

Memorandum

An: Parlamentarische Gruppe digitale Nachhaltigkeit
Von: Dr. Rolf Auf der Maur, Rechtsanwalt, Vizepräsident simsa
Datum: 20. Juni 2013
k:\vorlagen2010\memo\memo intern de.dotx
Betrifft: Revison BÜPF – Anliegen Internet Dienstleister (ISP, Verband simsa)

Anspruch der FDA und ISP auf genaue Regelung ihrer Pflichten

Ohne Internet sind viele Bereiche unseres geschäftlichen, gesellschaftlichen und auch politischen Alltags kaum mehr denkbar. Es ist unvermeidbar, dass die Möglichkeiten des Internet auch für kriminelle Zwecke missbraucht werden. ISP und FDA verfügen über Daten, an welchen die Strafverfolgungsbehörden ein legitimes Interesse haben.

FDA (im Wesentlichen die vier grossen Swisscom, Cablecom, Sunrise und Orange, siehe deren separate detaillierte Stellungnahme und Vorschläge) und ISP (zahlreiche KMU, die sich in der Regel nicht direkt in den politischen Prozess einbringen können) haben einen Anspruch darauf genau zu wissen, welche Pflichten sie in Bezug auf die Strafverfolgung zu erfüllen haben. Durch die Wahrnehmung dieser Pflichten dürfen sie nicht übermässig belastet werden. Verhältnismässigkeit und Rechtssicherheit sind zu wahren.

Das BÜPF ist über 10 Jahre alt und revisionsbedürftig. Die Gesetzesvorlage verpasst es aber, berechtigte Anliegen der FDA und ISP aufzunehmen.

Ich beschränke mich hier auf drei grundsätzliche Anliegen:

- Möglichkeit zur Ablehnung neuer Überwachungsformen durch ÜPF
- Einschränkung der extensiven Delegationsnormen
- Kostentragung für Investitionen und Überwachungen durch den Bund.

Mögliche staatsbürgerliche Bedenken gegen die heutigen und die denkbaren geplanten Überwachungsmassnahmen (vor allem Staats Trojaner) bleiben hier ausgeklammert. Ich vertraue darauf, dass diesbezüglich jeder Parlamentarier seine eigenen persönlichen oder parteipolitischen Präferenzen hat.

Möglichkeit zur Ablehnung angeordneter Massnahmen durch ÜPF

Die anordnende Fachbehörde ÜPF kann Überwachungsanordnungen eines kantonalen Zwangsmassnahmegerichts nicht auf Vereinbarkeit mit dem BÜPF überprüfen und gegebenenfalls ablehnen. Vorgesehen ist lediglich die Aufnahme eines nicht bindenden Dialogs mit der anordnenden Behörde (Art. 16 lit. b E-BÜPF).

Damit besteht das Risiko, dass neue Überwachungsmassnahmen angeordnet werden, die von den verpflichteten FDA und ISP unmöglich oder nur mit unverhältnismässigem Aufwand umzusetzen sind.

Dieser Mangel besteht schon im heutigen Gesetz und wird von der Lehre z.T. als "konzeptioneller Fehler" des BÜPF bezeichnet¹. Der Bundesrat spricht sich in der Botschaft dezidiert gegen ein entsprechendes Rechtsmittel aus².

Den Verpflichteten und dem ÜPF ist die Möglichkeit zu geben, unmögliche oder unverhältnismässige Massnahmen zurückzuweisen oder gerichtlich überprüfen zu lassen.

Zu weit gehende Delegationsnormen

Der Bundesrat erhält durch weit gehende Delegationsnormen im Gesetzesentwurf eigentliche Gesetzgebungskompetenzen:

Art. 26 Abs. 6

Der Bundesrat bestimmt, wer von gewissen Pflichten befreit ist. Grundsätzlich treffen die sehr weit gehenden Pflichten somit alle FDA und ISP.

Art. 21 Abs. 1 lit d

Der Bundesrat kann neben den im Gesetz erwähnten Daten weitere „*administrative, technische und die Identifikation von Personen erlaubende Daten*“ bezeichnen, welche zu liefern sind.

Art 22

Bei Strafdaten über das Internet sind „*alle Angaben zu liefern, welche die Identifikation der Täterschaft ermöglichen*“. Es fragt sich, ob die FDA und ISP hier eine eigentliche Erfolgsgarantie für die Identifikation von Tätern trifft.

Der Bundesrat bestimmt, welche Angaben die FDA jederzeit „*bereithalten und liefern*“ müssen.

Art 23

Der Bundesrat regelt, wie die Daten zu erfassen und aufzubewahren sind. Er kann vorsehen, dass die Daten „*kostenlos und rund um die Uhr abrufbar*“ sind.

Art. 27 Abs. 3

Der Bundesrat kann „Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste“ den gleichen Pflichten wie FDA unterstellen, wenn sie „*von grosser wirtschaftlicher Bedeutung sind oder einen grossen Kreis von Nutzern haben*“.

Art 31

Der Bundesrat bestimmt, welche Auskünfte FDA zu liefern haben und welche „*Überwachungstypen*“ sie durchführen müssen.

Die wesentlichen Pflichten der FDA und ISP sind auf Gesetzesstufe zu regeln und damit demokratisch zu legitimieren. Neue Pflichten lösen stets neue Investitionen aus und benachteiligen damit Schweizer FDA und ISP.

¹ Vgl. ANDREAS HEINIGER: Schrankenlose Fernmeldeüberwachung aufgrund eines konzeptionellen Fehlers im BÜPF?, in: Jusletter 17. September 2012

² Botschaft zum Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, BBl 2013 2723 ff.

Volle Entschädigung für Investitionen und Überwachungskosten

Gemäss Art. 38 haben die Anbieter die Kosten selber zu tragen, die ihnen aus der Umsetzung der Pflichten unter dem Gesetz entstehen. Vorgesehen ist lediglich eine „*angemessene Entschädigung*“ für die Kosten der einzelnen Überwachung.

Diese Regelung überwälzt Kosten der FDA und ISP vom Staat auf die privatrechtlichen Anbieter. Das ist inakzeptabel.

Die Anbieter sind für die Kosten der Umsetzung ihrer Verpflichtungen und der einzelnen Überwachungsmassnahmen voll zu entschädigen.

Bleibt der im Gesetzesentwurf angelegte Mechanismus bestehen (jederzeitige Möglichkeit der Einführung neuer Massnahmen ohne zwingende Prüfung auf deren Verhältnismässigkeit sowie vollständig auf Kosten der Anbieter), fehlt jeglicher Anreiz für die Behörden, die Kostenfolgen ihrer Überwachungswünsche zu bedenken.