



Merkblatt «FDA - AAKD»

Abgrenzung zwischen Fernmeldediensteanbieterinnen (FDA) und Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste (AAKD)

Stand:

10. April 2018

Inhalt

1	Zweck des Merkblatts	1
2	Ausgangslage	1
3	Anbieterin von Fernmeldediensten (FDA)	2
4	Anbieterin von abgeleiteten Kommunikationsdiensten (AAKD)	4
5	Orientierungshilfe für die Anbieterinnen	5

1 Zweck des Merkblatts

Dieses Merkblatt soll den Anbieterinnen als Orientierungshilfe dienen, damit sie abschätzen können, zu welcher der folgenden Kategorien von Mitwirkungspflichtigen im Sinne des Art. 2 Bst. b und c BÜPF¹ sie gehören:

- Anbieterin von Fernmeldediensten (FDA) oder
- Anbieterin von Diensten, die sich auf Fernmeldedienste stützen und eine Einweg- oder Mehrwegkommunikation ermöglichen (Anbieterin abgeleiteter Kommunikationsdienste - AAKD).

Es werden zunächst die Grundlagen erläutert und am Ende wird eine Orientierungshilfe skizziert.

2 Ausgangslage

Das BÜPF definiert neue Kategorien von Mitwirkungspflichtigen im Sinne der Fernmeldeüberwachung. Unter anderem führt es neben der bereits bekannten Kategorie der FDA neu die Kategorie der AAKD ein.

Im persönlichen Geltungsbereich des BÜPF entfällt bei den FDA die bisherige Bedingung

¹ Bundesgesetz vom 18. März 2016 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (SR 780.1). Datum des Inkrafttretens: 1. März 2018.

der Meldepflicht gemäss FMG². Das heisst, dass neu alle FDA unter das BÜPF fallen, unabhängig davon, ob sie beim Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) meldepflichtig sind oder nicht. Das BÜPF übernimmt jedoch wie bisher die Definition *FDA* aus dem FMG. Das BÜPF enthält auch eine Delegationsnorm an den Bundesrat, FDA von bestimmten Pflichten zu befreien, wenn sie Dienstleistungen von geringer wirtschaftlicher Bedeutung oder im Bereich Bildung und Forschung anbieten (vgl. Art. 26 Abs. 6 BÜPF). Diese Delegationsnorm wurde in Art. 51 VÜPF³ umgesetzt und führt zur Unterkategorie der «FDA mit reduzierten Überwachungspflichten».

Für die neue Kategorie der AAKD wurde im BÜPF der entgegengesetzte Ansatz gewählt: Standardmässig hat eine AAKD nur Duldungspflichten. Beim Über- oder Unterschreiten bestimmter Grenzen, die in Art. 22 und 52 VÜPF festgelegt sind, muss eine AAKD sich beim Dienst ÜPF innert drei Monaten melden. Dieser entscheidet dann aufgrund der rechtlichen Vorgaben, ob die AAKD zu einer «AAKD mit weitergehenden Auskunftspflichten» (Art. 22 VÜPF) und/oder zu einer «AAKD mit weitergehenden Überwachungspflichten» (Art. 52 VÜPF) erklärt wird.

3 Anbieterin von Fernmeldediensten (FDA)

Auszüge aus dem «Leitfaden des BAKOM zum Meldeformular für das Erbringen von Fernmeldediensten» (*Leitfaden*⁴), gültig seit 1. Mai 2010:

- «Für die Definition des Begriffs *Anbieterin von Fernmeldediensten* sind zwei Elemente determinierend, welche kumulativ vorliegen müssen:
 - *Fernmeldedienst* und
 - *erbringen*.»
- Zusammenfassung: «Unter der Voraussetzung, dass die entsprechende Geschäftstätigkeit unter den Geltungsbereich des FMG fällt, ist [...] eine *Anbieterin von Fernmeldediensten* eine natürliche oder juristische Person, welche Informationen für Dritte fernmeldetechnisch selber überträgt oder übertragen lässt und diesen Dritten gegenüber im Rahmen eines privatrechtlichen Vertragsverhältnisses die Verantwortung für die Erbringung der versprochenen Dienstleistung übernimmt.»

3.1 Begriff des Fernmeldedienstes

Gemäss Art. 3 Bst. b FMG ist unter einem Fernmeldedienst die *fernmeldetechnische Übertragung* von Informationen *für Dritte* zu verstehen.

Gemäss *Leitfaden* müssen dazu kumulativ drei Voraussetzungen erfüllt sein:

1. eine *fernmeldetechnische Übertragung* (Art. 3 Bst. c FMG);
2. die Übertragung von *Informationen* (Art. 3 Bst. a FMG);
3. Drittverhältnis (fernmeldetechnische Übertragung von Informationen *für Dritte*).

Fernmeldetechnische Übertragung bedeutet gemäss Art. 3 Bst. c FMG «elektrisches, magnetisches, optisches oder anderes elektromagnetisches Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk». Es wird nicht explizit vorgeschrieben, dass das Senden oder Empfangen von der FDA auch in technischer Hinsicht selbst gemacht werden muss und die für die Übermittlung notwendigen Sende- oder Empfangsanlagen selbst zu betreiben sind. Auch ist die Technologie der Übertragung in diesem Zusammenhang ohne Belang.

² Fernmeldegesetz vom 30. April 1997 (SR 784.10)

³ Verordnung vom 15. November 2017 über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (SR 780.11)

⁴ <https://www.bakom.admin.ch/bakom/de/home/telekommunikation/fernmeldedienstanbieter/meldung-als-fda.html>

Der Begriff *Informationen* wird in Art. 3 Bst. a FMG definiert. Die Übertragung von Informationen *für Dritte* bedeutet, dass diese «nicht für sich selber (Eigengebrauch) erfolgt, sondern für andere juristische oder natürliche Personen» (*Leitfaden*, Abschn. 1.2.1, Bst. c).

Historisch bedingt wurde der Begriff des Fernmeldedienstes lange mit den Fernmeldenetzen und den Netzbetreiberinnen assoziiert. Auch die Botschaft des Bundesrates zum BÜPF vom 27. Februar 2013 orientierte sich noch an dieser Sichtweise, die jedoch inzwischen überholt ist. Mittlerweile hat sich eine Vielfalt von internetbasierten Diensten, welche Fernmeldedienste konkurrieren (Over-the-top Diensten; OTT-Diensten) entwickelt, die zwar unabhängig von den Betreiberinnen von Fernmeldenetzen erbracht werden (Trennung von Netz und Diensten), jedoch mit den klassischen, von den Netzbetreiberinnen erbrachten Fernmeldediensten funktional gleichzusetzen sind.

OTT-Dienste sind internetbasierte Dienste, die unabhängig von der Zugangsanbieterin erbracht werden. Dieses Merkblatt orientiert sich an der aktuellen Praxis des BAKOM, das eine Gleichbehandlung von «klassischen» Fernmeldediensten und solchen OTT-Diensten, die den «klassischen» Fernmeldediensten funktional gleichgestellt sind, anstrebt. Zur Ergänzung sei erwähnt, dass es darüber hinaus noch weitere OTT-Dienste gibt, die nicht als Fernmeldedienste einzustufen sind.

Des Weiteren beabsichtigt der Bundesrat, die generelle Meldepflicht von FDA nach dem FMG durch eine Registrierung derjenigen FDA zu ersetzen, die vom BAKOM verwaltete Adressierungselemente oder konzessionierte Funkfrequenzen zur Erbringung von Fernmeldediensten nutzen. Sowohl diese Anbieterinnen wie auch Anbieterinnen von Fernmeldediensten, die für ihr Angebot keine vom BAKOM verwalteten Adressierungselemente oder konzessionierte Funkfrequenzen benötigen, unterstehen wie bis anhin dem FMG.

Zu den OTT-Diensten, die als Fernmeldedienste gelten, 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 als Fernmeldedienste unabhängig davon, ob der Zugang über eine App oder eine Internetseite oder ob er im Fest- bzw. Mobilfunknetz erfolgt.

3.2 Begriff des Erbringens von Diensten

Gemäss *Leitfaden* beinhaltet das *Erbringen von Diensten* zwei Merkmale:

1. Wirtschaftliches Merkmal
Es liegt ein Kundenverhältnis zugrunde. Der Dienst kann auch gratis sein. Kunden können auch andere Anbieterinnen sein.
2. Technisches Merkmal (Infrastruktur)
Die Anbieterin muss nicht über eigene Infrastruktur verfügen, sondern Miete, Outsourcing, Mitbenutzung etc. sind ebenfalls möglich. «Es wird aber gerade nicht explizit vorgeschrieben, dass das Senden oder Empfangen von der Anbieterin von Fernmeldediensten auch in technischer Hinsicht selber gemacht werden muss und die für die Übermittlung notwendigen Sende- oder Empfangsanlagen selber zu betreiben sind. [...] Der teilweise oder vollständig unabhängige Aufbau oder Betrieb einer Übertragungsinfrastruktur ist für die Qualifikation *Anbieterin von Fernmeldediensten* also nicht Voraussetzung. Anbieterin von Fernmeldediensten ist auch, wer eine bestehende Infrastruktur nutzt (Netze von anderen Anbieterinnen, z. B. MVNO, Kabelnetzbetreiberinnen). So können auch reine Service Provider ohne eigenes Netz [...] als Anbieterinnen von Fernmeldediensten bezeichnet werden.» (*Leitfaden* Abschn. 1.2.2)

3.3 Ausnahmen

Art. 2 FDV⁵ enthält eine Aufzählung von Ausnahmen von der Eigenschaft als Anbieterin von Fernmeldediensten, die sich aus der Form der Informationsübertragung ergeben. Dabei werden örtliche Aspekte (Bst. a und b) herangezogen und es wird das Drittverhältnis präzisiert (Bst. c und d).

Keinen Fernmeldedienst erbringt, wer Informationen überträgt:

- a. innerhalb eines Gebäudes;
- b. auf einer Liegenschaft, auf zwei aneinander grenzenden Liegenschaften oder auf zwei einander gegenüberliegenden Liegenschaften, die durch eine Strasse, einen Weg, eine Bahnlinie oder einen Wasserlauf getrennt sind;
- c. innerhalb ein und desselben Unternehmens, zwischen Mutter- und Tochtergesellschaften oder innerhalb eines Konzerns;
- d. innerhalb öffentlich-rechtlicher Körperschaften sowie zwischen ihnen.

Hinweis zu Bst. c: «Soweit derartige Unternehmensstrukturen oder andere Gesellschaftsverhältnisse oder Benutzergruppen aber den ausschliesslichen oder vorwiegenden Zweck verfolgen, die Meldepflicht zu umgehen, ist von einem Drittverhältnis auszugehen.» (*Leitfaden* Abschn. 1.2.1 Bst. c)

4 Anbieterin von abgeleiteten Kommunikationsdiensten (AAKD)

Analog zur Definition des Begriffs Anbieterin von Fernmeldediensten sind für die Definition des Begriffs Anbieterin von abgeleiteten Kommunikationsdiensten (AAKD) zwei Elemente determinierend, welche kumulativ vorliegen müssen:

1. *abgeleiteter Kommunikationsdienst* und
2. *erbringen*.

4.1 Begriff des abgeleiteten Kommunikationsdienstes

Aus der Definition in Art. 2 Bst. c BÜPF folgt, dass die abgeleiteten Kommunikationsdienste keine Fernmeldedienste sind, aber trotzdem eine Einweg- oder Mehrwegkommunikation ermöglichen. Dazu gehören insbesondere:

- Online-Speicherdienste (Cloud Storage, File Hosting, Share Hosters, Online Storage, File Sharing)⁶
- Dienste zum Hochladen und Teilen von Inhalten (z. B. von Videos)
- Cloud Computing⁷
- Online-Marktplätze (aber: Kommunikationsdienste innerhalb von Online-Marktplätzen gelten als Fernmeldedienste)
- Soziale Medien (aber: Kommunikationsdienste innerhalb von Sozialen Medien gelten als Fernmeldedienste)
- Location Based Services (Lokalisierungsdienste)

⁵ Verordnung vom 9. März 2007 über Fernmeldedienste (SR 784.101.1)

⁶ Botschaft zum BÜPF vom 27. Februar 2013, BBI **2013** 2683, S. 2707

⁷ Botschaft zum BÜPF vom 27. Februar 2013, BBI **2013** 2683, S. 2708

4.2 Begriff des Erbringens von Diensten

Analog zu Abschnitt 3.2

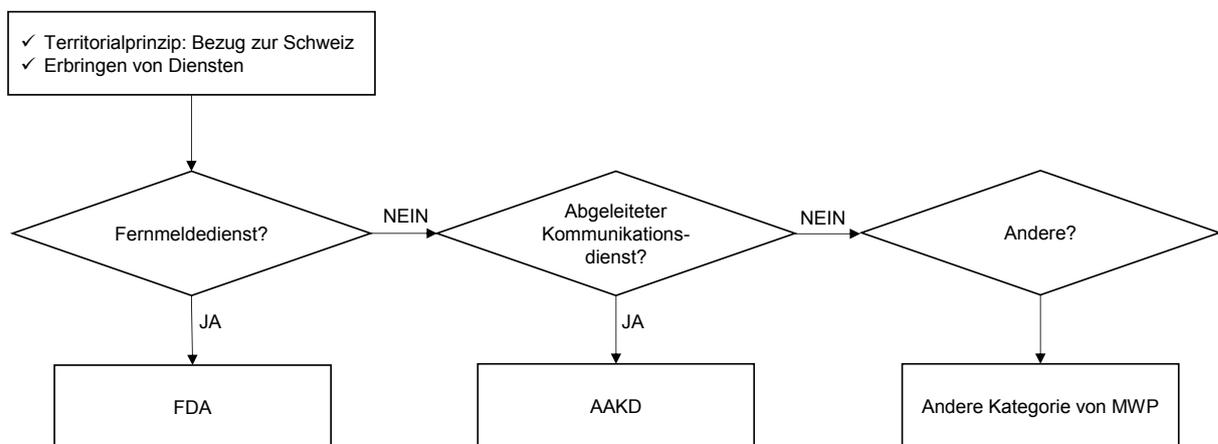
4.3 Ausnahmen

Analog zu Abschnitt 3.3

5 Orientierungshilfe für die Anbieterinnen

Diese Orientierungshilfe dient sowohl für Anbieterinnen von Fernmeldediensten als auch für solche von abgeleiteten Kommunikationsdiensten. Im Folgenden werden daher die allgemeineren Begriffe «Dienst» (statt Fernmeldedienst bzw. abgeleiteter Kommunikationsdienst) und «Dienstanbieterin» (statt FDA bzw. AAKD) verwendet.

Schema:



Legende: MWP = Mitwirkungspflichtige

5.1 Territorialitätsprinzip

Als Grundvoraussetzung ist zunächst abzuklären, ob für die Dienstanbieterin oder den angebotenen Dienst ein Bezug zur Schweiz besteht. Diese Grundvoraussetzung ergibt sich aus dem Territorialitätsprinzip und muss erfüllt sein, um überhaupt dem BÜPF unterstellt zu sein.

Ein Bezug zur Schweiz besteht beispielsweise in den folgenden Fällen:

- Die Dienstanbieterin hat ihren Sitz in der Schweiz.
- Eine Niederlassung der Dienstanbieterin, welche die faktische oder rechtliche Kontrolle über die Kommunikation und/oder Datenspeicherung hat, befindet sich in der Schweiz.
- Die Dienstanbieterin erbringt Dienste für Personen, die sich in der Schweiz befinden oder die sich spezifisch an Personen in der Schweiz richten.
- Die Dienstanbieterin erbringt Dienste über Infrastruktur in der Schweiz, die entweder der betreffenden Dienstanbieterin gehört oder an der diese ein besonderes Nutzungsrecht (z.B. aufgrund eines Mietvertrags oder eines auf die Mitbenutzung von Netzelementen bezogenen, mietähnlichen Vertrags) hat.
- Es handelt sich um eine beim BAKOM gemeldete Dienstanbieterin. Insbesondere die Dienstanbieterinnen, die durch das BAKOM verwaltete und zugeteilte Adressierungselemente oder konzessionierte Funkfrequenzen nutzen.

- Es handelt sich um eine beim BAKOM meldepflichtige Dienstanbieterin, die vom BAKOM verwaltete oder von der ComCom zugeteilte Ressourcen nutzt, die ihr nicht direkt vom BAKOM bzw. der ComCom zugeteilt wurden (untergeordnete Zuteilung von Nummernblöcken oder Nutzung konzessionierter Frequenzen zur Erbringung von Fernmeldediensten durch MVNO). Ausschlaggebend ist die effektive Nutzung der zugeteilten Ressourcen und nicht der Umstand, sie zugewiesen erhalten zu haben.⁸

5.2 Sind die Merkmale für das Erbringen von Diensten vorhanden?

Es ist zu überprüfen, ob die Merkmale für das *Erbringen von Diensten* nach Abschnitt 3.2 bzw. 4.2 vorhanden sind und keine Ausnahme nach Abschnitt 3.3 bzw. 4.3 vorliegt.

- Falls ja, wird die Überprüfung gemäss Abschnitt 5.3 fortgesetzt.
- Falls nein, gilt die Dienstanbieterin für den untersuchten Dienst weder als FDA noch als AAKD. Es muss anschliessend noch untersucht werden, ob die Dienstanbieterin für den untersuchten Dienst möglicherweise in eine andere Kategorie von Mitwirkungspflichtigen (Art. 2 Bst. a, d, e oder f BÜPF) fällt.

5.3 Unterscheidung zwischen Fernmeldedienst und abgeleitetem Kommunikationsdienst

Es ist zunächst zu überprüfen, ob es sich beim fraglichen Dienst um einen Fernmeldedienst handelt:

- Falls ja, gehört die Dienstanbieterin in die Kategorie der FDA.
- Falls nein, ist abschliessend zu überprüfen, ob es sich um einen abgeleiteten Kommunikationsdienst nach Abschnitt 4.1 handelt:
 - Falls ja, gehört die Dienstanbieterin für den untersuchten Dienst in die Kategorie der AAKD.
 - Falls nein, gehört die Dienstanbieterin für den untersuchten Dienst weder in die Kategorie der FDA noch in die der AAKD. Es ist anschliessend noch zu untersuchen, ob die Dienstanbieterin für den untersuchten Dienst möglicherweise in eine andere Kategorie von Mitwirkungspflichtigen (Art. 2 Bst. a, d, e oder f BÜPF) gehört.

Eine Dienstanbieterin, die sowohl Fernmeldedienste, als auch abgeleitete Kommunikationsdienste erbringt, gehört zur Kategorie der FDA (Art. 2 Bst. b BÜPF). Dies gilt für alle Fernmeldedienste und abgeleiteten Kommunikationsdienste, die sie erbringt. Sie unterliegt folglich den Auskunfts- und Überwachungspflichten für FDA. Allenfalls kommt noch die Befreiung von bestimmten Pflichten in Betracht, falls sie Dienstleistungen von geringer wirtschaftlicher Bedeutung oder im Bereich Bildung und Forschung anbietet (Art. 51 VÜPF, FDA mit reduzierten Überwachungspflichten).

Beispiel: Ein Unternehmen mit Bezug zur Schweiz bietet Dritten den Fernmeldedienst Internetzugang an. Weiterhin betätigt sich dieses Unternehmen auch als Hosting-Provider für Dritte und erbringt damit auch einen abgeleiteten Kommunikationsdienst. Dieses Unternehmen gilt als FDA.

⁸ Botschaft zur Revision des FMG, BBI 2017 6559, 6610