

Simon Schlauri

## **Unzulässige Ausweitung des Begriffs des Fernmeldedienstes durch den Dienst ÜPF**

Category: News

Region: Switzerland

Field of law: Telecommunications law

Citation: Simon Schlauri, Unzulässige Ausweitung des Begriffs des Fernmeldedienstes durch den Dienst ÜPF, in: Jusletter IT 24-Mai-2018

[Rz 1] Per 1. März 2018 veröffentlichte der Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr (Dienst ÜPF) ein Merkblatt «FDA – AAKD» zur Abgrenzung zwischen Fernmeldedienstanbieterinnen und Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste.<sup>1</sup> In diesem Merkblatt nimmt der Dienst bereits kurz nach Inkrafttreten des neuen Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) eine erhebliche Ausweitung des Anwendungsbereichs der Überwachungsvorschriften des BÜPF auf Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste vor. Der vorliegende Artikel geht darauf ein, warum diese Ausweitung unstatthaft ist.

[Rz 2] Natürliche oder juristische Personen, die einen Fernmeldedienst erbringen, müssen dies dem BAKOM melden (Art. 4 des geltenden Fernmeldegesetzes [FMG]). Das BAKOM registriert die gemeldeten Anbieterinnen. Das entsprechende Meldeformular sowie ein dazugehöriger Leitfaden sind online publiziert.<sup>2</sup> Eine Liste der gemeldeten Anbieterinnen ist zudem online einsehbar (Art. 4 der Fernmeldeverordnung [FDV]).<sup>3</sup>

[Rz 3] Der Begriff des Fernmeldedienstes wird in Art. 3 Bst. b FMG als die *fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte* definiert. Als fernmeldetechnische Übertragung gilt wiederum die *leitungs- oder funkbasierte Übertragung von Informationen über vermittelte, paketerorientierte oder Punkt-zu-Punkt-Verbindungen* (vgl. Art. 3 Bst. a und c FMG). Auch das Anbieten von Übertragungskapazität gilt als fernmeldetechnische Übertragung.<sup>4</sup> Damit soll laut Bundesrat – trotz gleichbleibenden Wortlauts – ein breiteres Verständnis des Begriffs der Fernmeldedienste einher gehen, der neu auch OTT-Dienste erfassen soll, was per se problematisch erscheint.

[Rz 4] Offen ist bisher die Einordnung von *Over-the-Top-Diensten (OTT)*, wie Instant Messaging, Voice-over-IP (VoIP) oder auch TV-Angeboten, die über das Internet erbracht werden. Ein Fernmeldedienst liegt nach bisheriger Praxis allein dann vor, wenn die Anbieterin selber auch für den Transport der Information verantwortlich ist (insbesondere, wenn eine VoIP-Anbieterin auch Übergänge ins normale Telefonnetz zur Verfügung stellt). Beispiel hierfür wäre der VoIP-Dienst Skype, der auch Anrufe in normale Telefonnetze erlaubt und dazu eine Gateway-Infrastruktur einsetzen muss. Stellt eine Anbieterin nur eine Software zur Verfügung (etwa einen VoIP-Client für Mobiltelefone oder PCs), erbringt sie demgegenüber keine Fernmeldedienste. Ebenso fallen ferner die lokale Datenverarbeitung sowie reine Hosting- oder Caching-Dienstleistungen nicht unter das Gesetz.<sup>5</sup>

[Rz 5] Die Behörden sind im Bereich der OTT-Dienste mit einer relativ neuen Entwicklung konfrontiert, sodass man sich Gedanken zu einer Weiterentwicklung des Begriffs machen musste. Relevant wurde die Unterscheidung zwischen Fernmelde- und OTT-Diensten erstmals im Kontext des per 1. März 2018 in Kraft getretenen Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs. Das BÜPF ist neu auch auf OTT-Dienste anwendbar. Das Gesetz spricht von *Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste* und definiert diese als Anbieterinnen von Diensten, die sich auf Fernmeldedienste stützen und eine Ein- oder Mehrwegkommunikation ermöglichen (Art. 2 Bst. c BÜPF).

---

<sup>1</sup> Dienst ÜPF, Merkblatt «FDA – AAKD», 1. März 2018, [tinyurl.com/yd5xsr2o](http://tinyurl.com/yd5xsr2o).

<sup>2</sup> [tinyurl.com/y8sw36z4](http://tinyurl.com/y8sw36z4).

<sup>3</sup> Vgl. MATTHIAS AMGWERT/SIMON SCHLAURI, Telekommunikation, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Schulthess Verlag, Zürich 2015, N 6.60.

<sup>4</sup> AMGWERT/SCHLAURI (Fn. 3), N 6.61.

<sup>5</sup> AMGWERT/SCHLAURI (Fn. 3), N 6.64.

[Rz 6] Im Vergleich zu herkömmlichen meldepflichtigen Anbieterinnen von Fernmeldediensten unterstehen Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste nur einer reduzierten Überwachungspflicht: Nach Art. 27 BÜPF müssen sie den Behörden Zugang zu ihren Anlagen gewähren und die für die Überwachung notwendigen Auskünfte erteilen. Zudem müssen sie die ihnen zur Verfügung stehenden Randdaten des Fernmeldeverkehrs liefern. Sie sind jedoch beispielsweise nicht verpflichtet, diese Randdaten wie normale Anbieterinnen von Fernmeldediensten während sechs Monaten auf Vorrat zu speichern oder Überwachungsdaten selber in Echtzeit an die Behörden auszuleiten. Nach Art. 27 Abs. 3 BÜPF kann der Bundesrat Anbieter abgeleiteter Kommunikationsdienste den Pflichten der normalen Fernmeldediensteanbieter unterstellen, sofern diese von grosser wirtschaftlicher Bedeutung sind oder eine grosse Nutzerschaft haben.

[Rz 7] Die gestützt auf das bisherige Fernmeldegesetz bestehende Differenzierung zwischen OTT-Diensten und normalen Fernmeldediensten soll nach den aktuellen Plänen für die Revision des Fernmeldegesetzes aber nun dahinfallen. Wie im letzten TechLawNews berichtet, schlägt Bundesrat vor, die bisherige Meldepflicht für Fernmeldedienste abzuschaffen, um die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zu OTT-Diensten zu umschiffen.<sup>6</sup> Damit geht eine breitere Definition des Begriffs der Fernmeldedienste einher, die neu auch OTT-Dienste erfassen soll.<sup>7</sup>

[Rz 8] Als problematisch an dieser Änderung könnte sich herausstellen, dass der Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr (ÜPF) gemäss dem zitierten Merkblatt davon ausgeht, mit der weiteren Definition der Fernmeldedienste im FMG würde auch der Begriff des Fernmeldedienstes im BÜPF, für den auf das FMG verwiesen wird, ausgeweitet. Er orientiert sich dabei – sogar noch vor dem Inkrafttreten des neuen FMG – an einer angeblichen neuen Praxis des BAKOM, das eine Gleichbehandlung von klassischen Fernmeldediensten und solchen OTT-Diensten anstrebe, die den klassischen Fernmeldediensten funktional gleichgestellt seien.

[Rz 9] Im Ergebnis sollen nach Auffassung des Dienstes ÜPF also bisher klar als Anbieterinnen abgeleiteter Dienste qualifizierte Unternehmen plötzlich verpflichtet sein, die «full monty» der Überwachungsmassnahmen nach BÜPF zu liefern, wie wenn sie normale Fernmeldediensteanbieterinnen wären, und nicht mehr nur die reduzierten Überwachungsmassnahmen nach Art. 27 BÜPF.

[Rz 10] Zu den OTT-Diensten, die der Dienst ÜPF auf diese Weise zu Fernmeldediensten umdefinieren will, gehören beispielsweise Kommunikationsdienste für die Übertragung von Sprache, Text, Bildern, Ton, Video oder eine Kombination davon, E-Mail, Instant Messaging, Mitteilungsdienste (Messaging) und Kommunikationsdienste in Sozialen Medien. Sie gelten nach Auffassung des Dienstes ÜPF als Fernmeldedienste unabhängig davon, ob der Zugang über eine App oder eine Internetseite oder ob er im Fest- bzw. Mobilfunknetz erfolgt.<sup>8</sup>

[Rz 11] Diese Neuinterpretation widerspricht deutlich den bereits beschriebenen Absichten des Gesetzgebers beim Erlass des neuen BÜPF. Der Gesetzgeber weist die Kompetenz, Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste dem Regime für normale Fernmeldedienste zu unterstellen, in Art. 27 Abs. 3 BÜPF klar dem Bundesrat und zu und auferlegt diesem dabei auch klare Grenzen (nämlich jene der grossen wirtschaftlichen Bedeutung und der grossen Nutzerzahl des Dienstes, ohne deren Überschreiten ein solches «Upgrade» nicht zulässig ist). Zur Begründung verweist

---

<sup>6</sup> SIMON SCHLAURI, Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes: Neuerungen für Anbieterinnen von Fernmeldediensten, in: Jusletter IT 21. September 2017.

<sup>7</sup> Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes vom 6. September 2017, BBl 2017 6559, 6599.

<sup>8</sup> Dienst ÜPF (Fn. 1), 2 f.

die Botschaft dabei explizit darauf, dass sich die Grenzen zwischen normalen und abgeleiteten Telekommunikationsdiensten zunehmend verwischen würden.<sup>9</sup>

[Rz 12] Aus diesem Verwischen der Grenzen nun plötzlich eine Ausweitung des Begriffs des Fernmeldedienstes herzuleiten und so auch OTT-Dienste dem Regime für normale Fernmeldedienste zu unterstellen hiesse, die klare Kompetenzordnung des BÜPF bereits mit dem Inkrafttreten des Gesetzes bereits wieder über den Haufen zu werfen.

[Rz 13] Eine derartige Neuinterpretation von Begriffen widerspräche zudem der jahrzehntealten Bundesgerichtspraxis, der historischen Auslegung zumindest in der ersten Zeit nach dem Inkrafttreten erhebliches Gewicht zu verleihen. In BGE 115 V 347, 349 und 135 III 59, 63 fand das Bundesgericht, bei der Auslegung verhältnismässig junger Gesetze dürfe der Wille des historischen Gesetzgebers nicht übergangen werden, da davon auszugehen sei, dass sich die gesellschaftlichen Verhältnisse seither nicht wesentlich verändert haben. Freilich müssten die Materialien eine klare Antwort geben und im Gesetzestext Niederschlag gefunden haben.<sup>10</sup>

[Rz 14] Diese Voraussetzungen für eine Berücksichtigung des Willens des Gesetzgebers sind im vorliegenden Fall eindeutig gegeben: Die Materialien nehmen explizit eine Differenzierung zwischen herkömmlichen und abgeleiteten Telekommunikationsdiensten vor, und diese Abgrenzung fand in Art. 27 BÜPF auch ihren Niederschlag. Die vom Dienst ÜPF vorgenommene Uminterpretation des Begriffs der Fernmeldedienste im BÜPF und die damit einhergehende eigenmächtige Ausweitung der Pflichten von Anbieterinnen von OTT-Diensten ist damit offensichtlich rechtswidrig.

*Simon Schlauri*

---

<sup>9</sup> Botschaft zum Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) vom 27. Februar 2013, BBl 2013 2683, 2707 f., 2732.

<sup>10</sup> Vgl. auch ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, C.H.Beck Verlag, 4. Auflage, Bern 2013, 130.