

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Strafrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Zürich, 17. August 2010

**Totalrevision des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 betreffend die  
Überwachung des Fernmeldeverkehrs: Vernehmlassung**

Sehr geehrte Damen und Herren

privatim, die Vereinigung der Schweizerischen Datenschutzbeauftragten bedankt sich für die Möglichkeit, zu den vorgesehenen Änderungen des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs Stellung zu nehmen.

Nach dem erläuternden Bericht verfolgt die vorgelegte Gesetzesrevision insbesondere das Ziel, eine solide gesetzliche Grundlage für die Anwendung neuer Technologien im Bereich der Fernmeldeüberwachung zu bilden. Dies scheint jedoch nicht in allen Bereichen gelingen zu sein. Vielmehr zeigen sich nach Ansicht der Vereinigung der Schweizerischen Datenschützer gravierende Verschlechterungen im Vergleich zum geltenden Recht, die überdies im erläuternden Bericht nicht thematisiert werden.

Wir nehmen dazu wie folgt Stellung:

**1 Grundsätzliche Befürwortung der Revision**

Die BÜPF-Teilrevision basiert auf der Erkenntnis, dass angesichts der technischen Möglichkeiten, welche sich den Strafverfolgungsbehörden je länger je mehr bieten, entsprechende gesetzliche Vorgaben geschaffen werden müssen. Dementsprechend begrüssen wir die Absicht, mit einer Teilrevision des BÜPF staatliche Überwachung auf eine aus verfassungsrechtlicher und datenschutzrechtlicher Sicht genügende Grundlage zu stellen

Den gesetzlichen Aufgaben unserer Mitglieder entsprechend soll im Folgenden der Fokus auf die Voraussetzungen und nötigen Regelungen, welche eine datenschutzrechtlich konforme Nutzung der Überwachungstechnologien erfordern, gerichtet sein.

## 2 Datenschutzrechtlicher Nachbesserungsbedarf

Die datenschutzrechtlichen Vorgaben gelangen immer dann zur Anwendung, wenn eine staatliche Behörde Personendaten bearbeitet. Unter einer Datenbearbeitung durch Behörden wird jede Nutzung von Informationen über eine bestimmte oder bestimmbare Person verstanden (Art. 3 lit. e DSG-Bund, SR 235.1). Werden also Post- und Fernmeldeverkehr sowie das Internet überwacht, so liegt eine Bearbeitung von Personendaten vor. Diese Form der Datenbearbeitung stellt einen Eingriff in die Privatsphäre der betroffenen Personen (Art. 13 Abs. 2 BV) dar. Solche Eingriffe wiegen in der Regel schwer und sind in einem hinreichend bestimmt formulierten Gesetz im formellen Sinne festzuhalten (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV). Mit dem BÜPF wurde zwar formal ein solches Gesetz geschaffen, materiell zeigen sich im Vernehmlassungsentwurf zur BÜPF-Teilrevision jedoch erhebliche Defizite:

### 2.1 *Mangelnde Bestimmtheit der gesetzlichen Grundlage*

Um dem Grundsatz der Rechtssicherheit gerecht zu werden, muss ein Gesetz so klar formuliert sein, dass die erlaubten Eingriffe klar und ohne grosse Ermessensspielräume umrissen werden. Je schwerer dabei die Eingriffe wiegen, umso bestimmter muss die Norm sein. Wo die Einräumung von Spielräumen auf Gesetzebene unvermeidbar ist, muss eine Konkretisierung auf Verordnungsebene vorgenommen werden.

Das BÜPF in der Teilrevisions-Vernehmlassungsfassung 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. Der Korrekturbedarf ist in der angehängten Tabelle (S. 4ff.) verzeichnet.

**Das BÜPF genügt aufgrund der mangelnden Bestimmtheit zahlreicher Normen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht und vermag die schwerwiegenden Grundrechtseingriffe nicht zu rechtfertigen. Eine sorgfältige Überarbeitung jeder Bestimmung ist unabdingbar, um Unklarheiten und zu weite Ermessensspielräume zu minimieren**

### 2.2 *Ungenügend präzise Verankerung des Zweckbindungsgrundsatzes*

Kernpunkt jeder datenschutzrechtlich relevanten Regelung ist die Festlegung des Zwecks einer Datenbearbeitung. Auf diesen Zweck bezieht sich die Legitimation, an ihm misst sich die Verhältnismässigkeit (siehe auch Ziff. 2.3), und er begrenzt die (Weiter-)Bearbeitung.

Gemessen an dieser Bedeutung verwendet das BÜPF in der Teilrevisions-Vernehmlassungsfassung auf die Umschreibung der Bearbeitungszwecke zu wenig Sorgfalt.

**Das BÜPF genügt bezüglich der aus Datenschutzsicht zentralen Präzision bei der Umschreibung der Bearbeitungszwecke den Anforderungen nicht.**

### **2.3 Mangelnde Verankerung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes**

Grundrechtseinschränkungen bedürfen nicht nur einer gesetzlichen Grundlage; sie müssen auch verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Unter datenschutzrechtlichem Blickwinkel heisst das: Die bearbeiteten Daten müssen zur Erreichung des verfolgten Ziels erstens geeignet und zweitens auch erforderlich sein – die Überwachung muss also das mildeste Mittel darstellen, mit welchem der verfolgte Zweck noch erreicht werden kann. Auch hier zeigt sich erneut, wie wichtig eine klare Umschreibung des Bearbeitungszwecks ist. Drittens muss die Datenbearbeitung den betroffenen Personen auch zumutbar sein, was insbesondere bei schwerwiegenden Eingriffen wie einem heimlichen Zugriff auf Computerdateien usw. sorgfältig geprüft und beurteilt werden muss.

**Dem BÜPF mangelt es in mehreren Bestimmungen an der bei derart heiklen Grundrechtseingriffen unabdingbaren Betonung der Verhältnismässigkeit.**

## **3 Zusammenfassung**

Zusammengefasst nehmen wir somit wie folgt Stellung:

Wir begrüssen die Absicht, mit einer Teilrevision des BÜPF staatliche Überwachung auf eine aus verfassungsrechtlicher und datenschutzrechtlicher Sicht genügende Grundlage zu stellen.

Das gelingt jedoch mit der Teilrevisions-Vernehmlassungsfassung noch nicht. Das BÜPF weist in der vorgeschlagenen Form grosse verfassungs- und datenschutzrechtliche Defizite auf. Insbesondere sind die vorgeschlagenen Bestimmungen über weite Strecken nicht hinreichend bestimmt. Ausserdem fehlt es an den erforderlichen Konkretisierungen des Bearbeitungszwecks bzw. der Verhältnismässigkeit.

Wir legen deshalb eine sorgfältige Überarbeitung des BÜPF anhand der genannten Kriterien nahe, um zukünftig einen verfassungs- und datenschutzkonformen Einsatz der Überwachungsmittel zu ermöglichen. Die einzelnen Kritikpunkte finden sich in der Tabelle im Anhang.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen.

Freundliche Grüsse

Bruno Baeriswyl  
Präsident privatim

Anhang

BÜPF	
<p><b>Art. 2:</b>            Persönlicher            Geltungsbereich</p>	<p>Die grundsätzliche Unterscheidung nach der berufs- bzw. nicht berufsmässigen Tätigkeit ist insofern zu begrüssen, als damit die Kategorie jener Personen, welche nicht den allgemeinen Pflichten in Art. 21 ff. BÜPF (in der Teilrevisions-Vernehmlassungsfassung) unterstehen, deutlich abgrenzbar ist.</p> <p>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 (in der Teilrevisions-Vernehmlassungsfassung) diesbezüglich vor, dass sie Überwachungen dulden müssen. Dies wird in Art. 26 BÜPF (in der Teilrevisions-Vernehmlassungsfassung) präzisiert, indem diesen Personen die Pflicht auferlegt wird, den Strafverfolgungsbehörden Zutritt zu den von ihnen genutzten Einrichtungen zu gewähren und diesen die notwendigen Auskünfte zu erteilen.</p> <p>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 (in der Teilrevisions-Vernehmlassungsfassung) sowie von der Speicherungspflicht in Art. 23 BÜPF (in der Teilrevisions-Vernehmlassungsfassung) befreit sind.</p> <p>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.</p> <p>Siehe dazu die Anmerkungen (Ziff. 2.1 und 2.3).</p>
<p><b>Art. 4:</b>            Bearbeitung von            Personendaten</p>	<p>Diese Bestimmung ist zu generalklauselhaft formuliert, die Zweckbindung wird aufgeweicht. Im Rahmen der Überwachungen nach dem BÜPF werden potentiell auch besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet. Umso wichtiger ist es, im Sinne der Zweckbindung jeder Personendatenbearbeitung, eine möglichst präzise Formulierung bezüglich des Zwecks der Datenbearbeitung im Gesetz zu verankern. Siehe dazu die Anmerkungen (Ziff. 2.1 und 2.2).</p>
<p><b>Art. 7:</b>            Zweck des</p>	<p>Gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. a BÜPF (in der Teilrevisions-Vernehmlassungsfassung) dient das Verarbeitungssystem des Dienstes</p>

<p>Verarbeitungssystem s</p>	<p>dazu, die durch die Überwachung des Fernmeldeverkehrs gewonnenen Daten zentral aufzubewahren. Aus Sicht des Datenschutzrechts ist jedoch die Aufbewahrung ein Mittel und kein Zweck. Es liegt diesbezüglich ein Zirkelschluss vor, der aus dem Entwurf gestrichen werden sollte. Andernfalls könnte die Verarbeitung von Personendaten irrtümlicherweise schon als rechtmässig ausgelegt werden, wenn sie lediglich der zentralen Aufbewahrung dieser Daten diene. Wir schlagen daher die folgende Formulierung vor:</p> <p><i>«Im Verarbeitungssystem werden die durch die Überwachung des Fernmeldeverkehrs gewonnenen Daten zentral aufbewahrt, um den Onlinezugriff auf diese Daten nach Art. 9 zu ermöglichen.»</i></p>
<p><b>Art .16:</b> Aufgaben bei der Überwachung des Fernmeldeverkehrs</p>	<p><b>lit. b:</b></p> <p><i>«Verwaltung der Nummer»</i> passt nicht auf den Internetverkehr. Die Formulierung wurde wohl aus dem bestehenden Gesetz übernommen und sollte angepasst werden. Vorschlag: <i>«Verwaltung des Anschlusses»</i>.</p>
<p><b>Art. 21:</b> Pflichten bei der Durchführung von Überwachungen</p>	<p><b>Abs. 3:</b></p> <p>Abs. 3 ist zu offen formuliert. Es muss zwingend zum Ausdruck kommen, dass keine allumfassende Datensammlung betrieben wird, sondern dass eine Beschränkung durch die Anordnung erfolgt, welche vom Gericht bewilligt werden muss. Folglich ist eine Formulierung im Sinne von: <i>«den gesamten Datenfluss im Rahmen der Anordnung»</i> vorzuziehen. Andernfalls wird nicht nur das Bestimmtheitsgebot, sondern auch der Zweckbindungsgrundsatz und das Verhältnismässigkeitsprinzip missachtet (siehe Anmerkungen, Ziff. 2.1-2.3).</p> <p><b>Abs. 4:</b></p> <p>Abs. 4 lässt die notwendige Bestimmtheit vermissen. Was wird unter <i>«die nötige Unterstützung»</i> verstanden? Muss derjenige, welcher die Überwachung ausführt, den <i>«Bundestrojaner»</i> (wie die betreffenden Programme in der öffentlichen Debatte genannt werden) selbst einschleusen oder muss er nur die Infrastruktur zur Verfügung stellen, womit dies dem Dienst ermöglicht wird? Die Bestimmung muss zwingend konkretisiert und eingegrenzt werden, da es sich bei den geplanten Zugriffen auf die Computer um sehr schwere Grundrechtseingriffe mit grossem Missbrauchspotential handelt. Entsprechend muss eine höchsten Ansprüchen genügende gesetzliche Grundlage für die Unterstützungspflicht geschaffen werden. Dies gilt auch dann, wenn der Entscheid, überhaupt solche Überwachungen durchzuführen, in der StPO verankert wird.</p>

<p><b>Art. 22:</b> Identifizierung von Internet-Benutzern</p>	<p>Wegen der einfachen Umgehungsmöglichkeiten (z.B. Anmeldung beim Provider mit SIM-Karte aus zweiter Hand) läuft diese Bestimmung ins Leere. Sie ist unpraktikabel und stellt einen unverhältnismässigen Eingriff in die persönliche Freiheit derer dar, die sich beim Surfen im Internet an das Gesetz halten.</p>
<p><b>Art. 23:</b> Datenaufbewahrung</p>	<p>Im Zusammenhang mit der Vorratsdatenspeicherung, welche in Bezug auf die informationelle Selbstbestimmung des Einzelnen sowie aufgrund der unbestimmten Anzahl von Betroffenen, einen sehr schweren Eingriff in die Grundrechte der Bürger darstellt, sollte die Gelegenheit genutzt werden, die gesetzliche Grundlage auf ein verfassungsrechtlich vertretbares Niveau zu heben.</p> <p>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<sup>1</sup>. 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. Die vorgeschlagene Regelung erfüllt diese Voraussetzungen nicht. Siehe dazu auch Anmerkung, Ziff. 2.1 zur hinreichenden Bestimmtheit der Normen.</p>
<p><b>Art. 28:</b> Suche nach verurteilten Personen</p>	<p>Diese Bestimmung ist aus datenschutzrechtlicher Sicht zu generalklauselhaft formuliert (siehe zum Bestimmtheitsgebot Anmerkung, Ziff. 2.1). Wer kann wie, wo und wann überwacht werden? Auch hier geht es um potentiell schwere Grundrechtseingriffe (z.B. wenn mehrere Personen aus dem Umfeld des Verurteilten abgehört werden, welche sich nichts haben zuschulden kommen lassen). Details der Überwachung müssen zwingend – entweder in der StPO oder in der Verordnung – geregelt werden.</p>
<p><b>Art. 34</b> Rechtsschutz</p>	<p>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 Umstän-</p>

<sup>1</sup> BVerfG, 1 BvR 256/08 vom 2. März 2010.

	<p>de 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.</p> <p>Diese Argumentation überzeugt nicht. Als erstes muss festgehalten werden, dass der Dienst sehr wohl eine, wenn auch sehr eingeschränkte Kontrollkompetenz besitzt. Gemäss Art. 15 lit. 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.</p> <p>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.</p> <p>Sodann sollte der umständliche Instanzenzug, welcher durch die Zwischenschaltung des Dienstes zwischen anordnende 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.</p> <p>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 einzige 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.</p> <p>Dies schliesst nicht aus, dass die Strafverfolgungsbehörden in dringenden Fällen die Durchführung der Überwachung während des Beschwerdeverfahrens im Sinne einer vorsorglichen Massnahme beantragen könnte.</p>
<p><b>StPO</b></p>	
<p><b>Art. 270<sup>bis</sup>:</b>          Abfangen und Entschlüsselung von Daten</p>	<p><b>Abs. 1:</b></p> <p>Der Einsatz heimlich eingeschleuster Programme zur Überwachung von Informatik- und Kommunikationssystemen («Bundestrojaner», wie diese Programme in der öffentlichen Debatte genannt werden) stellt einen der schwersten denkbaren Eingrif-</p>

fe in die Privatsphäre der Betroffenen dar. Aus Sicht der Verfassung hat der Staat in den Informatiksystemen der Rechtsunterworfenen grundsätzlich gar nichts zu suchen. Eine gesetzliche Grundlage, welche die unbemerkte Einschleusung eines Informatikprogramms in private Informatiksysteme erlaubt, muss daher in Bezug auf die Bestimmtheit den höchsten Ansprüchen genügen. Dies erfüllt die vorliegende Bestimmung nicht in jeder Beziehung.

Es stellt sich zunächst insbesondere die Frage, wann und auf welche Weise diese Programme wieder von den betroffenen Systemen gelöscht werden. Eine entsprechende Ergänzung in Art. 274 Abs. 4 lit. c (in der BÜPF-Teilrevisions-Vernehmlassungsfassung) StPO wäre sinnvoll.

Sodann ist weder geregelt, welchen Anforderungen in Bezug auf Seriosität und Sicherheit sowohl die eingesetzten Programme als auch deren Hersteller oder 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 BÜPF (in der Teilrevisions-Vernehmlassungsfassung) 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.

In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht entschieden<sup>2</sup>, dass die Online-Durchsuchung nur unter bestimmten, äusserst engen Voraussetzungen zulässig ist (namentlich bei konkreten Gefahren für überragend wichtige Rechtsgüter [Leib und Leben, Terrorismus]). Laut diesem Urteil, kann das Instrument der Online-Durchsuchung sowohl präventiv als auch im Rahmen der Strafverfolgung eingesetzt werden.

Nimmt man das Urteil aus Deutschland als Massstab, geht die im BÜPF (in der Teilrevisions-Vernehmlassungsfassung) vorgesehene Regelung viel zu weit. Im Minimum muss der Deliktskatalog des Art. 269 Abs. 2 StPO auf einige wenige, schwerste, gegen Leib und Leben bzw. den Bestand des Staates gerichtete Delikte beschränkt werden. Die Möglichkeit in jedem der in Art. 269 Abs. 2 StPO erwähnten Fälle eine Online-Überwachung anordnen zu können, ist ein zu weit gehender Eingriff in die persönliche Freiheit und kann unseres Erachtens so nicht stehen bleiben.

<sup>2</sup> Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 27.02.08, Nr. 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07.