

Zürich, 24. März 2023

Einschreiben
Bundesverwaltungsgericht
Abteilung I
Postfach
9023 St. Gallen

Viktor Györfy
Rechtsanwalt
Beethovenstrasse 47
8002 Zürich
Telefon 044 240 20 55
Telefax 043 500 55 71
gyoerffy@psg-law.ch
www.psg-law.ch

Digitale Gesellschaft, ... / Nachrichtendienst des Bundes NDB
Geschäfts-Nr. A-6444/2020

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrter Herr Präsident
Sehr geehrte Damen und Herren

In der eingangs erwähnten Angelegenheit beziehe ich mich auf Ihre Verfügung vom 8. Dezember 2022.

1. Zu den in Ziff. 1 dieser Verfügung genannten Dokumenten reiche ich namens und im Auftrag der Beschwerdeführenden einstweilen die nachstehende Stellungnahme ein:
 - 1.1. Die Einreichung einer abschliessenden Stellungnahme ist beim aktuellen Stand des Verfahrens aus folgenden Gründen nicht möglich:
 - a) In den Antworten auf die ihnen gestellten Fragen haben der Beschwerdegegner, die Führungsunterstützungsbasis (FUB) und die UKI einen Teil der Antworten sowie weitere Beilagen nicht parteiöffentlich eingereicht und möchten die so dem Bundesverwaltungsgericht gegenüber gemachten Angaben vollständig der Kenntnis der Beschwerdeführenden entziehen. Die Abteilung I, Kammer I, des Bundesverwaltungsgerichts hat das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf die ersuchte Zustellung der Tätigkeitsberichte aus den Jahren 2019, 2020 und 2021 darum gebeten, sich hinsichtlich der Herausgabe an die GPDel zu wenden und hat in der Folge einen Teil der Fragen nicht beantwortet, weil die entsprechende Information Teil des Tätigkeitsberichts sei.

- b) Es ist festzuhalten, dass damit wesentliche Fragen nicht oder zumindest nicht parteiöffentlich beantwortet worden sind. Wie nachstehend dargelegt ergeben sich dadurch nicht zu rechtfertigende Lücken in Bezug auf die Untersuchung der Praxis der Funk- und Kabelaufklärung. Diese Praxis lässt sich jedenfalls mit den parteiöffentlich gemachten Angaben insgesamt nicht zureichend nachvollziehen. Die Beschwerdeführenden erhalten damit in wesentlichen Aspekten keine zusätzlichen Angaben zur effektiven Praxis und dazu, wie sie von der Funk- und Kabelaufklärung in ihren Grundrechten betroffen sind.
- c) Soweit in den Eingaben keine zureichenden Antworten gegeben werden oder die Antworten nicht parteiöffentlich vorliegen, bedeutet dies auch, dass die von den Beschwerdeführer dargelegten Bedenken gegen die Funk- und Kabelaufklärung nicht ausgeräumt sind.
- d) Die angefragten Stellen haben für die teilweise Verweigerung der Offenlegung von Angaben ausdrücklich oder sinngemäss das Interesse an der Geheimhaltung gewisser Informationen angerufen. Dies darf aber nicht dazu dienen, die Offenlegung ganzer Bereiche der Praxis der Funk- und Kabelaufklärungen gegenüber den Parteien zu verhindern. Erstens darf die Geheimhaltung nicht weiter gehen als erforderlich, d.h. nur Details, bezüglich derer ein überwiegendes Geheimhaltungsinteresse effektiv besteht, dürfen geheim gehalten werden. Zweitens hat die Behörde ihre Stellungnahme so zu verfassen, dass sie möglichst viele Angaben machen kann, welche die zu untersuchende Praxis für die Beschwerdeführenden nachvollziehbar machen. Hierzu hat sie es zu vermeiden, die Angaben, welche geheim gehalten werden dürfen, mit offenzulegenden so zu vermischen, dass offenzulegende Angaben in einem geheim gehaltenen Teil der Stellungnahme verbleiben und den Beschwerdeführenden auch nicht anderweitig bekannt gegeben werden. Nach Möglichkeit hat die Behörde die Sachlage auch mit Hilfe von abstrakten Beschreibungen und fiktiven Beispielen zu beschreiben, sodass die Zusammenhänge dargelegt werden können, ohne die Geheimhaltung auszuhebeln.
- e) Soweit die befragten Stellen die Fragen nicht oder nicht parteiöffentlich beantworten und Unterlagen einreichen möchten, welche den Parteien nicht offen gelegt werden sollen, haben sie dies zureichend und nachvollziehbar zu begründen.
- f) Generell ist zu den Interessen, welche beim Entscheid, welche Informationen dem Bundesverwaltungsgericht nicht parteiöffentlich übermittelt werden dürfen und welche Informationen den Beschwerdeführenden offenzulegen sind, festzuhalten, dass die Beschwerdeführenden von der Funk- und Kabelaufklärung tangiert

sind und deshalb ein durch die Grundrechte geschütztes Interesse haben, Kenntnis über darüber zu haben, wie die Funk- und Kabelaufklärung sie tangiert. Die Wahrung dieser Grundrechte bedingt, in Kenntnis über die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung gesetzt zu werden.

- g) Überdies ist zu berücksichtigen, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör und auf eine effektive Beschwerde (Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 13 EMRK i.V.m. den tangierten Grundrechten) stark beschnitten werden, wenn die Behörde, deren Entscheid als verfassungs- und konventionswidrig angefochten wird, dem Gericht Informationen zukommen lassen kann, welche die Beschwerdeführenden nicht zur Kenntnis nehmen und zu denen sie nicht Stellung nehmen und weitere Beweise beantragen können. Auch eine Beurteilung durch externe Expertinnen und Experten und die Überprüfbarkeit dieser Beurteilung wird stark erschwert, wenn Akten bestehen, deren Inhalt die Beschwerdeführenden nicht kennen. Soweit die von den angefragten Stellen eingegebenen Informationen den Parteien weiterhin nicht zugänglich gemacht würden, wären sie mindestens teilweise aus dem Recht zu weisen, um den Anspruch auf rechtliches Gehör und auf eine effektive Beschwerde zu wahren.
- h) Es ist auch darauf hinzuweisen, dass die bisherigen Vorbringen des Beschwerdegegners – wie die Beschwerdeführenden mehrfach aufgezeigt haben – in wesentlichen Aspekten nicht mit der Realität in Übereinklang zu bringen sind. Zudem gehen die Darlegungen in den Eingaben des Beschwerdegegners und der FUB, welche den Beschwerdeführenden offen gelegt worden sind, stellenweise nicht mit den früheren Vorbringen des Beschwerdegegners zusammen. Dies betrifft u.a. die Lokalisierung der Kommunikationspartner ausgeleiteter Kommunikation, insbesondere bei serverbasierter Kommunikation (vgl. beispielsweise Ziff. 35 ff. der Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 18. August 2022).
- i) Die in den Eingaben der befragten Stellen gemachten Angaben müssen für die Beschwerdeführenden nachvollziehbar sein und überprüft werden können, dies namentlich dort, wo die Auskunft gebenden Stellen Angaben machen, denen (auch) technische Gegebenheiten zu Grunde liegen. Der Beschwerdegegner hat in seinen Vorbringen zum Teil wie dargelegt an der Realität vorbei argumentiert und hat immer wieder die normative Ebene (wie es funktionieren sollte) und die faktische Ebene (wie es effektiv funktioniert bzw. funktionieren kann) vermengt. Er und die FUB tun dies auch wieder in ihren Eingaben, mit denen sie die vom Bundesverwaltungsgericht gestellten Fragen beantworten sollen. Es kann jedenfalls nicht einfach vorausgesetzt werden, dass die Stellungnahmen des Beschwerdegegners und der FUB Gewähr für eine akkurate Darlegung der Praxis unter gebührender

Berücksichtigung ihrer Auswirkungen auf die Grundrechte der Beschwerdeführenden bieten. Der Beschwerdegegner und der FUB werden die Funk- und Kabelaufklärungen nachvollziehbarerweise in möglichst günstigem Licht erscheinen lassen und es tendenziell auch deshalb vermeiden, dass sich die effektive Praxis akkurat aus ihren Stellungnahmen erschliesst.

- j) Beim Beschwerdegegner und bei der FUB bzw. den Personen, welche für sie die Stellungnahmen verfassen, kann nicht davon ausgegangen werden, dass diese die Praxis und ihre Auswirkungen auf die Grundrechte vollständig und akkurat fachlich einordnen. Wie in vorherigen Eingaben dargelegt (insb. vom Stellungnahme vom 7. Januar 2022) vermögen interne Angaben zur Funk- und Kabelaufklärung von Personen, welche beim Beschwerdegegner tätig sind, den Beizug externer Fachpersonen nicht zu ersetzen. Beigezogene externe Fachpersonen müssen aber über die erforderlichen Angaben zur effektiven Praxis der Funk- und Kabelaufklärung verfügen, um darüber Bericht erstatten zu können.
- 1.2. Der Beschwerdegegner hat die ihm gestellten Fragen in beträchtlichem Umfang nicht parteiöffentlich beantwortet, sondern seine Antworten in jenen Teil verlegt, welcher den Beschwerdeführenden nicht offengelegt werden soll. Die vom Beschwerdegegner vorgebrachten Gründe, weswegen er im parteiöffentlichen Teil der Stellungnahme keine weiteren Aufschlüsse über die Praxis geben will, überzeugen nicht. Es erscheint als notwendig und ohne Weiteres möglich, dass der Beschwerdegegner weitergehende Angaben parteiöffentlich macht. Mit Blick auf die mit der Funk- und Kabelaufklärung tangierten Grundrechte und zur Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und auf wirksame Beschwerde muss der Beschwerdegegner die Möglichkeiten, die effektive Praxis in möglichst weitgehend nachvollziehbar darzulegen, ausschöpfen. Diesem Anspruch kommt er mit seiner Stellungnahme nicht nach.
- 1.3. Generell ist festzuhalten, dass der Beschwerdegegner kaum begründet, warum er die gestellten Fragen in derart weit gehendem Umfang nicht parteiöffentlich beantwortet und weshalb er derart viel einreicht, ohne es den Beschwerdeführenden offenlegen zu wollen.
- 1.4. Allein der Verweis darauf, es sei schädlich für die Landesinteressen, Methoden und Vorgehensweisen öffentlich zu machen, diese würden dadurch unwirksam, reicht bei Weitem nicht aus.
- a) Erstens übergeht der Beschwerdegegner, dass es gerade bei Massenüberwachungsprogrammen wie der Funk- und Kabelaufklärung darum geht, dass die Rechtsunterworfenen – und damit auch die Beschwerdeführenden – sich ein Bild davon machen

können, wie sie von diesen Programmen betroffen sind und in wie weit sie riskieren, dass ihre Kommunikation von diesen erfasst wird. Soweit es Personen tangiert, deren Kommunikation speziell konventionsrechtlich geschützt ist (namentlich Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte in ihrer beruflichen Tätigkeit sowie Journalistinnen und Journalisten im Kontakt mit ihren Quellen), gilt dies verstärkt. Es kann nicht hingenommen werden, dass diese Personen nicht einmal ermessen können, in wie weit und auf welche Art und Weise ihre Kommunikation von der Funk- und Kabelaufklärung tangiert ist.

- b) Zweitens ist nur schon aufgrund der bestehenden gesetzlichen Grundlagen, über die sich jede Person Kenntnis verschaffen kann, klar, dass es in der Schweiz derartige nachrichtendienstliche Massenüberwachungsprogramme gibt.
- c) Drittens lassen sich derartige Programme auch durchführen und werden in ihrer Wirksamkeit nicht beschnitten, wenn Details über die Programme offen gelegt werden. Dies zeigt nur schon ein Vergleich mit anderen Überwachungsmitteln und mit Massenüberwachungsprogrammen in anderen Ländern:

Zu den im BÜPF, der StPO und (aufgrund von Art. 25 Abs. 2 und Art. 26 Abs. 1 lit. a NDG) im NDG geregelten Überwachungsmassnahmen bestehen detaillierte Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen. Die diesbezügliche Praxis gelangt der Allgemeinheit über Gerichtsentscheide, Statistiken (insb. die vom Dienst ÜPF publizierten: <https://www.li.admin.ch/de/stats>) und andere öffentlich zugängliche Informationen zur Kenntnis, ohne dass zu konstatieren wäre, dass dies den mit den Überwachungsmassnahmen verfolgten Zwecken schadet oder die Massnahmen unwirksam macht. Im Rahmen von Untersuchungen von nachrichtendienstlichen Massenüberwachungsprogrammen sind in einigen Ländern sehr viel mehr Informationen über solche Programme publik gemacht worden, als der Beschwerdegegner und die FUB im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens offenlegen möchten.

- 1.5. Konkret gibt der Beschwerdegegner insbesondere keine greifbare Begründung dazu ab, weshalb der Inhalt, welcher in Beilage 2, nicht aber in Beilage 3 seiner Stellungnahme enthalten ist, nicht offen gelegt werden könnte bzw. weshalb es nicht möglich sein soll, in Beilage 3 weitere Angaben zu machen.
- 1.6. Aber auch bei den weiteren Beilagen ist die Begründung nicht ausreichend. Es wird auch nicht begründet, weshalb zu den jeweiligen Punkten keine abstrakten Beschreibungen und fiktiven Beispiele gegeben werden können, mit welchen der Inhalt der

eingereichten Unterlagen für die Parteien zumindest in den Grundzügen verständlich gemacht werden kann.

1.7. Im Einzelnen ist Folgendes zu bemängeln:

- a) Der offen gelegte Teil der Antwort auf Frage 1. a. bezieht sich einzig auf die Gesetzeslage, und dies nicht einmal präzise. Wie von den Beschwerdeführenden dargelegt verwenden die angeführten gesetzlichen Bestimmungen den Begriff des Fernmeldediensteanbieters (FDA) nicht, sondern sprechen von Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsdienstleistungen. Der offen gelegte Teil der Antwort ist komplett substanzlos. Effektiv hat der Beschwerdegegner die Frage 1. a. damit parteiöffentlich überhaupt nicht beantwortet.

Eine nachvollziehbare Begründung für dieses Vorgehen bleibt der Beschwerdegegner schuldig. Die vom Beschwerdegegner in diesem Zusammenhang pauschal und unsubstanziert angeführten Geheimhaltungsinteressen vermögen es jedenfalls nicht zu rechtfertigen, dass die Frage 1. a. parteiöffentlich nicht beantwortet wird. Es muss und wird möglich sein, zu dieser Frage parteiöffentlich substanzvolle Angaben zu machen und die Praxis nachvollziehbar zu machen. Die Durchführung der Kabelaufklärung wird dadurch nicht gefährdet sein.

Die Frage 1. a. zielt auf Aspekte, welche zum Verständnis der Praxis der Kabelaufklärung absolut essenziell sind. Diese Aspekte sind mit eng mit den technischen Gegebenheiten des Internets verknüpft. Einiges hierzu ist zwischen den Parteien strittig; die Beschwerdeführenden haben wiederholt aufgezeigt, dass die diesbezüglichen Vorbringen des Beschwerdegegners nicht als plausibel erscheinen und mit den technischen Gegebenheiten kollidieren. Wie die Praxis diesbezüglich effektiv ist, wird auch für eine Beurteilung durch externe Fachpersonen von massgeblicher Bedeutung sein.

Der Beschwerdegegner insistiert immer wieder darauf, er könne bereits über die Auswahl der Provider und der konkret auszuleitenden Signale bewirken, dass vorwiegend relevante Daten anfallen. Dies wird auch in der Stellungnahme des Beschwerdegegners suggeriert. Demgegenüber haben die Beschwerdeführenden aufgezeigt, dass die diesbezüglichen Darlegungen des Beschwerdegegners unzutreffend und irreführend sind.

Festzuhalten ist zur Frage 1. a. noch, dass die einleitenden Bemerkungen der Stellungnahme die in Frage 1. a. aufgeworfenen Punkte auch nicht substanzvoll beleuchten. Welche Provider aus

welchen Gründen ausgewählt werden, wird nicht dargelegt. Zwar wird in der Grafik ausgeführt, es würden nur Fasern des Kabels gewählt, die Kommunikation aus einer bestimmten Region enthalten würden (z.B. Syrien und Irak). Die Beschwerdeführenden haben jedoch aufgezeigt, dass dies mit den technischen Gegebenheiten nicht vereinbar ist. Deshalb müsste der Beschwerdegegner gerade zu den in der Grafik enthaltenen Behauptungen parteiöffentlich Ausführungen mit Substanz machen.

- b) Der offen gelegte Teil der Antwort auf Frage 1. b. erscheint ebenfalls als ungenügend. Zum Einen wird die Frage im Kern teilweise gar nicht beantwortet, nämlich in Bezug auf das Problem, dass ein Teil der Kommunikation über ausländische Provider und im Ausland gelegene Server abgewickelt wird. Es wird nur das Problem angeschnitten, und auch dies nur ansatzweise, teilweise verkürzt und unzutreffend (und zudem inhaltlich teilweise anders als in früheren Darlegungen des Beschwerdegegners). In wie weit die Suchbegriffe hier Abhilfe schaffen können, wird aus den Ausführungen nicht deutlich, zumal es sich ja um ein Massenüberwachungsprogramm mit Suchbegriffen handelt und nicht um eine gezielte Massnahme gegen einzelne Personen, für welche (wie auch der Beschwerdegegner angibt, u.a. in der Antwort auf Frage 6.) im Übrigen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen der vom Gesetz vorgesehene Ansatz wären.

Zum Anderen erscheinen die offen gelegten Ausführungen alles andere als überzeugend. Gegen den Schluss der offen gelegten Antwort wird geltend gemacht, die FDAs und ihre grenzüberschreitenden Verbindungen für die Signalerfassungen in der Kabelaufklärung würden vom ZEO so ausgewählt, dass sie eine hohe Wahrscheinlichkeit für einen Treffer eines definierten Suchbegriffs aus dem jeweiligen Kabelaufklärungsauftrag erlauben würden. Dies ist jedoch eine bloße Behauptung. Es fehlen dazu jegliche greifbaren Belege. Effektiv hält diese Behauptung vor dem Aufbau der Internetarchitektur und der Funktionsweise des Datenverkehrs im Internet nicht stand. Es sei dazu auf die früheren Darlegungen der Beschwerdeführenden verwiesen.

Wenn der Beschwerdegegner tatsächlich der Auffassung ist, die Signalerfassung und die Suchbegriffe könnten in Bezug auf die Kommunikation inländischer Personen via ausländische Provider und Server Abhilfe schaffen, so hätte er dies im parteiöffentlichen Teil griffig und nachvollziehbar zu begründen, was auch ohne Weiteres als möglich erscheint, ohne dass dies den mit der Kabelaufklärung verfolgten Zwecken schadet oder diese unwirksam macht.

- c) Zu den Auslassungen im parteiöffentlichen Teil der Antwort zu Frage 1. c. gilt das soeben gesagte ebenfalls. Immerhin räumt der

Beschwerdegegner hier ein, dass zuerst die ganze Kommunikation erfasst werden muss. Wie die anschliessende Klassifizierung des Kommunikationswegs effektiv möglich sein soll (gemeint sein müsste hier ja der gesamte Weg zwischen den Kommunikationsteilnehmern, welcher insb. bei serverbasierter Kommunikation nicht einfach so eruiert werden kann), erschliesst sich aus den Ausführungen des Beschwerdegegners nicht. Es fragt sich zudem, um was für grenzüberschreitende Verbindungen es sich in den Darlegungen des Beschwerdegegners handeln soll, insb. im Beispiel Milano - Frankfurt, wo sich die Frage stellt, bei welchem der in der Antwort zu Frage 1. a. erwähnten Providern überhaupt entsprechende Verbindungen betrieben werden bzw. auf welchem Layer solche ausgeleitet werden könnten. Es sei zu dieser Problematik auf die früheren Eingaben der Beschwerdeführenden verwiesen.

- d) Weswegen ein Teil der Antwort auf die Frage 3. a. nicht offen gelegt werden kann, wird vom Beschwerdegegner nicht dargelegt und erschliesst sich auch sonst nicht.
- e) Die Frage 4. a. wird nur ansatzweise parteiöffentlich beantwortet. Insb. auch mit Blick auf die Wirksamkeit der Kontroll- und Genehmigungsmechanismen wäre es aber unabdingbar, mehr zur diesbezüglichen Praxis zu wissen, und es ist nicht ersichtlich, weshalb hierzu vom Beschwerdegegner keine weiteren Angaben gemacht werden könnten.
- f) Die Behauptung, ZEO und der Beschwerdegegner könnten Inland-Inland-Kommunikation wirksam ausfiltern, ist nicht neu. In der Antwort auf die Frage 5. a. fehlen jedoch weiterhin greifbare Ausführungen dazu, wie die angebliche Erkennung von Inland-Inland-Kommunikation konkret funktionieren könnte. Wie sich aus den Darlegungen der Beschwerdeführenden in früheren Eingaben ergibt, kann nicht davon ausgegangen werden, dass solche Kommunikation zuverlässig erkannt werden kann. Es ist nicht ersichtlich, weshalb hierzu vom Beschwerdegegner keine weiteren Angaben gemacht werden könnten.
- g) Zur Frage 5. b. ist nicht ersichtlich, weswegen nicht alle Ausführungen parteiöffentlich gemacht werden können.
- h) Die Antwort auf die Frage 8. a. ist in mehrerer Hinsicht unzulänglich. Zum Einen wird der Vorgang insgesamt nicht nachvollziehbar dargelegt. Zum Anderen ist durch die Aufsichtstätigkeit der GPDel und durch die Auskunft auf Einsichtsgesuche an den Beschwerdegegner bekannt, dass der Beschwerdegegner immer wieder in grossem Umfang Daten gespeichert hat, welche er nicht hätte speichern dürfen und bei denen insbesondere kein genügender Aufgabenbezug bestand (vgl. dazu im Detail Viktor Györfy,

Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes [NDB] vom 25. Mai 2022 [https://www.publiceye.ch/fileadmin/doc/PublicEye/Fiche_NDB/2022_Rechtsgutachten_NDB_Gyoerffy.pdf]. Bei Daten aus Massenüberwachungsprogrammen kommt noch die Problematik hinzu, dass hier zwangsläufig auch Daten verarbeitet werden, von denen nicht klar ist, welche Person sie betreffen, dass also anders gesagt derartige Daten in den Informationssystemen des Beschwerdegegners landen werden. Es ist nicht ersichtlich, weshalb hierzu vom Beschwerdegegner keine weiteren Angaben gemacht werden könnten, zumal die Datenbearbeitungspraxis u.a. immer wieder einlässlich in Berichten der GPDel thematisiert wird.

- i) Bezüglich der Antwort auf Frage 8. b. kann auf das soeben gesagte verwiesen werden. Es stellt sich u.a. die Frage, wie solche Daten überhaupt erkannt werden können.
- j) Der offen gelegte Teil der Antwort auf die Frage 10. d. weckt schwerwiegende Bedenken. Die zuvor erwähnten Erkenntnisse aus der Aufsichtstätigkeit der GPDel und aus Auskünften des Beschwerdegegners an Personen und Organisationen, deren Daten erfasst worden sind, zeigen u.a., dass ein beträchtlicher Teil der Daten, bei denen kein genügender Aufgabenbezug besteht, ohne Objektbezug abgespeichert worden ist und dass bei Daten ohne objektbezogene Ablage die Problematik mit der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung am Grössten ist und auch die an sich vorgeschriebene periodische Überprüfung am schlechtesten funktioniert, insb., weil es an einem Objekt fehlt, an das ein klarer Zeitpunkt für die Überprüfung anknüpfen kann (es sei dazu wiederum auf das erwähnte Rechtsgutachten erwiesen).

Zudem ist es rechtlich falsch und irreführend, dass der Beschwerdegegner hier «personenbezogen erfasst» und Erfassung einer Person als Objekt gleichsetzt.

Der Beschwerdegegner ist wiederholt von der GPDel darauf hingewiesen worden, dass immer dann eine personenbezogene Erschliessung von Daten vorliegt, wenn die betreffende Person oder Organisation namentlich in den Informationssystemen des Beschwerdegegners erfasst und damit über die Freitextsuche auffindbar ist. Bereits vor der Einführung der Freitextsuche teilte die GPDel dies dem Beschwerdegegner mit Schreiben vom 4. November 2015 mit. Die GPDel bekräftigte dies in weiteren Schreiben an den Nachrichtendienst und in seinen Jahresberichten (vgl. Jahresbericht GPDel 2019, S. 73 ff.; Jahresbericht GPDel 2020, S. 109 f.). Die Auslegung der GPDel wurde explizit durch ein Gutachten des Bundesamtes für Justiz (BJ) vom 2. Juni 2009 gestützt. Aus einem weiteren Gutachten des BJ vom 21. September 2015, welches die

GPDel im Zusammenhang mit ihren Abklärungen zur Freitextsuche einholte und welches im Rahmen dieses Beschwerdeverfahren offen gelegt worden ist, ging zudem hervor, dass das Auskunftsrecht und die Datenlöschung im Rahmen der Qualitätskontrolle auch für Personendaten gelten, die mittels Freitextsuche auffindbar sind. Dieselbe Auslegung vertrat auch das Bundesverwaltungsgericht in einem Schreiben an den Beschwerdegegner in einem Verfahren um Überprüfung der Mitteilung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) nach Art. 65 NDG im August 2018 in einem Einzelfall. Im Rahmen der Untersuchungen der GPDel zur Datenerfassung und -bearbeitung des Beschwerdegegners sowie der Auskunftserteilung durch den Beschwerdegegner hatte der Beschwerdegegner an einer hiervon divergierende Interpretationen der einschlägigen gesetzlichen Grundlagen festgehalten. Daraufhin wurde ein weiteres Gutachten beim BJ in Auftrag gegeben. Das entsprechende Gutachten vom 4. Februar 2020 bestätigte die von der GPDel vertretene Rechtsauffassung ein weiteres Mal. Insbesondere bestätigte das BJ, dass das NDG keine Bestimmung enthalte, welche es dem Beschwerdegegner erlauben würde, die Schranken zu missachten, welche das Gesetz für die Bearbeitung von Informationen über die Ausübung der politischen Rechte setzt (vgl. Jahresbericht GPDel 2019, S. 73 ff.; Jahresbericht GPDel 2020, S. 109 f.). Dem Beschwerdegegner muss damit klar sein, dass die hier von ihm vertretene Rechtsauffassung nicht haltbar ist.

Die Hinweise der GPDel, dass immer dann eine personenbezogene Erschliessung von Daten vorliegt, wenn die betreffende Person oder Organisation namentlich in den Informationssystemen des Beschwerdegegners erfasst und damit über die Freitextsuche auffindbar ist, erfolgten im Rahmen ihrer Überprüfung der Datenbearbeitung durch den Beschwerdegegner. Die GPDel hat dabei wiederholt moniert, dass die Datenbearbeitungspraxis des Beschwerdegegners nicht rechtskonform und hat in diesem Zusammenhang Empfehlungen ausgesprochen. In ihrer Eingabe ans Bundesverwaltungsgericht im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens konstatiert die GPDel, dass sie bisher keine Gewähr erhalten hat, dass der Beschwerdegegner und das VBS die relevanten Rechtsgrundlagen so auslegen, wie es die Oberaufsicht im Jahr 2019 aufgezeigt hatte (Antwort auf Frage 3.).

Jedenfalls bedarf es zur Frage Frage 10. d. weitergehender parteiöffentlicher Darlegungen des Beschwerdegegners, wobei an sich erwartet werden darf, dass sich diese im Rahmen des geltenden Rechts bewegen.

- k) Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Antwort auf Frage 11. nicht vollumfänglich parteiöffentlich gemacht werden könnte, zumal es hier beim nicht offen gelegten Teil offensichtlich um die

Organisation der Datenablage geht. Die Datenbearbeitung ist aber einlässlich in Gesetz und Verordnung geregelt und hat in diesem vorgegebenen Rahmen stattzufinden. Dies schliesst es aus, irgendwelche Dateiablagen zu unterhalten, welche nicht in Gesetz und Verordnung geregelt sind und deren Existenz nicht offen gelegt wird. Dem entsprechend sind die diesbezüglichen Angaben in der Antwort auf Frage 10. den Parteien offen zu legen.

- l) Es ist nicht ersichtlich, warum Teile der Dokumentation an die Aufsichts- und Kontrollorgane nicht parteiöffentlich gemacht werden sollten. Im Übrigen ist die vollständige Kenntnis der entsprechenden Dokumentation notwendig für die Beurteilung der Effektivität der Tätigkeit dieser Organe.
 - m) Das Vorgehen bei der in Frage 18. angesprochenen Selbstkontrolle und deren Effektivität werden aus den Ausführungen des Beschwerdegegners nicht deutlich. Ob dies an den Auslassungen in der parteiöffentlich gemachten Version liegt oder ob es auch der Version gemäss Beilage 2 diesbezüglich an genügender Substanz fehlt, können die Beschwerdeführenden mangels Kenntnis des Inhalts der Beilage 2 nicht beurteilen. Jedenfalls erscheint es als notwendig, dass der Beschwerdegegner hier parteiöffentlich detailliertere und griffigere Angaben macht.
- 1.8. Der Beschwerdegegner ist unter diesen Umständen zu verpflichten, in einer zusätzlichen parteiöffentlichen Stellungnahme die Fragen noch einmal zu beantworten und dabei weitergehende Aufschlüsse über die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung zu erteilen und konkrete Angaben nur insoweit wegzulassen, als dies aufgrund überwiegender Geheimhaltungsinteressen als gerechtfertigt erscheint. Dabei hat sie von den vorstehend dargelegten Möglichkeiten Gebrauch zu machen, die Sachlage auch mit Hilfe von abstrakten Beschreibungen und fiktiven Beispielen zu beschreiben, um genauere Aufschlüsse zu geben, ohne dass überwiegende Geheimhaltungsinteressen tangiert werden.
 - 1.9. Bei den Beilagen 4 - 25, welche der NDB eingereicht hat, sind Geheimhaltungsinteressen grundsätzlich erkennbar. Allerdings erscheint es nicht als gerechtfertigt, die Einsicht in die entsprechenden Beilagen vollständig zu verweigern bzw. zu deren Inhalt überhaupt keine parteiöffentlichen Informationen zu geben. Nur bei einem Teil dieser Informationen ein überwiegendes Interesse einer Offenlegung entgegenstehen. Der Beschwerdegegner ist zu verpflichten, soweit wie möglich Aufschluss über den Inhalt dieser Beilagen zu erteilen.
 - 1.10. Die FUB legt in ihrer Antwort auf Frage 3. d. ans ZEO offen, dass sog. Retrosuchen in aufbewahrten Daten durchgeführt würden.

Dazu legt sie dar, ein Kabelaufklärungsauftrag führe dazu, dass neue Informationen laufend während der genehmigten Laufzeit gewonnen und Erkenntnisse aktualisiert würden. Es liege somit in der Natur eines Kabelaufklärungsauftrags, dass sich bestimmte erfasste Signale und Daten erst im Nachhinein als auftragsrelevant herausstellen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass diese Ausführungen insofern im Widerspruch zu allen Ausführungen des Beschwerdegegners und der FUB stehen, als sonst immer betont wird, wie zielgerichtet die Funk- und Kabelaufklärung ausgeführt werden könne und dass gewährleistet sei, dass letztlich nur relevante Informationen weiterbearbeitet werden.

Jedenfalls stellt die Möglichkeit der Durchführung von Retrosuchen in Daten aus der Funk- und Kabelaufklärung nochmals eine erhebliche Ausweitung der Datenbearbeitungsmöglichkeiten dar, welche wiederum mit gravierenden Eingriffe in die Grundrechte verbunden ist, zumal die FUB auch angibt, die durch die Kabelaufklärung gewonnenen Signale und Daten würden durchschnittlich circa drei bis vier Monate aufbewahrt (Antwort auf Frage 6. a.). Der Beschwerdegegner verweist seinerseits auf Art. 28 NDV, Demnach vernichtet das ZEO die gewonnenen Resultate spätestens im Zeitpunkt der Beendigung des betreffenden Kabelaufklärungsauftrags. Es vernichtet die erfassten Kommunikationen im Zeitpunkt der Beendigung des Auftrags, spätestens aber 18 Monate nach deren Erfassung. Es vernichtet die erfassten Verbindungsdaten im Zeitpunkt der Beendigung des Auftrags, spätestens aber 5 Jahre nach deren Erfassung.

Angesichts der weit reichenden Implikationen der Möglichkeit, solche Retrosuchen durchzuführen, erscheinen nähere Angaben dazu, unter welchen Voraussetzungen und zu welchem Zweck diese durchgeführt werden, als unerlässlich.

- 1.11. Damit sind auch die Beilagen 3 und 4 der Eingabe der FUB mindestens teilweise offenzulegen. Es ist auch nicht ersichtlich, welchen zureichenden Grund es geben könnte, diese Beilagen vollständig der Parteiöffentlichkeit zu entziehen.
- 1.12. Zur Beilage 2 der Eingabe der FUB bedürfte es zumindest weiterer Angaben, um was es in diesem Dokument geht. Der Inhalt dieser Beilage wird mindestens teilweise offenzulegen sein. Auch zur Anonymisierung (Beilage 4) sind weitere Angaben zu machen, zumal die Anonymisierung nach Angaben des Beschwerdegegners und der FUB die mit der Funk- und Kabelaufklärung verbundenen Grundrechtseingriffe beschränken sollen, aber aus den Ausführungen und mangels Offenlegung der entsprechenden

Beilagen einiges unklar bleibt. Die FUB gibt an, dass die Anonymisierung rückgängig gemacht werden kann (Antwort auf Frage 4 b.), womit offensichtlich gar keine Anonymisierung im eigentlichen Sinne vorliegt, sondern im Ergebnis nur eine reversible Einschränkung des Zugriffs auf personenbezogene Daten. Die Daten bleiben aber personenbezogene Daten, da eine Zuordnung zu einer Person weiterhin möglich ist (vgl. Art. 3 a DSGVO, wonach unter Personendaten [Daten] alle Angaben zu verstehen sind, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbar Person beziehen). Dies wirft Fragen auf, welche mit den Ausführungen der FUB nicht beantwortet werden. Die FUB hat hierzu weitere Ausführungen zu machen und die Beilage 4 mindestens teilweise offenzulegen. Welche Interessen dem entgegenstehen würden, ist nicht ersichtlich.

2. Namens und im Auftrag der Beschwerdeführenden reiche ich Ihnen einstweilen die nachstehenden Ergänzungsfragen ein:

2.1. Zusatzfragen an den NDB:

1. Zu Frage 1, einleitende Angaben des NDB mit Grafik:
 - a) Wie viele Provider sind bislang von der Kabelaufklärung betroffen?
 - b) Umschreiben Sie, um welche Arten von Providern es sich dabei handelt und geben Sie je ein Beispiel dazu.
 - c) Was ist mit «Faser des Kabels» gemäss Grafik in der Antwort zu Frage 1 konkret gemeint und auf welchen Layern* setzt die Kabelaufklärung an?

(* es sei dazu auf die Ausführungen der Beschwerdeführenden in den vorangegangenen Rechtsschriften verwiesen, insbesondere auf Ziff. 28. ff. der Stellungnahme ans Bundesverwaltungsgericht vom 15. März 2018, sowie auf:
https://en.wikipedia.org/wiki/Internet_protocol_suite;
<https://de.wikipedia.org/wiki/Internetprotokollfamilie>)

- d) Bitte zählen sie vollständig auf, welche Arten von Daten werden hierbei ausgeleitet werden.
- e) Von wie vielen Datenkabeln bzw. «Fasern des Kabels» wird der Datenverkehr bei den betroffenen Providern ausgeleitet
 - im Durchschnitt,
 - im Minimum,
 - im Maximum
 (Angabe jeweils in Anzahl Datenkabel bzw. «Fasern des Kabels» je Provider).

- f) Von wie vielen Datenkabeln bzw. «Fasern des Kabels» ist der Datenverkehr gesamthaft ausgeleitet worden
- seit Beginn der Durchführung der Kabelaufklärung,
 - im Durchschnitt im Jahr 2022.
- g) Wie viele Kabelaufklärungsaufträge sind durchgeführt worden
- seit Beginn der Durchführung der Kabelaufklärung,
 - im Jahr 2022.
- h) Welche Datenmengen sind von den erwähnten Datenkabeln bzw. «Fasern des Kabels» je Provider ausgeleitet worden (bevor irgendwelche Daten ausgeschieden oder gefiltert werden)
- im Durchschnitt pro Kabelaufklärungsauftrag,
 - im Minimum bei einem Kabelaufklärungsauftrag,
 - im Maximum bei einem Kabelaufklärungsauftrag,
- und welchen Anteil am gesamten Datenverkehr, welcher von diesem Provider grenzüberschreitend anfällt, ist davon je Provider betroffen
- im Durchschnitt pro Kabelaufklärungsauftrag,
 - im Minimum bei einem Kabelaufklärungsauftrag,
 - im Maximum bei einem Kabelaufklärungsauftrag.
- i) Welche Datenmengen sind von den erwähnten Datenkabeln bzw. «Fasern des Kabels» gesamthaft ausgeleitet worden (bevor irgendwelche Daten ausgeschieden oder gefiltert werden)
- seit Beginn der Durchführung der Kabelaufklärung,
 - im Jahr 2022.
- j) Welcher Anteil des ausgeleiteten Datenverkehrs wird im Durchschnitt pro Kabelaufklärungsauftrag ausgeschieden, weil es sich um nicht gewünschte Daten/Datenformate handelt (gemäss Grafik in der Antwort zu Frage 1)?
- k) Wie bzw. mit welchen Filtermechanismen wird festgelegt, dass es sich um nicht gewünschte Daten/Datenformate handelt? Wie bzw. mit welchen Filtermechanismen wird dabei insbesondere festgelegt, dass es sich um Schweiz-Schweiz-Kommunikation handle?
- l) Welcher Anteil des Datenverkehrs, welcher nach dem Ausscheiden von nicht gewünschten Daten/Datenformate verbleibt, geht im Durchschnitt pro Kabelaufklärungsauftrag in die Verarbeitung durch das ZEO und wird weitergeleitet (gemäss Grafik in der Antwort zu Frage 1, gemessen am gesamten verbleibenden Datenverkehr, welcher nach dem Ausscheiden von nicht gewünschten Daten/Datenformate verbleibt)?
- m) Welcher Anteil des Datenverkehrs, welcher durch das ZEO verarbeitet und weitergeleitet wird, wird im Durchschnitt pro Kabelaufklärungsauftrag als nachrichtendienstlich relevant erachtet

und von den Analysten des ZEO verarbeitet (gemäss Grafik in der Antwort zu Frage 1, gemessen am gesamten durch das ZEO verarbeiteten und weitergeleiteten Datenverkehr)?

- n) Die FUB gibt an, die durch die Kabelaufklärung gewonnenen Signale und Daten würden durchschnittlich circa drei bis vier Monate aufbewahrt (Antwort auf Frage 6. a.). Wie viele Datensätze werden so aufbewahrt und welche Datenmenge ergibt dies?
- o) Wie viele Kategorien von Suchbegriffen umfasst ein Kabelaufklärungsauftrag
 - im Durchschnitt,
 - im Minimum,
 - im Maximum.
- p) Wie viele Suchbegriffe pro Kategorie umfasst ein Kabelaufklärungsauftrag
 - im Durchschnitt,
 - im Minimum,
 - im Maximum.

2. Zu Frage 1. a.:

Bitte legen Sie nachvollziehbar, der effektiven Praxis entsprechend dar, wie und gestützt auf welche Kriterien inländische Kommunikation im Sinne der Fragestellung des Bundesverwaltungsgerichts effektiv ausgeschlossen werden soll.

3. Zu Frage 1. b.:

- a) Wie kann Inland-Inland-Kommunikation, bei dem sich ein Schweiz Kommunikationsteilnehmender mit einem ausländischen Kommunikationsdienst verbindet, in der Triage erkannt und ausgeschlossen werden? Wie ist das insbesondere möglich unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Suchbegriffe gerade keine Angaben zu schweizerischen natürlichen und juristischen Personen enthalten dürfen?
- b) Wie soll anhand von Suchbegriffen sichergestellt werden können, dass es sich nicht um Inland-Inland-Kommunikation handelt, dass also die Suchbegriffe keine Treffer generieren, welche Inlandkommunikation betreffen, dies unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Identität und der Aufenthaltsort der Kommunikationsteilnehmenden dem ZEO bzw. dem NDB zumindest initial nicht bekannt sein werden, zumal der gesamte Datenverkehr von Datenkabeln bzw. «Fasern des Kabels» ausgeleitet und weiterverarbeitet wird.

4. Zu Frage 1. c.:

- a) Inwiefern betreiben FDA gemäss Antwort auf die Frage 1. a. Transitverbindungen durch die Schweiz (im aufgeführten Beispiel Milano-Frankfurt) bzw. gibt es FDA gemäss Antwort auf die Frage 1. a., welche solche Transitverbindungen durch die Schweiz betreiben? Auf welchen Layern setzt die Kabelaufklärung bei der Ausleitung des Datenverkehrs aus solchen Transitleitungen durch die Schweiz an?
- b) Wie vermögen die Analysten des ZEO konkret Schweiz-via-Ausland-Kommunikation zu erkennen (unter Berücksichtigung des Umstands, dass dies mit dem Verweis auf die Antwort auf Frage 1. b. nicht beantwortet wird, da sich die dortigen Ausführungen auf die Erkennung ausländischer Kommunikation via Suchbegriffe und nicht auf den Ausschluss rein inländischer Kommunikation beziehen dürften)?

5. Zu Frage 1. d.:

- a) Wieso wird rein inländische Kommunikation an diesem Punkt der Analyse bloss als solche gekennzeichnet, aber dennoch weiter erfasst, anstatt sie von Vornherein nicht weiter zu bearbeiten und zu löschen?
- b) Nachdem sowohl es sowohl ausländische Personen gibt, deren Daten über die in der Antwort angeführten Attribute verfügen als auch Personen in der Schweiz, deren Daten keine solche Attribute aufweisen (z.B. @gmail.com; eine «Emailadresse mit Schweizer Domain» kann auch von einer Person genutzt werden, welche sich im Ausland befindet): Wie kann der ZEO beim Erkennen derartiger Attribute die geografische Zuordnung akkurat vornehmen?

6. Zu Frage 5. a.:

Wie und anhand welcher Kriterien werden diese Kontrollen durchgeführt, und wie kann der NDB begründen, dass diese Kontrollen als effektiv erachtet werden könnten, zumal damit zu rechnen ist, dass die Identität der betroffenen Person und deren Aufenthalt zum Zeitpunkt der Kommunikation nicht bekannt ist und nicht eruiert werden kann?

7. Zu Frage 5. b.:

Welchen Inhalt hat die erwähnte Dokumentation (grundlegende Erläuterung und fiktives Beispiel)?

8. Zu Frage 6.:

Auf welche Weise soll der NDB feststellen können, dass Kommunikation unter Beteiligung einer Person vorliegt, deren Kommunikation konventionsrechtlich geschützt ist (sei es, dass die Person im Inland, sei es, dass sie im Ausland ist), insbesondere:

a) wenn es sich bei einer teilnehmende Person um eine Anwältin/einen Anwalt handelt, welche/welcher in dieser beruflichen Funktion an der Kommunikation beteiligt ist;

b) wenn es sich bei einer teilnehmende Person um eine Journalistin/einen Journalisten handelt, welche/welcher in dieser beruflichen Funktion an der Kommunikation beteiligt ist?

Bitte beschreiben Sie das jeweilige Vorgehen möglichst konkret.

9. Zu Frage 6. b.:

Wird erfasste Kommunikation darauf überprüft, ob es sich um Kommunikation zwischen einer Journalistin/einem Journalisten und ihrer/seiner Quelle handelt? Falls festgestellt wird, dass dies zutrifft: Was geschieht mit den betreffenden Daten?

10. Zu Frage 6. c.:

Wird die Kommunikation aus dem Ausland auch nicht darauf überprüft, ob es sich um Kommunikation zwischen einer Journalistin/einem Journalisten und ihrer/seiner Quelle handelt?

2.2. Zusatzfragen an die FUB:

1. Zu Frage 2.:

Die FUB gibt an, die durch die Kabelaufklärung gewonnenen Signale und Daten würden durchschnittlich circa drei bis vier Monate aufbewahrt (Antwort auf Frage 6. a.). Wie viele Datensätze werden so aufbewahrt und welche Datenmenge ergibt dies?

2. Zu Frage 3.:

Wie kann ZEO feststellen, dass die betreffenden Daten vollständig bzw. nicht vollständig vorliegen (bitte das konkrete Vorgehen nachvollziehbar darlegen)?

3. Zu Frage 3. c.:

Auf welche Daten hat das ZEO bei der Retrosuche genau Zugriff und was ist die Aufbewahrungsdauer dieser Daten?

4. Zu Frage 4.:

- a) Wie wird die angegebene Anonymisierung technisch durchgeführt und wie wird dabei technisch umgesetzt, dass hernach eine Deanonymisierung der betreffenden Daten möglich ist?
 - b) Welche Angaben bzw. welche Arten von Angaben werden konkret anonymisiert (Name, welche weiteren Angaben?)
3. Den Beschwerdeführenden ist Gelegenheit zu geben, nach Erhalt der beantragten zusätzlichen Offenlegungen des Inhalts der Eingaben der angefragten Stellen und nach Beantwortung der Zusatzfragen weitere Zusatzfragen zu stellen. Dies erscheint als notwendig, da die Beschwerdeführenden erst dann abschliessend ermessen können, welcher zusätzlicher Angaben von den angefragten Stellen es bedarf. Dies betrifft alle angefragten Stellen, insbesondere auch die Aufsichts- und Kontrollorgane, da die Tätigkeit dieser Organe und deren Effizienz u.a. von der Praxis des Beschwerdegegners und des ZEO hinsichtlich der Funk- und Kabelaufklärung abhängt.
 4. Im Weiteren sei den Beschwerdeführenden Gelegenheit zu geben, nach Erhalt aller (ergänzenden) Eingaben der angefragten Stellen und der Beantwortung aller Zusatzfragen abschliessend zu den Eingaben der angefragten Stellen eine Stellungnahme einzureichen.

Mit freundlichen Grüssen

Viktor Györffy

Im Doppel