



Kommentar zu: Urteil: [A-5373/2020](#) vom 13. Oktober 2021
Sachgebiet: Radio und Fernsehen
Gericht: Bundesverwaltungsgericht
Spruchkörper: Abteilung I
dRSK-Rechtsgebiet: IT-Recht

[De](#) | [Fr](#) | [It](#) |

BÜPF: Eingeschränkte Fernmeldeüberwachung auch bei E-Mail-Dienst

Auch das Bundesverwaltungsgericht weist den Dienst ÜPF bei der Fernmeldeüberwachung in die Schranken, diesmal am Beispiel Proton

Autor / Autorin

Delia Fehr-Bosshard, Jonas D. Gassmann

VISCHER

Redaktor / Redaktorin

Marius Vischer

epartners

Rechtsanwälte
Attorneys-at-Law

Gemäss Schweizerischem Bundesverwaltungsgericht bietet die Proton AG mit ihrem E-Mail-Dienst keine Fernmeldedienste an. Damit bestätigt das Gericht die kürzlich bereits vom Bundesgericht vorgenommene Beschränkung der Mitwirkungspflichten der Anbieterinnen von OTT-Diensten bei der Überwachung des Fernmeldeverkehrs ihrer Nutzer. Der Dienst ÜPF muss seine Praxis überdenken.

Sachverhalt

[1] Die Proton AG («Proton») ist eine Schweizer Anbieterin von E-Mail-Diensten und offeriert ihren Nutzern ein «Virtual Private Network» («VPN»). Proton vermarktet ihre Angebote als Teil der Bestrebungen, «ein Internet aufzubauen, das die Privatsphäre schützt», indem sie z.B. Ende-zu-Ende-Verschlüsselung anbietet und die erfassten und gespeicherten Nutzerdaten stark begrenzt. Zentral für das Marketing von Proton ist die Glaubwürdigkeit im Bereich Vertraulichkeit – auch gegenüber Behörden.

[2] Der Schweizer Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr («Dienst ÜPF») behandelte Proton bis anhin für E-Mail- und VPN-Angebote als Fernmeldedienstanbieterin («FDA»), allerdings mit reduzierten Überwachungspflichten (Art. 51 Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [VÜPF]), gestützt auf ein entsprechendes Gesuch der Proton. Später verlangte Proton mittels neuen Gesuchs eine Einstufung als Anbieterin von abgeleiteten Kommunikationsdiensten («AAKD»). AAKDs unterliegen gegenüber den FDAs deutlich reduzierteren Mitwirkungspflichten im Bereich Fernmeldeüberwachung (zu den Mitwirkungspflichten der verschiedenen Anbieter vgl. auch die anlässlich des Inkrafttretens des totalrevidierten BÜPF im Jahr 2018 erstellte Übersicht hier). Der Dienst ÜPF ging auf dieses Gesuch nicht ein – im Gegenteil: Er stufte Proton nach einer Neuurteilung im September 2020 fortan gar als (überwachungsrechtlich) «reguläre» FDA (i.S.v. Art. 2 lit. b des Bundesgesetzes vom 18. März 2016 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [BÜPF] i.V.m. Art. 3 lit. b des Fernmeldegesetzes [FMG]) ein. Als (wieder) regulär eingestufte FDA hätte Proton insbesondere die Auskunfts- und Überwachungsbereitschaft gewährleisten (Art. 32 BÜPF) sowie die Speicherung der für die Überwachung erforderlichen Daten innert zwei Monaten und die Überwachungsbereitschaft innert zwölf Monaten ab Entscheid des Dienstes ÜPF sicherstellen müssen (Art. 51

Abs. 3 [VÜPF](#)).

[3] Auf Beschwerde von Proton hin musste das Bundesverwaltungsgericht beurteilen, ob die Einstufung von Proton als reguläre FDA für E-Mail- und VPN-Angebote durch den Dienst ÜPF rechtmässig war.

[4] Strittig vor Bundesverwaltungsgericht war also die vom Dienst ÜPF vorgenommene Qualifikation von Proton als FDA.

Erwägungen

[5] Das Bundesverwaltungsgericht kritisiert in seinem Urteil [A-5373/2020](#) vom 13. Oktober 2021 die nicht erfolgte Auseinandersetzung mit dem Gesuch der Proton, als AAKD qualifiziert zu werden (E. 4.4). Für die Beurteilung, ob eine Einstufung als FDA mit reduzierten Überwachungspflichten oder als reguläre FDA angezeigt ist, hätte der Dienst ÜPF zuerst prüfen müssen, ob Proton überwachungsrechtlich überhaupt als FDA qualifiziert oder eben doch bloss als AAKD (E. 4.4 f.).

[6] Das Bundesverwaltungsgericht legt in seiner Beurteilung besonderes Gewicht auf *das fernmeldetechnische Übertragen* (E. 6.3.3) als notwendiges Element für die Qualifikation als Fernmeldedienst ([Art. 3 lit. b und c FMG](#)). Fernmeldedienstanbieterinnen bieten ihren Kundinnen das fernmeldetechnische Übertragen von Informationen an, z.B. für klassische Telefonie oder den Zugang zum Internet (E. 6.3.3). Das Bundesverwaltungsgericht hält weiter fest, dass andere Internetdienste (z.B. diverse Hosting-Leistungen wie E-Mail-Hosting, Co-Location-Server-Hosting, Hosting ohne Kommunikationsdienste oder Cloud-Dienste, Chat-Plattformen, Plattformen für den Dokumentenaustausch oder Peer-to-Peer-Internet-Telefondienste) zwar einen Internetzugang bedingen. Im selben Atemzug führt es aber auch aus, dass die jeweiligen Anbieterinnen dieser Dienste den Internetzugang an sich ihren Kunden nicht anbieten und auch nicht die Verantwortung für die Informationsübermittlung über das Internet übernehmen würden (E. 6.3.2 f.). Das blosses Einspeisen von Informationen in ein Netzwerk reicht gemäss Bundesverwaltungsgericht nicht aus für eine überwachungsrechtliche Qualifikation des Angebots als Fernmeldedienst (E. 6.3.3 mit Verweis auf das Bundesgerichtsurteil in Sachen Threema [2C 544/2020](#) vom 29. April 2021, E. 5.1.2, vgl. unseren Beitrag [«BÜPF: Messaging-Dienste nur beschränkt mitwirkungspflichtig»](#), in: dRSK, publiziert am 22. Juli 2021).

[7] Auch Protons E-Mail-Nutzer benötigen einen Internetzugang über einen Drittanbieter. Das macht Protons Over The Top («OTT») Dienst aber nicht selbst zu einem Internetzugangsdienst – daran ändert nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts auch der Umstand der Ende-zu-Ende-Verschlüsselung nichts (E. 6.4.1). Damit unterliegen die *E-Mail-Dienste* von Proton nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts *nicht* der Überwachungspflicht für Fernmeldedienste (E. 6.4.1).

[8] Für das *VPN-Angebot* setzt das Gericht es als bekannt voraus, dass VPN eine direkte Verbindung zwischen entfernten Geräten herstellt und den Informationsaustausch damit vom restlichen Verkehr in öffentlichen Telekommunikationsnetzen isoliert. Die Nutzung eines VPN bedingt zwar einen Internetzugang und weist daher einige Merkmale eines abgeleiteten Kommunikationsdienstes auf, doch handelt es sich dabei gemäss Bundesverwaltungsgericht um die Übertragung der gesamten Informationen zwischen dem Nutzer und dem Empfänger. Es weist darauf hin, dass die VPN-Kommunikation auch bestimmte Merkmale aufweist, die für Fernmeldedienste spezifisch sind (E. 6.4.2) – ohne jedoch eine finale Beurteilung vorzunehmen. Das Bundesverwaltungsgericht erachtet die Äusserungen des Dienstes ÜPF sowie von Proton als zu lückenhaft, um eine abschliessende inhaltliche Beurteilung für das VPN-Angebot vorzunehmen (E. 6.4.2). In dieser Hinsicht weist das Gericht die Sache zur Neuurteilung an den Dienst ÜPF zurück (E. 7).

Kommentar

[9] Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist wegweisend und überzeugt. Das Bundesgericht hielt bereits mit Urteil [2C 544/2020](#) vom 29. April 2021 fest, dass die Threema GmbH mit ihren End-to-End verschlüsselten OTT-Diensten (Instant-Messaging-Dienst und Internettelefonie) keine Fernmeldedienste erbringe, sondern bloss als AAKD qualifiziere (vgl. unseren Beitrag [«BÜPF: Messaging-Dienste nur beschränkt mitwirkungspflichtig»](#), in: dRSK, publiziert am 22. Juli 2021). Das Proton-Urteil reiht sich nahtlos in diese Praxis ein. Beide Urteile machen klar: Wer bloss Informationen in eine bestehende Leitungs- oder Funkinfrastruktur einspeist, dabei aber keine

Verantwortung für die Informationsübertragung über das Internet übernimmt (z.B. auch die Haftung in den Nutzungsbedingungen ausschliesst), bietet keine Fernmeldedienste an und ist unter dem BÜPF (höchstens) als AAKD mitwirkungspflichtig.

[10] Das Bundesverwaltungsgericht bekräftigt die frühere Aussage des Bundesgerichts, wonach der Gesetzgeber es bei der Revision des BÜPF mit der erwähnten Unterscheidung FDA vs. AAKD in Kauf genommen habe, dass (trotzdem weiterhin) Lücken in der Überwachung auftreten oder bestehen bleiben können (E. 6.3.5 mit [Verweis auf die Aussagen von Bundesrätin Simonetta Sommaruga im Rahmen der parlamentarischen Beratung in AB S 2014 S. 117](#)). Auch weist das Bundesverwaltungsgericht (wie kürzlich bereits das Bundesgericht) auf die Kompetenz des Bundesrates hin, einzelne Kategorien von Anbieterinnen auf Verordnungsstufe eingeschränkten oder erweiterten Überwachungspflichten zu unterwerfen ([Art. 26 Abs. 6 BÜPF](#) i.V.m. [Art. 51 VÜPF](#), bzw. [Art. 22 Abs. 4](#) und [Art. 27 Abs. 3 BÜPF](#)) und damit gewisse Lücken zu schliessen (E. 6.3.5). Diese Kompetenz rechtfertigt es aber gemäss klarer Aussage des Bundesverwaltungsgerichts nicht, die Begriffsdefinition von FDA so auszuweiten, wie es der Dienst ÜPF gerne hätte (E. 6.3.5).

[11] Eine Abweichung von der «Threema-Praxis» hätte für OTT-Dienste eine eigenartige Zweiteilung ergeben: Gewisse Anbieterinnen von OTT-Diensten (z.B. von E-Mail-Diensten) wären Mitwirkungspflichten unterworfen worden, wie sie für den klassischen Fernmeldeverkehr gelten (z.B. Telefonie- oder Internetzugangsanbieter), obwohl sie gerade kein begriffsnotwendiges, fernmeldetechnisches Übertragen von Informationen für ihre Kunden übernehmen. Andere OTT-Dienste (z.B. Instant-Messaging-Dienste) würden als abgeleitete Kommunikationsdienste grundsätzlich nur reduzierte Überwachungspflichten begründen. Eine solche Zweiteilung wäre sowohl für Anbieterinnen als auch Kunden noch verwirrender als sie es wegen der seit der BÜPF-Revision existierenden Unsicherheiten zur Abgrenzung «FDA vs. AAKD» ohnehin schon ist.

[12] Da die angebotenen Dienste einer Anbieterin in überwachungsrechtlich unterschiedliche Kategorien fallen können (vgl. dazu E. 6.2), schliesst auch das neue Urteil in Sachen E-Mail nicht aus, dass Anbieterinnen von verschiedenen Diensten je nach betroffener Kategorie überwachungsrechtlich unterschiedlichen Pflichten unterliegen. Sofern das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts bestätigt wird bzw. der Dienst ÜPF sich in seiner Neubeurteilung – zumindest für das E-Mail-Angebot – am Urteil des Bundesverwaltungsgerichts orientiert, ist damit immerhin ein weiterer wichtiger Baustein für eine Praxis zu OTT-Diensten geliefert. Damit würde die Rechtssicherheit für Anbieterinnen erhöht, was ihre (beschränkten) Mitwirkungspflichten im Rahmen von Fernmeldeüberwachungen betrifft. Nutzerinnen wüssten ebenfalls, welche Überwachungen für die von ihnen in Anspruch genommenen Dienste anwendbar sind.

[13] Die Verschwiegenheit geht aber selbst bei Anbieterinnen wie Proton, die sich Vertraulichkeit auf die Fahne geschrieben haben, nicht etwa soweit, keinerlei Nutzerdaten preiszugeben. Wie selbst Proton zugibt, kann es Fälle geben, in denen eine Herausgabe an Behörden rechtlich zulässig und für Proton verpflichtend ist – so z.B. offenbar dieses Jahr im Falle von französischen Klimaaktivisten und einem entsprechenden Rechtshilfeersuchen aus Frankreich (vgl. auch [die Statistik zu Behördenanfragen im Transparenzbericht von Proton](#)). Auch dessen müssen sich Nutzer von OTT-Diensten bewusst sein.

[14] Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts ist rechtskräftig. Wie der Dienst ÜPF mit dem Urteil umgehen wird, ist derzeit noch offen. Entscheidend für Anbieterinnen von OTT-Diensten wird das Ergebnis der momentan laufenden Revision der Verordnung VÜPF sein: Darin wird der Bundesrat die Mitwirkungspflichtigen – insbesondere die FDA und AAKD – losgelöst von der Definition im FMG umschreiben (gestützt auf den neuen, noch nicht in Kraft gesetzten Art. 2 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 revBÜPF). Ein Inkrafttreten dieser Neuregelungen ist jedoch nicht vor Januar 2023 zu erwarten.

DELIA FEHR-BOSSHARD, LL.M., Rechtsanwältin, VISCHER AG.

JONAS D. GASSMANN, LL.M., CIPP/E, Rechtsanwalt, VISCHER AG.

Zitiervorschlag: Delia Fehr-Bosshard / Jonas D. Gassmann, BÜPF: Eingeschränkte Fernmeldeüberwachung auch bei E-Mail-Dienst, in: dRSK, publiziert am 15. Dezember 2021

ISSN 1663-9995. Editions Weblaw

EDITIONS WEBLAW

Weblaw AG | Schwarztorstrasse 22 | 3007 Bern

T +41 31 380 57 77 info@weblaw.ch

weblaw.ch