

Regierungsrat

Rathaus / Barfüssergasse 24
4509 Solothurn
www.so.ch

Eidgenössisches
Justiz- u. Polizeidepartement
p.A. Bundesamt für Justiz
3003 Bern

19. April 2005

Vernehmlassung zum Bericht und den Vorentwürfen über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes betreffend die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Provider und die Kompetenzen des Bundes bei der Verfolgung strafbarer Handlungen mittels elektronischer Kommunikationsnetze (Netzwerkkriminalität)

Sehr geehrter Herr Bundesrat

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben uns eingeladen, uns zu den Vorentwürfen betreffend die Netzwerkkriminalität vernehmen zu lassen. Wir folgen der Einladung gerne.

1. Strafrechtliche Verantwortlichkeit der Provider (Vorentwurf A)

Der Bund will sich bei der Bekämpfung der Netzwerkkriminalität verstärkt durch eine spezielle Regelung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit für illegale Internet-Inhalte engagieren. Im Strafgesetzbuch soll deshalb mittels neuen Bestimmungen eine differenzierte Verantwortlichkeit der Provider im Internet geschaffen und zudem durch die Ergänzung des Randtitels im 6. Abschnitt des 2. Titels mit dem Begriff „elektronische Kommunikationsnetze“ sämtliche durch die Übermittlung, das Bereitstellen oder Bereithalten von Informationen in allen Telekommunikationsnetzen begangenen Straftaten erfasst werden. Neu soll der Content-Provider, der als Inhaltsanbieter eigene oder von Dritten übernommene Inhalte auf dem Internet zur Verfügung stellt, als Autor der illegalen Inhalte strafrechtlich vollumfänglich zur Verantwortung gezogen werden. Der Hosting-Provider, der Dritten Internet-Speicherplatz zur Verfügung stellt, soll für illegale Inhalte beschränkt verantwortlich sein. Der Access-Provider als blosser Zugangsvermittler ins Internet soll hingegen für die illegal zirkulierenden Inhalte nicht verantwortlich gemacht werden können. Vorgesehen ist sodann, dass für die „klassischen“ Mediendelikte weiterhin das geltende Medienstrafrecht zur Anwendung gelangt, welches in die neue Regelung zu integrieren sein wird (Art. 27 und 27^{bis} VE-StGB).

- 1.1. Was halten Sie vom Vorschlag, das Tatmittel als Anknüpfung für die Beurteilung der Strafbarkeit vorzusehen?

Die elektronischen Kommunikationsnetze sind eine neue Erscheinungsform, welche geänderte Verhaltensweisen geschaffen hat. Wenn solche Netze zur Begehung von Straftaten benutzt werden, zeichnen sich die Taten weniger durch den angestrebten Zweck der Täterschaft als vielmehr durch das einheitliche, aufgrund der äusseren Umstände vorgegebene Tatmuster aus. Es macht unter diesen Umständen Sinn, für die Aufstellung einer neuen Strafnorm auf diesen gemeinsamen Nenner abzustellen. Eine andere sinnvolle Anknüpfung ist wohl kaum denkbar, da es sich um eine spezielle Problematik im Zusammenhang mit den zur Verfügung stehenden Kommunikationsmitteln handelt (Beziehung des Bereitstellers der Infrastruktur zum verbreiteten Inhalt) und in Teilbereichen eine von den allgemeinen Teilnahmeformen verschiedene, dem besonderen Tatmittel angepasste Regelung zu treffen ist.

Bei den internationalen Kommunikationsnetzen (Internet) ist die Wirksamkeit von nationalen Regelungen naturgemäss begrenzt. Damit soll aber nichts gegen die Notwendigkeit der vorliegenden Regelung gesagt sein. Insbesondere ist die Wirksamkeit der Gleichstellung der zur Hauptsache international operierenden „Suchdienste“ (Art. 27 Abs. 3 VE-StGB) mit den Hosting-Providern wohl eher begrenzt (Verlegung der Dienste in Länder, ohne eine vergleichbare Regelung).

Der Vorschlag, das Tatmittel als Anknüpfung für die Beurteilung der Strafbarkeit vorzusehen, wird als generell tauglicher Ansatzpunkt beurteilt.

- 1.2. Wie beurteilen Sie die Wirksamkeit der vorgeschlagenen Regelung?

Während die Regelung in Art. 27 VE-StGB auch in der Praxis eine gute Wirkung verspricht, wirft die Formulierung der neuen Norm von Art. 322^{bis} VE-StGB etliche Fragen auf.

Wie bis anhin stellt die Verantwortlichkeit der Tätergruppe, welche fremde Informationen automatisiert bereithält (Hosting-Provider), eine umstrittene Kernfrage dar. Richtig erscheint uns, dass die Straflosigkeit eines Providers im konkreten Fall nicht von seinem Status als Zugangsvermittler, sondern vielmehr von seiner ausgeübten Funktion abhängt. Da es zahlreiche Zwischen- und Mischformen bei den Providern gibt, werden sich Zuordnungsprobleme ergeben. Insbesondere ist der in Art. 322^{bis} VE-StGB verwendete juristisch unscharfe Begriff „sicher weiss“ unglücklich gewählt. Wie könnte ein Provider gestützt auf einen Hinweis sichere Kenntnis davon erlangen, dass mit dem Inhalt eine strafbare Handlung begangen wird? Wann ist er verpflichtet, einem Hinweis nachzugehen? Erlangt ein Provider, der Hinweisen nicht nachgeht, überhaupt je sichere Kenntnis? Offenbar soll mit dem Begriff des „sicher Wissens“ der Eventualvorsatz ausgeschlossen werden. Die Formulierung gemahnt stark an die Ausgestaltung des Tatbestandes der Hehlerei, bei welchem die in Frage kommenden Vortaten jedoch auf klaren zivilrechtlichen Vorgaben beruhen. Die Neuregelung soll indessen einer Kriminalität begegnen, deren illegale Erscheinungsformen sich selten durch Offensichtlichkeit wie bei Eigentumsdelikten auszeichnen, sondern sich regelmässig nur durch deren ethisch verpönte Aussagekraft von legal akzeptierten Inhalten unterscheiden. Sichere Kenntnis einer strafbaren Handlung kann somit meist erst vorliegen, wenn ein Gericht deren Vorhandensein rechtskräftig festgestellt hat. Vor diesem Hintergrund – sicheres Wissen um die Strafbarkeit der Handlungen liegt meist erst nach Feststellung durch ein Gericht vor – erscheint auch wenig sinnvoll, den Eventualvorsatz auszuschliessen, ansonsten zu hohe Hürden an den Tatbestand geknüpft würden und dieser wohl kaum je zur Anwendung gelangen dürfte.

Es wäre aus den dargelegten Gründen deshalb begrüßenswert, den Begriff „sicher“ aus Art. 322^{bis} Ziff. 1 Abs. 1 zu streichen und die Bestimmung um den Zusatz „oder annehmen muss“ zu erweitern. Ebenso scheint der Begriff „technisch“ möglich und zumutbar wenig griffig, weshalb dieser wegzulassen ist, wobei die Interpretation des Möglichen und Zumutbaren der Gerichtspraxis zu überlassen wäre. Die Norm hiesse dann: „Wer in einem elektronischen Kommunikationsnetz fremde Informationen automatisiert bereithält, mittels denen, wie er weiss oder annehmen muss, eine strafbare Handlung begangen wird, und es unterlässt, die Nutzung dieser Informationen zu verhindern, obwohl es ihm möglich und zumutbar ist, ...“.

Von den neuen Strafbestimmungen ist nicht zuletzt auch eine Sensibilisierung der Provider in Sachen Netzwerkkriminalität zu erwarten.

- 1.3. Braucht es Ihres Erachtens über diese Vorschläge hinaus noch weitere strafrechtliche Vorschriften bei der Bekämpfung der Netzwerkkriminalität? Welche?

Wir regen an, erneut und vertieft – im Licht der neuesten Erkenntnisse betreffend des Ausmasses von Kinderpornographie im Internet – zu prüfen, ob bereits der Konsum von Pornographie im Sinne von Art. 197 StGB für strafbar erklärt werden sollte.

Schon das Konsumieren entsprechender Bilder fördert die Bereitschaft, Kinder zu missbrauchen und massiv zu verletzen. In der Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches und des Militärstrafgesetzes (Strafbare Handlungen gegen die sexuelle Integrität, Verführung bei Sexualdelikten an Kindern und Verbot des Besitzes von harter Pornographie) vom 10. Mai 2000 (BBl Nr. 21 vom 30. Mai 2000, S. 2943 ff.) wurden einzig „die unverhältnismässigen Probleme der Strafverfolgungsbehörden“ als Argument gegen ein solches Verbot angeführt. An dieser Einschätzung dürfte sich nichts geändert haben. Dürfen aber im Hinblick auf die schwerwiegenden Folgen bei den Opfern einzig die Durchsetzungsschwierigkeiten den Ausschlag in Sachen Strafbarkeit geben? Die Frage ist berechtigt, hat sich doch die auf Seite 2979 der Botschaft geäusserte Zuversicht, dass zumindest in jenen Fällen, in denen es zu einer Strafverfolgung kommt, „in der Regel der Konsument gleichzeitig auch Besitzer pornographischer Darstellungen“ und strafbar sei, in der Praxis – meist wegen Beweisschwierigkeiten – nicht als zutreffend erwiesen.

- 1.4. Braucht es Ihrer Meinung nach zusätzliche verwaltungs- oder zivilrechtliche Vorschriften auf diesem Gebiet? Welche?

Es sollte in Erwägung gezogen werden, ob nicht doch eine Ergänzung des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BüPF) zur Bestimmung des Tatortes nötig ist, so wie es die Expertenkommission „Netzwerkkriminalität“ in ihrem Bericht fordert. Das BüPF gilt nach seinem Art. 1 Abs. 1 nur für die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, die angeordnet und durchgeführt wird:

- a. im Rahmen eines Strafverfahrens des Bundes oder eines Kantons;
- b. zum Vollzug eines Rechtshilfeersuchens nach dem Rechtshilfegesetz vom 20. März 1981.

Somit fällt die Anordnung und Durchführung der Überwachung ausserhalb eines Strafverfahrens nicht darunter, weshalb dafür nicht auf Art. 14 Abs. 4 BüPF verwiesen werden kann. Im Interesse einer effizienten Strafverfolgung ist jedoch unabdingbar, dass die von den Kantonen und vom Bund betriebene Koordinationsstelle zur Bekämpfung der Internet-Kriminalität (KOBik) auch ausserhalb eines formellen Strafverfahrens möglichst rasch Kenntnis vom Einwahlort erlangt, damit eine korrekte Zuweisung an die zuständigen Behörden erfolgen kann.

Die Regelung, wonach Provider Verbindungsdaten nur 6 Monate aufbewahren müssen (Art. 15 Abs. 3 BüPF), erscheint angesichts der langen Dauer internationaler Ermittlungsverfahren bis hin zur Überweisung an die schweizerischen Ermittlungsbehörden, als viel zu kurz, was die Aktion „Stivale“ mit aller Deutlichkeit gezeigt hat. Es erscheint deshalb eine Verlängerung der Aufbewahrungsfrist auf mindestens ein Jahr angezeigt.

Eine Klärung der haftungsrechtlichen Situation – namentlich bei den verschuldensabhängigen Schadenersatzansprüchen gegen Access- oder Hostingprovider – wäre zu begrüssen. Dabei sollte die E-Commerce-Richtlinie der EU Ausgangspunkt bilden, damit auch in dieser Beziehung eine international harmonisierte Regelung erreicht werden kann.

Die Provider könnten gesetzlich dazu ermächtigt werden, verbotene Inhalte auf ihren Servern z.B. nach einem einmaligen Warnhinweis selber zu löschen.

- 1.5. Wie beurteilen Sie die in Artikel 322^{bis} Ziffer 1 Absatz 2 VE-StGB vorgesehene Melde- bzw. Anzeigepflicht? Wie die vorgeschlagene Löschung strafbarer Inhalte gemäss Ziffer 1 Absatz 5 von Artikel 322^{bis} VE-StGB?

Die in Art. 322^{bis} Ziffer 1 Abs. 2 VE-StGB vorgesehene Melde- bzw. Anzeigepflicht drängt sich insbesondere vor dem Hintergrund auf, dass gemäss Abs. 1 der genannten Bestimmung vorgesehen ist, Hosting-Provider nur bei sicherem Wissen um die Strafbarkeit der Handlung strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Ansonsten würde der Hosting-Provider, welcher zwar Hinweise auf illegale Internet-Inhalte erhalten hat, diese jedoch nicht näher verifiziert, vielmehr passiv bleibt und deshalb nie sichere Kenntnis von strafbaren Handlungen erlangen wird, nicht zur Verantwortung gezogen werden können, was zu einer nicht tolerierbaren Ungleichbehandlung führen würde. Die vorgesehene Meldepflicht erscheint aber – selbst wenn der Begriff des „sicheren“ Wissens aus der Bestimmung gestrichen würde – auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass zahlreiche in Frage kommenden Tatbestände interpretationsbedürftig sind, die Frage nach der Strafbarkeit der Handlung deshalb oft erst nach Feststellung durch ein Gericht beantwortet und deshalb dem Hosting-Provider auch keine Kenntnis angelastet werden kann, als sinnvoll, würde dieser ansonsten doch kaum je zum Tätigwerden verpflichtet werden können.

Die in Art. 322^{bis} Ziffer 1 Abs. 5 VE-StGB vorgesehene Möglichkeit, die Löschung strafbarer Inhalte als Pendant zur Einziehung gemäss Art. 58 StGB anzuordnen, ist zu begrüssen. In Anbetracht dessen, dass das Gericht auch bei Freispruch des Hosting-Providers (beispielsweise mangels Nachweis des sicheren Wissens) auf Entfernung der Informationen vom Server erkennen kann, sofern im Urteil festgestellt wird, dass es sich um eine (von einem Dritten, d.h. vom Content-Provider, begangene) tatbestandsmässige und rechtswidrige Tat handelt, erschiene jedoch sinnvoll, in der Norm zusätzlich explizit die Löschung der strafbaren Informationen ungeachtet der Strafbarkeit einer bestimmten Person zu statuieren.

2. Kompetenzen des Bundes bei der Verfolgung strafbarer Handlungen mittels elektronischer Kommunikationsnetze (Vorentwurf B)

Der Bundesrat unterstützt das Modell der Arbeitsgruppe „Genesis“. Dieses schlägt bei der Verfolgung von strafbaren Handlungen, die mittels elektronischer Kommunikationsnetze ganz oder teilweise im Ausland oder in mehreren Kantonen verübt wurden, in der ersten Verfahrensphase neue Ermittlungsmöglichkeiten vor. Der Bundesrat will aber darauf verzichten, eine umfassende neue Bundeskompetenz bzw. Bundesgerichtsbarkeit nach dem Vorbild der Effizienzvorlage im Bereich der Netzwerkkriminalität zu schaffen. Die Strafverfolgungsbehörden des Bundes sollen lediglich in der ersten Phase der Strafverfolgung Koordinationsfunktionen wahrnehmen und einzelne dringend notwendige Ermittlungen anordnen können. Die kantonalen Strafverfolgungskompetenzen sollen dabei jedoch erhalten bleiben.

Vorweg ist generell festzuhalten, dass – in Übereinstimmung mit dem Vorschlag des Bundesrates – das Modell, welches dem Bund gewisse Ermittlungskompetenzen einräumt, ohne gleichzeitig eine Oberaufsicht des Bundes zu begründen, unterstützt wird.

- 2.1. Was halten Sie von der Anknüpfung am Tatmittel für die Bestimmung der Kompetenzen des Bundes?

Den Überlegungen im erläuternden Bericht, dass den Besonderheiten der Strafverfolgung bei Fällen von Netzwerkkriminalität unter Umständen besser Rechnung getragen wird, wenn eine grundsätzliche, wenn auch begrenzte Kompetenz der Bundesbehörden geschaffen wird, ist beizupflichten. Es liegt in

der Natur eines Teils von Delikten, die im Rahmen von elektronischen Netzwerken begangen werden, dass nicht nur Informationen aus dem Ausland zu verarbeiten sind, sondern auch in einzelnen Fällen gegen eine Vielzahl von Personen in mehreren Kantonen ein Anfangsverdacht besteht, welchem mit ersten koordinierten Ermittlungen durch die Bundesbehörden nachzugehen ist.

- 2.2. Würden Ihres Erachtens die vorgeschlagenen Kompetenzen des Bundes in den Ihnen bekannten Fällen eine Effizienzsteigerung in der Strafverfolgung bringen?

Generell anzumerken ist, dass die Netzwerkkriminalität in den vergangenen Jahren gesamtschweizerisch – mit steigender Tendenz – jährlich etwa 2000 neue Strafuntersuchungen geschaffen hat (Hochrechnung).

Die Konzentration der ersten Ermittlungen auf Bundesebene bedeutet zweifellos eine generelle Effizienzsteigerung. Dies insbesondere angesichts des Umstandes, dass die Strafverfolger infolge ständig neuer technischer Errungenschaften den Tätern in der Regel immer einen Schritt zurückstehen. Es erscheint daher wenig sinnvoll, dass in den kantonsübergreifenden, zahlreiche Kantone betreffenden Fällen die Datensicherungen und -auswertungen durch jeden einzelnen Kanton erfolgen, zumal es bei einer Vielzahl der Kantone an den notwendigen Mitteln, Ressourcen sowie dem entsprechenden (technischen) Know-how fehlen dürfte. Die Vornahme der Datensicherung im Rahmen von ersten Ermittlungen zentral durch den Bund und die Zuteilung der Verfahren nach erfolgten ersten Auswertungen an die Kantone erscheint deshalb mehr als angebracht. Eine solche Regelung ist denn auch angesichts der schwierigen Finanzlage von Bund und Kantonen vernünftig, leistet so doch jede Behörde ihren Beitrag.

- 2.3. Halten Sie die Einführung eines Weisungsrechtes der Bundeskriminalpolizei an die zuständigen kantonalen Strafverfolgungsbehörden für zweckmässig und praktikabel? Begründen Sie kurz Ihre Haltung.

Untersuchungen im Bereich der Netzwerkkriminalität, gerade Massenphänomene wie Kinderpornographie, stellen die verschiedenen Kantone vor höchst unterschiedliche Probleme. Wäre die Bundeskriminalpolizei weisungsbefugt, könnte sie unter Umständen Weisungen erteilen, welche die Flexibilität der Ermittlungs- und Untersuchungsbehörden der Kantone alleine aufgrund der anfallenden zeitlichen Arbeitsbelastung in einem unerwünschten Mass einschränken könnte. Untersuchungen im Bereich der Netzwerkkriminalität sind in der Regel aufgrund der bei Sicherstellungen anfallenden Datenmengen, der grosszügigen Entschädigungen an Provider für Auskunftserteilungen (man stelle sich vor, Banken oder Kreditkartenunternehmen würden für ihre Aufwendungen im Zusammenhang mit Akteneditionsbegehren in Strafuntersuchungen im gleichen Stil entschädigt) und der sich stellenden technischen Fragen, welche oft den Beizug von externen Fachleuten erfordern, sehr zeitaufwändig und kostenintensiv. Zudem ist, gerade im Bereich der Kinderpornographie, die Frage nach dem genügenden Anfangsverdacht eine Kontroverse und die Kantone könnten durch den Bund zum Führen kostenintensiver Verfahren (genannt seien an dieser Stelle insbesondere auch die Entschädigungen bei Verfahrenseinstellungen) gezwungen werden, welche sie aufgrund eigener Einschätzung gar nicht anheben würden.

Das Weisungsrecht wird offenbar hauptsächlich damit begründet, dass dadurch in den Kantonen Gleichzeitigkeit der Anhebung der Strafverfahren erreicht werden könnte, und damit der koordinierte Informationsfluss an die Öffentlichkeit sichergestellt wäre. Dieses Ziel kann aber auch durch einfache Information der Kantone bei der „Verfahrensverteilung“ erreicht werden. Dazu bedarf es – den guten

Willen der Kantone vorausgesetzt – keiner Weisungsbefugnis. Die Kompetenz zur Koordination genügt.

Ein Weisungsrecht des Bundes nach Vorlage von Art. 344 Ziffer 3 Absatz 2 VE-StGB wird deshalb abgelehnt.

- 2.4. Haben Sie andere Anregungen zur Verbesserung der Strafverfolgung beziehungsweise der Koordination zwischen Bund und Kantonen im Bereich der Netzwerkkriminalität? Welche?

Generell wesentlich scheint, dass der Bund soweit ermittelt, dass er in der Lage ist, zuhanden der kantonalen Strafverfolgungsbehörden einen ersten Anzeigerapport bezüglich Tatverdacht und verdächtige Person zu verfassen. Mit diesem Vorgehen wird zweifelsohne eine Effizienzsteigerung erreicht sowie die Rechtsgleichheit in der Behandlung der Fälle durch die Kantone gewährleistet.

Besondere Aufmerksamkeit im Zusammenhang mit der Umsetzung der vorgesehenen Gesetzesvorlage sollte sodann der Zusammenarbeit zwischen Bund und Kantonen bei der Beweismittelauswertung geschenkt werden. Hier könnten Synergien durch Schaffung eines (Bund) oder mehrerer (Bund und grosse Kantone) Kompetenzzentren in der Schweiz zur Auswertung sichergestellter Datenträger geschaffen oder zumindest gefördert werden. Die für eine entsprechende Organisation zusätzlich bereit zu stellenden personellen Ressourcen und der technische Aufwand auf Seiten des Bundes und der Kantone dürfen dabei nicht unterschätzt werden.

Wir laden Sie ein, unsere Überlegungen bei der weiteren Behandlung der Vorlage angemessen zu berücksichtigen.

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATES

sig.

Walter Straumann
Landammann

sig.

Dr. Konrad Schwaller
Staatsschreiber