



## Urteil vom 20. Dezember 2017

---

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),  
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,  
Richterin Kathrin Dietrich,  
Gerichtsschreiber Marcel Zaugg.

---

Parteien

**Kanton Aargau,**  
5001 Aarau,  
handelnd durch das  
Departement Volkswirtschaft und Inneres DVI,  
Frey-Herosé-Strasse 12, 5001 Aarau,  
vertreten durch Dr. iur. Michael Merker, Rechtsanwalt,  
Baur Hürlimann AG,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD,**  
Informatik Service Center ISC-EJPD,  
Dienst Überwachung Post und Fernmeldeverkehr ÜPF,  
Fellerstrasse 15, 3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Gebühren für Antennensuchläufe.

**Sachverhalt:****A.**

Im Zusammenhang mit einem Strafverfahren gegen Unbekannt beauftragte die Staatsanwaltschaft Lenzburg-Aarau (nachfolgend: Staatsanwaltschaft) am 28. Dezember 2015 das Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), Informatik Service Center ISC-EJPD, Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr (nachfolgend: Dienst ÜPF), mit einem Antennensuchlauf Mobiltelefonie für den 21. Dezember 2015, 06.00 Uhr bis 13.00 Uhr, betreffend 146 zu überprüfender Zellen (Swisscom: 54; Orange/Salt: 58; Sunrise: 34). Verlangt wurden sowohl die Daten der leitungsvermittelten Fernmeldedienste (CS-Daten) als auch die Daten der paketvermittelten Fernmeldedienste (PS-Daten).

**B.**

Mit E-Mail vom 29. Dezember 2015 teilte der Dienst ÜPF der Staatsanwaltschaft mit, dass noch nicht klar sei, ob die Fernmeldediensteanbieter (nachfolgend: FDA) auch die PS-Daten liefern werden und ob sie für die CS- und PS-Daten einen oder zwei Aufträge verlangen würden. Für die Zeitdauer von sieben Stunden sei mit mindestens vier Aufträgen pro FDA zu rechnen. Die Kosten würden sich auf mindestens Fr. 500'000.– belaufen und könnten bei separaten Aufträgen für CS- und PS-Daten auf ungefähr Fr. 1'000'000.– ansteigen.

**C.**

Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Aargau (nachfolgend: Oberstaatsanwaltschaft) teilte dem Dienst ÜPF gleichentags mit, dass am Antennensuchlauf festgehalten werde. In Bezug auf die Gebührenberechnung würden jedoch Unklarheiten bestehen. So sei die Frage, ob die Suche nach CS- und PS-Daten ein oder zwei Aufträge darstelle, offen. Die Einschränkung eines Auftrages auf eine Zeitdauer von zwei Stunden finde sodann in der Verordnung vom 7. April 2004 über die Gebühren und Entschädigungen für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (GebV-ÜPF, SR 780.115.1) keine Stütze. Zudem seien die in Aussicht gestellten Gebühren nur schwer mit dem Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzip vereinbar. Das Verlangen einer Gebührenverfügung werde vorbehalten.

**D.**

Noch gleichentags antwortete der Dienst ÜPF, er werde den FDA einen Auftrag hinsichtlich der Lieferung von CS- und PS-Daten erteilen, möglicherweise würde diese aber einen zusätzlichen Auftrag verlangen oder die

Lieferung von PS-Daten verweigern. Die zeitliche Beschränkung auf zwei Stunden bei der Durchführung eines Antennensuchlaufes sei in den "Organisational and administrative requirements" vom 22. Oktober 2015 (OAR) geregelt und habe zur Folge, dass die angeordnete Zeitdauer von sieben Stunden in vier Aufträge unterteilt werden müsse. Zudem müssten die 58 Zellen von Salt auch bei upc überprüft werden, da upc die Daten in ihren Systemen verwalte, jedoch die Netze von Salt nutze. Bei einem Total von 204 zu überprüfenden Zellen ergebe sich ein Gesamtbetrag von Fr. 489'600.–, sofern die FDA für die PS-Daten nicht einen zusätzlichen Auftrag verlangen würden.

**E.**

Mit E-Mail vom 30. Dezember 2015 hielt die Oberstaatsanwaltschaft an den Antennensuchläufen fest und teilte mit, dass in Bezug auf die Bemessung der Gebühren ein Dissens bestehe, welcher allenfalls auf dem gesetzlich vorgesehenen Weg zu klären sei.

**F.**

Am 16. Februar 2016 stellte der Dienst ÜPF der Staatsanwaltschaft Rechnung über Fr. 631'200.– für die Auswertung von 54 Zellen bei Swisscom (CS- und PS-Daten), 34 Zellen bei Sunrise (CS- und PS-Daten), 29 Zellen bei Salt (nur CS-Daten) und 29 Zellen bei upc (CS- und PS-Daten).

**G.**

Im Rahmen derselben Strafuntersuchung ordnete die Staatsanwaltschaft am 2. März 2016 für weitere zehn Zellen (Swisscom: 4; Orange/Salt: 4; Sunrise: 2) einen Antennensuchlauf Mobiltelefonie betreffend den gleichen Zeitraum wie in der Anordnung vom 28. Dezember 2015 an und verlangte wiederum die Lieferung sowohl der CS- als auch der PS-Daten.

**H.**

Mit Schreiben vom 11. April 2016 teilte die Oberstaatsanwaltschaft dem Dienst ÜPF mit, dass man mit der Rechnung vom 16. Februar 2016 nicht einverstanden sei, verlangte den Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung und beantragte den vollumfänglichen Verzicht auf die Gebührenerhebung, eventualiter die Reduktion der Gebühr auf ein tarifgemässes beziehungsweise höchstens aufwanddeckendes Mass.

**I.**

Am 13. April 2016 beauftragte die Staatsanwaltschaft den Dienst ÜPF in

gleicher Sache erneut mit einem Antennensuchlauf analog den bisherigen Anordnungen für weitere zehn Zellen (Swisscom: 5; Sunrise: 5).

#### **J.**

Nachdem der Dienst ÜPF der Staatsanwaltschaft am 15. April 2016 Fr. 67'200.– für 14 hinsichtlich CS- und PS-Daten ausgewerteter Zellen (Swisscom: 4; Sunrise: 2; Salt: 4; upc: 4) sowie am 18. April 2016 Fr. 69'600.– für die Auswertung von 29 Zellen bei Salt (nur PS-Daten) in Rechnung gestellt hatte, teilte die Oberstaatsanwaltschaft mit Schreiben vom 27. April 2016 mit, dass auch diese Rechnungen nicht akzeptiert würden, beantragte wiederum den vollumfänglichen Verzicht auf die Gebührenerhebung, eventualiter eine Reduktion der Gebühr und verlangte den Erlass einer beschwerdefähigen Verfügung.

#### **K.**

Am 19. Mai 2016 stellte der Dienst ÜPF der Staatsanwaltschaft für die Auswertung von je fünf Zellen bei Swisscom und Sunrise (CS- und PS-Daten) schliesslich Rechnung über Fr. 48'000.–, welche die Oberstaatsanwaltschaft mit Schreiben vom 30. Mai 2016 im gleichen Sinne ablehnte, wie die zuvor ergangenen Rechnungen und auch hierfür eine beschwerdefähige Verfügung verlangte.

#### **L.**

Mit Verfügung vom 27. Juli 2016 wies der Dienst ÜPF die Gesuche der Oberstaatsanwaltschaft auf Verzicht oder subsidiär Reduktion der Gebühren ab (Ziff. 1) und verfügte, dass die Beträge von Fr. 631'200.–, von Fr. 69'600.–, von Fr. 67'200.–, und von Fr. 48'000.– vollständig zu bezahlen seien (Ziff. 2). Zur Begründung führte der Dienst ÜPF zusammengefasst aus, dass es sich um Antennensuchläufe im Sinne von Art. 16 Bst. e der Verordnung vom 31. Oktober 2001 über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (VÜPF, SR 780.11) handle. Die Gebühr für einen Antennensuchlauf für leitungsvermittelte Fernmeldedienste (CS-Daten) betrage gemäss Art. 2 Abschnitt A GebV-ÜPF Fr. 600.– pro Auftrag und Zelle. Der Antennensuchlauf für paketvermittelte Fernmeldedienste (PS-Daten) sei hingegen in den geltenden gesetzlichen Grundlagen nicht vorgesehen. Der Aufwand hierfür sei für die FDA jedoch mindestens gleich gross. Entsprechend müsse die Entschädigung an die FDA bezüglich PS-Daten gleich hoch bemessen werden wie bei den CS-Daten. Im vorliegenden Fall sei der Antennensuchlauf für die Dauer von sieben Stunden angeordnet worden. Gemäss den OAR, Ziff. 6.1.1, betrage die maximal zulässige Zeit-

spanne für einen Antennensuchlauf zwei Stunden. Aufgrund der Einforderung der CS- und PS-Daten verdopple sich die Anzahl Aufträge, weshalb für jede Zelle gesamthaft acht Aufträge zu je Fr. 600.– zu verrechnen seien. Die in Rechnung gestellten Beträge seien daher korrekt. Auf die Gebühr könne zudem nicht verzichtet werden und auch eine Reduktion sei nicht möglich. Gemäss Art. 2 Abschnitt A GebV-ÜPF betrage das Total der Gebühren für eine Zellanalyse im Rahmen eines Antennensuchlaufes Fr. 600.–, wovon die FDA Anspruch auf eine Entschädigung von Fr. 600.– hätten. Der Betrag von Fr. 600.– sei daher keine Gebühr, sondern eine Entschädigung, auf welche die FDA Anspruch hätten. Ein Gebührenerlass hätte zur Folge, dass die Bundesverwaltung die Kosten der Dienstleistungen der FDA übernehmen müsste. Eine solche Kostenübernahme sei weder im Sinne der Allgemeinen Gebührenverordnung vom 8. September 2004 (AllgGebV, SR 172.041.1) noch im Sinne der gesetzlichen Grundlagen zur Fernmeldeüberwachung.

#### **M.**

Gegen diese Verfügung des Dienstes ÜPF (nachfolgend: Vorinstanz) vom 27. Juli 2016 erhebt der Kanton Aargau (nachfolgend: Beschwerdeführer), handelnd durch das auch die Staats- und Oberstaatsanwaltschaft umfassende Departement Volkswirtschaft und Inneres DVI, am 13. September 2016 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Darin beantragt er, die Verfügung vom 27. Juli 2016 aufzuheben und keine Gebühren zu erheben sowie eventualiter die Neufestsetzung der Gebühr unter Berücksichtigung diverser Grundsätze. Konkret enthält die Beschwerdeschrift folgende Rechtsbegehren:

- "1. Es sei die Verfügung vom 27. Juli 2016 aufzuheben und es seien keine Gebühren zu erheben.*
- 2. Eventualiter sei die Verfügung vom 27. Juli 2016 aufzuheben und es sei eine Gebühr unter Berücksichtigung der folgenden Grundsätze festzusetzen:*
  - Einheit des Antennensuchlaufs ohne Unterteilung in 2-stündige Intervalle (Reduktion von Fr. 816'000.- um  $\frac{3}{4}$  auf Fr. 204'000.-)*
  - Einheit der Cell-ID, keine Doppelverrechnung für Salt und upc (Reduktion von Fr. 204'000.- um 62 Suchläufe der upc resp. Fr. 37'200.- auf Fr. 166'800.-)*
  - Verrechnung der Lieferung der PS-Daten nicht analog den CS-Daten, sondern nach Art. 4a GebV-ÜPF (Reduktion von Fr. 166'800.- auf Fr. 83'400.- zuzüglich Fr. 160.-/h gemäss nachzuweisendem Aufwand für die PS-Daten)*

- *Reduktion auf ein dem Kostendeckungsprinzip genügendes Mass (anhand des nachzuweisenden Aufwands)*
  - *Reduktion auf ein dem Äquivalenzprinzip genügendes Mass (anhand des nachzuweisenden Aufwands)*
  - *Reduktion auf eine angemessene Entschädigung nach Art. 16 Abs. 1 BÜPF (anhand der nachzuweisenden variablen Kosten im Umfang von höchstens 80%).*
3. *Subeventualiter sei die Verfügung vom 27. Juli 2016 aufzuheben und sei die Gebühr auf ein rechtskonformes Mass zu reduzieren.*
  4. *Subsubeventualiter sei die Verfügung vom 27. Juli 2016 aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.*
  5. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (Letztere zzgl. MwSt.)."*

**N.**

Mit Vernehmlassung vom 16. Januar 2017 schliesst die Vorinstanz auf Abweisung der Beschwerde und begründet ihren Antrag im Wesentlichen mit den bereits in der angefochtenen Verfügung vorgebrachten Argumenten.

**O.**

In seiner Stellungnahme vom 15. März 2017 hält der Beschwerdeführer an seinen Anträgen fest und macht ergänzende Ausführungen.

**P.**

Am 24. Mai 2017 reicht der Beschwerdeführer eine weitere Stellungnahme ein, worin er an seinen bisherigen Standpunkten festhält.

**Q.**

Auf die weitergehenden Ausführungen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird – soweit entscheidrelevant – 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; eine Ausnahme im erwähnten Sinn liegt nicht vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 32 VÜPF, der für den Rechtsschutz auf die allgemeinen Bestimmungen über die Bundesrechtspflege verweist).

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

Der Beschwerdeführer hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist als Adressat der angefochtenen Verfügung, worin er zur Bezahlung von Gebühren verpflichtet wird, sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb er zur Beschwerde legitimiert ist.

**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.**

Vorliegend ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer die Vorinstanz im Rahmen eines Strafverfahrens mit separaten Anordnungen vom 28. Dezember 2015, 2. März 2016 und 13. April 2016 mit Antennensuchläufen im Sinne von Art. 16 Bst. e VÜPF für insgesamt 166 Zellen betreffend den Zeitraum vom 21. Dezember 2015, 06.00 Uhr bis 13.00 Uhr, beauftragte, dabei sowohl die Daten der leitungsvermittelten Fernmeldedienste (CS-

Daten) als auch die Daten der paketvermittelten Fernmeldedienste (PS-Daten) verlangte und diese auch geliefert erhielt. Die Vorinstanz stellte dem Beschwerdegegner in diesem Zusammenhang Rechnung über insgesamt Fr. 816'000.– (Fr. 631'200.– + Fr. 67'200.– + Fr. 69'600.– + Fr. 48'000.–). Umstritten und nachfolgend zu prüfen ist jedoch, ob die Erhebung von Gebühren überhaupt zulässig war (nachfolgend E. 4) und falls ja, in welcher Höhe (nachfolgend E. 5 ff.).

#### 4.

**4.1** Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, es sei auf die Gebührenerhebung vollumfänglich zu verzichten. Gemäss Art. 5b GebV-ÜPF i.V.m. Art. 3 AllgGebV erhebe die Bundesverwaltung keine Gebühren von interkantonalen Organen, Kantonen und Gemeinden, soweit diese Gegenrecht gewähren würden. Zudem könne auf die Gebührenerhebung verzichtet werden, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verfügung oder Dienstleistung bestehe. Die Behörden des Beschwerdeführers würden Rechts- und Amtshilfe an Bundesbehörden nach § 10 Abs. 4 des Gesetzes des Kantons Aargau vom 4. Dezember 2007 über die Verwaltungsrechtspflege (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRPG, SAR 271.200) und Art. 47 Abs. 1 der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO, SR 312.0) gebührenfrei respektive unentgeltlich leisten. Er, der Beschwerdeführer, gewähre der Bundesverwaltung somit Gegenrecht, weshalb auf die Gebührenerhebung zu verzichten sei. Darüber hinaus bestehe ein öffentliches Interesse an der streitbetreffenden Dienstleistung. Die Anforderung der Daten sei zum Zwecke der Aufklärung eines mehrfachen Kapitalverbrechens gegen Leib und Leben, zu deren Schutz sich der Bund in der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) verpflichtet habe, erfolgt. Überwachungsmassnahmen dürften nicht an der Gebührenhöhe scheitern und sich nicht prohibitiv auf die Arbeit der Behörden auswirken. Zudem gehe es bei der vorliegenden Massnahme um den Vollzug von Bundesrecht, was die Gebührenbefreiung ebenfalls rechtfertige. Zumindest sei das erhebliche öffentliche Interesse vorliegend mit einem teilweisen Gebührenverzicht zu berücksichtigen.

**4.2** Die Vorinstanz vertritt demgegenüber den Standpunkt, dass Art. 3 AllgGebV im Rahmen der Fernmeldeüberwachung keine Anwendung finde. Die FDA als private Unternehmen hätten Anspruch auf eine Entschädigung aufgrund ihrer Verpflichtung, im öffentlichen Interesse zu handeln. Die Anwendung von Art. 3 AllgGebV hätte schlicht zur Folge, dass die Kosten der FDA von den Kantonen zum Bund überwältzt würden.

### 4.3

**4.3.1** 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). Die Entschädigungen und die Gebühren für die Dienstleistungen des Dienstes setzt der Bundesrat fest (Abs. 2). Gestützt darauf 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 FDA und setzt für jeden Überwachungstyp eine pauschale Gesamtgebühr und den darin enthaltenen Anteil der Entschädigung fest. In Bezug auf leitungsvermittelte Fernmeldedienste (CS-Daten) sieht Art. 2 Abschnitt A GebV-ÜPF – massgebend ist vorliegend die Fassung vom 23. November 2011 (vgl. AS 2011 5967, in Kraft von 1. Januar 2012 bis 31. Dezember 2016; nachfolgend: aArt. 2 GebV-ÜPF) – eine Gebühr von Fr. 600.– pro Zellanalyse im Rahmen eines Antennensuchlaufes nach Art. 16 Bst. e VÜPF vor, wobei dieser Betrag auch die Entschädigung an die FDA darstellt. Für Antennensuchläufe nach Art. 16 Bst. e VÜPF bei paketvermittelten Fernmeldediensten (PS-Daten) ist in der GebV-ÜPF hingegen keine Pauschalgebühr festgesetzt. Gilt keine Pauschale, so legt der Dienst die Höhe der Entschädigung für die Dienstleistungen der Anbieterinnen für Post- und Fernmeldedienste sowie die Gebühr für die Dienstleistungen des Dienstes im Einzelfall nach Zeit- und Sachaufwand fest (Art. 4 Abs. 1 und Art. 4a Abs. 1 GebV-ÜPF). Nach Art. 5 Abs. 1 GebV-ÜPF – massgebend ist hier die Fassung vom 7. April 2004 (vgl. AS 2004 2021, in Kraft von 1. Mai 2004 bis 31. Dezember 2016; nachfolgend: aArt. 5 GebV-ÜPF) – stellt der Dienst der anordnenden Behörde nach Abschluss der einzelnen Überwachung Rechnung für die von ihm sowie von den Post- und Fernmeldediensteanbieterinnen erbrachten Dienstleistungen.

**4.3.2** Soweit die GebV-ÜPF keine besondere Regelung enthält, gelten nach Art. 5b GebV-ÜPF die Bestimmungen der AllgGebV. Diese legt die Grundsätze fest, nach denen die Bundesverwaltung Gebühren für ihre Verfügungen und Dienstleistungen erhebt (Art. 1 Abs. 1), wobei spezialgesetzliche Gebührenregelungen vorbehalten bleiben (Art. 1 Abs. 4 Satz 1). Art. 3 Abs. 1 AllgGebV sieht sodann vor, dass die Bundesverwaltung von interkantonalen Organen, Kantonen und Gemeinden keine Gebühren erhebt, soweit diese Gegenrecht gewähren. Zudem kann nach Art. 3 Abs. 2 Allg-

GebV auf die Gebührenerhebung verzichtet werden, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verfügung oder Dienstleistung besteht (Bst. a), oder es sich um Verfügungen oder Dienstleistungen mit geringem Aufwand, insbesondere um einfache Auskünfte, handelt (Bst. b).

Grundlage der AllgGebV bildet Art. 46a des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 (RVOG, SR 172.010). Nach dessen Abs. 1 erlässt der Bundesrat Bestimmungen über die Erhebung von angemessenen Gebühren für Verfügungen und Dienstleistungen der Bundesverwaltung. Er kann Ausnahmen von der Gebührenerhebung vorsehen, soweit dies durch ein überwiegendes öffentliches Interesse an der Verfügung oder Dienstleistung gerechtfertigt ist (Art. 46a Abs. 4 RVOG). Die Bundesverwaltung umfasst die Departemente und die Bundeskanzlei; ferner die dezentralisierten Verwaltungseinheiten nach Massgabe ihrer Organisationserlasse (vgl. Art. 2 Abs. 2 und 3 RVOG). Nicht zur Bundesverwaltung gehören hingegen Organisationen und Personen des öffentlichen oder privaten Rechts, die durch die Bundesgesetzgebung mit Verwaltungsaufgaben betraut sind (Art. 2 Abs. 4 RVOG). Art. 46a RVOG bildet die allgemeine Grundlage für Gebührenerhebungen für Verfügungen und Dienstleistungen der zentralen und dezentralen Bundesverwaltung; auf ausserhalb der Bundesverwaltung stehende Organisationen und Personen, welche mit öffentlichen Aufgaben betraut sind, findet er hingegen keine Anwendung (THOMAS SÄGESSER, Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz RVOG vom 21. März 1997, Bern 2007, Art. 46a N 19; Botschaft vom 2. Juli 2003 zum Entlastungsprogramm 2003 für den Bundeshaushalt [EP 03], BBI 2003 5761).

#### **4.4**

**4.4.1** Ein Verzicht auf die Gebührenerhebung nach Art. 3 AllgGebV kommt nach dem Ausgeführten nur für Verfügungen und Dienstleistungen der zentralen und dezentralen Bundesverwaltung in Betracht. Hierunter fallen die FDA nicht (vgl. hierzu auch die Liste der Verwaltungseinheiten der Bundesverwaltung in Anhang 1 zur Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1]), weshalb Art. 3 AllgGebV und der darin vorgesehene Gebührenverzicht auf die von den FDA erbrachten Dienstleistungen nicht anwendbar ist. Dass die Durchführung eines Antennensuchlaufs allenfalls als öffentliche Aufgabe anzusehen ist, ändert daran ebenso wenig wie der Umstand, dass die Dienstleistungen der FDA dem Beschwerdeführer nach aArt. 5 Abs. 1 GebV-ÜPF durch die Vorinstanz und damit durch eine Behörde der Bundesverwaltung

in Rechnung gestellt wurden. Art. 3 AllgGebV kann deshalb von vornherein nur auf von der Vorinstanz erbrachte Dienstleistungen Anwendung finden.

**4.4.2** Vorliegend hat die Vorinstanz für ihre Dienstleistungen jedoch keine Gebühren erhoben. Wie erwähnt unterscheidet die GebV-ÜPF zwischen den Gebühren für die Dienstleistungen der Vorinstanz und den Entschädigungen an die FDA und setzt für jeden Überwachungstyp eine pauschale Gesamtgebühr und den darin enthaltenen Anteil der Entschädigung fest. Die Differenz stellt entsprechend die Gebühr für die Dienstleistungen der Vorinstanz dar. Für eine Zellanalyse im Rahmen eines Antennensuchlaufes nach Art. 16 Bst. e VÜPF beträgt das Total der Gebühren gemäss aArt. 2 Abschnitt A GebV-ÜPF Fr. 600.–, was auch der Entschädigung an die FDA entspricht. Für die Dienstleistungen der Vorinstanz werden somit keine Gebühren erhoben. Insofern hat der Bundesrat bei dieser konkreten Überwachungsmassnahme auf eine Gebührenerhebung für die Dienstleistungen der Vorinstanz in der GebV-ÜPF bereits verzichtet. Die Vorinstanz hat für die durchgeführten Antennensuchläufe zur Lieferung der CS-Daten und analog auch zur Lieferung der PS-Daten auf die in aArt. 2 Abschnitt A GebV-ÜPF festgesetzte Gebühr von Fr. 600.– pro Zellanalyse abgestellt. Die in Rechnungen gestellten Gebühren über Fr. 816'000.– beinhalten daher keinerlei Gebühren für Dienstleistungen der Vorinstanz, sondern stellen vollumfänglich Entschädigungen an die verschiedenen FDA, welche nicht zur Bundesverwaltung gehören, dar. Ein auch nur teilweiser Verzicht darauf durch die Vorinstanz fällt daher ausser Betracht. Die FDA haben denn nach Art. 16 Abs. 1 BÜPF auch einen gesetzlichen Anspruch auf eine angemessene Entschädigung. Die konkrete Höhe gilt es nachfolgend (vgl. E. 5 ff.) anhand der gesetzlichen Grundlagen noch auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen und kann nicht über einen (teilweisen) Gebührenverzicht gesenkt werden.

**4.4.3** Ein Anspruch auf Gebührenbefreiung bzw. -reduktion gestützt auf Art. 3 AllgGebV würde vorliegend allerdings selbst dann nicht bestehen, wenn die Vorinstanz basierend auf der GebV-ÜPF eine Gebühr für ihre Dienstleistungen erhoben hätte. Die unentgeltliche Leistung von Amts- und Rechtshilfe, wie sie in Art. 47 StPO und § 10 Abs. 4 VRPG normiert ist, vermag einen Gebührenverzicht aufgrund der Gewährung von Gegenrecht nach Art. 3 Abs. 1 AllgGebV nicht zu rechtfertigen. So gilt die StPO für die Strafbehörden sämtlicher Kantone der Schweiz bei der Verfolgung und Beurteilung von Straftaten nach Bundesrecht (vgl. Art. 1 StPO) und verpflichtet diese somit allesamt zur unentgeltlichen Leistung von Rechtshilfe in Strafsachen (vgl. Art. 47 StPO). Würde die unentgeltliche Leistung von

Rechts- bzw. Amtshilfe oder der Vollzug von Bundesrecht im Rahmen der Strafverfolgung zu einer Gebührenbefreiung führen, gälte dies für alle Kantone gleichermassen, weshalb in der GebV-ÜPF konsequenterweise für sämtliche Dienstleistungen der Vorinstanz vollumfänglich auf die Erhebung von Gebühren hätte verzichtet werden müssen. Dies ist jedoch nicht der Fall und der Bundesrat hat bei bestimmten Überwachungsmaßnahmen explizit die Gebührenerhebung bei den Kantonen für Dienstleistungen der Vorinstanz vorgesehen bzw. daran auch nach Inkrafttreten der StPO festgehalten. Diese spezialgesetzliche Gebührenregelung kann nun nicht durch die ebenfalls auf Verordnungsstufe angesiedelte AllgGebV ausgehebelt werden, andernfalls die Regelungen in der GebV-ÜPF in Bezug auf die Gebühren für die Dienstleistungen der Vorinstanz obsolet wären. Die AllgGebV gilt denn auch nur, soweit die GebV-ÜPF keine besondere Regelung enthält (vgl. Art. 5b GebV-ÜPF, Art. 1 Abs. 4 Satz 1 AllgGebV). Dies ist jedoch vorliegend gerade der Fall, ist eine Auferlegung von Gebühren an die Kantone in der GebV-ÜPF trotz ihrer gesetzlichen Pflicht zur unentgeltlichen Leistung von Rechtshilfe in Strafsachen vorgesehen. Weder die unentgeltliche Leistung von Amts- oder Rechtshilfe noch der Umstand, dass die Überwachungsmaßnahme zum Vollzug von Bundesrecht angeordnet wurde, vermag daher einen Anspruch auf Gebührenbefreiung zu begründen.

Art. 3 Abs. 2 AllgGebV stellt sodann lediglich eine Kann-Vorschrift dar und räumt dem Beschwerdeführer ebenfalls keinen Anspruch auf Gebührenbefreiung ein, selbst wenn die Massnahme zur Aufklärung eines Kapitalverbrechens, an dessen Aufklärung ein öffentliches Interesse besteht, angeordnet wurde. Zu beachten ist hierbei auch, dass die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs stets im öffentlichen Interesse erfolgt, kann sie doch nur zur Aufklärung bestimmter, im Gesetz definierter Straftaten angeordnet werden (vgl. Art. 269 Abs. 2 StPO).

**4.5** Zusammengefasst kann als Zwischenfazit festgehalten werden, dass die Auferlegung von Gebühren an den Beschwerdeführer nicht zu beanstanden ist. In Bezug auf den vom Beschwerdeführer beantragten Verzicht auf die Gebührenerhebung ist die Beschwerde somit abzuweisen. Nachfolgend gilt es daher die Gebührenhöhe zu prüfen.

## **5.**

Zu differenzieren ist vorliegend zwischen den Gebühren für die Antennensuchläufe zur Analyse der CS-Daten und denjenigen zur Analyse der PS-

Daten. Während die GebV-ÜPF in Bezug auf leitungsvermittelte Fernmeldedienste (CS-Daten) in aArt. 2 Abschnitt A für eine Zellanalyse im Rahmen eines Antennensuchlaufes nach Art. 16 Bst. e VÜPF eine Gebühr von Fr. 600.– normiert, enthält sie für entsprechende Antennensuchläufe bei paketvermittelten Fernmeldediensten (PS-Daten) keine Pauschalgebühr. Nachfolgend werden daher die für die Analysen der CS-Daten und PS-Daten erhobenen Gebühren je separat geprüft, wobei zunächst auf die Gebühren betreffend die CS-Daten eingegangen wird (nachfolgend E. 6 ff.). Danach gilt es die Frage der Gebührenerhebung für die im Rahmen von Antennensuchläufen analysierten PS-Daten zu klären (nachfolgend E. 10).

## 6.

Wie bereits ausgeführt stellte die Vorinstanz dem Beschwerdeführer für die durchgeführten Überwachungsmaßnahmen einen Gesamtbetrag von Fr. 816'000.– in Rechnung. Hierbei hat sie die Gebühren bezüglich der CS-Daten und PS-Daten gleich hoch bemessen. Die auf die Antennensuchläufe zur Analyse der CS-Daten entfallenden Gebühren betragen somit Fr. 408'000.–. Aus der angefochtenen Verfügung ergibt sich, dass die Vorinstanz für den siebenstündigen Antennensuchlauf gestützt auf Ziff. 6.1.1 OAR pro Zellanalyse vier Aufträge zu je Fr. 600.–, insgesamt somit Fr. 2'400.–, verrechnete, was bei insgesamt 170 in Rechnung gestellten Zellen den erwähnten Betrag von Fr. 408'000.– ergibt.

**6.1** Der Beschwerdeführer macht hierzu zunächst eine Verletzung des Legalitätsprinzips geltend. Nach Art. 164 Abs. 1 Bst. b BV seien der Kreis der Abgabepflichtigen, der Gegenstand sowie die Bemessung von Abgaben als wichtige rechtssetzende Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen. Unter gewissen Voraussetzungen gelte das Erfordernis der Gesetzesform nur relativiert. Es sei zulässig, die Bemessung von Kausalabgaben in offen formulierten Bestimmungen formell-gesetzlich zu verankern, wenn sich die Abgabenhöhe im Einzelfall aufgrund des Äquivalenz- und Kostendeckungsprinzips nachvollziehen lasse. Öffentliche Abgaben müssten aber, wenn nicht in jedem Fall auf Gesetzesstufe, so doch in genügender Bestimmtheit in einem generell-abstrakten Rechtssatz festgelegt sein. In den OAR werde die Bemessungsdauer für den Antennensuchlauf entgegen der Regelung in der GebV-ÜPF auf zwei Stunden beschränkt. Die OAR seien keine generell-abstrakten Rechtsnormen, sondern als Richtlinien wohl eine Art Verwaltungsverordnung. Die OAR könnten deshalb keine dem Legalitätsprinzip genügende Bemessungsgrundlage darstellen oder die im Gesetz beschriebene Bemessungsgrundlage abändern. Durch die OAR werde nicht der Begriff des "Antennensuchlaufs"

konkretisiert. Die Beschränkung auf zwei Stunden diene alleine der Gebührenbemessung und hätte entsprechend in der GebV-ÜPF geregelt werden müssen. Man habe hier eine Bemessung sogar ausserhalb der Verordnung eingefügt. Art. 33 Abs. 1<sup>bis</sup> VÜPF erlaube dem Dienst nur die Regelung der administrativen und technischen Einzelheiten der Überwachungstypen, nicht aber der Abgaben und ihrer Bemessung. Auf blosser Richtlinienebene dürften die Bemessungsgrundlagen auch gar nicht geregelt werden. Das Fehlen hinreichender Bemessungsgrundlagen in einer generell-abstrakten Rechtsnorm lasse sich – anders als eine ungenügende Gesetzesform – nicht mit der Überprüfbarkeit anhand des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips kompensieren. Mangels rechtssatzmässiger Grundlage sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Gebühren anhand umfassender siebenstündiger Suchläufe zu bestimmen.

Weiter bringt der Beschwerdeführer vor, Art. 16 Abs. 2 BÜPF ermächtige den Bundesrat, die Entschädigungen sowie die Gebühren festzusetzen, ohne die Bemessungsgrundlagen ansatzweise zu regeln. Das Legalitätsprinzip sei mithin verletzt, ausser es wäre die Abgabe anhand des Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzips überprüfbar. Die vorliegend von den FDA erbrachte Leistung weise jedoch keinen Handelswert auf, weshalb eine Überprüfung anhand des Äquivalenzprinzips nicht möglich sei. Der formelle Gesetzgeber hätte daher nicht darauf verzichten dürfen, die Höhe selbst zu bestimmen. Art. 16 BÜPF weise keine genügende Normdichte auf, weshalb die angefochtene Verfügung aufzuheben sei.

**6.2** Die Vorinstanz vertritt demgegenüber in ihrer Vernehmlassung den Standpunkt, die zeitliche Begrenzung eines Antennensuchlaufes auf zwei Stunden in den OAR sei zulässig und verletze das Legalitätsprinzip nicht. Gemäss Art. 4 und 4a GebV-ÜPF verfüge sie über die Kompetenz, Gebühren für nicht standardisierte Überwachungsmassnahmen zu bestimmen. Diese Kompetenzdelegation beruhe auf Art. 62 Abs. 2 des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10), wonach der Bundesrat den Erlass der notwendigen "administrativen und technischen" Vorschriften dem Bundesamt übertragen könne. Das Bundesverwaltungsgericht habe diese Delegation in seinem Urteil A-2045/2006 vom 17. Februar 2009, E. 3.2.2, als genügend zur Gebührenfestlegung durch die Vorinstanz erachtet. Die Delegation, administrative und technische Vorschriften zu erlassen, beinhalte demnach auch die Kompetenz, Gebühren zu bestimmen. Gemäss Art. 33 Abs. 1<sup>bis</sup> VÜPF habe sie, die Vorinstanz, die Kompetenz, die technischen und administrativen Einzelheiten der einzelnen Überwachungstypen in Richtlinien zu regeln. Nach der genannten Rechtsprechung

des Bundesverwaltungsgerichts könnten gemäss dieser Delegation die Richtlinien auch gebührenrelevante Aspekte beinhalten.

Bei einem Antennensuchlauf gegen unbekannte Täterschaft würden Telefonie-Randdaten von sehr vielen Teilnehmern erfasst. Daher müsse der Eingriff in die Rechte der mitbetroffenen Unverdächtigen gemäss gängiger Lehre minimal ausfallen und die Gefahr, dass Unschuldige in ein Strafverfahren verwickelt werden könnten, müsse sehr klein erscheinen. Demnach und obwohl die GebV-ÜPF keine explizite zeitliche Begrenzung für einen Antennensuchlauf vorsehe, sei eine entsprechende Bemessungsdauer festzulegen. Es sei nicht im Sinne der gesetzlichen Grundlagen, dass ein Antennensuchlauf über eine unbestimmt lange Zeitspanne angeordnet werden dürfe. Die OAR seien in Zusammenarbeit mit den Experten der Strafverfolgungsbehörden und den FDA erarbeitet worden. Die Sitzungen der Expertengruppen hätten ergeben, dass eine Zeitspanne von zwei Stunden für einen Antennensuchlauf angemessen sei, weshalb dies in die OAR aufgenommen worden sei. Gemäss Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts in seinem Urteil A-2045/2006 vom 17. Februar 2009, E. 5.2.3, genüge eine Sitzung mit Experten hinsichtlich der Aufwandschätzung. Die zeitliche Begrenzung eines Antennensuchlaufs auf zwei Stunden sei daher zulässig. Schliesslich habe sie den Beschwerdeführer im Vorfeld auch über die anfallenden Kosten informiert.

**6.3** In seiner Stellungnahme vom 15. März 2017 bestreitet der Beschwerdeführer die Auffassung der Vorinstanz. Es sei unzutreffend, dass trotz der an sich klaren Regelung in Art. 16 BÜPF und dem ausführenden Verordnungsrecht in der GebV-ÜPF eine zusätzliche, parallele Gebührenregelung via Art. 62 Abs. 2 FMG und der VÜPF gelten solle. Weder die GebV-ÜPF noch die VÜPF hätten ihre gesetzliche Grundlage in Art. 62 Abs. 2 FMG, sondern im BÜPF. Art. 17 BÜPF sei dabei die gesetzliche Grundlage für die VÜPF und diese besage, dass der Bundesrat Vollzugsvorschriften erlasse. Dazu gehöre die Gebührenregelung nicht, hierfür bestehe in Art. 16 BÜPF explizit eine separate gesetzliche Grundlage, worauf die GebV-ÜPF beruhe. Weder die VÜPF noch das FMG seien deshalb eine Grundlage für die Gebührenerhebung, sondern lediglich die auf dem BÜPF beruhende GebV-ÜPF.

## **6.4**

**6.4.1** Gebühren gehören zu den Kausalabgaben und stellen zusammen mit den Steuern die öffentlichen Abgaben dar. Gebühren sind das Entgelt

für eine bestimmte, von der abgabepflichtigen Person veranlasste Amtshandlung (Verwaltungsgebühr) oder für die Benutzung einer öffentlichen Einrichtung (Benutzungsgebühr; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 2764 ff.). Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage (Legalitätsprinzip) im Abgaberecht verlangt, dass sich öffentliche Abgaben auf eine formell-gesetzliche Grundlage stützen, welche diese in den Grundzügen umschreibt. Delegiert der Gesetzgeber die Kompetenz zur Festlegung einer Abgabe an eine nachgeordnete Behörde, so muss er zumindest den Kreis der Abgabepflichtigen, den Gegenstand und die Bemessungsgrundlagen der Abgabe selber festlegen (vgl. Art. 127 Abs. 1 und Art. 164 Abs. 1 Bst. d BV; BGE 132 II 371 E. 2.1 mit Hinweisen). Dabei ist dem Legalitätsprinzip bei Kausalabgaben, auch bei kostenunabhängigen, Genüge getan, wenn das formelle Gesetz die maximale Höhe der Abgabe im Sinne einer Obergrenze festlegt (BGE 126 I 180 E. 2a/bb und 121 I 230 E. 3g/aa mit Hinweisen). Nach den vom Bundesgericht aufgestellten Grundsätzen dürfen die Anforderungen an die formell-gesetzliche Grundlage herabgesetzt werden, wo das Mass der Abgabe durch überprüfbare verfassungsrechtliche Prinzipien (Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip) begrenzt wird und nicht allein der Gesetzesvorbehalt diese Schutzfunktion erfüllt. Das Kostendeckungs- und das Äquivalenzprinzip vermögen nur die Anforderungen an die gesetzliche Festlegung der Abgabe zu lockern, jedoch nicht eine gesetzliche Grundlage völlig zu ersetzen. Sie können einzig die Höhe bestimmter Kausalabgaben ausreichend begrenzen, so dass der Gesetzgeber deren Bemessung dem Ordnungsgeber überlassen darf, nicht aber die Umschreibung des Kreises der Abgabepflichtigen und des Gegenstandes der Abgabe (BGE 132 II 371 E. 2.1 mit Hinweisen; Urteile des BVGer A-3299/2016 vom 24. Mai 2017 E. 3.5.1 und A-7160/2015 vom 21. Dezember 2016 E. 3.2; vgl. auch HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2703 f.).

**6.4.2** Das Kostendeckungsprinzip gilt für kostenabhängige Kausalabgaben, falls keine (genügend bestimmte) formell-gesetzliche Grundlage besteht oder falls der Gesetzgeber ausdrücklich oder sinngemäss zum Ausdruck gebracht hat, dass die von ihm festgelegte Abgabe kostenabhängig sein soll. Es besagt, dass der Gebührenertrag die gesamten Kosten des betreffenden Verwaltungszweigs nicht oder nur geringfügig übersteigen soll, was eine gewisse Schematisierung oder Pauschalisierung der Abgabe nicht ausschliesst (BGE 141 V 509 E. 7.1.2, 126 I 180 E. 3a/aa).

**6.4.3** Das Äquivalenzprinzip konkretisiert das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Willkürverbot für den Bereich der Kausalabgaben (Art. 5 Abs. 2

und Art. 8 BV); es bestimmt, dass eine Gebühr nicht in einem offensichtlichen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen darf und sich in vernünftigen Grenzen halten muss (BGE 140 I 176 E. 5.2 mit Hinweisen). Der Wert der Leistung bemisst sich entweder nach dem wirtschaftlichen Nutzen, den sie dem Bürger verschafft (nutzenorientierte Betrachtung aus der Optik des Leistungsempfängers) oder nach dem Kostenaufwand der konkreten Inanspruchnahme im Verhältnis zum gesamten Aufwand des betreffenden Verwaltungszweigs, wobei schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrungen beruhende Massstäbe angelegt werden dürfen (aufwandorientierte Betrachtung aus der Optik des Leistungserbringers; BGE 126 I 180 E. 3a/bb; vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2788).

**6.4.4** Im Übrigen müssen öffentliche Abgaben, wenn nicht notwendigerweise in allen Teilen auf der Stufe des formellen Gesetzes, so doch in genügender Bestimmtheit zumindest in einer generell-abstrakten Rechtsnorm festgelegt sein (BGE 126 I 180 E. 2a/bb; 123 I 248 E. 2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2797).

## **6.5**

**6.5.1** 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). Die Entschädigungen und die Gebühren für die Dienstleistungen des Dienstes setzt der Bundesrat fest (Abs. 2). Gestützt auf Art. 16 Abs. 2 BÜPF erliess der Bundesrat die GebV-ÜPF (vgl. Ingress der GebV-ÜPF).

**6.5.2** Nach Art. 17 BÜPF erlässt der Bundesrat sodann die Vollzugsvorschriften. Gestützt darauf erliess der Bundesrat die VÜPF (vgl. Ingress der VÜPF). Diese definiert den Antennensuchlauf in Art. 16 Bst. e als "rückwirkende Eruierung aller an einem bestimmten Standort angefallenen mobilen Kommunikationsvorgänge während eines bestimmten Zeitraumes, sofern es zum Aufbau einer Kommunikation gekommen ist". Nach Art. 33 Abs. 1<sup>bis</sup> VÜPF regelt der Dienst durch Richtlinien die technischen und administrativen Einzelheiten der einzelnen Überwachungstypen. In Ziff. 6.1.1 OAR bestimmt der Dienst schliesslich in Bezug auf einen Antennensuchlauf nach Art. 16 Bst. e VÜPF, dass er eine Zeitspanne von maximal zwei Stunden

pro Zelle für den Suchlauf zur Verfügung stelle ("The PTSS provides a defined period of time of maximum 2 hours and one Cell-ID that is to be used for the search").

## 6.6

**6.6.1** Im hier zur Diskussion stehenden Art. 16 BÜPF ist der Gegenstand der Abgabe – einerseits die Kosten der FDA und andererseits der Aufwand der Vorinstanz für einzelne Überwachungsmaßnahmen – in einem Bundesgesetz geregelt. Art. 16 Abs. 1 BÜPF bezeichnet sodann explizit die anordnenden Behörden als abgabepflichtig für die Entschädigungen an die FDA. Auch aus dem gesetzlichen Kontext ergibt sich, dass es sich bei den Abgabepflichtigen um die Überwachungsmaßnahmen anordnenden Behörden handelt. Bei den Abgaben gilt es vorliegend zwischen den Entschädigungen an die FDA und den Gebühren für die Dienstleistungen der Vorinstanz zu unterscheiden. Daran ändert nichts, dass beide Abgaben nach der GebV-ÜPF schliesslich in Form einer Gesamtgebühr erhoben werden. In Bezug auf die Entschädigungen an die FDA bestimmt Art. 16 Abs. 1 BÜPF, dass sich diese nach den "Kosten der einzelnen Überwachung" bemessen. Damit ist die Bemessungsgrundlage (Kosten der FDA für die einzelne Überwachung) für die Entschädigungen an die FDA im Gesetz enthalten und das Mass der Abgabe muss nicht durch das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip begrenzt werden. Dass den von den FDA erbrachten Leistungen kein Handelswert zukommt, wie vom Beschwerdeführer behauptet, steht dem Legalitätsprinzip deshalb nicht entgegen. Was die Gebühren für die Dienstleistungen der Vorinstanz anbelangt, so enthält Art. 16 BÜPF keine Bemessungsgrundlage. Bei dieser Abgabe handelt es sich jedoch um das Entgelt für die Tätigkeit der Vorinstanz im Zusammenhang mit einer angeordneten Überwachungsmaßnahme und damit um eine Verwaltungsgebühr. Bei Verwaltungsgebühren vermögen das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip die Höhe der Gebühr ausreichend zu begrenzen (vgl. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2809; BGE 132 II 47 E. 4; Urteil des BVGer A-3299/2016 vom 24. Mai 2017 E. 3.5.3), weshalb vorliegend auf eine Bemessungsgrundlage im Gesetz verzichtet werden konnte.

Als Zwischenfazit kann somit festgehalten werden, dass die Delegation des Gesetzgebers an den Bundesrat zur Regelung der Entschädigungen an die FDA und der Gebühren für die Dienstleistungen der Vorinstanz in Art. 16 Abs. 2 BÜPF mit dem Legalitätsprinzip vereinbar ist.

**6.6.2** Wie erwähnt erliess der Bundesrat gestützt auf Art. 16 Abs. 2 BÜPF die GebV-ÜPF. Nach deren aArt. 2 Abschnitt A beträgt die Gebühr für eine Zellanalyse im Rahmen eines Antennensuchlaufes nach Art. 16 Bst. e VÜPF Fr. 600.–. Eine zeitliche Einschränkung für den Antennensuchlauf bzw. eine bestimmte Zeitspanne, für welche diese Gebühr gelten soll, lässt sich der GebV-ÜPF nicht entnehmen und auch Art. 16 Bst. e VÜPF sieht für den Antennensuchlauf keine Maximaldauer vor, sondern spricht einzig von der rückwirkenden Eruiierung von Kommunikationsvorgängen "*während eines bestimmten Zeitraumes*". Die Vorinstanz verrechnete für den siebenstündigen Antennensuchlauf jedoch pro ausgewertete Zelle vier Aufträge und erhob dadurch das Vierfache der in aArt. 2 Abschnitt A GebV-ÜPF vorgesehenen Gebühr von Fr. 600.–, insgesamt Fr. 2'400.–. Dabei stützte sie sich auf Ziff. 6.1.1 OAR, wonach die maximale Zeitspanne für einen Antennensuchlauf zwei Stunden beträgt.

Die OAR, welche eine Richtlinie der Vorinstanz zur Regelung der organisatorischen und administrativen Einzelheiten darstellen, nur in englischer Sprache vorliegen und nicht in der Amtlichen Sammlung des Bundesrechts (AS) veröffentlicht wurden, vermögen entgegen der Ansicht der Vorinstanz keine dem Legalitätsprinzip genügende Grundlage zur Gebührenbemessung darzustellen. Hierfür mangelt es bereits am Erfordernis der rechtsatzmässigen Form. Abgesehen davon wurden die OAR nach Angaben der Vorinstanz gestützt auf Art. 33 Abs. 1<sup>bis</sup> VÜPF, welcher dieser die Kompetenz zur Regelung der technischen und administrativen Einzelheiten der einzelnen Überwachungstypen in Richtlinien überträgt, erlassen. Grundlage des Art. 33 Abs. 1<sup>bis</sup> VÜPF bildet jedoch Art. 17 BÜPF, welcher den Bundesrat zum Erlass von Vollzugsvorschriften zum BÜPF ermächtigt, und nicht Art. 16 Abs. 2 BÜPF, welcher Grundlage der Delegation zur Gebührenfestlegung an den Bundesrat darstellt. Nachdem das BÜPF mit Art. 16 Abs. 2 eine explizite Grundlage zur Gebührenregelung enthält, können Vollzugsvorschriften im Sinne von Art. 17 BÜPF nicht parallel dazu ebenfalls noch die Gebührenbemessung zum Gegenstand haben. Diese hat daher ausschliesslich an Art. 16 Abs. 2 BÜPF anzuknüpfen, was bei den OAR – wie dargelegt – jedoch nicht der Fall ist. Die gestützt auf Art. 16 Abs. 2 BÜPF erlassene GebV-ÜPF räumt der Vorinstanz sodann keine Kompetenz ein, die darin festgelegten Gebühren in Richtlinien oder in anderer Form näher zu bestimmen oder abzuändern. Einzig in Bezug auf nicht in der GebV-ÜPF aufgeführte Dienstleistungen sehen Art. 4 und 4a GebV-ÜPF vor, dass die Vorinstanz die Gebühren bzw. Entschädigungen an die FDA im Einzelfall nach Zeit- und Sachaufwand festzulegen hat, wobei die

GebV-ÜPF hierzu die anwendbaren Stundenansätze vorgibt. Eine Kompetenz, die in aArt. 2 Abschnitt A GebV-ÜPF festgelegte Gebühr von Fr. 600.– für eine Zellanalyse im Rahmen eines Antennensuchlaufs nach Art. 16 Bst. e VÜPF abzuändern oder auf eine bestimmte Zeitdauer des Suchlaufes zu beschränken, kommt der Vorinstanz gemäss der GebV-ÜPF nicht zu. Wie dargelegt wurde, kann eine solche auch nicht durch eine Regelung in der gestützt auf Art. 17 BÜPF erlassenen VÜPF hergeleitet werden. Die zeitliche Beschränkung eines Antennensuchlaufes auf maximal zwei Stunden in Ziff. 6.1.1 OAR ist daher in Bezug auf die Gebührenbemessung unbeachtlich. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die OAR von der Vorinstanz in Zusammenarbeit mit den Experten der Strafverfolgungsbehörden und der FDA erarbeitet wurden. Eine gebührenrelevante zeitliche Begrenzung eines Antennensuchlaufes hätte in der GebV-ÜPF geregelt werden müssen. Da die GebV-ÜPF keine solche Einschränkung vorsieht, gilt die Gebühr von Fr. 600.– gemäss aArt. 2 Abschnitt A GebV-ÜPF für den gesamten siebenstündigen Antennensuchlauf.

Dass die zeitliche Beschränkung auf zwei Stunden in den OAR dem Legalitätsprinzip nicht standhält, hat nun offenbar auch der Gesetzgeber erkannt. Die Totalrevision der GebV-ÜPF sieht vor, dass die in den OAR geregelte Zeitbeschränkung auf zwei Stunden pro Antennensuchlauf neu im Anhang der GebV-ÜPF verankert werden soll (vgl. Anhang des Vorentwurfes vom März 2017 zur GebV-ÜPF; Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement, Erläuternder Bericht zur Totalrevision der GebV-ÜPF, 2017, S. 16).

**6.6.3** Nichts zu ihren Gunsten abzuleiten vermag die Vorinstanz sodann aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-2045/2006 vom 17. Februar 2009. Darin ging es zwar ebenfalls um die Festsetzung der Gebühren für Antennensuchläufe, in Abweichung zur vorliegenden Konstellation war diese Überwachungsmassnahme im dazumal geltenden Art. 16 VÜPF (Fassung vom 31. Oktober 2001, AS 2001 3111, in Kraft von 1. Januar 2002 bis 31. Dezember 2011) allerdings noch nicht enthalten. Entsprechend sah die damals massgebende und inzwischen aufgehobene Verordnung des UVEK vom 21. Juni 2000 über die Gebühren und Entschädigungen bei der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (AS 2000 1760) auch keine Pauschalentschädigung vor, weshalb Art. 6 der erwähnten Verordnung, wonach die Vorinstanz die Entschädigungen an die FDA für nicht in der Verordnung aufgeführte Dienstleistungen festlegt, zur Anwendung gelangte. Diese Bestimmung entspricht inhaltlich den heutigen Art. 4 und 4a GebV-ÜPF. Das Bundesverwaltungsgericht hielt hierzu fest,

dass eine solche Unterdelegation an die Vorinstanz zulässig sei, sofern sie auf einer Rechtsgrundlage beruhe. Eine solche erachtete es mit Art. 62 FMG, welcher bestimmt, dass der Bundesrat den Erlass der notwendigen administrativen und technischen Vorschriften dem Bundesamt übertragen könne, als gegeben.

Unabhängig davon, ob Art. 62 FMG tatsächlich als zutreffende Rechtsgrundlage angesehen werden kann, lässt sich aus dem erwähnten Urteil des Bundesverwaltungsgerichts für den vorliegenden Fall höchstens schliessen, dass die in Art. 4 und 4a GebV-ÜPF vorgesehene Unterdelegation an die Vorinstanz zur Gebührenfestlegung für nicht in der GebV-ÜPF aufgeführte Dienstleistungen zulässig ist. Auf diese Grundlagen hat sich die Vorinstanz vorliegend jedoch gerade nicht gestützt. Hingegen kann daraus nicht abgeleitet werden, der Vorinstanz käme auch die Kompetenz zu, in der GebV-ÜPF bereits festgelegte Gebühren für bestimmte Dienstleistungen, wie das bei Antennensuchläufen bei leitungsvermittelten Fernmeldediensten inzwischen der Fall ist, näher zu bestimmen oder abzuändern. Hierfür fehlt es in der GebV-ÜPF an einer entsprechenden Unterdelegation. Die VÜPF stützt sich sodann nicht auf Art. 62 FMG, sondern auf Art. 17 BÜPF, welcher – wie bereits ausgeführt – nicht die Gebührenbemessung beinhaltet. Art. 33 Abs. 1<sup>bis</sup> VÜPF und die darin enthaltene Unterdelegation an die Vorinstanz zur Regelung der technischen und administrativen Einzelheiten vermag deshalb keine Grundlage zur Gebührenbemessung darzustellen. Andernfalls könnte die Vorinstanz die vom Bundesrat festgesetzten Gebühren verändern, ohne dass die für die Gebühren massgebende Verordnung der Vorinstanz eine entsprechende Kompetenz einräumt. Die OAR können deshalb auf die Gebührenbemessung keinen Einfluss haben.

**6.6.4** Des Weiteren kann auch nicht gesagt werden, dass zwingend eine zeitliche Begrenzung für einen Antennensuchlauf festgelegt werden muss. Zwar ist es zutreffend, dass bei Rasterfahndungen mittels Antennensuchläufen der Eingriff in die Rechte der mitbetroffenen Unverdächtigen minimal ausfallen und die angepeilte verdächtige Schnittmenge der abgeglichenen Verkehrs- und Rechnungsdaten voraussichtlich klein sein muss (vgl. Urteil des BGer 1B\_376/2011 vom 3. November 2011 E. 5.6 und 6.1), die Einhaltung dieser Kriterien ist jedoch nicht durch die Vorinstanz sicherzustellen. Hierzu sind die Zwangsmassnahmengerrichte zuständig, welche die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs zu bewilligen haben (vgl. Art. 18 und 272 Abs. 1 StPO). Diese können zeitlich allenfalls zu umfang-

reichen Antennensuchläufen die Bewilligung verweigern. Die zeitliche Einschränkung erfolgt somit im Einzelfall über die Zulässigkeit. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz ist es deshalb nicht zwingend erforderlich, die in Art. 16 Bst. e VÜPF enthaltene Definition eines Antennensuchlaufes, welche von mobilen Kommunikationsvorgängen "*während eines bestimmten Zeitraumes*" spricht, weiter zu konkretisieren und eine Höchstdauer festzulegen.

**6.6.5** Schliesslich vermag auch die Tatsache, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer im Vorfeld über die mutmasslichen Kosten der Überwachungsmassnahmen informierte, das Fehlen einer dem Legalitätsprinzip genügenden Grundlage für die in Rechnung gestellten Gebühren nicht zu ersetzen. Der Beschwerdeführer hat denn der Vorinstanz auch ausdrücklich mitgeteilt, dass in Bezug auf die Bemessung der Gebühren ein Dissens bestehe, welcher allenfalls auf dem gesetzlich vorgesehenen Weg zu klären sei. Ein vorgängiges Einverständnis mit der Gebührenhöhe liegt demnach nicht vor, weshalb für die in Rechnung gestellten Gebühren auch keine konsensuale Grundlage besteht.

**6.6.6** Zusammengefasst ergibt sich aus dem vorstehend Ausgeführten, dass die Vorinstanz für den siebenstündigen Antennensuchlauf pro Zellanalyse zu Unrecht vier Aufträge zu je Fr. 600.–, insgesamt somit Fr. 2'400.–, verrechnete. Für eine gebührenrelevante Beschränkung der Suchläufe auf maximal zwei Stunden besteht keine genügende gesetzliche Grundlage. Vielmehr gilt für eine Zellanalyse im Rahmen eines Antennensuchlaufes nach Art. 16 Bst. e VÜPF unabhängig von der Zeitdauer des Suchlaufes eine Gebühr von Fr. 600.–. Entsprechend ist vorliegend für den gesamten siebenstündigen Antennensuchlauf eine Gebühr von Fr. 600.– pro ausgewerteter Zelle zu erheben.

## **7.**

Nachdem betreffend die CS-Daten die Gebührenhöhe für eine Zellanalyse feststeht, gilt es die Anzahl verrechenbarer Zellen zu klären.

**7.1** Der Beschwerdeführer rügt eine Doppelverrechnung von Gebühren für Zellen, welche sich die FDA Salt und upc "teilen" würden. Upc benütze die Netze von Salt, speichere die Daten aber in ihrem eigenen System. Die Vorinstanz stelle sich auf den Standpunkt, dass sowohl upc wie auch Salt Anspruch auf eine volle Benutzungsgebühr von Fr. 600.– hätten. Nach Art. 2 Abschnitt A GebV-ÜPF gelte aber etwas anderes: Der Antennensuchlauf beziehe sich auf das "bekannte Adressierungselement" "Cell-ID".

Die Gebühr von Fr. 600.– sei pro Cell-ID geschuldet und nicht für sämtliche eingemieteten FDA. Dass sich Salt und upc eine Cell-ID "teilen" würden, könne nicht zu seinem Nachteil sein. Darüber hinaus sei der Überwachungsauftrag nach Art. 15 BÜPF, wenn an der zu überwachenden Fernmeldedienstleistung mehrere Anbieterinnen beteiligt seien, nur der zuständigen FDA zu erteilen. Alle Beteiligten seien verpflichtet, ihre Daten der beauftragten Anbieterin zu liefern. Die Entschädigung nach Art. 16 Abs. 1 BÜPF werde an die beauftragte Anbieterin entrichtet. Die Aufteilung unter den Beteiligten sei Sache der Anbieterinnen. Art. 15 BÜPF beziehe sich auf Verträge, "bei denen zwei oder mehr Anbieterinnen sich gegenseitig die festen Einrichtungen zur Verfügung stellen" würden. Daraus folge, dass Salt von upc die entsprechenden Daten hätte erhalten und weiterleiten müssen; für beide miteinander betrage die Gebühr Fr. 600.–. Für die Verdoppelung der Gebühr fehle es ebenfalls an einer generell-abstrakten Rechtsnorm. Er, der Beschwerdeführer, habe um Auswertung von insgesamt 62 Zellen der Salt ersucht. Die Vorinstanz habe diese doppelt verrechnet, was Art. 15 BÜPF und Art. 2 Abschnitt A GebV-ÜPF widerspreche.

**7.2** Die Vorinstanz vertritt demgegenüber den Standpunkt, dass sowohl Salt als auch upc eine volle Entschädigung von Fr. 600.– pro Zelle zustehe. Wenn zwei oder mehrere FDA sich eine Zelle teilen würden, sei jede beteiligte FDA verantwortlich für die Daten ihrer eigenen Kunden. Im Rahmen eines Antennensuchlaufes habe demnach jede beteiligte FDA bezüglich der Datenlieferung den genau gleichen Aufwand, wie wenn es sich bei der geteilten Zelle um eine eigene Zelle handeln würde. Voraussetzung für die Anwendung von Art. 15 Abs. 2 BÜPF sei, dass an der zu überwachenden Fernmeldedienstleistung mehrere Anbieterinnen beteiligt seien. Anknüpfungspunkt sei die Dienstleistung, nicht die Überwachung. Im vorliegenden Fall seien die FDA Salt und upc nicht an der gleichen Dienstleistung beteiligt, sondern würden ihren eigenen Kunden je unterschiedliche Dienstleistungen anbieten.

**7.3** Sind an der zu überwachenden Fernmeldedienstleistung mehrere Anbieterinnen beteiligt, so erteilt der Dienst derjenigen Anbieterin den Überwachungsauftrag, die für die Verwaltung der Nummer zuständig ist oder die Überwachung mit dem geringsten technischen Aufwand vollziehen kann. Alle beteiligten Anbieterinnen sind verpflichtet, ihre Daten der beauftragten Anbieterin zu liefern. Die Entschädigung nach Artikel 16 Absatz 1 wird an die beauftragte Anbieterin entrichtet. Die Aufteilung unter den Beteiligten ist Sache der Anbieterinnen (Art. 15 Abs. 2 BÜPF). Art. 15 Abs. 2 BÜPF regelt das Problem, dass in vielen Fällen eine Telefonnummer zwar

von einer bestimmten Anbieterin an den Kunden vergeben wird, diese Anbieterin aber mit anderen Anbieterinnen Verträge hat, die es dem Kunden ermöglicht, auch deren Netze zu benutzen. Voraussetzung für die Anwendung von Art. 15 Abs. 2 BÜPF ist, dass an der zu überwachenden Fernmeldedienstleistung mehrere Anbieterinnen beteiligt sind. Anknüpfungspunkt ist die Dienstleistung, nicht die Überwachung (THOMAS HANSJAKOB, Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 2. Aufl., St.Gallen 2006, Art. 15 BÜPF N 7 und 9).

**7.4** Die Rüge des Beschwerdeführers ist unbegründet. Mit Art. 15 Abs. 2 BÜPF wird die Beteiligung mehrerer FDA an einer Dienstleistung gleichgestellt mit dem Fall, in welchem die Dienstleistung vollumfänglich von nur einer FDA erbracht wird. Damit wird verhindert, dass für die Überwachung einer einzigen Dienstleistung mehrere Aufträge erteilt werden müssen und auch ein Mehrfaches an Gebühren anfällt, nur weil an der zu überwachenden Dienstleistung mehrere FDA beteiligt sind. Die Zusammenarbeit mehrerer FDA gereicht der anordnenden Behörde dadurch nicht zum Nachteil. Da upc unbestritten das Netz von Salt nutzt, sind an den Dienstleistungen von upc beide FDA beteiligt. Gestützt auf Art. 15 Abs. 2 BÜPF wäre für die Überwachung der Dienstleistungen bzw. Nummern von upc somit tatsächlich nur ein Auftrag zu erteilen. Vorliegend wurden nun aber nicht nur die Dienstleistungen bzw. Nummern von upc überwacht, sondern zusätzlich auch diejenigen von Salt. Damit liegen Dienstleistungen, woran anzuknüpfen ist, von zwei FDA vor, weshalb entsprechend zwei Aufträge zu erteilen waren und beiden FDA eine volle Entschädigung nach Art. 16 Abs. 1 BÜPF zusteht. Würde upc ihr eigenes Netz betreiben und ihre Dienstleistungen somit alleine erbringen, würde es sich gleich verhalten. Der Umstand, dass upc die Netze von Salt nutzt, wirkt sich somit vorliegend nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers aus. Würde man der Ansicht des Beschwerdeführers folgen, erhielten vielmehr die beiden FDA alleine aufgrund der gemeinsamen Nutzung des Netzes keine volle Entschädigung und würden dadurch schlechter gestellt als im Falle des Betriebens eines eigenen Netzes.

**7.5** Nicht zutreffend ist sodann, dass die Gebühr von Fr. 600.– pro "Cell-ID" geschuldet ist, unabhängig davon, ob eine solche von einer oder mehreren FDA für ihre Dienstleistungen benutzt wird. Nach Art. 16 Abs. 1 BÜPF haben die FDA Anspruch auf eine Entschädigung für die ihr durch die Überwachung entstandenen Kosten. Werden mehrere FDA mit der Überwachung bzw. Auswertung von Zellen beauftragt, so sind auch sämtliche FDA

dafür zu entschädigen. Zur Bemessung der Entschädigungshöhe stellt die GebV-ÜPF auf die Anzahl ausgewerteter Zellen ab und geht dabei davon aus, dass die Kosten zur Auswertung einer Zelle Fr. 600.– betragen. Dadurch erfolgt eine Pauschalierung des Aufwandes. Objekt der Abgabe ist aber der Kostenaufwand der FDA und nicht die "Cell-ID". Diese dient im Rahmen der pauschalierten Gebührenerhebung nur als Berechnungsinstrument. Die Gebühr von Fr. 600.– pro "Cell-ID" gilt daher für jede beauftragte FDA und zwar auch dann, wenn mehrere FDA dasselbe Netz und damit dieselben Zellen für ihre Dienstleistungen nutzen.

**7.6** Dass die Vorinstanz sowohl Salt als auch upc eine volle Entschädigung von Fr. 600.– pro ausgewerteter Zelle zusprach und dem Beschwerdeführer in Rechnung stellte, ist nach dem Ausgeführten somit nicht zu beanstanden. Für die Gebührenbemessung kann deshalb auf die von der Vorinstanz verrechnete Anzahl von 170 Zellen abgestellt werden. Darauf hinzuweisen bleibt, dass eine "Doppelverrechnung", wie sie der Beschwerdeführer geltend macht, nicht für 62 Zellen erfolgte, sondern lediglich für vier Zellen. Entgegen der ursprünglichen Ankündigung der Vorinstanz, die am 28. Dezember 2015 in Auftrag gegebenen 58 Zellen betreffend Salt (vormals Orange) sowohl bei Salt als auch bei upc überprüfen zu lassen und hierfür folglich Gebühren für 116 Zellen zu erheben, wurden die 58 Zellen aufgeteilt in 29 Zellen bei Salt sowie 29 Zellen bei upc und dementsprechend verrechnet. Die Rechnung vom 16. Februar 2016 beinhaltet 29 Zellen bei Salt (CS-Daten) und 29 Zellen bei upc (CS- und PS-Daten), die Rechnung vom 18. April 2016 sodann noch 29 Zellen bei Salt (PS-Daten). In Bezug auf die CS-Daten wurden somit nur je 29 Zellen in Rechnung gestellt und nicht 58. Der Beschwerdeführer hat denn auch gemäss seinen Anordnungen vom 28. Dezember 2015, 2. März 2016 und 13. April 2016 die Auswertung von insgesamt 166 Zellen verlangt und – wie sich aus den einzelnen Rechnungen und auch der angefochtenen Verfügung ergibt – die Vorinstanz schliesslich Gebühren für 170 Zellen erhoben.

## **8.**

Nach dem bisher Ausgeführten ergibt sich in Bezug auf die CS-Daten somit eine Gebühr von Fr. 102'000.– (170 Zellen zu je Fr. 600.–). Damit erweisen sich die von der Vorinstanz für die CS-Daten in Rechnung gestellten Beträge als überhöht, weshalb die angefochtene Verfügung vom 27. Juli 2016 aufzuheben ist. Zu prüfen bleibt, ob diese aus vom Beschwerdeführer vorgebrachten Gründen weiter zu reduzieren ist.

## **9.**

**9.1** Der Beschwerdeführer beantragt schliesslich – allerdings auf der Grundlage der von der Vorinstanz verfügten Gebührenhöhe – eine Reduktion der Gebühren auf ein dem Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip genügendes Mass. Diese Prinzipien würden nicht nur als Surrogat für die gesetzliche Grundlage dienen, wenn die gesetzliche Regelung zu unbestimmt ausgefallen sei, sondern auch materiell als Massstab zur Überprüfung der Höhe einer Gebühr bei genügend bestimmter gesetzlicher Regelung im Einzelfall. Die von der Vorinstanz verfügte Gebühr würde diesen Prinzipien widersprechen.

Art. 16 Abs. 1 BÜPF gewähre sodann keine volle Entschädigung, darauf sei bewusst verzichtet worden. Vielmehr sollen nur etwa 80% der Aufwendungen abgedeckt werden. Zu unterscheiden sei zwischen den Fix- bzw. Investitionskosten, welche nach Art. 16 Abs. 1 BÜPF zu Lasten der FDA gehen würden, und den variablen Kosten, die im Zusammenhang mit einer einzelnen Überwachung tatsächlich anfallen und entschädigungsfähig seien. Eine "angemessene Entschädigung" nach Art. 16 Abs. 1 BÜPF sei auf 80% der variablen Kosten beschränkt. Die variablen Kosten seien von den FDA nachzuweisen und die Gebühr auf höchstens 80% dieser Kosten zu reduzieren.

**9.2** Die Vorinstanz hingegen erachtet sowohl das Kostendeckungs- als auch das Äquivalenzprinzip als eingehalten.

## **9.3**

**9.3.1** Art. 16 Abs. 1 BÜPF bestimmt, dass die Fixkosten von Überwachungen zu Lasten der Anbieterinnen gehen, während die variablen Kosten der einzelnen Überwachung angemessen entschädigt werden (THOMAS HANS-JAKOB, a.a.O., Art. 16 BÜPF N 2). Massgebend zur Bestimmung einer angemessenen Entschädigung im Sinne von Art. 16 Abs. 1 BÜPF sind somit die variablen Kosten einer Überwachungsmassnahme (vgl. auch das Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 16. Mai 2003 und 24. November 2003, VPB 68.100 Ziff. 1.6).

**9.3.2** Als Massstab zur Überprüfung der Entschädigungshöhe erweisen sich das Kostendeckungs- und Äquivalenzprinzip in der vorliegenden Konstellation als wenig geeignet. Diese Prinzipien sind ausgerichtet auf die Überprüfung von Gebühren für Verwaltungstätigkeiten. Vorliegend geht es

jedoch um die Entschädigung der ausserhalb der Bundesverwaltung stehenden FDA durch die anordnenden Behörden. Nur die Rechnungsstellung erfolgt über eine Behörde der Bundesverwaltung. Sodann spricht Art. 16 Abs. 1 BÜPF von einer "angemessenen Entschädigung für die Kosten der einzelnen Überwachung" und 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. Zwischen den Parteien unbestritten ist sodann, dass kein Markt für Antennensuchläufe besteht. Der Wert der von den FDA erbrachten Leistungen wäre deshalb nicht anhand eines Marktwertes zu bestimmen, sondern nach dem Kostenaufwand (vgl. vorstehend E. 6.4.3). Eine Überprüfung nach dem Äquivalenzprinzip wäre somit redundant, zumal die Angemessenheit der Entschädigung ohnehin anhand der variablen Kosten einer Überwachungsmassnahme zu beurteilen ist.

**9.3.3** 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 Pauschalierung 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 Pauschalierung einen Spielraum (Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 16. Mai 2003 und 24. November 2003, VPB 68.100 Ziff. 1.6; HANSJAKOB, a.a.O. Art. 16 BÜPF N 10). Nach anderer Ansicht habe der Gesetzgeber durch die Wahl des Begriffs "angemessene Entschädigung" bewusst auf eine volle Entschädigung verzichtet (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 2017 zur Totalrevision des BÜPF, worin die Regelung von Art. 16 BÜPF in Art. 38 nBÜPF übernommen wird, soll eine Entschädigung von beispielsweise 80% der variablen Kosten angemessen sein (vgl. Botschaft vom 27. Februar 2013 zum nBÜPF, BBI 2013 2759). Art. 4a Abs. 4 GebV-ÜPF bestimmt sodann in Bezug auf nicht in der Verordnung aufgeführte Dienstleistungen explizit, dass die Entschädigungen 80% des gesamten Zeit- und Sachaufwands decken.

**9.3.4** Nach Art. 16 Abs. 2 BÜPF regelt der Bundesrat die Entschädigungen. Gestützt darauf erliess er die GebV-ÜPF und entschied sich dabei für das

Prinzip der pauschalierten Gebührenerhebung, wobei er den Vorgaben von Art. 16 Abs. 1 BÜPF seiner Ansicht nach Rechnung trug. Basis der Gebührenordnung bilde die Kostenstruktur der FDA, die in Zusammenarbeit mit einer repräsentativen Gruppe von FDA (grosse, mittlere und kleine Anbieterinnen von Telefon- und/oder Internetdiensten) von einem externen, unabhängigen Beratungsinstitut erhoben worden seien. Gestützt darauf sei ein durchschnittlicher Aufwand für bestimmte Überwachungsmaßnahmen, die in Gesetz und Verordnung abschliessend geregelt seien, ermittelt worden (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?"). Eine solche Pauschalierung ist nicht zu beanstanden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dürfen denn auch "schematische, auf Wahrscheinlichkeit und Durchschnittserfahrung beruhende Massstäbe angelegt werden" (BGE 139 III 334 E. 3.2.4). Dies führt zwangsläufig dazu, dass der Kostendeckungsgrad im Einzelfall unterschiedlich ausfällt. Allerdings muss auch eine Pauschalentschädigung nach der GebV-ÜPF in einem angemessenen Verhältnis zum verursachten Aufwand stehen (vgl. Urteil des BVGer A-2045/2007 vom 17. Februar 2009 E. 3.3.4; Urteil des Bundesstrafgerichts BB.2009.4 vom 22. Juli 2009 E. 2.2). Dies lässt sich jedoch nicht abstrakt an einem bestimmten Kostendeckungsgrad festmachen. Es liegt in der Natur eines unbestimmten Rechtsbegriffes, dass dieser im Einzelfall unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände zu konkretisieren ist. Ein Anspruch darauf, dass die Entschädigung maximal 80% der variablen Kosten der FDA betragen darf, wie dies der Beschwerdeführer geltend macht, ergibt sich aus den gesetzlichen Grundlagen jedenfalls nicht. Vielmehr ist im konkreten Einzelfall zu beurteilen, ob die auf Grundlage der GebV-ÜPF errechnete Entschädigung im Verhältnis zu den bei den FDA angefallenen variablen Kosten einer Überwachungsmaßnahme unter Berücksichtigung der massgebenden Umstände und der Interessenlage noch als angemessen anzusehen ist, wobei durchaus ein gewisser Ermessensspielraum besteht.

**9.3.5** Die variablen Kosten der FDA für die vorliegend durchgeführten Überwachungsmaßnahmen sind dem Bundesverwaltungsgericht nicht bekannt, weshalb es nicht beurteilen kann, ob betreffend die CS-Daten eine Entschädigung von Fr. 102'000.– als angemessen im Sinne von Art. 16 Abs. 1 BÜPF anzusehen ist. Die Angelegenheit ist daher zur Einholung von Kostenaufstellungen zu den variablen Kosten der FDA an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird anhand dieser zu beurteilen haben, ob die Entschädigung bzw. Gebühr von insgesamt Fr. 102'000.– für die CS-

Daten als angemessen anzusehen ist. Allenfalls wird sie diese sodann auf ein angemessenes Mass zu reduzieren haben.

## **10.**

Nachdem vorstehend eine Prüfung der Gebühren betreffend die leitungsvermittelten Fernmeldedienste (CS-Daten) erfolgte, gilt es nachfolgend die von der Vorinstanz erhobenen Gebühren für die Antennensuchläufe bei paketvermittelten Fernmeldediensten (PS-Daten) zu prüfen. Die Vorinstanz stellte dem Beschwerdeführer hierfür analog zu den CS-Daten einen Betrag von insgesamt Fr. 408'000.– in Rechnung.

**10.1** Der Beschwerdeführer bringt hierzu vor, in der GebV-ÜPF fehle eine pauschale Gebühren- und Entschädigungsposition für die PS-Daten. Mangels rechtssatzmässiger Grundlage sei die angefochtene Verfügung betreffend die Gebühren für PS-Daten aufzuheben. Die Vorinstanz vertrete die Auffassung, weil der Aufwand der FDA für die Lieferung der PS-Daten mindestens gleich gross sei wie für die CS-Daten, seien auch die Entschädigungen gleich hoch. Für Analogieschlüsse belasse das Gesetzmässigkeitsprinzip im Abgaberecht jedoch keinen Raum. Auch die Information der Vorinstanz über die zu erwartenden Gebühren stelle keine hinreichende Grundlage zur Gebührenerhebung dar. Entschädigungen für nicht aufgeführte Dienstleistungen seien nach Art. 4a Abs. 1 GebV-ÜPF von der Vorinstanz nach Zeit- und Sachaufwand festzulegen. Die Vorinstanz habe in der angefochtenen Verfügung die Entschädigung für die Lieferung der PS-Daten in analoger Anwendung von Art. 2 Abschnitt A GebV-ÜPF pauschaliert statt nach Aufwand abzurechnen und damit Art. 4a GebV-ÜPF fälschlicherweise die Anwendung versagt. Dies sei unzulässig.

**10.2** Die Vorinstanz macht demgegenüber geltend, dass sie über die Kompetenz verfüge, die Gebühren für nicht standardisierte Überwachungsmaßnahmen festzulegen. Im Rahmen dieser Kompetenz habe sie nach Absprache mit den FDA den Aufwand für die Lieferung der PS-Daten gleichermassen in Rechnung gestellt wie denjenigen für die CS-Daten. Bei einem Antennensuchlauf falle gemäss den betroffenen FDA der Aufwand für die Lieferung der PS-Daten gleich aus, wie derjenige für die Lieferung der CS-Daten. Diese Aussage sei nachvollziehbar.

**10.3** Die Rüge des Beschwerdeführers ist begründet. Antennensuchläufe bei paketvermittelten Fernmeldediensten (PS-Daten) sind in der GebV-ÜPF nicht aufgeführt und es ist hierfür keine Pauschalgebühr vorgesehen. Für solche Dienstleistungen bestimmen nun aber Art. 4 und 4a GebV-ÜPF

ausdrücklich, dass die Vorinstanz die Gebühr für ihre Dienstleistungen (Art. 4 Abs. 1 GebV-ÜPF) sowie die Entschädigung an die FDA (Art. 4a Abs. 1 GebV-ÜPF) im Einzelfall nach Sach- und Zeitaufwand festzulegen hat und geben hierfür auch die massgebenden Stundenansätze vor. Die FDA müssen der Vorinstanz eine detaillierte Abrechnung ihres Aufwands einreichen. Der Zeitaufwand ist auf die Viertelstunde genau unter Angabe der genauen Tätigkeit anzugeben. Der Sachaufwand ist detailliert mit Rechnung zu belegen (Art. 4a Abs. 3 GebV-ÜPF). Zu entschädigen sind sodann 80% des gesamten Sach- und Zeitaufwands der FDA (Art. 4a Abs. 4 GebV-ÜPF). An diese gesetzlichen Vorgaben ist die Vorinstanz gebunden. Für eine analoge Anwendung des für die CS-Daten in aArt. 2 Abschnitt A GebV-ÜPF vorgesehenen Gebührenansatzes lässt die GebV-ÜPF keinen Raum. Indem die Vorinstanz die Gebühren bzw. Entschädigungen an die FDA für die Lieferung der PS-Daten analog derjenigen der CS-Daten festsetzte, anstatt diese in Anwendung von Art. 4 und 4a GebV-ÜPF nach Aufwand zu berechnen, verletzt sie die GebV-ÜPF. Daran ändert auch nichts, dass der Aufwand der FDA für die Lieferung der PS-Daten allenfalls gleich hoch ausgefallen ist wie für die Lieferung der CS-Daten.

Sodann vermag auch hier die Tatsache, dass die Vorinstanz den Beschwerdeführer im Vorfeld über die mutmasslichen Kosten der Überwachungsmassnahmen informierte, keine Grundlage für die in Rechnung gestellten Gebühren darzustellen, zumal der Beschwerdeführer die Höhe der in Aussicht gestellten Gebühren explizit ablehnte und festhielt, dass diesbezüglich ein Dissens bestehe (vgl. auch vorstehend E. 6.6.5).

Die angefochtene Verfügung ist deshalb aufzuheben und die Angelegenheit zur Festsetzung der Gebühren für die Antennensuchläufe bei paketvermittelten Fernmeldediensten (PS-Daten) nach Massgabe von Art. 4 und 4a GebV-ÜPF an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## 11.

Zusammengefasst lässt sich festhalten, dass kein Anspruch auf Gebührenbefreiung besteht. In diesem Punkt ist die Beschwerde abzuweisen. In Bezug auf die Gebührenhöhe ergibt sich, dass die Vorinstanz für den siebenstündigen Antennensuchlauf zu Unrecht vier Aufträge zu je Fr. 600.– pro Zellanalyse verrechnete. Für eine gebührenrelevante Beschränkung der Suchläufe auf maximal zwei Stunden besteht keine genügende gesetzliche Grundlage. Vielmehr gilt für eine Zellanalyse im Rahmen eines Antennensuchlaufes nach Art. 16 Bst. e VÜPF unabhängig von der Zeitdauer des Suchlaufes eine Gebühr von Fr. 600.–. Für die CS-Daten resultiert dadurch

bei 170 verrechenbaren Zellen eine Gebühr von Fr. 102'000.–, wobei die Vorinstanz anhand der variablen Kosten der FDA noch zu prüfen haben wird, ob dieser Betrag allenfalls noch weiter auf ein angemessenes Mass zu reduzieren ist. Schliesslich erweist sich die Festsetzung der Gebühren für die PS-Daten analog zu denjenigen der CS-Daten als unzulässig. Diese sind korrekterweise in Anwendung von Art. 4 und 4a GebV-ÜPF nach Aufwand zu berechnen. Entsprechend ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, die angefochtene Verfügung aufzuheben und die Angelegenheit zur Neufestsetzung der Gebühren im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **12.**

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

**12.1** 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).

Die Vorinstanz verfügte für die CS- und PS-Daten Gebühren von je Fr. 408'000.–, total Fr. 816'000.–. Mit der vorliegenden Beschwerde beantragte der Beschwerdeführer den vollständigen Verzicht auf die Gebührenerhebung. Aus den Erwägungen ergibt sich, dass eine Gebührenerhebung durch die Vorinstanz zwar rechtens war, die Gebühren für die CS-Daten jedoch auf mindestens einen Viertel zu reduzieren und diejenigen für die PS-Daten nach Aufwand zu bemessen sind. Insgesamt rechtfertigt es sich deshalb, den Beschwerdeführer als zu drei Vierteln obsiegend bzw. als zu einem Viertel unterliegend anzusehen. Da der vorliegende Streit sodann die vermögensrechtlichen Interessen des Beschwerdeführers betrifft, hat er entsprechend einen Viertel der auf Fr. 12'500.– festzusetzenden Verfahrenskosten (vgl. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]) und damit Fr. 3'125.– zu tragen. Dieser Betrag ist dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 12'500.– zu entnehmen. Der Restbetrag von Fr. 9'375.– ist dem Beschwerdeführer nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

Der Vorinstanz als Bundesbehörde sind hingegen trotz teilweisen Unterliegens keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 2 VwVG).

**12.2** 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 VGKE). Obsiegt sie nur teilweise, ist die Parteientschädigung entsprechend zu kürzen (vgl. Art. 7 Abs. 2 VGKE). 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). Daraus ist umgekehrt zu folgern, dass bei grundsätzlich bestehender Kostenpflicht einer Behörde dieser bei Obsiegen entsprechend auch eine Parteientschädigung zuzusprechen ist (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl., Basel 2013, Rz. 4.66 mit Hinweisen; Urteile des BVGer A-3505/2012 vom 24. Juni 2014 E. 13.2.1 und A-6484/2011 vom 21. November 2012 E. 6). Die Entschädigung umfasst die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (vgl. Art. 8 ff. VGKE). Das Bundesverwaltungsgericht legt die Parteientschädigung aufgrund der eingereichten Kostennote oder, wenn keine Kostennote eingereicht wird, aufgrund der Akten fest (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Das Anwaltshonorar wird nach dem notwendigen Zeitaufwand des Vertreters oder der Vertreterin bemessen, wobei der Stundenansatz für Anwälte und Anwältinnen mindestens 200 und höchstens 400 Franken beträgt (Art. 10 Abs. 1 und 2 VGKE).

Dem Beschwerdeführer, welcher einen Teil der Verfahrenskosten zu tragen hat, steht im Gegenzug eine Parteientschädigung im Umfang seines Obsiegens zu. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers reichte am 8. August 2017 eine Kostennote ein. Darin macht er bei einem Zeitaufwand von 81.75 Stunden zu einem Ansatz von Fr. 330.– eine Entschädigung von Fr. 29'439.60.– (inkl. Auslagen von Fr. 281.40 und Mehrwertsteuer) geltend. Angesichts der Schwierigkeit der vorliegenden Streitsache, dem Umfang der Rechtsschriften sowie der Streitsumme erscheint der geltend gemachte Aufwand angemessen. Der Stundenansatz entspricht sodann dem gesetzlichen Rahmen.

Dem Verfahrensausgang entsprechend hat der Beschwerdeführer somit Anspruch auf drei Viertel der verlangten Parteientschädigung von Fr. 29'439.60 und damit auf Fr. 22'079.70. Die Vorinstanz hingegen hat als Bundesbehörde keinen Anspruch auf Parteientschädigung. Folglich hat die

Vorinstanz dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 22'079.70 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuerzuschlag im Sinne von Art. 9 Abs. 1 Bst. b und c VGKE) zu entrichten.

*(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)*

## **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

### **1.**

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen und die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 27. Juli 2016 aufgehoben. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

### **2.**

Die Angelegenheit wird zur Neufestsetzung der Gebühren im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurückgewiesen.

### **3.**

Die Verfahrenskosten werden auf Fr. 12'500.– festgesetzt und im Umfang von Fr. 3'125.– dem Beschwerdeführer auferlegt. Dieser Betrag wird dem vom Beschwerdeführer geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 12'500.– entnommen. Der Restbetrag von Fr. 9'375.– wird dem Beschwerdeführer nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu hat er dem Bundesverwaltungsgericht seine Kontoangaben mitzuteilen.

### **4.**

Die Vorinstanz hat dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 22'079.70 zu bezahlen.

### **5.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben)
- Das Generalsekretariat EJPD (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Maurizio Greppi

Marcel Zaugg

### **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 Rechtschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: