

# **BVGer A-550/2019 vom 19. Mai 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-05-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/bvger\\_A-550\\_2019](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/bvger_A-550_2019)

FR: TAF A-550/2019 du 19 mai 2020

IT: TAF A-550/2019 del 19 maggio 2020

## **Regeste**

Telekommunikation (Übriges)

## **Erwägungen**

### **E. 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 sie von einer Vorinstanz nach Art. 33 VGG stammen und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. 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 zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig (vgl. auch Art. 42 BÜPF).

### **E. 1.2**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, sofern das VGG nichts anderes vorsieht (Art. 37 VGG). Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung (Bst. c) hat. Die Beschwerdeführerin hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist als Adressatin der angefochtenen Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist.

### **E. 1.3**

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist daher einzutreten.

## **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Fest-stellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Aus-übung des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

## **E. 3**

Zunächst ist auf den (formellen) Antrag der Vorinstanz, die Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerin vom 5. August 2019 seien aufgrund verspäteter Einreichung nicht zu berücksichtigen, einzugehen.

### **E. 3.1**

Aus dem verfassungsrechtlichen Gehörsgrundsatz (vgl. Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung [BV, SR 101]) sowie der Untersuchungsmaxime (vgl. Art. 12 VwVG) folgt, dass die Behörde Vorbringen zum Sachverhalt jederzeit entgegennehmen und berücksichtigen kann, falls sie sie für rechtserheblich hält. So muss die Behörde zum einen die rechtzeitigen Vorbringen der Parteien würdigen. Zum anderen kann bzw. muss die Behörde aber auch verspätete Vorbringen, die ausschlaggebend erscheinen, berücksichtigen (vgl. Art. 32 VwVG; BGE 136 II 165 E. 4.2). Nur so kann sie ihren Pflichten zur richtigen und vollständigen Abklärung des Sachverhalts (Untersuchungsgrundsatz) und der richtigen Anwendung des objektiven Rechts (*iura novit curia*) genügend nachkommen (vgl. Urteile des BVGer A-6090/2017 vom 28. Juni 2018 E. 3.4.3 und A-5477/2013 vom 24. März 2014 E. 1.4.1; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 462, 547, 1021 und 1045). Ausnahmsweise können - so wird (zum Teil) in Lehre und Rechtsprechung vertreten - auch rechtserhebliche verspätete Vorbringen ausser Acht gelassen werden, wenn sie auf nachlässiger Prozessführung beruhen oder der Verschleppung des Prozesses dienen (vgl. BGE 136 II 165 E. 4.3; Urteile des BVGer A-6090/2017 vom 28. Juni 2018 E. 3.4.3 und A-5477/2013 vom 24. März 2014 E. 1.4.1; Kölz/Häner/Bertschi, a.a.O., Rz. 147 und 1125).

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführerin - wie auch der Vorinstanz - wurde mit Zwischenverfügung vom 22. Mai 2019 eine Frist bis 24. Juni 2019 zur Einreichung von Schlussbemerkungen angesetzt. Diese Frist wurde der Beschwerdeführerin auf Gesuch hin bis zum 24. Juli 2019 verlängert. Die am 5. August 2019 eingereichten Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerin erfolgten somit verspätet, zumal der Fristenstillstand vom 15. Juli bis 15. August gemäss Art. 22a Abs. 1 Bst. b VwVG nur für jene Fristen gilt, die nach Tagen bestimmt sind, nicht jedoch für Fristen, die - wie vorliegend - auf einen bestimmten Kalendertermin lauten (vgl. Urteil des BGer 1C\_491/2008 vom 10. März 2009 E. 2.2.2; Urteil des BVGer C-4682/2012 vom 15. April 2014 E. 4.2; Patricia Egli, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG]*, 2. Aufl. 2016, Art. 22a N 3). Von einer nachlässigen Prozessführung der Beschwerdeführerin kann vorliegend jedoch nicht ausgegangen werden. Wie sich den Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerin entnehmen lässt, erachtete sie die Frist zur Einreichung der Schlussbemerkungen "unter Berücksichtigung der Gerichtsferien" als gewahrt. Die verspätete Einreichung ist somit einzig darauf zurückzuführen, dass die Beschwerdeführerin irrtümlich davon ausging, der Fristenstillstand nach Art. 22a VwVG würde zur Anwendung gelangen. Entsprechend sind die Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerin trotz verspäteter Einreichung - sofern entscheidrelevant - zu berücksichtigen. Der Antrag der Vorinstanz, die Schlussbemerkungen der Beschwerdeführerin nicht zu berücksichtigen, ist somit abzuweisen.

### **E. 4**

Der persönliche Geltungsbereich in Art. 2 BÜPF umschreibt, wer dem Gesetz unterstellt ist, d.h. wem daraus Mitwirkungspflichten erwachsen. Er umfasst sechs Kategorien von "Mitwirkungspflichtigen". Der Umfang der Mitwirkungspflichten wird im Gesetz im Sinne der Verhältnismässigkeit für jede Kategorie unterschiedlich definiert (vgl. Thomas Hansjakob, *Überwachungsrecht der Schweiz*, Kommentar zu Art. 269 ff. StPO und zum BÜPF, 2018, Rz. 1364; Botschaft des Bundesrates vom 27. Februar 2013 zum BÜPF [nachfolgend: Botschaft zum BÜPF], BBl 2013 2694). Vorliegend strittig und nachfolgend

zu klären ist, ob die Beschwerdeführerin unter die Kategorie der Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach Art. 3 Bst. b FMG (Art. 2 Bst. b BÜPF; nachfolgend: FDA) oder diejenige der Anbieterinnen von Diensten, die sich auf Fernmeldedienste stützen und eine Einweg- oder Mehrwegkommunikation ermöglichen (Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste [nachfolgend AAKD]; Art. 2 Bst. c BÜPF) fällt.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie sei als AAKD zu qualifizieren. Anbieterinnen von Over-The-Top-Diensten (OTT-Diensten), also von Diensten, die über das Internet erbracht würden, aber selbst nicht Internetzugangsdienste seien, würden nach der Terminologie des BÜPF als AAKD gelten. Der Bundesrat schreibe in der Botschaft zum BÜPF, dass diese Anbieterinnen keine FDA seien, da sie keine Daten übertragen oder befördern würden, schon gar nicht selbst. Gemäss der Botschaft zum BÜPF würden unter den Begriff der AAKD u.a. Chat- bzw. Instant-Messaging-Plattformen sowie Anbieterinnen von Internettelefondiensten des Typs Peer-to-Peer fallen. Auch der erläuternde Bericht zur VÜPF nenne als Beispiele von AAKD ausdrücklich Instant-Messaging-Dienste und somit genau jenen Dienst, den sie (die Beschwerdeführerin) anbiete. Schliesslich sei sie auch in der parlamentarischen Debatte explizit als AAKD bezeichnet worden. Sie betreibe keine eigene Telekom-Infrastruktur wie Leitungen oder Funkstrecken. Sie biete keine fernmeldetechnische Übertragung nach Art. 3 Bst. c FMG an und betreibe damit keinen Fernmeldedienst. Das Produkt "Threema" sei nur mit sich selbst kompatibel. Telefonate könnten ausschliesslich zwischen Personen geführt werden, die auf ihren Smartphones die App benutzen würden. Dasselbe gelte für den Austausch von Kurznachrichten. "Threema" gelte daher als "Peer-to-Peer"-Kommunikationsdienst. Das Produkt sei für sich allein nicht nutzbar. Um damit kommunizieren zu können, müsse es zwingend in Verbindung mit einem Internetzugang verwendet werden. Sie nehme eine fernmeldetechnische Übertragung einzig innerhalb des eigenen Gebäudes von ihren Servern bis zum Anschluss ihres Internetanbieters vor. Dies stelle nach Art. 2 Bst. a der Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (FDV, SR 784.101.1) aber gerade kein Fernmeldedienst dar. Auf die Weiterleitung der Informationen durch die verschiedenen Internetanbieter untereinander bis zum Endkunden habe sie keinen Einfluss und biete ihren Kunden auch keine Gewähr für die korrekte Informationsübermittlung. Dies unterscheide sie auch von Wiederverkäuferinnen von Verbindungskapazitäten, die als FDA gelten würden. Der Gesetzgeber nehme im BÜPF die Unterscheidung zwischen FDA und AAKD anhand der eingesetzten Technik vor und stelle nicht darauf ab, ob die genutzte Anwendung ähnliche Funktionen erfülle wie SMS oder Telefonie. Die Vorinstanz habe den Begriff der FDA durch die Veröffentlichung ihres Merkblattes "FDA - AAKD" nahezu zeitgleich mit dem Inkrafttreten des BÜPF eigenmächtig uminterpretiert und eine funktionale Abgrenzung vorgenommen. Dadurch habe sie die Pflichten von Anbieterinnen von OTT-Diensten rechtswidrig ausgeweitet. Die aktuelle Revision des FMG zeige jedoch, dass die von der Vorinstanz vorgenommene Vermischung von FDA und AAKD auch weiterhin nicht gewollt sei. Gemäss der Botschaft zur Revision des FMG solle der Begriff der Fernmeldedienste im FMG bei gleichbleibendem Wortlaut breiter gefasst werden und neu auch OTT-Dienste umfassen. Um aber zu verhindern, dass AAKD dadurch plötzlich aktive Auskunfts- und Aufsichtspflichten auferlegt würden, solle gleichzeitig der Verweis in Art. 2 Bst. b BÜPF auf Art. 3 Bst. b FMG entfernt und die nähere Umschreibung der verschiedenen Kategorien im BÜPF an den Bundesrat delegiert werden.

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz qualifizierte die Beschwerdeführerin als FDA. Es sei zwar richtig, dass sowohl in der Botschaft BÜPF als auch im erläuternden Bericht zur VÜPF der Instant-Messaging-Dienst als Beispiel einer Dienstleistung einer AAKD aufgeführt werde. Dies müsse jedoch relativiert werden. Es handle sich um eine beispielhafte Aufzählung, welche lange vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zusammengestellt worden sei. Die Botschaft BÜPF sei im Jahr 2013 verabschiedet worden und nicht mehr aktuell. Gerade in der Telekommunikationsbranche sei dies eine sehr lange Zeit, in welcher sich die Technologie weiterentwickle. Sie (die Vorinstanz) habe der technologischen Entwicklung Rechnung getragen und eine notwendige, den technologischen Veränderungen angepasste Abgrenzung zwischen FDA und AAKD vorgenommen. Ihre aktuelle Praxis zur Einteilung von FDA und AAKD, welche sie auch in einem Merkblatt festgehalten habe, werde von der Botschaft zur Revision des FMG und auch vom "Leitfaden zum Meldeformular für das Erbringen von Fernmeldediensten" des Bundesamtes für Kommunikation (BAKOM) unterstützt. Nach der Botschaft zur Revision des FMG könne nur mit einer weiten Interpretation des Begriffs "Fernmeldedienste" mit der heutigen Entwicklung schrittgehalten werden. Gemäss dem Leitfaden des BAKOM gelte grundsätzlich als FDA, wer den Kunden gegenüber als Dienstleisterin auftrete, die Verträge abschliesse, die Dienstleistung (Übermittlung von Informationen) gewährleiste und dafür Rechnung stelle. Es werde aber gerade nicht explizit vorgeschrieben, dass das Senden und Empfangen von der FDA auch in technischer Hinsicht selbst gemacht werden müsse und die für die Übermittlung notwendigen Sende- oder Empfangsanlagen selbst zu betreiben seien. FDA sei auch, wer eine bestehende Infrastruktur von anderen nutze. Es sei die Beschwerdeführerin, welche die in Frage stehende Dienstleistung anbiete, nicht deren Internetzugangsanbieterin. Weiter übernehme die Beschwerdeführerin die Gewähr gegenüber ihren Kunden für die korrekte Funktionalität ihrer Dienstleistung und übertrage die Informationen über eine eigene Infrastruktur. Textnachrichten und Anrufe würden über die Server der Beschwerdeführerin geroutet. Dies stelle gerade keine "Peer-to-Peer"-Telefonie dar. Da die Beschwerdeführerin Daten für Dritte übertrage, sei sie als FDA zu qualifizieren. OTT-Dienste seien nicht mit AAKD gleichzustellen. Auch OTT-Dienste könnten FDA darstellen. In der Botschaft zur Revision des FMG würden als Beispiele von OTT-Diensten u.a. Skype, WhatsApp und Facetime genannt und angeführt, dass diese bereits heute als FDA betrachtet würden, soweit sie gegenüber ihrer Kundschaft die Verantwortung für die Erbringung der Dienste übernehmen würden. Nur weil der Dienst der Beschwerdeführerin "Over the Top" erfolge, sei sie noch nicht automatisch als AAKD zu qualifizieren.

#### **E. 4.3**

Strittig ist somit in erster Linie der Begriff der FDA bzw. die Frage, ob darunter auch Anbieterinnen von internetbasierten Diensten, die unabhängig von der Internetzugangsanbieterin erbracht werden (sog. Over-the-Top-Dienste [nachfolgend: OTT-Dienste], vgl. zum Begriff auch die Botschaft des Bundesrates vom 6. September 2017 zur Revision des FMG [nachfolgend: Botschaft zur Revision des FMG], BBl 2017 6697; Amgwerd/Schlauri, Telekommunikation, in: Biaggini/Häner/Saxer/Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, 2015, Rz. 6.64), fallen können. Die Konkretisierung einer Norm im Hinblick auf einzelne Lebenssachverhalte als Teil der Gesetzesanwendung geschieht durch Auslegung. Deren Ziel ist die Ermittlung des Sinngehalts der Bestimmung.

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut (grammatikalische Auslegung). Die grammatikalische Auslegung stellt auf Wortlaut, Wortsinn und Sprachgebrauch ab, wobei die Formulierungen in den Amtssprachen Deutsch, Französisch und Italienisch gleichwertig sind (vgl. Art. 14 Abs. 1 Satz 2 des Bundesgesetzes über die Sammlungen des Bundesrechts und das Bundesblatt [Publikationsgesetz, PubIG, SR 170.512]). Vom klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut darf nur ausnahmsweise abgewichen werden, so etwa dann, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Sinn und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit anderen Vorschriften ergeben. Ist der Text nicht klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden (ratio legis) unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente (sog. Methodenpluralismus). Dabei ist namentlich auf die Entstehungsgeschichte (historisches Element), den Zweck der Norm (teleologisches Element), die ihr zugrunde liegenden Wertungen und ihre Bedeutung im Kontext mit anderen Bestimmungen (systematisches Element) und die gegenwärtigen tatsächlichen Gegebenheiten und herrschenden Wertvorstellungen (zeitgemässes Element) abzustellen. Bleiben bei nicht klarem Wortlaut letztlich mehrere Auslegungen möglich, so ist jene zu wählen, die der Verfassung am besten entspricht (vgl. BGE 142 I 135 E. 1.1.1, 128 I 34 E. 3b und 125 II 206 E. 4a; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016 Rz. 175 ff.). Die Gesetzesmaterialien sind dabei für die Gesetzesinterpretation weder verbindlich noch für die Auslegung unmittelbar entscheidend. Ein Gesetz entfaltet ein eigenständiges, vom Willen des Gesetzgebers unabhängiges Dasein, sobald es in Kraft getreten ist. Insbesondere sind Äusserungen von Stellen oder Personen, die bei der Vorbereitung mitgewirkt haben, nicht massgebend, wenn sie im Gesetzestext nicht selbst zum Ausdruck kommen. Das gilt auch für Äusserungen, die unwidersprochen geblieben sind. Als verbindlich für die Gerichte können nur die Normen selbst gelten, die vom Gesetzgeber in der hierfür vorgesehenen Form erlassen worden sind. Das bedeutet nicht, dass die Gesetzesmaterialien methodisch unbeachtlich wären; sie können namentlich dann, wenn eine Bestimmung unklar ist oder verschiedene, einander widersprechende Auslegungen zulässt, beigezogen werden, sofern sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben oder dem Gericht als Hilfsmittel dienen, den Sinn einer Norm zu erkennen und damit falsche Auslegungen zu vermeiden. Wo die Materialien keine eindeutige Antwort geben, sind sie als Auslegungshilfe indessen nicht dienlich (BGE 139 III 368 E. 3.2, 137 V 167 E. 3.2 und 136 I 297 E. 4.1). Der Wille des historischen Gesetzgebers darf zwar insbesondere bei jüngeren Gesetzen nicht übergangen werden, weil veränderte Umstände oder ein gewandeltes Rechtsverständnis eine andere Lösung weniger nahelegen (BGE 141 V 221 E. 5.2.1 und 141 III 155 E. 4.2; Urteile des BGer 6B\_708/2015 vom 22. Oktober 2015 E. 2.4.1 und 8C\_33/2015 vom 14. Oktober 2015 E. 5.1). Hat dieser Wille jedoch im Gesetzestext keinen Niederschlag gefunden, so ist er für die Auslegung nicht entscheidend (BGE 139 III 368 E. 3.2, 137 V 167 E. 3.2 und 136 I 297 E. 4.1; zum Ganzen Urteil des BVer 5557/2015 vom 17. November 2015 E. 5.1).

#### **E. 4.4**

Art. 2 Bst. b BÜPF verweist für den Begriff des Fernmeldedienstes auf Art. 3 Bst. b FMG, welcher den Fernmeldedienst als "fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte" definiert. Als "fernmeldetechnische Übertragung" gilt nach Art. 3 Bst. c FMG "elektrisches, magnetisches, optisches oder anderes elektromagnetisches Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk". "Informationen" sind gemäss

der Legaldefinition in Art. 3 Bst. a FMG "für Menschen, andere Lebewesen oder Maschinen bestimmte Zeichen, Signale, Schriftzeichen, Bilder, Laute und Darstellungen jeder anderen Art". Die französisch- und italienischsprachigen Fassungen stimmen im Wortlaut mit der deutschsprachigen überein. Ob OTT-Dienste unter den Begriff des Fernmeldedienstes im Sinne von Art. 3 Bst. b FMG fallen können, lässt sich dem Wortlaut der Bestimmung nicht eindeutig entnehmen. Als von einer FDA anzubietende Dienstleistung steht nach dem Wortlaut, welcher von einer "fernmeldetechnischen Übertragung von Informationen" bzw. einem "Senden und Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk" spricht, die technische Vornahme des Informationstransports im Vordergrund. Auch wenn der Wortlaut nicht voraussetzt, dass - wie die Vorinstanz auch vorbringt - das Senden und Empfangen von Informationen durch die FDA technisch selbst vorgenommen werden muss, so scheint gerade das Anbieten dieser Dienstleistung, allenfalls auch als Wiederverkäuferin, zentral zu sein. OTT-Dienste funktionieren zwar über das Internet und bedingen somit eine fernmeldetechnische Übertragung von Informationen. Allerdings zeichnen sie sich gerade dadurch aus, dass sie ohne Internetzugang angeboten werden; der Kunde also den für den Informationstransport notwendigen Internetzugang separat bei einer entsprechenden Anbieterin einkaufen muss. Insofern spricht der Wortlaut von Art. 3 Bst. b FMG dafür, dass Anbieterinnen von OTT-Diensten nicht als FDA gelten.

#### **E. 4.5.1**

Die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs bezweckt in erster Linie die Kriminalitätsbekämpfung und die Aufklärung von Straftaten. Gemäss der Botschaft zum BÜPF, welche vom 27. Februar 2013 datiert, bestand das Hauptziel der Totalrevision des BÜPF darin, die Überwachung von Personen zu ermöglichen, gegen die ein dringender Verdacht auf Begehung einer schweren Straftat besteht. Entsprechend sollte mit der Totalrevision sichergestellt werden, dass die notwendigen Überwachungen des Post- und Fernmeldeverkehrs in den kommenden Jahren nicht durch die Verwendung neuer Technologien (wie etwa verschlüsselter Internettelefonie) verhindert werden können. Das BÜPF wurde deshalb - zusammen mit der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (StPO, SR 312.0) - an die technische Entwicklung der letzten Jahre und, im Rahmen des Möglichen, an die künftigen Entwicklungen in diesem Bereich angepasst (BBl 2013 2685). Hierfür wurde u.a. der persönliche Geltungsbereich erheblich erweitert. Dieser umfasste gemäss dem bis 1. März 2018 in Kraft stehenden Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldegesetzes (aBÜPF, AS 2001 3096) nur die Anbieterinnen von Post- oder Fernmeldediensten, zu denen auch die Internetzugangsanbieterinnen gehörten, sowie die Betreiberinnen von internen Fernmeldenetzen und Hauszentralen. Daneben konnten jedoch auch weitere Personen oder Unternehmen Daten im Zusammenhang mit dem Post- oder Fernmeldeverkehr besitzen, welche die Strafverfolgungsbehörden allenfalls benötigten. Ziel der Neuregelung des persönlichen Geltungsbereichs in Art. 2 BÜPF war es deshalb, diese Lücke zu schliessen und alle Personen dem BÜPF zu unterstellen, die solche Daten besitzen. Wie bereits erwähnt, umfasst der persönliche Geltungsbereich gemäss Art. 2 BÜPF neu sechs Kategorien von "Mitwirkungspflichtigen", wobei der Umfang der Mitwirkungspflichten im Sinne der Verhältnismässigkeit für jede Kategorie gesondert und entsprechend der spezifischen Tätigkeit abgestuft definiert wird (Botschaft zum BÜPF, BBl 2013 2694 f. und 2732; Thomas Hansjakob, a.a.O., Rz. 1364).

#### **E. 4.5.2**

Als Kategorien von Mitwirkungspflichtigen sieht Art. 2 BÜPF u.a. FDA (Bst. b) und AAKD (Bst. c) vor, wobei die Pflichten der FDA über die blossen Duldungs- und Zusammenarbeitspflichten der AAKD hinausgehen (vgl. Art. 21 ff. BÜPF). Art. 22 Abs. 4 und Art. 27 Abs. 3 BÜPF sehen allerdings vor, dass auch AAKD weitergehende Auskunft- oder Überwachungspflichten auferlegt werden können. So kann der Bundesrat AAKD, die Dienstleistungen von grosser wirtschaftlicher Bedeutung oder für eine grosse Benutzerschaft anbieten, allen oder einem Teil der Pflichten für FDA unterstellen, soweit dies für die Überwachung des Fernmeldeverkehrs notwendig ist. Der Bundesrat hat diese Voraussetzungen in Art. 22 und 52 VÜPF näher konkretisiert. Als Gegenstück zu dieser Ausweitung der Pflichten für AAKD sieht Art. 26 Abs. 6 BÜPF i.V.m. Art. 51 VÜPF vor, dass FDA auf Gesuch hin von gewissen Pflichten befreit werden können. Durch eine solche Heraufstufung zu einer "AAKD mit weitergehenden Auskunfts- bzw. Überwachungspflichten" (vgl. Art. 22 und 52 VÜPF) bzw. Herabstufung zu einer "FDA mit reduzierten Überwachungspflichten" (vgl. Art. 51 VÜPF) kann insofern eine Angleichung von FDA und AAKD erreicht werden.

#### **E. 4.5.3**

Aus der teleologischen Auslegung kann für die vorliegend relevante Frage, ob Anbieterinnen von OTT-Diensten als FDA oder AAKD zu qualifizieren sind, kaum etwas abgeleitet werden. Unabhängig davon, ob sie als FDA oder AAKD einzustufen sind, fallen sie in den persönlichen Geltungsbereich des BÜPF und kann der Fernmeldeverkehr überwacht werden. Zudem können FDA oder AAKD unter bestimmten Voraussetzungen durch Herauf- oder Herabstufung der jeweils anderen Kategorie angeglichen werden. Dadurch wird gewährleistet, dass der Fernmeldeverkehr in jedem Fall in genügender Weise überwacht werden kann und den Anbieterinnen nur verhältnismässige Mitwirkungspflichten auferlegt werden.

#### **E. 4.6.1**

Gemäss der Botschaft zum BÜPF umfasst die Kategorie der AAKD Personen, die weder Internetzugangsanbieterinnen noch FDA im Sinne des Gesetzes sind, jedoch insbesondere im Bereich des Internetverkehrs ebenfalls eine Rolle spielen, indem sie Dienste bereitstellen, die nur in Verbindung mit der Tätigkeit einer FDA, insbesondere einer Internetzugangsanbieterin, angeboten werden können. Diese Personen seien keine FDA, da sie keine Daten übertragen oder befördern würden, schon gar nicht selbst. Ohne Inanspruchnahme einer Fernmeldedienstanbieterin, die Daten übertrage, könnten diese Personen, die Internetdienstanbieterinnen seien, ihre Dienste nicht anbieten. Als AAKD würden Anbieterinnen von zwei Arten von Internetdiensten erfasst werden. Die einen würden eine Einwegkommunikation ermöglichen, die das Hochladen von Dokumenten gestatte, die anderen eine Mehrwegkommunikation, welche die Kommunikation zwischen Nutzerinnen und Nutzern erlaube. Dabei sei nicht von Belang, ob die Kommunikation synchron oder asynchron erfolge. Als Beispiele von AAKD, welche eine Mehrwegkommunikation anbieten, nennt die Botschaft zum BÜPF u.a. Chat- bzw. Instant-Messaging-Plattformen sowie Anbieterinnen von Internettelefoniediensten des Typs Peer-to-Peer (BBl 2013 2707 f.).

#### **E. 4.6.2**

In Bezug auf den Begriff der FDA verweist die Botschaft zum BÜPF auf die Bestimmungen des FMG und hält zusammenfassend fest, FDA würden sich verpflichten, im Auftrag von Dritten, d.h. für die Öffentlichkeit, Informationen fernmeldetechnisch selber zu befördern oder zu übertragen. Die Art. 2 Bst. c BÜPF unterstehenden Personen (AAKD) seien keine FDA, da sie keine Daten übertragen oder befördern würden, schon gar nicht selbst (BBl 2013 2707).

#### **E. 4.6.3**

Daraus geht insgesamt hervor, dass der Botschaft zum BÜPF die Auffassung zu Grunde lag, wonach nur diejenigen Anbieterinnen als FDA gelten, die die fernmeldetechnische Übertragung der Information im Sinne des Informationstransports selbst vornehmen bzw. diese Dienstleistung selbst anbieten. Dieses Verständnis entsprach denn auch der damaligen Praxis (vgl. Amgwerd/Schlauri, a.a.O. Rz. 6.64). Dienste, welche eine fernmeldetechnische Übertragung zwar als Basis voraussetzen und nur in Verbindung mit einem Internetzugang zur Übertragung der Informationen funktionieren, sprich OTT-Dienste, gelten gemäss der Botschaft zum BÜPF hingegen als abgeleitete Kommunikationsdienste und deren Anbieterinnen dementsprechend als AAKD im Sinne von Art. 2 Bst. c BÜPF. In diesem Sinne wird denn auch in der Botschaft zur Revision des FMG festgehalten, dass OTT-Dienste in der Botschaft zum BÜPF als abgeleitete Kommunikationsdienste betrachtet würden (BBl 2017 6660). Dass es sich so verhält, stellt denn auch die Vorinstanz nicht in Abrede. Sie macht lediglich geltend, dass diese Ansicht aufgrund der technologischen Entwicklung inzwischen überholt sei (vgl. dazu nachfolgend E. 4.7).

#### **E. 4.6.4**

Der der Botschaft zum BÜPF zu Grunde liegende Entwurf des BÜPF (BBl 2013 2789) erfuhr in den parlamentarischen Beratungen in Bezug auf den persönlichen Geltungsbereich (Art. 2 BÜPF) keine Änderungen. In den Materialien finden sich auch keine Hinweise darauf, dass in den parlamentarischen Beratungen die Begriffe FDA und AAKD abweichend vom dargelegten Verständnis gemäss der Botschaft zum BÜPF aufgefasst wurden bzw. der Begriff FDA auch OTT-Dienste mitumfassen sollte. Vielmehr wurden auch in den Beratungen im National- und Ständerat Instant-Messenger oder Chats als abgeleitete Kommunikationsdienste bezeichnet und als Beispiel einer AAKD nebst WhatsApp, Skype oder reinen E-Mail-Providern explizit auch die Beschwerdeführerin angeführt (vgl. AB 2014 S 109, Votum Engler; AB 2014 S 116, Votum Fetz; AB 2015 N 1153, Votum Reimann; AB 2015 N 1155, Votum Rickli; AB 2015 N 1159, Votum Sommaruga; AB 2016 N 354, Votum Vogler). Das BÜPF wurde schliesslich mit Beschluss des Parlaments vom 18. März 2016 verabschiedet (BBl 2016 1991).

#### **E. 4.6.5**

In gleicher Weise wie die Botschaft zum BÜPF hält auch der erläuternde Bericht zur Totalrevision der VÜPF einleitend fest, im Rahmen der Totalrevision des BÜPF sei der Kreis der Mitwirkungspflichtigen erweitert worden. So sei es beispielsweise nach der bisherigen Gesetzgebung nicht möglich gewesen, den nicht meldepflichtigen FDA und solchen Anbieterinnen, die ihre Kommunikationsdienste über das Internet anbieten würden, ohne Internetzugangsanbieterin zu sein, die Pflichten im Bereich der Überwachung zu überbinden. Nach der Totalrevision seien in Art. 2 Bst. c BÜPF nun auch AAKD vom persönlichen Geltungsbereich erfasst. Bei den AAKD handle es sich um solche Anbieterinnen, deren Dienste sich auf Fernmeldedienste stützen und die ihren

Benutzerinnen und Benutzern eine Einweg- (z. B. Hochladen eines Dokumentes) oder Mehrwegkommunikation (z. B. Instant Messaging, Chatdienst) ermöglichen würden (vgl. < [www.li.admin.ch](http://www.li.admin.ch) > Themen > das BÜPF >, abgerufen am 27. April 2020).

#### **E. 4.6.6**

Die historische Auslegung ergibt somit, dass nach dem Willen des Gesetzgebers Anbieterinnen von OTT-Diensten nicht als FDA, sondern als AAKD gelten und zwar unabhängig davon, ob ihre angebotenen Dienste eine Ein- oder Mehrwegkommunikation ermöglichen. Dieser Wille hat im Gesetzestext insofern Niederschlag gefunden, als dass der Gesetzgeber für die Anbieterinnen dieser Dienste mit Art. 2 Bst. c BÜPF eine separate Kategorie von Mitwirkungspflichtigen einführt und sie entsprechend von den FDA abgrenzt. Da es sich beim BÜPF um ein junges Gesetz handelt, darf von diesem Willen des Gesetzgebers nicht leichthin abgewichen werden (vgl. vorstehend E. 4.3)

#### **E. 4.7**

Die Vorinstanz beruft sich auf eine zeitgemässe Auslegung des Gesetzes und macht geltend, aufgrund der in der Zwischenzeit eingetretenen technologischen Entwicklung sei der Begriff der FDA im Vergleich zum zuvor Ausgeführten weiter auszulegen.

##### **E. 4.7.1**

Es lässt sich nicht in Abrede stellen, dass im Bereich der Telekommunikation eine stete technologische Entwicklung stattfindet. So hält die Botschaft zur Revision des FMG fest, der Telekommunikationssektor sei geprägt durch ein hohes Entwicklungstempo, sowohl bei den Netztechnologien als auch bei den Diensten. In den letzten Jahren hätten sich insbesondere die OTT-Dienste und internetbasierte Dienste, welche unabhängig von den Netzbetreiberinnen erbracht würden, sehr stark entwickelt. Auch die Nutzergewohnheiten hätten sich dieser Entwicklung angepasst. Die Übertragung von Sprache über den öffentlichen Telefondienst bleibe zwar nach wie vor wichtig, verliere jedoch zunehmend an Bedeutung. Andererseits nehme die Nutzung von Diensten zur Übertragung von Text, Bildern, Ton und Video über SMS, MMS, E-Mail, Instant-Messaging, WhatsApp, Internet-(Video-)Telefonie und soziale Medien ständig zu (BBl 2017 6573). Auch im Nachfolgebericht des Bundesrates "Rechtliche Basis für Social Media: Erneute Standortbestimmung" vom 10. Mai 2017 (nachfolgend: Nachfolgebericht Social Media), auf welchen sich die Vorinstanz beruft, wird festgehalten, das FMG stamme aus einer Zeit, in der die Erbringung von Fernmeldediensten vom Besitz oder doch zumindest vom autorisierten Zugang zu einem spezifischen, diesem Zweck dienenden Netz, abhängig gewesen sei. Durch die rasante technologische Entwicklung sei diese enge Bindung zwischen Netz und Diensten aufgehoben worden. Heute würden völlig andere technische Bedingungen gelten und Dienste könnten auf verschiedenste Weise und ohne aktives Zutun der Netzbetreiber erbracht werden. Diese Veränderung der technischen Umstände habe die Türen für neue Geschäftsmodelle geöffnet und die regulatorischen Rahmenbedingungen müssten den Entwicklungen angepasst werden, die in den letzten Jahren auf dem Fernmeldemarkt stattgefunden hätten. Gemäss einem weltweit zu beobachtenden Trend würden etwa mobile Nachrichten immer weniger per SMS über die Mobilfunkanbieterin, sondern über internetbasierte Dienste versendet (Nachfolgebericht Social Media, S. 26, < [www.bakom.ch](http://www.bakom.ch) > digitale Schweiz und Internet > digitale Kommunikation > soziale Medien >, abgerufen am 12. Mai 2020).

##### **E. 4.7.2**

Zu dieser technologischen Entwicklung ist zunächst anzuführen, dass die Botschaft zum BÜPF zwar vom 27. Februar 2013 datiert, das BÜPF jedoch vom Parlament erst mit Beschluss vom 18. März 2016 verabschiedet wurde. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte das Parlament offenbar keinen Anlass, aufgrund der technologischen Entwicklung von der Begriffsauffassung gemäss der Botschaft zum BÜPF abzuweichen.

#### **E. 4.7.3**

Sodann sprechen die angeführten Quellen (Botschaft zur Revision des FMG und Nachfolgebericht Social Media) von einer Entwicklung "in den letzten Jahren". Die angesprochene Entwicklung dürfte daher bereits vor Verabschiedung des BÜPF eingetreten sein. Bereits die Botschaft zum BÜPF sprach von einer Anpassung an die technische Entwicklung der letzten Jahre und, im Rahmen des Möglichen, an die künftigen Entwicklungen in diesem Bereich, weshalb auch der persönliche Geltungsbereich ausgeweitet wurde (vgl. vorstehend E. 4.5.1). Bei den erwähnten, immer stärker aufkommenden internetbasierten Diensten (insbesondere Instant-Messaging und Internettelefonie) handelt es sich nicht um neue, im Zeitpunkt des Erlasses des BÜPF unbekannte Technologien. Vielmehr wurden solche Dienste in der Botschaft zum BÜPF und in den parlamentarischen Beratungen explizit erwähnt und wurde hierfür gerade die Kategorie der AAKD geschaffen. Eine Ausdehnung des Begriffs der FDA ist insofern nicht erforderlich, damit diese Dienste vom persönlichen Geltungsbereich des BÜPF erfasst werden. Aufgrund der zunehmenden Bedeutung dieser Dienste könnte es sich zur zweckmässigen Überwachung des Fernmeldeverkehrs aber allenfalls als notwendig erweisen, AAKD bzw. einen Teil von ihnen den weitergehenden Mitwirkungspflichten der FDA zu unterstellen, was durch eine Ausweitung des Begriffs FDA erreicht werden könnte. Diesbezüglich sehen nun allerdings Art. 22 Abs. 4 und Art. 27 Abs. 3 BÜPF bereits vor, dass AAKD, die Dienstleistungen von grosser wirtschaftlicher Bedeutung oder für eine grosse Benutzerschaft anbieten, weitergehende Auskunft- oder Überwachungspflichten auferlegt und den FDA gleichgestellt werden können (vgl. vorstehend E. 4.5.2). Diese Bestimmungen bezwecken gerade, der auf diesem Gebiet rasanten technischen Entwicklung und dem Umstand, dass die Grenzen zwischen FDA und AAKD zunehmend verwischen, Rechnung zu tragen (vgl. Botschaft zum BÜPF, BBl 2013 2732 und 2744; Thomas Hansjakob, a.a.O, Rz. 1689).

#### **E. 4.7.4**

Daraus erhellt, dass eine Ausweitung des Begriffs FDA nicht erforderlich ist, um der erwähnten technologischen Entwicklung Rechnung zu tragen und den Zweck von Art. 2 BÜPF bzw. des BÜPF allgemein, nämlich sämtliche Personen, die von den Strafverfolgungsbehörden benötigte Daten besitzen, dem BÜPF zu unterstellen, und den Post- und Fernmeldeverkehr zur Aufklärung von Straftaten zu überwachen, zu erreichen. Vielmehr erscheint die von der Vorinstanz vorgenommene Auslegung des Begriffs FDA mit dem Ergebnis, dass gewisse AAKD unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Bedeutung und der Grösse ihrer Benutzerschaft zu FDA heraufgestuft werden, gegen Art. 22 Abs. 4 und Art. 27 Abs. 3 BÜPF und die darin vorgesehene Kompetenzordnung, wonach eine solche Heraufstufung dem Bundesrat vorbehalten bleibt, zu verstossen. Dass die vom Bundesrat hierzu in Art. 22 und 52 VÜPF näher umschriebenen Voraussetzungen erfüllt wären, wird von der Vorinstanz nicht behauptet und ist auch nicht ersichtlich.

#### **E. 4.7.5**

Die von der Vorinstanz im vorliegenden Verfahren vertretene Ansicht zur Auslegung des Begriffs FDA und zur Abgrenzung zwischen FDA und AAKD (vgl. vorstehend E. 4.2) hat sie auch in ihrem Merkblatt "FDA - AAKD" festgehalten (vgl. [www.li.admin.ch](http://www.li.admin.ch) > Themen > das BÜPF, abgerufen am 12. Mai 2020). Daraus geht hervor, dass sich das Merkblatt auf den "Leitfaden zum Meldeformular für das Erbringen von Fernmeldediensten" des BAKOM (vgl. [www.bakom.ch](http://www.bakom.ch) Telekommunikation Fernmeldediensteanbieter Meldung als FDA, abgerufen am 12. Mai 2020) stützt und sich an dessen aktueller Praxis orientiert, welche eine Gleichbehandlung von klassischen Fernmeldediensten und solchen OTT-Diensten, die den klassischen Fernmeldediensten funktional gleichgestellt seien, anstrebe. Die Vorinstanz stützt sich insofern auf eine vom BAKOM vorgenommene Praxisänderung im Bereich der Meldepflicht nach FMG. Im Gegensatz zum BÜPF kennt das FMG den Begriff der AAKD nicht. OTT-Dienste können nur dann unter das FMG fallen, wenn sie als Fernmeldedienste qualifiziert werden. Die letzte Revision des FMG ist am 1. April 2007 in Kraft getreten, weshalb das FMG - im Unterschied zum BÜPF - noch nicht den in den letzten Jahren eingetretenen technologischen Entwicklungen angepasst wurde. Dies wird erst mit der laufenden Gesetzesrevision geschehen (vgl. Botschaft zur Revision des FMG, BBl 2017 6560). Aufgrund dieser unterschiedlichen Gegebenheiten kann die vom BAKOM vorgenommene Praxisänderung im Bereich des FMG bzw. die Ausweitung des Begriffs "Fernmeldedienst" nach Art. 3 Bst. b FMG nicht unbesehen auf das BÜPF übertragen werden. Wie zuvor aufgezeigt, widerspricht eine solche Begriffsauffassung nicht nur dem Willen des historischen Gesetzgebers, sondern ist auch mit Blick auf den Sinn und Zweck des Gesetzes nicht geboten. Mit der Revision des FMG wird denn auch gleichzeitig der Begriff "Fernmeldedienst" im Anwendungsbereich des BÜPF durch Streichung des Verweises auf Art. 3 Bst. b FMG in Art. 2 Bst. b BÜPF von der Begriffsdefinition gemäss FMG entkoppelt, was zeigt, dass der Gesetzgeber im Anwendungsbereich des BÜPF nach wie vor an der bisherigen Begriffsauffassung festhalten möchte (vgl. nachfolgend E. 4.8).

#### **E. 4.7.6**

Insgesamt ergibt sich, dass die von der Vorinstanz angesprochene technologische Entwicklung ein Abweichen vom Willen des historischen Gesetzgebers nicht zu rechtfertigen vermag und auch eine zeitgemässe Auslegung zu keinem anderen Ergebnis führt, als dass Anbieterinnen von OTT-Diensten als AAKD und nicht als FDA zu qualifizieren sind.

#### **E. 4.8**

Aus der systematischen Stellung von Art. 2 Bst. b BÜPF lässt sich für die vorliegend relevante Fragestellung nichts ableiten.

#### **E. 4.9**

Das FMG und gleichzeitig auch der vorliegend in Frage stehende Art. 2 Bst. b BÜPF wurden mit Beschluss vom 22. März 2019 geändert (BBl 2019 2619 ff.). Die Referendumsfrist ist unbenutzt abgelaufen. Der Zeitpunkt der Inkraftsetzung ist vom Bundesrat jedoch noch festzulegen.

#### **E. 4.9.1**

Eine Gesetzesrevision kann bei der Auslegung einer Norm des früheren Rechts berücksichtigt werden, wenn das geltende System - wie hier - nicht grundsätzlich geändert, sondern nur eine Konkretisierung des bestehenden Rechtszustands angestrebt oder Lücken

des geltenden Rechts ausgefüllt werden (BGE 141 II 297 E. 5.5.3 und 139 V 148 E. 7.2.4; Urteil des BGer 5A\_92/2014 vom 23. Juli 2014 E. 2.3; je m.w.H.).

#### **E. 4.9.2**

Die Botschaft zur Revision des FMG hält fest, klassische Fernmeldedienste und OTT-Dienste seien gleich zu behandeln und nur eine weite Interpretation des Begriffs "Fernmeldedienste" könne den heutigen Bedürfnissen der Nutzerinnen und Nutzer und dem juristischen Gleichbehandlungsgebot gerecht werden (BBl 2017 6599). Mit Verweis auf den "Leitfaden zum Meldeformular für das Erbringen von Fernmeldediensten" des BAKOM wird weiter ausgeführt, dass Anbieterinnen von OTT-Diensten bereits heute als FDA betrachtet würden, soweit sie gegenüber ihrer Kundschaft die Verantwortung für die Erbringung der entsprechenden Dienste übernehmen würden (BBl 2017 6609). Diese Ausführungen beziehen sich allerdings auf den Anwendungsbereich des FMG. Im Zusammenhang mit dem BÜPF führt die Botschaft an, der unverändert gebliebene Begriff der Fernmeldedienste (Art. 3 Bst. b FMG) erweise sich in der vorliegenden Revision des FMG als weiter als bei der Ausarbeitung des BÜPF. Er umfasse insbesondere OTT-Dienste, die in der Botschaft zum BÜPF als abgeleitete Kommunikationsdienste betrachtet würden. Gemäss BÜPF hätten die FDA nach Art. 2 Bst. b jedoch weitreichendere Mitwirkungspflichten als die Personen nach Art. 2 Bst. c-f. Um zu verhindern, dass Letzteren, insbesondere den AAKD, aktive Auskunfts- und Aufsichtspflichten auferlegt werden, nur weil ihre Tätigkeiten ebenfalls Fernmeldediensten im Sinne des FMG entsprächen, solle die Referenz zu Art. 3 Bst. b FMG in Art. 2 Bst. b BÜPF entfernt werden. In einem neuen Abs. 2 zu Art. 2 BÜPF solle zudem festgelegt werden, dass der Bundesrat die Kategorien wenn nötig näher umschreibe. Namentlich gemeint seien die Anbieterinnen, die als FDA betrachtet werden müssten, diejenigen, die zu den AAKD gehörten, und die Personen, die ihren Zugang zu einem öffentlichen Fernmeldenetz Dritten zur Verfügung stellten (BBl 2017 6660).

#### **E. 4.9.3**

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass die im Vergleich zur Botschaft zum BÜPF geänderte und breitere Auffassung des Begriffs FDA, gemäss welcher auch Anbieterinnen von OTT-Diensten als FDA qualifiziert werden können und welche auch die Vorinstanz im vorliegenden Verfahren vertritt, nur für den Anwendungsbereich des FMG gelten soll, nicht jedoch für das BÜPF. Damit soll insbesondere verhindert werden, dass den AAKD weitergehende Pflichten gemäss BÜPF auferlegt werden. Dementsprechend wurde denn auch Art. 2 Bst. b BÜPF insofern geändert, als dass der Verweis auf Art. 3 Bst. b FMG gestrichen wurde. Zudem bestimmt Art. 2 Abs. 2 BÜPF neu, dass der Bundesrat die Kategorien von Mitwirkungspflichtigen näher, insbesondere nach Abs. 1 Bst. b, c und e, umschreibt (BBl 2019 2640). Der Begriff der FDA wird damit vom FMG entkoppelt, weshalb die (neue) Begriffsauffassung nach FMG nicht auf das BÜPF übertragen werden kann.

#### **E. 4.9.4**

Damit spricht auch das neue Recht für die Auffassung der Beschwerdeführerin.

#### **E. 4.10**

Insgesamt ergibt die Auslegung, dass Anbieterinnen von OTT-Diensten nicht als FDA gemäss Art. 2 Bst. b BÜPF, sondern als AAKD im Sinne von Art. 2 Bst. c BÜPF zu qualifizieren sind.

### **E. 5.1**

Mit dem von der Beschwerdeführerin angebotenen Produkt "Threema" können einerseits Text- und Sprachnachrichten sowie Dateien ausgetauscht (Instant-Messaging-Dienst bzw. Chat) und andererseits Sprachanrufe getätigt werden. Sämtliche Nachrichten etc. werden auf dem Gerät des Absenders verschlüsselt und erst auf dem Gerät des Empfängers wieder entschlüsselt (Ende-zu-Ende-Verschlüsselung). Die Kommunikation funktioniert einzig zwischen Personen, die die App "Threema" auf ihrem Smartphone installiert haben. Im Wesentlichen gestalten sich ein Telefonanruf und der Instant-Messaging-Dienst wie folgt:

Telefonanruf: - Der Anrufer drückt den Anrufen-Knopf in der App. - Die App des Anrufers sendet (über die Server der Beschwerdeführerin) eine verschlüsselte Steuernachricht an den Empfänger (vgl. hierzu die nachfolgenden Ausführungen zum Instant-Messaging-Dienst). - Die App des Empfängers antwortet ihrerseits mit einer Steuernachricht, die die IP-Adresse des Empfängers enthält. - Nachdem die App des Anrufers die IP-Adresse des Empfängers erhalten hat, kontaktiert sie diesen über das Internet und baut die Sprachverbindung auf. - Die Sprachdaten fliessen über das Internet von der App des Anrufers zur App des Empfängers, allenfalls über die Server der Beschwerdeführerin.

Instant-Messaging-Dienst: - Die App des Absenders schickt die verschlüsselte Nachricht an den Server der Beschwerdeführerin. - Der Server der Beschwerdeführerin bewahrt die verschlüsselte Nachricht auf, bis das Gerät des Empfängers sie abholt. - Ist das Gerät des Empfängers mit dem Internet verbunden, wird es über eine "Push-Nachricht" darauf aufmerksam gemacht, dass eine Nachricht vorliegt. - Die App des Empfängers holt die Nachricht beim Server der Beschwerdeführerin ab. - Die App des Empfängers entschlüsselt die Nachricht und zeigt sie dem Empfänger an.

### **E. 5.2**

Sowohl der Instant-Messaging-Dienst als auch die Telefonanrufe setzen somit eine fernmeldetechnische Übertragung als Basis voraus und funktionieren nur in Verbindung mit einem Internetzugang zur Übertragung der Informationen. Die Beschwerdeführerin bietet jedoch keinen Internetzugang an und übernimmt gegenüber ihren Kunden auch keine Verantwortung für die Informationsübertragung über das Internet. Gemäss ihren Nutzungsbedingungen hat sie die Haftung für Internet-Störungen explizit ausgeschlossen. Die Kunden der Beschwerdeführerin müssen den für den Informationstransport notwendigen Internetzugang separat bei einer Drittanbieterin einkaufen. Bei den von der Beschwerdeführerin angebotenen Diensten handelt es sich insofern um OTT-Dienste. Dass es sich so verhält, wird auch von der Vorinstanz nicht in Abrede gestellt. Auch sie führt aus, die Dienste der Beschwerdeführerin würden "Over The Top" erfolgen (vgl. vorstehend E. 4.2). Nach den vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerdeführerin daher als AAKD und nicht als FDA zu qualifizieren. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Informationen über die Server der Beschwerdeführerin geleitet werden und diese eine Transportverschlüsselung anbringt. Die Server der Beschwerdeführerin bilden lediglich eine Zwischenstation beim Datentransfer. Die fernmeldetechnische Übertragung der Informationen zu den Servern der Beschwerdeführerin und von diesen weg wird von einer Internetzugangsanbieterin vorgenommen. Die Übertragung von den Servern der Beschwerdeführerin bis zum Anschluss des Internets erfolgt unbestritten innerhalb des Gebäudes der Beschwerdeführerin und stellt somit nach Art. 2 Bst. a FDV keinen Fernmeldedienst dar. Mit der "Push-Nachricht" an den Empfänger, welche durch den Betriebssystemhersteller des Smartphones (Apple oder Google) erfolgt, wird sodann nicht

die Nachricht des Absenders weitergeleitet, sondern dem Empfänger lediglich mitgeteilt, dass eine Nachricht zur Abholung bereitliege. Die Beschwerdeführerin übernimmt bei der Kommunikation zwar eine Art Vermittlungsfunktion zwischen dem Absender und dem Empfänger und gewährleistet die sichere Kommunikation durch Verschlüsselung der Nachrichten, nimmt aber die fernmeldetechnische Übertragung der Informationen weder selbst vor noch übernimmt sie hierfür dem Kunden gegenüber die Verantwortung. Entsprechend bietet sie nach dem Ausgeführten keinen Fernmeldedienst im Sinne des BÜPF an.

#### **E. 6**

Im Ergebnis kann festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin als AAKD zu qualifizieren ist und die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zu Unrecht als FDA einstuft. Damit ist Ziff. 1 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung aufzuheben. Da die in Dispositiv-Ziff. 2 - 8 der angefochtenen Verfügung getroffenen Anordnungen allesamt Folge der unrichtigen Qualifikation der Beschwerdeführerin als FDA sind und sich bei einer Einstufung als AAKD als rechtswidrig erweisen, ist die angefochtene Verfügung antragsgemäss und in Gutheissung der Beschwerde vollumfänglich aufzuheben.

#### **E. 7**

In Ziff. 2 ihrer Rechtsbegehren beantragt die Beschwerdeführerin die Feststellung, dass sie als AAKD gelte. In ihrer Begründung hierzu führt sie aus, dass ihr Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung auch alleine mit der Verletzung von Art. 4 VÜPF begründet werden könnte, ohne dass sich das Bundesverwaltungsgericht mit der geltend gemachten Qualifikation als AAKD auseinandersetzen müsste. In diesem Fall wäre aber ihre rechtliche Qualifikation weiterhin unklar. Sie habe daher ein Interesse an der Feststellung ihrer Einordnung als AAKD, zumindest sofern ihr Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Verfügung nicht ausdrücklich mit der Begründung, sie sei als AAKD zu qualifizieren, gutgeheissen werde. Beim erwähnten Feststellungsbegehren handelt es sich somit um einen eigentlichen Eventualantrag, der nur für den Fall gestellt wurde, dass die Aufhebung der Verfügung mit einer Verletzung von Art. 4 VÜPF und nicht mit der fehlerhaften Qualifikation als FDA begründet wird. Nachdem die Beschwerde deshalb gutzuheissen ist, weil die Beschwerdeführerin nicht als FDA, sondern als AAKD zu qualifizieren ist, braucht auf das eventualiter gestellte Feststellungsbegehren nicht weiter eingegangen zu werden.

#### **E. 8**

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu befinden.

##### **E. 8.1**

Die Verfahrenskosten hat in der Regel die unterliegende Partei zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorinstanzen werden jedoch keine Verfahrenskosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Dem Verfahrensausgang entsprechend sind deshalb keine Verfahrenskosten zu erheben. Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 5'000.- ist dieser zurückzuerstatten.

##### **E. 8.2**

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 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]). Die Entschädigung umfasst die

Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei (Art. 8 ff. VGKE). Sie wird vom Gericht aufgrund der Akten festgesetzt, wenn keine Kostennote eingereicht wird (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Höhe der Entschädigung aufgrund der Akten festzusetzen ist. Unter Berücksichtigung der Schwierigkeit des Falles, des notwendigen Zeitaufwandes und eines durchschnittlichen Stundenansatzes erachtet das Bundesverwaltungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 10'000.- als angemessen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.