OTT-Dienste: Klarheit durch das Threema-Urteil?

Schweizer IT-Juristinnentag vom 2. September 2022

Annemarie Lagger

walderwyss rechtsanwälte

Threema

- Firma und gleichnamige App für Smartphones
  - Austausch von Text- und Sprachnachrichten und Dateien (Instant-Messaging-Dienst) sowie Sprachanrufe (Internet-Telefonie)
  - Funktioniert nur in Verbindung mit einem Internetzugang zur Übertragung der Informationen
  - Bietet keinen Internetzugang an und übernimmt keine Verantwortung für die Informationsübertragung über das Internet. Kunden müssen für den zum Informationstransport erforderlichen Internetzugang auf Angebote von Drittanbietern zurückgreifen
  - Threema GmbH: «*Sicherheit und Datenschutz sind untrennbar mit Threema verbunden. Wir setzen uns seit 2012 unnachgiebig dafür ein, dass sich unsere Nutzer unbeschwert austauschen können, ohne um ihre Sicherheit und Privatsphäre besorgt zu sein*.» (abrufbar unter: https://threema.ch/de#about, zuletzt besucht am 29. August 2022)

Prozessgeschichte

Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr ÜPF

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

Verfügung vom 13. August 2018

Threema GmbH = Anbieterin von Fernmeldediensten («**FDA**») gemäss Art. 2 lit. b BÜPF mit vollständigen Überwachungspflichten

Urteil vom 19. Mai 2020 (A-550/2019): Gutheissung der Beschwerde durch Threema GmbH

Threema GmbH = Anbieterin abgeleiteter Kommunikationsdienste («**AAKD**») nach Art. 2 lit. c BÜPF

Urteil vom 29. April 2021 (2C_544/2020): Abweisung der Beschwerde durch das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement

Bestätigung: Threema GmbH = **AAKD** nach Art. 2 lit. c BÜPF gilt

- Pflicht, Überwachungsauftrag auszuführen Typ RT_24_TEL_IRI (Echtzeitüberwachung von **Randdaten** bei Telefonie- und Multimediadiensten) i.S.v. Art. 56 der Verordnung vom 15. November 2017 über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs («**VÜPF**»)
- Entfernung von ihr angebrachten **Verschlüsselungen** (auch für allfällige zukünftige Überwachungen)

Um was geht es beim Threema-Urteil?

- Bundesgesetz betr. die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs («**BÜPF**»)
  - **Sachlicher Geltungsbereich** (Art. 1 BÜPF): Umsetzung der Überwachung von Post- und Fernmeldeverkehr, welche durch Strafbehörden des Bundes und der Kantone sowie des Nachrichtendiensts des Bundes angeordnet werden; Notsuchen und Fahndungen
  - **Persönlicher Geltungsbereich** (Art. 2 BÜPF):
    - sechs Kategorien von Mitwirkungspflichtigen unter dem BÜPF
    - Umfang der Mitwirkungspflichten wird im BÜPF im Sinne der Verhältnismässigkeit für jede Kategorie unterschiedlich definiert
- Strittig war, ob Threema als FDA i.S. von Art. 2 lit. b BÜPF i.V.m. Art. 3 lit. b FMG gilt

oder allgemein:

Gelten OTT-Dienste, d.h. Anbieter von internetbasierten Diensten, die unabhängig von der Internetzugangsanbieterin erbracht werden (wie bspw. Hosting-Provider, E-Mail-Diensten, Cloud-Service-Provider oder Chat-Plattformen), als FDA unter dem BÜPF?

Mitwirkungspflichtige (Art. 2 BÜPF)

Art. 2 Persönlicher Geltungsbereich

Aus diesem Gesetz ergeben sich Mitwirkungspflichten für die folgenden Personen (Mitwirkungspflichtige):

a. Anbieterinnen von Postdiensten nach dem PG[8];
b. Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach Artikel 3 Buchstabe b des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997[9] (FMG);
c. Anbieterinnen von Diensten, die sich auf Fernmeldedienste stützen und eine Einweg- oder Mehrwegkommunikation ermöglichen (Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste);
d. Betreiberinnen von internen Fernmeldenetzen;
e. Personen, die ihren Zugang zu einem öffentlichen Fernmeldenetz Dritten zur Verfügung stellen;
f. professionelle Wiederverkäuferinnen von Karten und ähnlichen Mitteln, die den Zugang zu einem öffentlichen Fernmeldenetz ermöglichen.

[8] SR 783.0

[9] SR 784.10

Umstrittene Praxisänderung des Dienstes ÜPF (I/II): Qualifikation einiger OTT-Dienste als FDA

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement EJPD
Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr

Merkblatt «FDA - AAKD»

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

Stand: 1. März 2018

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.

Quelle: Merkblatt «FDA – AAKD», Ziff. 3.1, S. 3

Umstrittene Praxisänderung des Dienstes ÜPF (II/II): Qualifikation einiger OTT-Dienste als FDA

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

BBl 2017
www.bundesrecht.admin.ch
Massgebend ist die signierte elektronische Fassung

17.058

Botschaft zur Revision des Fernmeldegesetzes

vom 6. September 2017

1.3.3.2 Fernmeldedienste generell

Grund für die Abschaffung der allgemeinen Meldepflicht ist insbesondere die Gleichbehandlung von «klassischen» Fernmeldedienste und OTT-Diensten, die über das Internet erbracht werden. Nur eine weite Interpretation des Begriffs «Fernmeldedienst» kann den heutigen Bedürfnissen der Nutzerinnen und Nutzer und den Anforderungen des juristischen Gleichbehandlungsgebots gerecht werden. Die konsequente Qualifikation der OTT-Dienste als Fernmeldedienste führt dazu, dass die allgemeine Meldepflicht in administrativer Hinsicht nicht mehr umsetzbar und an ihrer Abschaffung deshalb grundsätzlich festzuhalten ist. Die Registrierung der FDA muss folglich neu geregelt werden, auch wenn gegen die Abschaffung der allgemeinen Meldepflicht in der Vernehmlassung gewisse Bedenken geäussert wurden.

BBl 2017

Der unverändert gebliebene Begriff der Fernmeldedienste (Art. 3 Bst. b FMG) erweist sich in der vorliegenden Revision des FMG (vgl. Ausführung zu Art. 4 E-FMG) als weiter als bei der Ausarbeitung des BÜPF (vgl. Ausführung zu Art. 2 in der Botschaft des Bundesrates vom 27. Februar 2013[89] zum BÜPF). Er umfasst insbesondere OTT-Dienste, die in der Botschaft zum BÜPF als abgeleitete Kommunikationsdienste betrachtet werden (Art. 2 Bst. c BÜPF). Gemäss BÜPF haben die FDA nach Artikel 2 Buchstabe b jedoch weitreichendere Mitwirkungspflichten als die Personen nach Absatz 2 Buchstaben c–f. Um zu verhindern, dass Letzteren, insbesondere den Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste, aktive Auskunfts- und Aufsichtspflichten auferlegt werden, nur weil ihre Tätigkeiten ebenfalls Fernmeldediensten im Sinne des FMG entsprechen, soll die Referenz zu Artikel 3 Buchstabe b FMG in Artikel 2 Buchstabe b E-BÜPF entfernt werden.

Quelle: Botschaft FMG BBl 2017, 6599 und 6660

Pflichten von FDA und AAKD (Auszug)

FDA (Art. 21 ff. und 26 BÜPF)

- Weitgehende **Auskunftspflichten** (Art. 21-30 BÜPF)
- **Überwachungspflichten** (Art. 26 BÜPF), u.a.:
  - **Inhalt** des Fernmeldeverkehrs der überwachten Person auf Verlangen liefern
  - **Randdaten** des Fernmeldeverkehrs der überwachten Person auf Verlangen liefern
  - die für die Durchführung der Überwachung notwendigen Informationen liefern
  - Überwachungen dulden, die durch den Dienst oder durch von diesem beauftragte Personen durchgeführt werden; zu diesem Zweck müssen sie unverzüglich Zugang zu ihren Anlagen gewähren
  - von ihnen **angebrachte Verschlüsselungen** entfernen
- Die Anordnung kann zur Überwachung in Echtzeit und zur Aushändigung der aufbewahrten Randdaten des vergangenen Fernmeldeverkehrs verpflichten (rückwirkende Überwachung)
- **Aufbewahrung der Randdaten** des Fernmeldeverkehrs während **6 Monaten**

AAKD (Art. 22 Abs. 3 und 27 BÜPF)

- **Auskünfte** zur Identifikation der Täterschaft bei Straftaten über das Internet und zur Identifikation von Personen bei Bedrohungen der inneren oder äusseren Sicherheit: **Lieferung vorliegender Angaben** (Art. 22 Abs. 3 BÜPF)
- **Überwachungspflichten** (Art. 27 BÜPF)
  - **Duldungspflicht** der Überwachung betreffend der Daten, welche die überwachte Person unter Verwendung abgeleiteter Kommunikationsdienste übermittelt oder speichert, durch den Dienst oder durch die von diesem beauftragten Personen
  - Zugang zu ihren Anlagen gewähren
  - die für die Überwachung notwendigen Auskünfte erteilen
- Die ihnen **zur Verfügung stehenden Randdaten** des Fernmeldeverkehrs der überwachten Person auf Verlangen liefern

Randdaten

- **Randdaten des Fernmeldeverkehrs**: Daten, aus denen hervorgeht, mit *wem, wann, wie lange* und *von wo aus* die überwachte Person Verbindung hat oder gehabt hat, sowie die technischen Merkmale der entsprechenden Verbindung (Art. 8 lit. b BÜPF)
- Konkretisierung in der Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs («**VÜPF**»)

Verfügung Dienst ÜPF betr. Threema: Typ RT_24_TEL_IRI (Echtzeitüberwachung von Randdaten bei Telefonie- und Multimediadiensten)

Beispiel: Typ RT_24_TEL_IRI (Art. 56 VÜPF)

Art. 56 Überwachungstyp RT_24_TEL_IRI: Echtzeitüberwachung von Randdaten bei Telefonie- und Multimediadiensten

[1] Der Überwachungstyp RT_24_TEL_IRI umfasst die Echtzeitüberwachung eines Telefonie- und Multimediadienstes und, falls zutreffend, der mit diesem konvergierenden Dienste, insbesondere SMS, Voice Mail und RCS. Es sind die folgenden Randdaten des Fernmeldeverkehrs, der über die überwachten Dienste gesendet, bearbeitet oder empfangen wird, in Echtzeit zu übermitteln:

a. das Datum und die Uhrzeit von Anmelde- beziehungsweise Abmeldevorgängen und deren Ergebnis;

b.[18] die verwendeten AAA-Informationen der überwachten Dienste und die Informationen über Registrierungs- und Subskriptionsereignisse sowie die entsprechenden Antworten, insbesondere der Teilnehmeridentifikator (z. B. SIP URI, IMPI) und bei Mobilfunk die IMSI;

b[bis].[19] soweit zutreffend, die IP-Adressen und Portnummern des Clients und des Servers sowie die Angaben zum benutzten Protokoll;

c. die Signalisierungsinformationen, insbesondere zum Serving System, zum Status des Teilnehmenden und zur Dienstqualität;

d. falls zutreffend, die Präsenzinformationen;

e. bei Kommunikationen, Kommunikationsversuchen und bei technischen Änderungen (z.B. Einbeziehung von Zusatzdiensten, Einbeziehung von oder Wechsel auf konvergierende Dienste, Wechsel der Mobilfunktechnologie, Location Updates), soweit zutreffend:

1. deren Art, das Datum und die Uhrzeit ihres Beginns und gegebenenfalls ihres Endes,
2. die Adressierungselemente (z.B. MSISDN, E.164-Nummer, SIP URI, IMPU) aller Kommunikationsteilnehmenden und deren Rolle,
3. die tatsächliche bekannte Zieladresse und die zwischengeschalteten verfügbaren Adressen, falls die Kommunikation oder der Kommunikationsversuch um- oder weitergeleitet wird,
4. die eindeutigen Geräteidentifikatoren gemäss internationalen Standards der Endgeräte der überwachten Dienste (z.B. IMEI, MAC-Adresse),
5. die anderen verfügbaren Identifikatoren,
6. die Ursache für die Beendigung der Kommunikation oder deren Nichtzustandekommen oder für die technische Änderung,
7. die Signalisierungsinformationen zu Zusatzdiensten (z.B. Konferenzschaltung, Anrufumleitung, DTMF),
8. der Status der Kommunikation oder des Kommunikationsversuches,
9. bei ortsunabhängigen Diensten zusätzlich die verfügbaren momentanen Standortangaben des Targets oder der vom Target benutzten Zelle beziehungsweise des vom Target benutzten WLAN-Zugangspunktes gemäss Absatz 2.

[2] Die Standortangaben bestehen aus:

a. den Identifikatoren oder einer Kombination von Identifikatoren (z.B. CGI, ECGI, SAI, RAI, TAI, BSSID) sowie den geografischen Koordinaten der Zelle beziehungsweise des WLAN-Zugangspunktes sowie soweit verfügbar dem Typ der benutzten Mobilfunktechnologie;

b. der vom Netzwerk bestimmten Position des Targets, zum Beispiel in Form von geografischen Koordinaten und dem zugehörigen Unsicherheitswert oder in Form von Polygonen unter Angabe der geografischen Koordinaten jedes Polygonpunktes sowie dem Typ der benutzten Mobilfunktechnologie; oder

c. soweit verfügbar, anderen Angaben zum Standort des Targets oder der Zelle beziehungsweise des WLAN-Zugangspunktes, gemäss internationalen Standards sowie dem Typ der benutzten Mobilfunktechnologie.

Verschlüsselung

- **Ende-zu-Ende-Verschlüsselung**:
  - Verschlüsselung auf Senderseite, Entschlüsselung beim Empfänger, d.h. Verschlüsselung übertragener Daten über alle Übertragungsstationen hinweg
  - Nur die Kommunikationspartner (Endpunkte) können Nachricht entschlüsseln
- **Symmetrische Verschlüsselung**:
  - Ein Schlüssel
  - End-Kommunikationspartner kennen Schlüssel
- **Asymmetrische Verschlüsselung**:
  - *Public Key* zum Verschlüsseln + *Private Key* zum Entschlüsseln
  - Ausschliesslich der Empfänger besitzt den geheimen Schlüssel (*Private Key*)

Verfügung Dienst ÜPF betr. Threema: Entfernung von ihr angebrachten Verschlüsselungen (auch für allfällige zukünftige Überwachungen)

Quellen: https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Verbraucherinnen-und-Verbraucher/Informationen-und-Empfehlungen/Onlinekommunikation/Verschluesselt-kommunizieren/Arten-der-Verschluesselung/arten-der-verschluesselung_node.html ; https://de.wikipedia.org/wiki/Ende-zu-Ende-Verschl%C3%BCsselung https://de.wikipedia.org/wiki/Verschl%C3%BCsselung#Klassifizierung (alle zuletzt besucht am 31. August 2022)

OTT = FDA oder AAKD gemäss BÜPF?

- **«Over the Top» («OTT») Dienste**: Anbieter von Diensten, die über das Internet erbracht werden, aber selbst keine Internetzugangsdienste bilden
- **Auslegung durch «pragmatischen Methodenpluralismus»:** Sind OTT-Dienste FDA i.S. von Art. 2 lit. b BÜPF i.V.m. Art. 3 lit. b FMG?

Art. 2 Persönlicher Geltungsbereich

Aus diesem Gesetz ergeben sich Mitwirkungspflichten für die folgenden Personen (Mitwirkungspflichtige):

a. Anbieterinnen von Postdiensten nach dem PG[8];
b. Anbieterinnen von Fernmeldediensten nach Artikel 3 Buchstabe b des Fernmeldegesetzes vom 30. April 1997[9] (FMG);
c. Anbieterinnen von Diensten, die sich auf Fernmeldedienste stützen und eine Einweg- oder Mehrwegkommunikation ermöglichen (Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste);
d. Betreiberinnen von internen Fernmeldenetzen;
e. Personen, die ihren Zugang zu einem öffentlichen Fernmeldenetz Dritten zur Verfügung stellen;
f. professionelle Wiederverkäuferinnen von Karten und ähnlichen Mitteln, die den Zugang zu einem öffentlichen Fernmeldenetz ermöglichen.

Gesetzeswortlaut: FDA nach FMG

– Art. 3 Begriffe

In diesem Gesetz bedeuten:

a. *Informationen:* für Menschen, andere Lebewesen oder Maschinen bestimmte Zeichen, Signale, Schriftzeichen, Bilder, Laute und Darstellungen jeder anderen Art;

b. *Fernmeldedienst:* fernmeldetechnische Übertragung von Informationen für Dritte;

c. *fernmeldetechnische Übertragung:* elektrisches, magnetisches, optisches oder anderes elektromagnetisches Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk;

FDA =	Anbieterin, welche ein Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk anbietet
BGer 2C-544/2020, E.4.2	Bei einer Anbieterin von OTT-Diensten, welche weder direkt noch indirekt einen Internetzugang anbietet und gegenüber ihren Kunden auch keine Verantwortung für die Informationsübertragung über das Internet übernimmt, fehlt es an einem nach dem Gesetzeswortlaut für eine Qualifikation als Fernmeldedienstanbieterin geforderten Angebot des Sendens oder Empfanges von Informationen über Leitungen (oder Funk)
Nicht tatbestandlich ist:	• Übermittlung von Informationen über Leitungen innerhalb des Gebäudes der OTT-Dienstanbieterin • Blosse Einspeisung von Informationen in ein Leitungsnetz

Sonstige Auslegungsmethoden: FDA

Historische Auslegung

- Botschaft FMG: Zentral ist der mittels Fernmeldetechnik vollbrachte Transport von Informationen (BBl 1996 III 1405 ff, 1424)
- Botschaft BÜPF:
  - FDA würden sich verpflichten, "im Auftrag von Dritten, d.h. für die Öffentlichkeit, Informationen (im Sinne von Artikel 3 Buchstabe a FMG) fernmeldetechnisch (im Sinne von Art. 3 Bst. c FMG) selber zu befördern oder zu übertragen" (BBl 2013 2683 ff., 2707), d.h. Internet**zugangs**anbieterinnen = FDA
  - AAKD = stellen Dienste bereit, die nur in Verbindung mit der Tätigkeit einer FDA (insbesondere einer Internet**zugangs**anbieterin) angeboten werden können, und selbst keine FDA bilden, weil sie keine Daten übertragen oder befördern (BBl 2013 2683 ff., 2707 f.)
  - Dienst ÜPF beruft sich (vergebens) auf eine **objektiv-zeitgemässe Auslegung** des Gesetzes aufgrund technologischer Entwicklungen («*funktionaler Ansatz*»), da gemäss BGer diese bereits in den parlamentarischen Beratungen zum BÜPF berücksichtigt wurden (BGer 2C-544/2020, E.5.2)
  - OTT-Dienste sind nach dem Willen des Gesetzgebers AAKD

Teleologische Auslegung

- Totalrevision des BÜPF (in Kraft seit 1. März 2018) hat Kategorien der Mitwirkungspflichtigen ausgeweitet, so dass FDA und AAKD in den persönlichen Geltungsbereich des BÜPF fallen; Fernmeldeverkehr kann überwacht werden
- Allfällige Überwachungslücken können durch die flexible Herauf-/Herabstufung geschlossen werden

Systematische Auslegung

- Flexibilität aufgrund von möglicher Herauf-/Herabstufung

Herabsetzung bzw. Heraufstufung

FDA

Herabsetzung zu einer FDA mit reduzierten Überwachungspflichten
(Art. 26 Abs. 6 BÜPF i.V.m. 51 VÜPF)

Dienstleistungen von geringer wirtschaftlicher Bedeutung oder im Bildungsbereich

Ausnahme: Lieferung der ihnen zur Verfügung stehenden Randdaten sowie Pflichten nach Art. 26 Abs. 2 BÜPF

Heraufstufung zu AAKD mit weitergehenden Auskunfts- bzw. Überwachungspflichten
(Art. 22 Abs. 4 und 27 Abs. 3 BÜPF i.V.m. 22 und 52 VÜPF)

Dienstleistungen von grosser wirtschaftlicher Bedeutung oder für eine grosse Benutzerschaft

AAKD

Urteilswürdigung

- Fazit korrekt, sonst wäre die Kategorie AAKD im BÜPF obsolet
- Einspeisung von Informationen in bestehende Leitungs- oder Funkinfrastruktur kann nicht entscheidend sein, sonst wären sämtliche Dienstanbieter FDA und die Kategorie AAKD überflüssig
- Herauf-/Herabsetzung verhindert Überwachungslücken und gibt Flexibilität

- Diskrepanz des Begriffs FDA unter dem FMG und BÜPF (vgl. aber auch ausstehende Gesetzesanpassung)

Ausblick (I/II)

Teilrevision des FMG und damit verbundene Änderung des BÜPF:

- Entkoppelung des Begriffs FDA vom FMG durch Entfernung der Verweisung auf Art. 3 lit. b. FMG in Art. 2 lit. b revBÜPF
- Kompetenz des Bundesrates, FDA nach Art. 2 Abs. 1 lit. b und AAKD nach Art. 2 Abs. 1 c BÜPF näher zu umschreiben und zwar losgelöst von der Definition im FMG

4. Bundesgesetz vom 18. März 2016[18] betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs

Art. 2 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2

[1] Aus diesem Gesetz ergeben sich Mitwirkungspflichten für die folgenden Personen (Mitwirkungspflichtige):

b. Anbieterinnen von Fernmeldediensten;

[2] Der Bundesrat umschreibt die Kategorien von Mitwirkungspflichtigen näher, insbesondere nach Absatz 1 Buchstaben b, c und e.

Ausblick (II/II)

[QR Code]

[Signature]

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Bern, 16.02.2022

Teilrevisionen vier Ausführungserlasse des BÜPF (VÜPF, GebV-ÜPF, VD-ÜPF, VVS-ÜPF)

Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

1 Ausgangslage

Anlässlich der Änderung vom 22. März 2019 des FMG[1] wurde ein Absatz 2 zu Artikel 2 des BÜPF[2] eingefügt. Dieser neue Absatz[3] ermächtigt den Bundesrat, die Kategorien von Mitwirkungspflichtigen (MWP) näher zu umschreiben, insbesondere jene nach Artikel 2 Buchstaben b, c und e BÜPF. Die Umsetzungsarbeiten richten sich auf die Teilrevisionen der VÜPF[4], was wiederum Teilrevisionen der GebV-ÜPF[5], der VD-ÜPF[6] und der VVS-ÜPF[7] nach sich zieht. Eine erste Ämterkonsultation wurde im März 2021 durchgeführt. Das Bundesgericht hat am 29. April 2021 ein Urteil[8] gefällt, in dem es eine Anbieterin als Anbieterin abgeleiteter Kommunikationsdienste (AAKD; Art. 2 Bst. c BÜPF) und nicht wie der Dienst ÜPF als Fernmeldedienstanbieterin (FDA; Art. 2 Bst. b BÜPF) einstufte. Um die Konsequenzen dieses Urteils auf die Praxis des Dienstes ÜPF gründlich zu analysieren, was einige Zeit in Anspruch nimmt, wurde entschieden, die Vorlagen in zwei Teilrevisionen zu trennen. Das erste vorliegende Revisionspaket (VÜPF, GebV-ÜPF, VD-ÜPF und VVS-ÜPF) beinhaltet nun alle Bestimmungen, die nicht die Definitionen der MWP regeln. Diese Bestimmungen, die die VÜPF an die 5G-Technologie anpassen, müssen zeitnah in Kraft treten. Die Definitionen der MWP (insb. Abgrenzung FDA AAKD) werden in einer zweiten Teilrevision angegangen.

Quelle: Erläuternder Bericht zur Teilrevision für Ausführungserlasse des BÜPF (VÜPF, GebV-ÜPF, VD-ÜPF, VVS-ÜPF), S. 3

Kritik an 1. Teilrevision (I/IV): Verschlüsselungen Chat-Kontrolle durch die Hintertür?

Art. 50 Abs. 7 E-VÜPF

7 Jede FDA und jede AAKD mit weitergehenden Pflichten gemäss Artikel 22 oder 52 entfernt die von ihr oder für sie angebrachten Verschlüsselungen. Sie erfasst und entschlüsselt dafür den Fernmeldeverkehr der überwachten Person an geeigneten Punkten, damit die Überwachungsdaten ohne die vorgenannten Verschlüsselungen geliefert werden.

Kritik an 1. Teilrevision (II/IV): Verschlüsselungen Meinungen

6. Verpflichtung zur Entfernung der Verschlüsselung

Mit **Art. 50 Abs. 7 VÜPF** wird ein neuer Absatz eingefügt, der bestimmt, dass FDA und AAKD mit weitergehenden Pflichten die Verschlüsselungen entfernen müssen und die Überwachungsdaten ohne Verschlüsselung zu liefern haben. Diese Norm darf nicht dafür gebraucht werden, dass die FDA und AAKD mit weitergehenden Pflichten dazu verpflichtet werden, Backdoors in ihrer Software zu installieren, welche insbesondere die Ende-to-Ende-Verschlüsselung betrifft. Wir fordern, dass dies ausdrücklich so festgehalten wird. Andernfalls ist auf die Bestimmung zu verzichten.

Quelle: Digitale Schweiz, Vernehmlassung VUePF-5G vom 23. Mai 2022

Neue Zürcher Zeitung

Schweizer Tech-Szene befürchtet den Ausbau des Überwachungsstaats via 5G-Verordnung

In einer neuen Verordnung soll das geltende Überwachungsrecht auf die 5G-Netze übertragen werden. Doch Firmen wie die E-Mail-Anbieterin Protonmail oder die Chat-App-Betreiberin Threema werfen dem Bund vor, damit die Überwachung auszubauen. Der zuständige Dienst des Bundes kontert.

Gioia da Silva

20.05.2022, 06.29 Uhr

Update: Das sagt der oberste Datenschützer

Auf Anfrage schreibt Adrian Lobsiger:

> ***«Die BÜPF/VÜPF-Revision kann nicht mit der geplanten ‹Chatkontrolle› der EU-Kommission verglichen werden. Im Fall der BÜPF/VÜPF ist die Überwachung nur in klar definierten Situation möglich (bei Delikten, die in der StPO aufgezählt sind, es braucht einen dringenden Tatverdacht und die bisherigen Untersuchungshandlungen müssen erfolglos gewesen sein). Sie ist also nur im Rahmen eines Strafverfahrens im Einzelfall möglich, basierend auf dem Entscheid einer Justizbehörde.»***

Quelle: https://www.watson.ch/digital/schweiz/506621553-schweiz-koennte-chatkontrolle-durch-die-hintertuer-einfuehren-die-fakten (zuletzt besucht am 31. August 2022)

Kritik an 1. Teilrevision (IV/IV): Verschlüsselungen Stellungnahme ÜPF

Was die von der Piratenpartei Schweiz geäusserten Befürchtungen zu Art. 50 Abs. 7 betrifft, betont der Jurist **Antonio Abate, Fachverantwortlicher Recht und Stab**:

> ***«Die Ende-zu-Ende-Verschlüsselung ist von dieser Regelung nicht betroffen. Die Verschlüsselungstechnik soll nicht geschwächt werden und Anbieterinnen sollen nicht gezwungen werden, Ende-zu-Ende verschlüsselte Nachrichten zugänglich zu machen.»***

Kurz gesagt beinhalte diese neue Ausführungsbestimmung, «dass die Anbieterin bei angeordneten Überwachungen verschlüsselte Inhalte lesbar zur Verfügung stellen» müsse, wenn sie über den passenden Schlüssel verfüge oder wenn sie in ihrem Kontrollbereich auf die unverschlüsselten Inhalte zugreifen könne. Dies betreffe auch Überwachungen, bei denen sie nur eine Duldungspflicht habe.

Bei der Ende-zu-Ende-Verschlüsselung verfüge die Anbieterin – also zum Beispiel ein Messenger-Betreiber – in der Regel aber nicht über den passenden Schlüssel, da die Schlüssel von den Endpunkten der Kommunikation (also auf dem Gerät der User) erzeugt werden und der Anbieterin nicht zugänglich seien. Ausserdem befänden sich die unverschlüsselten Inhalte nicht im Kontrollbereich der Anbieterin.

Quelle: https://www.watson.ch/digital/schweiz/528820964-schweizer-datenschuetzer-ist-gegen-aufweichung-der-verschluesselung (zuletzt besucht am 31. August 2022)

Kritik an 1. Teilrevision (I/IV): Verschlüsselungen Erläuternder Bericht

[QR Code]

[Signature]

Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Bern, 16.02.2022

Teilrevisionen vier Ausführungserlasse des BÜPF (VÜPF, GebV-ÜPF, VD-ÜPF, VVS-ÜPF)

Erläuternder Bericht zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens

In *Absatz 7* wird die Pflicht der FDA näher umschrieben, die von ihnen oder für sie angebrachten Verschlüsselungen zu entfernen (Art. 26 Abs. 2 Bst. c BÜPF). Mit der Formulierung «für sie angebrachte Verschlüsselungen» ist gemeint, dass es um Verschlüsselungen geht, die mit dem öffentlichen Schlüssel der Anbieterin vorgenommen werden. Auch wenn die Anbieterin diese Verschlüsselung streng genommen nicht selbst angebracht hat, kann sie sie doch entfernen, da sie über den passenden privaten Schlüssel verfügt. Ausserdem wird klargestellt, dass eine Hochstufung zur AAKD mit weitergehenden Auskunfts- oder Überwachungspflichten gemäss Artikel 22 beziehungsweise Artikel 52 auch die Pflicht zur Entfernung der von der Anbieterin oder für sie angebrachten Verschlüsselungen beinhaltet. Damit hat die betreffende AAKD die gleichen Pflichten wie eine FDA. Die in Artikel 26 Absatz 2 Buchstabe c BÜPF genannte Pflicht, die von ihnen angebrachten Verschlüsselungen zu entfernern, gilt somit auch für die AAKD mit weitergehenden Auskunftspflichten.

Bei asymmetrischen Verschlüsselungsverfahren (Verschlüsselung mit öffentlichem Schlüssel des Empfängers und Entschlüsselung mit privatem Schlüssel des Empfängers) ist die Entfernung einer selbst angebrachten Verschlüsselung für die Anbieterin in der Regel nicht mehr möglich. Nur diejenigen Empfänger können die verschlüsselten Daten entschlüsseln, mit deren öffentlichen Schlüssel sie verschlüsselt wurden. Ein allenfalls zusätzlich angebrachter öffentlicher Schlüssel der Anbieterin darf aber die Tatsache der Überwachung nicht offenlegen.

Wenn die Anbieterin also ein asymmetrisches Verschlüsselungsverfahren beim Senden einsetzt, muss sie allenfalls die zu überwachenden Daten erfassen und übermitteln, bevor sie die Verschlüsselung anbringt.

Umgekehrt muss die Anbieterin beim Empfangen von mit ihrem öffentlichen Schlüssel asymmetrisch verschlüsselten Daten die zu überwachenden Daten erfassen und zunächst mit ihrem privaten Schlüssel entschlüsseln, bevor sie sie an den Dienst ÜPF oder die Behörde übermittelt.

Unter geeigneten Punkten sind alle Punkte zu verstehen, wo die Anbieterin die faktische oder rechtliche Kontrolle über die Kommunikation oder die Datenspeicherung hat und wo die zu überwachenden Daten unverschlüsselt erfasst werden können oder wo die Anbieterin die Verschlüsselung entfernen kann.

38

Quelle: Erläuternder Bericht zur Teilrevision für Ausführungserlasse des BÜPF (VÜPF, GebV-ÜPF, VD-ÜPF, VVS-ÜPF), S. 38 f.

Fragen / Diskussion

?

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Annemarie Lagger
M.A. HSG in Law, M.A. HSG in International Affairs and Governance, Rechtsanwältin

Senior Associate
Walder Wyss AG
Seefeldstrasse 123
8034 Zürich

Telefon direkt: +41 58 658 51 93
annemarie.lagger@walderwyss.com