Tribunale federale
Tribunal federal

{T 1/2}
1A.255/2006 /fun

Urteil vom 20. März 2007
I. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Féraud, Präsident,
Bundesrichter Aeschlimann, Reeb,
Gerichtsschreiber Thönen.

Parteien
Kanton Zürich, vertreten durch die Oberstaatsanwaltschaft, Florhofgasse 2, Postfach,
8090 Zürich, Beschwerdeführer,

gegen

TDC Switzerland AG (Sunrise), Beschwerdegegnerin, vertreten durch Legal Counsel Rahel Alder,
TDC Switzerland AG,
Eidgenössisches Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, Dienst für Besondere Aufgaben, Bundeshaus Nord, 3003 Bern,
Eidgenössische Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt, Schwarztorstrasse 53, Postfach 336,
3000 Bern 14.

Gegenstand
Rechnungsstellung i.S. Überwachung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt vom 25. Oktober 2006.

Sachverhalt:
A.
Die Staatsanwaltschaft II (damals: Bezirksanwaltschaft II) des Kantons Zürich ordnete am 9. September 2003 die Überwachung einer E-mail-Adresse an. Das Obergericht Zürich genehmigte dies erstmals am 12. September 2003. Der Dienst für Besondere Aufgaben (DBA) verpflichtete die TDC Switzerland AG (im Folgenden: Sunrise) am 29. September 2003 und am 17. Februar 2004, die Überwachung durchzuführen.

Dagegen führte Sunrise zweimal Beschwerde an die Eidgenössische Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt und machte u.a. geltend, die Umsetzung des Überwachungsauftrags sei technisch nicht machbar. Mit Entscheid vom 20. April 2004 schrieb die Rekurskommission die eine Beschwerde als gegenstandslos ab und trat auf die andere nicht ein. Das Bundesgericht trat auf die von der Staatsanwaltschaft ergriffene Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht ein (Urteil 1A.127/2004 vom 21. Juni 2004).

Nach verschiedenen Versuchen der Beteiligten (DBA, Sunrise, Kantonspolizei Zürich) wurde die E-mail-Überwachung vom 11. Februar 2005 bis 31. März 2005 durchgeführt.
B.
Mit Schreiben vom 20. Mai 2005 stellte der DBA der Staatsanwaltschaft Rechnung für die erbrachten Dienstleistungen im Betrag von Fr. 62'663.10. Nach Protest der Staatsanwaltschaft mit Schreiben vom 25. Mai 2005 verpflichtete der DBA mit Verfügung vom 17. Oktober 2005 den Kanton Zürich zur Bezahlung einer "Entschädigung für die Aufwendungen der Firma Sunrise (TDC Switzerland AG) in Höhe von CHF 16'957.75".

C.
Mit Entscheid vom 25. Oktober 2006 wies die Rekurskommission die Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich ab, soweit sie darauf eintrat.
D.
Mit Eingabe vom 24. November 2006 führt der Kanton Zürich, Oberstaatsanwaltschaft, Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag, die Verfügung des DBA vom 17. Oktober 2005 und den Entscheid der Rekurskommission vom 25. Oktober 2006 aufzuheben und dem Kanton Zürich eine Entschädigungsgebühr von maximal Fr. 3'200.– aufzuerlegen.

In der Vernehmlassung beantragen die Rekurskommission, der DBA und die Sunrise die Abweisung der Beschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Am 1. Januar 2007 ist das Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) in Kraft getreten. Weil der angefochtene Entscheid früher erging, richtet sich das bundesgerichtliche Beschwerdeverfahren nach altem Recht (Art. 132 Abs. 1 BGG). Anwendbar ist namentlich das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG).
1.2 Der Kanton Zürich ist als Verfügungsadressat und als Gebührenschuldner im Zusammenhang mit seiner Strafverfolgungspflicht zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde legitimiert (Art. 103 lit. a OG, BGE 131 II 753 E. 4.3, 124 II 409 E. 1e/bb, 122 II 33 E. 1b, vgl. auch BGE 132 I 140 E. 1.3 zur staatsrechtlichen Beschwerde). Auszugehen ist von einem verwaltungsrechtlichen Verhältnis zwischen Bund und Kanton (BGE 130 II 249 E. 2.1); die Ausschlussklausel für Beschwerden gegen Verfügungen auf dem Gebiet der Strafverfolgung gemäss Art. 100 Abs. 1 lit. f OG kommt daher nicht zur Anwendung.
1.3 Die Oberstaatsanwaltschaft ist gemäss Beschluss des Regierungsrats des Kantons Zürich vom 6. Dezember 2005 ermächtigt, den Kanton in Beschwerdeverfahren gemäss BÜPF umfassend zu vertreten und Beschwerdeentscheide weiterzuziehen.
2.
2.1 Nach Ansicht der Oberstaatsanwaltschaft ist es ein Ermessensmissbrauch ("entspricht nicht pflichtgemässem Ermessen") und verletzt das Willkürverbot, dass der DBA eine sechsmal höhere Gebühr (Fr. 16'957.75) verlangt als im geltenden Recht vorgesehen (Fr. 2'410.– gemäss Art. 2 lit. B Verordnung vom 7. April 2004 über die Gebühren und Entschädigungen für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, SR 780.115.1, im Folgenden: neue Gebührenverordnung). Gemäss FMG und BÜPF müsse die Sunrise als Access Provider in der Lage sein, den E-mail-Verkehr auszuleiten.

Im Eventualstandpunkt macht die Oberstaatsanwaltschaft geltend, die für die Überwachung notwendigen Einrichtungen gingen zu Lasten der Anbieterinnen (Art. 16 Abs. 1 BÜPF) und der DBA sei für die Entgegennahme, Aufzeichnung und Weiterleitung der Daten, für Direktschaltungen und für ein Verarbeitungszentrum zuständig (Art. 13 lit. c/d; Art. 8 VÜPF). Die Mehrkosten seien entstanden, weil der DBA und/ oder die Sunrise ihre gesetzlichen Pflichten zum Vollzug der Überwachung nicht erfüllt hätten. Die Überwälzung des Mehraufwandes sei gesetzlich nicht vorgesehen. Mit der Rechnungsstellung habe der DBA Bundesrecht verletzt.
2.2 Nach der Vernehmlassung von Sunrise an das Bundesgericht vom 15. Januar 2007 sind alle geltend gemachten Aufwendungen gestützt auf Anordnungen des DBA in Rücksprache mit Vertretern der Kantonspolizei Zürich entstanden. Das Verhalten des Kantons Zürich verstosse gegen das Verbot widersprüchlichen Verhaltens und gegen Treu und Glauben, indem er - in Kenntnis der technischen Schwierigkeiten und des grossen zeitlichen und finanziellen Aufwands - während mehr als einem Jahr auf die Durchsetzung der E-mail-Überwachung gedrängt habe, später aber die Kosten für Forschung und Aufwendung bestreite. Es handle sich um eine Spezialüberwachung, für die zuerst ein Prototyp habe entwickelt werden müssen.
2.3 Weil die Überwachungsmassnahme vor Inkrafttreten der neuen Gebührenverordnung angeordnet worden ist, beurteilt sich die Entschädigung nach Ansicht der Rekurskommission (angefochtener Entscheid, S. 13 Ziff. 11) nach altem Recht, d.h. nach der Verordnung des UVEK vom 21. Juni 2000 über die Gebühren und Entschädigungen bei der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (AS 2000, S. 1760, im Folgenden: alte Gebührenverordnung, aGV). Im vorliegenden Fall sei jedoch nach altem wie neuem Recht eine Entschädi-

gung nach Aufwand geschuldet. Es handle sich nicht um einen in Art. 24 VÜPF geregelten Überwachungstyp, weshalb keine Pauschalentschädigung geschuldet sei und Sunrise nicht zur Bereitstellung der Überwachungseinrichtungen gemäss Art. 16 Abs. 1 erster Satz BÜPF verpflichtet gewesen wäre, wenn nicht der DBA oder der Kanton Zürich die Geräte beschafft hätten. Der im Zusammenhang mit der einzelnen Überwachung angefallene Aufwand sei nach Art. 16 Abs. 1 zweiter Satz BÜPF zu entschädigen. Die Parteien seien sich über die Richtigkeit der von Sunrise geltend gemachten Kosten sowie über den Stundenansatz von Fr. 160.– einig. Die Anordnungen des DBA seien weder unzulässig, technisch oder organisatorisch unnötig noch unverhältnismässig
gewesen, sondern hätten der Lösung immer wieder neu auftretender technischer Probleme gedient (angefochtener Entscheid, S. 9 Ziff. 6, S. 14 f. Ziff. 12.3).

Nach Darlegung der Rekurskommission in der Vernehmlassung an das Bundesgericht vom 11. Dezember 2006 lässt der Kanton Zürich die Besonderheit ausser Acht, dass die E-mail-Überwachung unbemerkt vom Service Provider abgewickelt werden musste.
3.
Gemäss Art. 16 BÜPF gehen die für eine Überwachung notwendigen Einrichtungen zu Lasten der Anbieterinnen von Post- und Fernmeldediensten. Diese erhalten von der anordnenden Behörde für Aufwendungen eine angemessene Entschädigung für die Kosten der einzelnen Überwachung (Abs. 1). Der Bundesrat regelt die Entschädigungen und setzt die Gebühren für die Dienstleistungen des DBA fest (Abs. 2).
3.1 Verfahrensgegenstand ist allein die Entschädigung gemäss Verfügung des DBA vom 17. Oktober 2005. Nicht zu beurteilen ist namentlich die Rechtmässigkeit der E-mail-Überwachung (vgl. BGE 130 II 249 E. 2.2) und die teils vom DBA, teils vom Kanton Zürich übernommenen Kosten für die Gerätschaften (angefochtener Entscheid, S. 12 f. Ziff. 10 und S. 14 Ziff. 12.3).
3.2 Streitig ist die Höhe der Entschädigung für das Vorbereiten, Durchführen und Abräumen der Überwachungsanordnung durch die Sunrise. Die Oberstaatsanwaltschaft macht geltend, die Sunrise sei dazu wegen ihrer Eigenschaft als Anbieterin eines Fernmeldedienstes bzw. Internet-Anbieterin verpflichtet (Art. 2 Abs. 1 BÜPF, Art. 4 FMG; Novum vor Bundesgericht). Die Vorinstanzen und die Sunrise halten dafür, diese Pflicht beziehe sich nur auf die in der Verordnung genannten Überwachungstypen (Art. 26 und 24 VÜPF).
3.3 Gemäss dem angefochtenen Entscheid ist Sunrise nicht Betreiberin des Mailservers, sondern stellt einer anderen Gesellschaft die Zuleitung ins Internet (statische IP-Adresse und fest geschaltete Mietleitung) zur Verfügung. Diese Gesellschaft (im Folgenden: Sunrise-Kundin) betreibt die zu überwachende Mailbox. Gewöhnlich wäre die E-mail-Überwachung bei der Sunrise-Kundin (Service Provider) und nicht bei Sunrise (hier: Access Provider) durchzuführen. Dies sei im vorliegenden Fall wegen Kollusionsgefahr im Verhältnis zwischen der Sunrise-Kundin und der zu überwachenden Person nicht möglich gewesen. Man habe auf die Mietleitung physisch zugreifen, den laufenden Datenverkehr mit einem "Konverter" umwandeln und mit einem weiteren Gerät lesbar machen müssen (angefochtener Entscheid, S. 8 Ziff. 5).
Damit steht fest, dass der Kanton Zürich eine von der Normallösung (Überwachung beim Service Provider) abweichende Massnahme (Überwachung beim Access Provider) anordnete. Die Beteiligten haben Versuche unternommen, bis sie die Überwachung rund 17 Monate nach der ersten Anordnung durchführen konnten. Der DBA und die Staatsanwaltschaft haben sich offenbar über die Kostenfolgen nicht geeinigt. Immerhin hat der DBA der Kantonspolizei Zürich auf Nachfrage mit E-mail vom 19. November 2004 mitgeteilt, es sei mit Entschädigungskosten gegenüber der Sunrise in der Höhe von rund Fr. 40'000.– zu rechnen (angefochtener Entscheid, S. 8 Ziff. 6, S. 3 Ziff. 10).
3.4 Für die Kosten der Vorbereitung und Durchführung der einzelnen Überwachung hat die anordnende Behörde gemäss Art. 16 Abs. 1 BÜPF eine angemessene Entschädigung zu leisten. Die anwendbare alte Gebührenverordnung sieht keinen Pauschalbetrag für die E-mail-Überwachung vor. Gemäss Art. 6 aGV legt der DBA die Höhe der an die Anbieterinnen von Fernmeldediensten entrichtete Entschädigung für Dienstleistungen fest, die in dieser Verordnung nicht aufgeführt sind. Eine Pauschalgebühr für die Überwachung von E-mail-Adressen wurde erst mit der neuen Gebührenverordnung und dies nur für nach dem 1. Mai 2004 angeordnete Überwachungen eingeführt (Art. 2 lit. B und Art. 8 Abs. 1 nGV).
3.5 Bei dieser Sach- und Rechtslage erscheint es rechtmässig, dass der DBA den Kanton Zürich für die angeordnete E-mail-Überwachung, die wegen Kollusionsgefahr nicht beim Service Provider durchgeführt werden konnte, verpflichtete, eine Entschädigung nach Aufwand zu bezahlen. Das Gesetz sieht eine angemessene Ent-

schädigung für Aufwendungen bzw. Kosten der einzelnen Überwachung durch die anordnende Behörde vor. Eine Pauschalgebühr ist in der anwendbaren Verordnung nicht vorgesehen; hingegen ist der DBA ermächtigt, eine Entschädigung nach Aufwand festzulegen. Es besteht kein Anlass, der Ansicht der Rekurskomission, wonach der geltend gemachte Aufwand angemessen sei (angefochtener Entscheid, S. 16 Ziff. 13.3), zu widersprechen.

Die Rügen sind unbegründet.
3.6 Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob der Access Provider in der Lage sein muss, die Überwachung einer Mailbox auszuführen, die nicht durch ihn selber, sondern durch seine Kundin betrieben wird. Ob diese Pflicht besteht, ist von technischen Bedingungen abhängig, die in diesem Verfahren nicht hinreichend geklärt sind. Sollte diese Frage praktische Bedeutung aufweisen, so könnte sie allenfalls durch die Aufsichtsbehörde aufgegriffen werden (Art. 58 FMG; vgl. Peter R. Fischer/Oliver Sidler, Fernmelderecht, in: Rolf H. Weber [Hrsg.], Informations- und Kommunikationsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band V/1, 2. Auflage, Basel 2003, Rz. 334 S. 236).
4.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

Bei diesem Ausgang trägt der Kanton Zürich die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens, da es sich um sein Vermögensinteresse handelt (Art. 156 Abs. 1 und 2 OG). Praxisgemäss sind keine Parteientschädigungen auszurichten, da die Beschwerdegegnerin nicht anwaltlich vertreten ist und keine besonderen Verhältnisse im Sinne des Entschädigungstarifs vorliegen (Art. 159 OG, Art. 2 Abs. 2 Tarif über die Entschädigung an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht vom 9. November 1978, SR 173.119.1).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird dem Beschwerdeführer auferlegt.
3.
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Eidgenössischen Departement für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation, Dienst für Besondere Aufgaben, und der Eidgenössischen Rekurskommission für Infrastruktur und Umwelt schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 20. März 2007
Im Namen der I. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: