

Carolina Bever

Die Modernisierung des schweizerischen Überwachungsrechts im Zeitalter von 5G

Spannungsfelder und Rechtsschutz

Seit 2019 wird die fünfte Mobilfunkgeneration (5G) in der Schweiz kontinuierlich ausgebaut. Mit der jüngsten Revision der Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (VÜPF) schuf der Verordnungsgeber die rechtliche «Infrastruktur», um die Vorteile von 5G für die gezieltere und effizientere Überwachung des Fernmeldeverkehrs zu nutzen. Dieser Beitrag untersucht, wie die wesentlichsten Änderungen der revidierten VÜPF aus verfassungsrechtlicher Sicht zu werten sind, und wie sich der gerichtliche Rechtsschutz im Überwachungsrecht gestaltet.

La cinquième génération de téléphonie mobile (5G) est déployée de manière continue en Suisse depuis 2019. Avec la récente révision de l'ordonnance sur la surveillance de la correspondance par poste et télécommunication (OSCPT), le législateur a créé l'«infrastructure» juridique permettant d'exploiter les avantages de la 5G pour une surveillance plus ciblée et plus efficace de la correspondance par télécommunication. La présente contribution examine comment les modifications les plus importantes de l'OSCPT révisée doivent être appréciées du point de vue du droit constitutionnel et comment se présente la protection juridique en matière de droit de la surveillance.

I. Einleitung

II. Gesetzliche Grundlagen der Fernmeldeüberwachung in der Schweiz

1. Zulässigkeit
2. Sachlicher Anwendungsbereich des BÜPF
3. Persönlicher Anwendungsbereich des BÜPF

III. Eckpunkte der VÜPF-Revision

1. Allgemeines
2. Auskunftstypen
3. Überwachungstypen

IV. Rechtliche Beurteilung

1. Ausweitung der Vorratsdatenspeicherung
2. Exakte Positionsbestimmung mittels LALS
3. Automatisierte Bearbeitung von Anfragen

V. Rechtsschutz im Überwachungsrecht

1. Vorbemerkung
2. Gesetzliche Rechtsbehelfe
3. Würdigung

I. Einleitung

Am 1. Januar 2024 trat die revidierte Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (VÜPF) in Kraft.¹ Ausgangspunkt der Revision bildet der schweizweite Ausbau der fünften Mobilfunkgeneration (5G) sowie die zahlreichen neuen Anwendungsbereiche in der mobilen Kommunikation, welche hieraus resultieren.² Um die Entstehung von Überwachungslücken zu verhindern, sah der Bundesrat die Notwendigkeit, das bisherige Überwachungsinstrumentarium der VÜPF an die durch 5G neu geschaffenen Kommunikationsmöglichkeiten anzupassen. Neben kleineren Modifikationen am bestehenden Gesetzestext wurde die VÜPF daher um einige Auskunft- und Überwachungstypen erweitert, welche es den Behörden erlauben, das Nutzungspotenzial von 5G für die Zwecke der Überwachung einzusetzen.³

Der vorliegende Beitrag setzt sich mit den wichtigsten Eckpunkten der VÜPF-Revision auseinander und diskutiert diese kritisch. Hierzu werden zunächst die gesetzlichen Grundlagen der staatlichen Überwachung kurz erläutert, bevor auf die wesentlichsten Aspekte der Revision eingegan-

CAROLINA BEVER, M.A. HSG, Zürich.

Die Autorin bedankt sich bei Prof. Dr. Simon Schlauri, Rechtsanwalt, Christian Grasser, Geschäftsführer asut, und Walter Hediger, ehem. Head of Regulatory Affairs bei Verizon Switzerland, für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

- 1 Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (VÜPF) vom 15. November 2017 (SR 780.11); Medienmitteilung des Bundesrats vom 15. November 2023.
- 2 Bundesamt für Kommunikation (BAKOM), 5G-Faktenblatt vom Januar 2020, 5 f., abrufbar unter <www.bakom.admin.ch/dam/bakom/de/dokumente/faktenblatt_5g.pdf.download.pdf/faktenblatt_5g.pdf>; alle Links zuletzt aufgerufen am 28. September 2024.
- 3 Teilrevisionen von Ausführungserlassen des Bundesgesetzes über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF), Erläuterungen des EJPD vom 15. November 2023, 5 f., abrufbar unter <www.news.admin.ch/news/message/attachments/84374.pdf>.

gen wird. Kern dieses Beitrags bildet neben der rechtlichen Würdigung der revidierten VÜPF auch die Frage, welche Möglichkeiten den Überwachungssubjekten zur Verfügung stehen, um die Rechtmässigkeit der diskutierten Verordnungsänderungen gerichtlich überprüfen zu lassen.

II. Gesetzliche Grundlagen der Fernmeldeüberwachung in der Schweiz

1. Zulässigkeit

Nach Art. 13 Abs. 1 BV⁴ hat jede Person in der Schweiz einen Anspruch auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens, ihrer Wohnung sowie ihres Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs. Absatz 2 gewährt darüber hinaus einen Anspruch auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten. Der Schutzbereich von Art. 13 BV stimmt weitgehend mit jenem von Art. 8 EMRK überein, welcher in Absatz 1 ein Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens, der Wohnung und der Korrespondenz statuiert.⁵ Aus Art. 13 BV sowie Art. 8 EMRK ergibt sich nicht zuletzt das Recht des Einzelnen auf informationelle Selbstbestimmung, wonach jede Person selbst darüber entscheidet, wann und gegenüber wem sie ihre persönlichen Lebenssachverhalte offenlegt.⁶

Die staatliche Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs – verstanden als die Erhebung, Speicherung und Auswertung von Daten, welche über Post- und Fernmeldedienste übertragen werden – stellt einen Eingriff in diese geschützten Grundrechtspositionen dar.⁷ Entsprechend den in Art. 36 BV genannten Voraussetzungen müssen staatliche Überwachungsmaßnahmen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein, das Verhältnismässigkeitsprinzip wahren und auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen.⁸ Schwerwiegende Grundrechtseingriffe bedürfen überdies einer formell-gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV).

2. Sachlicher Anwendungsbereich des BÜPF

Die einschlägigen Normen des Überwachungsrechts finden sich vornehmlich in den Art. 269 ff. StPO⁹ sowie im Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF).¹⁰ Das BÜPF definiert die allgemeinen Leitplanken der staatlichen Überwachungstätigkeit, namentlich die zuständigen Behörden und deren Verantwortungsbereiche (Art. 3–14a BÜPF), die mitwirkungspflichtigen Anbieterinnen von Kommunikationsdienstleistungen (Art. 2 BÜPF) sowie deren Aufgaben und Pflichten (Art. 19–30 BÜPF). Die Normen des BÜPF werden durch eine Reihe von Ausführungserlassen präzisiert und ergänzt, allen voran die Verordnung betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (VÜPF).¹¹

Art. 1 Abs. 1 BÜPF konkretisiert den sachlichen Geltungsbereich des BÜPF. Dieser umfasst die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs für die Zwecke der Strafverfolgung (lit. a), des Vollzugs von Rechtshilfersuchen (lit. b), der Suche nach vermissten Personen (lit. c), der Fahndung nach straffälligen Personen (lit. d) sowie des Voll-

zugs des Nachrichtendienstgesetzes (NDG) sowie des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS). Der Begriff des «Fernmeldeverkehrs» ist dabei weit auszulegen; so werden grundsätzlich auch neuartige Kommunikationstechnologien, bspw. im Bereich der Internettelefonie (Skype, Zoom etc.; man spricht teils auch von Over-the-Top- oder OTT-Diensten), unter diesen Terminus subsumiert.¹²

3. Persönlicher Anwendungsbereich des BÜPF

Art. 2 lit. a–f BÜPF definieren, welche Unternehmen zur Mitwirkung an der Überwachungstätigkeit des Staates verpflichtet werden können (*mitwirkungspflichtige Personen*, kurz MWP). Die Strafverfolgungsbehörden der Kantone gelangen dabei zunächst an den Dienst ÜPF, welcher die angeforderten Daten bei den Unternehmen anfragt und anschliessend den Behörden zur Auswertung und Analyse weiterleitet.¹³

Je nach gesetzlicher Personenkategorie ergeben sich für das jeweilige Unternehmen unterschiedliche Mitwirkungspflichten, welche in Art. 21 ff. BÜPF normiert sind. Bei den MWP handelt sich in erster Linie um die klassischen Fernmeldediensteanbieterinnen (FDA) i.S.v. Art. 3 lit. b des Fernmeldegesetzes (FMG), wie bspw. Swisscom oder Salt.¹⁴ Erfasst sind nach Art. 2 lit. c BÜPF jedoch auch Anbieterinnen von Diensten, die sich auf Fernmeldedienste stützen und eine Einweg- oder Mehrwegkommunikation ermöglichen (*Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste*,

4 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 (SR 101).

5 U. HÄFELIN/W. HALLER/H. KELLER/D. THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Basel 2016, N 380; J. PÄTZOLD, Kommentar EMRK, Basel 2022, EMRK 8 N 3 ff.

6 BGE 142 II 340 ff. E. 4.2 m.w.H.; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 5), N 389; S. BREITENMOSER, in: B. Ehrenzeller/P. Egli/P. Hettich/P. Hongler/B. Schindler/S. G. Schmid/R. J. Schweizer, Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, St. Gallen 2014, BV 13 N 64; PÄTZOLD (Fn. 5), N 115.

7 Statt vieler BGE 144 I 126 ff. E. 8.4; EGMR vom 2. September 2010, 35623/05, «Uzun gegen Deutschland», Rz. 43 ff.

8 G. BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Orell Füssli Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017, BV 13 N 10a; A. EPINEY, Staatliche Überwachung versus Rechtsstaat: Wege aus dem Dilemma?, AJP 2016, 1503 ff., 1505.

9 Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0).

10 Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF) vom 18. März 2016 (SR 780.1); HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR (Fn. 5), N 385.

11 Etwa die FV-ÜPF (SR 780.115.1), die VD-ÜPF (SR 780.117) oder die VVS-ÜPF (SR 780.12).

12 BBl 2013, 2704; T. HANSJAKOB, Überwachungsrecht der Schweiz, Kommentar zu Art. 269 ff. StPO und zum BÜPF, Zürich 2018, N 1323 ff.

13 Der *Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr* (Dienst ÜPF) ist die zentrale Überwachungsbehörde auf Bundesebene und sorgt für die rechtskonforme Durchführung der staatlichen Überwachungsmaßnahmen, s. www.li.admin.ch/de/dienst-uepf (März 2024).

14 HANSJAKOB (Fn. 12), N 1372 ff.; Dienst ÜPF, Merkblatt «Abgrenzung zwischen Fernmeldediensteanbieterinnen (FDA) und Anbieterinnen abgeleiteter Kommunikationsdienste (AAKD)» vom 1. März 2018, 3 f., abrufbar unter www.li.admin.ch/sites/default/files/2018-03/Merkblatt%20FDA-AAKD_0.pdf.

kurz AAKD). Im Gegensatz zu den FDA nehmen AAKD die Übertragung und Beförderung von Daten nicht selbständig vor, sondern lagern diesen Teil der Leistungserbringung an FDA aus. Zu den AAKD zählen bspw. Internetdienstleister wie Facebook, Instant-Messaging-Dienste wie WhatsApp oder Threema sowie Anbieterinnen von Cloud Services und Internettelefoniediensten.¹⁵ Der grundsätzlich sehr breit gefasste persönliche Geltungsbereich des BÜPF soll gewährleisten, dass möglichst sämtliche Anbieterinnen von Kommunikationsdienstleistungen zur Kooperation mit den Strafverfolgungsbehörden verpflichtet werden können, um die Entstehung von Schlupflöchern in der Überwachung zu verhindern.¹⁶

III. Eckpunkte der VÜPF-Revision

1. Allgemeines

Neben der Präzisierung einzelner Bestimmungen zielte die VÜPF-Revision hauptsächlich auf eine Verbesserung des bestehenden Überwachungsinstrumentariums ab, indem drei neue Auskunftstypen in Art. 48a-48c VÜPF sowie vier Überwachungstypen in Art. 56a und 56b bzw. Art. 67 lit. b-c VÜPF eingeführt wurden. Zudem erfuhr auch die GebV-ÜPF, die VD-ÜPF sowie die VVS-ÜPF gewisse Anpassungen, darunter etwa eine Verkürzung der Bearbeitungsfristen für Auskünfte durch den Dienst ÜPF.¹⁷

2. Auskunftstypen

Art. 48a-48c VÜPF erlauben es dem Dienst ÜPF, die MWP zur Herausgabe von Informationen hinsichtlich der letzten Nutzungsaktivität verdächtiger Personen zu verpflichten, seien dies Informationen über die Nutzung von E-Mail-Diensten oder anderer Fernmelde- resp. abgeleiteter Kommunikationsdienste. Bei diesen Informationen handelt es sich um «Identifikatoren» wie Adressierungselemente, Gerätenummern oder Teilnehmernummern. Anhand dieser Identifikatoren können die Behörden zuverlässig ermitteln, wann ein Kommunikationsvorgang genau stattfand.¹⁸ Gestützt auf Art. 48c VÜPF können die MWP zudem aufgefordert werden, im Einzelfall Auskunft über den genauen Kommunikationspfad zu geben, inkl. Informationen zu vor- und nachgelagerten Mobilfunknetzen. Im Falle gefälschter oder unbekannter Telefonnummern (bspw. im Zusammenhang mit anonymen Bombendrohungen) lassen sich durch diese Auskünfte wichtige Hinweise auf die Identität der Täterschaft gewinnen.¹⁹

Bei den Daten, welche im Rahmen von Auskünften nach Art. 48a und 48c VÜPF angefragt werden, handelt es sich gemäss erläuterndem Bericht um Angaben zum Zweck der Identifikation nach Art. 22 BÜPF. Die FDA trifft daher während der Dauer der Kundenbeziehung bzw. während 6 Monaten nach deren Beendigung eine Aufbewahrungspflicht hinsichtlich der gesammelten Daten.²⁰ Dies gilt nicht für Auskünfte gestützt auf Art. 48b VÜPF (sofortige Auskünfte über kurzzeitig zugeordnete Identifikatoren); bei

diesem Auskunftstyp wird allerdings verlangt, dass die Erhebung bei den MWP automatisiert erfolgt, um die unmittelbare Verfügbarkeit der Daten zu gewährleisten.²¹

3. Überwachungstypen

Die neuen Auskunftstypen werden zusätzlich um vier Überwachungstypen in Art. 56a f. und Art. 67 VÜPF ergänzt. Diese bilden die Grundlage für die exakte Positionsbestimmung von mobilen Endgeräten, sowohl in Form der Echtzeitüberwachung im Rahmen der Fahndung als auch bei der Notsuche nach vermissten Personen. Der Bedarf an diesen neuen Überwachungstypen ergibt sich aus dem Umstand, dass die 5G-Technologie im Unterschied zu vorherigen Mobilfunkgenerationen nicht bloss die Ermittlung des ungefähren Standorts eines Geräts ermöglicht, sondern neuerdings auch eine genaue Ortsbestimmung. Art. 56a f. und Art. 67 VÜPF erlauben den Überwachungsbehörden somit die präzise Lokalisierung mobiler Endgeräte (genannt LALS, «Lawful Access to Location Services»)²²

IV. Rechtliche Beurteilung

1. Ausweitung der Vorratsdatenspeicherung

Die Beantwortung von Auskunftsanfragen nach Art. 48a und 48c VÜPF erfordert von den MWP, dass sie bestimmte Arten von Fernmeldedaten ihrer Kundschaft auf Vorrat speichern. Die ursprüngliche Revisionsvorlage sah zudem drei weitere Auskunftstypen vor, welche eine zusätzliche Ausdehnung der aufbewahrungspflichtigen Datenkategorien bedingt hätte. Konkret wären die MWP per 1.1.2024 neu verpflichtet gewesen, die von ihrer Kundschaft benutzten Ziel-IP-Adressen und Ziel-Portnummern dauerhaft zu speichern und auf Anfrage an den Dienst ÜPF herauszugeben.²³ Infolge der hiergegen vorgebrachten Kritik im Rahmen der Vernehmlassung²⁴ wurde die Einführung dieser Auskunftstypen in das zweite Revisionspaket verschoben.²⁵ Eine Änderung erfuhr jedoch die Art. 60–63 VÜPF (rückwirkende Überwachung von Randdaten), womit die MWP bereits

15 BBl 2013, 2708; BGer vom 29. April 2021, 2C 544/2020, E. 5, «Einstufung als Anbieterin von Fernmeldediensten».

16 L. DAL MOLIN, Fernmelderechtlicher Rahmen für Anwendungen des «Internet of Things», Jusletter vom 2. Dezember 2019, N 22; E. JAGGI, Die Revision des BÜPF, ZStrR 133/2015, 276 ff., 283 ff.

17 Art. 14 VD-ÜPF; Ber. Revision Ausführungserlasse BÜPF (Fn. 3), 8.

18 J. GASSMANN/D. FEHR-BOSSHARD, Modernisierung des Überwachungsrechts auf Verordnungsstufe (Teil 1), VISCHER Rechtsanwälte, Zürich 2022, Abs. 2; Ber. Revision Ausführungserlasse BÜPF (Fn. 3), 6.

19 Ber. Revision Ausführungserlasse BÜPF (Fn. 3), 41.

20 Art. 22 Abs. 2 BÜPF.

21 Art. 18 Abs. 2 VÜPF; zum Ganzen Ber. Revision Ausführungserlasse BÜPF (Fn. 3), 40 ff.

22 Ber. Revision Ausführungserlasse BÜPF (Fn. 3), 47 ff.

23 Art. 42a, 43, 43a VE-VÜPF.

24 Teilrevisionen vier Ausführungserlasse des BÜPF, Bericht über die Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens vom 15. November 2023, 17, abrufbar unter <www.news.d.admin.ch/news/d/message/attachments/84132.pdf>.

25 Ber. Revision Ausführungserlasse BÜPF (Fn. 3), 4.

nach geltendem Recht die verwendeten Ziel-Portnummern ihrer Kundinnen und Kunden aufbewahren müssen.²⁶

Für die Zwecke der Strafverfolgung sind gewisse MWP von Gesetzes wegen verpflichtet, die Randdaten ihrer Kundenschaft während der Dauer der Kundenbeziehung sowie während sechs Monaten nach deren Beendigung auf Vorrat zu speichern.²⁷ Aus Randdaten gehen keine inhaltlichen Informationen hervor; sie geben einzig Aufschluss darüber, «mit wem, wann, wie lange und von wo aus eine Person eine Fernmeldeverbindung hat oder gehabt hat».²⁸ Art. 273 StPO definiert, unter welchen Voraussetzungen die Strafverfolgungsbehörden befugt sind, die Kommunikationsranddaten von tatverdächtigen Personen bei den MWP einzusehen. Die rückwirkende Herausgabe von Randdaten an Behörden hat namentlich unter der Wahrung des Verhältnismässigkeits- und des Subsidiaritätsprinzips zu erfolgen,²⁹ und bedarf in jedem Fall der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht.³⁰

Befürworter der Vorratsdatenspeicherung weisen darauf hin, dass dieser Überwachungsmaßnahme in der strafrechtlichen Praxis eine enorm wichtige Bedeutung zukommt, führen doch nahezu alle Randdatenerhebungen zu verwertbaren Ergebnissen.³¹ Die Bereithaltung von älteren Datenbeständen durch die MWP kann mitunter einen bedeutenden Beitrag zum polizeilichen Ermittlungserfolg leisten, da zwischen dem Zeitpunkt der Deliktsbegehung und der Erstellung eines hinreichenden Tatverdachts durch die Strafverfolgungsbehörden oft Monate verstreichen.³²

Die Vorratsdatenspeicherung ist aus verfassungsrechtlicher Sicht allerdings nicht unbedenklich. Wie bereits erwähnt, werden im Zuge des Speicherungsprozesses bei den MWP keine Kommunikationsinhalte, sondern blosser Randdaten erfasst. In der Menge und Art, wie diese nach Gesetz mittlerweile gesammelt werden dürfen, erlauben sie jedoch relativ genaue Rückschlüsse auf die privaten Lebensumstände der erfassten Nutzerinnen und Nutzer.³³ Das blosser Wissen um die kontinuierliche und dauerhafte Speicherung der eigenen Fernmeldedaten kann zur Folge haben, dass sich bei den Überwachungsobjekten ein «chilling effect» auf die Ausübung ihrer Meinungsfreiheit einstellt.³⁴ Dies ist insbesondere mit Blick auf die Medienfreiheit (Art. 17 BV) und den journalistischen Quellenschutz kritisch zu sehen.³⁵ Die geplante Ausweitung der aufbewahrungspflichtigen Datenkategorien dürfte diese Problematik weiter verschärfen.

In einem Leitentscheid aus dem Jahr 2018³⁶ hielt das BGer fest, dass die Vorratsdatenspeicherung kein schwerwiegender Eingriff in das verfassungs- und völkerrechtlich geschützte Recht auf Privatsphäre darstellt.³⁷ Damit nimmt die Schweiz eine Sonderstellung im deutschsprachigen Rechtsraum ein: Nachdem der EuGH 2014 die Richtlinie 2006/24/EG über die Vorratsspeicherung von Daten für unionsrechtswidrig erklärt hatte,³⁸ kippte auch der österreichische Verfassungsgerichtshof die nationale Gesetzgebung zur Vorratsdatenspeicherung.³⁹ Und das deutsche Bundesverwaltungsgericht entschied 2023, die nationalen Regelungen zur Vorratsdatenspeicherung für nicht anwendbar zu erklären, nachdem die entsprechende Gesetzgebung

bereits seit 2017 nicht mehr umgesetzt worden war.⁴⁰ Beide Staaten optierten stattdessen für das weniger weitgehende «Quick-Freeze» Verfahren,⁴¹ welches die FDA bloss dann zur Randdatenerhebung verpflichtet, wenn und soweit ein konkreter Tatverdacht gegen eine Person besteht.⁴² Auch im Lichte dieser Entwicklungen im nächsten europäischen Umfeld erscheint die geplante Ausdehnung der Vorratsdatenspeicherung in der Schweiz wenig tragbar.⁴³

26 Die Speicherung und Herausgabe von Portnummern ist auch beim Auskunftstyp «Identifikation der Benutzerschaft bei nicht eindeutig zugeteilten IP-Adressen (NAT)» (Art. 38 VÜPF) vorgesehen.

27 Vgl. Art. 21 Abs. 2 und Art. 22 Abs. 2 BÜPF. Gemäss Botschaft zur Totalrevision des BÜPF im Jahr 2018 beabsichtigte der Bundesrat anfänglich, die Aufbewahrungsfrist auf zwölf Monate zu erhöhen (BBl 2013, 2697 ff.). Aufgrund des regen Widerstandes betroffener Kreise im Zuge des Vernehmlassungsverfahrens wurde dieser Änderungsantrag jedoch verworfen.

28 Art. 8 lit. b BÜPF; s. auch S. BETSCHMANN, Randdatenerhebung im Fernmeldeverkehr gemäss Art. 273 StPO, AJP 2019, 358 f. m.w.H.

29 Art. 273 Abs. 1 i.V.m. Art. 269 Abs. 1 lit. b und c StPO.

30 Art. 273 Abs. 2 StPO. Zum Ganzen HANSAKOB (Fn. 12), N 894 ff.

31 HANSAKOB (Fn. 12), N 851. Vgl. auch die Statistiken des Dienstes ÜPF zur rückwirkenden Überwachung unter «www.li.admin.ch/de» (August 2024).

32 JAGGI (Fn. 16), 287. Vgl. aber die Ergebnisse einer Untersuchung durch die Swiss Network Operators Group aus dem Jahr 2013, welche diesbezüglich relativierend ins Gewicht fallen: Wie sich den Erhebungen des Dienstes ÜPF entnehmen lässt, erfolgen 80% der Abfragen von Vorratsdaten durch die Strafverfolgungsbehörden innerhalb der ersten drei Monate nach der Deliktsbegehung, s. «www.digitale-gesellschaft.ch/uploads/2013/06/Medienmitteilung_SwiNOG_BUEPF_2013_06_13_de.pdf» (August 2024).

33 EGMR vom 12. Januar 2016, 37138/14, «Szabó und Vissy gegen Ungarn», Rz. 70. So auch das BGer in BGE 140 I 353 ff. E. 5.4.

34 EuGH vom 21. Dezember 2016, C-203/15, «Tele2 Sverige AB gegen Post- och telestyrelsen», und vom 21. Dezember 2016, C-698/15, «Secretary of State for the Home Department gegen Tom Watson u.a.», Rz. 101 ff. So auch das BGer in BGE 143 I 147 ff. E. 3.3.

35 EGMR vom 27. März 1996, 17488/90, «Goodwin gegen Vereinigtes Königreich», Rz. 39; M. REINLE, Die Vorratsdatenspeicherung führt zu einer weiteren Gefährdung des journalistischen Quellenschutzes, Medialex 2018, 153.

36 BGE 140 I 353 ff.

37 Der Entscheid des BGer wurde mit Beschwerde an den EGMR weitergezogen, die Streitsache ist derzeit (Stand: 12. August 2024) noch hängig. S. hierzu «www.digitale-gesellschaft.ch/2018/09/27/digitale-gesellschaft-erhebt-beschwerde-am-europaeischen-gerichtshof-fuer-menschenrechte-egmr-vorratsdatenspeicherung-in-der-schweiz/» (August 2024).

38 EuGH vom 8. April 2014, C-293/12 und C-594/12, «Digital Rights Ireland Ltd. et al.»; vgl. aber die neuere Rechtsprechung des EuGH (insbesondere das Urteil vom 30. April 2024, C-470/21), welche der Vorratsdatenspeicherung zunehmend weniger kritisch gegenübersteht.

39 Österreichischer Verfassungsgerichtshof vom 27. Juni 2014, G 47/2012-49, G 59/2012-38, G 62/2012-46, G 70/2012-40 und G 71/2012-36, «Vorratsdatenspeicherung».

40 Deutsches BVerwG vom 14. August 2023, 6 C 6.22, «Vorratsdatenspeicherung». Zum Ganzen T. RIEBE/J. HAUNSCHILD/F. DIVO/M. LANG/G. ROITBURD/J. FRANKEN/C. REUTER, Die Vorratsdatenspeicherung in Europa, Datenschutz und Datensicherheit-DuD 2020, 319.

41 G. KIPARSKI, Die Vorgaben des EuGH zur Vorratsdatenspeicherung und ihre Umsetzung im jüngsten Referentenentwurf, Computer und Recht 2022, 715 ff., N 9.

42 Vgl. § 135 Abs. 2b A-StPO. In Deutschland wurde die Einführung von Quick-Freeze Anfang April 2024 von der Bundesregierung beschlossen, s. «www.bmj.de/DE/themen/digitales/digitale_buergerrechte/quick_freeze/quick_freeze_node.html» (August 2024).

43 Zum Ganzen S. SCHLAURI/D. RONZANI, EuGH: Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie 2006/24/EG für ungültig erklärt, sic! 2014, 573 ff.

2. Exakte Positionsbestimmung mittels LALS

Im Vernehmlassungsverfahren wurde von mehreren Teilnehmenden vorgebracht, dass der Einsatz von LALS nicht bloss eine *Verbesserung*, sondern vielmehr eine *Ausweitung* des bisherigen Überwachungsinstrumentariums der Behörden bedeute. Während die Mobilfunküberwachung bis anhin nur die ungefähre Standortermittlung eines mobilen Endgeräts erlaubte, sei man dank 5G nun in der Lage, die Position eines Mobilgeräts präzise zu lokalisieren. Dieser Vorgang stelle einen verschärften Eingriff in geschützte Grundrechtspositionen dar, welcher nicht vom Anwendungsbereich der geltenden gesetzlichen Bestimmungen gedeckt sei. Die Legiferierung von LALS auf Verordnungsebene kollidiere zudem mit dem Erfordernis der genügenden Normstufe, weshalb dieser Überwachungsmaßnahme die demokratische Legitimation fehle.⁴⁴

Gegenstand der Fernmeldeüberwachung nach Art. 273 StPO ist auch die Standortermittlung einer Person anhand ihrer Mobilfunknutzung.⁴⁵ Da es sich hierbei um eine Erhebung von Randdaten und nicht von Kommunikationsinhalten handelt, wiegt der Grundrechtseingriff nach Auffassung des Gesetzgebers sowie der Rechtsprechung weniger schwer.⁴⁶ Vor diesem Hintergrund liesse sich die Ansicht vertreten, dass die präzisere Ermittlung des Aufenthaltsorts einer Person gerade keine gewichtigere Einschränkung ihrer Grundrechte darstellt, zumal nach wie vor eine blosseranddatenerhebung stattfindet. Ausgehend vom Normzweck des Art. 273 StPO – die Identifizierung und Lokalisierung von mobilen Endgeräten durch die Strafverfolgungsbehörden – könnte ausserdem argumentiert werden, dass auch neuartige Überwachungsmethoden, welche eine effizientere und genauere Datenerhebung ermöglichen, vom Anwendungsbereich der Norm erfasst sein müssen. Zu denken sei etwa an Einsätze dieses Überwachungstyps im Rahmen der Notsuche, welche dank der 5G-Technologie höhere Erfolgsquoten versprechen.

Wenngleich die Erhebung von Randdaten einen insgesamt «milderen» Grundrechtseingriff darstellt, verträgt es sich freilich wenig mit dem Legalitätsprinzip, die Einführung von LALS auf Verordnungsebene zu vollziehen. Es ist schliesslich ein nicht unerheblicher Unterschied, ob im Rahmen der Fernmeldeüberwachung eine grobe Aufenthaltsbestimmung oder aber eine präzise Lokalisierung der Überwachungsobjekte stattfindet.⁴⁷ Als Ausdruck des Gesetzmässigkeitsprinzips sind wichtige rechtsetzende Bestimmungen jedoch in der Form eines Bundesgesetzes zu erlassen.⁴⁸ Begriffssystematisch unschön ist zudem der Umstand, dass Art. 273 StPO nach wie vor vom «Standort» der überwachten Person spricht, neuerdings verstanden als *ungefährer Aufenthaltsort* des Individuums; gleichwohl will der Ordnungsgeber offensichtlich auch die *exakte* Positionsbestimmung vom Anwendungsbereich der Norm erfasst wissen.⁴⁹ Im Interesse der Rechtssicherheit wäre eine präzisierende Begriffsdefinition auf Gesetzesstufe wünschenswert gewesen.

3. Automatisierte Bearbeitung von Anfragen

Gemäss Art. 18 Abs. 2 VÜPF sind Auskünfte nach dem neuen Art. 48b VÜPF (sofortige Auskünfte über kurzzeitig zugeordnete Identifikatoren) automatisiert zu erteilen. Grund dafür ist, dass dieser Auskunftstyp in jenen dringlichen Fällen zur Anwendung gelangen soll, in denen ein unmittelbarer Zugriff auf die erhobenen Daten erforderlich ist. Im Gegensatz zur manuellen Beantwortung von Anfragen erfolgt die automatisierte Auskunft ohne menschliche Mitwirkung. Sie wird direkt von den Systemen der MWP innert 1 Stunde beantwortet und gelangt direkt an die gesuchstellende Behörde.⁵⁰

Die automatisierte Erteilung von Auskünften ist insbesondere dann zweckdienlich, wenn die Anfragen der Überwachungsbehörden keinen zeitlichen Aufschub dulden (bspw. bei einer unmittelbar bevorstehenden Straftat), wenn sie einfach zu beantworten sind oder wenn sie besonders häufig erfolgen. Zumal diese Art der Abwicklung i.d.R. mit hohen Kosten für die betroffenen MWP verbunden ist, gebietet das Verhältnismässigkeitsprinzip, dass der hieraus resultierende finanzielle Aufwand durch entsprechende Ermittlungserfolge der Behörden gerechtfertigt sein muss.⁵¹

Auch hier stellt sich die Frage, ob mit der automatisierten Auskunftserteilung, wie in den Materialien behauptet,⁵² eine blosser Anpassung an technologische Weiterentwicklungen vorgenommen wird, oder ob es sich hierbei um eine generelle Ausdehnung der staatlichen Überwachungsbefugnisse handelt. Es leuchtet zwar ein, dass den Behörden in dringlichen Fällen ein Mechanismus zur Verfügung stehen muss, durch den sie innert kürzester Zeit an wichtige Informationen gelangen können. Im Unterschied zur manuellen Beantwortung entfällt bei der automatisierten Auskunftserteilung jedoch eine rechtliche Überprüfung der Anfrage durch einen menschlichen Intermediär. Die Tragweite dieses fehlenden Rechtsschutzes ist nicht zu unterschätzen.⁵³ Zu begrüssen ist daher die entsprechend vorgenommene An-

44 Ber. Vernehmlassung (Fn. 24), 19; Vernehmlassung Digitale Gesellschaft, Stellungnahme zu Teilrevisionen von vier Ausführungserlassen des BÜPF vom 23. Mai 2022, 2 ff., abrufbar unter www.digitale-gesellschaft.ch/uploads/2022/05/Vernehmlassungsantwort-Digitale-Gesellschaft-VUePF-5G.pdf.

45 HANSJAKOB (Fn. 12), N 282; M. JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, in: M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (Hg.), Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 3. Aufl., Basel 2023, StPO 273 N 6.

46 BBl 2006, 1250; BGE 142 IV 34 ff. E. 4.3.2; 139 IV 98 ff. E. 4.2; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL (Fn. 45), StPO 273 N 1; HANSJAKOB (Fn. 12), N 895.

47 Vgl. insbesondere Vernehmlassung Digitale Gesellschaft (Fn. 44), 3; J. GASSMANN, Schweizer Überwachungsrecht: Neue Instrumente – aber wen betrifft?, 2023, Abs. 4.

48 BIAGGINI (Fn. 8), BV 164 N 3; EPINEY (Fn. 8), 1507; T. GÄCHTER, Überblick/Demokratisch-rechtsstaatliche Prozesse, in: G. Biaggini/T. Gächter/R. Kiener (Hg.), Staatsrecht, Zürich 2015, N 34 ff.

49 Vernehmlassung Digitale Gesellschaft (Fn. 44), 3.

50 Ber. Revision Ausführungserlasse BÜPF (Fn. 3), 17.

51 Ber. Revision Ausführungserlasse BÜPF (Fn. 3), 16.

52 Ber. Revision Ausführungserlasse BÜPF (Fn. 3), 5.

53 Vernehmlassung Digitale Gesellschaft (Fn. 44), 6 f.

passung des Ordnungsgebers, bloss jene MWP der automatisierten Bearbeitungspflicht zu unterstellen, welche hierzu bereits nach älterem Recht verpflichtet sind.⁵⁴

V. Rechtsschutz im Überwachungsrecht

1. Vorbemerkung

Eine abstrakte Normenkontrolle der kritischen VÜPF-Bestimmungen scheidet aufgrund des Anfechtungsverbots von bundesrätlichen Verordnungen in Art. 189 Abs. 4 BV von vornherein aus.⁵⁵ Hingegen ist es der darum ersuchenden Partei nicht verwehrt, die VÜPF zumindest *vorfageweise* – d.h. im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens gegen einen Einzelakt – auf ihre Verfassungs- und Völkerrechtskonformität prüfen zu lassen.⁵⁶ Die vorfrageweise Feststellung einer Gesetz- oder Verfassungswidrigkeit führt jedoch nicht zur Aufhebung der Verordnung, sondern lediglich zur Nichtanwendung der entsprechenden Bestimmung.⁵⁷ Nachfolgend soll aufgezeigt werden, welche gesetzlichen Rechtsbehelfe den Überwachungssubjekten offenstehen, um das revidierte Überwachungsrecht einer konkreten Normenkontrolle zuzuführen.

2. Gesetzliche Rechtsbehelfe

a) Art. 42 BÜPF

Art. 42 BÜPF eröffnet den MWP die Möglichkeit, Verfügungen des Dienstes ÜPF vor BVGer anzufechten.⁵⁸ Mit der Beschwerde nach Art. 42 BÜPF können die MWP technische und verwaltungsrechtliche Mängel von Verfügungshandlungen des Dienstes rügen. Dazu gehört etwa die fehlende Kapazität der angewiesenen MWP, eine Überwachungsanordnung des Dienstes organisatorisch auszuführen.⁵⁹

Nach Art. 42 Abs. 2 BÜPF sind Rügen ausgeschlossen, welche die strafprozessualen Voraussetzungen für die Vornahme einer Überwachungshandlung zum Gegenstand haben (gemeint ist beispielsweise das Vorliegen eines dringenden Tatverdachts o. dgl.).⁶⁰ Dies ergibt sich nach Ansicht des Bundesrats bereits aus Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG⁶¹ (Voraussetzung des schutzwürdigen Interesses): Da es die jeweilig überwachte Zielperson ist, welche eine Einschränkung ihrer Grundrechte erfahren hat, und nicht die mit der technischen Durchführung der Überwachung betraute MWP, bestehe bei letzterer auch kein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Überwachungsverfügung, wenn eine strafprozessuale Voraussetzung fehlt. Ohnehin gehe es nicht an, dass das BVGer die strafprozessuale Zulässigkeit einer Überwachungsmassnahme im Nachhinein prüft. Um eine Vermischung der straf- und verwaltungsrechtlichen Sphäre im Überwachungsrecht zu verhindern, bedürfe es vielmehr einer differenzierten Ausgestaltung des gerichtlichen Rechtsschutzes.⁶²

Mit der Beschwerde nach Art. 42 BÜPF können die MWP hingegen geltend machen, eine von den Strafbehörden angeordnete Überwachungsmassnahme sei *vom BÜPF*

und den zugehörigen Ausführungsverordnungen nicht gedeckt. Ist die Gesetzeskonformität einer bestimmten Überwachung zweifelhaft, kann den MWP nach Ansicht des BVGer nicht zugemutet werden, die hierfür notwendige technische Infrastruktur im Voraus zu beschaffen.⁶³ In diesem engen Rahmen wird den MWP somit die Möglichkeit eingeräumt, ihre Grundrechte (insbesondere ihre Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV) zu wahren. Ausgeschlossen ist demgegenüber, dass das BVGer Grundrechtsverletzungen der überwachten Zielperson im Rahmen der Beschwerde nach Art. 42 BÜPF beurteilt.⁶⁴

b) Art. 393 Abs. 1 lit. c StPO

Die staatliche Fernmeldeüberwachung geschieht regelmässig im Kontext der Kriminalitätsbekämpfung. Will die Staatsanwaltschaft für Ermittlungszwecke auf die Kommunikationsdaten einer verdächtigen Person zurückgreifen, braucht sie hierfür eine vorgängige Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts.⁶⁵ Die überwachte Person sowie diejenigen, die den überwachten Fernmeldedienst mitbenutzt haben, sind gemäss Art. 279 Abs. 3 i.V.m. Art. 393 Abs. 1 lit. c StPO berechtigt, gegen die Überwachungsmassnahme Beschwerde nach Art. 393–397 StPO zu führen.⁶⁶ Nicht zur Beschwerde legitimiert sind die Gesprächs- und Korrespondenzpartner, mit der die tatverdächtige Person über den überwachten Anschluss kommuni-

54 Vgl. Art. 18 Abs. 3 VÜPF; Ber. Revision Ausführungserlasse BÜPF (Fn. 3), 5.

55 H. AEMISEGGER/K. SCHERRER REBER, in: M. A. Niggli/P. Uebersax/H. Wiprächtiger/L. Kneubühler (Hg.), *Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz*, 3. Aufl., Basel 2018, BGG 82 N 29; J. REICH, in: B. Ehrenzeller/P. Egli/P. Hettich/P. Hongler/B. Schindler/S. G. Schmid/R. J. Schweizer, *Die schweizerische Bundesverfassung*, St. Galler Kommentar, St. Gallen 2014, BV 189 N 45 f.

56 Statt vieler BGE 139 II 499 ff. E. 4.1; BBl 2001, 4320; R. KIENER/B. RÜTSCHÉ/M. KUHN, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 3. Aufl., Zürich 2021, N 1761 und 1770; REICH (Fn. 55), BV 189 N 48.

57 BGE 107 Ib 243 ff. E. 4b in fine; BVGer vom 27. März 2014, A-1225/2013, E. 1.2.4, «Leistungsabhängige Schwerverkehrsabgabe»; KIENER/RÜTSCHÉ/KUHN (Fn. 56), N 1762.

58 Das Verfahren richtet sich gem. Art. 42 Abs. 1 BÜPF nach den allgemeinen Bestimmungen über die Bundesverwaltungsrechtspflege (VwVG).

59 HANSJAKOB (Fn. 12), N 1861; BBl 2013, 2764 f.

60 BVGer vom 23. Juni 2011, A-8267/2010, E. 3.2.2, «Datenlieferungspflicht»; BVGer vom 10. März 2009, A-2335/2008, E. 3.1.3, «Kopfschaltung»; BGE 130 II 249 ff. E. 2.2.3; HANSJAKOB (Fn. 12), N 1867.

61 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021).

62 BBl 2013, 2766.

63 BVGer vom 23. Juni 2011, A-8267/2010, E. 3.3.2; vom 10. März 2009, A-2335/2008, E. 3.3.2.

64 HANSJAKOB (Fn. 12), N 1876.

65 Art. 273 Abs. 2 StPO; T. HANSJAKOB/U. PAJAROLA, in: A. Donatsch/V. Lieber/S. Summers/W. Wohlers (Hg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 3. Aufl., Zürich 2020, StPO 273 N 59 ff.

66 P. GUIDON, in: M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, *Basler Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung*, 3. Aufl., Basel 2023, StPO 393 N 14; A. J. KELLER, in: A. Donatsch/V. Lieber/S. Summers/W. Wohlers (Hg.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 3. Aufl., Zürich 2020, StPO 393 N 36.

zierte, sowie die involvierte MWP.⁶⁷ Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens kann die überwachte Person sämtliche Mängel des Anordnungs- und Genehmigungsverfahrens nach Art. 269 ff. StPO rügen – insbesondere auch die Unrechtmässigkeit der gegen sie vorgenommenen Überwachungshandlung.⁶⁸

Da die Beschwerde nach Art. 393 Abs. 1 lit. c StPO nicht losgelöst von einer vorgängigen Überwachungsmassnahme erhoben werden kann, sondern in jedem Fall eine Überwachung der beschwerdelegitimierten Person voraussetzt, eignet sie nur für einen sehr beschränkten Personenkreis als Instrument des Rechtsschutzes. Insbesondere steht sie all jenen «Überwachungsbetroffenen» nicht zur Verfügung, deren Randdaten zwar von einer MWP erhoben und gespeichert wurden, bei denen jedoch – mangels Tatverdacht – keine Einsicht dieser Daten durch die Strafbehörden stattgefunden hat. Somit ist auch die Beschwerde nach Art. 393 Abs. 1 lit. c StPO im vorliegenden Kontext wenig behilflich.

c) Art. 31 VGG⁶⁹ i.V.m. Art. 5 VwVG

Anhand des Urteils BVGer A-4941/2014 lässt sich exemplarisch der Rechtsweg im Verwaltungsverfahren nachzeichnen, wenn die Rechtmässigkeit einer Überwachungsmassnahme (hier: Vorratsdatenspeicherung durch die FDA) Gegenstand des Verfahrens bildet.⁷⁰

Die Geschuchsteller gelangten im betreffenden Fall zunächst an den Dienst ÜPF mit dem Begehren, die jeweilige Anbieterin von Fernmeldediensten sei anzuweisen, sämtliche gespeicherten Verkehrs- und Rechnungsdaten der Geschuchsteller zu löschen und deren Speicherung in Zukunft zu unterlassen; ferner sei die Herausgabe der gespeicherten Daten an die Überwachungsbehörden inskünftig zu unterbinden. Die Datensammlung und -speicherung durch die MWP stelle rechtlich gesehen ein Realakt dar, welcher die Grundrechte der Geschuchsteller in schwerwiegender Weise einschränke. Der Dienst ÜPF ging von seiner sachlichen Zuständigkeit aus und wies den Antrag mit Verfügung vom 30. Juni 2014 teilweise ab. Mit der Verfügung des Dienstes waren die Geschuchsteller an ein zulässiges Anfechtungsobjekt gelangt, welches ihnen nach Art. 31 VGG i.V.m. Art. 5 VwVG den Beschwerdeweg vor BVGer eröffnete.⁷¹

Mangels weiterer explizit normierter Rechtsbehelfe stellt das allgemeine Verwaltungsverfahren gemäss VwVG wohl der zentrale Rechtsschutzmechanismus für die meisten Überwachungsbetroffenen dar. Dieser führt über den Dienst ÜPF als erstinstanzlich verfügende Behörde zunächst an das BVGer, welches mit voller Kognition⁷² entscheidet; anschliessend ist ein Weiterzug an das BGer möglich.⁷³

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang insbesondere, woraus sich die sachliche Zuständigkeit des Dienstes ÜPF ergibt. Gestützt auf Art. 25a VwVG kann die für die Verwaltungshandlung zuständige Behörde verpflichtet werden, im Rahmen eines eigenständigen nachgelagerten Verfahrens eine Verfügung über den beanstandeten Realakt zu erlassen.⁷⁴ «Für die Verwaltungshandlung zuständig» sind im Bereich der staatlichen Überwachung grundsätzlich

die FDA, welche die Datensammlung und -speicherung im Rahmen der Erfüllung ihrer Mitwirkungspflichten vornehmen. In Abwesenheit einer spezialgesetzlichen Ermächtigung kommt diesen als juristische Personen des Privatrechts jedoch keine Verfügungskompetenz zu.⁷⁵ Bei der Frage nach der zuständigen Behörde fällt der Blick daher unweigerlich auf den Dienst ÜPF, welcher nach Art. 41 BÜPF über die Einhaltung der Gesetzgebung betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs wacht.⁷⁶ Gemäss den Gesetzesmaterialien zum BÜPF ist darunter in erster Linie eine «administrative Beaufsichtigung der dem BÜPF unterstellten Personen» zu verstehen.⁷⁷ Ob die Prüfkompetenz des Dienstes damit auch die Beurteilung von Rechtsfragen umfasst, welche die Vereinbarkeit der geltenden Überwachungsgesetzgebung mit dem übergeordneten Recht zum Gegenstand haben, bleibt hingegen offen. Der Dienst ÜPF beurteilte im oben genannten Entscheid jedenfalls, inwiefern die Vorratsdatenspeicherung gemäss dem damals geltenden Recht in die Grundrechte der Geschuchsteller eingreift.⁷⁸ Dieses Vorgehen wurde vom BVGer im Rechtsmittelverfahren nicht beanstandet.⁷⁹

3. Würdigung

Insgesamt lässt sich festhalten, dass der gerichtliche Rechtsschutz im Bereich des Überwachungsrechts auffallend fragmentiert und bisweilen restriktiv ausgestaltet ist. Den MWP steht mit Art. 42 BÜPF ein verwaltungsrechtliches Rügeinstrument zur Verfügung, welches nur bedingt für die Geltendmachung von Grundrechtsverletzungen eingesetzt werden kann. Der Beschwerdeweg nach StPO, der eine umfassende Beurteilung durch die Rechtsmittelinstanz erlauben würde, eröffnet sich einzig der unmittelbar von der Überwachungsmassnahme betroffenen Einzelperson. Die von der staatlichen Überwachung erfassten, jedoch nicht effektiv

67 JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL (Fn. 45), StPO 279 N 11; D. JOSITSCH/N. SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung – Praxiskommentar, Zürich 2017, StPO 279 N 13; HANSJAKOB (Fn. 12), N 1288.

68 Art. 393 Abs. 2 lit. a StPO; JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL (Fn. 45), StPO 279 N 10; JOSITSCH/SCHMID (Fn. 67), StPO 393 N 16.

69 Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.32).

70 BVGer vom 9. November 2016, A-4941/2014, «Vorratsspeicherung von Randdaten der Fernmeldekommunikation».

71 Das Begehren der Geschuchsteller wurde vom BVGer mit Urteil vom 9. November 2016, A-4941/2014, abgewiesen. Das BGer bestätigte diesen Entscheid im zitierten BGE 140 I 353 ff. (vgl. Fn. 37).

72 Art. 37 VGG i.V.m. Art. 49 VwVG.

73 Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG.

74 BGE 136 V 156 ff. E. 4; 140 II 315 ff. E. 2.1; P. TSCHANNEN/U. ZIMMERLI/M. MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014, § 38 N 22.

75 BGE 138 II 134 ff. E. 5.1 mit Hinweisen; F. UHLMANN/M. KRADOLFER, in: B. Waldmann/P. L. Krauskopf (Hg.), VwVG – Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, Zürich 2023, VwVG 5/II.–III. N 27; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER (Fn. 74), § 10 N 19.

76 Art. 41 BÜPF; Dienst ÜPF, Verfügung vom 30. Juni 2014, E. 2; BVGer vom 9. November 2016, A-4941/2014, E. 2.4.3.

77 BBl 2013, 2763.

78 Dienst ÜPF, Verfügung vom 30. Juni 2014, E. 6 ff. (Fn. 77).

79 BVGer vom 9. November 2016, A-4941/2014, E. 2.5.

überwachten Individuen sind indessen gehalten, auf dem allgemeinen Verwaltungsverfahrensweg an den Dienst ÜPF zu gelangen. Das Gesetz schweigt sich indes dazu aus, ob der Dienst nach Art. 41 BÜPF auch Grundrechtsverletzungen beurteilen darf.

Aus verfahrensrechtlicher Sicht mag diese Handhabung vielleicht einleuchten. Der Gesetzgeber wollte die Entstehung von Kompetenzüberschneidungen der beteiligten Straf- und Verwaltungsgerichte verhindern, was dazu ge-

führt hätte, dass die Rechtsmittelinstanz im Verwaltungsverfahren sich mit strafprozessualen Belangen auseinandersetzen müsste, und ggf. sogar Entscheide eines Strafgerichts aushebeln dürfte. Handkehrum sucht man im BÜPF nun vergebens nach einem Rechtsbehelf, welcher es den Zielpersonen der staatlichen Überwachung erlaubt, die Rechtmässigkeit einer Überwachungsanordnung gerichtlich überprüfen zu lassen.⁸⁰

Zusammenfassung

Mit der Revision der VÜPF schuf der Verordnungsgeber zahlreiche neuartigen Möglichkeiten für die Überwachungsbehörden, die Fortschritte der 5G-Technologie für die gezieltere und effizientere Überwachung des Fernmeldeverkehrs zu nutzen. Der Bundesrat musste dabei die schwierige Gratwanderung zwischen dem Bedarf an einem wirkungsvollen Überwachungsinstrumentarium und der Achtung des informationellen Selbstbestimmungsrechts meistern.

Nach der hier vertretenen Meinung ist ihm diese Aufgabe mit der jüngsten Revision der VÜPF zumindest teilweise gelungen. In gewissen Punkten fand zwar eine Ausdehnung der staatlichen Überwachungsbefugnisse statt, doch geht diese grösstenteils mit entsprechenden Ausnahmeregelungen einher, welche der organisatorischen Entlastung der MWP dienen. Durchaus kritisch zu würdigen sind hingegen die vereinzelt Änderungen, welche in keinem greifbaren Zusammenhang zur Anpassung an die 5G-Technologie stehen, jedoch eine nicht zu unterschätzende Ausweitung der behördlichen Überwachungskompetenzen bedingen. Der Vollzug dieser Änderungen auf Verordnungsebene widerspricht dem Legalitätsprinzip und stellt die Legitimität des eigentlichen Revisionsziels – die Modernisierung des Überwachungsrechts – in Frage.

Erschwerend tritt hinzu, dass der Rechtsschutz im Bereich des Überwachungsrechts eine vergleichsweise restriktive Ausgestaltung erfahren hat. Wie eine Gegenüberstellung der gesetzlichen Rechtsbehelfe aufzeigt, eignen sich im vorliegenden Kontext insbesondere die Beschwerde nach Art. 42 BÜPF sowie die allgemeine Verwaltungsbeschwerde als Instrumente der gerichtlichen Normenkontrolle. Nach der hier vertretenen Ansicht dürften die Bestimmungen des BÜPF zum Rechtsschutz noch deutlicher umschrieben werden. Künftige Revisionen des Überwachungsrechts bieten Gelegenheit dazu, sich dieser Thematik umfassend anzunehmen und für klare Verhältnisse zu sorgen.

Résumé

Avec la révision de l'OSCPT, le législateur a créé de nombreuses possibilités nouvelles pour les autorités de surveillance d'utiliser les progrès de la technologie 5G pour une surveillance plus ciblée et plus efficace de la correspondance par télécommunication. À cet effet, le Conseil fédéral a dû maîtriser le difficile exercice d'équilibre entre la nécessité de disposer d'instruments de surveillance efficaces et le respect du droit à l'autodétermination en matière d'information.

Selon l'avis exprimé ici, il y est au moins partiellement parvenu avec la dernière révision de l'OSCPT. Une extension des pouvoirs de surveillance de l'État a certes eu lieu sur certains points, mais celle-ci s'accompagne en grande partie de réglementations d'exception correspondantes qui servent à décharger les POC sur le plan organisationnel. En revanche, les modifications isolées qui n'ont pas de lien tangible avec l'adaptation à la technologie 5G, mais qui impliquent une extension non négligeable des compétences de surveillance des autorités, doivent être appréciées de manière tout à fait critique. L'exécution de ces modifications au niveau de l'ordonnance est contraire au principe de légalité et remet en question la légitimité du véritable objectif de la révision, à savoir la modernisation du droit de la surveillance.

La situation est encore compliquée par le fait que les voies de droit dans le domaine du droit de la surveillance ont été conçues de manière comparativement restrictive. Comme le montre une comparaison des voies de recours, le recours selon l'art. 42 LSCPT ainsi que le recours administratif général sont des instruments de contrôle judiciaire des normes particulièrement adaptés au présent contexte. Selon le point de vue défendu ici, les dispositions de la LSCPT relatives aux voies de droit devraient être décrites encore plus clairement. Les futures révisions du droit de la surveillance seront l'occasion de se pencher sur cette thématique de manière approfondie et de veiller à clarifier la situation.

80 BVGer vom 9. November 2016, A-4941/2014, E. 2.3.