Auszug aus dem Protokoll
des Regierungsrates des Kantons Zürich

Sitzung vom 17. Juni 2009

981. Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates über die Cyberkriminalität (Vernehmlassung)

Das am 1. Juli 2004 in Kraft getretene Übereinkommen des Europarates vom 23. November 2001 über die Cyberkriminalität ist die erste und bisher einzige internationale Konvention, die sich mit Computer- und Netzwerkkriminalität befasst. Sie verpflichtet die Vertragsstaaten, das materielle Strafrecht, das Strafprozessrecht sowie die Rechtshilfe den Herausforderungen neuer Informationstechnologien anzupassen. Die Schweiz erfüllt die Anforderungen des Übereinkommens bereits weitgehend. Aus Sicht des Bundes sind lediglich kleinere Anpassungen des Strafgesetzbuches und des Rechtshilfegesetzes sowie die Anbringung von verschiedenen Vorbehalten und Erklärungen notwendig. Die Schweiz hat das Übereinkommen am 23. November 2001 unterzeichnet. Am 27. Februar 2008 hat der Bundesrat die Annahme der Motion Glanzmann-Hunkeler (07.3629) beantragt, welche die Ratifikation der Europaratskonvention fordert. Bisher haben 23 Staaten die Konvention ratifiziert.

Auf Antrag der Direktion der Justiz und des Innern

beschliesst der Regierungsrat:

I. Schreiben an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Zustelladresse: Bundesamt für Justiz, Fachbereich Internationales Strafrecht, 3003 Bern):

Mit Schreiben vom 16. März 2009 haben Sie uns den Entwurf des Bundesbeschlusses über die Genehmigung und die Umsetzung des Übereinkommens des Europarates vom 23. November 2001 über die Cyberkriminalität sowie den erläuternden Bericht hierzu unterbreitet. Wir danken für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns wie folgt.

A. Grundsätzliches

Wir begrüssen es, dass die Schweiz das Übereinkommen des Europarates vom 23. November 2001 über die Cyberkriminalität genehmigt. Die Bekämpfung und Verhinderung von Computer- und Netzwerkkriminalität erfordert eine gut funktionierende internationale Zusammenarbeit in Strafsachen. Das hier infrage stehende Übereinkommen leistet hierzu einen sinnvollen Beitrag. Auffallend ist allerdings, dass auf die

Aufnahme datenschutzrechtlicher Bestimmungen in der Konvention weitgehend verzichtet wurde, obschon die grenzüberschreitende Weiterleitung von Personendaten und der damit verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen einen wesentlichen Bestandteil der Konvention bildet. Vor diesem Hintergrund erlauben wir uns – ungeachtet unserer Zustimmung zur Genehmigung der Konvention – nachfolgend auf die vom kantonalen Datenschutzbeauftragten geäusserten Bedenken hinzuweisen (siehe Punkt C. 2.).

B. Im Einzelnen

1. Zu Art. 2 der Konvention – Rechtswidriger Zugang / Erklärung der Schweiz

Der erläuternde Bericht legt dar, dass Art. 2 der Konvention, der die international einheitliche Kriminalisierung des «Hacking» anstrebt, durch Art. 143bis StGB im Wesentlichen abgedeckt wird (Bericht S. 7). Eine Differenz besteht allerdings bezüglich des Tatbestandselements, wonach sich nur derjenige strafbar macht, der Daten aus einem gegen unbefugten Zugriff besonders gesicherten System beschafft. Die Vertragsstaaten können im Rahmen einer Erklärung allerdings vorsehen, dass diese zusätzliche Strafbarkeitsvoraussetzung erforderlich ist. Entsprechend schlägt der Bund vor, von einer Änderung des bestehenden Strafartikels abzusehen und stattdessen die genannte Erklärung abzugeben.

Wir haben keine Einwände gegen diese vorgesehene Einschränkung zu Art. 2 der Konvention, ist doch einer Betreiberin oder einem Betreiber eines Computersystems zuzumuten, dieses minimal zu sichern. Der hier zugrunde liegende Gedanke ist vergleichbar mit jenem der Opfermitverantwortung beim Betrug.

2. Zu Art. 3 der Konvention – Rechtswidriges Abfangen / Erklärung der Schweiz

Gemäss Art. 3 der Konvention macht sich strafbar, wer mit technischen Mitteln vorsätzlich und unrechtmässig nicht öffentlich übertragene Computerdaten einschliesslich der elektromagnetischen Abstrahlung abfängt. Auch hier sind ergänzende Erklärungen der Vertragsstaaten, insbesondere hinsichtlich des Bestehens eines zusätzlichen deliktischen Vorsatzes, zulässig. Der erläuternde Bericht hält hierzu fest, dass im schweizerischen Recht zwar keine deckungsgleiche Regelung besteht. Art. 143 StGB, der die unbefugte Datenbeschaffung unter Strafe stellt, umfasst jedoch auch das Abfangen von Daten im Sinne der genannten Konventionsbestimmung. Allerdings erfordert die tatbestandsmässige Handlung nach Strafgesetzbuch eine Bereicherungsabsicht. Der Bund befürwortet deshalb auch hierfür eine entsprechende Erklärung.

Die vorgesehene Einschränkung zu Art. 3 der Konvention ist aufgrund der heutigen Gesetzgebung zwar logisch. Dennoch erscheint aus Sicht der Strafverfolgung die Frage prüfenswert, ob die bestehende Einschränkung auf das Erfordernis der Bereicherungsabsicht tatsächlich sinnvoll ist oder ob der Tatbestand von Art. 143 StGB nicht in dem Sinne ausgedehnt werden sollte, dass das Streben nach einem unrechtmässigen Vorteil (auch nicht finanzieller Art) oder eine ebensolche Schädigung ebenfalls zur Strafbarkeit führt.

3. Zu Art. 6 der Konvention – Missbrauch von Vorrichtungen / Anpassung des materiellen Strafrechts

Unabhängig von der Anpassung der Gesetzgebung an die Anforderungen des Übereinkommens soll in Art. 143bis StGB die von der Lehre schon in der Vergangenheit geforderte Streichung des Tatbestandsmerkmals der fehlenden Bereicherungsabsicht in die Tat umgesetzt werden. Wir begrüssen diesen Vorschlag. Es wirkt nämlich irritierend, wenn der aus reiner Neugierde handelnde Täter nach Art. 143bis StGB bestraft wird, während er beim Handeln in Bereicherungsabsicht unter Umständen straflos bleibt.

Zum andern bezweckt die vorgeschlagene Neuformulierung von Art. 143bis StGB die Umsetzung der vom Übereinkommen geforderten Vorverlagerung der Strafbarkeit. Strafbar soll sich inskünftig auch machen, wer Programme oder Daten zugänglich macht im Wissen, dass diese für das Eindringen in ein Computersystem verwendet werden sollen. Nach heutigem Recht macht sich lediglich strafbar, wer selber mindestens versucht, in ein fremdes, gegen seinen Zugriff besonders gesichertes Datenverarbeitungssystem einzudringen. Wir unterstützen die vorgeschlagene Änderung und erachten es ebenfalls als notwendig, die neu als strafbar erklärte Verbreitung von Zugangscodes und anderen Daten als Offizialdelikt auszugestalten.

4. Zu Art. 9 der Konvention – Straftaten mit Bezug zu Kinderpornografie

Gemäss Art. 9 der Konvention macht sich strafbar, wer mittels eines Computersystems vorsätzlich Kinderpornografie anbietet, zugänglich macht, verbreitet, übermittelt, sich verschafft, besitzt oder für die Verbreitung mittels Computer herstellt. In der Schweiz stellen Art. 197 Ziff. 3 und 3bis StGB die entsprechenden Tathandlungen unter Strafe.

a) Personen mit dem Erscheinungsbild einer minderjährigen Person / Vorbehalt der Schweiz

Gemäss Art. 9 Abs. 2 Bst. b der Konvention umfasst die strafbare «Kinderpornografie» auch visuelle Darstellungen von Personen mit dem Erscheinungsbild einer minderjährigen Person bei eindeutig sexuellen Handlungen. Da das geltende schweizerische Recht einen solchen Tatbestand nicht kennt, wird im erläuterndem Bericht mit Blick auf den

unklaren Gehalt dieser Konventionsbestimmung vorgeschlagen, einen Vorbehalt anzubringen, der deren Anwendbarkeit für die Schweiz ausschliesst. Zur Begründung dieses Vorbehaltes wird weiter ausgeführt, dass es zwar zutreffe, dass sich solche Darstellungen auf die Betrachterin oder den Betrachter zwar korrumpierend auswirken könnten. Das Gefährdungspotenzial und die faktische Bedeutung solcher Darstellungen seien jedoch ungleich geringer als die fatalen Auswirkungen der Darstellung von «realer» Kinderpornografie für Betroffene wie Betrachterinnen und Betrachter, weshalb eine entsprechende Ausweitung der Strafbarkeit nicht als opportun erscheine (Bericht S. 15).

Wir teilen diese Auffassung. Ist der Täter der falschen Überzeugung, eine unter 16 Jahre alte Person sei abgebildet, kann er wegen (untauglichen) Versuchs bestraft werden. Ist die Minderjährigkeit nicht abschliessend feststellbar, ist auch nach schweizerischem Recht im Rahmen der Beweiswürdigung vom Gericht zu prüfen, inwieweit von einer Handlung mit einem Kind auszugehen ist; der Täter kann entsprechend einer Bestrafung zugeführt werden. Der Geltungsbereich von Art. 197 StGB ist damit weit genug gefasst, sodass der vorgeschlagene Vorbehalt auch unter Berücksichtigung des Kindes- und Jugendschutzes als gerechtfertigt erscheint.

b) Altersgrenze / Erklärung der Schweiz

«Minderjährige Person» im Sinne von Art. 9 Abs. 2 der Konvention umfasst alle Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben. Eine Vertragspartei kann jedoch eine niedrigere Altersgrenze vorsehen, wobei 16 Jahre nicht unterschritten werden dürfen. In der Schweiz gilt ein Schutzalter von 16 Jahren, wobei das Schutzalter gemäss verschiedentlich geäusserter Auffassung nicht das alleinige Kriterium ist, um die Frage zu beantworten, wer als Kind im Sinne von Art. 197 StGB zu gelten hat (vgl. Meng/Schwaibold, in: Basler Kommentar, Strafrecht II, 2007, Art. 197 N. 22). In den Erläuterungen wird vorgeschlagen, von der Möglichkeit, die Art. 9 Abs. 3 der Konvention bietet, Gebrauch zu machen und für die Schweiz eine Altersgrenze von 16 Jahren vorzusehen.

Die Abwägung der Vor- und Nachteile einer entsprechenden Anpassung der Altersgrenze – allenfalls unter Aufgabe des bisher in der Schweiz geltenden Schutzalters – erfordert vertiefte Abklärungen. Diese Diskussion muss vorab im Rahmen eines Beitritts zur Europaratskonvention zum Schutze von Kindern vor sexueller Ausbeutung und sexuellem Missbrauch ETS 201 bzw. deren Umsetzung eingehend geführt werden. Im Zusammenhang mit der Umsetzung der vorliegenden Konvention befürworten wir demgegenüber die Beibehaltung der bereits geltenden Altersgrenzen und haben insofern gegen die vorgeschlagene Erklärung der Schweiz zu Art. 9 Abs. 3 der Konvention nichts einzuwenden.

5. Zu Art. 12 der Konvention – Verantwortlichkeit juristischer Personen

Was die Verantwortlichkeit juristischer Personen anbelangt, gilt es zu beachten, dass auch bei den Tatbeständen der Netzwerkkriminalität eine direkte Verknüpfung zwischen der wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmens und der deliktischen Handlung vorliegen kann, etwa bei Unternehmen, die gewerbsmässig Raubkopien verwenden oder in Verkehr bringen, Software zum Missbrauch von Computerdaten herstellen oder mittels Informationstechnologie Industriespionage betreiben. Für solche und ähnliche Sachverhalte erscheint eine primäre strafrechtliche Unternehmenshaftung durchaus angezeigt, weshalb entgegen der Auffassung im erläuternden Bericht (S. 17 ff.) eine Erweiterung des Deliktskatalogs von Art. 102 Abs. 2 StGB um den Tatbestand der Netzwerkkriminalität im Sinne des Übereinkommens in Betracht gezogen werden sollte.

6. Zu Art. 30 der Konvention – Umgehende Weitergabe gesicherter Verkehrsdaten / Anpassung des geltenden Rechts

Art. 30 der Konvention verlangt die rasche Weitergabe von Verkehrsdaten an das Ausland. Diese Verpflichtung lässt sich mit dem heutigen Rechtshilfesystem der Schweiz kaum vereinbaren, zumal Art. 9 des Bundesgesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen (Rechtshilfegesetz IRSG; SR 351.1) und Art. 69 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege (BStP; SR 312.0) verlangen, dass vor der Übermittlung von Informationen stets eine beschwerdefähige Schlussverfügung zugestellt wird. Vor diesem Hintergrund wird ein neuer Art. 18b IRSG vorgeschlagen, der die Übermittlung von Verkehrsdaten aus dem Geheimbereich an die ausländische Behörde vor Abschluss des Rechtshilfeverfahrens gestattet.

Dieser vorgeschlagene neue Artikel 18b IRSG stellt eine wesentliche Änderung des Rechtshilfegesetzes dar, weil sie die Möglichkeit der betroffenen Person, sich unverzüglich gegen die Übermittlung von Informationen aus dem Geheimbereich ans Ausland zu wehren, einschränkt. Dieser Einschränkung der Bürgerrechte stehen gewichtige öffentliche Interessen gegenüber, geht es doch um die Aufdeckung schwerer Straftaten wie Betrug mittels Computernetzwerken, Verbreitung illegalen Inhalts über das Internet, Aufforderung zu Hass, Gewalt und Terror usw. Nachdem die wirksame Bekämpfung dieser Art von Kriminalität aufgrund der Kurzlebigkeit von Daten die schnelle Übermittlung gewonnener Informationen voraussetzt, erscheint es unabdingbar, die schweizerischen Vollzugsbehörden zu ermächtigen, Verkehrsdaten vor Abschluss des Rechtshilfeverfahrens weiterzugeben, zumal die umgehende Weitergabe gesicherter Verkehrsdaten für nur zwei besondere Fälle vorgesehen und so weit eingeschränkt ist, dass die Rechte der betroffenen Person angemessen geschützt bleiben. Die einschränkenden

Voraussetzungen und die vorgesehenen Schutzmassnahmen in Art. 18b IRSG (neu) gewährleisten unseres Erachtens so weit möglich einen Ausgleich zwischen dem staatlichem Eingriff in die Privatsphäre und den Bedürfnissen des Datenschutzes. Wir teilen deshalb die in den Erläuterungen vertretenen Auffassung, wonach die vorgeschlagene Regelung den Erfordernissen der Strafverfolgung hinreichend Rechnung trägt und gleichzeitig sicherstellt, dass die berechtigten Interessen der betroffenen Person weiterhin angemessen geschützt sind (Bericht S. 38 ff.). Entsprechend stimmen wir der vorgeschlagenen Ergänzung des Rechtshilfegesetzes mit Art. 18b grundsätzlich zu. Für diese Ergänzung gilt es allerdings Folgendes zu beachten:

Der Begriff «Verkehrsdaten» unterscheidet sich – entgegen den Ausführungen im erläuternden Bericht (S. 7 oben) – in praktischer Hinsicht wesentlich von dem in der Schweiz angewendeten Begriff. Nach dem Übereinkommen sind «Verkehrsdaten» Daten, die «im Zusammenhang mit einer Kommunikation unter Nutzung eines Computersystems» anfallen. Der Begriff gemäss Art. 2 lit. g der Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (VÜPF, Stand am 1. September 2007; SR 780.11) geht weit darüber hinaus und umfasst auch Daten, die beim Post- und Fernmeldeverkehr anfallen. Zur Vermeidung eines übermässigen Eingriffs in die Geheim- und Privatsphäre sind wir deshalb der Auffassung, dass zusätzlich zur Ergänzung des IRSG um den neuen Art. 18b auch Art. 11 IRSG um den folgenden Abs. 3 ergänzt werden sollte:

Art. 11 Gesetzliche Ausdrücke

[1] Verfolgter im Sinne dieses Gesetzes ist jede verdächtigte, in Strafuntersuchung gezogene oder von einer Sanktion betroffene Person.

[2] Sanktion ist jede Strafe oder Massnahme.

[3] *Verkehrsdaten im Sinne dieses Gesetzes sind alle Computerdaten in Zusammenhang mit einer Kommunikation unter Nutzung eines Computersystems, die von einem Computersystem, das Teil der Kommunikationskette war, erzeugt wurden und aus denen der Ursprung, das Ziel, der Leitweg, die Uhrzeit, das Datum, der Umfang oder die Dauer der Kommunikation oder die Art des für die Kommunikation benutzten Dienstes hervorgeht.*

C. Weitere Bemerkungen

1. Auswirkungen der Europaratskonvention auf die Kantone

Zuzustimmen ist dem erläuternden Bericht, dass aufgrund der nach wie vor raschen technologischen und gesellschaftlichen Entwicklung im Bereich der modernen Kommunikationstechnologien grundsätzlich mit einem Anstieg der Fallzahlen im Bereich der Cyberkriminalität zu rechnen ist. Gestützt auf diese Annahme haben wir allerdings gewisse Vor-

behalte gegenüber der im Bericht geäusserten Meinung, die Umsetzung der Europaratskonvention lasse kaum Auswirkungen auf die Kantone erwarten. Vielmehr rechnen wir mit einem deutlichen Anstieg entsprechender Rechtshilfeersuchen, sodass ein zusätzlicher Mittelbedarf nicht ausgeschlossen scheint. Ebenso dürfte aufgrund der rasanten Entwicklung im IT-Bereich zusätzlicher Handlungsbedarf in der Strafverfolgung bezüglich neuer technischer Geräte und im Ausbildungsbereich des Personals bestehen.

2. Einschätzung des kantonalen Datenschutzbeauftragten

Wie bereits erwähnt, steht der Datenschutzbeauftragte des Kantons Zürich der Genehmigung und Umsetzung des Übereinkommens des Europarates über die Cyberkriminalität grundsätzlich kritisch gegenüber. Er vertritt die Auffassung, dass das Fehlen materiell-rechtlicher Bestimmungen zum Umgang mit personenbezogenen Daten im Übereinkommen selbst dazu führe, dass die innerstaatlichen Rechtsgarantien in Verfassung, Bundes- und Kantonsgesetzen zum Schutz von Personendaten teilweise nicht eingehalten werden könnten. Der enge Katalog in Art. 42 des Übereinkommens schliesse Vorbehalte zur Sicherung eines verbesserten Datenschutzes praktisch aus. Dies stehe auch im Widerspruch zu den jüngeren Bestrebungen der EU, im Rahmen der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit einen verbesserten und harmonisierten Datenschutzstandard bei der Bereitstellung und Übermittlung personenbezogener Daten zu erreichen. Er verweist hierzu auf den erarbeiteten Rahmenbeschluss Datenschutz im 3. Pfeiler, der am 30. Dezember 2008 im Amtsblatt der EU veröffentlicht worden sei und entsprechende Gesetzesänderungen erfordere. Deshalb sei es aus Sicht des Datenschutzes stossend, wenn die für die Umsetzung des Rahmenbeschlusses zu schaffenden Rechtsanpassungen beim Bund und in den Kantonen auf das hier zu beurteilende Übereinkommen überhaupt nicht anwendbar seien (vgl. die Einschränkungen der Anwendbarkeit des Rahmenbeschlusses Datenschutz gegenüber älteren Erlassen mit Drittstaaten bzw. EU-Ländern: Art. 27 f. und Erwägungsgründe 38–40).

II. Mitteilung an die Geschäftsleitung des Kantonsrates, die Mitglieder des Regierungsrates sowie an die Direktion der Justiz und des Innern.

Vor dem Regierungsrat
Der Staatsschreiber:

Husi