



**Bundesamt für Justiz**  
**Direktionsbereich Strafrecht**  
**Bundesrain 20**  
**3003 Bern**

**3-fach**

## **Vernehmlassung zur Totalrevision des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme, die wir gerne wahrnehmen:

### **1 Grundsätzliche Bemerkungen**

Der technische Fortschritt insbesondere im Bereich der verschlüsselt übertragenen Internettelefonie hat dazu geführt, dass sich Kriminelle aller Schweregrade immer einfacher den schon bisher im BÜPF geregelten klassischen Überwachungsmöglichkeiten entziehen können. Die BÜPF-Totalrevision basiert auf der Erkenntnis, dass angesichts der technischen Möglichkeiten, welche sich auch den Strafverfolgungsbehörden je länger desto mehr bieten, entsprechende gesetzliche Regelungen vorgenommen werden müssen. Wir begrüssen die grundsätzliche Absicht, mit einer Totalrevision des BÜPF die staatliche Überwachung auf eine aus verfassungsrechtlicher und datenschutzrechtlicher Sicht genügende Grundlage zu stellen.

Die SP Schweiz kommt aber wie die Vereinigung der Schweizerischen Datenschutzbeauftragten (Privatim) zum Schluss, dass diese Absicht im vorliegenden Entwurf in vielen Punkten nur ungenügend umgesetzt wurde. Sie schliesst sich im Folgenden – ergänzt durch weitere Überlegungen – in weiten Teilen der Vernehmlassung von Privatim an.

Die Vorlage ist von unbestimmten Rechtsbegriffen und weiten Auslegungsspielräumen geprägt. Es ist nachvollziehbar, dass in dem Gesetz auch der notwendige Spielraum für technische Weiterentwicklungen gewahrt werden soll und nicht sämtliche Ermittlungsmethoden bis ins kleinste Detail festgehalten werden können. Gleichwohl ist es aber aus grundrechtlicher Sicht unverzichtbar, dass das BÜPF in erheblichem Umfang konkretisiert wird.

## **2 Kommentar zu den einzelnen Themenbereichen**

### **2.1 Einsatz von bestimmten Informatikprogrammen zur Überwachung von Informatik- und Kommunikationssystemen**

Der Einsatz heimlich eingeschleuster Programme zur Überwachung von Informatik- und Kommunikationssystemen stellt einen der schwersten denkbaren Eingriffe in die Privatsphäre der Betroffenen dar. Eine gesetzliche Grundlage, welche die unbemerkte Einschleusung von Überwachungsprogrammen in private Informatiksysteme ermöglicht, muss daher in Bezug auf die Bestimmtheit den höchsten Ansprüchen genügen. Dies erfüllt die vorliegende Bestimmung nicht in jeder Beziehung.

Zunächst muss kritisch hinterfragt werden, ob das Einschleusen von „Bundestrojanern“ wirklich bei der ganzen Palette der Straftatbestände von Art. 269 Abs. 2 StPO zulässig sein soll. In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass die Online-Durchsuchung nur unter bestimmten, äusserst engen Voraussetzungen zulässig ist (namentlich bei konkreten Gefahren für überragend wichtige Rechtsgüter [Leib und Leben, Terrorismus]). Die in der Vorlage vorgesehenen Möglichkeiten gehen deutlich weiter. Im Bericht wird argumentiert, bei jedem der in Art. 269 Abs. 2 StPO erwähnten Delikte könne die Deliktsschwere derart gravierend sein, dass sich der massive Grundrechtseingriff rechtfertige. Dies ist nicht apriori unplausibel, genügt andererseits in Anbetracht der Schwere des Eingriffs und nicht zuletzt auch unter rechtsvergleichendem Einbezug des deutschen Verfassungsurteils nicht abschliessend als Argumentation.

Die SP Schweiz fordert deshalb, dass noch einmal genau geprüft wird, ob der Deliktskatalog von Art. 269 Abs. 2 StPO im Falle der Einschleusung von Trojanern nicht doch auf einige wenige, schwerste, gegen Leib und Leben bzw. den Bestand des Staates gerichtete Delikte beschränkt werden kann resp. dass im Fall eines negativen Prüfungsergebnisses der Bericht hierzu noch vertieft wird.

Es stellt sich zudem die Frage, wann und auf welche Weise diese Programme wieder von den betroffenen Systemen gelöscht werden. Eine entsprechende Ergänzung in Art. 274 Abs. 4 Bst. c (neu) StPO wäre sinnvoll.

Sodann ist weder geregelt, welchen Anforderungen in Bezug auf Seriosität und Sicherheit sowohl die eingesetzten Programme als auch deren Anbieter erfüllen müssen. Ebenso nicht geregelt ist die Frage, wer für die Beschaffung solcher Programme zuständig sein wird – schliesslich verpflichtet beispielsweise Art. 21 Abs. 4 die Durchführungsverpflichteten lediglich dazu, dem Dienst die notwendige Unterstützung zu gewähren. Daraus kann kaum die Pflicht heraus gelesen werden, auch gleich die notwendige Software zur Verfügung stellen zu müssen.

### **2.2 Gesetzesänderungen im Bereich der Vorratsdatenspeicherung**

Im Zusammenhang mit der Vorratsdatenspeicherung, welche in Bezug auf die informationelle Selbstbestimmung des Einzelnen sowie aufgrund der unbestimmten Anzahl von Betroffenen, einen schweren Eingriff in die Grundrechte der Bürgerinnen und Bürger darstellt, sollte die Gelegenheit genutzt werden, die gesetzliche Grundlage auf ein verfassungsrechtlich vertretbares Niveau zu heben.

Um dies zu gewährleisten, sollte eine revidierte Regelung geschaffen werden, welche den Kriterien entspricht, wie sie etwa vom Deutschen Bundesverfassungsgerichtshof im Zusammenhang mit seinem Entscheid zur Vorratsdatenspeicherung entwickelt worden sind. Im Einzelnen bedeutet dies, dass eine solche Vorschrift Regelungen enthalten müsste, welche die Datensicherheit, den Schutz vor missbräuchlicher Verwendung, sowie die Transparenz der Datenübermittlung gewährleisten.

## **2.3 Unklare Umschreibung der Pflichten nicht-berufsmässiger Anbieter**

Mit der Revision des BÜPF soll der persönliche Geltungsbereich des Gesetzes präzisiert werden. Dies ist umso wichtiger, als das Gesetz gewissen Personen strafrechtlich durchsetzbare Pflichten auferlegt. Die grundsätzliche Unterscheidung nach der berufsmässigen Tätigkeit ist insofern zu begrüssen, als damit die Kategorie jener Personen, welche nicht den allgemeinen Pflichten in Art. 21 ff. BÜPF (neu) unterstehen, deutlich abgrenzbar ist.

Hingegen bleibt etwas unklar, welche Pflichten diejenigen Personen treffen, welche ihre Tätigkeit im Bereich des Post- und Fernmeldeverkehrs nicht berufsmässig ausüben. Der Entwurf sieht in Art. 2 Abs. 2 BÜPF (neu) diesbezüglich vor, dass sie „gehalten“ sind, Überwachungen zu dulden – was heisst das jetzt?: müssen sie oder sollen sie? Präziser ist Art. 26 BÜPF (neu), der diesen Personen die Pflicht auferlegt, den Strafverfolgungsbehörden Zutritt zu den von ihnen genutzten Einrichtungen zu gewähren und diesen die notwendigen Auskünfte zu erteilen.

Das Gesetz äussert sich jedoch nicht in Bezug darauf, in welchem Masse diese Personen verpflichtet sind, entsprechende Informationen zu beschaffen, da sie ausdrücklich von den Pflichten in Art. 21 BÜPF (neu) sowie von der Speicherungspflicht in Art. 23 BÜPF (neu) befreit sind.

Im Hinblick darauf, dass aus der Verletzung der Auskunftspflicht allenfalls strafrechtliche Folgen erwachsen könnten, sollten die Pflichten dieser Personen im Sinne der Rechtssicherheit weiter präzisiert oder zumindest eingegrenzt werden.

## **2.4 Eingeschränkter Rechtsschutz**

Mit Art. 34 soll neu eine Norm ins BÜPF Eingang finden, welche den Rechtsschutz der dem BÜPF unterstellten Personen regelt. In Abs. 2 wird das Beschwerderecht dieser Personen dahingehend eingeschränkt, dass die mangelhafte Rechtmässigkeit der Anordnung der Überwachung selbst nicht gerügt werden kann. Dies wird in den Erläuterungen mit Verweis auf BGE 130 II 249 damit begründet, dass einerseits keine direkte Verbindung zwischen der anordnenden Strafverfolgungsbehörde und dem Beschwerdeführers bestehe und andererseits der Dienst keine Befugnis habe, eine solche Anordnung materiell in Frage zu stellen. Weiter soll die Tatsache, dass Personen, welche von Überwachungen betroffen sind, die sich gegen unbekannte oder eine bestimmte Anzahl von Personen richten, die Rechtmässigkeit der Anordnung regelmässig aufgrund der Umstände nicht werden anfechten können, nicht zur Folge haben, dass diese Möglichkeit den Durchführungsverpflichteten einzuräumen sei, da diese Personen gemäss StPO nicht einmal über die von der Strafverfolgungsbehörde angeordneten Überwachung informiert werden müssen.

Diese Argumentation überzeugt nicht. Als erstes muss festgehalten werden, dass der Dienst sehr wohl eine, wenn auch sehr eingeschränkte Kontrollkompetenz besitzt. Gemäss Art. 15 Bst. a BÜPF prüft er bei Eingehen eines Gesuchs um Überwachung, ob diese eine Straftat betrifft, welche dem BÜPF unterstellt ist und ob das Gesuch von einer zuständigen Behörde eingereicht wurde.

Dass ein Dienstanbieter, der verpflichtet wird, eine Person zu überwachen, welche der Begehung einer Straftat verdächtigt wird, die nicht in den Katalog des BÜPF fällt, die Möglichkeit haben soll, eine entsprechende Beschwerde gegen diese Verfügung zu erheben, erscheint aus verfassungsrechtlichen Überlegungen heraus selbstverständlich.

Sodann sollte der umständliche Instanzenzug, welcher durch die Zwischenschaltung des Dienstes zwischen anordnender Behörde und Durchführungsverpflichtetem entsteht, letzteren nicht nachteilig in seinen prozessualen Rechten treffen. Dies umso mehr, als der erläuternde Bericht kein öffentliches Interesse anführt, um diesen Eingriff zu rechtfertigen.

Es sei im Gegenteil darauf hingewiesen, dass eine unrechtmässig angeordnete Überwachung nicht bloss jene Personen in ihren Rechten trifft, welche Gegenstand dieser Überwachung sind. Vielmehr besteht hier gerade ein öffentliches Interesse daran, dass jene Personen, welche regelmässig als

einziges ausserhalb der involvierten Behörden von einer Überwachung Kenntnis erhalten, also die zur Durchführung der Überwachung Verpflichteten, fehlerhafte Anordnungen aus ihrem eigenen Interesse an der Rechtsstaatlichkeit solcher schweren Grundrechtseingriffe zu rügen befugt wären.

Dies schliesst nicht aus, dass die Strafverfolgungsbehörden in dringenden Fällen die Durchführung der Überwachung während des Beschwerdeverfahrens im Sinne einer vorsorglichen Massnahme beantragen könnte resp. einer allfälligen Beschwerde eines Providers die aufschiebende Wirkung entzogen würde.

## **2.5 Wegfall der Entschädigung für Provider**

Die SP Schweiz lehnt die Abschaffung der Entschädigung für diejenigen Personen (bzw. Firmen), die selbst die Überwachung vornehmen müssen, also die Provider von Post-, Telefon- und Internetdiensten in der vorgeschlagenen generellen Form ab. Das Argument, eine solche Entschädigung sei im Strafrecht „systemwidrig“, ähnlich wie bei den Banken bestehe eine Editionsspflicht, kann hier nicht überzeugen. Was von den Providern verlangt wird, ist mehr als die Herausgabe von ohnehin vorhandenen Daten oder Akten. Vielmehr ist eine teure Infrastruktur und einiges Know-how notwendig, um den Anforderungen dieses Gesetzes Genüge zu tun und im Fall eines Auftrages durch den Dienst zeitgerecht die notwendigen technischen Massnahmen ergreifen zu können.

Zwar sind die im Gesetz formulierten Pflichten der Provider seit der Einführung des BÜPF im Wesentlichen gleich geblieben. Praktisch haben sie mit den diversen Richtlinien – beispielsweise im letzten Jahr der IP-Richtlinie – ständig zugenommen. Dies war schon in der Vergangenheit vor allem für die kleineren Provider eine erhebliche Belastung. Bereits die Einführung der Vorratsspeicherung der «Randdaten» im E-Mail-Verkehr zwang zu grösseren finanziellen Aufwendungen. Mit der in der IP-Richtlinie vorgesehenen Pflicht, den gesamten Internet-Verkehr einer Person in Echtzeit weiterzuleiten, wird ein neuer Schub an technischer Aufrüstung und damit an Kosten auf die Provider zukommen.

Das mag für die grossen Anbieterfirmen, die auch im Telefonbereich tätig sind, verkraftbar sein, auch wenn die bisherige Entschädigung wegfällt. Für die kleinen lokalen Provider stellen schon die für die Überwachung erforderlichen Investitionskosten ein Problem dar. Im Effekt wirken diese Auflagen marktverzerrend zugunsten der grossen Anbieter mit ohnehin schon fast monopolartiger Stellung.

Bei der Entschädigung der Provider braucht es deshalb eine differenziertere Lösung, welche der wirtschaftlichen Tragbarkeit der Massnahmen abhängig von der Unternehmensgrösse Rechnung trägt. Gleichzeitig ist darauf zu achten, dass die Gebühren für die Strafverfolgungsbehörden nicht prohibitiv hoch sind; wichtige Ermittlungen sollen nicht an zu hohen Fallpauschalen scheitern. Einen Beitrag, um dieses Dilemma zu lösen, kann der Bund beitragen, indem er darauf verzichtet, die Providerentschädigungen im Sparprogramm KOP 11-13 zu integrieren.

## **2.6 Generalklausel als Rechtsgrundlage für jegliche Datenbearbeitungen**

Der Entwurf bestimmt in Art. 4, dass die Behörden, welche Überwachungen anordnen oder genehmigen, sowie Personen, die Überwachungen nach dem BÜPF durchführen, diejenigen Personendaten bearbeiten dürfen, die sie benötigen, um die Ausführung der Überwachungsanordnungen gewährleisten zu können. Diese Generalklausel bietet keine genügende gesetzliche Grundlage für sämtliche im Rahmen der Überwachung nach auf Grundlage des BÜPF denkbaren Datenbearbeitungen. Dies insbesondere deshalb nicht, weil Art. 17 DSG je nach Qualifikation der Personendaten eine Unterscheidung in der Qualität der erforderlichen Rechtsgrundlagen trifft, welche die Klausel in Art. 4 nicht berücksichtigt. Demgemäss müssen Datenbearbeitungen, welche

besondere Personendaten oder Persönlichkeitsprofile betreffen, ausdrücklich im Gesetz geregelt sein.

Da die Bearbeitung solcher Daten überdies einen schweren Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen bedeutet, muss eine entsprechende gesetzliche Grundlage die Anforderungen der Bundesverfassung erfüllen, wobei die Bestimmtheit der Norm im Vordergrund steht. Dies bedeutet, dass eine Norm, die eine Bearbeitung von Personendaten gestattet, umso bestimmter sein muss in Bezug darauf, welche Daten von welchen Personen bearbeitet werden dürfen, je heikler die in Frage stehenden Daten sind. Eine Generalklausel, welche den Behörden erlaubt, sämtliche für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Personendaten zu bearbeiten, erfüllt dieses Kriterium klarerweise nicht.

Folglich entbindet die Generalklausel die Behörden nicht davor, Bearbeitungen von Personendaten, die als besonders schützenswert im Sinne des DSG oder die zur Erstellung von Persönlichkeitsprofilen dienen können, auf eine separate, ausdrückliche Gesetzesgrundlage abzustützen, welche dem Gebot der Bestimmtheit im Einzelfall genügt.

Wir bitten Sie, unsere Anliegen bei der Überarbeitung der Vorlage zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüßen

SOZIALDEMOKRATISCHE PARTEI DER SCHWEIZ



Christian Levrat  
Präsident



Carsten Schmidt  
Politischer Fachsekretär