



Häufig bewegen sich strafrechtliche Ermittlungen wegen Rechtsunsicherheiten im Graubereich.

LOOS/GETTY

## Der Bund verschläft den technologischen Fortschritt

*Private sammeln unsere Daten unbegrenzt, Polizeiarbeit und Strafrechtspflege dagegen sind nicht angemessen reguliert. Das führt zu Widersprüchen, Frust und behördlichem Handeln im Graubereich. Gastkommentar von Monika Simmler*

Seit 2011 regelt die eidgenössische Strafprozessordnung (StPO) das Vorgehen bei der Aufklärung von Straftaten. Der Staat darf dabei nur so weit in Grundrechte eingreifen, wie es das Gesetz ausdrücklich erlaubt.

Doch wer die StPO liest, könnte meinen, 2011 hätte es noch kein Internet gegeben: Identifiziert wird mit «Abdrücken von Körperteilen», Beobachtungen erfolgen «an allgemein zugänglichen Orten», und beschlagnahmt werden «Gegenstände». Die Praxis ist indes längst eine andere: 80 bis 90 Prozent aller Strafverfahren beinhalten elektronische Beweismittel.

### Online statt Marktplatz

Die Behörden wollen heute Daten anstatt Gegenstände, sie ermitteln online und nicht auf dem Marktplatz, und sie durchforsten mit intelligenten Analysesystemen grosse Datensätze oder entschlüsseln IT-Systeme.

Rechtliche Anpassungen hinken oft der technologischen Entwicklung hinterher. Doch das allein erklärt nicht, warum der Schweiz ein stringenter regulatorischer Rahmen für die digitalisierte Strafverfolgung fehlt. Der Gesetzgeber nimmt sich des Themas schlicht nicht an.

Angesichts der grundlegenden digitalen Transformation von Kriminalität und Strafverfolgung reicht es nicht aus, punktuelle Anpassungen wie etwa bei Einsätzen mit besonderen Informatikprogrammen – sogenannte Govware – vorzunehmen oder das Gesetz so grosszügig auszulegen, dass Ermittlungen im Internet oder die Datengewinnung bei Internetdiensten darunterfallen.

In der kürzlich vom Bundesrat vorgelegten Auslegeordnung zur Regulierung von künstlicher Intelligenz (KI) sucht man vergeblich nach Anhaltspunkten für ein entsprechendes Problembewusstsein. In anderen Projekten möchte der Bundesrat zwar Tech-Firmen verpflichten, zu Überwachungszwecken (auf Vorrat) mehr Daten zu speichern, oder er erwägt den Beitritt zum EU-System für den vereinfachten grenzüberschreitenden Zugriff auf elektronische Beweise. Der inländische Umgang mit «Gegenständen» und «allgemein zugänglichen Orten» bleibt allerdings unberührt.

Zur selben Zeit scheut der Gesetzgeber die Begrenzung der Datensammelwut privater Unternehmen. Damit akzentuiert sich ein Paradox: Während die Strafverfolgung unter fehlenden Rechtsgrundlagen leidet, nutzen Private munter KI-Tools für kommerzielle Zwecke. Behörden können auf die privat gesammelten Daten im Einzelfall zwar oft zugreifen – private und staatliche Überwachung gehen folglich Hand in Hand. Den Behörden bleibt es aber verwehrt, dieselben Methoden selbst anzuwenden.

Dieses der gesetzgeberischen Inaktivität geschuldete Ungleichgewicht kann entweder zu Forderungen nach mehr (privater) Beschränkung oder nach mehr (staatlichen) Befugnissen führen.

Wer die Strafprozessordnung liest, könnte meinen, 2011 hätte es noch kein Internet gegeben.

Es sorgt aber jedenfalls für Frust bei Polizei und Staatsanwaltschaften und begünstigt problematische Ausweichmanöver.

Als Beispiel kann die vieldiskutierte automatisierte Gesichtserkennung dienen: Eine Rechtsgrundlage dafür fehlt, wie das Bundesgericht bestätigt hat. Dennoch nutzen einzelne Behörden gestützt auf (zu) grosszügige Gesetzesauslegung diese KI-Methode – oder Kantone wie Zürich möchten nun einfach im kantonalen Polizeirecht Gesetzesgrundlagen für die Gesichtserkennung schaffen. Ihr Einsatz wäre dann – wenig überzeugend – zwar in der Prävention erlaubt, nicht dagegen bei der Aufklärung verübter Straftaten.

### Misstrauen wird geschürt

Häufiger noch bewegen sich Ermittlungen aufgrund der Rechtsunsicherheiten schlicht im Graubereich, z. B. bei der Nutzung von Open Source Intelligence. Das kann Misstrauen schüren.

Nähme sich der Bund der Digitalisierung der Strafverfolgung regulatorisch umfassend an, könnte er unbestrittene und für eine auch in Zukunft wirksame Polizeiarbeit unabdingliche Instrumente zulassen. Zugleich könnten ungerechtfertigten Eingriffen in die Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger klare Grenzen gesetzt werden.

Diese Debatte im schwierigen Spannungsfeld zwischen Strafverfolgungsinteressen und dem Schutz von Freiheitsrechten erfolgt derzeit ungeordnet. Als Gesellschaft müssen wir sie im digitalen Zeitalter aber führen. Der Bund ist in der Pflicht, das zeitnah zu ermöglichen.

Monika Simmler ist Professorin für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie an der Universität St. Gallen.

In der Geschichte des europäischen Wettbewerbsrechts ragt ein Fall heraus: Vor knapp zehn Jahren wurden in der EU Geldbussen in Höhe von insgesamt 3,8 Milliarden Euro gegen die grossen Lkw-Hersteller verhängt, ein Rekord, der bis heute unerreicht ist. Im Mittelpunkt des Falls: Anstatt miteinander zu konkurrieren, hatten die Unternehmen die Bruttolistenpreise für mittelschwere und schwere Lkw koordiniert. Auch in der Schweiz würde ein solches Verhalten mit direkten Sanktionen geahndet. Unerklärlicherweise sieht es der Ständerat in der laufenden Revision des Kartellgesetzes anders. Nur noch «Abreden über Mindest- und Festpreise» sollen direkt sanktioniert werden können. Absprachen über Bruttopreise wären damit sanktionsfrei.

### Bruttopreise mit Ankereffekt

Die Einführung der direkten Sanktionen durch die Revision von 2003 hat das schweizerische Kartellgesetz auf den internationalen Stand gebracht, jedenfalls was die Durchsetzung des Gesetzes durch die Behörden betrifft. Stellt man Wettbewerbsbeschränkungen wie das Lkw-Kartell in der Schweiz straffrei, käme das einem Rückfall in die Zeit vor 2003 gleich, als beispielsweise das Vitaminkartell in den anderen Industriestaaten konsequenten Sanktionen unterstand, nur in der Schweiz nicht, obwohl auch Schweizer Unternehmen in das Kartell involviert waren. Der Ball liegt nun beim Nationalrat: Es ist dringend zu empfehlen, das Kartellgesetz in diesem Punkt nicht zu ändern.

Bruttopreise haben einen Ankereffekt und dienen den Wirtschaftsakteuren als Grundlage für die Preisbildung. Das Kartellrecht steht Arbeits- und Einkaufsgemeinschaften sowie Forschungs- und Entwicklungskooperationen nicht im Weg, solange sie nicht als Deckmantel für harte Absprachen missbraucht werden. Die Behauptung, dass die unterschiedene Verfolgung diesbezüglicher Manipulationen innovative Kooperationen verhindern würde, entbehrt jeglicher Grundlage. Die Annahme des

## Wettbewerbspolitik – das Rad nicht zurückdrehen

*Die Revision des Kartellgesetzes droht die Erfolge staatlicher Ordnungspolitik zu sabotieren. Die Schweiz sollte an ihrem wettbewerbsfreundlichen Kurs festhalten. Gastkommentar von Damiano Canapa und Andreas Heinemann*

Vorschlags würde auch dazu führen, dass sich künftig grosse Detailhändler zum Nachteil ihrer Lieferanten, zum Beispiel der Landwirte, auf einen tiefen Maximalpreis einigen könnten, ohne Sanktionen befürchten zu müssen.

Grund für Sorge besteht auch in einem anderen Punkt: Die Anforderungen an die Erheblichkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen sollen hinaufgeschraubt werden: Es würde nicht mehr ausreichen, das Vorliegen einer der fünf im Gesetz definierten Kernbeschränkungen (wie beispielsweise eines Preiskartells) zu beweisen, sondern man müsste das Verhalten auch noch nach – nicht näher bestimmten – quantitativen Kriterien beurteilen. Hierdurch soll das Gaba-Urteil des Bundesgerichts korrigiert werden, das die grund-

wurf der Marktabschottung wieder damit verteidigen, dass sie nur geringe Marktanteile hätten, die Wettbewerbskommission zu wenige einschlägige Verträge gefunden habe oder dass die Geschäftspraktiken angeblich keinen Einfluss auf das Preisniveau gehabt hätten. Die Massnahmen, mit denen die Märkte nach aussen geöffnet werden sollen, würden hierdurch torpediert – ganz abgesehen davon, dass Dauer und Kosten der Verfahren erhöht würden.

wurf der Marktabschottung wieder damit verteidigen, dass sie nur geringe Marktanteile hätten, die Wettbewerbskommission zu wenige einschlägige Verträge gefunden habe oder dass die Geschäftspraktiken angeblich keinen Einfluss auf das Preisniveau gehabt hätten. Die Massnahmen, mit denen die Märkte nach aussen geöffnet werden sollen, würden hierdurch torpediert – ganz abgesehen davon, dass Dauer und Kosten der Verfahren erhöht würden.

### Misbräuchlichkeit prüfen

Schliesslich soll am Verbot des Missbrauchs marktbeherrschender Stellungen geschraubt werden. Gemäss Nationalratskommission ist die «Misbräuchlichkeit der Verhaltensweisen (...) einzelfallweise in einer Gesamtbeurteilung anhand von Erfahrungswerten und den konkreten Umständen auf dem Markt zu prüfen». Es braucht nicht viel Phantasie, um sich vorzustellen, dass die Marktbeherrscher und ihre Vertreter aus dieser Formulierung ableiten werden, dass die konkreten schädlichen Auswirkungen auf dem Markt nicht nur zu prüfen, sondern auch nachzuweisen sind.

Das bilaterale Kooperationsabkommen Schweiz-EU hält fest, dass die Durchsetzungssysteme der Kooperationspartner auf denselben Grundsätzen beruhen und vergleichbare Vorschriften enthalten. Eine Abkehr hiervon würde Rechtsunsicherheit und jahrelange Rechtsstreitigkeiten für Unternehmen nach sich ziehen. Überhaupt würden die genannten Änderungsvorschläge die eindrucksvollen Erfolge der schweizerischen Wettbewerbspolitik sabotieren und bei den Handelspartnern Misstrauen schüren. Anstatt den Rückwärtsgang einzulegen, sollte der wettbewerbsfreundliche Kurs der letzten zwei Jahrzehnte konsequent fortgesetzt werden.

Damiano Canapa ist Professor an der Universität Lausanne, und Andreas Heinemann ist Professor an der Universität Zürich sowie ehemaliger Präsident der Wettbewerbskommission.