

*Kommission für Rechtsfragen des
Ständerats,*

*Präsidentin
Kommissionsmitglieder*

Bern, 26. April 2013

13.025: Botschaft Totalrevision BÜPF – differenzierte Anforderungen

Sehr geehrte Frau Präsidentin
Sehr geehrte Kommissionsmitglieder

Die asut, der Schweizerische Verband der Telekommunikation, hat von der am 27. Februar 2013 verabschiedeten Botschaft zur Totalrevision des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs sowie dem entsprechenden Gesetzesentwurf (EBÜPF) mit Besorgnis Kenntnis genommen.

So enthält der Entwurf hinsichtlich der Überwachungspflichten zahlreiche Delegationsnormen (s. insbesondere Art. 21 Abs. 1 lit. d, 22 Abs. 2, Art. 23 und Art. 31), welche im Ergebnis alle erdenklichen zukünftigen Überwachungsmassnahmen respektive Überwachungsarten ermöglichen würden. Da der Ausbau von Überwachungsmassnahmen automatisch auch mit neuen Pflichten für die Fernmeldedienstanbieterinnen verbunden ist, fehlt es somit auch an einer Begrenzung von deren Pflichten. Dies wiegt umso schwerer, als dass noch verfahrensrechtliche Mängel hinzukommen, sodass den Fernmeldedienstanbieterinnen mit diesem Gesetz die Rechtssicherheit verweigert würde.

Die Fernmeldebranche fordert daher die Einhaltung der folgenden 3 Grundsätze: Die Pflichten der Anbieterinnen müssen im Gesetz im formellen Sinn zumindest dem Grundsatz nach abschliessend geregelt sein, die Anbieterinnen sind für alle ihre im Zusammenhang mit der Überwachung stehenden Aufwendungen zu entschädigen und die Verfahrensfragen sollen sich nach den allgemeinen und bewährten Regeln der Bundesverwaltungsrechtspflege richten.

Die asut unterstützt im Übrigen grundsätzlich die separaten Stellungnahmen der Swisscom sowie diejenige der grossen 4 Fernmeldedienstanbieterinnen (Orange, Sunrise, Swisscom und upc cablecom). Da durch die asut nebst der Swisscom auch zahlreiche weitere Fernmeldedienstanbieterinnen vertreten werden, möchten wir an dieser Stelle explizit zusätzlich noch auf einige Punkte hinweisen, welche insbesondere Anbieterinnen mit spezifischen Kundenportfolios oder dedizierten Dienstleistungen betreffen.

Solche Anbieterinnen von Fernmeldedienstleistungen sollen wohl von der in Art. 26 Abs. 6 EBÜPF aufgenommenen Möglichkeit einer differenzierten Behandlung von Anbieterinnen profitieren können. Diese Möglichkeit stützt sich auf das Kriterium der **wirtschaftlichen** Bedeutung, ein unspezifischer und nicht auf die Strafuntersuchung fokussierender Ansatz. Ein der Situation besser gerecht werdender Massstab wäre aus Sicht der asut die **Bedeutung** einer Dienstleistung **für die Strafverfolgung** und damit das bekannte oder zu erwartende Überwachungsvolumen der entsprechenden Dienstleistung.

Wir gehen nachfolgend auf die Hintergründe dieses Ansatzes ein:

Die aktuell geltenden Umsetzungsbestimmungen der Fernmeldeüberwachung verlangen von allen Anbieterinnen die Vorabbereitstellung der Überwachungsfunktionen mittels automatisierter Schnittstellen. Solche automatisierte Lösungen können für grosse Überwachungsvolumen pro Dienst sinnvoll sein, sie sind jedoch mit grossen Investitionen verbunden und müssen regelmässig auf Funktionstüchtigkeit überprüft werden.

Gemäss der öffentlichen Statistik konzentrieren sich die beauftragten Überwachungsfälle auf wenige Dienste, heute hauptsächlich erbracht über Mobilfunknetze¹. Die aktuelle gesetzliche Grundlage erlaubt aber keine differenzierte Ausgestaltung der technischen Anforderungen bzw. die Befreiung eines Teils der Anbieterinnen oder einzelner ihrer Dienste von bestimmten Verpflichtungen.

So müssten heute alle der über 500 beim BAKOM registrierten Anbieterinnen, unabhängig davon, ob gewisse oder alle ihrer Dienste tatsächlich von Bedeutung für die Aufklärung strafbarer Handlungen sind, Investitionen im 6 bis 7-stelligen Frankenbereich tätigen (Infrastruktur sowie wiederkehrende Wartungskosten), auch wenn sie mit grosser Wahrscheinlichkeit über längere Zeit gesehen keine oder allenfalls wenige Überwachungsaufträge durchführen müssen und somit diese Investitionen ohne Nutzen für die Strafverfolgung sind. Diesen Anbieterinnen, hauptsächlich KMUs, liegt viel daran, im künftigen Gesetz eine differenziertere, jedoch im Nutzen für die Strafverfolgung gleichwertige Lösung zu verankern.

Deshalb wird die mit Art. 26 Abs. 6 im EBÜPF aufgenommene flexiblere Handhabung der Überwachungsverpflichtung für Anbieterinnen von Fernmeldediensten von der asut begrüsst. Die in Art. 26. Abs. 6 EBÜPF gewählte wirtschaftliche Bedeutung einer Dienstleistung als Massstab würde aus Sicht der asut die gewünschte Wirkung jedoch nicht erzielen können, da kein direkter Zusammenhang zwischen der wirtschaftlichen Bedeutung einer Dienstleistung und dem Nutzen für die Strafverfolgung aus der Überwachung dieser Dienstleistung besteht. Die konkrete Ausgestaltung sollte sich aus Sicht der asut deshalb an der Bedeutung einer Dienstleistung für die Strafverfolgung und damit am bekannten oder zu erwartenden Überwachungsvolumen der entsprechenden Dienstleistung orientieren.

In den von uns im Anhang unterbreiteten Änderungsvorschlägen haben wir auch einen konkreten Formulierungsvorschlag zu dieser Thematik vorgesehen. Dieser Änderungsvorschlag betrifft hauptsächlich EBÜPF Art. 26 Abs. 6. Aus Konsistenzgründen wären entsprechende Anpassungen aber auch in Art. 22 Abs. 4 (soweit dem Hauptvorschlag auf Streichung von Art. 22 nicht gefolgt würde) sowie in Art. 27 Abs. 3 vorzunehmen. Unser Änderungsvorschlag beabsichtigt, die Kriterien der grossen

¹ https://www.li.admin.ch/download/stats_2010.xls; 2012 betrafen mehr als 95% der Überwachungsfälle Mobilfunkdienste

wirtschaftlichen Bedeutung durch die Bedeutung der Dienstleistung für die Aufklärung strafbarer Handlungen zu ersetzen.

Die vorgeschlagene Änderung orientiert sich an der praktischen Machbarkeit der Sicherstellung der Überwachungsbereitschaft. Trotzdem erlaubt sie aus unserer Sicht eine Anpassung an veränderte Bedürfnisse, sollte sich die Dienstleistung im Laufe der Zeit als für die Strafverfolgung bedeutend herausstellen. Die weitere Ausgestaltung der Differenzierung könnte in der betreffenden Verordnung (VüPF) vorgenommen werden.

In genereller Hinsicht muss festgehalten werden, dass die schon bisher eher unklare Gesetzeslage dazu geführt hat, dass die möglichen Überwachungsformen in den vergangenen Jahren laufend ausgebaut wurden. Die Entwicklung geht weg von der Überwachung einzelner Anschlüsse/Kunden hin zur Überwachung ganzer Verkehrsströme, ohne dass sich der Gesetzgeber zu dieser Frage jemals geäußert hätte. Die eingetretene Entwicklung ist sowohl aus der grundrechtlichen Sicht der Bürger wie auch aus der wirtschaftlichen Sicht der Fernmeldedienstleisterinnen problematisch. Es wäre somit angezeigt, dass der Gesetzgeber grundsätzlich festlegt, welche Überwachungsformen er überhaupt zulassen will und inwieweit die Fernmeldedienstleisterinnen zur Umsetzung von grundsätzlich zulässigen Überwachungsformen herangezogen werden können, wobei in Bezug auf letztere Frage stets der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt werden muss.

Da zudem das EBÜPF aus Sicht der Fernmeldebranche einige schwerwiegende Mängel aufweist, wäre an sich eine Rückweisung der Vorlage zur fundierten Überarbeitung angezeigt. Im Sinne einer konstruktiven Stellungnahme haben wir Ihnen jedoch im Anhang die aus Sicht der Branche nötigen Änderungen der Gesetzesvorlage dennoch zusammengestellt.

Da die Strafverfolgung eine staatliche Aufgabe ist, fordern die Fernmeldedienstleisterinnen eine volle Entschädigung für ihre im Interesse der Strafverfolgung erbrachten Leistungen. Die Erfüllung von Überwachungspflichten erfordert immer mehr Beschaffungen von Infrastruktur, die vorgesehene Entschädigungsregelung, welche Beschaffungskosten zum vornherein von der Bemessung der Entschädigung ausschliesst, genügt daher nicht. Auch erscheint vor dem Hintergrund der Tatsache, dass gemäss StPO die Überwachungskosten auf die Straftäter überwält werden können, alles andere als eine volle Entschädigung der Anbieterinnen als sachwidrig, wenn nicht gar als Subventionierung der Straftäter durch die Anbieterinnen.

Wir stehen für allfällige Rückfragen bzw. eine Anhörung gerne zur Verfügung. Wir hoffen, dass unsere Anmerkungen und Vorschläge in unserem Sinne berücksichtigt werden können.

Mit freundlichen Grüßen
asut – Schweizerischer Verband
der Telekommunikation



Peter Grütter
Präsident

| Artikel EBÜPF | Vorschlag asut |
|-----------------------|---|
| Art. 5 | Beratendes Organ ¹ Das EJPD kann ein beratendes Organ einsetzen, dem Vertreterinnen und Vertreter des EJPD, des Dienstes, der Kantone, der Strafverfolgungsbehörden und der Anbieterinnen von Post- und Fernmeldediensten angehören. <u>Die Vertreterinnen und Vertreter legen selber fest, wen sie in das beratende Organ entsenden.</u> |
| Art. 8 | Inhalt des Verarbeitungssystems Das Verarbeitungssystem enthält: a. den Inhalt des Fernmeldeverkehrs der überwachten Person; b. die 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 <u>stattgefundenen</u> Verbindung (Randdaten des Fernmeldeverkehrs); <u>Verbindungsversuche gehören nicht zu den Randdaten.</u> |
| Art. 16 | Allgemeine Aufgaben bei der Überwachung Art. 16 lit. b (zusätzlicher Satz): (...) <u>Gehört die angeordnete Überwachungs-massnahme nicht zu den gemäss diesem Gesetz und den zu-gehörigen Ausführungsverordnungen vorgesehenen Überwachungstypen oder ist sie mit verhältnismäss-igem Aufwand technisch nicht durchführbar, so weist der Dienst die Überwachungs-anordnung zurück.</u> |
| Art. 21 Abs. 1 | Auskünfte über Fernmeldedienste ¹ Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten liefern dem Dienst folgende Angaben über bestimmte Fernmeldedienste <u>von bestimmten Teilnehmern</u> : a. Name, Vorname, Adresse, Geburtsdatum und, falls bekannt, <u>Geburtsdatum</u> und Beruf der Teilnehmerin oder des Teilnehmers. (...) d. Streichen. Oder allenfalls: weitere vom Bundesrat, <u>unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit</u> bezeichnete administrative, technische und die Identifikation von Personen erlaubende Daten über Fernmeldedienste; |
| Art. 22 | Auskünfte zur Identifikation der Täterschaft bei Straftaten über das Internet Streichen. Ev: ⁴ Der Bundesrat kann Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste, die Dienstleistungen von grosser wirtschaftlicher Bedeutung oder für eine grosse Benutzerschaft anbieten, verpflichten <u>bezüglich Diensten von grosser Bedeutung für die Aufklärung strafbarer Handlungen verpflichten</u> , alle oder einen Teil der Angaben bereit zu halten und zu liefern, welche die Anbieterinnen von Fernmeldediensten gestützt auf Absatz 2 liefern müssen. |
| Art. 23 | Modalitäten der Datenerfassung und der Auskunftserteilung ¹ Streichen. ³ Streichen oder aber mindestens die Kostenlosigkeit streichen. |
| Art. 24 | Informationen vor Anordnung einer Überwachung Streichen. |
| Art. 26 | Pflichten der Anbieterinnen von Fernmeldediensten ¹ <u>Bezieht die überwachte Person bei der Anbieterin einen überwachten Fernmeldedienst, liefert die Anbieterin des Fernmeldedienstes</u> Anbieterinnen von Fernmeldediensten liefern dem Dienst oder nach Artikel 17 Buchstabe c der anordnenden Behörde oder der von dieser bezeichneten Behörde <u>- soweit vorhanden oder mit verhältnismässigem Aufwand möglich -</u> auf Verlangen: a. den Inhalt des Fernmeldeverkehrs der überwachten Person; b. die Randdaten des Fernmeldeverkehrs der überwachten Person. |

| | |
|----------------|---|
| | <p>² Sie müssen zudem:</p> <p>a. die für die Durchführung der Überwachung notwendigen Informationen liefern;</p> <p>b. Überwachungen <u>- soweit sie nicht selber in der Lage sind, sie auszuführen und die notwendigen Informationen zu liefern -</u> dulden, die durch den Dienst oder durch von diesem beauftragte Personen durchgeführt werden; zu diesem Zweck müssen sie unverzüglich Zugang zu ihren Anlagen gewähren; (...)</p> <p>⁵ Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssen die Randdaten des Fernmeldeverkehrs während <u>6</u> 12 Monaten aufbewahren.</p> <p>⁶ Der Bundesrat kann Anbieterinnen von Fernmeldediensten von bestimmten gesetzlichen Pflichten befreien, insbesondere wenn sie Dienstleistungen von geringer wirtschaftlicher Bedeutung oder im Bildungsbereich anbieten <u>bezüglich Diensten von geringer Bedeutung für die Aufklärung strafbarer Handlungen sowie Anbieterinnen von Fernmeldediensten im Bildungsbereich von bestimmten gesetzlichen Pflichten befreien.</u> Er befreit sie nicht von der Pflicht, die ihnen zur Verfügung stehenden Randdaten des Fernmeldeverkehrs der überwachten Person auf Verlangen zu liefern sowie von den Pflichten nach Absatz 2.</p> |
| Art. 27 | <p>Pflichten der Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste</p> <p>¹ Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste müssen <u>- soweit sie nicht selber in der Lage sind, sie auszuführen und die notwendigen Informationen zu liefern -</u> eine 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 dulden. Zu diesem... etc.</p> <p>³ Soweit für die Überwachung des Fernmeldeverkehrs notwendig, unterstellt Der Bundesrat <u>kann</u> alle oder einen Teile der Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste, die Dienstleistungen von grosser wirtschaftlicher Bedeutung oder für eine grosse Benutzerschaft anbieten, <u>bezüglich Diensten von grosser Bedeutung für die Aufklärung strafbarer Handlungen</u> allen oder einem Teil der in Artikel 26 genannten Pflichten unterstellen. Für die Anbieterinnen von Fernmeldediensten geltende Bestimmungen dieses Gesetzes sind diesfalls sinngemäss anwendbar.</p> |
| Art. 28 | <p>Pflichten der Betreiberinnen von internen Fernmeldenetzen</p> <p>¹ Betreiberinnen von internen Fernmeldenetzen müssen <u>- soweit sie nicht selber in der Lage sind, sie auszuführen und die notwendigen Informationen zu liefern -</u> eine Überwachung durch den Dienst oder durch die von diesem beauftragten Personen dulden. Zu diesem Zweck... etc.</p> |
| Art. 31 | <p>Art. 31 Ausführungsbestimmungen über Auskunftstypen und Überwachungstypen</p> <p>¹ Der Bundesrat bestimmt näher, welche Auskünfte die Anbieterinnen von Fernmeldediensten erteilen müssen und welche Überwachungstypen sie durchführen müssen. Er legt <u>unter Wahrung der Vorgaben dieses Gesetzes und des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit</u> für jeden Auskunftstypen und Überwachungstyp fest, welche Daten geliefert werden müssen.</p> |
| Art. 32 | <p>Auskunftstypen und Überwachungsbereitschaft</p> <p>¹ Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten müssen jederzeit in der Lage sein, gemäss dem anwendbaren Recht die Auskünfte nach den Artikeln 21 und 22 und die Informationen nach den Artikeln 24 und 26 Absatz 2 Buchstabe a zu erteilen und die von ihnen angebotenen Fernmeldedienste zu überwachen, wenn die Auskunftserteilung beziehungsweise Überwachung standardisiert ist.</p> <p>² Streichen. Allenfalls: Werden Auskünfte verlangt oder Überwachungstypen angeordnet, die nicht standardisiert sind, so müssen die Anbieterinnen von Fernmeldediensten entsprechend den Anweisungen des Dienste mit diesem zusammenarbeiten und alle geeigneten <u>und in technischer und finanzieller Hinsicht verhältnismässigen Massnahmen</u> treffen, um die reibungslose Umsetzung sicherzustellen.</p> |
| Art. 33 | <p>Nachweis der Auskunftstypen und Überwachungsbereitschaft</p> <p>Streichen. Oder allenfalls wie folgt umformulieren:</p> <p>¹ <u>Die Anbieterinnen von Fernmeldediensten können auf eigene Kosten die Durchführung einer Überprüfung verlangen, um nachzuweisen, dass sie in der Lage sind, gemäss dem anwendbaren Recht die standardisierten Auskünfte zu erteilen und die standardisierten Überwachungen durchzuführen.</u></p> |

| | |
|-------------------------|---|
| Art. 35 | Notsuche ¹ <u>Ausserhalb von Strafverfahren kann die zuständige Behörde eine auf die Erhebung der Randdaten gemäss Art 273 StPO beschränkte Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs anordnen, um eine vermisste Person zu finden. Die zuständige Behörde kann, falls erforderlich, auch die Daten unbeteiligter Dritter einsehen.</u> |
| Art. 38 | Kosten und Gebühren ¹ <u>Für die Kosten der Einrichtungen, die für die Erfüllung der Pflichten nach diesem Gesetz benötigt werden, werden die gehen zu Lasten der Mitwirkungspflichtigen entschädigt.</u> ² <u>Die Mitwirkungspflichtigen erhalten vom Dienst eine angemessene Entschädigung, welche die Kosten nach Absatz 1 und für die Kosten der einzelnen Überwachung oder Auskunft deckt.</u> |
| Art. 39 | Übertretungen ¹ Sofern keine schwerere strafbare Handlung nach einem anderen Gesetz vorliegt, kann mit Busse bis zu 100 000 Franken wird bestraft, wer vorsätzlich: a. einer vom Dienst unter Hinweis auf die Strafdrohung dieses Artikel an ihn gerichteten <u>rechtskräftigen</u> Verfügung nicht fristgemäss nachkommt; |
| Art. 42 | Rechtsschutz ² Streichen. Oder allenfalls: Mit Beschwerde gegen die Verfügung des Dienstes kann nicht geltend gemacht werden, die Voraussetzungen <u>nach Art. 269 StPO</u> für die Anordnung <u>einer der</u> Überwachung seien nicht erfüllt. ³ Streichen. |
| Art. 45 | Übergangsbestimmungen ⁴ <u>Angaben in Art. 21 zu deren Erhebung und Auskunftgabe nach bisherigem Recht keine Pflicht bestand, müssen nur ab Inkrafttreten dieses Gesetzes und nur bei neuen Kundenbeziehungen erfasst werden.</u> Die Pflicht nach Artikel 21 Absatz 2 gilt für Auskünfte über Prepaid-SIM-Karten und ähnliche Mittel, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes nach dem bisherigen Recht noch verfügbar sein müssen. ⁶ (neu) <u>Die Pflicht zur Sperrung des Zugangs zu Fernmeldediensten (Art. 6a FMG) besteht nur bei Kundenbeziehungen, welche ab Inkrafttretens dieses Gesetzes aufgenommen werden.</u> |
| Art. 269bis StPO | „IMSI-Catcher“ Streichen. |
| Art. 272 StPO | ² <u>Ergeben die Ermittlungen, dass die zu überwachende Person in rascher Folge innerhalb derselben Kategorie des Fernmeldedienstes die Adressierungselemente den Fernmeldedienst wechselt, so kann das Zwangsmassnahmengericht ausnahmsweise die Überwachung aller identifizierten Adressierungselemente dieser Kategorie Dienste bewilligen, über welche die zu überwachende Person ihren Fernmeldeverkehr abwickelt, ohne dass jedes Mal eine Genehmigung im Einzelfall nötig ist (Rahmenbewilligung).</u> |