

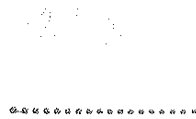
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I

Postfach
CH-9023 St. Gallen
Telefon +41 (0)58 465 25 02
Fax +41 (0)58 465 29 80
www.bundesverwaltungsgericht.ch

EINGEGANGEN



Geschäfts-Nr. A-6444/2020
mia/kob

9. September 2022

In der Sache

Parteien

1. **Digitale Gesellschaft,**
4000 Basel

2.

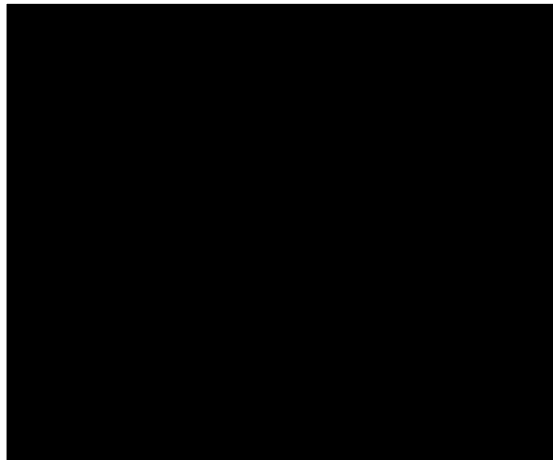
3.

4.

5.

6.

7.



alle vertreten durch
lic. iur. Viktor Györfy, Rechtsanwalt,
Peyrot, Schlegel und Györfy Rechtsanwälte,
Beethovenstrasse 47, 8002 Zürich,
Beschwerdeführende,

gegen

Nachrichtendienst des Bundes NDB,
Papiermühlestrasse 20, 3003 Bern,
Vorinstanz,

Gegenstand

Funk- und Kabelaufklärung,

wird festgestellt und in Erwägung gezogen,

dass der Verein Digitale Gesellschaft sowie die im Rubrum genannten Privatpersonen (nachfolgend: Gesuchstellende) sich mit Schreiben vom 31. August 2017 mit verschiedenen Rechtsbegehren betreffend die Funk- und Kabelaufklärung an den Nachrichtendienst des Bundes (NDB) wandten,

dass die Rechtsbegehren im Wesentlichen darauf abzielten, es sei der Betrieb der Funk- und Kabelaufklärung zu unterlassen und festzustellen, dass die Gesuchstellenden in ihren Grundrechten verletzt worden seien,

dass der NDB mit Schreiben vom 28. September 2017 antwortete, auf die Rechtsbegehren nicht einzutreten,

dass die Gesuchstellenden (nachfolgend: Beschwerdeführenden) daraufhin an das Bundesverwaltungsgericht gelangten, welches die Beschwerde mit Urteil A-6143/2017 vom 4. Juni 2019 abwies, soweit es darauf eintrat,

dass die Beschwerdeführenden dagegen Beschwerde an das Bundesgericht erhoben und beantragten, es sei das angefochtene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts aufzuheben und der NDB oder – eventualiter – das Bundesverwaltungsgericht zu verpflichten, das Gesuch vom 31. August 2017 materiell zu behandeln und über die Anträge durch Verfügung zu entscheiden,

dass das Bundesgericht die Beschwerde mit Urteil 1C_377/2019 vom 1. Dezember 2020 im Sinne der Erwägungen gutgeheissen, das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-6143/2017 vom 4. Juni 2019 aufgehoben und die Sache zur materiellen Beurteilung an dieses zurückgewiesen hat,

dass das Bundesgericht im Zusammenhang mit der Rückweisung an das Bundesverwaltungsgericht ausführte (Urteil des BGer 1C_377/2019 vom 1. Dezember 2020 E. 11):

[...]

Dieses wird zu prüfen haben, ob die Funk- und Kabelaufklärung Grund- und Konventionsrechte der Beschwerdeführenden verletzt und, wenn ja, welche Rechtsfolge daran zu knüpfen ist. Bei der gebotenen Prüfung, ob das geltende Regime der Funk- und Kabelaufklärung angemessenen und wirksamen Schutz vor Missbrauch bietet (vgl. zu den diesbezüglichen Prüfungspunkten

EGMR, zitiertes Urteil *Big Brother Watch*, insbesondere §§ 314 ff., §§ 328 – 383), sind nicht nur die gesetzlichen Grundlagen, sondern auch die Vollzugspraxis und die Effektivität der vorgesehenen Kontrollmechanismen zu berücksichtigen (oben E. 7.1 und 9.3; BGE 138 I 6 E. 7.4 S. 35 f.). Soweit nötig werden hierfür Berichte von Überwachungs- und Aufsichtsinstanzen sowie sachverständiger Personen und Verbände einzuholen sein.

dass das Bundesgericht hinsichtlich der materiellen Prüfungspunkte auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (nachfolgend: EGMR) in Sachen *Big Brother Watch gegen Grossbritannien* vom 13. September 2018 verweist,

dass das Bundesgericht in seinem Verweis anmerkt, dass besagtes Urteil vor der Grossen Kammer des EGMR anhängig ist,

dass zwischenzeitlich das Urteil der Grossen Kammer ergangen ist (Urteil des EGMR [Grand Chamber] *Big Brother Watch gegen Grossbritannien* vom 25. Mai 2021, 58170/13, 62322/14 und 24960/15 [nachfolgend: Urteil *Big Brother Watch*]),

dass im Zusammenhang mit geheimen Massnahmen zur Massenüberwachung (bulk interception) gleichentags zudem das Urteil des EGMR in Sachen *Centrum för Rättvisa gegen Schweden* ergangen ist (Urteil des EGMR [Grand Chamber] *Centrum för Rättvisa gegen Schweden* vom 25. Mai 2021, 35252/08 [nachfolgend Urteil *Centrum för Rättvisa*]),

dass das Bundesverwaltungsgericht seiner Prüfung, ob die Funk- und Kabelaufklärung die Grund- und Konventionsrechte der Beschwerdeführenden verletzt, insbesondere die beiden erwähnten Urteile des EGMR zu Grunde legen wird,

dass sich den beiden erwähnten Urteilen des EGMR sodann der folgende Prüfungsrahmen entnehmen lässt (Urteile *Centrum för Rättvisa*, § 275 und *Big Brother Watch*, § 361):

[...] la Cour [...] recherchera si le cadre juridique national définit clairement:

1. Les motifs pour lesquels l'interception en masse peut être autorisée;
2. Les circonstances dans lesquelles les communications d'un individu peuvent être interceptées;
3. La procédure d'octroi d'une autorisation;
4. Les procédures à suivre pour la sélection, l'examen et l'utilisation des éléments interceptés;

5. Les précautions à prendre pour la communication de ces éléments à d'autres parties;
6. Les limites posées à la durée de l'interception et de la conservation des éléments interceptés, et les circonstances dans lesquelles ces éléments doivent être effacés ou détruits;
7. Les procédures et modalités de supervision, par une autorité indépendante, du respect des garanties énoncées ci-dessus, et les pouvoirs de cette autorité en cas de manquement;
8. Les procédures de contrôle indépendant a posteriori du respect des garanties et les pouvoirs conférés à l'organe compétent pour traiter les cas de manquement.

dass der Gerichtshof jeweils eine *umfassende Beurteilung* der Funktionsweise der innerstaatlichen Regelung vornahm und insbesondere überprüfte, ob das innerstaatliche Recht hinreichende Garantien zum Schutz vor Missbrauch enthält,

dass der Gerichtshof dabei die *tatsächliche Funktionsweise* des Überwachungssystems, einschliesslich der Kontrollen und Einschränkungen bei der Ausübung der Befugnisse sowie das Vorhandensein oder Fehlen von Beweisen für einen tatsächlichen Missbrauch der Befugnisse berücksichtigte (Urteile *Centrum för Rättvisa*, § 274 und *Big Brother Watch*, § 360),

dass auch das Bundesgericht in seinem Urteil hinsichtlich der durch das Bundesverwaltungsgericht vorzunehmenden Prüfung erwogen hat (Urteil des BGer 1C_377/2019 vom 1. Dezember 2020 E. 9.3):

[...] Dabei sind nicht nur die gesetzlichen Grundlagen, sondern auch allfällige interne Richtlinien und Weisungen, die effektive Vollzugspraxis von NDB und ZEO sowie die tatsächliche Kontrollpraxis der Aufsichtsbehörden zu berücksichtigen [...].

dass das Bundesgericht sodann erwogen hat (Urteil des BGer 1C_377/2019 vom 1. Dezember 2020 E. 10.1):

[...] Es kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die Einstellung der Funk- und Kabelaufklärung das einzige Mittel sein könnte, um einen wirksamen Grundrechtsschutz für die Beschwerdeführenden sicherzustellen. [...]

dass aus diesen Gründen die Vorinstanz aufzufordern ist, sich detailliert zu den vorerwähnten Prüfungspunkten des EGMR zu äussern,

dass ferner die Vorinstanz, das Zentrum für elektronische Operationen ZEO, das Bundesverwaltungsgericht (Abteilung I, Kammer NDG), der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte EDÖB, das Bundesverwaltungsgericht (Abteilung I, Kammer 1), die unabhängige Kontrollinstanz für die Funk- und die Kabelaufklärung UKI, die unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten AB-ND sowie die Geschäftsprüfungsdelegation GPDel im Hinblick insbesondere auf die Beurteilung der effektiven Vollzugspraxis aufzufordern sind, dem Bundesverwaltungsgericht – in einem ersten Schritt – eine Stellungnahme zum jeweiligen Fragenkatalog insbesondere zur tatsächlichen Funktionsweise einzureichen und die entsprechenden Unterlagen beizubringen,

dass – falls etwa aus Gründen der Geheimhaltung erforderlich – zusätzlich eine (nötigenfalls zusammenfassende) Stellungnahme einzureichen ist, die parteiöffentlich gemacht werden kann und dass vertrauliche Unterlagen zu kennzeichnen sind,

dass nach Eingang der Stellungnahmen den Beschwerdeführenden Gelegenheit zur Stellungnahme und für Ergänzungsfragen zu geben ist,

dass weitere Instruktionsmassnahmen vorbehalten bleiben.

Demnach verfügt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Vorinstanz wird aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 12. Oktober 2022 eine Stellungnahme in 2 Exemplaren zu den Prüfungspunkten gemäss den Urteilen des EGMR [Grand Chamber] in Sachen Centrum för Rättvisa gegen Schweden vom 25. Mai 2021, 35252/08, § 275 und Big Brother Watch gegen Grossbritannien vom 25. Mai 2021, 58170/13, 62322/14 und 24960/15, § 361, einzureichen.

2.

Das Zentrum für elektronische Operationen ZEO, das Bundesverwaltungsgericht (Abteilung I, Kammer NDG), der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte EDÖB, das Bundesverwaltungsgericht (Abteilung I, Kammer 1), die unabhängige Kontrollinstanz für die Funk- und die Kabelaufklärung UKI, die unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten AB-ND sowie die Geschäfts-

prüfungsdelegation GPDel erhalten Gelegenheit, dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 12. Oktober 2022 eine Stellungnahme zu den Prüfungspunkten gemäss den Urteilen des EGMR [Grand Chamber] in Sachen Centrum för Rättvisa gegen Schweden vom 25. Mai 2021, 35252/08, § 275 und Big Brother Watch gegen Grossbritannien vom 25. Mai 2021, 58170/13, 62322/14 und 24960/15, § 361, einzureichen.

3.

Je eine Kopie des Urteils des Bundesgerichts 1C_377/2019 vom 1. Dezember 2020 geht an das Zentrum für elektronische Operationen ZEO, das Bundesverwaltungsgericht (Abteilung I, Kammer NDG), den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB, das Bundesverwaltungsgericht (Abteilung I, Kammer 1), die unabhängige Kontrollinstanz für die Funk- und die Kabelaufklärung UKI, die unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten AB-ND sowie die Geschäftsprüfungsdelegation GPDel.

4.

Die Vorinstanz, das Zentrum für elektronische Operationen ZEO, das Bundesverwaltungsgericht (Abteilung I, Kammer NDG), der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte EDÖB, das Bundesverwaltungsgericht (Abteilung I, Kammer 1), die unabhängige Kontrollinstanz für die Funk- und die Kabelaufklärung UKI, die unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten AB-ND sowie die Geschäftsprüfungsdelegation GPDel werden aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 12. Oktober 2022 eine Stellungnahme in 3 Exemplaren zum jeweiligen beiliegenden Fragenkatalog einzureichen. Sofern aus Gründen etwa der Geheimhaltung erforderlich, ist zusätzlich eine (nötigenfalls zusammenfassende) Stellungnahme ebenfalls in 3 Exemplaren einzureichen, die parteiöffentlich gemacht werden kann.

5.

5.1. Die Vorinstanz wird aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 12. Oktober 2022 folgende Unterlagen einzureichen, wobei vertrauliche Unterlagen als solche zu kennzeichnen sind und die Vertraulichkeit zu begründen ist:

- Liste der für die Kabelaufklärung verwendeten Kategorien von Suchbegriffen (Art. 41 Abs. 1 Bst. c NDG);

- Vereinbarung mit dem Zentrum für elektronische Operationen (ZEO) über die Grundsätze der Zusammenarbeit sowie der Auftragserteilung und -erledigung (Art. 26 Abs. 2 NDV);
- Richtlinien zum Verständnis der Begriffe gemäss Art. 6 Abs. 1 NDG;
- die internen Reglemente, Weisungen und Richtlinien in Bezug auf das Speichern, Bearbeiten, Verwenden und Vernichten von Daten aus Aufträgen zur Kabelaufklärung sowie aus der Funkaufklärung und insbesondere zu den Themenbereichen gemäss dem beiliegenden Fragenkatalog vom 9. September 2022, insbesondere die Richtlinie bzw. Weisung in Bezug auf das Anonymisieren von Personendaten.

5.2. Das Zentrum für elektronische Operationen (ZEO) wird aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 12. Oktober 2022 die internen Richtlinien bzw. Weisungen in Bezug auf die Bearbeitung von Daten aus Aufträgen zur Kabelaufklärung sowie aus der Funkaufklärung und insbesondere zu den Themenbereichen gemäss dem beiliegenden Fragekatalog vom 9. September 2022 einzureichen. Vertrauliche Unterlagen sind als solche zu kennzeichnen und die Vertraulichkeit ist zu begründen.

5.3. Das Bundesverwaltungsgericht (Abteilung I, Kammer NDG) wird aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 12. Oktober 2022 die zuhanden der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDel) erstellten Tätigkeitsberichte (Art. 29 Abs. 8 NDG) für die Jahre 2019, 2020 und 2021 zuzustellen. Vertrauliche Unterlagen sind als solche zu kennzeichnen und die Vertraulichkeit ist zu begründen.

5.4. Die unabhängige Kontrollinstanz für die Funk- und Kabelaufklärung UKI wird aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 12. Oktober 2022 die zuhanden des Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS erstatteten Berichte über ihre Prüfungen (Art. 10 Abs. 3 VAND) für die Jahre 2019, 2020 und 2021 zuzustellen. Vertrauliche Unterlagen sind als solche zu kennzeichnen und die Vertraulichkeit ist zu begründen.

5.5. Die Geschäftsprüfungsdelegation GPDel wird aufgefordert, dem Bundesverwaltungsgericht bis zum 12. Oktober 2022 folgende Unterlagen einzureichen, wobei vertrauliche Unterlagen als solche zu kennzeichnen sind und die Vertraulichkeit zu begründen ist:

- die von der GPDel im Zusammenhang mit der Funk- und Kabelaufklärung sowie der Bearbeitung von Daten in den nachrichtendienstlichen

Informationssystemen an das Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS gerichtete Empfehlungen;

- das von der GPDel beim Bundesamt für Justiz (BJ) zur Freitextsuche eingeholte Gutachten vom 21. September 2021 sowie allfällige weitere im Zusammenhang mit der Bearbeitung von Personendaten in den nachrichtendienstlichen Informationssystemen eingeholte Gutachten.

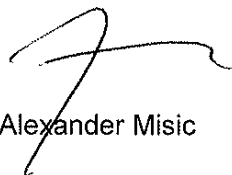
6.

Weitere Instruktionsmassnahmen bleiben vorbehalten.

7.

Diese Verfügung geht an die Beschwerdeführende, die Vorinstanz, Zentrum für elektronische Operationen ZEO, das Bundesverwaltungsgericht (Abteilung I, Kammer NDG), den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB, das Bundesverwaltungsgericht (Abteilung I, Kammer 1), die unabhängige Kontrollinstanz für die Funk- und die Kabelaufklärung UKI, die unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten AB-ND sowie die Geschäftsprüfungsdelegation GPDel.

Der Instruktionsrichter:



Alexander Mistic

Zustellung erfolgt an:

- die Beschwerdeführenden (Einschreiben; Beilagen: 8 Fragenkataloge je vom 9. September 2022)
- die Vorinstanz (Einschreiben; Beilagen: 8 Fragenkataloge je vom 9. September 2022)
- das Zentrum für elektronische Operationen ZEO (Einschreiben; Beilagen: Urteil des Bundesgerichts 1C_377/2019 vom 1. Dezember 2020; Fragenkatalog vom 9. September 2022)
- das Bundesverwaltungsgericht (Abteilung I, Kammer NDG; Einschreiben; Beilagen: Urteil des Bundesgerichts 1C_377/2019 vom 1. Dezember 2020; Fragenkatalog vom 9. September 2022)
- den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB (Einschreiben; Beilagen: Urteil des Bundesgerichts 1C_377/2019 vom 1. Dezember 2020; Fragenkatalog vom 9. September 2022)
- das Bundesverwaltungsgericht (Abteilung I, Kammer 1; Einschreiben; Beilagen: Urteil des Bundesgerichts 1C_377/2019 vom 1. Dezember 2020; Fragenkatalog vom 9. September 2022)
- die unabhängige Kontrollinstanz für die Funk- und Kabelaufklärung UKI (Einschreiben; Beilagen: Urteil des Bundesgerichts 1C_377/2019 vom 1. Dezember 2020; Fragenkatalog vom 9. September 2022)
- die unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten AB-ND (Einschreiben; Beilagen: Urteil des Bundesgerichts 1C_377/2019 vom 1. Dezember 2020; Fragenkatalog vom 9. September 2022)
- die Geschäftsprüfungsdelegation GPDel (Einschreiben; Beilagen: Urteil des Bundesgerichts 1C_377/2019 vom 1. Dezember 2020; Fragenkatalog vom 9. September 2022)