



Urteil vom 29. Juli 2026

Besetzung

Richter Stephan Metzger (Vorsitz),
Richterin Claudia Pasqualetto Péquignot,
Richterin Christine Ackermann,
Gerichtsschreiber Tobias Grasdorf.

Parteien

A._____,
vertreten durch
Prof. Dr. Simon Schlauri, Rechtsanwalt,
Ronzani Schlauri Anwälte,
Beschwerdeführerin,

gegen

Schweizer Armee,
Dienst für Cyber und elektromagnetische Aktionen,
Eichacher, 3086 Zimmerwald,
Vorinstanz.

Gegenstand

Kabelaufklärung; Aufforderung zur Beantwortung
Fragenkatalog.

Sachverhalt:**A.**

Ab Mai 2022 fand zwischen dem Dienst für Cyber und elektromagnetische Aktionen (damals: Zentrum für elektronische Operationen) der Schweizer Armee und der A._____ ein Austausch bezüglich der Möglichkeit statt, bei der A._____ Kabelaufklärungsaufträge durchzuführen.

B.

Mit Verfügung vom 14. September 2023 wies der Dienst für Cyber und elektromagnetische Aktionen die A._____ unter ausdrücklichem Hinweis auf den Straftatbestand des Ungehorsams gegen amtliche Verfügung (Art. 292 StGB) an, ihm die Fragen gemäss beiliegendem Fragenkatalog vollständig und korrekt zu beantworten. Die Frist zur Beantwortung der Fragen wurde auf 15 Arbeitstage ab Erhalt der Verfügung festgesetzt. Mit dem Fragenkatalog sollten gemäss dessen «Ziff. 1 Ausgangslage» die nötigen Angaben für einen Abgriff im Rahmen der Kabelaufklärung erhoben werden.

C.

Am 20. Oktober 2023 reichte die A._____ (Beschwerdeführerin) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung des Dienstes für Cyber und elektromagnetische Aktionen (Vorinstanz) vom 14. September 2023 ein. Die Beschwerdeführerin beantragt, die Verfügung sei aufzuheben und die Vorinstanz anzuweisen, davon abzusehen, von ihr die Beantwortung des Fragebogens zu verlangen.

D.

Am 12. Januar 2024 reichte die Vorinstanz eine Vernehmlassung ein. Sie beantragt die Abweisung der Beschwerde. Eventualiter seien die im Rahmen der Auskunftspflicht für die Kabelaufklärung notwendigen technischen Angaben gemäss Art. 43 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst vom 25. September 2015 (Nachrichtendienstgesetz, NDG, SR 121) in Form eines Fragenkatalogs gerichtlich zu bestimmen.

E.

Am 27. März 2024 reichte die Beschwerdeführerin eine Replik ein.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG, die von einer Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. d VGG erlassen wurde. Da keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vorliegt, ist das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der Beschwerde zuständig (Art. 31 VGG).

Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2 Die Beschwerdeführerin hat sich am vorinstanzlichen Verfahren beteiligt und ist als Adressat der angefochtenen Verfügung sowohl formell als auch materiell beschwert, weshalb sie zur Beschwerde legitimiert ist (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG).

1.3 Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist somit einzutreten.

2.

2.1 Streitig ist, ob die Vorinstanz die Beschwerdeführerin zur Beantwortung des Fragenkatalogs «Technische Angaben FDA / Kabelaufklärung» verpflichten darf. Zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin unter die Auskunftspflicht nach Art. 43 Abs. 1 NDG fällt.

2.2 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die gesetzliche Grundlage der Kabelaufklärung im Nachrichtendienstgesetz beschränke deren Anwendung auf grenzüberschreitende Signale. Die Bezeichnungen «Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen» und «Anbieterinnen von Telekommunikationsdienstleistungen» in Art. 43 NDG seien sehr offen und unbestimmt. Sie entsprächen weder der Terminologie des Fernmeldegesetzes (vom 30. April 1997, FMG, SR 784.10) noch jener des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 18. März 2016 (BÜPF, SR 780.1). Der Begriff der Fernmeldedienstanbieterin (FDA) werde im Nachrichtendienstgesetz nicht verwendet und sei mit den gesetzlichen Bezeichnungen nicht deckungsgleich. Aufgrund der unklaren Begriffe sei der Kreis der Mitwirkungspflichtigen durch Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen festzulegen, konkret anhand von Art. 39 und 43 NDG. Griffige Voraussetzungen liessen sich nur aus dem Zweck

der Kabelaufklärung als Instrument der Auslandsaufklärung gewinnen. Nach Art. 39 NDG gehe es um die Erfassung grenzüberschreitender Signale aus leitungsgebundenen Netzen. Nur anhand dieser am Zweck ausgerichteten Auslegung lasse sich der persönliche Anwendungsbereich der Auskunftspflicht nach Art. 43 Abs. 1 NDG klar definieren und effektiv eingrenzen. Ansonsten wäre eine unüberschaubar grosse Anzahl von Anbieterinnen und Betreiberinnen betroffen. Die Pflicht nach Art. 43 Abs. 1 NDG, die für die Durchführung der Kabelaufklärung notwendigen technischen Angaben zu machen, diene der Vorinstanz als Grundlage, um Aufträge vorbereiten, beantragen und durchführen zu können. Eine Betreiberin oder Anbieterin, die keine grenzüberschreitenden Signale aus leitungsgebundenen Netzen führe, könne keine für die Durchführung der Kabelaufklärung notwendigen, technischen Angaben an die Vorinstanz liefern. Deshalb seien nur jene Betreiberinnen und Anbieterinnen von den Pflichten nach Art. 43 Abs. 1 NDG betroffen, die grenzüberschreitende Signale in leitungsgebundenen Netzen führen würden. Auch gemäss Botschaft seien nur Betreiberinnen verpflichtet, die öffentlichen Leistungen im Sinne des Fernmeldegesetzes im grenzüberschreitenden Verkehr anbieten.

Weiter sei zu klären, welche Signale aus leitungsgebundenen Netzen als grenzüberschreitend zu qualifizieren seien. Der Begriff der grenzüberschreitenden Signale nach Art. 39 NDG müsse griffig definiert und eingegrenzt werden. Leitungen, die beidseitig in der Schweiz terminiert würden, dürften nicht unter den Begriff fallen. Mit «Signal» sei der ganze Datenverkehr gemeint, der über eine bestimmte Leitung gehe. Grenzüberschreitend sei das Signal dann, wenn es über die Grenze geführt werde; wenn die entsprechende Leitung also die Schweiz verlasse und das Signal am anderen Ende im Ausland terminiert werde. Der Begriff des grenzüberschreitenden Signals aus leitungsgebundenen Netzen zielen deshalb auf Leitungen ab, die effektiv die Landesgrenzen überschreiten würden. In den persönlichen Anwendungsbereich der Kabelaufklärung würden deshalb nur Betreiberinnen und Anwenderinnen fallen, die grenzüberschreitende Leitungen betreiben würden. Diese Eingrenzung entspreche auch dem Zweck der Kabelaufklärung, die der Auslandsaufklärung diene.

Sie verfüge in ihrem Netz indessen nicht über grenzüberschreitende Verbindungen und damit auch nicht über grenzüberschreitende Signale. Deshalb unterliege sie nicht den Auskunftspflichten nach Art. 43 NDG. Die Cross-Connect-Datenleitungen zwischen ihr und ihren Peers würden keine grenzüberschreitenden Signale führen. Darüber hinaus seien diese Leitungen durch die Peers bestellt, betrieben und bezahlt, weshalb sie dafür der

falsche Adressat sei. Eine Lieferung der Signale durch sie sei gar nicht möglich. Dazu müsste sie ihre Geräte öffnen, wobei diese allerdings aus Sicherheitsgründen den Dienst einstellen würden.

Die Vorinstanz könne sie sodann nicht unbesehen der Frage, ob sie überhaupt der Kabelaufklärung unterliege, zur Angabe der im Fragebogen verlangten Daten zwingen. Bevor sie gestützt auf Art. 43 NDG zur Beantwortung des Fragebogens verpflichtet werden könne, müsse geprüft werden, ob sie der Kabelaufklärung unterliege. Es sei nicht zulässig, die Auskunftspflicht nach Art. 43 NDG anzurufen, um zu prüfen, ob sie dieser Auskunftspflicht überhaupt unterliege. Daraus folge, dass Art. 43 NDG keine gesetzliche Grundlage bilde, auf welcher die Vorinstanz Auskünfte verlangen könne, um zu prüfen, ob sie überhaupt vom persönlichen Anwendungsbereich der Kabelaufklärung erfasst sei (d.h. ob sie grenzüberschreitende Signale in leitungsgebundenen Netzen führe). Die Vorinstanz brauche die Informationen des Fragebogens im Übrigen gar nicht, um beurteilen zu können, ob sie der Kabelaufklärung unterliege. Dieser sei bekannt, dass sie keine grenzüberschreitenden Leitungen führe und die Cross-Connect-Verbindungen weder in ihrem Eigentum stehen noch von ihr betrieben werden. Zur Kooperation verpflichtet seien nur die Betreiber der Leitungen. Es gehe letztlich darum, der Vorinstanz die für die Durchführung der Kabelaufklärung notwendigen technischen Angaben zur Verfügung zu stellen, damit sie einen konkreten Antrag stellen könne.

2.3 Die Vorinstanz führt aus, zur Auskunft verpflichtet seien nach Art. 43 Abs. 1 NDG die Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und die Anbieterinnen von Telekommunikationsdienstleistungen. Aufgrund der öffentlich zugänglichen Informationen über die Beschwerdeführerin sei davon auszugehen, dass sie der Auskunftspflicht unterliege. Die technische Auskunft via Fragebogen sei aber notwendig, um letztlich über die Eignung eines Fernmeldediensteanbieters für die Kabelaufklärung zu entscheiden. Sie brauche die vorgängige Auskunft, um einen Kabelaufklärungsantrag einzureichen, denn ohne Auskunft könne keine Genehmigung erfolgen. Insbesondere liessen sich nicht alle notwendigen Angaben über öffentlich zugängliche Informationen gewinnen.

Gemäss Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz würden die Pflichten nach Art. 43 NDG nur für Betreiberinnen gelten, die öffentliche Leistungen im Sinne des Fernmeldegesetzes im grenzüberschreitenden Verkehr anbieten würden. Das Leisten eines Fernmeldedienstes umfasse auch die Interkonnektion im Sinne von Art. 3 Bst. e FMG. Das entscheidende

Kriterium bezüglich der Öffentlichkeit sei die Leistung für einen Dritten; als Indiz dafür diene die Entgeltlichkeit. Die Beschwerdeführerin erbringe nach eigenen Angaben Dienstleistungen, die für den Fernmeldeverkehr zwischen den verschiedenen Fernmeldediensteanbietern zentral seien. Dabei handle es sich um eine Interkonnektion zwischen am Kommunikationsvorgang beteiligten Netzwerken. Unter Inanspruchnahme der Übermittlungsdienste des Beschwerdeführers würden Informationen zwischen Netzwerken anderer Anbieterinnen fernmeldetechnisch übertragen. Damit erbringe die Beschwerdeführerin eine Leistung im Sinne des Fernmeldegesetzes. Dass sie eine Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen sei, ergebe sich auch aus einem Verweis auf die gängige Praxis des BÜPF und des Fernmeldegesetzes. Eine Fernmeldediensteanbieterin sei eine juristische Person, die auf einem eigenen oder fremden Netzwerk gegenüber Dritten eine Datentransportdienstleistung erbringe, wofür sie gegenüber Dritten verantwortlich sei. Die Beschwerdeführerin sei eine juristische Person, betreibe ein eigenes Netzwerk und die Mitglieder würden eine Gebühr für die Dienstleistung bezahlen.

Die Vorinstanz bringt weiter vor, die Signale, die bei der Kabelaufklärung ausgeleitet würden, müssten sich auf ausländische Vorgänge beziehen und dürften deshalb nur ausländische respektive grenzüberschreitende Kommunikationsdaten (Randdaten und Kommunikationsinhalte) umfassen. Die Auswahl des Ortes zur Ausleitung des Signals müsse deshalb geeignet sein, grenzüberschreitende Signale zu erfassen beziehungsweise Kommunikationsdaten über Vorgänge im Ausland zu liefern. Die Eruierung der Standorteignung erfolge aufgrund einer Netzstrukturanalyse.

Der Fragebogen habe vor allem zum Ziel, sich ein Bild über das Netzwerk der Beschwerdeführerin zu machen. Deren Antworten seien für die Beurteilung ihrer Relevanz vor dem Hintergrund der Kabelaufklärung behilflich. Sie sei dadurch in der Lage, die generelle Eignung eines Fernmeldediensteanbieters zu prüfen. Aufgrund der öffentlich zugänglichen Informationen könne sich die Beschwerdeführerin für die Kabelaufklärung eignen. Für eine abschliessende Beurteilung fehlten jedoch wichtige technische Informationen, weshalb die Beantwortung des Fragebogens notwendig sei.

3.

3.1 Der 7. Abschnitt des 3. Kapitels «Informationsbeschaffung» des Nachrichtendienstgesetzes regelt die Kabelaufklärung. Der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) kann den durchführenden Dienst damit beauftragen,

zur Beschaffung von Informationen über sicherheitspolitisch bedeutsame Vorgänge im Ausland (Art. 6 Abs. 1 Bst. b NDG) sowie zur Wahrung weiterer wichtiger Landesinteressen nach Art. 3 NDG grenzüberschreitende Signale aus leitungsgebundenen Netzen zu erfassen (Art. 39 Abs. 1 NDG). Die Kabelaufklärung wird von der Vorinstanz durchgeführt (Art. 26 Abs. 1 der Verordnung über den Nachrichtendienst vom 16. August 2017, NDV, SR 121.1). Befindet sich sowohl der Sender als auch der Empfänger in der Schweiz, so ist die Verwendung der erfassten Signale nach Art. 39 Abs. 1 NDG nicht zulässig. Kann der durchführende Dienst solche Signale nicht bereits bei der Erfassung ausscheiden, so sind die beschafften Daten zu vernichten, sobald erkannt wird, dass sie von solchen Signalen stammen (Art. 39 Abs. 2 NDG).

3.2 Die Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und die Anbieterinnen von Telekommunikationsdienstleistungen sind verpflichtet, dem durchführenden Dienst oder dem NDB die für die Durchführung der Kabelaufklärung notwendigen technischen Angaben zu machen (Art. 43 Abs. 1 NDG). Die Vorinstanz holt bei den Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und den Anbieterinnen von Telekommunikationsdienstleistungen die für die Erstellung der Anträge und die Durchführung der Kabelaufklärungsaufträge erforderlichen technischen Angaben ein; es kann sich diese falls notwendig erklären lassen und die Vervollständigung oder eine Aktualisierung verlangen (Art. 27 Abs. 1 NDV).

3.3

3.3.1 Der persönliche Anwendungsbereich von Art. 43 Abs. 1 NDG ist durch Auslegung zu ermitteln. Zu prüfen ist insbesondere, ob der Anwendungsbereich – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – eng und im Zusammenhang mit Art. 39 NDG auszulegen ist.

3.3.2 Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut der Bestimmung (grammatikalische Auslegung). Das Gericht hat sich jedoch bei der Auslegung von Erlassen stets von einem pragmatischen Methodenpluralismus leiten zu lassen und nur dann allein auf das grammatikalische Element abzustellen, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergibt. Ist der Text hingegen nicht eindeutig und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente nach seiner wahren Tragweite gesucht werden. Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm (historische Auslegung) und ihren Zweck (teleologische Auslegung) sowie auf die Bedeutung der

Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen (systematische Auslegung; vgl. BGE 146 V 51 E. 8.1 und 145 III 109 E. 5.1, je m.w.H.).

3.3.3 Gemäss Wortlaut von Art. 43 Abs. 1 NDG trifft die Auskunftspflicht «Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsdienstleistungen» («les exploitants de réseaux câblés et les opérateurs de télécommunications», «i gestori di reti filari e i fornitori di servizi di telecomunicazione»). Einen Verweis auf Art. 39 Abs. 1 NDG enthält die Bestimmung nicht.

Die Botschaft des Bundesrates zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014 (BBI 2014 2105) führt zu Art. 43 NDG (im Entwurf noch Art. 42) aus, verpflichtet seien nur «Betreiberinnen, die öffentliche Leistungen im Sinne des Fernmeldegesetzes im grenzüberschreitenden Verkehr» anbieten würden (S. 2180). In der Botschaft wird der Begriff der Anbieterin von Fernmeldediensten mit jenem der Anbieterin von Telekommunikationsdienstleistungen synonym verwendet. So spricht die Botschaft mehrfach von «Anbieterinnen von Fernmeldediensten und Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen» (vgl. S. 2179, 2180, 2181 und 2203), obwohl bereits der Gesetzesentwurf «Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsdienstleistungen» nannte. Auf Französisch und Italienisch existiert zudem kein Pendant zum deutschen Begriff der «Fernmeldedienste»; es ist ausschliesslich von den «services de télécommunication» respektive den «servizi di telecomunicazione» die Rede (vgl. die französische und die italienische Fassung der Botschaft: FF 2014 2029, 2103 und 2104, und FF 2014 1885, 1959 und 1960; Art. 3 Bst. b FMG [fr: «loi sur les télécommunications»: it: «legge sulle telecomunicazioni»]). Es ist deshalb davon auszugehen, dass der in der deutschen Fassung von Art. 43 Abs. 1 NDG verwendete Begriff der «Anbieterinnen von Telekommunikationsdienstleistungen» dem in der Botschaft verwendeten Begriff der «Anbieterinnen von Fernmeldediensten» entspricht.

Art. 2 Bst. b BÜPF enthält eine Definition des Begriffs der «Anbieterinnen von Fernmeldediensten». Der Artikel verweist diesbezüglich auf das Fernmeldegesetz. Das Fernmeldegesetz versteht unter «Fernmeldediensten» das elektrische, magnetische, optische oder andere elektromagnetische Senden oder Empfangen von Informationen über Leitungen oder Funk für Dritte (Art. 3 Bst. b und c FMG). Es stellt sich demnach die Frage, ob bezüglich des persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 43 Abs. 1 NDG auf die Definition eines Fernmeldediensteanbieters («fournisseur de services de

télécommunications» [FST], «fornitore di servizi di telecomunicazione» [FST]) gemäss BÜPF und Fernmeldegesetz abgestellt werden kann. Die Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz führt aus, die Terminologie der Kabelaufklärung müsse und könne nicht identisch sein mit derjenigen des BÜPF, da es sich bei der Kabelaufklärung um eine für die Schweiz neue Form der auslandorientierten Aufklärung handle. Die Terminologie dürfe sich deshalb nicht zu eng an bestehende technische Begriffe anlehnen, um die weitere technische Entwicklung nicht auszuschliessen (S. 2178 f.). Diese Anmerkungen befinden sich allerdings in den Ausführungen zu Art. 39 NDG, der die allgemeinen Bestimmungen zur Kabelaufklärung enthält. Im Gegensatz dazu verweist die Botschaft zu Art. 43 NDG bezüglich des persönlichen Anwendungsbereichs dieses Artikels ausdrücklich darauf, dass nur Betreiberinnen verpflichtet seien, die öffentliche Leistungen *im Sinne des Fernmeldegesetzes* anbieten würden. Dies deutet darauf hin, dass für die Definition des persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 43 Abs. 1 NDG auf die Definition eines Fernmeldediensteanbieters nach BÜPF und Fernmeldegesetz abgestellt werden kann. Der Zusatz «im grenzüberschreitenden Verkehr» in der Botschaft bezieht sich nur auf die Abs. 2–4, für die gemäss Wortlaut bereits eine Freigabe für einen Auftrag zur Kabelaufklärung vorliegen muss.

Art. 43 NDG steht im Zusammenhang mit der Kabelaufklärung, die in den Art. 39 ff. NDG geregelt ist. Die nach Art. 43 Abs. 1 NDG zur Auskunft verpflichteten Unternehmen müssen der Vorinstanz oder dem NDB «die für die Durchführung der Kabelaufklärung notwendigen technischen Angaben» machen. Der Zweck der Auskunftspflicht nach Art. 43 Abs. 1 NDG liegt entsprechend darin, die Vorinstanz mit den technischen Informationen zu versorgen, die notwendig sind, um die Kabelaufklärung zu betreiben. Die Botschaft führt diesbezüglich aus, die technischen Auskünfte seien «insbesondere auch notwendig, um die einzelnen Aufträge an die Genehmigungsinstanzen formulieren zu können» (S. 2180). In die gleiche Richtung weist Art. 27 Abs. 1 NDV (die Vorinstanz «holt [...] die für die Erstellung der Anträge und die Durchführung der Kabelaufklärungsaufträge erforderlichen technischen Angaben ein»). Die Auskunftspflicht dient mithin unter anderem der Vorbereitung der Anträge an die Genehmigungsinstanz. Dies kann auch Abklärungen dazu umfassen, ob ein Unternehmen überhaupt in den Anwendungsbereich der Kabelaufklärung nach Art. 39 NDG fällt. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin führt dies nicht dazu, dass die Auskunftspflicht für die Prüfung benutzt wird, ob ein Anbieter ebendieser Auskunftspflicht untersteht; vielmehr geht es um die Prüfung, ob der Anbieter der Kabelaufklärung im Sinne der Art. 39 ff. NDG unterliegt.

Im Gegensatz zur Auskunftspflicht kommen die Pflichten nach den Abs. 2–4 von Art. 43 NDG gemäss Wortlaut erst zur Anwendung, wenn «die Freigabe für einen Auftrag vor[liegt]» (Art. 43 Abs. 2 NDG). Eine solche Einschränkung sieht Art. 43 Abs. 1 NDG nicht vor.

3.3.4 Insgesamt verweisen sowohl der Wortlaut («Anbieterinnen von Telekommunikationsdienstleistungen / opérateurs de télécommunications / fornitori di servizi di telecomunicazione») als auch die Botschaft bezüglich des persönlichen Anwendungsbereichs auf die Fernmeldedienstleister (respektive auf die «fournisseurs de services de télécommunication»; «fornitori di servizi di telecomunicazione») gemäss BÜPF und Fernmeldegesetz. Es ist auch nicht ersichtlich, inwiefern diese Gleichsetzung die weitere technische Entwicklung der Kabelauflärung hemmen könnte. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Definition eines Fernmeldedienstleisters auf die in Art. 43 Abs. 1 NDG genannten Anbieterinnen von Telekommunikationsdienstleistungen anwendet.

Der Wortlaut von Art. 43 Abs. 1 NDG schränkt den persönlichen Anwendungsbereich nicht auf Unternehmen ein, bei denen bereits feststeht, dass sie grenzüberschreitende Signale in leitungsgebundenen Netzen (im Sinne von Art. 39 Abs. 1 NDG) führen. Die Materialien deuten in die gleiche Richtung: Die Botschaft formuliert den Zweck der Auskunftspflicht weit und beschränkt ihn nicht auf Unternehmen, bei denen bereits ein Auftrag zur Kabelauflärung freigegeben wurde. Dies entspricht dem Zweck der Auskunftspflicht nach Art. 43 Abs. 1 NDG, die für die Kabelauflärung notwendigen technischen Angaben in Erfahrung zu bringen. Weder der Wortlaut noch die Materialien oder der Zweck deuten damit daraufhin, dass der persönliche Anwendungsbereich von Art. 43 Abs. 1 NDG eng auszulegen und auf Unternehmen zu beschränken wäre, bei denen bereits feststeht, dass sie in den Anwendungsbereich von Art. 39 Abs. 1 NDG fallen. Würde die Auskunftspflicht in diesem Sinne beschränkt, hätte die Vorinstanz keine Möglichkeit, Auskünfte zur Beurteilung einzuholen, ob ein Unternehmen überhaupt in den Anwendungsbereich von Art. 39 Abs. 1 NDG fällt. Der persönliche Anwendungsbereich von Art. 43 Abs. 1 NDG ist deshalb nicht so auszulegen, dass nur Unternehmen der Auskunftspflicht unterstehen, bei denen bereits feststeht, dass sie ein leitungsgebundenes Netz mit grenzüberschreitenden Signalen im Sinne von Art. 39 NDG betreiben. Damit muss für die Beantwortung der Frage, ob eine Person der Auskunftspflicht von Art. 43 Abs. 1 NDG unterliegt, nicht vorab geprüft werden, ob sie der Kabelauflärung nach Art. 39 ff. NDG unterliegt. Immerhin ergibt sich jedoch bereits aus dem Begriff der Kabelauflärung, dass nur

Unternehmen unter die Auskunftspflicht von Art. 43 Abs. 1 NDG fallen können, die für ihre Fernmeldedienstleistungen Kabel respektive leitungsgebundene Netze verwenden.

3.4 Nach dem Gesagten geht die Vorinstanz zu Recht davon aus, dass Fernmeldedienstanbieter in den persönlichen Anwendungsbereich von Art. 43 Abs. 1 NDG fallen.

4.

4.1 Es ist deshalb zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin eine Fernmeldedienstanbieterin ist und damit in den persönlichen Anwendungsbereich der Auskunftspflicht nach Art. 43 Abs. 1 NDG fällt.

4.2 Das BÜPF und das Fernmeldegesetz setzen für die Erkennung eines Fernmeldedienstes notwendigerweise die Übertragung von Informationen für Dritte voraus, wobei die Übertragung im Bereich der Kabelaufklärung über Leitungen respektive Kabel erfolgen muss (vgl. oben E. 3.3.3; Art. 3 Bst. b und c FMG i.V.m. Art. 2 Bst. b BÜPF; auch BAKOM, Faktenblatt zur Registrierung als FDA, 1. Januar 2021).

4.3 Die Beschwerdeführerin betreibt einen sogenannten Internet Exchange Point (IXP) in der Schweiz. Ein IXP ermöglicht den Vereinsmitgliedern und zahlenden Kunden (sog. Peering Partners resp. Peers) den Datenverkehr. Ein IXP ist ein physischer Standort, über den sich Internet-Infrastrukturunternehmen, zum Beispiel Internet Service Provider, verbinden können. Der Standort ermöglicht den Netzanbietern den Austausch von Daten zwischen ihren Netzen. Jeder Peer stellt eine Verbindung zum IXP des Beschwerdeführers her und erklärt sich bereit, anderen Peers die Übertragung von und zu ihrem lokalen Netz zu gestatten. Sie können dadurch ihren Pfad zum Austausch mit anderen Netzen verkürzen. Als Peers treten Schweizer und ausländische Telekom-Anbieter auf.

Die Beschwerdeführerin verfügt über mehrere Standorte in verschiedenen Datacentern, wo sogenannte Racks verbaut sind (Schaltschränke mit IXP-Plattform-Hardware: Switches und Routers). Diese Standorte sind durch Glasfaserverbindungen miteinander verbunden, die gemietet sind oder von Sponsoren unentgeltlich bereitgestellt werden. Für eine Verbindung legen die Peers eine optische oder elektrische Cross-Connect-Verbindung zwischen ihrem Rack und dem Rack der Beschwerdeführerin. Auf diese Weise können die Peers unter Inanspruchnahme der Dienstleistung der Beschwerdeführerin Daten austauschen. Die Cross-Connect-Verbindungen

werden von den Peers bei den Datacenter-Anbietern bestellt. Die gesamte von der Beschwerdeführerin betriebene IXP-Plattform, bestehend aus mehreren Standorten, befindet sich in der Schweiz. Die Beschwerdeführerin betreibt nur die zwischen den von ihr benutzten Datacentern verlaufenden Leitungen.

Wie dargestellt (E. 3.3) dient die Auskunftspflicht dazu, die technischen Möglichkeiten und Voraussetzungen einer Ausleitung von Signalen abzuklären. Ob eine solche im Rahmen eines Auftrags zur Kabelaufklärung bei der Beschwerdeführerin technisch möglich ist, muss hier deshalb nicht beurteilt werden.

Der rechtserhebliche Sachverhalt ist damit erstellt. Die von der Beschwerdeführerin beantragten mündlichen Befragungen, der Augenschein in einem Datacenter sowie die Einholung eines entsprechenden Gutachtens sind in antizipierter Beweiswürdigung abzuweisen.

4.4 Die Beschwerdeführerin überträgt die Informationen der Peers unter Benutzung ihrer Racks und die sie verbindenden Glasfaserkabel. Die Peers sind Vereinsmitglieder und zahlende Kunden, mithin aus Sicht der Beschwerdeführerin Dritte. Die Beschwerdeführerin ist deshalb eine Fernmeldediensteanbieterin, die vom persönlichen Anwendungsbereich der Auskunftspflicht von Art. 43 Abs. 1 NDG erfasst wird. Daran ändert auch nichts, dass die Cross-Connect-Verbindungen, welche die Peers mit der Beschwerdeführerin verbinden, nicht von Letzterer betrieben werden. Die Frage, ob diese Verbindungen zum Netzwerk der Beschwerdeführerin gehören, kann deshalb offenbleiben. Ebenso muss die Frage, ob die Beschwerdeführerin ein leitungsgebundenes Netz mit grenzüberschreitenden Signalen im Sinne von Art. 39 Abs. 1 NDG betreibt, nicht beantwortet werden; dies ist für die Beurteilung, ob sie unter die Auskunftspflicht von Art. 43 Abs. 1 NDG fällt, wie gezeigt (E. 3.3), nicht relevant.

4.5 Die Beschwerdeführerin unterliegt damit der Auskunftspflicht nach Art. 43 Abs. 1 NDG.

5.

5.1 Zu prüfen bleibt, ob die Verpflichtung, den Fragenkatalog zu beantworten, gegen grundrechtliche Ansprüche der Beschwerdeführerin verstösst.

5.2

5.2.1 Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Zwang, Auskunft zu erteilen, verstosse gegen ihr Recht auf Wirtschaftsfreiheit. Der Eingriff ergebe sich erstens aus dem Aufwand, den sie für die Erteilung der Auskünfte betreiben müsse. Zweitens bestehe der Eingriff darin, dass die herauszugebenden Informationen die Leistungen beträfen, die sie für ihre zahlenden Kunden erbringe. Diese Informationen seien nicht öffentlich zugänglich und teilweise vertraulich. Deshalb greife die Pflicht, sie herauszugeben, auch in ihren Anspruch auf Privatsphäre, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das Geschäftsgeheimnis und das Fernmeldegeheimnis (Art. 13 BV) ein. Schliesslich berühre die angefochtene Verfügung ihre zivilrechtlichen Ansprüche nach Art. 6 EMRK.

Zusätzlich liege ein mittelbarer Eingriff vor, da sie gezwungen werde, die mit dem Ausleiten der Daten verbundenen Eingriffe in ihre geschäftliche Tätigkeit zu dulden. Dies habe weiteren Aufwand zur Folge, für den sie nur teilweise entschädigt werde. Damit werde in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens und auf Schutz der Privatsphäre sowie in die informationelle Selbstbestimmung (Art. 8 EMRK und Art. 13 BV) eingegriffen.

Art. 43 NDG bilde sodann die gesetzliche Grundlage für den Eingriff. Jedoch könne diese Gesetzesbestimmung nur angerufen werden, wenn sie der Kabelauklärung unterliege, was vorab zu prüfen sei. Der ihr vorgelegte Fragebogen diene aber nicht der Prüfung, ob sie der Kabelauklärung unterliege. Die verlangten Auskünfte seien für diese Prüfung weder notwendig noch geeignet. Sie dienten vielmehr einzig dazu, die Kabelauklärung technisch umzusetzen. Zudem verfüge die Vorinstanz nach dem umfangreichen Austausch vor Erlass der Verfügung bereits über alle notwendigen Informationen, um beurteilen zu können, ob sie der Kabelauklärung unterliege. Die Verpflichtung, den Fragebogen auszufüllen, sei deshalb unverhältnismässig.

5.2.2 Die Vorinstanz führt aus, die Beschwerdeführerin könne ihrer Geschäftstätigkeit weiterhin ungehindert nachgehen. Mit der Verankerung der Auskunftspflicht habe der Gesetzgeber die Güterabwägung bereits vorgenommen.

5.3 Festzuhalten ist vorab, dass Gegenstand dieses Beschwerdeverfahrens die Verpflichtung zur Beantwortung von Fragen gestützt auf Art. 43

Abs. 1 NDG ist; nicht Gegenstand ist demgegenüber eine allfällige Ausleitung von Informationen im Rahmen eines Auftrags zur Kabelaufklärung. Ein solcher liegt hier nicht vor. Insoweit die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Wirtschaftsfreiheit und des Schutzes der Privatsphäre *durch die Ausleitung von Daten im Rahmen der Kabelaufklärung* geltend macht, ist sie demnach nicht zu hören.

5.4

5.4.1 Die Wirtschaftsfreiheit nach Art. 27 BV schützt jede auf Erzielung eines Gewinns oder eines Erwerbseinkommens gerichtete privatwirtschaftliche Betätigung (BGE 143 I 388 E. 2.1; Urteil des BGer 2C_1058/2019 vom 30. April 2020 E. 3.2). Eine solche liegt hier unbestrittenermassen vor. Die Wirtschaftsfreiheit schützt insbesondere die freie Ausübung solcher Tätigkeiten (Art. 27 Abs. 2 BV; BGE 143 I 388 E. 2.1). Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Verpflichtung, Auskunft über die technischen Details der privatwirtschaftlich angebotenen Leistungen zu erteilen, überhaupt eine Einschränkung des Anspruchs auf freie Gestaltung der Geschäftstätigkeit darstellt (vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 2C_595/2020 vom 27. August 2021 E. 5.4). Zwar sind die von der Vorinstanz verlangten Angaben zur Tätigkeit der Beschwerdeführerin teilweise nicht öffentlich zugänglich. Jedoch schränkt der an die Beschwerdeführerin gerichtete Fragebogen deren Freiheit zur Gestaltung ihrer Geschäftstätigkeit höchstens sehr geringfügig ein, wird sie doch zu keiner weiteren Tätigkeit als der Auskunftserteilung verpflichtet. Selbst wenn deshalb von einer relevanten Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit ausgegangen wird, handelt es sich jedenfalls nur um einen sehr leichten Eingriff.

5.4.2 Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit müssen den Voraussetzungen von Art. 94 BV und Art. 36 BV genügen: Staatliche Massnahmen müssen den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit wahren (Art. 94 Abs. 1 BV). Abweichungen von diesem Grundsatz, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind (Art. 94 Abs. 4 BV). Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit bedürfen einer gesetzlichen Grundlage: Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst, das heisst in einem Gesetz im formellen Sinn, vorgesehen sein (Art. 36 Abs. 1 BV); bei einem leichten Eingriff genügt ein Gesetz im materiellen Sinn (BGE 139 I 280 E. 5.1). Darüber hinaus muss ein Eingriff durch ein öffentliches Interesse oder den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sowie verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 2 und 3 BV).

5.4.3 Da der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit der Beschwerdeführerin wettbewerbsneutral und nicht wirtschaftspolitisch motiviert ist, handelt es sich um einen grundsatzkonformen Eingriff. Er wahrt damit den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit.

Art. 43 Abs. 1 NDG stellt eine hinreichende gesetzliche Grundlage für den hier vorliegenden, leichten Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit dar. Die Kabelaufklärung – und damit die Auskunftspflicht nach Art. 43 Abs. 1 NDG – dient der Sicherung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen der Schweiz sowie dem Schutz der Freiheitsrechte und der Sicherheit der Bevölkerung, der Handlungsfähigkeit der Schweiz und der Wahrung internationaler Sicherheitsinteressen (Art. 2 NDG). Entsprechend liegt ein gewichtiges öffentliches Interesse vor. Die im Fragenkatalog enthaltenen Fragen beziehen sich sowohl auf die technischen Möglichkeiten (Ziff. 2 und 3) als auch auf die inhaltliche Relevanz zur Kabelaufklärung (insbes. Ziff. 3.1 Nr. 1, 2 und 4). Sie sind damit sowohl geeignet als auch erforderlich, um die Möglichkeit und Relevanz einer Kabelaufklärung bei der Beschwerdeführerin zu prüfen. Diese macht denn auch nicht substantiiert geltend, inwiefern die verlangten Auskünfte weder notwendig noch geeignet seien. Die Pflicht zur Auskunftserteilung hat lediglich einen sehr geringen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der Beschwerdeführerin. Sie führt nicht konkret aus, welche der Fragen der Vorinstanz einen unzumutbaren Aufwand zur Beantwortung bedeuten würden. Dem gegenüber steht das gewichtige öffentliche Interesse, das mit der Kabelaufklärung verfolgt wird; dieses überwiegt hier klar. Die Verpflichtung zur Beantwortung der Fragen wird auch dadurch nicht unverhältnismässig, dass die Vorinstanz eventuell bereits über gewisse Angaben verfügt. Angesichts des geringen Aufwandes ist es der Beschwerdeführerin zumutbar, gewisse Fragen erneut zu beantworten. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass es der Vorinstanz möglich sein muss, die Beantwortung der Fragen in einem formellen Verfahren einzufordern, um die Zuverlässigkeit der Antworten sicherzustellen. Der Eingriff erweist sich deshalb als verhältnismässig.

5.4.4 Der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit des Beschwerdeführers ist damit – soweit überhaupt ein solcher vorliegen würde – nach Art. 36 BV gerechtfertigt.

5.5

5.5.1 Die Beschwerdeführerin beruft sich zudem auf ihr Recht auf Achtung der Privatsphäre, insbesondere auf das Recht auf informationelle

Selbstbestimmung und die Achtung des Fernmeldeverkehrs (Fernmeldegeheimnis).

5.5.2 Schutzobjekt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 13 Abs. 2 BV sind alle eigenen, personenbezogenen Daten, wobei der Begriff weit zu fassen ist. Im Datenschutz garantiert das verfassungsmässige Recht auf informationelle Selbstbestimmung, dass jede Person gegenüber fremder – staatlicher oder privater – Bearbeitung von persönlichen Informationen bestimmen kann, ob und zu welchem Zweck diese Informationen bearbeitet werden. Dabei ist unerheblich, wie sensibel die Informationen tatsächlich sind (vgl. BGE 147 I 346 E. 5.3.1). Mit dem Fragebogen werden personenbezogene Daten des Beschwerdeführers abgefragt. Die Verpflichtung zu dessen Beantwortung ist deshalb ein Eingriff in das Recht der Beschwerdeführerin auf informationelle Selbstbestimmung.

Auch bezüglich der Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung stellt Art. 43 Abs. 1 NDG eine hinreichende gesetzliche Grundlage dar; ebenso liegt ein gewichtiges öffentliches Interesse vor (vgl. E. 5.4.3). Die erfragten Angaben beziehen sich insbesondere auf technische Aspekte und die Frage, ob Signale grenzüberschreitend übertragen werden. Weder werden Angaben zum Inhalt der übertragenen Daten noch zu den Randdaten verlangt. Die Persönlichkeitsrelevanz der erfragten Daten ist damit gering und es werden insbesondere keine besonders schützenswerten Daten erfasst. Die Intensität der Massnahme ist zudem gering. Es handelt sich deshalb bei der Pflicht zur Auskunftserteilung um einen leichten Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Dem gegenüber steht das gewichtige öffentliche Interesse an der Kabelaufklärung, das hier überwiegt. Der Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist damit verhältnismässig und ist insgesamt gemäss den Voraussetzungen von Art. 36 BV gerechtfertigt.

5.5.3 Mit dem Verfassungsanspruch gemäss Art. 13 Abs. 1 BV soll gewährleistet werden, dass die Kommunikation mit fremden Mitteln gegenüber Drittpersonen geheim erfolgen kann. Die Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs schützt alle Arten der technisch vermittelten Individualkommunikation. In sachlicher Hinsicht bezieht sich der Schutz nicht nur auf den Inhalt einer Kommunikation, sondern auch auf die Randdaten. Aus Art. 8 EMRK ergibt sich im Wesentlichen der gleiche Schutz (BGE 140 I 353 E. 8.3). Mit dem Fragebogen werden weder Angaben zum Inhalt der übertragenen Daten noch zu den Randdaten verlangt. Es ist deshalb fraglich, ob überhaupt ein Eingriff in das Recht auf Achtung des

Fernmeldegeheimnisses des Beschwerdeführers vorliegt. Dies kann letztlich offenbleiben, da ein Eingriff wie dargelegt nach Art. 36 BV gerechtfertigt wäre.

5.6 Inwiefern die Verpflichtung zur Beantwortung der Fragen der Vorinstanz zudem in die Rechte der Beschwerdeführerin nach Art. 6 EMRK eingreift, macht diese nicht substantiiert geltend, noch ist dies ersichtlich.

5.7 Die Verpflichtung der Beschwerdeführerin, den der angefochtenen Verfügung angehängten Fragenkatalog auszufüllen, verstösst damit nicht gegen ihre grundrechtlichen Ansprüche.

6.

Die Vorinstanz hatte damit das Recht, die Beschwerdeführerin zur Beantwortung des Fragenkatalogs «Technische Angaben FDA / Kabelaufklärung» zu verpflichten. Die Beschwerde ist abzuweisen. Der Eventualantrag der Vorinstanz, den Fragenkatalog gerichtlich zu bestimmen, wird damit hinfällig.

7.

7.1 Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend. Sie hat daher die auf Fr. 2'500.– festzusetzenden Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2). Der von der Beschwerdeführerin geleistete Kostenvorschuss in gleicher Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

7.2 Eine Parteientschädigung steht der Beschwerdeführerin angesichts ihres Unterliegens nicht zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Auch die Vorinstanz hat als Bundesbehörde keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Der Beschwerdeführerin werden Verfahrenskosten von Fr. 2'500.– auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz und das Generalsekretariat des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Stephan Metzger

Tobias Grasdorf

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand:

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Einschreiben)
- das Generalsekretariat VBS (Gerichtsurkunde)