Eidgenössisches Justiz- und
Polizeidepartement EJPD
Bundeshaus West
3003 Bern

Per Email an:
ptss-aemterkonsultationen@isc-ejpd.admin.ch

Bern, 6. Mai 2025

Teilrevisionen zweier Ausführungserlasse zur Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (VÜPF, VD-ÜPF)

Sehr geehrter Herr Bundesrat,
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf die am 29. Januar 2025 eröffnete Vernehmlassung zur «Teilrevisionen zweier Ausführungserlasse zur Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (VÜPF, VD-ÜPF)» und danken Ihnen für die Einladung zur Stellungnahme. Der Schweizerische Verband der Telekommunikation (asut) vertritt die Interessen der Telekommunikations-, Netzwerk- und Datacenter-Branche. Unsere Mitglieder, insbesondere die Anbieterinnen von Fernmeldediensten (FDA) und die Anbieterinnen von abgeleiteten Kommunikationsdiensten (AAKD) sind die vornehmlich direkt betroffenen Adressaten der vorgeschlagenen Anpassungen. Gerne nehmen wir die Möglichkeit zur Stellungnahme wahr und übermitteln Ihnen fristgerecht unsere Einschätzung.

Grundsätzliche Einschätzung zur Teilrevision der VÜPF

Mit der Revision des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs am 1. März 2018 wurden verschiedene Kategorien von Mitwirkungspflichtigen geschaffen. Die Umsetzung dieser Kategorien in der VÜPF und in der Praxis gestaltete sich jedoch schwierig. So führte eine Referenz zum Fernmeldegesetz (FMG) dazu, dass bei verschiedenen Anbieterinnen unklar war, ob sie gemäss BÜPF als FDA oder als AAKD gelten. Zudem fehlte eine verbindliche Definition der abgeleiteten Kommunikationsdienste, so dass es für Anbieterinnen von Internetdiensten bis heute unklar ist, ob sie nun mitwirkungspflichtige AAKD gemäss BÜPF sind oder nicht. Erst die Revision des Fernmeldegesetzes vom 22. März 2019 brachte eine Klärung betreffend der FDA gemäss BÜPF. Hinsichtlich der AAKD fällte das Bundesgericht 2021 zwei wegweisende Entscheide. Mit der vorliegenden Revision der VÜPF sollen nun die Kategorien der FDA und der AAKD neu geregelt werden.

Angesichts der unbefriedigenden Umsetzung des BÜPF und der VÜPF in den vergangenen Jahren begrüsst asut die Absicht des Bundesrates, die verschiedenen Kategorien der Mitwirkungspflichtigen besser zu regeln. Die vorliegende Vernehmlassungsvorlage wird diesem Ziel jedoch nicht gerecht. Vielmehr würde der vorliegenden Entwurf der VÜPF (E-VÜPF) zu einer Zunahme der Anzahl betroffener Unternehmen führen, und es fehlen bei den AAKD weiterhin klare Definitionen, welche Dienste in den Geltungsbereich der Fernmeldeüberwachung fallen. Folgende Gründe führen zu unserer Einschätzung:

- Umsetzung nicht gesetzeskonform: Das BÜPF erlaubt eine Differenzierung der Pflichten von FDA und AAKD. Ausschlaggebend ist dabei gemäss BÜPF nicht das ganze Unternehmen. Vielmehr muss jeder einzelne Dienst hinsichtlich dessen wirtschaftlicher Bedeutung oder Benutzerschaft separat betrachtet werden. Zudem ist es auch möglich, dass ein Unternehmen sowohl FDA als auch AAKD ist, aber nur für die jeweiligen Dienste. Im Widerspruch dazu sieht der E-VÜPF jedoch vor, dass beim Umsatz zur Einstufung einer FDA oder einer AAKD nicht der Umsatz eines Dienstes betrachtet wird, sondern der Gesamtumsatz des Unternehmens (Konzernumsatz). Damit werden mehr FDA und AAKD die kritische Schwelle beim Jahresumsatz von CHF 100 Mio. überschreiten, was zu einer Zunahme der Anzahl Mitwirkungspflichtigen mit vollen Pflichten führt. Und dies obwohl ein Teil des Umsatzes gar nichts mit dem entsprechenden Fernmeldedienst oder abgeleiteten Dienste zu tun hat und somit zu keinem Zusatznutzen für die Strafverfolgung führt.
- Unverhältnismässige Ausweitung der betroffenen Unternehmen: Gemäss der Statistik des Bundes zur Fernmeldeüberwachung wurden 2024 insgesamt 527’344 Auskünfte erteilt und 20’591 Überwachungen durchgeführt. 94% der Auskünfte und 99% der Überwachungen betrafen lediglich vier Unternehmen, die bereits heute den vollen Pflichten der VÜPF unterliegen. Die erweiterte Betrachtung beim Umsatz (d.h. Gesamtumsatz) sowie die Schwellenwerte bei den AAKD betreffend die Teilnehmer werden die Anzahl Unternehmen und Dienste, welche einer reduzierten oder vollständigen Pflicht unterliegen, deutlich erhöhen. Die betroffenen Unternehmen müssen dann entsprechende Prozesse und Systeme einführen und betreiben, was beträchtliche Mittel erfordern kann. Dieser Aufwand erscheint angesichts der wenigen zu erwartenden Auskünfte und Überwachungen unverhältnismässig, da der zusätzliche Aufwand kaum einem entsprechenden Nutzen gegenübersteht. An dieser Stelle sei zudem darauf hingewiesen, dass die Zunahme der Unternehmen mit vollen Pflichten auch einen entsprechenden Kontroll- und Überwachungsaufwand beim Dienst ÜPF nach sich ziehen wird.
- Fehlende Definitionen der AAKD: Der erläuternde Bericht enthält auf den Seiten 19 und 20 eine Beschreibung möglicher AAKD, weist aber gleichzeitig darauf hin, dass eine abschliessende Auflistung nicht möglich sei. Damit besteht eine grosse Rechtsunsicherheit für Anbieterinnen von internetbasierten Diensten, da weiterhin offen bleibt, welche Dienste den Auskunfts- oder Überwachungspflichten unterliegen. Die Auflistung im erläuternden Bericht ist zudem viel zu umfangreich und würde beispielsweise auch das Internet der Dinge (IoT) umfassen, wo Messwerte und Signale übertragen werden können. Angesichts der Bedeutung der Digitalisierung und der Vielzahl an Diensten und Applikationen, die in irgendeiner Form einen Datenaustausch zulassen, ist eine klare und international kompatible Definition jedoch zwingend notwendig. Im Zentrum sollen dabei interpersonale Kommunikationsdienste stehen.
- Unklare Auswirkungen im Geschäftskundenbereich: Vernetzung und Digitalisierung ermöglichen Unternehmen heute ein «Outsourcing» von Applikationen oder Betriebsbereichen. Beispielsweise wird die Buchhaltungssoftware nicht mehr im eigenen Rechenzentrum betrieben, sondern aus der Cloud bezogen oder ein Teil des Firmennetzwerks wird bei einer FDA zugekauft. Damit könnten firmeninterne Netze und Dienste, die heute betreffend Überwachung nur einer Duldungspflicht unterliegen, je nach Outsourcing-Partner plötzlich der vollen Überwachung unterstehen. Dies hätte gravierende Auswirkungen für die betroffenen Unternehmen. Die E-VÜPF trägt den Anforderungen und Entwicklungen im Geschäftskundenbereich nicht Rechnung und wird daher zu grossen Schwierigkeiten bei der Umsetzung und zu Rechtsunsicherheit führen.
- Schwächung des Digitalstandortes Schweiz: Cybersecurity und der Schutz der Privatsphäre haben in den letzten Jahren eine zentrale Bedeutung im Rahmen der Digitalisierung erhalten. Kommunikationsdienste sind heute weitgehend End-to-End-Verschlüsselt und nur die Benutzer selbst bzw. ihre Endgeräte sind in der Lage die Inhalte zugänglich zu machen. Die E-VÜPF fordert neu bei den AAKD eine stärkere Identifikation der Benutzer sowie die Aufbewahrung von Randdaten. Da jedoch viele AAKD ihre Dienste aus dem Ausland anbieten, werden nur jene Unternehmen von den Massnahmen betroffen sein, die ihren Sitz in der Schweiz haben. Dies führt zu Wettbewerbsnachteilen für Schweizer Unternehmen und schwächt den Digitalstandort Schweiz.

Aus diesen Gründen lehnt asut die vorliegende Teilrevision der VÜPF ab und fordert weitgehende Anpassungen, um einen gesetzeskonforme Umsetzung der Fernmeldeüberwachung sicherzustellen.

Detaillierte Überlegungen zu den einzelnen Artikeln der E-VÜPF

1. Abgrenzung der Kategorien von Mitwirkungspflichtigen (Art. 16a bis 16g E-VÜPF)

Eine zentrale Änderung der Revision betrifft die neuen Definitionen der FDA und AAKD mit den jeweiligen Unterkategorien. Damit sollen die im BÜPF definierten Kategorien von Mitwirkungspflichtigen besser in der Verordnung abgebildet werden. Die damit angestrebte Klarheit und Rechtssicherheit wird seitens asut grundsätzlich begrüsst.

Kritisch beurteilt asut jedoch die in der E-VÜPF definierten Unterscheidungskriterien, welche über das Ausmass der Auskunfts- und Überwachungspflichten entscheiden. Diese entsprechen in Teilen nicht den gesetzlichen Vorgaben des BÜPF und sind weder sachgerecht noch verhältnismässig.

Nicht einverstanden erklären kann sich asut insbesondere mit dem Vorschlag, wonach Unternehmen mit einem jährlichen Gesamtumsatz von CHF 100 Mio. stets den vollen Überwachungspflichten unterliegen sollen und dies vollständig unabhängig von der Bedeutung der jeweils angebotenen Dienstleistungen. Diese pauschale Regelung soll gemäss E-VÜPF sowohl für den Bereich der Fernmeldedienste (Art. 16b Abs. 1 Bst. b Ziffer 2 E-VÜPF) als auch für den Bereich der abgeleiteten Kommunikationsdienste (Art. 16g Abs 1 Bst. b E-VÜPF) zur Anwendung kommen. Damit steht der Entwurf im klaren Widerspruch zu den Vorgaben des BÜPF.

Entscheidendes Unterscheidungskriterium für die Bestimmung der Auskunfts- und Überwachungspflichten ist gemäss den Vorschriften des BÜPF einzig die Bedeutung des konkreten Dienstes und dies unabhängig davon, von welchem Unternehmen der Dienst angeboten wird. Dies geht bereits aus dem Wortlaut von Art. 26 Abs. 6 sowie Art. 27 Abs. 3 BÜPF hervor, wo explizit auf die Bedeutung der jeweiligen Dienstleistung Bezug genommen wird. Die Botschaft des BÜPF hält dazu unmissverständlich fest, dass jede Tätigkeit (bzw. Dienstleistung) jeweils unabhängig von der anderen betrachtet werden muss und deshalb ein Unternehmen je nach Tätigkeit, die es ausübt, ohne Weiteres mehreren Kategorien angehören kann und somit entsprechend diesen Tätigkeiten unterschiedlichen Überwachungspflichten unterliegt[1]. Das Bundesamt für Justiz hielt in einer vom Generalsekretariat des EJPD beauftragten Einschätzung der Rechtslage dazu ergänzend fest, dass dieser Umgang mit verschiedenen Aktivitäten derselben Akteure in der Gesetzgebung üblich sei und sich die Pflichten von Akteuren in aller Regel auf die betreffende Aktivität und nicht auch noch auf andere Aktivitäten beziehen. Hat ein Unternehmen verschiedene Aktivitäten in mehreren Bereichen, so seien diese jeweils gesondert zu betrachten (Aktennotiz BJ zu den Kategorien gemäss BÜPF vom 9. Februar 2019).

Der Revisionsentwurf zielt nunmehr jedoch genau in die gegenteilige Richtung. Er betrachtet bei der Kategorisierung jeweils pauschal alle von einem Unternehmen angebotenen Dienste (vgl. Art. 16b Abs. 1 Best. b Ziffer 1 und Art. 16g Abs. 1 E-VÜPF) und unterstellt grössere Unternehmen ganz generell den vollen Überwachungspflichten. Mit anderen Worten dürfte in der Praxis kaum ein Unternehmen für unterschiedliche Dienste unterschiedlichen Überwachungspflichten unterliegen, wie dies der Gesetzgeber fordert.

Die vom Bundesrat in der E-VÜPF vorgenommene Einteilung bzw. Kategorisierung lässt sich weiter auch sachlich, aus der Optik der Strafverfolgung nicht rechtfertigen. Dies lässt sich am besten anhand eines Beispiels illustrieren: gemäss Art. 16g E-VÜPF würde ein neuer Cloud- oder Messagingdienst einer Start-Up-Tochterfirma eines grösseren Unternehmens (z.B. eine Versicherungsgesellschaft mit CHF 500 Mio. Umsatz) mit 50 Teilnehmern als AAKD mit vollen Überwachungspflichten eingestuft, während dieselben Dienste eines mittelgrossen Unternehmens mit CHF 90 Mio. Umsatz und 900'000 Teilnehmern gemäss Art. 16f E-VÜPF lediglich den reduzierten Überwachungspflichten unterliegen würde. Ein solches Ergebnis ist offensichtlich stossend und es kann schlichtweg nicht im Interesse der Strafverfolgung liegen, dass Dienste von sehr untergeordneter Bedeutung strenger überwacht werden müssen als Dienste mit einer relevanten Anzahl von Nutzerinnen und Nutzern. Für die Strafverfolgung von Relevanz ist nicht die Umsatzgrösse eines Unternehmens oder die Frage, ob ein Unternehmen allenfalls bereits einen anderen Telekommunikationsdienst anbietet, sondern die Bedeutung des konkreten Dienstes und dieser spiegelt sich gemäss BÜPF in der wirtschaftlichen Bedeutung sowie der Benutzerschaft wider.

Zusätzlich berücksichtigt die E-VÜPF die Anzahl der Überwachungsaufträge bei der Beurteilung, ob eine FDA nur reduzierten oder den vollen Pflichten unterliegt. Bei den AAKD hingegen, soll die Anzahl Auskunftsgesuche und Überwachungsaufträge nicht mehr berücksichtigt werden. Aus Sicht asut sind diese Anpassungen nicht korrekt. In der Ratsdebatte zum BÜPF führte die zuständige Bundesrätin damals aus,

[1] Vgl. Botschaft zum BÜPF, BBl 2013, S. 2707.

dass die Bedeutung eines Dienstes für die Strafverfolgung selbstverständlich ein Kriterium sein soll, auch wenn es nicht namentlich im Gesetz erwähnt wird. Damit soll verhindert werden, dass Unternehmen in Auskunfts- oder Überwachungssysteme investieren müssen, obwohl dafür seitens der Strafverfolgung kein genügend grosser Bedarf besteht. Daher sollen diese Kriterien auch bei den AAKD zur Anwendung kommen. Zudem soll die Relevanz für die Strafverfolgung kumulativ zur wirtschaftlichen Bedeutung oder Benutzerschaft berücksichtigt werden. Eine FDA würde daher als FDA mit reduzierten Pflichten gelten, wenn sie eine der beiden Kriterien nicht überschreitet.

Weiter weisen wir darauf hin, dass die Aufwände für die Implementierung von Überwachungsmassnahmen grossmehrheitlich jeweils pro (neuen) Dienst anfallen. Es wäre deshalb unverhältnismässig ein Unternehmen gleich am Tag Eins bei der Lancierung eines neuen Dienstes einer vollständigen, aufwändigen und kostenintensiven Überwachungspflicht zu unterstellen, nur weil das Unternehmen eine bestimmte Grösse hat oder allenfalls bereits über einen anderen etablierten Dienst verfügt. Ob sich neue Angebote im Markt erfolgreich durchsetzen werden, ist bekanntlich höchst ungewiss und entsprechend wird sich ein solches Unternehmen zweimal überlegen, ob sich diese erhöhten Investitionen in neue Dienste lohnen. Die vorgesehene Regulierung dürfte deshalb zusätzlich eine innovations- und investitionshemmende Wirkung entfalten. Dies gilt es aus Sicht der Branche zwingend zu vermeiden.

Vor diesem Hintergrund, stellt asut den Antrag, bei der Kategorisierung der Mitwirkungspflichtigen und der entsprechenden Einstufung der Auskunfts- bzw. Überwachungspflichten konsequent und einzig auf die Bedeutung der einzelnen Dienste abzustellen. D.h. massgebend ist – neben der oben erwähnten Anzahl Auskunftsgesuche oder Überwachungsaufträge – der Umsatz eines Dienstes bei den FDA sowie der Umsatz eines Dienstes oder die Anzahl Teilnehmer eines Dienstes bei den AAKD. Sollte der Verordnungsgeber diese Abgrenzungskriterien wider Erwarten jedoch als nicht ausreichend ansehen, dann müsste alternativ auf einen Jahresumsatz von CHF 100 Mio. der betreffenden Dienstleistung abgestellt werden: Bei den FDA beispielsweise auf die entsprechenden Jahresumsätze gemäss Fernmeldestatistik des Bundes. Auf den Umsatz des gesamten Unternehmens abzustellen hat Willkürcharakter und entspricht, wie oben dargelegt, weder dem Willen des Gesetzgebers noch lässt sich dieses Abgrenzungskriterium sachlich rechtfertigen.

Zusätzlich sollen, wie oben erläutert, die Anzahl Auskunftsgesuche oder Überwachungsaufträge als kumulatives Kriterium bei der Einstufung eines FDA oder einer AAKD zur Anwendung kommen. D.h. nur wenn ein FDA die Umsatzschwelle und gleichzeitig die festgelegte Anzahl Überwachungsaufträge überschreitet, gilt er als FDA mit vollen Pflichten. Ansonsten als FDA mit reduzierten Pflichten. Die Anzahl massgeblicher Überwachungsaufträge (bzw. Auskunftsgesuchen bei den AAKD) soll dabei massvoll erhöht werden, da auch die Anzahl Auskünfte und Überwachungen in den letzten Jahren deutlich zugenommen haben.

Bei den AAKD soll eine neue Abstufung der Pflichten eingeführt werden. Davon verspricht sich der Bundesrat eine KMU-freundliche Umsetzung des BÜPF im Bereich der AAKD. In der Praxis wird dieses Ziel jedoch nicht erreicht. Die Anzahl von 5'000 Benutzern ist im Zeitalter von Apps und Social-Media viel zu tief angesetzt und wird dazu führen, dass eine grosse Anzahl von Diensten den zusätzlichen Pflichten unterliegen. Zu diesen Pflichten gehört insbesondere die Identifikation der Teilnehmer, was heute bei vielen Anwendungen nicht dem Kundenbedürfnis entspricht. Betroffene Schweizer Dienste hätten daher im internationalen Wettbewerb gravierende Nachteile gegenüber ausländischen Diensten. Die Regelung ist zudem ungenügend, da weiterhin eine klare und eindeutige Definition fehlt, welche Dienste überhaupt als abgeleitete Dienste gemäss E-VÜPF gelten sollen. Die Aufzählung im erläuternden Bericht geht weit über die interpersonalen Kommunikationsdienste hinaus, welche in den europäischen Ländern der Überwachung unterliegen. Dies führt faktisch dazu, dass eine Vielzahl von Diensten, Smartphone-Apps etc. erweiterten Pflichten unterliegen und die Anbieter entsprechende Anpassungen an ihren Diensten und Systemen vornehmen müssen. Geradezu KMU-unfreundlich ist die Tatsache, dass der «Upgrade» zu AAKD von Verordnung wegen stattfindet, d.h. die betroffenen Unternehmen erhalten keine Verfügung. Mangels eindeutiger Definition eines AAKD führt dies zu grosser Rechtsunsicherheit bei den betroffenen Unternehmen. Es soll daher geprüft werden, ob die neue Kategorie der AAKD mit reduzierten Pflichten gemäss BÜPF überhaupt zulässig ist. Falls dies zutrifft, soll der Schwellenwert hinsichtlich grosser Benutzerschaft deutlich angehoben werden. Zur Bestimmung des Schwellenwertes schlagen wir vor, dass der Bund zuerst in einer Marktstudie den Kreis der betroffenen Unternehmen abklärt.

2. Identifikationspflichten im Bereich der WLAN-Zugänge (Art. 16h und 19 E-VÜPF)

asut hat Verständnis, dass aus Gründen der Praktikabilität öffentliche WLAN-Zugänge nur noch ab einer bestimmten Grösse als «professionell betrieben» gelten sollen (Art. 16h Abs. 2 E-VÜPF). Nicht nachvollziehen können wir jedoch, dass die bestehende Definition gemäss WLAN-Merkblatt des Dienstes ÜPF[2] nicht übernommen wurde. Dort gelten nur mehrere WLAN-Zugänge an unterschiedlichen Standorten als professionell betrieben. Gemäss E-VÜPF hingegen würde bereits ein einzelner WLAN-Zugang der mehr als 1'000 Verbindungen aufbauen kann, als professionell eingestuft. Heute erhältliche Consumer-Geräte sind bereits in der Lage mehr als 500 Verbindungen aufzubauen. D.h. hätte jemand zwei Accesspoints (z.B. mehrstöckiges Einfamilienhaus, Büro) mit Gastzugang, dann wären diese Zugänge gemäss VÜPF bereits professionell betrieben und würden entsprechenden Pflichten unterliegen. Bei der technischen Entwicklung ist davon auszugehen, dass in kurzer Zeit auch ein einzelner WLAN-Zugang mehr als 1'000 Verbindungen herstellen kann und damit wäre fast jeder private oder geschäftliche WLAN-Accesspoint mit Gastzugang der Überwachung unterstellt.

Verschärfend kommt hinzu, dass künftig offenbar die FDA, welche den zugrundeliegenden Internetzugang sicherstellt, und nicht die natürliche oder juristische Person, welche ihren Internetzugang Dritten mit ihrem WLAN zur Verfügung stellt bzw. die eigentliche Anbieterin des öffentlichen WLAN-Zugangs (PZD) für die Identifikation der Endbenutzerinnen- und -benutzer zuständig zeichnen soll (Art. 19 Abs. 2 E-VÜPF).

Entgegen den Verlautbarungen in den Erläuterungen zur E-VÜPF handelt es sich hierbei um eine sehr weitreichende Änderung, für welche jegliche Begründung fehlt. Gemäss Ziffer 5.1 des aktuellen Merkblatts WLAN vom Dienst ÜPF hat heute richtigerweise diejenige Anbieterin, welche den öffentlichen Zugangspunkt betreibt oder (in ihrem Auftrag) durch einen Dritten betreiben lässt, die Pflicht zur Identifikation der Endbenutzerinnen und -benutzer. Gemäss den Ausführungen im Merkblatt ist dabei insbesondere entscheidend, wer konkret gegenüber diesen Endbenutzerinnen- und -benutzer als Anbieterin des öffentlichen WLAN-Zugangs auftritt[3].

Diese Regelung ist nach Ansicht von asut die einzig praktikable und sachgerechte Lösung, weil nur die Anbieterin des öffentlichen, professionell betriebenen WLAN-Zugangs (bzw. die Person, die ihren Zugang Dritten zur Verfügung stellt), den Zugang auf die entsprechende Service-Infrastruktur direkt oder allenfalls mit Hilfe ihres technischen Dienstleisters kontrollieren kann. Nur die PZD, die gegenüber den WLAN-Endnutzenden als Vertragspartnerin bzw. Dienstleisterin auftritt, kann diese gemäss den Vorgaben des VÜPF identifizieren.

Die FDA, welche im Hintergrund einzig den dem PLWAN zugrundeliegenden Internetzugang zur Verfügung stellt, steht demgegenüber in keinem Dienstleistungsverhältnis zu den Endbenutzerinnen und -benutzer des WLAN-Zugangs. Sie ist nicht die Anbieterin dieses Dienstes und hat entsprechend auch keine Kenntnis davon, wer allenfalls den PWLAN-Service der PZD nutzt. Die Internetzugangsanbieterin kann ganz grundsätzlich auch keine wirksame technische Kontrolle darüber ausüben, für welche Zwecke ihre Kundinnen und Kunden die Internetzugänge einsetzen und wem sie Zugang auf eine PWLAN-Einrichtung gewähren. Der Internetzugang funktioniert für die daran angeschlossenen Services vielmehr transparent. Wenn als Beispiel an einem Internetzugang eine Infrastruktur für E-Mails betrieben wird, kann der Zugang zu den E-Mail Accounts nicht am Internetzugang kontrolliert werden. Der Zugang zu den E-Mail Accounts wird vielmehr in der Service-Infrastruktur (E-Mail Server) kontrolliert. Analog verhält es sich bei den professionell betriebenen öffentlichen WLAN-Zugängen. Nur der Gatekeeper der WLAN-Infrastruktur und nicht der Gatekeeper der zugrundliegenden Internetzugang kann eine Zugangskontrolle ausüben. Die reine Internetzugangsanbieterin ist mit anderen Worten schlichtweg nicht in der Lage, Endnutzerinnen und Endnutzer eines WLAN-Zugang zu identifizieren. Davon ausgenommen sind selbstredend diejenigen Fälle, wo die Internetzugangsanbieterin ebenfalls den öffentlichen WLAN-Zugang anbietet, d.h. sowohl als FDA (Internetzugangsanbieterin) als auch als PZD agiert.

Vor diesem Hintergrund ist es auch offensichtlich, dass eine reine Internetzugangsanbieterin unmöglich prüfen kann, ob eine PZD auf ihren WLAN-Service-Einrichtungen kumuliert den Schwellenwert von mehr als 1'000 Endnutzerinnen und Endnutzer überschreitet und somit als professionelle Betreiberin i.S. von Art. 16h E-VÜPF eingestuft werden muss. Wie dargelegt, kontrolliert einzig die PZD ihre WLAN-Zugänge und bestimmt die darauf gewährten (Benutzer-)Kapazitäten. Weiter kann ein PZD oder sein technischer Dienstleister die Internetanschlüsse für die einzelnen WLAN-Zugänge ohne weiteres bei verschiedenen Internetzugangsanbieterinnen beziehen (z.B. Wlan1 in Basel mit einer Kapazität von 600 bei FDA1 und Wlan2 in

[2] Merkblatt WLAN vom Dienst Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 1. März 2018.
[3] Diese sich am wirtschaftlichen Dienstleistungsbegriff orientierte Definition gilt auch für die Festlegung des Begriffs Anbieterin von Fernmeldediensten (FDA). FDA ist, wer gegenüber den Kunden als Dienstleisterin/Vertragspartnerin auftritt (Vgl. Faktenblatt zur Registrierung als FDA).

Zürich mit einer Kapazität von 700 in Zürich bei FDA2). Eine FDA kann entsprechend auch aus diesem Grunde gar nicht feststellen, ob ein PZD in der Praxis ein professionelles WLAN mit mehr als 1'000 Endbenutzerinnen und -benutzer betreibt.

Gemäss E-VÜPF sollten neu Internetzugangsanbieter bzw. FDA im Ergebnis für etwas in die Verantwortung genommen werden, für das sie in der Praxis faktisch gar keine Kontrolle ausüben und deshalb auch keine Verantwortung übernehmen können. Eine solche Regelung ist offensichtlich stossend und systemfremd. Dies ergibt sich im Übrigen direkt aus Art. 2 Bst. e BÜPF, wo die PZD als eigenständige mitwirkungspflichtige Personen definiert sind. Gemäss dem Vorschlag in der E-VÜPF würden die PZD aber schlichtweg keinerlei gesetzlichen Mitwirkungspflichten unterliegen, was nicht die Absicht des Gesetzgebers war.

Nach Ansicht von asut ist im neuen Art. 19 E-VÜPF zu präzisieren, dass sich die PZD, d.h. die jeweiligen Anbieterinnen von professionell betriebenen öffentlichen WLAN-Zugängen, für die Identifikation aller Endbenutzerinnen und -benutzer verantwortlich zeichnen.

3. Weitere Änderungsanträge

3.1. FDA (Art. 16a E-VÜPF)

Wie eingangs bereits erwähnt, wurde mit der FMG-Revision vom 22. März 2019 eine Referenz zwischen dem BÜPF und dem FMG gestrichen. Damit sollte sichergestellt werden, dass OTT-Anbieter im Rahmen der Fernmeldeüberwachung als AAKD eingestuft werden und nicht als FDA. Die eigentliche Definition eines FDA blieb davon unberührt. Entscheidend ist bei der Einstufung als FDA, wer gegenüber der Kundin oder dem Kunden die Verantwortung für die fernmeldetechnische Übertragung von Informationen übernimmt. Dies ist daher von Bedeutung, da beim Betrieb eines öffentlichen Fernmeldenetzes auf der technischen Ebene eine Vielzahl von Unternehmen involviert sein können. Nach Art. 16a Abs.1 Bst. a E-VÜPF gilt aber auch als FDA, wer ein öffentliches Fernmeldenetz betreibt. Dies können für dasselbe Netz auch mehrere Unternehmen sein. Damit würde eine unnötige Duplizierung der Pflichten gemäss E-VÜPF für ein und dasselbe öffentliche Fernmeldenetz entstehen. Daher soll Art. 16a Abs. 1 Bst. a E-VÜPF ersatzlos gestrichen werden.

3.2. Teilnehmer- und Benutzeridentifikation (Art. 19 Abs. 1 E-VÜPF)

Neu soll eine Teilnehmer- und Benutzeridentifikation nicht nur für FDA, PZD sowie Wiederverkäuferinnen (Art. 2 LIt. f BÜPF) gelten, sondern auch für die neue Kategorie der AAKD mit reduzierten Pflichten. Da der Schwellenwert für diese AAKD mit 5‘000 Benutzern sehr tief angesetzt ist, führt dies faktisch zu einer flächendeckenden Pflicht zur Identifikation von Teilnehmern und Benutzern bei den AAKD. Gemäss erläuterndem Bericht (S.30/31) kann diese mittelbare Identifikation beispielsweise mittels SMS-Zugangscode auf das Handy oder den Autorisierungsdaten bei Kreditkartenzahlungen erfolgen. Dabei erfolgt die Identifikation in der Regel nur bei der erstmaligen Aktvierung eines Dienstes und nicht laufend. Die aufgeführten Identifikationsmittel sind jedoch für viele abgeleitete Kommunikationsdienste nicht praktikabel oder werden von Benutzerinnen und Benutzern nicht geschätzt. Als Alternative schlägt der erläuternde Bericht daher eine Identifikation durch die Auskunftstypen IR_59_EMAIL_LAST und IR_60_COM_LAST vor. Dies hätte zur Folge, dass AAKD mit reduzierten Pflichten in ein Auskunftssystem investieren müssen, obwohl sie noch gar nicht der automatisierten Auskunftspflicht unterstehen. Zudem ist es nicht nachvollziehbar, dass bei Kreditkarten eine einmalige Identifikation des Teilnehmers ausreicht, bei der Identifikation über IR_59 und IR_60 hingegen eine permanente Identifikation notwendig ist.

Diese Ausführungen zeigen deutlich die Mängel, welche durch die Einführung der neuen Kategorie der AAKD mit reduzierten Pflichten entstehen. Daher soll in Art. 19 Abs. 1 die Pflicht für diese AAKD gestrichen werden. Entsprechend sollen die AAKD mit reduzierten Plfichten auch in Art. 21 Abs. 1 Bst. a gestrichen werden.

3.3. Auskunftstypen mit flexibler Namenssuche (Art. 27 Abs. 3 E-VÜPF)

Gemäss der heutigen Regelung ist die flexible Suchfunktion für Namen von natürlichen Personen möglich. Diese flexible Suchfunktion wurde eingeführt, um ein in der Praxis auftretendes Problem bei der Eingabe

von Personennamen zu beheben: Insbesondere bei komplizierteren Namen oder solchen mit anderen Zeichensätzen werden teilweise fehlerhafte bzw. nicht ganz korrekte Eingaben getätigt.

Die nun vorgeschlagene Erweiterung auf juristische Personen lässt sich nach Ansicht von asut demgegenüber nicht rechtfertigen. Erstens sind den FDA im Bereich der juristischen Personen keine ähnlichen, regelmässig auftretenden Probleme bei der Sucheingabe bekannt, und auch in den Erläuterungen wird hierzu nichts ausgeführt. Im Gegensatz zur Personensuche stehen den Strafverfolgungsbehörden bei der Firmensuche ausserdem öffentlich zugängliche Hilfsmittel zur Verfügung, mit denen flexibel gesucht werden kann (z.B. Zefix). Den Strafverfolgern kann durchaus zugemutet werden, eine entsprechende Kontrolle bzw. Suche bei Bedarf selbst durchzuführen. Vermutungsweise wird dies teilweise bereits gemacht. Die flexible («nice to have»-) Suchfunktion nunmehr auf die Mitwirkungspflichtigen abzuwälzen ist vor diesem Hintergrund unnötig und unverhältnismässig. Auch an dieser Stelle gibt asut zu bedenken, dass die Implementierung von neuen technischen Funktionen jeweils bei allen betroffenen Anbietern mit einem nicht unerheblichem Entwicklungsaufwand und entsprechenden Kosten verbunden ist.

asut stellt vor diesem Hintergrund den Antrag, auf die vorgeschlagene Änderung von Art. 27 Abs. 2 E-VÜPF zu verzichten.

3.4. IR_8_IP_NAT: Benutzeridentifikation bei IP Adressen mit NAT (Art. 38 Abs. 2 E-VÜPF)

Der Wortlaut von Art. 38 Abs. 2 VÜPF wird materiell nicht angepasst und auch gemäss den Erläuterungen soll bei diesem Auskunftstyp inhaltlich nichts geändert werden. In denselben Erläuterungen wird jedoch ergänzend angemerkt, dass die beauftragten Mitwirkungspflichtigen eine mögliche Toleranzabweichungen der Systemuhren bei der Suche und Identifikation der Benutzer, der Urheberschaft oder der Herkunft zu berücksichtigen haben.

Eine solche Berücksichtigung stellt nach Ansicht von asut eine materielle Änderung dar, die seitens der FDA in dieser Form jedoch nicht umgesetzt werden kann. Die Strafverfolger erhalten die Informationen für Aufträge dieses Auskunftstyps (öffentliche Source IP-Adresse, Source Port, Zeitpunkt) aus Logfiles, die ihnen von den Content-Anbietern im Internet (Chat-Services, Online-Shops, Webseiten etc.) zur Verfügung gestellt werden. Die Herkunft und Details zur Urheberschaft der Daten sind bei der Übermittlung des Auftrags an die Mitwirkungspflichtigen jedoch nicht vorgesehen. Ihnen ist die Herkunft der Daten, die dem Auftrag zu Grunde liegen, die dort vorhandene technische Infrastruktur und die für die Synchronisation der Zeit verwendeten Methoden und Funktionen somit nicht bekannt. Ohne diese Informationen ist eine Einschätzung von Toleranzabweichungen der Systemuhren bei den FDA jedoch nicht möglich.

Vor diesem Hintergrund ist diese Anmerkung in den Erläuterungen zu Abs. 2 («Ergänzend zu den Ausführungen […] berücksichtigen hat») zu streichen.

3.5. IR_58_IP_Intersect: Benutzeridentifikation durch Schnittmengenbildung (Art. 38a E-VÜPF)

asut kann sich mit diesem neuen Auskunftstyp einverstanden erklären. Der Zweck des Auskunftstyps wird im Artikel allerdings aus Sicht asut nicht korrekt wiedergegeben. Die Schnittmengenberechnung kommt vor allem zur Anwendung, wenn die Strafverfolger von ihren Quellen keine Informationen zur öffentlichen Quell-Portnummer erhalten. In solchen Fällen kann eine Schnittmengenberechnung von mehreren Internetverbindungen das Fehlen der öffentlichen Quell-Portnummer kompensieren und trotzdem zu einem Resultat führen. Folgerichtig ist deshalb die Angabe der öffentlichen Quell-Portnummer, der öffentlichen Ziel-IP-Adresse und der Ziel-Portnummer nicht notwendig.

Weiter sieht asut Anpassungsbedarf bei zwei Anmerkungen in den Erläuterungen:

- In Absatz 2 der Erläuterungen wird darauf hingewiesen, dass wenn ein Auskunftsgesuch IR_7_IP nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt und auch ein Auskunftsgesuch IR_8_IP_NAT nicht erfolgreich ist, eine Schnittmengenbildung aus den Mehrfachergebnissen zu einer eindeutigen Identifikation führen kann. Dieser Text suggeriert eine nicht vorhandene Verbindung zwischen IR_7_IP und IR_8_IP_NAT. Der Zusammenhang, der hier dargestellt wird, existiert in dieser Form nicht und entsprechend sollte der Hinweis auf das Auskunftsgesuch IR_7_IP gestrichen werden. Darüber hinaus kommt die Schnittmengenberechnung wie oberhalb erwähnt vor allem zur Anwendung, wenn die Strafverfolger von ihren Quellen keine Informationen zur öffentlichen Quell-Portnummer erhalten. Es besteht also auch kein direkter Zusammenhang mit nicht erfolgreichen Auskunftsgesuchen IR_8_NAT. Darum sollte auch dieser Teil des Textes in der Erläuterung gestrichen und der Zweck

des IR_58_IP präzisiert werden.

- Analog zu den Ausführungen bei Art. 39 E-VÜPF fehlen den FDA auch hier die nötigen Informationen, um eine Einschätzung zu möglichen Toleranzabweichungen der Systemuhren berücksichtigen zu können. Deshalb ist auch hier der entsprechende Hinweis in den Erläuterungen zu Abs. 3 («Für diesen Zeitpunkt gilt, wie auch bei Artikel 38 Abs. 2 […] zu berücksichtigen hat») zu streichen.

3.6. Entfernung von Verschlüsselungen (Art. 50a E-VÜPF)

Gemäss Art. 26 BÜPF sind FDA verpflichtet, im Rahmen von Überwachungen die von ihnen angebrachten Verschlüsselungen zu entfernen. Diese Pflicht kann auch AAKDs mit erweiterten Pflichten gemäss Art. 27 BÜPF auferlegt werden. Neu verlangt jedoch Art. 50a E-VÜPF, dass diese Verpflichtung auch für AAKD mit reduzierten Pflichten gilt. Damit müssten alle AAKD mit mehr als 5'000 Benutzern die Entfernung der von ihnen angebrachten Verschlüsselung vorsehen. Damit geht die E-VÜPF über den gesetzlichen Rahmen der BÜPF hinaus und es zeigt sich erneut, dass die neu geschaffene Kategorie der AAKD mit reduzierten Pflichten nicht gesetzeskonform ist.

Art. 50a verlangt von den AAKD, dass sie ihre Dienste so gestalten, dass die Verschlüsselung jederzeit entfernt werden kann. Da die Verschlüsselung heute ein zentrales Sicherheitselement vieler abgeleiteter Dienste ist, betrifft dies nicht nur die AAKD mit vollen oder reduzierten Pflichten, sondern in der Praxis alle AAKD. Denn kein Unternehmen würde einen Dienst ohne diese Anforderung gemäss Art. 50a konzipieren und einführen, nur um beim Überschreiten eines Schwellenwertens die Sicherheitsfunktionen des Dienstes grundlegend anzupassen. Da die Möglichkeit, eine Verschlüsselung zu entfernen, das Sicherheitsniveau eines Dienstes schwächen kann, führt Art. 50a insgesamt zu negativen Auswirkungen auf die Cyber-Security der Schweiz. Zudem bleibt ungeklärt, welche Auswirkungen Art. 50a auf Verschlüsselungen hat, die durch den AAKD gar nicht mehr entfernt werden können (z.B. asymmetrische Verschlüsselungen) und ob die Anwendung dieser Verschlüsselungen gemäss E-VÜPF überhaupt noch zulässig wären. Der Geltungsbereich von Art. 50a soll daher auf FDAs sowie AAKD mit vollen Pflichten beschränkt werden.

3.7. RT_61_NA_CC-Trunc_IRI: Echtzeitüberwachung von Randdaten und gekürzten Inhalten bei Netzzugangsdiensten (Art. 55a E-VÜPF)

Dieser neue Überwachungstyp ist grundsätzlich eine Nachbildung des bereits existierenden Überwachungstyps gemäss Art. 55 VÜPF mit dem einzigen Unterschied, dass die Mitwirkungspflichtigen einen Teil der in Echtzeit aufgezeichneten Inhaltsdaten wieder aussortieren müssen. Welche Daten bzw. IP-Pakete entfernt bzw. geliefert werden müssen, wird dabei von der anordnenden Strafverfolgungsbehörde bestimmt.

Diese vorgesehene Aussonderungspflicht durch die Mitwirkungspflichtigen ist problematisch und würde eine systemwidrige Zäsur in die bewährte, gesetzlich vorgegebene Aufgabenteilung darstellen.

Das grundsätzliche Anliegen der Strafbehörden, nicht immer sämtliche angefallenen Daten zu erhalten, ist nachvollziehbar und sachlich gerechtfertigt. Mitunter lassen sich bei grossen Datenmengen die tatsächlich relevanten Daten für die Strafverfolger nur schwer auswerten.

Dieses Anliegen ist jedoch bereits auf Gesetzesstufe klar und abschliessend adressiert. Gemäss Art. 17 Bst. g BÜPF gehört es nämlich zu den Aufgaben des Dienstes ÜPF, auf Ersuchen der anordnenden Behörde eine allfällige Sortierung vorzunehmen und bestimmte Daten aus dem Datenfluss herauszufiltern. Diese Aufgabe fällt somit und entgegen der in Art. 55a E-VÜPF vorgeschlagenen Regelung dem Dienst ÜPF und nicht den Mitwirkungspflichtigen zu. Aus den Gesetzesmaterialien geht zudem unmissverständlich hervor, dass es sich hierbei um einen bewussten und begründeten Entscheid handelte. Gemäss Botschaft zum BÜPF «muss die Sortierung, mit der bestimmte Datentypen aus dem Datenfluss ausgesondert werden, entgegen der Bestimmung, die im Vorentwurf vorgesehen war, grundsätzlich durch den Dienst erfolgen. Allein schon aus Fragen der Haftung für die Vollständigkeit der Daten ist es heikler, diese Aufgabe einer anderen Stelle zu übertragen, insbesondere den Fernmeldedienstanbieterinnen»[4].

Eine Abwälzung der Filter- bzw. Kürzungspflicht auf die Mitwirkungspflichtigen verstösst mit anderen Worten gegen das Legalitätsprinzip. Die Mitwirkungspflichtigen sind von Gesetzes wegen gar *nicht berechtigt*,

[4] Vgl. Botschaft zum BÜPF, BBl 2013, S. 2727.

den im Rahmen einer angeordneten Überwachung aufgezeichneten Inhalt des Fernmeldeverkehrs herauszufiltern. Vielmehr gehört es zu den Aufgaben des Dienst ÜPF einer allfälligen Anordnung einer Strafbehörde auf Aussonderung von IP-Paketen nachzukommen. Er kann dies direkt gestützt auf Art. 17 Bst. g BÜPF tun. Entsprechend beantragt asut, Art. 55a E-VÜPF ersatzlos zu streichen.

Aus Sicht asut ist es zudem effizienter und sicherer solche Eingriffe in den originären Fernmeldeverkehr jeweils nur von einer zentralen, behördlichen Stelle vornehmen zu lassen.

3.8. HD_62_IP: rückwirkende Überwachung zum Zweck der Teilnehmeridentifikation bei Internetverbindungen (Art. 60a E-VÜPF)

Art. 60a E-VÜPF stellt eine klare Ausweitung dieses Überwachungstyps und damit einen nicht unerheblichen (zusätzlichen) Eingriff in die Grund- bzw. Persönlichkeitsrechte der betroffenen Personen dar.

Gemäss der heutigen Regelung müssen Mitwirkungspflichtige bei den sog. Schnittmengenberechnungen einzig dann Auskünfte erteilen, wenn die Ergebnisse eine eindeutige oder zumindest eine möglichst eindeutige Benutzeridentifikation zulassen. Neu müssten die Mitwirkungspflichtigen auf Verlangen der anordnenden Behörde auch bei nicht eindeutigen Ergebnissen, das heisst bei Mehrfachtreffern, die falsch-positiven Ergebnisse herausgeben. Dies kann eine sehr grosse Anzahl von Personen betreffen. Die Schnittmengenberechnung ist der Versuch, das Fehlen einer wichtigen Information durch den Vergleich mehrerer Ereignisse (d.h. mehrere Internetverbindungen) zu kompensieren. Die meisten dieser Internetverbindungen haben unbedenkliche Inhalte als Ziel. Es befinden sich darunter vielleicht nur wenige (wenn überhaupt), die kritische Inhalte als Ziel haben. Es ist möglich, dass die Strafverfolger aus Gründen, die sie nicht beeinflussen können, nicht in der Lage sind, aussagekräftige Informationen zu beschaffen. Dass aber mit Hilfe dieser nicht aussagekräftigen Informationen und der Schnittmengenberechnung in die Grund- bzw. Persönlichkeitsrechte von vielen betroffenen Personen eingegriffen werden soll, ist aus Sicht asut nicht verhältnismässig.

Mit anderen Worten führt dieser Überwachungstyp zu einer Datenbeschaffung auf Mutmassung zu generellen Abklärungszwecken (sog. fishing expeditions). Wie der Dienst ÜPF in den Erläuterungen richtigerweise ausführt, ist der Überwachungstyp daher in der Schwere des Grundrechtseingriffs mit dem Antennensuchlauf vergleichbar.

Aus Sicht asut, ist es mehr als fragwürdig, ob sich ein solch schwerer Eingriff für nur sehr beschränkt erfolgsversprechende Strafverfolgungszwecke (fishing expeditions) rechtfertigen lässt und inwiefern den Anforderungen aus dem Datenschutzgesetz Art. 25 Abs. 2 lit.c ff. Rechnung getragen werden kann. Die Grundpfeiler des Datenschutzrechts und EMRK Art. 8 scheinen damit tangiert. Fraglich ist zudem auch die genügende gesetzliche Grundlage im BÜPF, weil mit diesem neuen Überwachungstyp viel mehr als nur die Randdaten *der überwachten Person* im Sinne von Art. 26 Abs. 1 Bst. b BÜPF geliefert werden müssten.

Vor diesem Hintergrund stellt asut den Antrag, Art. 60a E-VÜPF ersatzlos zu streichen.

3.9. Übergangsbestimmungen (Art. 74c E-VÜPF)

Bei den Auskünften gemäss Art. 38a, 42a und 43a handelt es sich um neue, komplexe Auskunftstypen die von den FDA von Grund auf neu entwickelt, implementiert und erfolgreich getestet werden müssen. Die in Art. 74c E-VÜPF veranschlagte Umsetzungsfrist von 6 Monaten ist deshalb klarerweise zu kurz bemessen. Eine Übergangsfrist von 18 Monaten wäre vor diesem Hintergrund angemessen.

asut beantragt gemäss Pkt. 3.5 obenstehend eine ersatzlose Streichung von Art. 60a E-VÜPF. Sollte wider Erwarten diesem Antrag nicht entsprochen werden, so gilt es darauf hinzuweisen, dass dieser neue Überwachungstyp von Grund auf und in Zusammenarbeit im externen Lieferanten entwickelt werden müsste. Die dazu benötigte minimale Umsetzungsfrist beträgt 18 Monate.

asut beantragt gemäss Pkt. 3.4 obenstehend die ersatzlose Streichung von Art. 55a E-VÜPF. Sollte wider Erwarten diesem Antrag nicht entsprochen werden obliegt es den einzelnen Mitgliedern zu entscheiden, ob die Vorschrift trotz der fehlenden gesetzlichen Grundlage gleichwohl umgesetzt wird. Ungeachtet dessen müsste auch hier eine minimale Umsetzungsfrist von 18 Monaten gewährt werden, da auch dieser Echtzeitzeitüberwachungstyp in Zusammenarbeit mit externen Lieferanten von Grund auf neu entwickelt werden müsste.

4. Änderung der Verordnung des EJPD über die Durchführung der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (E-VD-ÜPF)

Mit den vorgeschlagenen Änderungen der VD-ÜPF kann sich asut einverstanden erklären.

Konkrete Änderungsanträge zu einzelnen Artikeln finden Sie im Anhang. Wir danken Ihnen bestens für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen bei Fragen mit unseren Fachexpertinnen und Fachexperten gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Judith Bellaiche
Präsidentin

Christian Gasser
Geschäftsführer