

(Gutachten des Bundesamtes für Justiz vom 16. Mai 2003 und vom 24. November 2003)

Umfang der in Art. 16 BÜPF vorgesehenen Entschädigung der Kosten der einzelnen Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs.

- Die im Rahmen der einzelnen Überwachungsmassnahme zu entschädigenden Aufwendungen umfassen die variablen Kosten, nicht aber einen Anteil an den Investitionskosten. Der Bundesrat hat in der Festlegung der Entschädigung im Rahmen der Pauschalierung jedoch einen Spielraum, der in einem beschränkten Ausmass zu Gunsten der Anbieterinnen ausgenützt werden kann.

- Eine Würdigung der Umstände verlangt im vorliegenden Fall, dass sich die «angemessene» Entschädigung grundsätzlich am Ziel der vollen Kostendeckung zu orientieren hat. Durch eine Pauschalierung der Entschädigung muss jedoch nicht in jedem Einzelfall eine exakt den entstandenen Kosten entsprechende Rückerstattung garantiert werden.

Etendue de l'indemnité prévue à l'art. 16 LSCPT pour les frais occasionnés par les mesures de surveillance dans le trafic postal et des télécommunications.

- L'indemnité due par l'autorité qui ordonne une mesure de surveillance doit couvrir les frais variables, elle ne couvre en revanche pas une partie de l'amortissement des investissements. Cependant, lorsqu'il fixe des montants forfaitaires, le Conseil fédéral dispose d'une marge de manoeuvre qu'il peut utiliser, dans une mesure limitée, en faveur des fournisseurs.

- Il ressort de l'ensemble des circonstances que l'indemnité «équitable» doit couvrir en principe l'ensemble des frais occasionnés. Il est toutefois possible de fixer des montants forfaitaires qui ne garantiront pas, dans tous les cas, un remboursement de la totalité exacte des coûts occasionnés.

Entità dell'indennità prevista dall'art. 16 LSCPT per le spese causate dalle misure di sorveglianza nel traffico postale e delle telecomunicazioni.

- Le spese causate nell'ambito di una singola misura di sorveglianza e che devono essere rimborsate comprendono i costi variabili, ma non una partecipazione ai costi di investimento. Nella determinazione dell'indennità nel quadro dei rimborsi forfettari, il Consiglio federale dispone però di un margine di apprezzamento che può in una certa misura essere utilizzato a favore dei fornitori di servizi.

- Nella fattispecie, la valutazione del caso impone che l'indennità «adeguata» si orienti in linea di principio all'obiettivo della copertura totale dei costi. Attraverso una regola forfettaria dell'indennità non deve però essere garantito in ogni singolo caso il rimborso esatto dei costi provocati.

Das Bundesamt für Justiz (BJ) äussert sich zu Fragen bezüglich der Entschädigung der den Fernmeldeunternehmen aus einer durch die Behörden angeordneten Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs entstehenden Kosten (Art. 16 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [BÜPF], SR 780.1):

1. Erlaubt das Gesetz nur die Entschädigung der variablen Kosten der einzelnen Überwachung oder umfasst die Entschädigung im Einzelfall auch einen Anteil an der Amortisation der Einrichtungen?

2. Wie ist der Begriff «angemessene» Entschädigung zu interpretieren?

1. Art der zu entschädigenden Kosten

Das Gesetz ist in erster Linie nach seinem Wortlaut auszulegen. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Auslegungen möglich, so ist nach seiner wahren Tragweite zu suchen unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente, namentlich des Zwecks, des Sinnes und der dem Text zugrunde liegenden Wertung, seinem Verhältnis zu anderen Gesetzesbestimmungen, sowie des Willens des Gesetzgebers, wie er namentlich aus den Materialien hervorgeht (vgl. BGE 122 V 362, 364, BGE 123 III 280, 285).

1.1 Wortlaut und Systematik des Gesetzes

Art. 16 BÜPF lautet:

1 Die für eine Überwachung notwendigen Einrichtungen gehen 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.

2 Der Bundesrat regelt die Entschädigungen und setzt die Gebühren für die Dienstleistungen des Dienstes fest.

1 Les équipements nécessaires à la mise en oeuvre de la surveillance sont à la charge des fournisseurs de services postaux et de télécommunication. Dans chaque cas, ceux-ci reçoivent de l'autorité qui a ordonné la surveillance une indemnité équitable pour les frais occasionnés.

2 Le Conseil fédéral règle les indemnités et fixe les émoluments pour les prestations du service.

Aus dem 1. Satz von Art. 16 Abs. 1 BÜPF geht klar hervor, dass die für Überwachungsmassnahmen notwendigen Einrichtungen grundsätzlich durch die Anbieterinnen zu installieren und zu finanzieren sind. Eine direkte finanzielle Beteiligung des Bundes an diesen Investitionen wird durch diese Bestimmung ausgeschlossen.

Gemäss Satz 2 werden die «Kosten der einzelnen Überwachung» entschädigt. Der Begriff «Kosten» ist dabei nicht absolut eindeutig. Aus kaufmännischer Sicht enthalten die «Kosten der einzelnen Überwachung» auch einen Anteil an den Fixkosten.

Die vom Gesetzgeber gewählte Gegenüberstellung zwischen den «Einrichtungen», welche «zu Lasten der Anbieterinnen» gehen (Satz 1), und den «Kosten der einzelnen Überwachung», welche von der anordnenden Behörde entschädigt werden (Satz 2), spricht eher dafür, dass nur die variablen, nicht aber die Investitionskosten zu entschädigen sind. Es ist umgekehrt auch denkbar, dass Satz 1 nur ausdrückt, dass die Anbieterinnen die Einrichtungen auf ihre Kosten bereitzustellen haben, die entsprechenden Investitionen dann aber durch die Entschädigungen im Einzelfall abgegolten werden.

Gegen einen Einbezug der Investitionskosten in die Entschädigung im Einzelfall sprechen aber drei Aspekte:

- Zunächst die Verwendung der Formulierung «gehen zu Lasten» in Satz 1. Ginge es nur um die Verantwortlichkeit für die Zurverfügungstellung der Einrichtungen, so wären eher Begriffe wie «sind von den Anbieterinnen einzurichten» oder «zur Verfügung zu stellen» gewählt worden.

- Dazu kommt die gewählte etwas komplizierte Formulierung von Satz 2, welcher von den «Aufwendungen [...] für die Kosten der einzelnen Überwachung» spricht und damit eher im Sinne der variablen Kosten zu verstehen ist.

- Schliesslich spricht auch die Systematik des Gesetzes für eine enge Auslegung: Art. 16 BÜPF bildet den einzigen Artikel des 5. Abschnittes «Gebühren und Entschädigungen». Diese Bestimmung regelt also die Aufteilung der Kosten zwischen Anbieterinnen und anordnender Behörde, und nicht die Frage, wer - Bund oder Anbieterin - die Aufgabe hat, diese Einrichtungen zur Verfügung zu stellen. In diesem Kontext bekommt die Gegenüberstellung zwischen den «Einrichtungen» zu Lasten der Anbieterinnen und den durch die anordnende Behörde abzugeltenden Aufwendungen «der einzelnen Überwachung» erst einen Sinn, nämlich den der Aufteilung der Kostenträgung.

Wortlaut und Systematik sind also nicht eindeutig, legen aber eher den Schluss nahe, dass die Investitionen nicht Teil der abzugeltenden Aufwendungen darstellen.

## 1.2 Die Botschaft des Bundesrates

Die Materialien zu Art. 16 Abs. 1 BÜPF sprechen für eine enge Auslegung. Der Bundesrat hielt in seiner Botschaft fest:

«Die Anbieterin muss bereit sein, auf Verlangen des Dienstes die Übertragungen zur Verfügung zu stellen; das bedeutet, dass sie die technischen Vorbereitungen zur Überwachung getroffen haben muss. Absatz 1 präzisiert, dass die Kosten dafür zulasten der Anbieterin gehen. Die Dienstleistung, die für die konkrete Überwachung erbracht wird, soll dagegen angemessen abgegolten werden. Die Entschädigung wird geleistet für das Auf- und Abschalten der Überwachung, für die Dauer, während der zum Beispiel die dienstlichen Aufzeichnungen nachgeliefert werden müssen, und andere konkrete Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Überwachung» (BBI 1998 4280).

Der zweite Satz dieses Abschnittes hält klar fest, dass «die Kosten» der technischen Vorbereitungen für die Überwachung von der Anbieterin zu tragen sind. Die Gegenüberstellung von «zulasten der Anbieterin» im zweiten Satz und «dagegen» im dritten Satz sowie die Aufzählung der konkreten Dienstleistungen, welche abgegolten werden, festigt die Interpretation, dass im Rahmen der einzelnen Entschädigung nur konkrete Dienstleistungen, nicht aber die Amortisation der Entschädigung abgegolten werden sollen.

Betrachtet man die einzelnen erwähnten zu entschädigenden Aufwände, so spricht die Botschaft zunächst vom «Auf- und Abschalten der Überwachung», also von einer konkreten Tätigkeit einer Person, die nach - wohl pauschalierem - Aufwand zu entschädigen ist. Erwähnt ist aber auch «die Dauer, während der zum Beispiel die dienstlichen Aufzeichnungen nachgeliefert werden müssen». Hier ist angesichts der Automatisierung solcher Vorgänge ein konkreter Einzelaufwand (variable Kosten) möglicherweise schwer zu beziffern, so dass eine pauschalierte Entschädigung in Abhängigkeit von der Überwachungsdauer auch zur Amortisation der Investitionen beitragen könnte. In dieser Hinsicht wird damit ein beschränkter indirekter Beitrag zur Amortisation von den Materialien her nicht ausgeschlossen.

Die Botschaft ergibt damit, dass eine volle Amortisation der Einrichtungen via Entschädigung im Einzelfall ausgeschlossen ist, bei der Festlegung einzelner pauschalierter Aufwandentschädigungen hingegen ein gewisser Spielraum besteht.

Die eidgenössischen Räte haben den Antrag des Bundesrates diskussionslos genehmigt (und auch in der vorberatenden Kommission wurde die hier interessierende Frage nicht diskutiert).

## 1.3 Die Botschaft zum FMG

Bereits die Botschaft zum revidierten Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (FMG, SR 784.10), auf dessen praktisch gleichlautenden Art. 44 sich die Botschaft zum BÜPF in dieser Frage ausdrücklich bezieht, hielt fest:

«Die [...] notwendigen Einrichtungen gehen zu [...] Lasten [der Anbieterinnen]. Alle weiteren Aufwendungen im Einzelfall (Abnahme, Weiterleitung, Aufzeichnung, Bearbeitung, Aufbewahrung etc. der Informationen) werden nach den vom Departement zu bestimmenden Grundsätzen abgegolten» (BBI 1996 III 1442).

Auch Art. 44 FMG wurde seinerzeit von der Bundesversammlung diskussionslos im Sinne des bundesrätlichen Antrags verabschiedet.

Diese Erläuterungen sind weniger explizit als die entsprechende Passage der Botschaft zum BÜPF, ihre Grundaussagen sind jedoch identisch.

## 1.4 Die Erläuterungen zur Verordnung von 1997

Die Erläuterungen zur inzwischen durch die Verordnung vom 31. Oktober 2001 über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (VÜPF, SR 780.11) aufgehobenen Verordnung vom 1. Dezember 1997 über den Dienst für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (AS 1997 3022) widersprechen der bundesrätlichen Botschaft zum FMG, indem sie - Art. 44 FMG interpretierend - festhalten:

«Die dazu notwendigen Einrichtungen müssen von den Anbieterinnen bereitgestellt werden; die aus den Investitionen

resultierenden Kosten und alle weiteren Aufwendungen im Einzelfall werden nach den vom EVED zu bestimmenden Grundsätzen abgegolten» (S. 7).

Diese Textpassage steht in Widerspruch zur oben zitierten Botschaft zum FMG und - noch deutlicher - zur Botschaft zum BÜPF. Die Frage wurde aufgeworfen, ob diese Verordnungs-Erläuterung die Auslegung von Art. 16 Abs. 1 BÜPF grundsätzlich verändert.

Dies kann klar verneint werden: Für die Auslegung des BÜPF hat diese Textpassage im Prinzip keine Bedeutung. Sie kann allenfalls als bisherige Praxis in die Waagschale geworfen werden, der jedoch, da es sich um Verordnungs- und nicht um Gesetzesrecht handelt, nur untergeordnete Bedeutung zukommt. Keinesfalls vermag sie ein eindeutiges Resultat der Gesetzesauslegung umzukehren.

Dazu kommt, dass sich diese Erläuterungen gar nicht auf das BÜPF, sondern auf das FMG beziehen. Zum Zeitpunkt des Erlasses der Verordnung war das BÜPF ja noch nicht verabschiedet. Auch wenn zutrifft, dass die betreffende Gesetzesbestimmung des FMG praktisch gleich abgefasst war wie der spätere Art. 16 Abs. 1 BÜPF, so ändert das nichts daran, dass die in den zitierten Erläuterungen aus dem Jahr 1997 enthaltene Auslegung von Art. 44 FMG durch die in der später veröffentlichten und klar abgefassten Botschaft zum BÜPF enthaltene Auslegung von Art. 16 Abs. 1 BÜPF ersetzt wird.

## 1.5 Die Lehre

Schliesslich wird auch in der Lehre die Haltung vertreten, dass die Fixkosten von Überwachungen zu Lasten der Anbieterinnen gehen und von ihnen selbst finanziert werden müssen und damit die Entschädigungen für die einzelnen Überwachungen keinen Fixkostenanteil enthalten. Eine solche enge Auslegung vertritt Thomas Hansjakob in seinem Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (St. Gallen, 2002). Gemäss diesem Autor bestimmt Art. 16 Abs. 1,

«dass die Fixkosten von Überwachungen zu Lasten der Anbieterinnen gehen, während die variablen Kosten der einzelnen Überwachung angemessen entschädigt werden» (Nr. 2 ad Art. 16). «Das bedeutet, dass die Anschaffung und der Unterhalt vollständig von den Anbieterinnen selbst finanziert werden müssen und nicht durch die Entschädigungen amortisiert werden können; die Entschädigungen für die einzelnen Überwachungen enthalten also keinen Fixkostenanteil» (Nr. 4 ad Art. 16). «Die Kosten der einzelnen Überwachung sind die variablen Kosten, die im Zusammenhang mit einer Überwachung tatsächlich anfallen; das umfasst den Zeitaufwand für den Aufbau und das Abbrechen der Überwachung, die Kosten für die Datenleitung zum Dienst, die variablen Kosten für Zeitaufwand und Gerätebenützung bei andern Massnahmen» (Nr. 5 ad Art. 16).

## 1.6 Zusammenfassung

Insgesamt kann festgehalten werden, dass Gesetzeswortlaut und -systematik wie auch die Materialien und die Lehre dafür sprechen, dass die durch die anordnende Behörde zu leistenden Entschädigungen nach Art. 16 BÜPF grundsätzlich nur die variablen, nicht aber die Investitionskosten enthalten. Die durch den Bundesrat festzulegende Entschädigung im Einzelfall hat damit etwa den Zeitaufwand für Auf- und Abschaltung der Überwachung oder für die Gerätebenützung bei anderen Aufgaben, die Kosten der Datenübertragung, oder die Kosten für die Aufzeichnung, Bearbeitung oder Aufbewahrung der Informationen zu enthalten. Die Entschädigung hat also die Investitionskosten grundsätzlich nicht abzudecken.

Dies schliesst aber nicht aus, dass im Rahmen der angemessenen, pauschalierten Entschädigung gewisser Aufwendungen faktisch auch ein gewisser Beitrag an die Amortisation der Fixkosten geleistet werden könnte, insbesondere dann, wenn sich die variablen Kosten nur schwer beziffern lassen. Der Bundesrat hat damit in der Festlegung der «angemessenen» Entschädigung im Rahmen der Pauschalierung einen gewissen Spielraum, der in einem beschränkten Ausmass zu Gunsten der Anbieterinnen ausgenützt werden kann.

## 2. Tragweite des Begriffs «angemessen»

Der Begriff «angemessene Entschädigung» ist als unbestimmter Rechtsbegriff auslegungsbedürftig. Es ist jedoch schwierig, seine Bedeutung in abstracto zu definieren - es liegt in der Natur unbestimmter Rechtsbegriffe, dass sie im Einzelfall zu konkretisieren sind. Grundsätzlich kann gesagt werden, dass eine «angemessene» Lösung eine dem Einzelfall angepasste und den verschiedenen Interessen Rechnung tragende Lösung darstellt[234].

Aufgrund der Rechtsprechung ist eine «angemessene Entschädigung» unter Würdigung der massgebenden Umstände des Einzelfalles nach freier Überzeugung und aufgrund einer wertenden Entscheidung festzulegen[235]. Insbesondere ist im vorliegenden Fall der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen.

Ein Vergleich mit möglichen anderen Formulierungen ist hilfreich: Art. 16 Abs. 1 BÜPF spricht weder ganz allgemein von «einer Entschädigung» - was bedeuten könnte, dass die Entschädigung relativ unabhängig von den konkret abfallenden Kosten festgelegt werden könnte -, noch davon, dass die Anbieterinnen «vollumfänglich entschädigt» werden - was bedeuten würde, dass die Entschädigung in jedem Fall kostendeckend zu sein hätte -. Der Begriff «angemessen» erlaubt, im Rahmen der Verhältnismässigkeit, die Entschädigung unter Wertung der massgebenden Umstände zwischen beiden Polen festzulegen.

In der Wertung der Umstände sind einerseits die Interessen der Anbieterinnen von Post- und Fernmeldediensten zu gewichten. Diese sind aufgrund einer behördlichen Anordnung verpflichtet, eine Aufgabe im öffentlichen Interesse auszuführen. Ihnen sind grundsätzlich die dafür entstehenden Kosten zu vergüten. Die vorberatenden Kommissionen des National- und Ständerates scheinen dabei von einer grundsätzlich kostendeckenden Entschädigung ausgegangen zu sein[236]. Auf der anderen Seite stehen die Interessen der öffentlichen Hand, auch grössere Überwachungsaufgaben zu vertretbaren Kosten durchführen, die Kostenfolgen im Voraus einigermaßen abschätzen und den Verwaltungsaufwand in Grenzen halten zu können. Einzu beziehen ist zusätzlich auch die Tatsache, dass mit modernen Einrichtungen die anzuordnenden Massnahmen oft wesentlich kostengünstiger ausgeführt werden können als mit älteren Anlagen.

Insgesamt ergibt eine Wertung der Umstände, dass sich im vorliegenden Fall die «angemessene Entschädigung» grundsätzlich in der Grössenordnung der Kostendeckung bewegen sollte.

Der Begriff «angemessene Entschädigung» lässt jedoch eine «Mischrechnung» zu, die sich grundsätzlich am Ziel der vollen

Kostendeckung orientiert, durch eine Art «Pauschalisierung» der Entschädigung aber nicht in jedem Einzelfall eine exakt den entstandenen Kosten entsprechende Rückerstattung garantiert. Damit würden unter Umständen gewisse Leistungen unterhalb der Kostendeckung entschädigt, währenddem allenfalls in anderen Fällen - etwa bei Betreiberinnen modernerer Einrichtungen - die Entschädigung gewisser Massnahmen sogar mehr als kostendeckend sein könnten. Diese Lösung hätte einen zusätzlichen Druck auf die Rationalisierung der Anlagen zur Folge.

Von einer solchen Regelung sind im Übrigen beide vorberatenden Kommissionen (aufgrund der Informationen der Verwaltung) ausgegangen; eine entsprechende Konzeption vertritt auch Thomas Hansjakob im erwähnten BÜPF-Kommentar<sup>[237]</sup>.

[234] Der Begriff «angemessene Entschädigung» kommt in verschiedenen Gesetzesbestimmungen vor. Je nach Kontext - d. h. je nach Umständen des Einzelfalles - kann er jedoch eine unterschiedliche Bedeutung haben. Als Beispiel sei etwa Art. 151 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) - in seiner bis Ende 1999 gültigen Fassung - erwähnt, nach welchem der «schuldlose Ehegatte» bei der Scheidung Anspruch auf eine «angemessene Entschädigung» hatte. Der Begriff wurde durch eine reiche Rechtsprechung konkretisiert (vgl. dazu z. B. Honsell/Vogt/Geiser, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 1996, Nr. 6 ad Art. 151). Heute umschreibt Art. 125 detailliert die zu berücksichtigenden Umstände für den «angemessenen Beitrag» zum nahehelichen Unterhalt.

[235] Vgl. dazu z. B. Nertz Christoph, Der Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung bei rechtswidriger Benutzung fremder Immaterialgüterrechte, Basel / Frankfurt am Main, 1995, S. 31 s.; Honsell/Vogt/Geiser, a.a.O (Fussnote 1).

[236] Vgl. Protokolle der Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates (RK-N) vom 15.11.1999, S. 10; sowie der Kommission für Rechtsfragen des Ständerates (RK-S) vom 18.5.2000, S. 22.

[237] A.a. O. (supra, Ziff. 1.5), Nr. 7 ad Art. 16.

Dokumente des BJ