

Nachrichtendienst des Bundes
Rechtsdienst
Papiermühlestrasse 20
3003 Bern

Bern, 28. Juni 2013

asut-Stellungnahme zum Entwurf für ein Nachrichtendienstgesetz (NDG)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur Revision des Nachrichtendienstgesetzes und bitten Sie, die Anliegen der Telekommunikationsbranche zu berücksichtigen.

1. Genehmigungspflichtige Massnahmen (Art. 22 ff. E-NDG)

Eine wesentliche Neuerung betrifft den Ausbau der genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen gemäss Art. 22 ff. E-NDG. Ein zentrales Element bilden dabei die Überwachungsmassnahmen im Bereich des Fernmeldeverkehrs. Neben den Überwachungen im Bereich der Strafverfolgung sollen die FDA neu auch verpflichtet werden, Überwachungsanordnungen des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB) auszuführen.

Für die asut ist es zentral, dass sich die Aufwände für die Durchführung dieser zusätzlichen Überwachungsanordnungen in einem vernünftigen und vertretbaren Rahmen halten. Dabei gilt es vorab anzumerken, dass die FDA für ihre Aufwendungen im Bereich der Fernmeldeüberwachung vom Bund keine kostendeckende Entschädigung erhalten. Gemäss Art. 16 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (SR 780.1; BÜPF), auf welches der Bundesrat in seinem Bericht zum Vorentwurf des Nachrichtendienstgesetzes vom 08. März 2013 (nachfolgend „BR-Bericht“) referenziert¹, erhalten die FDA für die entstandenen Aufwendungen bei einer einzelnen Überwachung vielmehr lediglich eine angemessene Entschädigung. Die Kosten für die notwendigen Einrichtungen der Überwachung, welche in der Regel den grössten Kostenblock ausmachen, gehen sogar vollumfänglich zu Lasten der FDA. An diesem Konzept will der Bundesrat auch im Rahmen der Revision des BÜPF festhalten².

Gemäss den Ausführungen des Bundesrates ist mit einer nur sehr geringen Anzahl von zusätzlich zu erwartenden Überwachungen des NDB zu rechnen. Im Bericht wird von geschätzten zehn genehmigungspflichtigen Fällen pro Jahr gesprochen³, was im Vergleich zur Anzahl der Überwachungen im Bereich der Strafverfolgung in der Tat nur einen sehr geringen Anteil ausmachen würde.

Neben dem reinen Mengengerüst ist es jedoch zentral, dass im NDG keine über das BÜPF hinausgehenden Massnahmen und Verfahren definiert werden. Das BÜPF regelt abschliessend und einheitlich die Pflichten der FDA im Bereich der Fernmeldeüberwachung und dies unabhängig davon, welche Behörde des Bundes oder der Kantone über den Dienst ÜPF eine Fernmeldeüberwachung anordnet. Es muss somit sichergestellt

¹ Vgl. BR-Bericht Seite 39.

² Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) vom 27. Februar 2013, Seite 2758.

³ Vgl. BR-Bericht Seite 37.

werden, dass über das NDG keine zusätzlichen formalen oder inhaltlichen Anforderungen an die Überwachungsleistungen der FDA gestellt werden können. Das NDG sollte sich, was die Überwachungsmöglichkeiten betrifft, vollumfänglich ans BÜPF halten bzw. auf selbiges referenzieren. Eine sachliche Rechtfertigung für eine Abweichung von diesem Grundsatz ist nicht ersichtlich. In den Materialien zum neuen NDG wird entsprechend nirgends dargelegt, weshalb bei der Verfolgung einer Straftat andere Überwachungsmaßnahmen zur Anwendung kommen sollten als bei einer Anordnung zu nachrichtendienstlichen Zwecken. Bei der Lektüre des Berichtes zum Vorentwurf des NDG erhält man vielmehr den Eindruck, dass es auch die Absicht des Bundesrates sei, gleiche Massnahmen und Verfahren wie sie im BÜPF vorgesehen sind zu verwenden. Auf Seite 39 des BR-Berichtes wird beispielsweise explizit darauf hingewiesen, dass der NDB in technischer Hinsicht das Verfahren gemäss BÜPF übernehmen soll.

Im Entwurf des neuen Gesetzes wird dieses, soweit ersichtlich unbestrittene Postulat jedoch nicht konsequent umgesetzt. Indes fällt auf, dass insbesondere die konkreten genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen (und somit die Pflichten der FDA) in **Art. 22 Abs. 1 lit. a-d E-NDG** teilweise unterschiedlich umschrieben und definiert werden als dies im BÜPF (bzw. im Entwurf zum revidierten BÜPF) und dessen Verordnung (VÜPF) der Fall ist. Nachfolgende Beispiele illustrieren diese Bedenken:

- Art. 22 Abs. 1 lit. b E-NDG definiert „*die Überwachung eines Fernmeldeanschlusses*“ als mögliche Beschaffungsmassnahme. Gemäss dem BR-Bericht soll eine solche Überwachung auch der Identifizierung der Person dienen, welche den Anschluss benutzt und von der die Bedrohung ausgeht⁴. Diese Terminologie lässt sich im BÜPF jedoch nicht finden. In Art. 15 BÜPF und Art. 26 des Entwurfes zum neuen BÜPF (nachfolgend E-BÜPF⁵) ist vielmehr einzig die Rede von der Überwachung des *Fernmeldeverkehrs der überwachten Person*. Dies hat seinen Grund. Speziell im Bereich der Internetnutzung ist es für eine FDA faktisch nämlich gar nicht möglich, die Person zu identifizieren, welche den Anschluss tatsächlich benutzt hat. In der Botschaft zum neuen BÜPF hält der Bundesrat diesbezüglich entsprechend und unmissverständlich fest, dass es nicht in der Macht einer FDA steht anzugeben, wer einen Computer auch tatsächlich benutzt hat⁶.
- In Art. 22 Abs. 1 lit. c E-NDG wird vom Einholen von Auskünften gesprochen, wann und mit welchen Personen oder Anschlüssen die betreffenden Personen oder die überwachten Anschlüsse über den Fernmeldeverkehr Verbindung haben oder gehabt haben, sowie über Verkehrs- und Rechnungsdaten. Auch diese Umschreibung ist neu und entspricht nicht der Terminologie des BÜPF. In Art. 26 Abs. 1 des E-BÜPF wird in diesem Zusammenhang vielmehr nur noch von sogenannten Randdaten des Fernmeldeverkehrs der überwachten Person gesprochen. Eine Aushändigung solcher Randdaten ist im Übrigen auch nur vergangenheitsbezogen möglich (vgl. Art. 26 Abs. 4 E-BÜPF). Der Wortlaut von Art. 22 Abs. 1 lit. c E-NDG erwähnt demgegenüber auch eine Abfrage in Echtzeit („Verbindungen haben“).
- Auch bei der Ortung der mobilen Kommunikationsvorgänge werden in Art. 22 Abs. 1 lit. d E-NDG andere Vorgaben formuliert als im entsprechenden Art. 16 lit. b der VÜPF. Dies erstaunt zumal im BR-Bericht ausdrücklich auf die Überwachungsmaßnahme gemäss Art. 16 lit. b VÜPF Bezug genommen wird. Im BR-Bericht wird zudem erwähnt, dass mit diesem Überwachungstyp angeblich auch die *Bewegungen von Personen überwacht werden können*⁷. Eine solche eigentliche *Bewegungsüberwachung* sieht das BÜPF bzw. dessen Verordnung jedoch klarerweise nicht vor und könnte von den FDA auch schwerlich vollzogen werden.

Die erwähnten Beispiele zeigen auf, dass eine vom BÜPF abweichende Umschreibung der Überwachungsmaßnahmen und –typen zu unterschiedlichen Auslegungen und damit zu einer unklaren Rechtslage führen können. Es bestünde die Gefahr, dass der NDB gestützt auf diesen, vom BÜPF abweichenden Wortlaut, anderweitige oder gar weitergehende Forderungen an den ÜPF und somit an die FDA stellen könnte. Es muss vermieden werden, dass die Pflichten der FDA im Bereich der Überwachung des Fernmeldeverkehr über das NDG ausgebaut werden. Andernfalls müsste im Gesetz explizit geregelt werden, dass die Kosten für zusätzliche Einrichtungen der Überwachung vollumfänglich vom Bund getragen werden.

Vor diesem Hintergrund stellt es den **Antrag, auf eine eigenständige Umschreibung der möglichen Fernmeldeverkehrsüberwachungsmaßnahmen im NDG zu verzichten und Art. 22 Abs. 1 lit. a-d E-NDG zu streichen**. Stattdessen sei explizit und ausschliesslich auf die im BÜPF vorgesehenen

⁴ Vgl. BR-Bericht Seite 39.

⁵ Vgl. unter <http://www.bj.admin.ch/content/dam/data/sicherheit/gesetzgebung/fernmeldeueberwachung/entw-d.pdf>

⁶ Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) vom 27. Februar 2013, Seite 2736.

⁷ Vgl. BR-Bericht Seite 39.

Beschaffungs- bzw. Überwachungsmassnahmen zu verweisen. Im 4. Abschnitt des E-NDG sollte weiter ein allgemeiner Hinweis angebracht werden, dass Überwachungsmassnahmen im Bereich des Fernmeldeverkehrs über den ÜPF und gemäss den Vorgaben und Prozessen des BÜPF erfolgen.

Schliesslich erlauben wir uns den Hinweis, dass auch die in **Art. 22 Abs. 1 lit. g E-NDG** vorgesehene Beschaffungsmassnahme sehr offen und damit letztlich unklar formuliert ist. Unter den Begriffen „Computersystem“ und „Computernetzwerk“ kann man bei einer weiten Auslegung beispielsweise auch ganze Email-Systeme, ganze Cloud Dienste oder ganze mit dem Internet verbundene Transportsysteme verstehen. Eingriffsmöglichkeiten des NDB in solche Systeme und Netzwerke würden aber zu weit gehen. **Art. 22 Abs. 1 lit. g E-NDG ist daher dahingehend zu präzisieren, dass sich die Eingriffsmöglichkeiten gemäss Ziffer 1 und Ziffer 2 auf den rein privaten Bereich beschränken (d.h. Computersysteme und –netzwerke von konkreten „Endnutzern“).** Weiter sollte sichergestellt und statuiert werden, dass diese Massnahmen keine Drittkunden beeinträchtigen dürfen. FDA könnten den betroffenen Kunden keine befriedigenden Erklärungen für solche Leistungsstörungen geben.

2. Entscheidmechanik (Art. 23 und Art. 70 E-NDG)

Wie auch schon im BÜPF fehlt es auch bei der Entscheidmechanik gemäss E-NDG an der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen der Frage, ob in einem bestimmten Fall Überwachungsmassnahmen an sich angeordnet werden dürfen und der Frage, welche konkreten Überwachungsmassnahmen resp. -handlungen überhaupt möglich sind und von den FDA zur Verfügung gestellt werden müssen.

Die Entscheidmechanik auf dem Weg von der Anordnung bis zur Durchführung von Überwachungshandlungen weist die gleichen Schwächen auf wie sie bereits im BÜPF feststellbar sind:

Gemäss Art. 23 E-NDG kann der NDB die Überwachung anordnen, die Genehmigung muss danach durch das Bundesverwaltungsgericht und den Vorsteher VBS erfolgen (Analogie in StPO/BÜPF: Anordnung Staatsanwalt, Genehmigung Zwangsmassnahmengericht). Die genannten Behörden prüfen dabei nur in allgemeiner Hinsicht, ob im konkreten Fall aus sicherheitspolitischen Überlegungen überhaupt eine Überwachung des Fernmeldeverkehrs einer zu überwachenden Person in Frage kommt. In verwaltungsrechtlicher Hinsicht prüfen sie jedoch nicht, ob eine FDA zur Durchführung einer ganz bestimmten – allenfalls sogar völlig neuen - technischen Überwachungsmassnahme verpflichtet werden kann. Letzteres müsste jeweils zumindest von einer Verwaltungsbehörde, z.B. dem ÜPF auf Antrag einer belasteten FDA geprüft werden. Genau das soll aber der ÜPF gemäss dem in der NDG-Vorlage abgeänderten Art. 13 Abs. 1 lit. a E-BÜPF gerade nicht können. Vielmehr soll er lediglich gegenüber den FDA den Vollzug der genehmigten Überwachungen durchsetzen, selbst dann also, wenn die entsprechenden Überwachungsarten nicht zum verwaltungsrechtlichen Pflichtenheft der FDA gehören **Damit droht den FDA eine ständige Erweiterung ihrer Inanspruchnahme, wobei das Kostenrisiko einseitig zu deren Lasten geht.**

Weiter ist auf folgende Unstimmigkeit hinzuweisen: Das Bundesverwaltungsgericht kommt gemäss NDG gleich zweimal zum Zug, allerdings in völlig unterschiedlichen Rollen. Erst soll es die sicherheitspolitische Prüfung vornehmen, ob eine Überwachungsmassnahme in einem Fall angezeigt und verhältnismässig ist. Dabei nimmt es keine Prüfung vor, ob eine ganz konkrete Massnahme von den FDA überhaupt umgesetzt werden muss. Der ÜPF, bei welchem diese Prüfung sachgerechterweise an sich liegen müsste, darf diese Prüfung wie dargelegt ebenfalls nicht vornehmen. Erweist sich die vom Bundesverwaltungsgericht genehmigte und vom ÜPF gegenüber der FDA entsprechend „blind“ zur Durchführung verfügte Massnahme als für die betroffene FDA unter verwaltungsrechtlichen Aspekten als unhaltbar oder gar unzulässig, so bleibt dieser FDA ausschliesslich noch die Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Dabei ist es selbstredend höchst unsicher, inwieweit dieses noch dazu bereit sein wird, eine von ihm selbst genehmigte Massnahme anschliessend unter anderen Gesichtspunkten wieder in Frage stellen wird.

Letztlich ist auch unklar, ob sich dieses Beschwerdeverfahren nun nach den Regeln von Art. 71 E-NDG richtet oder nach den Regeln des BÜPF (bisher sieht die VÜPF eine solche Beschwerdemöglichkeit vor, neu wäre eine zu Art. 71 E-NDG analoge aber nicht deckungsgleiche Regelung in Art. 42 E-BÜPF vorgesehen).

Grundsätzlich müssen diese Probleme rund um die mangelhafte Entscheidmechanik gemeinsam mit der BÜPF Revision angepackt werden.

3. Kabelaufklärung (Art. 34 ff. E-NDG)

Den neuen Bestimmungen zur Kabelaufklärung gemäss Art. 34 ff E-NDG steht die asut ablehnend gegenüber.

Dieses neu vorgeschlagene Instrument der leitungsgebundenen Netzüberwachung stellt für die beteiligten Akteure vorab eine grosse „Unbekannte“ bzw. „Black Box“ dar. Im bundesrätlichen Bericht wird nicht konkretisiert, wie diese neue Überwachungsmassnahme technisch und organisatorisch realisiert werden soll, mit welchen Aufwänden und Kosten gerechnet werden muss oder in welchem Ausmass persönlichkeitsrelevante Informationen gesammelt, aufbewahrt und ausgewertet werden. Der Bundesrat sagt im Bericht vielmehr, dass sich der Aufwand für die Realisierung der leitungsgebundenen Netzüberwachung nicht abschätzen lässt und auch unklar ist, welche Datenströme überhaupt betroffen sind⁸. Zur technischen Realisierbarkeit wird erwähnt, dass hierfür vorab nähere Abklärungen durchzuführen seien und diese Fragen zwischen der durchführenden Stelle ZEO und den Providern geklärt werden soll. Hinweise, wie eine diese Klärung zwischen der Behörde und den privaten Dienstleistern erfolgen soll, sind dem Bericht oder dem Gesetzesentwurf jedoch nicht zu entnehmen.

Im Ergebnis soll vorliegend somit eine gesetzliche Grundlage für eine relativ umfassende Überwachungsmassnahme geschaffen werden, bevor Erkenntnisse über den damit verbundenen Aufwand, die Verhältnismässigkeit, den Nutzen oder die Wirksamkeit der Massnahme vorliegen. Dieses Vorgehen erstaunt.

asut erlaubt an dieser Stelle insbesondere darauf hinzuweisen, dass die technische Implementierung und Durchführung von neuen Überwachungsmassnahmen bei den FDA erfahrungsgemäss sehr hohe Kosten verursacht. Obwohl vorliegend wie dargelegt letztlich unklar ist, welche Leistungen die FDA im Detail erbringen müssten, kann grundsätzlich gesagt werden, dass sich leitungsgebundene Überwachungen um ein Vielfaches aufwändiger gestalten als die im Bericht mehrfach erwähnten und heute praktizierten Funkaufklärungen. Im Gegensatz zur Funkaufklärung, wo vereinfacht ausgedrückt in erster Linie eine Antenne ausgerichtet wird, muss bei der Netzüberwachung jeweils ein physikalischer Zugang eingerichtet werden. Um sämtliche Signale mit einem internationalen Bezug erfassen zu können, müssten somit an sämtlichen Einrichtungen sämtlicher FDA (inkl. Dritter) die entsprechenden Abhörvorrichtungen installiert werden, was äusserst aufwändig bzw. kaum realisierbar wäre. **Die FDA müssten ausserdem für alle entsprechenden Kosten voll entschädigt werden und nicht nur für die Kosten der Lieferung der Signale an den durchführenden Dienst, wie es jetzt in Art 38 Abs. 4 E-NDG vorgesehen ist.**

Gemäss Art. 34 E-NDG soll die Kabelaufklärung weiter nur für den grenzüberschreitenden Verkehr gelten und entsprechend ist die Verwendung von Signalen dann unzulässig, wenn sich sowohl der Sender als auch der Empfänger in der Schweiz befindet. Für uns ist unklar, wie sich diese Vorgaben in der Praxis umsetzen lassen. Der Fernmeldeverkehr kann heute beliebig umgeleitet werden und entsprechend können auch rein nationale Gespräche einen „Umweg“ übers Ausland machen. Dies gilt insbesondere auch für den Leitweg von IP-Datenpaketen. Entsprechend muss damit gerechnet werden, dass mit der Kabelaufklärung auch rein inländische Signale und Personendaten erfasst und gespeichert werden.

Zusammenfassend ist der Vorschlag zur Kabelaufklärung nach unserem Dafürhalten nicht ausgereift und aus den erwähnten Gründen abzulehnen. Wird ungeachtet der geäusserten Bedenken am Vorhaben festgehalten, so erachten wir es als **zwingend nötig, vorgängig gemeinsam mit den FDA eine einlässliche Kosten-Nutzen- und eine Machbarkeitsanalyse zu machen und gestützt darauf die offenen Formulierungen im Bereich der Kabelaufklärung zu präzisieren.**

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und Anträge und stehen für Erläuterungen dazu selbstverständlich zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen

asut – Schweizerischer Verband
der Telekommunikation



Peter Grütter
Präsident

⁸ Vgl. BR-Bericht Seite 53.