



Schweizerischer Anwaltsverband
Fédération Suisse des Avocats
Federazione Svizzera degli Avvocati
Swiss Bar Association

Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
(EJPD)

Per Email versandt:

aemterkonsultationen-uepf@isc-ejpd.admin.ch

Bern, der 23. Mai 2022

Stellungnahme des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV) zu Teilrevisionen vier Ausführungserlasse des Bundesgesetzes über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF)

Sehr geehrter Frau Bundesrätin,
Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Anwaltsverband bedankt sich für die Einladung zur Vernehmlassung und nimmt dazu wie folgt Stellung:

I. Grundsätzliches

Der Bundesrat wurde durch die Änderung des FMG vom 22. März 2019 in Art. 2 Abs. 2 BÜPF ermächtigt, die Kategorien von Mitwirkungspflichtigen (MWP) gem. Art. 2 Abs. 1 lit. b, c und e BÜPF näher zu umschreiben - mithin also Anbieterinnen von Fernmeldediensten (lit. b), Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste (AAKD, lit. c) und Personen, die ihren Zugang zu einem öffentlichen Fernmeldenetz Dritten zur Verfügung stellen (lit. e).

In die Vernehmlassung geschickt wurde das VÜPF, sowie die auf diese Bezug nehmenden GebV-ÜPF, VD-ÜPF und VVS-ÜPF; betreffend der Änderungen letzterer drei bestehen keine Anmerkungen.

Unsere Analyse ergab, dass das federführende Departement seine gesetzlichen Kompetenzen wesentlich auszubauen sucht und es sich nicht wie vordergründig angegeben um notwendige Anpassungen des Wortlautes zur Spiegelung des technischen Fortschritts handelt; die Änderungen sind nicht durch die 5G-Technologie verursacht, sondern ermöglichen weitere Überwachungsmethoden, die der Dienst ÜPF verwenden können soll. Ein Reflex von allem technisch Möglichen hin zu notwendigen Kompetenzen zu den Rechtseingriffen besteht nicht und es verwundert, weshalb an keiner Stelle auch nur ein Versuch unternommen wird darzustellen, aus welchen Gründen die aktuellen Kompetenzen

nicht ausreichend sind und die Schaffung weiterer Kompetenzen zur Erfüllung des gesetzlichen Auftrags des BÜPF erforderlich sein sollen. Vor diesem Hintergrund erscheinen die neuen Kompetenzen als blosse Maximalforderungen.

Die Kompetenzerweiterungen bürden Unternehmen neue Belastungen auf und schränken die Privatsphäre und den Datenschutz der Nutzer ein. Insbesondere kritisch sehen wir die Aufhebung der Verschlüsselung sowie neue Auskunftspflicht und Mitwirkungspflichten, die zur Erfüllung des gesetzlichen Auftrages des Dienst ÜPF nicht notwendig sind.

I. Kommentar einzelner Bestimmungen

Einzelnen Artikeln des Vernehmlassungstextes wurden zur Unterscheidung zum geltenden Recht ein «v» voran gestellt (-> vVÜPF).

1. [Art. 42a Abs. 1 lit. c, Art. 43a Abs. 1 lit. c vVÜPF](#)

Art. 42a Abs. 1 lit. c, Art. 43a Abs. 1 lit. c vVÜPF sollten ersatzlos gestrichen werden, um dem Charakter des «Auskunftstyp[s] IR_51/52» als Auskunft sicherzustellen, bei der es sich nicht um eine Überwachungsmaßnahme handelt.

Die Grenzen zwischen Auskunft und Überwachung werden unzulässig verschoben. Bei «Datum und Uhrzeit, Art der Aktivität, verwendetes Protokoll sowie IP- Adresse und Portnummer des Clients» handelt es sich um sekundäre Kommunikationsdaten, Verkehrs- und Verbindungsdaten. A maiore ad minus betreffend dieser im strafrechtlichen Zusammenhang dem Richtervorbehalt zur Erhebung unterfallender Daten (vgl. u.a. BGE 141 IV 108 S. 119) wird man im Sinne der Einheit der Rechtsordnung annehmen müssen, dass es sich bei der Abfrage der genannten Daten bereits um eine Überwachungsmaßnahme - und nicht um eine blosse Auskunft handelt. Entsprechend können diese Daten iSd Art. 42a Abs. 1 lit. c, Art. 43a Abs. 1 lit. c vVÜPF nicht Teil einer Auskunft sein.

2. [Art. 50 Abs. 7 vVÜPF](#)

Art. 50 Abs. 7 vVÜPF sollte ersatzlos gestrichen werden, um den Wirtschaftsstandort Schweiz nicht zu gefährden und ein legitimes Bedürfnis aller Nutzer an einer sicheren Kommunikation zu wahren.

Dem Entwurf nach sollen FDAs und AAKDs mit weitergehenden Pflichten zur Entschlüsselung des Fernmeldeverkehrs verpflichtet werden. Dies ist aus einer Reihe von Gründen abzulehnen, die Neuerung ersatzlos zu streichen und den ausreichenden Regelungsrahmen unverändert beizubehalten.

Asymmetrisch verschlüsselte Kommunikation (Verschlüsselung mit öffentlichem Schlüssel und Entschlüsselung mit privatem Schlüssel) nachträglich zu entschlüsseln ist nach heutigem technischen Stand ohne Erlangung des privaten Schlüssels nicht möglich. Die vom federführenden Departement vorgeschlagene Lösung (vgl. Erläuternder Bericht, S. 39), die Diensteanbieter zur Vorhaltung einer vor der Verschlüsselung abgegriffenen Kopie jedweder vorzuhalten, ist abzulehnen. Anbieter zur Speicherung aller Daten aller Nutzer vor einer asymmetrischen Verschlüsselung zu verpflichten, ist ein Irrweg.

Die Sicherheit der Kommunikation aller Benutzer wäre gefährdet. Durch die Verpflichtung zur Vorhaltung einer (unverschlüsselten) Kopie aller Kommunikationsdaten würde das Erreichen des Ziels der Verschlüsselung, die sichere Kommunikation, nicht mehr erreichbar sein und

Diensteanbieter würden zum Ziel von Attacken werden. Folge wäre ein erheblicher Verlust von Datensicherheit und Privatsphäre für alle Nutzer.

Aufgrund der Unerreichbarkeit des Ziels der Verschlüsselung, die Sicherstellung einer die Privatsphäre schützenden, sicheren Kommunikation, stünden Unternehmen am Standort Schweiz vor dem wirtschaftlichen Aus. Die Wirtschaftsfreiheit der Unternehmen wäre ungerechtfertigt so weit eingeschränkt, dass sich ein Dienst zur sicheren Kommunikation nicht mehr betreiben liesse. Den Kunden müsste aus Gründen der Transparenz diese wesentliche Änderung (Diensteanbieter erstellen und unterhalten unverschlüsselte Kopie aller Kommunikation) angezeigt werden. Dies würde absehbar zu einem Wechsel zu anderen (ausländischen) Anbietern und einem Ende des Geschäftsbetriebes von Diensteanbietern mit Standort Schweiz führen. Dem Wirtschaftsstandort Schweiz wäre hierdurch geschadet, Privatpersonen würden auf ausländische Anbieter ausweichen, das Ziel der Steuerung der öffentlichen Sicherheit klar verfehlt - und es dürften wesentliche Haftungsrisiken für den Bund, und damit für die Allgemeinheit entstehen.

3. [Fehlende Rechtsmittel der MWP / Meldepflicht nach missbräuchlichen Anfragen/Massnahmen](#)

Wir empfehlen den Rechtsstaat gegenüber Missbrauch zu stärken und Rechtsmittel der MWP einzuführen. Die Vorlage scheint davon auszugehen, dass jede Anordnung rechtmässig erfolgen wird und missbräuchliche Anfragen, insbesondere auch bei Beteiligung ausländischer Stellen, nicht abgewehrt werden können müssen.

An dieser Sichtweise bestehen Zweifel. Es sollten jedenfalls Rechtsmittel der MWP ohne aufschiebende Wirkung bei Gefahr im Verzug, in übrigen Fällen mit aufschiebender Wirkung bestehen, um etwaige missbräuchliche Anfragen abwehren und die Grundrechte der betroffenen zu wahren, die über die Massnahmen ohnehin nicht informiert werden.

Zudem sollte den BÜPF eine aktive Meldepflicht gegenüber den Betroffenen im Fall von missbräuchlichen Anfragen/Massnahmen treffen, damit diese in die Lage versetzt werden, Ihre Rechte ausüben zu können.

4. [Zusätzlicher Änderungsbedarf](#)

4.1 [Art. 3 lit. b VÜPF](#)

Wir empfehlen die Streichung der Option «Telefax» in Art. 3 lit. b VÜPF. Die Übermittlung per Telefax ist kein sicheres Übertragungsmittel und sollte ein solches nicht ersetzen.

4.2 [Art. 21 \(v\)VÜPF](#)

Wir empfehlen die Abschaffung der Vorratsdatenspeicherung iSd Art. 21 (v)VÜPF. Die aus ihr resultierende anlasslose Massenüberwachung verletzt die Grundrechte aller betroffenen Nutzer.

Bereits die gültige Fassung des Art. 21 VÜPF erscheint rechtswidrig, da diese die Grundrechte der Betroffenen unverhältnismässig beeinträchtigt. Eine Ausweitung der im Rahmen der Massenüberwachung vorzuhaltenden Daten (vgl. insbesondere Art. 21 Abs. 6 vVÜPF) würde eine Vertiefung der Grundrechtsverletzungen darstellen und ist aus unserer Sicht abzulehnen. Der Bund wird - insbesondere im Lichte der aktuell anhängigen Verfahren und dessen Ausstrahlungswirkung - weiteren Haftungsrisiken ausgesetzt, für die letztlich die Allgemeinheit

einzustehen hätte. Solange sich der EGMR und auch das Bundesverwaltungsgericht nicht abschliessend zur bisherigen Rechtslage/anlasslose Massenüberwachung im Rahmen der Kabelaufklärung geäussert hat, ist es jedenfalls abzulehnen gleichgerichtete Grundrechtseinschränkungen zu vertiefen.

Wir empfehlen über die Ablehnung der Kompetenzerweiterungen hinausgehend die vollständige Abschaffung der anlasslosen Massenüberwachung, Art. 21 VÜPF bzw. jedenfalls dessen Aussetzung durch Aufnahme eines Moratoriums in Art. 21 VÜPF bis zur höchstrichterlichen Klärung zur generellen Zulässigkeit der anlasslosen Massenüberwachung.

Der Schweizerische Anwaltsverband dankt Ihnen für Ihre Kenntnisnahme.

Präsidentin SAV

Generalsekretär SAV

Birgit Sambeth Glasner

René Rall

