



Regierungsrat, Postfach, 6301 Zug

A-Post

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Strafrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Zug, 10. August 2010 hs

**Totalrevision des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs
Stellungnahme des Kantons Zug**

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 19. Mai 2010 haben Sie die Kantonsregierungen eingeladen, bis 18. August 2010 zum Entwurf des totalrevidierten Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) Stellung zu nehmen. Wir nehmen diese Gelegenheit gerne wahr. Unsere Stellungnahme stützt sich auf ein internes Mitberichtsverfahren.

I. Anträge

1. Art. 1 Sachlicher Geltungsbereich
Es sei zu prüfen, ob hier nicht auch die fürsorgerische Freiheitsentziehung (Art. 397a ff. ZGB) bzw. die fürsorgerische Unterbringung (Art. 426 nZGB¹) aufzuführen sei.
2. Art. 2 Persönlicher Geltungsbereich
Absatz 2: Es sei präziser zu umschreiben, wer die nicht-berufsmässigen Anbietenden von Post- und Fernmeldediensten (nachfolgend als "Anbietende" bezeichnet) sind und welche Pflichten sie im Einzelnen haben.
3. Art. 7 Zweck des Verarbeitungssystems
Art. 7 Bst. a VE-BÜPF sei insofern zu korrigieren, als die Datenaufbewahrung ein *Mittel* und kein *Zweck* ist.
4. Art. 9 Zugriff auf das Verarbeitungssystem
Es sei zu prüfen, ob hier eine einfachere Regelung möglich sei.

¹ Änderung vom 19. Dezember 2008, in Kraft voraussichtlich per 1. Januar 2013

5. Art. 11 Aufbewahrungsfrist von Daten
Absatz 1 sei insofern zu präzisieren, als gesagt wird, welche Behörde es ist, die dem Dienst die Frist der Strafverfolgungsverjährung mitteilt.
6. Art. 34 Rechtsschutz
Absatz 2 sei ersatzlos zu streichen.
7. Art. 274 Abs. 4 Bst. c StPO
Die Anforderungen an die eingesetzten Programme seien zu umschreiben, ebenso, wann und wie die eingesetzten Programme auf den Zielsystemen wieder entfernt werden.
8. Im Übrigen seien dem datenschutzrechtlichen Anliegen, wie es nachfolgend unter Ziff. IV. aufgelistet wird, bei der Weiterbearbeitung der Vorlage Rechnung zu tragen.
9. Gebührenverordnung des Bundesrats
Es sei den Kantonen die Möglichkeit einzuräumen, zur Gebührenverordnung des Bundesrats zum BÜPF Stellung nehmen zu können.

II. Vorbemerkungen

Wir begrüßen die Totalrevision des BÜPF. Mit den vorgeschlagenen Neuerungen (Einbezug der Service-/Hosting-Provider als zur Überwachung verpflichtete Personen, Überwachung von rechtskräftig zu einer vollstreckbaren Freiheitsstrafe bzw. freiheitsentziehenden Massnahme verurteilten Person, Überwachung der Internet-Telefonie) und den Änderungen (Verlängerung des Aufbewahrungszeitraums von Randdaten auf 12 Monate, Abschaffung der Entschädigung für die Anbietenden) werden die seit geraumer Zeit bestehenden Anliegen der Strafverfolgungsbehörden (und somit auch der Polizei) umgesetzt. Zusammen mit den vorgeschlagenen Anpassungen in der Schweizerischen Strafprozessordnung lässt sich der Post- und Fernmeldeverkehr zur Verfolgung schwerer Straftaten resp. zur Suche vermisster oder flüchtiger rechtskräftig verurteilter Personen gezielter und besser überwachen.

In datenschutzrechtlicher Hinsicht vermag die Vorlage insofern nicht ganz zu überzeugen, als dem Erfordernis der Bestimmtheit der Normen nicht durchwegs Rechnung getragen wurde. Zudem fragen wir uns, ob die StPO nicht genügend präzise Bestimmungen über den Schutz personenbezogener Daten enthält, die im Rahmen eines Strafverfahrens erhoben werden.

III. Begründung unserer Anträge

Zum Antrag 1

Art. 1 Sachlicher Geltungsbereich

Es sei zu prüfen, ob hier nicht auch die fürsorgerische Freiheitsentziehung (Art. 397a ff. ZGB) bzw. die fürsorgerische Unterbringung (Art. 426 nZGB) aufzuführen sei.

Artikel 1 Abs. 1 Bst. d VE-BÜPF ist vor dem Hintergrund der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit zu verstehen. Vor diesem Hintergrund müssten doch auch Personen dem BÜPF unterstellt werden, welche zivilrechtlich mit einer fürsorgerischen Freiheitsentziehung (FFE) im Sinne von Art. 397a ff. ZGB (bzw. ab 2013 gemäss Art. 426 nZGB) belegt sind. Müssen diese Personen in Gewahrsam genommen werden, ist in diesen Fällen doch immer auch von einer nicht zu unterschätzenden Selbst- und/oder Fremdgefährdung auszugehen. Widersetzt sich eine solche Person der FFE, kann mit den Mitteln des BÜPF eine Lokalisierung, Kontaktaufnahme oder Zuführung ermöglicht werden. Dies zur Verhinderung und zum Schutz von möglichen Opfern, aber auch zum Selbstschutz der mit der FFE belegten Person.

Zum Antrag 2:

Art. 2 Persönlicher Geltungsbereich

Absatz 2: Es sei präziser zu umschreiben, wer die nicht-berufsmässigen Anbietenden von Post- und Fernmeldediensten sind und welche Pflichten sie im Einzelnen haben.

Mit der Revision des BÜPF soll der persönliche Geltungsbereich des Gesetzes präzisiert werden. Dies ist umso wichtiger, als das Gesetz bestimmten 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. VE-BÜPF unterstehen, deutlich abgrenzbar ist. Hingegen bleibt aus unserer Sicht 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 VE-BÜPF diesbezüglich vor, dass sie Überwachungen dulden müssen. Dies wird in Art. 26 VE-BÜPF 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. Das Gesetz sagt jedoch nicht, in welchem Masse diese Personen verpflichtet sind, entsprechende Informationen zu beschaffen, da sie ausdrücklich von den Pflichten in Art. 21 VE-BÜPF sowie von der Speicherungspflicht in Art. 23 VE-BÜPF 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 werden.

Zum Antrag 3:

Art. 7 Zweck des Verarbeitungssystems

Art. 7 Bst. a VE-BÜPF sei insofern zu korrigieren, als die Datenaufbewahrung ein *Mittel* und kein *Zweck* ist.

Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. a VE-BÜPF dient das Verarbeitungssystem des Dienstes dazu, die durch die Überwachung des Fernmeldeverkehrs gewonnen Daten zentral aufzubewahren. Aus Sicht des Datenschutzrechts ist jedoch die zentrale Aufbewahrung ein Mittel und kein Zweck. Es liegt diesbezüglich ein Zirkelschluss vor, der aus dem Entwurf gestrichen werden sollte, da sonst die Verarbeitung von Personendaten irrtümlicherweise schon als rechtmässig ausgelegt werden könnte, wenn sie lediglich der zentralen Aufbewahrung dieser Daten dient. Dabei muss aus verfassungsrechtlichen Überlegungen heraus gerade die zentrale Aufbewahrung selbst durch einen eigenständigen Zweck gerechtfertigt werden.

Zum Antrag 4:

Art. 9 Zugriff auf das Verarbeitungssystem

Es sei zu prüfen, ob hier eine einfachere Regelung möglich sei.

Die vorgesehene Zugriffsregelung erscheint – soweit nicht den Zugriff durch die anordnende Behörde betreffend – kompliziert. Insbesondere stellt sich die Frage, ob es sinnvoll ist, dass der Online-Zugriff von Behörde zu Behörde weiter verschoben wird und entsprechend bei jedem Handwechsel des Verfahrens eine neue Meldung nach Bern und gegebenenfalls entsprechende Zugriffersuchen notwendig sind. Aus den Unterlagen geht nicht hervor, ob die Daten ausgedruckt werden können - wäre dies der Fall, so bräuchte z.B. das Gericht ja keinen eigenständigen Online-Zugriff.

Zum Antrag 5:

Art. 11 Aufbewahrungsfrist von Daten

Absatz 1 sei insofern zu präzisieren, als gesagt wird, welche Behörde dem Dienst die Frist der Strafverfolgungsverjährung mitteilt.

Aus dem Vorentwurf ist nicht zu entnehmen, ob die Verjährungsfrist durch jede involvierte Behörde zu melden ist, oder ob die erste oder allenfalls die letzte mit dem Verfahren befasste Behörde (welch letztere die massgebenden Daten im Rahmen der Fallerledigung "definitiv" ermitteln kann) die Verjährungsfrist dem Dienst meldet.

Zum Antrag 6:

Art. 34 Rechtsschutz

Absatz 2 sei ersatzlos zu streichen

Mit Art. 34 soll neu eine Norm ins BÜPF Eingang finden, die 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 (Seiten 12 ff.) mit Verweisung auf BGE 130 II 249 damit begründet, dass einerseits keine direkte Verbindung zwischen der anordnenden Strafverfolgungsbehörde und der beschwerdeführenden Person bestehe und andererseits der Dienst keine Befugnis habe, eine solche Anordnung materiell in Frage zu stellen. Der erläuternde Bericht bezeichnet es als nicht "praktikabel", alle Personen über eine Überwachungsanordnung zu informieren, welche sich gegen Unbekannte oder gegen eine unbestimmte Anzahl von Personen richtet. Dies soll aber auch nicht dazu führen, den Durchführungsverpflichteten die Beschwerdemöglichkeit einzuräumen.

Diese Argumentation überzeugt nicht. Der Dienst besitzt sehr wohl eine, wenn auch eingeschränkte Kontrollkompetenz: Gemäss Art. 15 Bst. a VE-BÜPF prüft er beim Eingang eines Gesuchs um Überwachung, ob diese eine Straftat betrifft, die Gegenstand einer Überwachung gemäss BÜPF ist, und ob das Gesuch von einer zuständigen Behörde eingereicht wurde. Der zur Überwachung einer Person verpflichtete Anbietende muss doch die Möglichkeit haben, diese Verfügung anzufechten. Es könnte nämlich sein, dass die zu überwachende Person der Begehung einer Straftat verdächtigt wird, die gar nicht in den Katalog des BÜPF fällt. In einem solchen Fall erscheint die Anfechtungsmöglichkeit aus verfassungsrechtlichen Überlegungen heraus selbstverständlich. Eine unrechtmässig angeordnete Überwachung trifft nämlich nicht nur jene Personen in ihren Rechten, die Gegenstand dieser Überwachung sind. Vielmehr besteht auch ein öffentliches Interesse, dass die zur Durchführung der Überwachung Verpflichteten fehlerhafte Anordnungen wegen der Schwere dieser Grundrechtseingriffe rügen können. Dies schliesst nicht aus, dass in dringenden Fällen die Strafverfolgungsbehörden die Durchführung der Überwachung während des Beschwerdeverfahrens im Sinne einer vorsorglichen Massnahme beantragen können.

Zum Antrag 7:

Art. 274 Abs. 4 Bst. c StPO

Die Anforderungen an die eingesetzten Programme seien zu umschreiben, ebenso, wann und wie die eingesetzten Programme auf den Zielsystemen wieder entfernt werden

Der Einsatz heimlich eingeschleuster Programme zur Überwachung von Informatik- und Kommunikationssystemen stellt einen der schwersten denkbaren Eingriffe in die Privatsphäre der Betroffenen dar. Aus Sicht der Verfassung hat der Staat in den Informatiksystemen der Bevölkerung grundsätzlich nichts zu suchen. 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. 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 Bst. c VE-StPO ist erforderlich. Sodann ist nicht geregelt, welchen Anforderungen in Bezug auf Seriosität und Sicherheit sowohl die eingesetzten Programme als auch deren Anbietende erfüllen müssen, und wer für die Beschaffung solcher Programme zuständig ist. Schliesslich verpflichtet beispielsweise Art. 21 Abs. 4 VE-BÜPF die Durchführungsverpflichteten lediglich dazu, dem Dienst die notwendige Unterstützung zu gewähren. Daraus kann kaum die Pflicht herausgelesen werden, auch gleich die notwendige Software zur Verfügung stellen zu müssen.

Zum Antrag 8:

Im Übrigen seien dem datenschutzrechtlichen Anliegen, wie es nachfolgend unter Ziff. IV. aufgelistet wird, bei der Weiterbearbeitung der Vorlage Rechnung zu tragen.

Zum Antrag 9:

vgl. nachfolgend unter Ziff. V.

IV. Ergänzendes datenschutzrechtliches Anliegen

Zu Art. 4

Der Entwurf bestimmt in Art. 4, dass die Behörden, die Überwachungen anordnen oder genehmigen, sowie Personen, die Überwachungen nach dem BÜPF durchführen, diejenigen Personendaten bearbeiten dürfen, die sie benötigen, um die Ausführung der Überwachungsanordnungen zu gewährleisten. Diese Bestimmung stellt keine Generalklausel für sämtliche im Rahmen der Überwachung denkbaren Datenbearbeitungen dar. Dies insbesondere deshalb, weil Art. 17 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992 (SR 235.1) 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, die besonders schützenswerte 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, die 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 DSGVO gelten oder die zur Erstellung von Persönlichkeitsprofilen dienen können, auf eine separate, ausdrückliche Gesetzesgrundlage abzustützen, die dem Gebot der Bestimmtheit genügt.

V. Zum Antrag 9

Gebührenverordnung des Bundesrats

Es sei den Kantonen die Möglichkeit einzuräumen, zur Gebührenverordnung des Bundesrats zum BÜPF Stellung nehmen zu können.

Fällt die nach geltendem Recht vorgesehene Entschädigung für die Anbietenden weg, weil deren Dienstleistung im Bereich der Überwachung des Post- und Telefonverkehrs künftig entschädigungslos erbracht werden muss, wird der Bund irgendwie, allenfalls in der Konzession, sicherstellen müssen, dass die Anbietenden die Daten weiterhin rasch und zuverlässig zur Verfügung stellen.

Die Streichung der Entschädigung an die Anbietenden dürfte zu einer generellen Senkung des bisher hohen Kostenniveaus für Massnahmen im Bereich des BÜPF führen, vor allem dann, wenn der Dienst für besondere Aufgaben auf aufwändige Eigenentwicklungen verzichtet und entsprechend den Empfehlungen der Arbeitsgruppe Kommunikationsüberwachung jene Technologien einsetzt, welche sich auf dem Markt bewährt haben. Im Übrigen bleibt anzumerken, dass der Betrag, den die anordnende Behörde dem Dienst als Gebühr bezahlt, als Verfahrenskosten bzw. als Auslagen ganz oder teilweise Dritten, insbesondere der verurteilten oder beschuldigten Person gemäss Strafprozessordnung, auferlegt werden kann.

Diese Senkung der Gebühren ist für die kantonalen Strafverfolgungsbehörden bedeutend, weil in vielen Fällen die Kosten für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs den Verfahrensteilnehmenden nicht auferlegt werden können, insbesondere nicht bei der Notsuche und der Fahndung nach flüchtigen Personen, bei zahlungsunfähigen Beschuldigten, nach Freisprüchen oder in Rechtshilfesachen. Hier bleiben die verursachten Kosten häufig unbezahlt, was zulasten der anordnenden Behörde geht. Es entspricht somit dem Bedürfnis der Kantone, dass die Gebühren und Kosten für Überwachungen des Post- und Fernmeldeverkehrs adäquat angesetzt werden. Deshalb beantragen wir, dass die Grundlagen für die Kosten- und Gebührenansetzung durch den Bundesrat transparent dargestellt werden und den Kantonen die Möglichkeit eingeräumt wird, sich zur Gebührenverordnung des Bundesrats zum BÜPF zu äussern.

Abschliessend danken wir Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Seite 8/8

Zug, 10. August 2010

Freundliche Grüsse
Regierungsrat des Kantons Zug

Peter Hegglin
Landammann

Tino Jorio
Landschreiber

Kopie an:

- Obergericht
- Finanzdirektion
- Zuger Polizei
- Amt für Straf- und Massnahmenvollzug
- Datenschutzbeauftragter
- Sicherheitsdirektion (2)
- Eidg. Parlamentarier des Kantons Zug