand zwischenzeitlich mit dem Anschluss an die IRC verringert hat. So ist die Entschädigung immer noch weit von einer 80-prozentigen Deckung der variablen Kosten, die der Bundesrat in seiner Botschaft zur Totalrevision des BÜPF als Beispiel einer angemessenen Entschädigung herangezogen hat (vgl. E. 5.4), entfernt.

Folglich erweist sich die im Anhang der GebV-ÜPF festgelegte Entschädigung für eine Auskunft zu dynamischen IP-Adressen (Typ IR_7_IP) in der Höhe von Fr. 3.– an FDA mit reduzierten Überwachungspflichten als unangemessen. Dies gilt umso mehr, als bei den Entschädigungen für Dienstleistungen, für die keine Pauschale gilt und die nach Zeitaufwand festgelegt werden, von einem Stundenansatz von Fr. 160.– ausgegangen wird und dieser dem Umstand, dass die Entschädigungshöhe nicht sämtliche Kosten der Mitwirkungspflichtigen decken, bereits Rechnung trägt (vgl. E. 5.5.2). Der Bundesrat hat somit seinen Ermessensspielraum gemäss Art. 38 Abs. 2 BÜPF überschritten. Entsprechend ist der Verordnungsbestimmung im vorliegenden Fall die Anwendung zu versagen und die angefochtene Verfügung aufzuheben.

5.8 Gemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück. Bei der Wahl zwischen diesen beiden Entscheidarten steht dem Gericht ein weiter Ermessensspielraum zu. Eine Rückweisung ist als Ausnahme insbesondere dann angezeigt, wenn die Vorinstanz infolge ihrer Kenntnisse als Fachbehörde zur Beurteilung besser geeignet erscheint (Urteile des BVGer A-2518/2012 vom 7. Januar 2014 E. 3.3, A-8233/2010 vom 27. Dezember 2011 E. 7.3; PHILIPPE WEISSENBERGER, in: Praxiskommentar VwVG, Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], 2. Aufl. 2016, Art. 61 Rz. 15 ff.). Die vorliegend vorzunehmende Neufestsetzung der Entschädigung erfordert insbesondere auch Fachkenntnisse, weshalb die Angelegenheit an die Vorinstanz zurückzuweisen ist.

6.

Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde daher gutzuheissen, die angefochtene Verfügung vom 22. August 2019 aufzuheben und die Angelegenheit zur Neufestsetzung einer angemessenen Entschädigung für die Beantwortung einer Auskunftsanfrage zu dynamischen

IP Adressen (Typ IR_7_IP) durch die Beschwerdeführerin im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

7.

Bei diesem Ergebnis muss nicht weiter geprüft werden, ob der Bundesrat – wie von der Beschwerdeführerin vorgebracht – bei der Festsetzung der Entschädigung für die Beantwortung einer Auskunftsanfrage des Typs IR_7_IP von der grundsätzlichen Automatisierbarkeit der Abläufe ausgegangen ist und daher im Anhang der GebV-ÜPF in Bezug auf die Entschädigungen für manuelle Auskünfte eine Lücke besteht oder ob es sich – wie von der Vorinstanz geltend gemacht – um ein sog. qualifiziertes Schweigen des Verordnungsgebers handelt.

8.

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu befinden.

8.1 Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Vorinstanz als unterliegend. Sie hat als Bundesbehörde jedoch keine Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Die obsiegende Beschwerdeführerin hat ebenfalls keine Kosten zu übernehmen. Sie erhält den von ihr geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'700.– zurückerstattet.

8.2 Der obsiegenden Partei ist von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen Kosten zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 ff. VGKE). Sie wird vom Gericht aufgrund der Akten festgesetzt, wenn keine Kostennote eingereicht wird (Art. 14 Abs. 2 VGKE).

Die obsiegende und anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Höhe der Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen ist. Unter Berücksichtigung der Schwierigkeit des Falles, des notwendigen Zeitaufwandes und eines durchschnittlichen Stundenansatzes erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.– als angemessen. Dieser Betrag ist der Vorinstanz zur Bezahlung nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung vom 22. August 2019 aufgehoben.

2.

Die Angelegenheit wird zur Neufestsetzung einer angemessenen Entschädigung für die Beantwortung einer Auskunftsanfrage zu dynamischen IP-Adressen (Typ IR_7_IP) durch die Beschwerdeführerin im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 2'700.– wird nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu hat sie dem Bundesverwaltungsgericht ihre Kontoangaben mitzuteilen.

4.

Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 5'000.– zu bezahlen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. bef; Einschreiben)
- das Generalsekretariat EJPD (Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Maurizio Greppi

Marc Lichtensteiger

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: