

# Die Vorratsdatenspeicherung führt zu einer weiteren Gefährdung des journalistischen Quellenschutzes

Urteil des Bundesgerichts (1C\_598/2016) vom 2. März 2018

**Zusammenfassung** In seinem Urteil vom 2. März 2018 unterscheidet das Bundesgericht zwischen der Speicherung der Kommunikationsranddaten durch die Telekommunikationsdienstleister und der Weitergabe und Bearbeitung dieser Daten durch die Strafverfolgungsbehörden. Diese Aufteilung überzeugt den Kommentator des Entscheids nicht. Die beiden Phasen liessen sich nicht einfach trennen. Durch die Vorratsdatenspeicherung würden die Telekommunikationsdienstleister gesetzlich zu Hilfspolizisten, was rechtsstaatlich umso problematischer sei, als die Telekommunikationsdaten anlasslos von jedem Bürger gespeichert werden. Die Vorratsdatenspeicherung führe auch zu einer weiteren Gefährdung des journalistischen Quellenschutzes. Die Masse der mit der Vorratsdatenspeicherung gespeicherten Daten könne die Identifikation von Quellen erleichtern.

**Résumé** Dans son jugement du 2 mars 2018, le Tribunal fédéral distingue la conservation des données de communication par le prestataire de service de télécommunication, et la transmission et le traitement de ces données par les autorités judiciaires. Cette distinction ne convainc pas le commentateur de ce jugement. Selon lui, les deux phases ne sont pas aussi faciles à distinguer. Avec la conservation des données, les prestataires de service de télécommunication deviennent de par la loi des policiers auxiliaires, ce qui d'autant plus problématique du point de vue constitutionnel que les données de télécommunication de chaque citoyen sont enregistrées sans motif. La conservation des données conduit également à une mise en danger de la protection des sources journalistiques. Le volume de données enregistrées par la conservation des données peut faciliter l'identification des sources.

**Stichworte** Randdatenspeicherung und -aufbewahrung, Vorratsdatenspeicherung, Überwachung des Fernmeldeverkehrs, Aufbewahrungsdauer, Datenzugriff durch Strafverfolgungsbehörden, Meinungs- und Medienfreiheit, Unschuldsumutung, Schutz der Privatsphäre, gesetzliche Grundlage, Bestimmtheitsgebot, Eingriffsintensität, Verhältnismässigkeit, Güterabwägung, datenschutzrechtliche Grundsätze, Recht auf informationelle Selbstbestimmung

**Bestimmungen** Art. 6, 8 und 10 EMRK, Art. 13 und 32 BV, Art. 8, 25 und 33 DSG, Art. 15 BÜPF, Art. 16 und 24 VÜPF

## Prozessgeschichte/Sachverhalt (zusammengefasst)

Sechs Gesuchsteller stellten 2014 an den Dienst Überwachung Post- und Fernmeldeverkehr (nachfolgend: Dienst ÜPF) das jeweils identische Begehren: Die jeweilige Anbieterin von Fernmeldediensten sei anzuweisen, die gemäss Art. 15 Abs. 3 BÜPF gespeicherten Verkehrs- und Rechnungsdaten des Gesuchstellers zu löschen und deren Speicherung in Zukunft zu unterlassen, soweit die betroffenen Daten nicht für die Erbringung der vertraglichen Leistungen gegenüber dem Gesuchsteller zwingend erforderlich seien. Die jeweilige Anbieterin von Fernmeldediensten sei anzuweisen bzw. zu verpflichten, keine gemäss Art. 15 Abs. 3 BÜPF gespeicherten Verkehrs- und Rechnungsdaten des Gesuchstellers an den Dienst ÜPF oder an andere Behörden oder an Gerichte herauszugeben.

Der Dienst ÜPF wies die jeweiligen Gesuche insoweit ab, als beantragt worden war, die Fernmeldediensteanbieterinnen seien anzuweisen, gespeicherte Randdaten zu löschen und deren Speicherung in Zukunft zu unterlassen. Auf den Antrag, die Fernmeldediensteanbieterinnen seien anzuweisen, keine Randdaten an den Dienst ÜPF oder an eine andere Behörde bzw. an Gerichte herauszugeben, trat er mangels aktuellen schutzwürdigen Interesses nicht ein. Die dagegen von den Gesuchstellern erhobenen Beschwerden wies das Bundesverwaltungsgericht mit Urteil vom 9. November 2016 ab, nachdem es die Verfahren vereinigt hatte.

## Aus den Erwägungen:

(...)

1.3. Das totalrevidierte BÜPF vom 18. März 2016 (nachfolgend: nBÜPF) ist am 1. März 2018 in Kraft getreten (BBl 2016 1991). Beschwerden gegen Verfügungen des Dienstes gemäss Art. 45 Abs. 2 nBÜPF sind indessen nach dem vor erster Instanz anwendbaren Recht zu behandeln.

2. Näher zu bestimmen ist zunächst der Streitgegenstand.

2.1. Der Dienst ÜPF ist auf den Antrag der Beschwerdeführer, die Fernmeldediensteanbieterinnen seien anzuweisen, keine sie betreffenden Verkehrs- und Rechnungsdaten an den Dienst ÜPF oder an andere Behörden bzw. an Gerichte herauszugeben, mangels aktuellen schutzwürdigen Interesses nicht eingetreten. Entgegen ihrer Auffassung hat das Bundesverwal-

tungsgericht in seinem Verfahren somit die Prüfung dieses Punktes zu Recht auf die Eintretensfrage beschränkt. Dabei bestätigte es den Nichteintretensentscheid im Ergebnis, weil der Dienst ÜPF sachlich nicht zuständig sei, um über die Herausgabe von gespeicherten Randdaten zu befinden. Insofern ist vom Bundesgericht einzig zu beurteilen, ob diese Beurteilung zutrifft. Die Beschwerdeführer bringen indes lediglich vor, die Vorinstanz hätte ihr Begehren materiell prüfen bzw. die Gelegenheit zu diesem Zweck an den Dienst ÜPF zurückweisen müssen, ohne sich mit den vorinstanzlichen Erwägungen auseinanderzusetzen. Damit vermögen sie den Begründungsanforderungen nicht zu genügen. Auf die Beschwerde ist insoweit nicht einzutreten.

2.2. Streitgegenstand vor Bundesgericht bildet nach dem Gesagten einzig die Frage, ob die Speicherung und Aufbewahrung von mit dem Fernmeldeverkehr der Beschwerdeführer verbundenen Randdaten verfassungs- bzw. konventionskonform sind. Betroffen ist somit nur die verwaltungsrechtliche Seite des zweigeteilten Rechts der Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs. Vom Prozessthema nicht erfasst wird der Aspekt des Zugriffs auf diese Daten durch die Strafverfolgungsbehörden zu Überwachungszwecken, der in der Strafprozessordnung geregelt ist (Art. 269 ff. StPO).

3. Die Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation ist in Art. 15 Abs. 3 BÜPF geregelt. Danach sind die Anbieterinnen verpflichtet, die für die Teilnehmeridentifikation notwendigen Daten sowie die Verkehrs- und Rechnungsdaten während sechs Monaten aufzubewahren. Die Beschwerdeführer stellen die Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit der Bundesverfassung und der EMRK in Frage. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Bundesgesetze neben Völkerrecht für das Bundesgericht massgebend sind (Art. 190 BV). Bundesgesetzen kann damit weder im Rahmen der abstrakten noch der konkreten Normenkontrolle die Anwendung versagt werden. Zwar handelt es sich dabei um ein Anwendungsgebot und kein Prüfungsverbot, und es kann sich rechtfertigen, vorfrageweise die Verfassungswidrigkeit eines Bundesgesetzes zu prüfen. Wird eine solche festgestellt, muss das Gesetz dennoch angewendet werden, und das Bundesgericht kann lediglich den Gesetzgeber einladen, die fragliche Bestimmung zu ändern (BGE 141 II 338 E. 3.1 S. 340; 140 I 305 E. 5 S. 310; 353 E. 4.1 S. 358 f.; 139 I 180 E. 2.2 S. 185). Besteht allerdings ein echter Normkonflikt zwischen Bundes- und Völkerrecht, so geht grundsätzlich die völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz vor und eine dem Völkerrecht entgegenstehende Bundesgesetzgebung bleibt regelmässig unanwendbar (BGE 142 II 35 E. 3.2 S. 39; 139 I 16 E. 5.1 S. 28 f.; je mit Hinweisen). Dies gilt uneingeschränkt für Abkommen, die Menschen- oder Grundrechte zum Gegenstand haben, auf welche die sog. «Schubert»-Praxis (BGE 99 Ib 39 E. 3 und 4 S. 44 f.; vgl. ferner dazu BGE 142 II 35 E. 3.2 S. 39; 136 III 168 E. 3.3.4 S. 172 f.) keine Anwendung findet.

4. Die Beschwerdeführer rügen, eine systematische und anlasslose Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs verletze das Recht auf Achtung des Intim-, Privat- und Familienlebens, den Schutz der Privatsphäre, einschliesslich die Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldever-

kehrs, den Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten, die Meinungs- und Medienfreiheit, das Recht auf persönliche Freiheit, die Bewegungsfreiheit und die Unschuldsvermutung.

4.1. Art. 8 Ziff. 1 EMRK verankert namentlich den Anspruch jeder Person auf Achtung ihres Privat- und Familienlebens sowie ihrer Korrespondenz. Im Wesentlichen derselbe Schutz ergibt sich aus Art. 17 UNO-Pakt II (SR 0.103.2) und Art. 13 Abs. 1 BV (BGE 140 I 353 E. 8.3 S. 369; 140 IV 181 E. 2.3 S. 183). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) wird der Begriff des Privatlebens weit verstanden und ist keiner abschliessenden Definition zugänglich. Art. 8 Ziff. 1 EMRK umfasst insbesondere die Möglichkeit, Beziehungen zu anderen Menschen aufzubauen und zu entwickeln, und gewährleistet insoweit die Interaktion einer Person mit anderen (EGMR-Urteile *Satakunnan Markkinapörssi Oy und Satamedia Oy gegen Finnland* vom 27. Juni 2017 [Nr. 931/13] § 131; *Magyar Helsinki Bizottság gegen Ungarn* vom 8. November 2016 [Nr. 18030/11] § 191; *Amann gegen Schwei* vom 16. Februar 2000 [Nr. 27798/95] § 65). Das Fernmeldegeheimnis, das die Privatsphäre schützt, trägt zur Verwirklichung dieser Garantien bei. Die Kommunikation mit fremden Mitteln wie Post und Telefon soll gegenüber Drittpersonen geheim erfolgen können. Immer wenn die Kommunikation durch eine Fernmeldedienstanbieterin erfolgt, soll sie unter Achtung der Geheimnissphäre vertraulich geführt werden können, ohne dass der Staat Einblick erhält und daraus gewonnene Erkenntnisse gegen die Betroffenen verwendet. Geschützt ist dabei nicht nur der Inhalt der Kommunikation; vielmehr werden auch die Randdaten des Kommunikationsvorgangs erfasst (BGE 140 I 353 E. 8.3 S. 369; 140 IV 181 E. 2.3 f. S. 183 f.).

Der Schutz der Privatsphäre umfasst den Anspruch jeder Person auf Schutz vor Missbräuchen ihrer persönlichen Daten (so ausdrücklich Art. 13 Abs. 2 BV). Im Bereich des Datenschutzes garantiert das verfassungsmässige Recht auf informationelle Selbstbestimmung, dass grundsätzlich ohne Rücksicht darauf, wie sensibel die fraglichen Informationen tatsächlich sind, jede Person gegenüber fremder, staatlicher oder privater Bearbeitung von sie betreffenden Informationen bestimmen können muss, ob und zu welchem Zweck diese Informationen über sie bearbeitet werden (BGE 142 II 340 E. 4.2 S. 346; 140 I 2 E. 9.1 S. 22 f.; 138 II 346 E. 8.2 S. 359 f.). Der Begriff des Bearbeitens umfasst aus datenschutzrechtlicher Sicht auch das Beschaffen und Aufbewahren von Personendaten (Art. 3 lit. e des Bundesgesetzes über den Datenschutz [DSG; SR 235.1]).

Art. 10 EMRK und Art. 17 BV schützen die Medienfreiheit (BGE 141 I 211 E. 3.1 S. 213 f.). Die Verfassungsbestimmung gewährleistet ausdrücklich die Freiheit von Presse, Radio und Fernsehen sowie andere Formen der öffentlichen fernmelde-technischen Verbreitung von Darbietungen und Informationen (Abs. 1). Die Zensur ist verboten (Abs. 2) und das Redaktionsgeheimnis garantiert (Abs. 3). Die Medienfreiheit gehört zu den zentralen Ausprägungen des allgemeinen Grundrechts freier Meinungsäusserung. Normativer Kern der Medienfreiheit ist die Sicherung des ungehinderten Nachrichtenflusses und des freien Meinungs austauschs. Geschützt ist die Recherchetätigkeit der Journalisten zur Herstellung von Medienerzeugnissen und zu deren Verbreitung in der Öffentlichkeit (BGE 143 I 194 E. 3.1 S. 200). Als subsidiäres Auffanggrundrecht dazu

gewährleistet die Meinungsfreiheit das Recht jeder Person, ihre Meinung frei zu bilden und sie ungehindert zu äussern und zu verbreiten (Art. 16 BV; BGE 137 I 209 E. 4.2 S. 211 f.). Der Schutzbereich umfasst die Gesamtheit der Mitteilungen menschlichen Denkens und alle möglichen Kommunikationsformen (BGE 127 I 145 E. 4b S. 151 f.). Die Meinungsfreiheit kann nicht nur durch direkte Eingriffe beeinträchtigt werden, sondern auch mittelbar, wenn der Einzelne aufgrund einer behördlichen Massnahme davon absieht, erneut von seinem Recht Gebrauch zu machen (sog. «chilling effect» oder «effet dissuasif»; BGE 143 I 147 E. 3.3 S. 152 f.).

Die Unschuldsvermutung gemäss Art. 6 Ziff. 2 EMRK und Art. 32 Abs. 1 BV gewährleistet, dass jede Person bis zur rechtskräftigen strafrechtlichen Verurteilung als unschuldig gilt. Sie verbietet das Recht, als unschuldig behandelt zu werden, bis ein zuständiges Gericht nach Durchführung eines fairen Verfahrens die strafrechtliche Schuld in rechtsgenügender Weise nachgewiesen und festgestellt hat (Urteil 2C\_1065/2014 vom 26. Mai 2016 E. 8.1, nicht publiziert in BGE 142 II 268). Im Allgemeinen gilt dabei das sog. Selbstbelastungsprivileg («nemo tenetur se ipsum accusare»), das im Strafprozess ein Schweigerecht und ein Recht gewährleistet, nicht zu seiner eigenen Verurteilung beitragen zu müssen (BGE 142 IV 207 E. 8 S. 213 f.).

4.2. Die Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation erfolgt unabhängig von einer allfälligen Strafuntersuchung und kann auch andere Zwecke verfolgen (z. B. die Suche und Rettung vermisster Personen; vgl. dazu E. 6.3 hernach). Daraus alleine lässt sich daher weder ein Verdacht noch eine Schuld im strafprozessualen Sinne ableiten (vgl. BGE 138 I 256 E. 4 S. 258). Inwiefern durch die Vorratsdatenspeicherung die Wahrscheinlichkeit steigen soll, als unschuldige Person eines Delikts verdächtig zu werden, ist weder belegt noch leuchtet dies ein. Auch der EGMR anerkennt, dass die Aufbewahrung personenbezogener Daten nicht einem strafrechtlichen Vorwurf gleichgestellt werden kann (EGMR-Urteile *S. und Marper gegen Grossbritannien* vom 4. Dezember 2008 [Nr. 30562/04 und 30566/04] § 122; *M.K. gegen Frankreich* vom 18. April 2013 [Nr. 19522/09] § 36). Insofern vermag der Einwand, wonach der Staat alle Bürger als potenzielle Straftäter betrachte, nicht zu überzeugen. Ausserdem ist nicht ersichtlich, inwiefern mit der Erhebung von Randdaten ein gegen den «nemo tenetur»-Grundsatz verstossender Zwang ausgeübt werden soll: Soweit die Beschwerdeführer dieses Prinzip als verletzt erachten, weil die Datenspeicherung heimlich vorgenommen werde, ist ihnen entgegenzuhalten, dass die Beschaffung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation klar aus Art. 15 Abs. 3 BÜPF hervorgeht und somit nicht geheim erfolgt (vgl. JÜRGEN KÜHLING, Der Fall der Vorratsdatenspeicherungsrichtlinie und der Aufstieg des EuGH zum Grundrechtsgericht, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 11/2014, S. 682). Demnach wird weder der «nemo tenetur»-Grundsatz noch die Unschuldsvermutung beeinträchtigt.

Da die streitbetroffenen Randdaten den Beschwerdeführern als Benutzer von Fernmeldediensten und Teilnehmer an Telekommunikationen grundsätzlich zugeordnet werden können, stellt deren Speicherung und Aufbewahrung indes einen Eingriff in ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar. Gleichermassen liegt nach der Rechtsprechung des EGMR durch

die blosser Aufbewahrung von das Privatleben betreffenden Informationen, insbesondere wenn sie systematisch erfolgt (vgl. EGMR-Urteile *Uzun gegen Deutschland* vom 2. September 2010 [Nr. 35623/05] § 46; *Rotaru gegen Rumänien* vom 4. Mai 2000 [Nr. 28341/95] § 43 und 46), ein Eingriff in die von Art. 8 EMRK geschützten Rechte vor (EGMR-Urteile *S. und Marper gegen Grossbritannien* vom 4. Dezember 2008 [Nr. 30562/04 und 30566/04] § 67; *Leander gegen Schweden* vom 26. März 1987 [Nr. 9248/81] § 48; *Gardel gegen Frankreich* vom 17. Dezember 2009 [Nr. 16428/05] § 58; *Brunet gegen Frankreich* vom 18. September 2014 [Nr. 21010/10] § 31), unabhängig davon, ob die Daten zu einem späteren Zeitpunkt verwendet werden oder nicht (EGMR-Urteile *Amann gegen Schweiz* vom 16. Februar 2000 [Nr. 27798/95] § 69; *Aycaguer gegen Frankreich* vom 22. Juni 2017 [Nr. 8806/12] § 33). Überdies ist die mit der Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation verbundene Informationsbeschaffung geeignet, in die insbesondere durch Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 Abs. 1 BV geschützte Privatsphäre derjenigen Personen einzugreifen, die auf solchen Wegen kommunizieren. Dem verfassungsmässigen Anspruch der persönlichen Freiheit (Art. 10 Abs. 2 BV) kommt hier keine darüber hinausgehende Bedeutung zu. Inwiefern die Bewegungs- und Versammlungsfreiheit tangiert sein sollen, legen die Beschwerdeführer nicht in rechtsgenügender Weise dar.

Die Beschwerdeführer berufen sich im Weiteren auf die Meinungs- und Medienfreiheit. Ein direkter bzw. mittelbarer Eingriff erscheint insoweit nachvollziehbar, als durch die Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs eine Datenspur erfasst wird, die allenfalls Rückschlüsse auf das Kommunikationsverhalten der Betroffenen, auf die Recherchetätigkeit von Medienschaffenden sowie auf journalistische Quellen zulässt. Insoweit ist nicht auszuschliessen, dass Letztere davor zurückschrecken könnten, mit Journalisten in Kontakt zu treten. Ob diese Garantien tatsächlich tangiert sind, kann hier letztlich jedoch dahingestellt bleiben, da ohnehin die Voraussetzungen für die Einschränkung von Grundrechten zu prüfen sind.

## 5.

5.1. Gemäss Art. 8 Ziff. 2 EMRK darf in das Recht auf Achtung des Privatlebens nur eingegriffen werden, soweit dies gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist für die nationale oder öffentliche Sicherheit, für das wirtschaftliche Wohl des Landes, zur Aufrechterhaltung der Ordnung, zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Nach der entsprechenden Bestimmung von Art. 36 BV bedürfen Einschränkungen von Grundrechten einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein (Abs. 1). Einschränkungen von Grundrechten müssen zudem durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt (Abs. 2) und verhältnismässig sein (Abs. 3). Ein schwerer Eingriff in ein Grundrecht bedarf einer klaren und ausdrücklichen Regelung in einem formellen Gesetz. Bei einem leichten Eingriff genügt ein Gesetz im materiellen Sinn. Ob ein Eingriff in ein Grundrecht schwer ist, beurteilt sich nach objektiven Kriterien. Nicht entscheidend ist das sub-

jektive Empfinden des Betroffenen (BGE 143 I 194 E. 3.2 S. 201; 141 I 211 E. 3.2 S. 214 f.).

5.2. Der EGMR geht bei der Möglichkeit einer detaillierten Profilbildung über intime Aspekte des Lebens davon aus, es liege ein besonders einschneidender Eingriff in das Privatleben («particularly invasive interference[] with private life») vor (EGMR-Urteil *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 70). Im gleichen Sinne schloss die Vorinstanz im vorliegenden Fall auf einen schweren Eingriff in das Recht der Beschwerdeführer auf Achtung ihres Fernmeldeverkehrs und ihres Anspruchs auf informationelle Selbstbestimmung. Sie begründete dies im Wesentlichen damit, bei den gespeicherten und aufbewahrten Randdaten der Telekommunikation handle es sich um einen sehr grossen Datensatz, der über das hinausgehe, was die Fernmeldediensteanbieterinnen für die Vertragserfüllung benötigten, und der ohne konkreten Anlass erstellt werde, insbesondere, ohne dass ein Verdacht auf eine Straftat vorliege. Die erfassten Informationen könnten zu Persönlichkeitsprofilen über die Kommunikation der Beschwerdeführer verdichtet werden und liessen in ihrer Gesamtheit ohne Weiteres Rückschlüsse auf ihre persönlichen Lebensverhältnisse und ihr Umfeld zu, auch wenn es dabei «lediglich» um die äusseren Umstände der Kommunikation und nicht um deren Inhalt gehe. Überdies werde durch die Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten die Herrschaft der Beschwerdeführer über ihre personenbezogenen Daten beeinträchtigt. Deren mögliche Verwendung in einem späteren Strafverfahren wirke zusätzlich eingriffsbegründend bzw. -erschwerend, zumal ein «diffuses Gefühl des Überwacht- bzw. Beobachtet-Werdens» entstehen könne (sog. «chilling effect»). Die Beschwerdeführer schliessen sich diesen Ausführungen im Wesentlichen an.

5.3. Diese Auffassung bedarf jedoch in mehrfacher Hinsicht einer differenzierten Beurteilung. Zunächst fällt relativierend ins Gewicht, dass es sich bei den gespeicherten und aufbewahrten Informationen lediglich um Randdaten und nicht um den Inhalt der Telekommunikation handelt. Dies wertet das Bundesgericht als deutlich weniger einschneidend als Fälle der inhaltlichen Kommunikationserfassung (BGE 142 IV 34 E. 4.3.2 S. 38 f.; 139 IV 98 E. 4.2 S. 99). Auch der EGMR stuft die Eingriffsintensität je nach Art und Sensibilität der Daten unterschiedlich ein. So hielt er beispielsweise in *Uzun gegen Deutschland* dafür, dass die aus einer GPS-Überwachung gewonnenen Standortdaten – mithin Randdaten – von Informationen, die aus visuellen oder akustischen Überwachungen stammten, zu differenzieren seien, zumal Letztere empfindlichere Rückschlüsse auf das Verhalten, die Anschauungen und die Gefühle einer Person zuliessen und somit eher in das Recht auf Achtung des Privatlebens eingriffen (EGMR-Urteil vom 2. September 2010 [Nr. 35623/05] § 52; ähnlich *S. und Marper gegen Grossbritannien* vom 4. Dezember 2008 [Nr. 30562/04 und 30566/04] § 86 und 120, wonach die Aufbewahrung von Fingerabdrücken aufgrund ihres geringeren Gehalts an sensiblen und persönlichen Informationen weniger schwere Auswirkungen auf das Privatleben habe als die Speicherung von Zellproben und DNA-Profilen).

5.4. Zwar trifft es zu, dass auch aus Randdaten in ihrer Gesamtheit gewisse Schlüsse auf das Privatleben der Benutzer von Fernmeldediensten gezogen werden können. So lassen sich daraus etwa Alltagsgewohnheiten, Aufenthaltsorte oder Ortswechsel sowie Informationen über berufliche und persönliche Kontakte, das Beziehungsnetz und das soziale Umfeld ableiten. Die Zusammenführung von Randdaten bzw. deren Kombination mit anderweitig erhobenen Daten ermöglicht somit, Profile zu erstellen, insbesondere Persönlichkeits- bzw. Bewegungsprofile oder solche über das Kommunikationsverhalten an sich. Aufgrund dessen liegt auch eine abschreckende Wirkung im Bereich der Nutzung von Fernmeldediensten nahe (vgl. *Klass und andere gegen Deutschland* vom 6. September 1978 [Nr. 5029/71] § 41; *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 53).

Die Möglichkeit der Verknüpfung von Randdaten, allenfalls in Kombination mit anderen Daten, besteht allerdings erst auf der Stufe der (rückwirkenden) Überwachung des Fernmeldeverkehrs, die einen zusätzlichen Eingriff bewirkt und vorliegend ausserhalb des Streitgegenstands liegt. Erst der Zugang zu den Randdaten und deren Auswertung im Einzelfall ermöglicht es den Strafverfolgungsbehörden, Erkenntnisse aus den gesammelten Informationen zu gewinnen und durch deren Verbindung allenfalls gewisse (Bewegungs-) Muster zu bilden. Demgegenüber werden die Randdaten auf der der Überwachung vorgelagerten Stufe der Speicherung und Aufbewahrung noch nicht zusammengeführt, weshalb auch keine sensiblen Profile gebildet werden können, die eine Beurteilung von wesentlichen Aspekten des Privatlebens erlauben würden. Ebenso wenig stehen die Randdaten den zuständigen staatlichen Stellen unmittelbar in ihrer Gesamtheit zur Verfügung. Vielmehr werden sie durch die einzelnen privaten Fernmeldediensteanbieterinnen erfasst und verbleiben während der Aufbewahrungsdauer in deren Sphäre, ohne dass eine Sichtung oder Verknüpfung mit anderen Daten stattfinden würde. Insofern ist zwischen zwei verschiedenen grund- und menschenrechtsrelevanten Massnahmen zu differenzieren, die eine unterschiedliche Eingriffsschwere aufweisen: Während die Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation aufgrund der Masse der erfassten Daten und der grossen Anzahl der betroffenen Personen zwar wesentlich ist, nimmt der Eingriff mit dem Zugriff und der Nutzung dieser Daten durch die zuständigen Behörden erheblich an Intensität zu, wobei aber auch diesbezüglich anzumerken ist, dass die Anordnung einer rückwirkenden Überwachung im Einzelfall Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten zu genügen hat, was allfälligen Profilbildungen enge Grenzen setzt.

5.5. Dass die Eingriffsintensität im Bereich von Art. 8 EMRK variieren kann, je nachdem ob die Erfassung von Randdaten der Telekommunikation oder deren Übermittlung an und Verwendung durch die zuständigen staatlichen Stellen betroffen ist, findet auch in der Rechtsprechung des EGMR ihre Stütze. Im Fall *Malone gegen Grossbritannien* war neben der Zulässigkeit einer inhaltlichen Telefonüberwachung zu beurteilen, ob die Weitergabe an die Polizei von Verbindungsranddaten, namentlich die gewählten Telefonnummern sowie der Zeitpunkt und die Dauer der Anrufe, die der Fernmeldediensteanbieter mittels eines speziellen Messsystems (sog. «metering» bzw. «comp-

tage») aufgezeichnet hatte, konventionskonform ist. Der EGMR hielt dazu fest, die Erfassung solcher Randdaten an sich, die von einer Überwachung des Inhalts der Kommunikation unterschieden werden müsse, sei mit Blick auf die Konvention unbedenklich; erst die Übermittlung dieser Daten an die Polizei sei mit Blick auf Art. 8 EMRK problematisch (EGMR-Urteil vom 2. August 1984 [Nr. 8691/79] § 83 f.). Der Gerichtshof bestätigte diese Praxis in einem kürzlich ergangenen Entscheid, in dem die Konventionskonformität einer Aufzeichnung von Telekommunikationsranddaten (ein- und ausgehende Telefonate mit Teilnehmeridentifikation) und deren rückwirkende Überwachung zu überprüfen war (EGMR-Urteil *Figueiredo Teixeira gegen Andorra* vom 8. November 2016 [Nr. 72384/14] § 43). Diese Rechtsprechung legt in Übereinstimmung mit dem Vorerwähnten nahe, dass es sich bei der reinen Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation nicht um einen schweren Eingriff handelt. Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, läge indes selbst bei der Annahme eines solchen eine hinreichende gesetzliche Grundlage vor.

## 6.

6.1. Nach der Rechtsprechung des EGMR muss das Gesetz hinreichend präzise formuliert sein, damit die betroffenen Personen – nötigenfalls mit sachkundiger Hilfe – in einem nach den Umständen angemessenen Umfang die Folgen ihres Handelns vorhersehen können (EGMR-Urteile *Kopp gegen Schweiz* vom 25. März 1998 [Nr. 23224/94] § 64; *Amann gegen Schweiz* vom 16. Februar 2000 [Nr. 27798/95] § 56; *S. und Marper gegen Grossbritannien* vom 4. Dezember 2008 [Nr. 30562/04 und 30566/04] § 95; *M.K. gegen Frankreich* vom 18. April 2013 [Nr. 19522/09] § 27; *Peruzzo und Martens gegen Deutschland* vom 4. Juni 2013 [Nr. 7841/08 und 57900/12] § 35). Das Bundesgericht stellt gleichartige Anforderungen an die Regelungsdichte: Danach verlangt das Legalitätsprinzip gemäss Art. 36 Abs. 1 BV im Interesse der Rechtssicherheit und der rechtsgleichen Rechtsanwendung eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtssätze. Diese müssen so präzise formuliert sein, dass die Rechtsunterworfenen ihr Verhalten danach ausrichten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen können (BGE 143 I 310 E. 3.3.1 S. 314; 139 I 280 E. 5.1 S. 284; je mit Hinweisen).

Das Gebot der Bestimmtheit rechtlicher Normen darf dabei nicht absolut verstanden werden. Der Gesetzgeber kann nicht darauf verzichten, allgemeine und mehr oder minder vage Begriffe zu verwenden, deren Auslegung und Anwendung der Praxis überlassen werden muss (BGE 143 I 310 E. 3.3.1 S. 315; MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, in: Meyer-Ladewig et al. [Hrsg.], EMRK, Handkommentar, 4. Aufl. 2017, N. 105 zu Art. 8 EMRK). Der Grad der erforderlichen Bestimmtheit lässt sich nicht abstrakt festlegen. Er hängt unter anderem von der Vielfalt der zu ordnenden Sachverhalte, von der Komplexität und von der erst bei der Konkretisierung im Einzelfall möglichen und sachgerechten Entscheidung ab (BGE 143 I 253 E. 6.1 S. 264; 141 I 201 E. 4.1 S. 204; 139 I 280 E. 5.1 S. 284).

6.2. Soweit die Beschwerdeführer beanstanden, aus dem Gesetz gehe nicht klar hervor, welche Daten von den Fernmeldediensteanbieterinnen genau erfasst würden, kann ihnen nicht

gefolgt werden. Denn an anderer Stelle in ihrer Rechtschrift führen sie anhand einer exemplarischen Aufzählung aus, es würden systematisch Daten darüber gespeichert, wer mit wem, wann und von wo aus kommuniziere bzw. kommuniziert habe. Dies entspricht der vorinstanzlichen Umschreibung von Randdaten der Telekommunikation: Das Bundesverwaltungsgericht gelangte in überzeugender Auslegung der in Art. 15 Abs. 3 BÜPF verwendeten unbestimmten Begriffe der «für die Teilnehmeridentifikation notwendigen Daten» sowie «Verkehrs- und Rechnungsdaten», auf die hier verwiesen wird (E. 10.6.2 f. des angefochtenen Entscheids; vgl. dazu ferner Art. 16 lit. d, Art. 24b und Ziff. 7 des Anhangs zur Verordnung vom 31. Oktober 2001 über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [VÜPF; SR 780.11]), zum Schluss, dass die Fernmeldediensteanbieterinnen verpflichtet seien, die mit dem Fernmeldeverkehr verbundenen äusseren Daten der Telekommunikation – im Gegensatz zu deren Inhalt – während sechs Monaten zu speichern und aufzubewahren. Die Beschwerdeführer selber lehnen sich mit ihrer Begriffserläuterung überdies zu Recht an die in Art. 8 lit. b nBÜPF vorgesehene Definition für Randdaten des Fernmeldeverkehrs an, die in materieller Hinsicht der geltenden Begriffsbestimmung entspricht (Botschaft vom 27. Februar 2013 zum Bundesgesetz betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, BBl 2013 2683, 2739 Ziff. 2.6 [nachfolgend: Botschaft zum nBÜPF]). Dabei handelt es sich um Daten, aus denen hervorgeht, mit wem, wann, wie lange und von wo aus die überwachte Person Verbindung hat oder gehabt hat, sowie die technischen Merkmale der entsprechenden Verbindung (BBl 2016 1991).

Insofern ist für jeden Benutzer von Fernmeldediensten bzw. jeden Teilnehmer an Telekommunikationen ersichtlich, dass die mit seinen Kommunikationsvorgängen zusammenhängenden äusseren Daten während sechs Monaten von den Anbieterinnen gespeichert und aufbewahrt werden, insbesondere auch ohne konkreten Verdacht auf eine Straftat. Inwiefern es noch präziseren Angaben im Gesetz bedürfte, leuchtet nicht ein. Eine detaillierte Auflistung aller zu erfassenden Randdaten erwiese sich angesichts des zu ordnenden Sachverhalts und der damit einhergehenden Komplexität nicht als stufen- und sachgerecht (vgl. EGMR-Urteile *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 244 und 247; *Malone gegen Grossbritannien* vom 2. August 1984 [Nr. 8691/79] § 68; *Kennedy gegen Grossbritannien* vom 18. Mai 2010 [Nr. 26839/05] § 159; *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 64). Eine solche Aufzählung wäre sehr technisch und für einen Laien – wie von den Beschwerdeführern selbst bemängelt – wohl kaum verständlich. Der Vorinstanz ist daher darin beizupflichten, dass es vorliegend für eine hinreichende gesetzliche Grundlage ausreichen muss, dass der Umfang und der Zweck der Speicherung und Aufbewahrung von Telekommunikationsranddaten in den Grundzügen im Gesetz festgelegt sind. Diesen Anforderungen genügt Art. 15 Abs. 3 BÜPF, der eine Vorratshaltung von Randdaten für allfällige künftige Strafverfahren, zum Vollzug von Rechtshilfersuchen, für die Suche und Rettung von vermissten Personen sowie für die nachrichtendienstliche Informationsbeschaffung bezweckt (vgl. Art. 1 Abs. 1 BÜPF). Dass die Fernmeldediensteanbieterinnen dabei mehr Daten erfassen, als für die Rechnungsstellung notwendig ist, lässt sich aus dieser Bestimmung

ermessen. Ausserdem ist für den Einzelnen aufgrund des Umfangs der Datenspeicherung voraussehbar, dass daraus – jedenfalls bei einer Verknüpfung mit weiteren Daten im Rahmen einer (rückwirkenden) Überwachung – sensible Informationen gewonnen werden können.

6.3. Demnach bildet Art. 15 Abs. 3 BÜPF eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs. Vor diesem Hintergrund durfte die Vorinstanz auch in willkürfreier, antizipierter Beweiswürdigung auf die Einholung der die Beschwerdeführer betreffenden Randdaten bei den jeweiligen Fernmeldediensteanbieterinnen verzichten, ohne dabei gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör zu verstossen.

7. Wie bereits dargelegt, verfolgt die Vorratshaltung von Randdaten der Telekommunikation in erster Linie das Ziel, deren Verfügbarkeit mit Blick auf die Aufklärung und Verfolgung von Straftaten sicherzustellen. Mit der Vorinstanz ist daher davon auszugehen, dass die Speicherung und Aufbewahrung dieser Daten eine rückwirkende Überwachung als Mittel der Strafverfolgung ermöglicht. Diese Massnahmen dienen insofern nicht nur der im Gemeinwohl liegenden öffentlichen Sicherheit und Ordnung, indem sie zur Ermittlung und damit zur Verhütung von Straftaten beitragen (vgl. EGMR-Urteile *S. und Marper gegen Grossbritannien* vom 4. Dezember 2008 [Nr. 30562/04 und 30566/04] § 100; *M.K. gegen Frankreich* vom 18. April 2013 [Nr. 19522/09] § 29; *Aycaguer gegen Frankreich* vom 22. Juni 2017 [Nr. 8806/12] § 36; ferner *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 55; *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 232 und 237), sondern schützen ebenso die Rechte und Freiheiten Dritter (vgl. EGMR-Urteile *Peruzzo und Martens gegen Deutschland* vom 4. Juni 2013 [Nr. 7841/08 und 57900/12] § 40; *Uzun gegen Deutschland* vom 2. September 2010 [Nr. 35623/05] § 77). Dies räumen denn auch die Beschwerdeführer im Grundsatz ein. Darüber hinaus bezweckt die Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs, die zuständigen Behörden bei der Suche und Rettung vermisster Personen zu unterstützen, womit ein Beitrag zur öffentlichen Gesundheit geleistet wird. Insofern liegt ein genügendes, sehr gewichtiges öffentliches Interesse vor.

8. Zu prüfen bleibt, ob die systematische Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation verhältnismässig ist.

8.1. Die Beschwerdeführer stellen zunächst deren Eignung in Frage. Sie bemängeln, die Effektivität der Vorratsdatenspeicherung sei nicht empirisch erwiesen; vielmehr zeigten Studien auf, dass dieses Mittel weder einen Einfluss auf die Aufklärungsrate habe noch einen Abschreckungseffekt zeitige. Die Beschwerdeführer übersehen mit dieser Argumentation indes, dass es für einen Grundrechtseingriff unter dem Titel der Zwecktauglichkeit genügt, wenn er zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet ist, um vor dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit standzuhalten (vgl. BGE 131 I 223 E. 4.3 S. 232; 128 I 3 E. 3e/cc S. 15; je mit Hinweisen). Verlangt wird somit, dass die streitigen Massnahmen mit Blick auf den angestrebten Zweck Wirkungen zu entfalten vermögen und nicht gänzlich daran

vorbei zielen (vgl. BGE 138 I 256 E. 6.2 f. S. 263f.; 137 IV 249 E. 4.5.2 S. 256f.; 135 II 105 E. 2.3.3 S. 109f.; 132 I 7 E. 4.2 S. 11 ff.). Dies ist bei der Speicherung und Aufbewahrung von Telekommunikationsranddaten ohne Weiteres der Fall, wie auch die von der Vorinstanz aufgeführten Beispiele aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Bereich der Strafverfolgung belegen (vgl. E. 12.5 des angefochtenen Entscheids). Durch die Vorratshaltung von Randdaten stehen den Strafverfolgungsbehörden zusätzliche Möglichkeiten zur Aufklärung von Straftaten zur Verfügung. Durch die weite Verbreitung und Nutzung von elektronischen Kommunikationsmitteln erweisen sich diese Massnahmen denn auch als nützliches Mittel für strafrechtliche Ermittlungen. Die Vorinstanz hat deren Eignung daher zu Recht bejaht. Überdies ist sie entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer nicht in Willkür verfallen, wenn sie den Verfahrensantrag, die Praxis zur Anordnung von rückwirkenden Überwachungen und deren richterliche Überprüfung seien zu evaluieren, in vorweggenommener Beweiswürdigung abgelehnt hat, soweit dieser denn überhaupt vom Streitgegenstand erfasst wird.

8.2. Die Beschwerdeführer bringen sodann vor, die systematische und anlasslose Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs seien nicht erforderlich, zumal die allermeisten der erfassten Daten nie in eine Strafuntersuchung einflössen. Diese Massnahmen müssten sich daher auf Angaben beschränken, die eng mit den untersuchten Delikten zusammenhängen. Im Vordergrund stünde dabei das sog. «quick freeze»-Verfahren, bei dem die Randdaten des Fernmeldeverkehrs erst bei aufkommendem dringendem Tatverdacht gesichert werden.

8.2.1. Soweit die Beschwerdeführer damit eine Eingrenzung der Vorratsdatenspeicherung in persönlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht fordern, lehnen sie sich an die beiden Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) vom 8. April 2014 und 21. Dezember 2016 an. In ersterem Entscheid erklärte der EuGH die Richtlinie 2006/24/EG über die Vorratspeicherung von Daten für ungültig, weil sich diese nicht auf das absolut Notwendige beschränke und somit unverhältnismässig sei. Dies begründete er unter anderem damit, dass sich die Richtlinie generell auf alle Personen, alle elektronischen Kommunikationsmittel sowie auf sämtliche Verkehrsdaten erstreckte, ohne irgendeine Differenzierung, Einschränkung oder Ausnahme vorzusehen. Insbesondere betreffe sie alle Personen, die elektronische Kommunikationsmittel benutzen, ohne dass diese auch nur mittelbar oder entfernt Anlass zur Strafverfolgung geben könnten. Auch verlange die Richtlinie keinen Zusammenhang zwischen den auf Vorrat gespeicherten Daten und der Bedrohung für die öffentliche Sicherheit. So beschränke sie sich weder auf Daten eines bestimmten Zeitraums, Gebiets oder eines Kreises von Personen, die in irgendeiner Weise in schwere Straftaten verwickelt oder aus anderen Gründen zur Verhütung oder Verfolgung solcher Delikte beitragen könnten. Zudem sehe die Richtlinie eine Mindestdauer von sechs Monaten für die Vorratsdatenspeicherung vor, ohne dass eine Unterscheidung der Datenkategorien je nach deren etwaigen Nutzen für das verfolgte Ziel oder anhand der betroffenen Personen

getroffen werde (Urteil des EuGH vom 8. April 2014 C-293/12 und C-594/12 *Digital Rights Ireland*, Randnr. 57 ff.).

Der EuGH bestätigte diese Rechtsprechung in seinem zweiten Urteil zur Vorratsdatenspeicherung, worin er zum Schluss gelangte, dass eine nationale Regelung, die eine allgemeine und unterschiedslose Speicherung von Daten vorsehe, aus den bereits genannten Gründen nicht vor Unionsrecht standhalte. Allerdings verbiete Letzteres den Mitgliedsstaaten nicht, eine Regelung zu erlassen, die eine gezielte Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten ermögliche, sofern sich diese hinsichtlich der Datenkategorien, der elektronischen Kommunikationsmittel, des Personenkreises und der Aufbewahrungsdauer auf das absolut Notwendige beschränke. Um diesen Erfordernissen zu genügen, müsse die nationale Regelung klar und präzise sein sowie ausreichende Garantien zum Schutz vor Missbrauchsrisiken enthalten. Sie habe anzugeben, unter welchen Umständen und Voraussetzungen eine Massnahme der Vorratsdatenspeicherung angeordnet werden dürfe. Insbesondere müsse sie auf objektive Anhaltspunkte gestützt sein, die es ermöglichen, diejenigen Personen zu erfassen, die einen zumindest mittelbaren Zusammenhang zu schweren Straftaten aufwiesen. Eine solche Begrenzung lasse sich auch durch ein geografisches Kriterium gewährleisten, wenn objektive Hinweise dafür bestünden, dass in gewissen Gebieten ein erhöhtes Risiko für die Vorbereitung oder Begehung von Straftaten bestehe (Urteil des EuGH vom 21. Dezember 2016 C-203/15 und C-698/15 *Tele2 Sverige*, Randnr. 108 ff.).

8.2.2. Obschon diese Urteile für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache nicht bedeutungslos sind, insbesondere weil sie die Rechtsfortbildung im europäischen Umfeld im Bereich der Vorratsdatenspeicherung entscheidend prägen und sich auch der EGMR in jüngeren Entscheidungen darauf bezieht (vgl. EGMR-Urteile *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 70; *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 147), sind sie für die Schweiz nicht verbindlich (vgl. ASTRID EPINEY, Staatliche Überwachung versus Rechtsstaat: Wege aus dem Dilemma?, in: AJP 2016, S. 1507). Abgesehen von gewissen Zweifeln ob der Praktikabilität einzelner, darin vorgesehener Einschränkungen der Datenerfassung (vgl. dazu z. B. CHRISTOPH GRABENWARTER, Die Vorratsdatenspeicherung aus der Perspektive der EMRK, der Grundrechte-Charta und des Verfassungsrechts, in: Stuckenberg/Gärditz [Hrsg.], Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, 2015, S. 786 f.), treffen sie die Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs auf Vorrat im Kern (vgl. HEINRICH WOLFF, Anmerkung zum Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 8.4.2014 zur Vorratsdatenspeicherung, in: Die Öffentliche Verwaltung 14/2014, S. 610; GRABENWARTER, a. a. O., S. 790; KÜHLING, a. a. O., S. 683; REINHARD PRIEBE, Reform der Vorratsdatenspeicherung – strenge Massstäbe des EuGH, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 12/2014, S. 457; ALEXANDER ROSSNAGEL, Die neue Vorratsdatenspeicherung, in: Neue Juristische Wochenschrift 8/2016, S. 539; BOEHM/ANDREES, Zur Vereinbarkeit der Vorratsdatenspeicherung mit europäischem Recht, in: Computer und Recht 3/2016, S. 153). Das Wesen der Vorratsdatenspeicherung besteht gerade darin, die von den Benutzern von Fernmeldediensten bei ihren Kommunikationsvorgängen generierten äusseren Daten über eine gewisse Zeitspanne zu erhalten, ohne zu

wissen, ob sie für eine allfällige künftige Strafuntersuchung von Bedeutung sein werden oder nicht (vgl. WOLFF, a. a. O., S. 610; ANTONIE MOSER-KNIERIM, Vorratsdatenspeicherung, 2014, S. 139). Der schweizerische Bundesgesetzgeber hat sich ausdrücklich für dieses System der umfassenden und anlasslosen Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation ausgesprochen und diesen Entscheid im Rahmen der Totalrevision des BÜPF bestätigt (vgl. Botschaft zum nBÜPF, BBl 2013 2683, 2740 f. Ziff. 2.6). Anlässlich der parlamentarischen Debatten im Nationalrat wurde die Einführung des von den Beschwerdeführern als mildere Massnahme vorgeschlagenen «quick freeze»-Verfahrens (zum Begriff vgl. E. 8.2 hiervor) explizit verworfen (Geschäft 13.025 zur Änderung des BÜPF, dritte Abstimmung zum Antrag der Minderheit IV, AB 2015 N 1165; vgl. ferner Voten Bundespräsidentin Simonetta Sommaruga, AB 2015 N 1160; NR Gabi Huber, AB 2015 N 1156; NR Jean Christophe Schwaab, AB 2015 N 1161; NR Beat Flach, AB 2015 N 1162). Dieses fällt als weniger weitreichende Massnahme ausser Betracht, zumal es eine geringere Zwecktauglichkeit aufweist als das geltende System und somit nicht den vom Gesetzgeber erwünschten Erfolg zu zeitigen vermag (vgl. BGE 129 I 35 E. 10.2 S. 46).

8.3. Das Gebot der Verhältnismässigkeit verlangt im Weiteren, dass ein vernünftiges Verhältnis zwischen den behördlichen Massnahmen, welche die angestrebten Ziele zu erreichen bezwecken, und den betroffenen öffentlichen oder privaten Interessen besteht (angemessene Zweck-Mittel-Relation; BGE 143 I 147 E. 3.1 S. 151; 310 E. 3.4.1 S. 318; 138 I 331 E. 7.4.3.1 S. 346; 137 IV 249 E. 4.5 S. 256).

8.3.1. Der EGMR gesteht den Konventionsstaaten bei der vorzunehmenden Güterabwägung und damit bei der Beurteilung, ob eine Massnahme im Sinne von Art. 8 Ziff. 2 EMRK «in einer demokratischen Gesellschaft notwendig ist», einen gewissen Ermessensspielraum zu (EGMR-Urteile *Leander gegen Schweden* vom 26. März 1987 [Nr. 9248/81] § 59; *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 57). Dabei anerkennt er, dass an der mit der Kriminalitätsbekämpfung bezweckten Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ein erhebliches Interesse besteht, weshalb sich eine Erfassung und Aufbewahrung von Informationen als notwendig erweisen kann (EGMR-Urteile *Leander gegen Schweden* vom 26. März 1987 [Nr. 9248/81] § 59; *S. und Marper gegen Grossbritannien* vom 4. Dezember 2008 [Nr. 30562/04 und 30566/04] § 105; *Aycaguer gegen Frankreich* vom 22. Juni 2017 [Nr. 8806/12] § 34). So sei es insbesondere aufgrund der heutigen Formen des modernen Terrorismus eine natürliche Folge, dass Regierungen auf neuste Technologien – einschliesslich massiver Kommunikationsüberwachungen – zurückgriffen, um solchen Anschlägen zuvorzukommen (EGMR-Urteile *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 68; *Klass und andere gegen Deutschland* vom 6. September 1978 [Nr. 5029/71] § 48). Dennoch bedeute dies nicht, dass den Konventionsstaaten ein unbegrenztes Ermessen zustehe: Angesichts der Gefahr, dass die Demokratie mit der Begründung, sie zu verteidigen, durch (geheime) Überwachungen ausgehöhlt oder gar zerstört werde, dürften nicht jede beliebigen, als angemessen erachteten Massnahmen ergriffen werden (EGMR-Urteile *Klass und andere ge-*

gen Deutschland vom 6. September 1978 [Nr. 5029/71] § 49; *Leander gegen Schweden* vom 26. März 1987 [Nr. 9248/81] § 60; *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 57).

In diesem Sinne hielt der EGMR dafür, dass die zeitlich unbeschränkte Aufbewahrung von Fingerabdrücken, Zellproben und DNA-Profilen in Datenbanken von bloss verdächtigen, nicht aber verurteilten Personen unverhältnismässig sei und somit nicht vor Art. 8 EMRK standhalte (EGMR-Urteile *S. und Marper gegen Grossbritannien* vom 4. Dezember 2008 [Nr. 30562/04 und 30566/04] § 125; *M.K. gegen Frankreich* vom 18. April 2013 [Nr. 19522/09] § 43; ferner ähnlich *Brunet gegen Frankreich* vom 18. September 2014 [Nr. 21010/10] § 44; vgl. *e contrario* EGMR-Urteile *Peruzzo und Martens gegen Deutschland* vom 4. Juni 2013 [Nr. 7841/08 und 57900/12] § 49; *Gardel gegen Frankreich* vom 17. Dezember 2009 [Nr. 16428/05] § 71 betreffend Datenbank für Sexualstraftäter). Ebenso erblickte er in der umfassenden und systematischen Überwachung aller Mobilfunkkommunikationen in Russland, auf die der Geheimdienst und die Polizei unmittelbar zugreifen konnten, eine Verletzung von Art. 8 EMRK (EGMR-Urteil *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 302 ff.; vgl. ferner *Mustafa Sezgin Tanrikulu gegen Türkei* vom 18. Juli 2017 [Nr. 27473/06] § 65). Zum gleichen Ergebnis gelangte er im Entscheid *Szabó und Vissy gegen Ungarn*, in welchem ein geheimes Anti-Terror-Überwachungssystem zu beurteilen war, das nahezu alle Personen in Ungarn betraf und die massenhafte Überwachung von Kommunikationen erlaubte, ohne ausreichende und effektive Schutzmassnahmen vorzusehen (EGMR-Urteil vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 89). In diesem Urteil nahm der Gerichtshof ausserdem Bezug auf den Entscheid *Kennedy gegen Grossbritannien*, in dem der Umstand, dass die dort zu beurteilende gesetzliche Grundlage keine unterschiedslose Überwachung von grossen Mengen von Kommunikationen erlaubte, ein wesentliches Element darstellte, um auf deren Konventionskonformität zu erkennen (EGMR-Urteil vom 18. Mai 2010 [Nr. 26839/05] § 160; vgl. ähnlich *Uzun gegen Deutschland* vom 2. September 2010 [Nr. 35623/05] § 80).

8.3.2. Im vorliegenden Fall geht es zwar ebenfalls um die Beurteilung einer umfassenden und systematischen Datenerfassung. Allerdings ergeben sich ganz wesentliche Unterschiede zu den Sachverhalten, mit denen sich der EGMR in den vorgenannten Verfahren zu befassen hatte: Hinsichtlich der Art der gespeicherten Informationen geht es hier nicht um den Inhalt der Kommunikation, sondern bloss um deren äussere Umstände. Vor allem aber können die Strafverfolgungsbehörden auf die von den Fernmeldediensteanbieterinnen erfassten Daten nicht unmittelbar zugreifen und sie zu Untersuchungszwecken nutzen. Vielmehr kann ein solcher Zugriff erst auf der Stufe der Überwachung des Fernmeldeverkehrs erfolgen. Für deren Anordnung müssen die in der StPO vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt sein, wobei es in verfahrensrechtlicher Hinsicht der Genehmigung durch ein unabhängiges Gericht bedarf. Darauf ist nachfolgend näher einzugehen.

Neben der eigentlichen (inhaltlichen) Überwachung (Art. 270–272 i. V. m. Art. 269 StPO) sieht Art. 273 StPO die Möglichkeit vor, dass die Staatsanwaltschaft Auskünfte über die Verkehrs- und Rechnungsdaten bzw. die Teilnehmeridentifika-

tion einholt. Voraussetzung für den Zugang zu solchen Randdaten des Fernmeldeverkehrs ist, dass der dringende Verdacht eines Verbrechens oder Vergehens (oder einer Übertretung nach Art. 179<sup>septies</sup> StGB) besteht, dass die Schwere der Straftat die Überwachung rechtfertigt, und dass die bisherigen Untersuchungshandlungen erfolglos geblieben sind oder die Ermittlungen sonst aussichtslos wären oder unverhältnismässig erschwert würden (Art. 273 Abs. 1 Ingress i. V. m. Art. 269 Abs. 1 lit. b und c StPO; BGE 141 IV 108 E. 4.4 S. 117 f.; 137 IV 340 E. 5.2 S. 346 f.; EGMR-Urteile *Uzun gegen Deutschland* vom 2. September 2010 [Nr. 35623/05] § 70; *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 243 ff.). Mithin haben die Auskünfte, die bis sechs Monate rückwirkend verlangt werden können (Art. 273 Abs. 3 und Art. 15 Abs. 3 BÜPF), dem Gebot der Verhältnismässigkeit zu genügen (Art. 197 Abs. 1 lit. c und d StPO; EGMR-Urteil *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 260). Wie die inhaltliche Kommunikationsüberwachung (Art. 272 Abs. 1 StPO), bedürfen Massnahmen nach Art. 273 StPO der Genehmigung durch das Zwangsmassnahmengericht (Art. 273 Abs. 2 StPO), das gestützt auf die substantiierte und mit den wesentlichen Verfahrensakten belegte Eingabe der Staatsanwaltschaft (Art. 274 Abs. 1 StPO) innert fünf Tagen seit der Anordnung der Überwachung oder der Auskunftserteilung mit kurzer Begründung darüber entscheiden muss (Art. 274 Abs. 2 StPO; EGMR-Urteile *Klass und andere gegen Deutschland* vom 6. September 1978 [Nr. 5029/71] § 55 f.; *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 77). Dabei hat sich die Genehmigung namentlich darüber zu äussern, ob Vorkehren zum Schutz von Berufsgeheimnissen getroffen werden müssen (Art. 274 Abs. 4 lit. a StPO). Dokumente und Datenträger aus nicht genehmigten Überwachungen sind sofort zu vernichten und dürfen nicht verwendet werden (Art. 277 StPO; EGMR-Urteil *Uzun gegen Deutschland* vom 2. September 2010 [Nr. 35623/05] § 71 f.). Grundsätzlich teilt die Staatsanwaltschaft den überwachten Personen spätestens mit Abschluss des Vorverfahrens den Grund, die Art und die Dauer der Überwachung mit (Art. 279 Abs. 1 StPO; für Vorbehalte vgl. Art. 279 Abs. 2 StPO; EGMR-Urteile *Klass und andere gegen Deutschland* vom 6. September 1978 [Nr. 5029/71] § 58; *Uzun gegen Deutschland* vom 2. September 2010 [Nr. 35623/05] § 72; *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 86). Ihnen steht dagegen der Beschwerdeweg offen (Art. 279 Abs. 3 StPO), der letztlich bis an das Bundesgericht führen kann (Art. 78 ff. BGG).

Wird eine Überwachung des Fernmeldedienstes angeordnet, prüft der Dienst ÜPF unter anderem, ob die Überwachung eine gemäss dem anwendbaren Recht überwachungsfähige Straftat betrifft und von der zuständigen Behörde angeordnet worden ist (Art. 13 Abs. 1 lit. a BÜPF). Er weist die Anbieterinnen an, die für die Überwachung notwendigen Massnahmen zu treffen (Art. 13 Abs. 1 lit. b BÜPF) und nimmt die von ihnen übermittelten Randdaten entgegen, bevor er sie an die anordnende Behörde weiterleitet (Art. 13 lit. e BÜPF und Art. 8 Abs. 3 VÜPF; BGE 141 IV 108 E. 4.6 S. 118). Dabei setzt er die Vorkehren der Genehmigungsbehörde zum Schutz von Berufsgeheimnissen um und bewahrt die Überwachungsanordnung nach Einstellung der Massnahme während eines Jahres auf (Art. 13 Abs. 1 lit. f und i BÜPF).

8.3.3. Aus diesen Ausführungen erhellt, dass die Strafverfolgungsbehörden keinen direkten und uneingeschränkten Zugriff auf die von den Fernmeldediensteanbieterinnen gespeicherten und aufbewahrten Randdaten der Telekommunikation haben. Vielmehr unterliegt dieser strengen Anforderungen, die insbesondere hinsichtlich des Personenkreises, der Art sowie des Umfangs der Daten zu massgeblichen Einschränkungen führen, und zusammen mit zahlreichen Schutzmechanismen dazu beitragen, das Ermessen und die Zugriffsmöglichkeiten der Strafbehörden einzudämmen. Die vorerwähnte Rechtsprechung des EGMR kann somit nicht unbesehen auf die vorliegende Streitsache übertragen werden.

8.3.4. Gleichwohl bedingt die Vorratshaltung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs eine automatische Speicherung und Aufbewahrung einer grossen Menge von personenbezogenen Daten. Um insbesondere den Garantien von Art. 8 Ziff. 1 EMRK und Art. 13 BV zu genügen, verlangt der EGMR in Übereinstimmung mit dem Bundesgericht, dass diese systematische Datenerfassung und -aufbewahrung von angemessenen und wirkungsvollen rechtlichen Schutzvorkehrungen begleitet werden, so dass Missbräuchen und Willkür vorgebeugt werden kann (BGE 138 I 6 E. 4.3 S. 25; 133 I 77 E. 5.4 S. 86 f.; vgl. 136 I 87 E. 8.4 S. 116 f.; EGMR-Urteile *Rotaru gegen Rumänien* vom 4. Mai 2000 [Nr. 28341/95] § 59; *S. und Marper gegen Grossbritannien* vom 4. Dezember 2008 [Nr. 30562/04 und 30566/04] § 103; *Kennedy gegen Grossbritannien* vom 18. Mai 2010 [Nr. 26839/05] § 153; *M.K. gegen Frankreich* vom 18. April 2013 [Nr. 19522/09] § 32; *Peruzzo und Martens gegen Deutschland* vom 4. Juni 2013 [Nr. 7841/08 und 57900/12] § 42; *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 232; *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 68).

8.3.5. Die Beschwerdeführer bemängeln in diesem Zusammenhang, die datenschutzrechtlichen Grundsätze würden nicht eingehalten und es bestehe kein hinreichender Schutz vor Missbrauch.

Während das BÜPF selbst keine Bestimmungen über den Datenschutz bzw. die Datensicherheit enthält, verweist Art. 9 Abs. 1 VÜPF namentlich auf die Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG; SR 235.11). In Art. 9 Abs. 2 VÜPF wird überdies präzisierend festgehalten, dass die Fernmeldediensteanbieterinnen bei der Übertragung der Überwachungsdaten die Anweisungen des Dienstes ÜPF zu befolgen haben und sie für die Datensicherheit bis zum Übergabepunkt der Daten an den Dienst ÜPF verantwortlich sind. Die Richtlinien vom 22. Oktober 2015 über die organisatorischen und administrativen Anforderungen (OAR) sowie die technischen Anforderungen (TR TS) bei der rechtmässigen Überwachung des Fernmeldeverkehrs (vgl. Art. 33 Abs. 1bis VÜPF; beide abrufbar unter [www.li.admin.ch/de/dokumentation/downloads](http://www.li.admin.ch/de/dokumentation/downloads), besucht am 6. Dezember 2017) verweisen für die Gewährleistung der Datensicherheit durch die Fernmeldediensteanbieterinnen und den Dienst ÜPF auf das DSG (vgl. Ziff. 11.2 bzw. Ziff. 14.2), das ohnehin für Datenbearbeitungen durch private Personen oder Bundesorgane gilt (Art. 2 Abs. 1 DSG). Nach dessen Art. 7 müssen Personendaten durch angemessene technische und organisatorische Massnahmen gegen unbefugtes Bearbeiten geschützt werden, wobei der Bundesrat nähere Be-

stimmungen über die Mindestanforderungen an die Datensicherheit erlässt.

Gemäss Art. 20 VDSG treffen die verantwortlichen Bundesorgane die nach den Art. 8–10 VDSG erforderlichen technischen und organisatorischen Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte der Personen, über die Daten bearbeitet werden (Satz 1). Diese Bestimmung gilt nach den zutreffenden und unbestritten gebliebenen Ausführungen der Vorinstanz auch für die Fernmeldediensteanbieterinnen, zumal sie bei der Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs mit öffentlichen Aufgaben des Bundes betraut worden sind (Art. 3 lit. h DSG; vgl. E. 12.7.3 des angefochtenen Entscheids). Wer Personendaten bearbeitet bzw. ein Datenkommunikationsnetz betreibt, hat nach Art. 8 Abs. 1 VDSG für die Vertraulichkeit, Verfügbarkeit und Integrität der Daten zu sorgen, um einen angemessenen Datenschutz zu gewährleisten. Die Systeme müssen dabei insbesondere gegen unbefugte oder zufällige Vernichtung (lit. a), zufälligen Verlust (lit. b), technische Fehler (lit. c), Fälschungen, Diebstahl oder widerrechtliche Verwendung (lit. d) sowie unbefugtes Ändern, Kopieren, Zugreifen oder andere unbefugte Bearbeitungen (lit. e) geschützt werden. Geschuldet ist kein absoluter Schutz; vielmehr müssen die technischen und organisatorischen Massnahmen bei gesamthafter Beurteilung unter der Berücksichtigung des Zwecks, der Art und des Umfangs der Datenbearbeitung, der abschätzbaren Risiken für die betroffenen Personen und dem Stand der Technik angemessen sein (Art. 8 Abs. 2 VDSG; vgl. DAVID ROSENTHAL, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008, N. 3 f. zu Art. 7 DSG; BRUNO BAERISWYL, in: Datenschutzgesetz [DSG], 2015, N. 22 zu Art. 7 DSG). Solche Massnahmen sollen insbesondere bei automatisierten Datensammlungen und Informationssystemen verhindern, dass Daten unrechtmässig bearbeitet werden. Zu diesem Zweck definiert Art. 9 Abs. 1 VDSG verschiedene Zielsetzungen, die unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsgebots umzusetzen sind. Dazu gehören namentlich Datenträger-, Transport-, Bekanntgabe-, Speicher-, Benutzer- und Zugriffskontrollen (zur Erläuterung dieser Begriffe vgl. Kommentar des Bundesamts für Justiz zur VDSG vom 14. Juni 2011, Ziff. 6.1.2; CHRISTA STAMM-PEIFSTER, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, N. 25 ff. zu Art. 7 DSG; ROSENTHAL, a. a. O., N. 19 zu Art. 7 DSG). Als technische oder organisatorische Schutzmassnahmen in Betracht fallen beispielsweise Zugriffsbeschränkungen, Filter (wie z. B. Firewalls), Datenverschlüsselungen, sichere Systemkonfigurationen, Software zum Schutz vor Computerviren, -angriffen oder -spionage, Schulungen des Personals, Kontrollen und Protokollierungen (vgl. dazu auch Art. 10 VDSG; EGMR-Urteile *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 272; *Kennedy gegen Grossbritannien* vom 18. Mai 2010 [Nr. 26839/05] § 165; ROSENTHAL, a. a. O., N. 8 f. zu Art. 7 DSG; BAERISWYL, a. a. O., N. 19 f. zu Art. 7 DSG).

8.3.6. Soweit die Beschwerdeführer beanstanden, es reiche für die Gewährleistung der Datensicherheit nicht aus, sich auf generell-abstrakte Bestimmungen zu berufen, vermögen sie nicht durchzudringen. Immerhin führen die vorerwähnten technischen, organisatorischen und administrativen Richtlinien des Dienstes ÜPF wichtige Massnahmen auf, die eine si-

chere Datenbearbeitung gewährleisten. So hat die Kommunikation von Informationen im Sinne einer Transport- und Bekanntgabekontrolle nur durch vorgängig authentifiziertes Personal und verschlüsselt zu erfolgen (OAR-Richtlinie, Ziff. 11.1 bzw. TR TS-Richtlinie, Ziff. 14.1). Zudem haben auf das System zur Abfrage von Informationen zu Fernmeldedienst-Abonnenten nur nutzungsberechtigte Personen mit User-Identifikation Zugang, die sich vorgängig beim Dienst ÜPF registrieren lassen müssen und von diesem einer Überprüfung unterzogen werden (Technische und Administrative Richtlinie vom 30. November 2004 für die Fernmeldedienst-Anbieterinnen zum Call Center Informationssystem, Ziff. 10, abrufbar unter [www.li.admin.ch/de/dokumentation/downloads](http://www.li.admin.ch/de/dokumentation/downloads), besucht am 6. Dezember 2017). Damit wird den Zielsetzungen der Speicher-, Benutzer- und Zugriffskontrolle bei automatisierten Datensammlungen Nachachtung verschafft. Überdies müssen die Fernmeldedienst-Anbieterinnen genauso wie der Dienst ÜPF ihre Systeme vor unbefugtem Zugriff schützen und die involvierten Personen haben bei ihrer Tätigkeit die Vertraulichkeit der Informationen zu wahren (OAR-Richtlinie, Ziff. 11.3 f. bzw. TR TS-Richtlinie, Ziff. 14.3 f.). Ihnen drohen bei einem Verstoß gegen die berufliche Schweigepflicht (Art. 35 DSG) genauso wie bei einer Verletzung des Fernmeldegeheimnisses (Art. 43 des Fernmeldegesetzes [FMG; SR 784.10]) durch die Bekanntgabe gespeicherter Daten an Dritte (Art. 321<sup>ter</sup> StGB) strafrechtliche Sanktionen. Der damit einhergehende Abschreckungseffekt trägt insoweit zum Schutz vor missbräuchlichen Datenbearbeitungen bei (vgl. EGMR-Urteil *Gardel gegen Frankreich* vom 17. Dezember 2009 [Nr. 16428/05] § 70), wengleich ein rechtswidriges Verhalten von Einzelpersonen – wie der von den Beschwerdeführern kritisierte Verkauf oder das Verschwindenlassen von Daten – nie gänzlich ausgeschlossen werden kann (vgl. EGMR-Urteile *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 270; *Klass und andere gegen Deutschland* vom 6. September 1978 [Nr. 5029/71] § 59). Abgesehen davon sind keinerlei Anzeichen dafür ersichtlich, dass Hacker oder ausländische Behörden auf Randdaten der Beschwerdeführer hätten zugreifen wollen bzw. schweizerische Fernmeldedienst-Anbieterinnen diese unbefugten Dritten zugänglich gemacht hätten. Die Beschwerdeführer sind denn auch weder in der Lage, ihre Befürchtungen zu belegen noch konkrete Hinweise namhaft zu machen.

Dass weder die Richtlinien des Dienstes ÜPF noch die Fernmeldedienst-Anbieterinnen vollständig und im Detail über die technischen und organisatorischen Massnahmen informieren, ist nicht zu beanstanden, zumal durch deren Offenlegung die damit verfolgten Sicherheitsziele massgeblich beeinträchtigt werden könnten (vgl. BAERISWYL, a. a. O., N. 33 zu Art. 7 DSG). Überdies vermag die Kontrolle durch den EDÖB, der seine Funktionen unabhängig und ohne Weisungen ausübt (Art. 26 Abs. 3 DSG), diesbezüglich Abhilfe zu verschaffen. Nach Art. 27 DSG überwacht er die Einhaltung der bundesrechtlichen Datenschutzvorschriften durch die Bundesorgane (Abs. 1), wobei er bei seinen Abklärungen Akten herausverlangen, Auskünfte einholen und sich die Datenbearbeitung vorführen lassen kann (Abs. 3 Satz 1). Insofern verfügt der EDÖB auch im Bereich der Speicherung und Aufbewahrung von Telekommunikationsranddaten durch die Fernmeldedienst-Anbieterinnen bzw. der Weiterleitung solcher Informationen an den Dienst ÜPF im Falle

einer Überwachungsanordnung über umfassende Befugnisse zur Überprüfung der Datensicherheit. Dabei darf erwartet werden, dass er diesen Rechten im Rahmen seiner Aufsichtstätigkeit, die er von sich aus oder auf Ersuchen Dritter hin einleiten kann (vgl. RENÉ HUBER, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, N. 6 ff. zu Art. 27 DSG; YVONNE JÖHRI, in: Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2008, N. 6 zu Art. 27 DSG), auch tatsächlich nachlebt und insoweit Unregelmässigkeiten aufdeckt. Stellt er bei seinen Abklärungen eine Verletzung von Datenschutzbestimmungen fest, empfiehlt er dem verantwortlichen Bundesorgan, das Bearbeiten zu ändern oder zu unterlassen (Art. 27 Abs. 4 DSG). Gegen allfällige Verfügungen, die infolge abgelehnter oder nicht befolgter Empfehlungen ergehen können, kann er den Rechtsweg beschreiten (Art. 27 Abs. 5 und 6 DSG).

Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte oder Hinweise darf nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR letztlich jedoch davon ausgegangen werden, dass die einschlägigen Datenschutzvorschriften zur sicheren Bearbeitung personenbezogener Informationen vorliegend eingehalten werden (vgl. BGE 137 I 167 E. 9.1.3 S. 191 f.; 133 I 77 E. 5.4 S. 87; EGMR-Urteil *Klass und andere gegen Deutschland* vom 6. September 1978 [Nr. 5029/71] § 59). Dies gilt insbesondere auch mit Blick auf die (teilweise) Auslagerung der Datenbearbeitung ins Ausland. In Übereinstimmung mit den Ausführungen der Vorinstanz (vgl. E. 12.7.3 des angefochtenen Entscheids) muss sich der Auftraggeber insbesondere vergewissern, dass der Dritte die Datensicherheit gewährleistet (Art. 10a Abs. 2 DSG). Denn das Bundesorgan, das Personendaten durch Dritte bearbeiten lässt, bleibt für den Datenschutz verantwortlich (vgl. Art. 16 Abs. 1 DSG und Art. 22 Abs. 2 VDSG). Untersteht der Dritte dem DSG nicht, vergewissert es sich, dass andere gesetzliche Bestimmungen einen gleichwertigen Datenschutz gewährleisten, andernfalls stellt es diesen auf vertraglichem Weg sicher (Art. 22 Abs. 3 VDSG). Bei der Übertragung eines Teils der Datenbearbeitung an einen Dritten im Ausland – z. B. im Rahmen eines IT-Outsourcings – ist zudem Art. 6 DSG zu beachten (vgl. ROSENTHAL, a. a. O., N. 7 zu Art. 6 DSG und N. 28 zu Art. 10a DSG; BÜHLER/RAMPINI, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Auflage 2014, N. 6 zu Art. 10a DSG; EDÖB, Tätigkeitsbericht 18 [2010/2011], Datenübermittlung ins Ausland im Rahmen eines «Outsourcing»; a. M. BAERISWYL, a. a. O., N. 43 zu Art. 10a DSG). Nach dessen Abs. 1 dürfen Personendaten nicht ins Ausland bekannt gegeben werden, wenn dadurch die Persönlichkeit der betroffenen Person schwerwiegend gefährdet würde, namentlich weil eine Gesetzgebung fehlt, die einen angemessenen Schutz gewährleistet. Ein Indiz dafür, ob dies der Fall ist, lässt sich der Staatenliste des EDÖB entnehmen (Art. 31 Abs. 1 lit. d DSG i. V. m. Art. 7 VDSG; abrufbar unter <https://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00753/index.html>, besucht am 6. Dezember 2017). Danach weist Rumänien, das von den Beschwerdeführern als Beispiel angeführt wird, entgegen ihrer Auffassung ein angemessenes Datenschutzniveau für das Bearbeiten von Daten natürlicher Personen auf.

Insofern bieten die datenschutzrechtlichen Bestimmungen einen ausreichenden Schutz vor unbefugten Datenbearbeitungen und Zweckentfremdungen. Wie bereits an anderer Stelle ausgeführt (vgl. E. 7 hiervor), verfolgt die Vorratshaltung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs primär das Ziel, deren Vor-

handensein für allfällige künftige Strafverfahren zu gewährleisten (Art. 1 i. V. m. Art. 15 Abs. 3 BÜPF). Dies ist für die betroffenen Personen bereits bei der Datenbeschaffung erkennbar (vgl. E. 6.2 hiervor). Es leuchtet daher nicht ein, inwiefern ein Verstoss gegen den Bearbeitungsgrundsatz der Zweckbindung vorliegen soll.

8.3.7. Neben den vorgenannten Schutzmassnahmen stehen den Beschwerdeführern zusätzlich verfahrensrechtliche Garantien zum Schutz vor unsachgemässen Datenbearbeitungen zu. Im Vordergrund steht dabei das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG. Danach kann jede Person vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber verlangen, ob Daten über sie bearbeitet werden (Abs. 1). Der Inhaber der Datensammlung muss der betroffenen Person alle über sie vorhandenen Daten einschliesslich der verfügbaren Angaben über die Herkunft der Daten (Abs. 2 lit. a) bzw. den Zweck und gegebenenfalls die Rechtsgrundlagen des Bearbeitens sowie die Kategorien der bearbeiteten Personendaten, der an der Sammlung Beteiligten und der Datenempfänger mitteilen (Abs. 2 lit. b). Art. 9 DSG zählt allerdings verschiedene Gründe für eine Einschränkung des Auskunftsrechts auf. Nach dessen Abs. 1 lit. a kann der Inhaber einer Datensammlung die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben, wenn ein Gesetz im formellen Sinn dies vorsieht.

Die Fernmeldedienstanbieterinnen berufen sich auf diese Ausnahme, um die Bekanntgabe der streitbetroffenen Randdaten an die Beschwerdeführer zu verweigern. Zur Begründung führen sie aus, das nur die Daten der Rechnungsstellung umfassende fernmelderechtliche Auskunftsrecht (Art. 45 FMG i. V. m. Art. 81 f. der Verordnung über Fernmeldedienste [FDV; SR 784.101.1]) gehe als *lex specialis* Art. 8 DSG vor. Dieser Argumentation kann indes nicht gefolgt werden. Die Fernmeldedienstanbieterinnen verkennen, dass der durch Art. 13 BV bzw. Art. 8 EMRK gewährleistete Anspruch auf Auskunft und Einsicht eine unentbehrliche Voraussetzung für die Verwirklichung des Schutzes der Privatsphäre darstellt (BGE 138 I 6 E. 7.5.2 S. 38 mit Hinweis). In diesem Sinne dient das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG der Durchsetzung des Persönlichkeitsschutzes, indem es den betroffenen Personen ermöglichen soll, die über sie in einer Datensammlung bearbeiteten Daten zu kontrollieren mit dem Ziel, die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Grundsätze und Bestimmungen zu überprüfen und gegebenenfalls durchzusetzen (vgl. Botschaft vom 23. März 1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz, BBl 1988 II 413, 433 Ziff. 213.1; BGE 138 III 425 E. 5.3 S. 431 f.). Dies bezwecken denn auch die Beschwerdeführer mit ihren Auskunftsbegehren. Letztere erschöpfen sich nicht in der Verfolgung eines mit der Erbringung von Fernmeldedienstleistungen verbundenen Anspruchs im Sinne des FMG. Vielmehr zielen sie darauf ab, alle über sie in den Datensammlungen der Fernmeldedienstanbieterinnen vorhandenen Daten im Sinne des BÜPF in Erfahrung zu bringen, um deren rechtmässige Bearbeitung zu überprüfen. Dass die in den Datensammlungen erfassten Randdaten der Telekommunikation über die blossen Daten zur Rechnungsstellung hinausgehen, räumen die Fernmeldedienstanbieterinnen denn auch selbst ein. Eingedenk der mit den Gesuchen der Beschwerdeführer verfolgten Zielsetzung bedeutete eine Beschränkung ihres Anspruchs auf das fernmelderechtliche Aus-

kunftsrecht im Ergebnis, sie nicht nur der Möglichkeit zu berauben, die Einhaltung der materiellen Bestimmungen des Datenschutzes zu kontrollieren, sondern auch die Wahrnehmung ihrer übrigen Datenschutzrechte zu vereiteln (vgl. BGE 140 V 464 E. 4.2 S. 465; 139 V 492 E. 3.2 S. 494; 125 II 473 E. 4b S. 476). Dazu gehören namentlich die Ansprüche gemäss Art. 25 Abs. 1 DSG. Danach kann bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses vom verantwortlichen Bundesorgan verlangt werden, dass es das widerrechtliche Bearbeiten von Personendaten unterlässt (lit. a), die Folgen eines widerrechtlichen Bearbeitens beseitigt (lit. b), oder die Widerrechtlichkeit des Bearbeitens feststellt (lit. c). Ferner verleiht Art. 25 Abs. 3 lit. a DSG dem Gesuchsteller namentlich das Recht auf Berichtigung unrichtiger Daten (vgl. dazu ferner Art. 5 Abs. 2 DSG). Gegen Verfügungen über solche datenschutzrechtlichen Ansprüche steht den betroffenen Personen der Rechtsweg offen (vgl. Art. 33 Abs. 1 DSG), womit sie die Sache einer Überprüfung durch ein unabhängiges Gericht zuführen können (vgl. JÖHRI, a. a. O., N. 39 zu Art. 25 DSG; MONIQUE STURNY, in: Datenschutzgesetz [DSG], 2015, N. 3 f. zu Art. 33 DSG).

Im hier zu beurteilenden Fall stellen diese Rechte einen wirksamen Grundrechtsschutz sicher, zumal sie die Möglichkeit eröffnen, eine rechtmässige Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten der Telekommunikation durch die Fernmeldedienstanbieterinnen gegebenenfalls auch gerichtlich durchzusetzen (vgl. EGMR-Urteil *Zubkov und andere gegen Russland* vom 7. November 2017 [Nr. 29431/05] § 129). Insofern geht es vorliegend nicht an, den Anspruch der Beschwerdeführer im Sinne einer Ausnahme nach Art. 9 Abs. 1 lit. a DSG auf die Daten der Rechnungsstellung zu verkürzen (vgl. dazu auch Erläuterungsbericht des Eidg. Departements für Umwelt, Verkehr, Energie und Kommunikation [UVEK] vom 15. Oktober 2014 zur Revision von Verordnungen zum FMG, S. 9, wonach Art. 81 Abs. 1 FDV wie bis anhin nicht beabsichtige, etwaige weitergehende, datenschutzrechtliche Auskunftsrechte einzuschränken). Vielmehr können sie sich auf das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht gemäss Art. 8 DSG berufen, um alle Angaben in Erfahrung zu bringen, die sich auf ihre Person beziehen bzw. ihnen zugeordnet werden können (vgl. GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, N. 23 zu Art. 8 DSG). Soweit die Fernmeldedienstanbieterinnen in diesem Zusammenhang befürchten, die Gesuchsteller könnten durch das Auskunftsrecht sensible Informationen über andere Benutzer ihrer Fernmeldeanschlüsse erhältlich machen, vermag ihr Einwand nicht zu überzeugen. Denn wird ein Auskunftsbegehren einzig zum Zweck gestellt, eine andere Person auszuforschen, erweist es sich als rechtsmissbräuchlich (BGE 138 III 425 E. 5.5 S. 432; GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, a. a. O., N. 9 zu Art. 9 DSG). Ein solches Gebaren verdient von vornherein keinen Rechtsschutz, stellt es doch eine zweckwidrige Verwendung des Auskunftsrechts dar. Überdies ist mit dem EDÖB davon auszugehen, dass einer solchen Missbrauchsgefahr weitgehend mittels geeigneten, auf das jeweilige Kommunikationsmittel abgestimmten Authentifizierungsmassnahmen zur Eruiierung des Benutzers eines Fernmeldeanschlusses begegnet werden kann. Inwiefern weitere Vorkehrungen zur Gewährleistung des Persönlichkeitsschutzes und des Fernmeldegeheimnisses von Drittpersonen ergriffen werden müssten, braucht hier nicht weiter geprüft zu werden.

8.3.8. Zur Durchsetzung einer rechtmässigen Datenbearbeitung durch die Bundesorgane steht den betroffenen Personen im Weiteren ein Anspruch auf Löschung bzw. Vernichtung zu (Art. 25 Abs. 3 lit. a DSGVO), der grundrechtlich geschützt ist (BGE 126 I 7 E. 3c/aa S. 12). Voraussetzung dafür ist, dass die Daten vom verantwortlichen Bundesorgan überhaupt nicht bzw. nicht mehr bearbeitet werden dürfen (vgl. JAN BANGERT, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, N. 58 zu Art. 25/25 bis DSGVO; JÖHRI, a. a. O., N. 29 zu Art. 25 DSGVO; STURNY, a. a. O., N. 24 zu Art. 25 DSGVO). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Datenbearbeitung zur Erfüllung der öffentlichen Aufgabe nicht (mehr) erforderlich ist bzw. rechtmässig erhobene Daten zu lange aufbewahrt werden (vgl. BGE 120 Ia 147 E. 2a S. 150; EGMR-Urteil *Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 255; MÜLLER/SCHEFER, Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl. 2008, S. 169; KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 2. Aufl. 2013, S. 180; SCHWEIZER/RECHSTEINER, in: Datenschutzrecht, 2015, Rn. 2.39).

In seiner aktuellen Fassung sieht Art. 15 Abs. 3 BÜPF eine Aufbewahrungsdauer von sechs Monaten vor, weshalb die gespeicherten Randdaten der Telekommunikation nach deren Ablauf durch die Fernmeldedienstanbieterinnen (unwiderruflich) zu löschen sind, sofern nicht spezielle Rechtfertigungsgründe eine längere Aufbewahrung gebieten (z. B. wenn das Entgelt für eine Fernmeldedienstleistung im Sinne von Art. 80 FDV weiterhin geschuldet ist). Die Lösungsverpflichtung nach sechs Monaten geht denn auch aus den Materialien zum BÜPF hervor (Botschaft vom 1. Juli 1998 zu den Bundesgesetzen betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs und über die verdeckte Ermittlung, BBl 1998 IV 4241, 4268 Ziff. 212.22), weshalb davon auszugehen ist, dass die Telekommunikationsranddaten zur Erfüllung der damit verfolgten Zwecke, insbesondere die Vorratshaltung im Hinblick auf ein allfälliges künftiges Strafverfahren, jedenfalls nach geltendem Recht nicht mehr erforderlich ist. Soweit die Beschwerdeführer unter Hinweis auf BGE 139 IV 98 bezweifeln, dass die Telekommunikationsranddaten tatsächlich nach sechs Monaten gelöscht werden, kann ihnen nicht gefolgt werden. In diesem Urteil entschied das Bundesgericht zwar, dass bei Internetdelikten Art. 14 Abs. 4 BÜPF, der keine zeitliche Befristung für die rückwirkende Datenerhebung enthält, als *lex specialis* dem Art. 273 Abs. 3 StPO vorgeht, der eine Auskunftserteilung bis sechs Monate rückwirkend vorsieht (vgl. E. 4.8 S. 101 f.). In BGE 139 IV 195 sprach es sich jedoch aus Gründen des Schutzes der Privatsphäre der Benutzer und Dritter, wie sie aus den Materialien zum neuen BÜPF hervorgehen, für die Einhaltung der Frist nach Art. 273 Abs. 3 StPO aus, der eine rückwirkende Überwachung für eine Dauer von höchstens sechs Monaten erlaubt (vgl. E. 2.3 S. 197 ff.). In diesem Sinne bestätigen die Fernmeldedienstanbieterinnen im vorliegenden Verfahren denn auch ausdrücklich, dass sie die gespeicherten Randdaten des Fernmeldeverkehrs nach sechs Monaten löschen.

8.3.9. Mit Blick auf die Aufbewahrungsdauer an sich bleibt anzumerken, dass die Aufklärung von Straftaten, welcher die Vorratshaltung von Randdaten der Telekommunikation in erster Linie dient, insbesondere im Bereich der Bekämpfung schwerer Delikte wie Terrorismus oder organisiertes

Verbrechen, oft viel Zeit in Anspruch nimmt. Dabei handelt es sich ausserdem häufig um komplexe und umfangreiche Verfahren, in die viele Personen involviert sind (vgl. THOMAS HANS-JAKOB, Die Vorratsdatenspeicherung in der Schweiz, in: Kriminalstatistik 1/2015, S. 56; DERS., BÜPF/VÜPF, Kommentar zum Bundesgesetz und zur Verordnung über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs, 2. Aufl. 2006, N. 22 zu Art. 5 BÜPF). Vor diesem Hintergrund erweist sich der Aufbewahrungszeitraum von sechs Monaten, während dem die Strafverfolgungsbehörden die strengen Anforderungen für die Anordnung einer rückwirkenden Überwachung nachzuweisen haben (vgl. E. 8.3.2 f. hiervor), nicht als unverhältnismässig lange bemessen. Dies gilt umso mehr, als der EGMR im Entscheid *Zakharov gegen Russland* die im russischen Recht vorgesehene sechsmonatige Aufbewahrungsfrist für (inhaltliche) Überwachungsdaten der Mobilfunkkommunikation als vernünftig bezeichnete (EGMR-Urteil vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 255).

8.4. Bei einer gesamthaften Betrachtung trifft es zwar zu, dass bei der Vorratshaltung von Randdaten der Telekommunikation sehr grosse Mengen an Daten erfasst werden und die Speicherung und Aufbewahrung alle Benutzer von Fernmeldediensten gleichermaßen trifft, ohne dass diese Personen konkret Anlass zur Strafverfolgung geboten hätten. Auch ist nicht auszuschliessen, dass bereits das Wissen um die Datenerfassung und -aufbewahrung geeignet ist, das Kommunikationsverhalten zu beeinflussen. Die Beschwerdeführer berufen sich insoweit zu Recht auf ihre konventions- und verfassungsrechtlich geschützten Grundrechtspositionen. Diesen Schutzanliegen stehen jedoch gewichtige, im Gemeinwohl liegende Interessen am Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie der öffentlichen Gesundheit entgegen, welche die Vorratshaltung der Telekommunikationsranddaten zu wahren bezweckten. Ausserdem ist die Eingriffsintensität insoweit zu relativieren, als es sich bei den gespeicherten und aufbewahrten Informationen lediglich um mit dem Fernmeldeverkehr verbundene, äussere Daten handelt, die nicht den Inhalt der Kommunikation betreffen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer werden die Randdaten überdies auf der Stufe der Speicherung und Aufbewahrung bei den einzelnen Fernmeldedienstanbieterinnen weder gesichtet noch miteinander verknüpft, weshalb auch keine sensiblen Profile erstellt werden können. Die Strafverfolgungsbehörden haben keinen unmittelbaren und uneingeschränkten Zugriff darauf. Vielmehr müssen die qualifizierten, in der StPO festgelegten Voraussetzungen erfüllt werden, damit eine rückwirkende Überwachung des Fernmeldeverkehrs vorgenommen werden kann.

Schliesslich sehen die datenschutzrechtlichen Bestimmungen zahlreiche wirksame und angemessene Garantien zum Schutz vor Missbrauch und behördlicher Willkür vor, denen ein automatisches System der Datenerfassung naturgemäss ausgesetzt ist. Insoweit können in der hier zu beurteilenden Speicherung und Aufbewahrung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs keine Vorkehrungen erblickt werden, mit denen der demokratische Rechtsstaat mit der Begründung, ihn zu verteidigen, untergraben oder gar zerstört würde. Unter Berücksichtigung, dass der EGMR den Konventionsstaaten im Rahmen von Art. 8 EMRK einen gewissen Ermessensspielraum zugesteht und

er sich in seiner Rechtsprechung (noch) nicht einlässlich mit der Frage der Vorratshaltung von Randdaten der Telekommunikation befasst hat, erscheinen die Einschränkungen des Rechts auf Achtung des Privatlebens und des Anspruchs auf informationelle Selbstbestimmung nicht als unverhältnismässig. Kann mit anderen Worten nicht von vornherein auf die Konventionswidrigkeit des schweizerischen Systems der Vorratsdatenspeicherung geschlossen werden, überwiegen bei einer Gesamtwürdigung aufgrund des Vorerwähnten die öffentlichen Interessen an der Aufklärung von Straftaten bzw. an der Wahrung der öffentlichen Gesundheit die privaten Interessen der Beschwerdeführer an der Löschung resp. Unterlassung einer künftigen Speicherung ihrer Telekommunikationsranddaten.

Die Rüge der Verletzung von Grundrechten, insbesondere Art. 8 EMRK und Art. 13 BV, erweist sich somit als unbegründet. Die von den Beschwerdeführern angeführten Urteile ausländischer Verfassungsgerichte sowie die weiteren von ihnen beigebrachten Dokumente und Stellungnahmen vermögen an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Da der Eingriff insoweit gerechtfertigt ist, bedarf es entgegen ihrer Auffassung überdies keiner Einwilligung in die Speicherung und Aufbewahrung der Randdaten ihres Fernmeldeverkehrs.

- 1 **Anmerkungen** Der vorliegende Entscheid ist aus mehreren Gründen nicht überzeugend (vgl. hierzu Michael Reinle und Lukas Bühlmann in *mll-news.com* vom 15. April 2018). Mit einem formell-rechtlich zwar korrekten, nichtsdestotrotz aber nicht überzeugenden Winkelzug unterscheidet das Bundesgericht zwischen der Speicherung der Kommunikationsranddaten durch die Telekommunikationsdienstleister einerseits und der Weitergabe und Bearbeitung dieser Daten durch die Strafverfolgungsbehörden. Das Bundesgericht hatte im vorliegenden Verfahren den Zugriff auf die Daten durch die Strafverfolgungsbehörden nicht zu beurteilen. Diese Aufteilung ist jedoch nicht überzeugend. Die zweite Phase ist bereits bei der Beurteilung der ersten Phase zu berücksichtigen, da beide sich nicht einfach voneinander trennen lassen. Dies zeigt sich z. B. daran, dass das Bundesgericht bei der Prüfung des öffentlichen Interesses auf das öffentliche Interesse an der Aufklärung von Straftaten zurückgreifen muss. Auch bei der Prüfung der Verhältnismässigkeit beurteilte das Bundesgericht insbesondere, ob die Vorratsdatenspeicherung für die Zwecke der Strafverfolgung geeignet und erforderlich ist.
- 2 Die Frage der Vorratsdatenspeicherung beschlägt ein Thema, welches leider in der Schweiz im Vergleich z. B. zu Deutschland nur ungenügend diskutiert wird. Es geht um die Frage, ob Unternehmen dazu verpflichtet werden dürfen, Daten von Bürgern zu beschaffen bzw. zu speichern, auf welche sodann die Strafverfolgungsbehörden Zugriff erhalten. Es ist hierbei zu beachten, dass diejenigen Randdaten, welche für den «gewöhnlichen» Geschäftsbetrieb der Telekommunikationsdienstleister nicht erforderlich sind, ausschliesslich für die Zwecke der Strafverfolgung bzw. Gefahrenabwehr gespeichert werden. Dies anerkennen auch das Bundesgericht und seine Vorinstanz. Die Telekommunikationsdienstleister werden damit gesetzlich zu Hilfspolizisten. Dies ist rechtsstaatlich umso problematischer, als die Telekommunikationsranddaten anlasslos von jedem Kommunikationsteilnehmer, d. h. jedem Bürger, gespeichert werden. Ein strafprozessual relevanter Verdacht ist keine Voraussetzung für die Daten-

speicherung. Die Strafverfolgungsbehörden dürften dagegen erst bei hinreichendem Verdacht auf eine Straftat aktiv werden und Ermittlungsverfahren durchführen. Bei gewissen Zwangsmassnahmen ist gar ein dringender Tatverdacht notwendig. Die Telekommunikationsdienstleister müssen die Kommunikationsranddaten in einem Zeitpunkt für Strafverfolgungszwecke beschaffen und speichern, in welchem die Strafverfolgungsbehörden selber nicht aktiv werden dürften (siehe zu dieser Problematik im Zusammenhang mit der Transaktionsüberwachung aller Bankkunden und weiteren Massnahmen aus dem Geldwäschereigesetz Michael Reinle, *Terrorismusfinanzierung – Einige Gedanken aus Sicht des Bankkunden*, in: Juchli/Würmli [Hrsg.], *Auswirkungen des Terrorismus auf Recht, Wirtschaft und Gesellschaft*, Bern 2006, 113 ff. mit zahlreichen Hinweisen auf die deutsche Diskussion). Die Voraussetzung, dass die Strafverfolgungsbehörden und damit der Staat nicht ohne einen Tatverdacht in die Grundrechte, insbesondere auch in die Privatsphäre des Bürgers eingreifen dürfen, ist eine elementare Grundüberzeugung des liberalen, demokratischen Rechtsstaates. Mitunter dieses Element unterscheidet den liberalen Rechtsstaat von Diktaturen und autoritären Systemen. Der liberale Rechtsstaat akzeptiert damit, dass es Grenzen der Strafverfolgung gibt. Es überrascht daher, dass Politiker, welche im Zusammenhang mit der Vorratsdatenspeicherung an vorderster Front um den Rechtsstaat kämpfen, sehr wenig oder überhaupt keine Probleme haben, wenn dieselben Bürger, welche sie hier verteidigen, in deren Funktion als Bankkunden noch viel substanzielleren Überwachungsmaßnahmen ausgesetzt sind.

- 3 Der Entscheid ist auch aus medienrechtlicher Sicht von Bedeutung. Die Vorratsdatenspeicherung führt zu einer weiteren Gefährdung des journalistischen Quellenschutzes. Die Masse der Daten, welche im Zusammenhang mit der Vorratsdatenspeicherung gesammelt werden, kann die Identifikation von Quellen erleichtern. Diese Gefahr bestand bereits unter dem alten BÜPF. Unter dem neuen BÜPF wird die Anzahl der betroffenen Telekommunikationsdienstleister noch erhöht. Nebst den Telekommunikationsdienstleistern im engeren Sinne werden neu auch weitere Anbieter von Kommunikationsdiensten dem BÜPF unterworfen. Dies wiederum erhöht die Anzahl der Daten und damit die Wahrscheinlichkeit, dass sich aus den Daten Quellen von Journalisten entdecken lassen. Das Bundesgericht würde hier argumentieren, dass diese Gefahr für den Quellenschutz erst mit dem Zugriff der Strafverfolgungsbehörden entsteht. Dies verkennt jedoch, dass die Gefährdung des Quellenschutzes bereits mit der Erfassung und Speicherung der Daten entsteht. Die Massnahmen zum Quellenschutz im Strafverfahren vermögen diese Gefährdung nicht zu vermindern. Der Quellenschutz basiert auf folgenden Elementen: Zeugnisverweigerungsrecht (Art. 28a StGB i. V. m. 172 StPO), Beschlagnahmeverbot (Art. 264 Abs. 1 lit. c StPO) sowie eine sog. Aussonderungspflicht bei Überwachungsmaßnahmen (Art. 271 StPO). Dieser theoretisch gut durchdachte Quellenschutz ist in der Praxis sehr löchrig (siehe hierzu Györfly, *Quellenschutz im Strafprozess*, *medialex* 6/2016). Einen effektiven Schutz bietet an sich nur das Zeugnisverweigerungsrecht, da der Journalist dort die Herausgabe von Informationen aktiv verhindern kann. Das Zeugnisverweigerungsrecht hilft jedoch z. B. bei Durchsuchungen und bei geheimen Überwachungsmaßnahmen nicht. Auch ein Journalist muss Durchsuchungen dulden. Immerhin kann er bei der Beschlagnahme von Unterlagen eine Siegelung verlangen (Art. 264 Abs. 3 StPO). Keinen

Einfluss hat der Journalist dagegen, wenn für den Quellenschutz relevante Unterlagen bei Dritten, z. B. bei der Quelle selbst, beschlagnahmt werden. Bei diesen Unterlagen gilt zwar ebenfalls ein Beschlagnahmeverbot, doch kann dieses nur die Drittperson und nicht der Journalist geltend machen. Noch schwieriger ist die Sicherstellung des Quellenschutzes bei Überwachungsmaßnahmen und damit auch bei der vorliegend interessierenden Auswertung von gespeicherten Kommunikationsranddaten. Da die Beschaffung der Informationen hier nicht direkt beim Journalisten erfolgt, helfen weder das Zeugnisverweigerungsrecht, noch das Beschlagnahmeverbot. Die Überwachung erfolgt zudem geheim. Der Journalist kann selber nicht aktiv eingreifen. Vielmehr wäre es gemäss Art. 271 StPO die Aufgabe des Zwangsmassnahmegerichts bei Überwachungen die Informationen auszusondern, bei denen ein Zeugnisverweigerungsrecht oder ein Beschlagnahmeverbot besteht. Die Informationen sind aus den Akten auszusondern und zu vernichten. Die Strafverfolgungsbehörden sollen von diesen Informationen keine Kenntnis erhalten. Diese hehre Idee lässt sich faktisch nicht umsetzen. Dies deshalb, weil die Strafverfolgungsbehörden die Überwachung anordnen und das Zwangsmassnahmegericht die Überwachung erst danach genehmigen muss (Art. 274 StPO). Dadurch kann die Aussonderung regelmässig gar nicht vor der möglichen Kenntnisnahme der Informationen durch die Strafverfolgungsbehörden erfolgen, zumindest nicht bei der Direktschaltung bzw. Echtzeitüberwachung. Bei den gespeicherten Randdaten könnte man dies allenfalls theoretisch sicherstellen, doch wird dies in der Praxis nicht so gehandhabt. Dass sich die Strafverfolgungsbehörden für solche Randdaten interessieren, hat der Fall «Ritzmann/Mörgeli» (BezGer ZH, 5.12.2014, GG140151; Oger ZH, 1.12.2015, SB150090) gezeigt. Aufgrund der Auswertung von Randdaten hat die Staatsanwaltschaft in besagtem Fall Ermittlungen gegen Frau Ritzmann eingeleitet. Das Vorgehen der Staatsanwaltschaft war rechtsstaatlich insofern bedenklich, als die Randdaten ausgewertet wurden, um überhaupt erst einen Tatverdacht zu gewinnen. Zudem wurden die Voraussetzungen für geheime Überwachungsmaßnahmen nach Art. 269 ff. StPO nicht eingehalten. Daher haben die Gerichte auch ein Beweisverwertungsverbot ausgesprochen.

- 4 Für den Quellenschutz bei geheimen Überwachungen durch die Strafverfolgungsbehörden gibt es kein Patentrezept. Es wird jedoch auch keine Entwicklung zu einer besseren Lösung stattfinden, wenn die Problematik im öffentlichen Diskurs, in der Politik und in der Juristerei kaum zur Kenntnis genommen wird.

Dr. Michael Reinle, LL. M. Rechtsanwalt,  
Meyerlustenberger Lachenal AG, Zürich

---