

Zürich, 20. September 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 19. Juli 2023 und reiche Ihnen namens und im Auftrag der Beschwerdeführenden innert der entgegenkommenderweise erstreckten Frist zu den in dieser Verfügung erwähnten Stellungnahmen die nachstehende Stellungnahme ein. Gleichzeitig halten die Beschwerdeführenden fest, dass ihnen in der Zwischenzeit weitere Stellungnahmen und Schreiben offengelegt worden sind, namentlich die Schreiben der GPDel vom 11. August 2023 und des Beschwerdegegners vom 5. September 2023. Die Beschwerdeführenden ersuchen darum, zu einem späteren Zeitpunkt zu diesen und allfälligen weiteren Schreiben ebenfalls eine Stellungnahme einreichen zu können.

1. In seinem Rückweisungsentscheid vom 1. Dezember 2020 hat das Bundesgericht dem Bundesverwaltungsgericht die Überprüfung des «Systems» der Funk- und Kabelaufklärung in der Schweiz aufgetragen. Gegenstand der Prüfung gemäss dieser Entscheidung ist die vermutete Erfassung von Daten der Beschwerdeführenden in der Funk- und Kabelaufklärung. Es ist zu klären, ob die (vermutete) Bearbeitung von Daten der Beschwerdeführenden im aktuellen System der Funk- und Kabelaufklärung deren Grundrechte verletzt. 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. Die Prüfung hat den Anforderungen der Praxis der Strassburger Organe zu genügen. Demnach muss zur Beurteilung, ob

Mitglied der Demokratischen
Juristinnen und Juristen Schweiz
(DJJ).

Eingetragen im Anwaltsregister

Massenüberwachungsprogramme als konventionskonform erachtet werden können, untersucht werden, mit welchen Eingriffen in die Grundrechte diese in der Praxis verbunden sind und welche Kontrollmechanismen bestehen, um die Wirkung der Massenüberwachungsprogramme effektiv einzugrenzen und einen Missbrauch der Überwachungsbefugnisse zu verhindern. Diese Überprüfung muss namentlich auch den Anforderungen genügen, welche sich aus dem Recht auf wirksame Beschwerde (Art. 13 EMRK) ergeben (EGMR [GC], *Big Brother Watch v. The United Kingdom*, 25. Mai 2021 [Nrn. 58170/13, 62322/14 und 24960/15]; EGMR [GC], *Centrum För Rättvisa v. Sweden*, 25. Mai 2021 [Nr. 35252/08]; EGMR, *Szabó and Vissy v. Hungary* [Nr. 37138/14]; EGMR, *Privacy International and Others v. The United Kingdom* [Nr. 46259/16]; jüngst bestätigt in *Wieder and Guarnieri v. The United Kingdom*, 12. September 2023 [Nrn. 64371/16 and 64407/16]).

2. Die bisherige Untersuchung des «Systems» der Funk- und Kabelaufklärung samt deren Praxis (Vollzug und Kontrolle) richtet sich an den soeben dargelegten Vorgaben aus, kann aber in Bezug auf zwei Aspekte noch nicht als abgeschlossen erachtet werden, weil sie den Vorgaben bislang nicht genügt:
3. Die Strassburger Praxis verlangt eine effektive Untersuchung der Praxis der Überwachungsmassnahmen, und dass die Ergebnisse dieser Untersuchung den Personen, welche Beschwerde erhoben haben, auch so weit als möglich offengelegt werden, damit diese ihre Rechte, insbesondere das Recht auf effektive Beschwerde, auch tatsächlich wahrnehmen können.
4. Weiter ist notwendiger Bestandteil der Untersuchung im Gerichtsverfahren, dass Angaben der Behörden und Stellen, welche in die Praxis der Überwachungsmassnahmen involviert sind, daraufhin überprüft werden, ob sie akkurat sind und der effektiven Praxis entsprechen.
5. Die Angaben, welche von den Stellen in Beantwortung der ihnen unterbreiteten Fragen gemacht worden sind, sind streckenweise ungenügend und/oder den Beschwerdeführenden bislang nicht im erforderlichen Umfang zugänglich gemacht worden. Es sei dazu auf die bisherigen Ausführungen der Beschwerdeführenden verwiesen sowie auf die nachstehenden Darlegungen zur Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 11. Juli 2023.
6. Etliche Vorbringen des Beschwerdegegners und des für den Beschwerdegegner tätigen ZEO (bzw der. FUB) erscheinen als inakkurat, substanzlos, irreführend und unvollständig. Die Beschwerdeführenden haben dies wiederholt aufgezeigt. Der Beschwerdegegner hat dies jeweils zurückgewiesen und hat dabei u.a. sinngemäss geltend gemacht, dass er besser Bescheid wisse als die Beschwerdeführenden und dass diese die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung falsch darlegen und letztlich gar

nicht kennen könnten. Gleichzeitig hat der Beschwerdegegner die verlangte Offenlegung der Praxis gegenüber den Beschwerdeführenden in substanziellem Umfang verweigert, und es erscheint bereits aus den den Beschwerdeführenden offen gelegten Angaben des Beschwerdegegners und des ZEO bzw. der FUB als offenkundig, dass auch das Bundesverwaltungsgericht über wesentliche Aspekte der Praxis keine vollständigen und akkuraten Angaben über die Praxis erhalten hat, d.h. auch nicht in den nicht parteiöffentlichen Angaben der angefragten Stellen.

7. Zu den Darlegungen des Beschwerdegegners ist noch einmal festzuhalten, dass die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung samt deren Möglichkeiten und Grenzen und in ihren Auswirkungen auf die Grundrechte der Beschwerdeführenden mit den technischen Gegebenheiten der Kommunikation, welche damit überwacht wird, zusammenhängt und von diesen technischen Gegebenheiten abhängt.
8. Es stellen sich damit auch technische Fragen, und einige dieser technischen Aspekte sind in wesentlichen Teilen zwischen den Parteien strittig. Eine effektive Überprüfung der Praxis der Funk- und Kabelaufklärung durch das Bundesverwaltungsgericht setzt voraus, dass das Bundesverwaltungsgericht die damit verbundenen technischen Aspekte akkurat einordnet und beurteilt. Stellt das Bundesverwaltungsgericht ohne Weiteres dabei auf die – unter Umständen falschen, irreführenden und unvollständigen – Angaben des Beschwerdegegners und des ZEO bzw. der FUB ab, so liegt insoweit keine effektive Überprüfung der Praxis vor.
9. Eine effektive Beurteilung der diesbezüglichen Darlegungen des Beschwerdegegners setzt voraus, dass das Bundesverwaltungsgericht diese basierend auf Kenntnissen der massgeblichen technischen Aspekte einordnen kann. Hierfür muss das Bundesverwaltungsgericht entweder von sich aus über diese Kenntnisse verfügen, oder aber sich mittels Beizug von Expertinnen und Experten in die Lage versetzen, die entsprechende Materie beurteilen zu können.
10. In Bezug auf die erforderliche Kontrolle nachrichtendienstlicher Tätigkeit durch entsprechende Organe hebt die European Union Fundamental Rights Agency (FRA) in ihrem Bericht von 2017 hervor, dass es für die Effektivität der Aufsicht und Kontrolle entscheidend ist, dass die entsprechenden Organe mit zureichendem technischen Know-how ausgestattet sind und dass es dabei mitunter auch notwendig ist, sich auf externe Expertinnen und Experten abstützen zu können (European Union Fundamental Rights Agency [FRA], Surveillance by intelligence services: fundamental rights safeguards and remedies in the EU, volume II: Field perspectives and legal updates, 2017, S. 12; dieser Bericht wird, wie nachstehend angeführt, auch im EGMR-Entscheid Big Brother Watch angeführt; vgl. auch Update zu diesem Bericht aus dem Jahr 2023, insb. S. 9). Dieselbe Notwendigkeit, entsprechendes technisches Know-how zur

Verfügung zu haben, besteht auch bei der vom Bundesgericht angeordneten gerichtlichen Überprüfung der Funk- und Kabelaufklärung im Rahmen dieses Verfahrens.

11. Der Beschwerdegegner erhebt verschiedene Einwendungen gegen den Beizug von Expertinnen und Experten, welche darauf hinauslaufen, dass diese nichts Wesentliches zur Beurteilung der sich in diesem Verfahren stellenden Fragen beitragen können. U.a. bringt der Beschwerdegegner vor, beigezogene Expertinnen und Experten würden die konkrete Praxis der Funk- und Kabelaufklärung in der Schweiz nicht kennen. Die Einwendungen des Beschwerdegegners sind nicht stichhaltig. Zum Einen werden den Expertinnen und Experten die erforderlichen Aufschlüsse zu geben sein, damit sie die Funk- und Kabelaufklärung einordnen, strittige Fragen klären und in Bezug auf technische Aspekte, welche nicht ohne Weiteres klar und verständlich sind, dem Bundesverwaltungsgericht die erforderlichen Aufschlüsse geben können. Zum Andern sind wie dargelegt auch technische Aspekte zu beurteilen, welche nicht bloss davon abhängen, wie die Funk- und Kabelaufklärung in der Schweiz betrieben wird, sondern vor allen Dingen von technischen Gegebenheiten wie dem Aufbau des Internets. Die Funk- und Kabelaufklärung leitet Kommunikation aus, welche losgelöst von dieser Massenüberwachung stattfindet, und setzt an Infrastruktur an, welche bereits existiert. Das konkrete Vorgehen und die hierbei zur Verfügung stehenden Optionen sind im Wesentlichen durch die zu überwachende Kommunikation und die Infrastruktur, über welche diese läuft, vorbestimmt und eingegrenzt. Limiten bestehen auch insoweit, als in Bezug auf die hierfür zur Verfügung stehende Soft- und Hardware nur begrenzt Optionen bestehen. Der Beschwerdegegner wird im Wesentlichen bei der Beschaffung der entsprechenden Soft- und Hardware aus dem auswählen können, was für derartige Überwachungsmaßnahmen entwickelt worden ist. Nachdem die technischen Gegebenheiten letztlich für alle Nachrichtendienste und andere Akteure, welche derartige Überwachungen durchführen wollen, dieselben sind, werden Expertinnen und Experten Erkenntnisse, welche sie aus der Befassung mit anderen Massenüberwachungsprogrammen haben gewinnen können, für die Beurteilung der Funk- und Kabelaufklärung in der Schweiz nutzen können, zumal dann, wenn sie notwendigen Informationen über die diesbezüglich Praxis in der Schweiz erhalten.
12. Wenn der Beschwerdegegner das Bundesverwaltungsgericht mit unzulänglichen Angaben versorgt, Ausführungen macht, welche mit den technischen Gegebenheiten nicht zu vereinbaren sind und sich gegen den Beizug externer Expertinnen und Experten wehrt, so sind dies alles Ansatzpunkte, mit denen er versucht, sowohl eine effektive Überprüfung der Praxis der Funk- und Kabelaufklärung durch das Bundesverwaltungsgericht zu unterminieren als auch die Beschwerdeführenden daran zu hindern, ihr Recht auf effektive Beschwerde ausüben zu können.

13. Ungeachtet der Einwände des Beschwerdegegners wird das Instruktionsverfahren damit in zwei Aspekten fortzusetzen sein: Die angefragten Stellen, namentlich der Beschwerdegegner und das ZEO (bzw. die FUB), werden gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht weitere Angaben zu machen haben, und es werden mehr Angaben den Beschwerdeführenden offenzulegen sein. Anschliessend werden Expertinnen und Experten beizuziehen sein, um die im Verfahren gemachten Angaben zu überprüfen und zur Beurteilung der Praxis der Funk- und Kabelaufklärung beizutragen (wobei entscheidend ist, dass externe Expertinnen und Experten mit entsprechendem Fachwissen beizogen werden, dies müssen nicht zwingend die von den Beschwerdeführenden vorgeschlagenen Personen sein, dazu nachstehend Ziff. 24. und 33. ff.).
14. In Bezug auf die eingangs erwähnte Rechtsprechung der Strassburger Organe ist schliesslich noch darauf hinzuweisen, dass der EGMR im Entscheid in *Wieder and Guarnieri v. The United Kingdom* (12. September 2023 [Nrn. 64371/16 and 64407/16]) klargestellt hat, dass auch Personen, welche ausserhalb des Staates leben, unter dessen Gesetzgebung ein Massenüberwachungsprogramm steht, das Recht zukommt, sich mit einer Beschwerde gegen dieses Massenüberwachungsprogramm zu wehren, und dass die Grundrechtskonformität des entsprechenden Massenüberwachungsprogramms ebenso mit Blick auf solche Personen in Frage steht.
15. Dies hat zum Einen unmittelbare Relevanz bei der Beurteilung der Beschwerde in Bezug auf den Beschwerdeführer 6, welcher in Deutschland lebt und tätig ist (dazu nachstehend Ziff. 89.).
16. Zum Andern macht dies deutlich, dass es vor der Praxis der Strassburger Organe nicht standhält, das Schutzniveau für Kommunikation mit Personen, welche sich im Ausland befinden, tiefer anzusetzen als jenes für Personen, welche sich in der Schweiz aufhalten. Damit vermag die Bestimmung, wonach die Verwendung der erfassten Signale nicht zulässig ist, wenn sich sowohl der Sender als auch der Empfänger in der Schweiz befinden (Art. 39 Abs. 2 NDG), die Grundrechtskonformität der Kabelaufklärung auch insoweit nicht zu gewährleisten. Auch in Bezug auf Personen, welche sich im Ausland aufhalten, sind die konventionsrechtlichen Garantien ungeschmälert einzuhalten.
17. Zur Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 11. Juli 2023 nehmen die Beschwerdeführenden wie folgt Stellung (unter Festhalten an ihren bisherigen Vorbringen, auch soweit sie nachstehend nicht wiederholt werden):
18. (*ad Ziff. 4*): Es geht nicht darum, die Praxis des NDB – wie der Beschwerdegegner moniert – «bis ins kleinste Detail parteiöffentlich»

darzulegen. Die Beschwerdeführenden pochen lediglich darauf, dass die Praxis gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht und auch ihnen gegenüber soweit akkurat und nachvollziehbar dargelegt wird, dass zuverlässig beurteilt werden kann, welche Grundrechtseingriffe mit dieser Massenüberwachung verbunden sind, ob diese als gerechtfertigt erscheinen, welche Vorkehrungen zur Einschränkung des behördlichen Ermessens und zum Schutz vor Missbrauch bestehen und in wie weit diese als wirksam erscheinen. Wie von der Praxis der Strassburger Organe verlangt muss dabei auch der zu gewährleistende Schutz von Berufsgeheimnissen und des journalistische Quellenschutzes zum Tragen kommen (vgl. EGMR, *Big Brother Watch v. The United Kingdom*, insb. §§ 362, 442, vgl. auch *partly concurring and partly dissenting opinion* des Richters Pinto de Albuquerque, insb. § 25 [mit Verweis auf *European Union Fundamental Rights Agency, FRA, Surveillance by intelligence services: fundamental rights safeguards and remedies in the EU, volume II: Field perspectives and legal updates, 2017, S. 12: «EU Member States should establish specific legal procedures to safeguard the professional privilege of groups such as members of parliament, members of the judiciary, lawyers and media professionals. Implementation of these procedures should be overseen by an independent body.»* und § 34; ferner EGMR, *Centrum För Rättvisa v. Sweden*, insb. § 86 ff. sowie den dort zitierten 2015 Report of the European Commission for Democracy through Law [«the Venice Commission»] on the Democratic Oversight of Signals Intelligence Agencies, insb. S 18, wo festgehalten ist: «Interception of privileged communications by means of signals intelligence is particularly problematic, as is use of signals intelligence against journalists in order to identify their sources. Methods must be devised to provide lawyers and other privileged communicants and journalists with some form of protection, such as requiring a high, or very high, threshold before approving signals intelligence operations against them, combined with procedural safeguards and strict external oversight.»).

19. Es ist festzustellen, dass mit den bisher vorliegenden Stellungnahmen insb. des Beschwerdegegners und des ZEO (bzw. der FUB) nicht klar geworden ist, wie sich die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung gestaltet, weil wesentliche Aspekte nicht offen gelegt worden sind und etliche Angaben als widersprüchlich, irreführend und mit den technischen Gegebenheiten insb. des Internets nicht vereinbar erscheinen. Dies beschlägt insb. die Frage, wie zielgerichtet eine solche Massenüberwachung durchgeführt wird bzw. durchgeführt werden kann.
20. Dabei steht auch die Effizienz der Massenüberwachungsmassnahmen in Frage. Diese hängt insbesondere davon ab, ob und in wie weit der Beschwerdegegner die Kommunikation, welche er mittels Suchbegriffen in festgelegten, ausgeleiteten Signalen sucht, effektiv finden und erkennen kann, und somit auch davon, welcher Anteil der gesuchten Kommunikation durch die angeordnete Massnahme aufgefunden werden kann (oder aber dem Beschwerdegegner entgeht, insbesondere, weil sie

über andere Leitungen läuft, welche nicht von einem Überwachungsauftrag erfasst sind). Dabei ist zu berücksichtigen, dass es sich um eine Form von Massenüberwachung handelt und nicht (wie der Beschwerdegegner selber betont, so in der Antwort auf Frage 6. in Beilage 3 zur Stellungnahme vom 11. November 2022) um eine gegen konkrete Personen gerichtete genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahme i.S.v. Art. 26 NDG.

21. Insgesamt ist nach wie vor nicht zureichend untersucht, in wie weit und auf welche Art und Weise die Beschwerdeführenden effektiv riskieren, dass ihre Kommunikation von der nachrichtendienstlichen Massenüberwachung erfasst wird, besonders dann, wenn es sich um Kommunikation handelt, welche dem Berufsgeheimnis oder dem journalistischen Quellenschutz unterliegt. Der Beschwerdegegner sucht die Bedenken der Beschwerdeführenden zu zerstreuen, indem er immer wieder betont, wie zielgerichtet er bei der Durchführung dieser Massenüberwachung vorgehen könne. Gerade die diesbezüglichen Darstellungen des Beschwerdegegners erscheinen jedoch alles andere als überzeugend, sondern als streckenweise nebulös und in sich widersprüchlich und sind mit den technischen Gegebenheiten nicht vereinbar.
22. Es ist offenkundig, dass der Beschwerdegegner nicht daran interessiert ist, dass die Praxis der von ihm durchgeführten Massenüberwachung effektiv überprüft wird, sondern dass er das Beschwerdeverfahren dazu zu nutzen versucht, seine Tätigkeit in diesem Bereich in ein möglichst gutes Licht zu rücken. Dazu stellt er einerseits unzutreffende Behauptungen dazu auf, wie effizient und zielgerichtet die Massenüberwachung in der Praxis durchgeführt wird, andererseits sucht Bedenken zu zerstreuen, indem er einige kritische Aspekte irreführend darstellt oder dazu (zumindest parteiöffentlich) keine griffigen Angaben macht.
23. Die Wirksamkeit der Kontrollpraxis der Aufsichtsbehörden kann ohne zureichende Kenntnis über die Vollzugspraxis von NDB und ZEO nicht effektiv gerichtlich beurteilt werden, ebenso wenig besteht so eine wirksame Beschwerdemöglichkeit gegen die Funk- und Kabelaufklärung. Die Kontrollpraxis ist Bestandteil der Vorkehren zur Einschränkung des behördlichen Ermessens und zum Schutz vor Missbrauch. Der Beschwerdegegner betont immer wieder, dass er die Funk- und Kabelaufklärung sehr zielgerichtet einsetzen könne. Aus den Darlegungen der Beschwerdeführenden ergibt sich, dass dies nicht zutrifft, und dass der Beschwerdegegner in diesem Zusammenhang mit unrichtigen, irreführenden und unvollständigen Angaben operiert. Nachdem davon auszugehen ist, dass er den Aufsichts- und Kontrollorganen gegenüber dieselben unrichtigen und irreführenden Angaben macht (wenn auch vielleicht detaillierter), erscheint auch eine wirksame Kontrolle der Praxis dieser Massenüberwachungsmassnahmen nicht als gewährleistet.

24. (*ad Ziff. 8.*): Wie dargelegt unterläuft der Beschwerdegegner den Anspruch der Beschwerdeführenden auf rechtliches Gehör und auf eine effektive Beschwerde (Art. 29 Abs. 2 BV sowie Art. 13 EMRK i.V.m. den tangierten Grundrechten) und erschwert die Beurteilung durch externe Expertinnen und Experten und die Überprüfbarkeit dieser Beurteilung übermässig stark, wenn Akten bestehen, deren Inhalt die Beschwerdeführenden nicht kennen und die in der Folge nicht parteiöffentlich diskutiert werden. Der Beschwerdegegner ist unter diesen Umständen gehalten, in einer Art und Weise parteiöffentlich über die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung Aufschluss zu geben, dass diese sowie und die Effektivität der Kontrollen dieser Massenüberwachungsmassnahmen in einem Beschwerdeverfahren überprüft werden können, in welchem die soeben erwähnten Ansprüche der Beschwerdeführenden gewahrt bleiben. Wie von den Beschwerdeführenden dargelegt ist dies ohne Weiteres möglich. Der Beschwerdegegner kann und muss weitere Aufschlüsse parteiöffentlich erteilen; eine Notwendigkeit, daneben noch Geheimakten ins Verfahren einzubringen, welche den Parteien nicht offen gelegt werden, besteht nicht.
25. (*ad Ziff. 10.*): Dass Kommunikation im Internet serverbasiert erfolgt ist kein Sonderfall. Was der Beschwerdegegner genau unter «Via»-Kommunikation versteht bzw. welche Arten von serverbasierter Kommunikation davon umfasst sein sollen, ist nicht klar, da serverbasierte Kommunikation auf verschiedene Art und Weise erfolgen kann. Hinzu kommt, dass (wie nachstehend dargelegt) nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Beschwerdegegner bei serverbasierter Kommunikation zwischen zwei Personen in der Schweiz durchwegs die jeweilige Kommunikation beider Kommunikationspartner in der Schweiz mittels Kabelaufklärung erfassen und hernach «zusammenfügen» kann. Die entsprechenden Ausführungen des Beschwerdegegners erscheinen alles andere als plausibel, was die Unklarheit erhöht, was der Beschwerdegegner in Bezug auf die von ihm angesprochene «Via»-Kommunikation eigentlich sagen will. Seine Aussagen scheinen damit wenig geeignet, um die Vorbringen der Beschwerdeführenden zu entkräften.
26. Zusätzliche Bedenken wecken die Ausführungen des Beschwerdegegners, wonach ein *«erkannter Schweizbezug [...] vom System bei der Aufbereitung der Daten markiert und dadurch von einer Weiterverwendung ausgeschlossen»* werde (dazu nachstehend Ziff. 69. ff.).
27. (*ad Ziff. 11. f.*): Der Beschwerdegegner räumt immerhin grundsätzlich ein, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass bei einer Kommunikation zwischen einer Stelle in der Schweiz und einer Stelle im Ausland eine Schweiz-Schweiz-Kommunikation bei der Erfassung dieses Kommunikation nicht a priori ausgeschlossen werden kann. Die nachfolgenden

Ausführungen erscheinen allerdings als fraglich und wecken zusätzliche Bedenken.

28. Der Beschwerdegegner legt den Ablauf so dar, dass zunächst zwei separate Kommunikationsvorgänge Schweiz-Ausland erfasst würden, welche in der Folge als ein Kommunikationsvorgang Schweiz-Schweiz (via Ausland) erkannt und zusammengefügt werden könnten. Dies setzt allerdings voraus, dass die erwähnten zwei Kommunikationsvorgänge beide von der Kabelaufklärung erfasst werden. Sofern nicht mit entsprechenden Kabelaufklärungsaufträgen bei etlichen Providern ein grosser Teil des grenzüberschreitenden Datenverkehrs ausgeleitet wird (der Beschwerdegegner bestreitet, dass er so vorgeht und betont, wie er zielgerichtet mit wenigen Aufträgen die gesuchte Kommunikation auffinden könne, was aus technischer Sicht allerdings nicht als plausibel erscheint), ist in der Realität damit zu rechnen, dass in vielen Fällen nur einer der beiden zusammengehörenden Kommunikationsvorgänge von der Kabelaufklärung erfasst werden wird. Dies deshalb, weil es viele Wege geben wird, über welche die entsprechenden Kommunikationsvorgänge von einem Schweizer Kommunikationspartner ins Ausland gelangen kann, und dass der konkrete Weg bei zwei Personen in der Schweiz, welche serverbasiert miteinander kommunizieren, bei den beiden Personen je anders sein kann. Das vom Beschwerdegegner beschriebene Vorgehen wird damit die bestehende Problematik in der überwiegenden Zahl der Fälle in der Realität nicht zu lösen vermögen. Die Schulung der zuständigen Analytinnen und Analyten wird daran auch wenig zu ändern vermögen, da auch insoweit die Möglichkeiten der Analyse von den vorhandenen Daten und deren Aussagekraft abhängt. Die Vorbringen der Beschwerdeführenden sind somit mit den Ausführungen des Beschwerdegegners mitnichten widerlegt.
29. Es sei im Übrigen auf die Antwort des ZEO auf Frage 2 in seiner Stellungnahme vom 8. Juni 2023 hingewiesen, welches immerhin im Grundsatz Schwierigkeiten einräumt, welche in Bezug auf die Vollständigkeit der Daten bestehen können.
30. Wie der Schweizbezug zuverlässig hergestellt werden kann, erscheint ebenfalls als fraglich, und es stellen sich mit den Ausführungen des Beschwerdegegners neue Fragen, wie und mit Hilfe von welchen Daten dieser Bezug hergestellt werden soll (dazu nachstehend Ziff. 69. ff.).
313. (*ad Ziff. 13. f.*): Die Darlegungen des Beschwerdegegners und des FUB rekurren immer wieder auf die gesetzlichen Grundlagen und liefern damit Darlegungen, welche an der effektiven Praxis (welche es hier zu untersuchen gilt) vorbeigehen und welche letztlich kaum Aufschluss über die effektive Praxis zu geben vermögen, sondern geeignet sind, diese zu überdecken. Die Ausführungen des Beschwerdegegners zu dieser Problematik erscheinen letztlich als tautologisch. Ob die Funk- und Kabelaufklärung so funktioniert, wie dies der Gesetzgeber statuiert hat, ist

Bestandteil der Untersuchung. Die Schwere der damit verbundenen Grundrechtseingriffe ist ebenfalls konkret zu untersuchen, und wenn soweit sich die Funk- und Kabelaufklärung auf eine bestehende gesetzliche Grundlage zu stützen vermag, erscheinen die daraus resultierenden Grundrechtseingriffe damit nicht ohne Weiteres als gerechtfertigt.

32. (*ad Ziff. 15.*): Der Beschwerdegegner verdreht hier, was die Beschwerdeführenden vorgebracht haben. Die Beschwerdeführenden haben nicht ausgeführt, die Personen, welche für den Beschwerdegegner und den FUB Stellungnahmen verfasst haben, *könnten* die Funk- und Kabelaufklärung fachlich nicht akkurat einordnen. Die Problematik rührt daher, dass diese Personen nicht unabhängig sind, sondern ihre Stellungnahmen im Auftrag des Beschwerdegegners bzw. dem Beschwerdegegner zugeordneter Stellen schreiben. Die Beurteilung der Auswirkungen auf die Grundrechte obliegt ohnehin nicht diesen Personen, ihre Rolle ist in diesem Zusammenhang vielmehr, den Parteistandpunkt des Beschwerdegegners darzulegen, einschliesslich seiner Position zur Grundrechtskonformität. Hinzu kommt, dass die Darlegungen des Beschwerdegegners in vielerlei Hinsicht fragwürdig, nicht akkurat und irreführend erscheinen.
33. Demgegenüber haben externe Expertinnen und Experten die Aufgabe, sachlich fundierte und unabhängige Angaben zur Funk- und Kabelaufklärung, den damit verbundenen technischen Implikationen und den daraus fliessenden Eingriffe in die Grundrechte der Beschwerdeführenden und anderer Betroffener zu machen. Die von den Beschwerdeführenden genannten Expertinnen und Experten sind hierzu in der Lage, der Vorwurf der Stimmungsmache erscheint als abwegig.
34. Gleichzeitig ist festzuhalten, dass der Beizug von Expertinnen und Experten wie dargelegt als geboten erscheint, dies losgelöst vom konkreten Beweisantrag der Beschwerdeführenden. Im Weiteren ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführenden offen dafür sind, andere geeignete Personen als Expertinnen bzw. Experten beizuziehen als die im Beweisantrag aufgeführten. Insoweit beantragen die Beschwerdeführenden den Beizug geeigneter Fachpersonen, um ihnen die in der Eingabe vom 10. Mai 2021 und die seither thematisierten Fragestellungen zur Beantwortung zu unterbreiten.
35. (*ad Ziff. 16. ff.*): Soweit der Beschwerdegegner der Auffassung ist, gewisse Angaben könnten nicht parteiöffentlich gemacht werden, so ist es an ihm, nachvollziehbar zu begründen, weshalb dies so ist und weshalb es gleichzeitig als notwendig erscheint, die entsprechenden Angaben dem Bundesverwaltungsgericht nicht parteiöffentlich vorzulegen.
36. Der Beschwerdegegner muss sich auch darum bemühen, die für dieses Verfahren notwendigen Auskünfte in einer Form zu geben, welche eine möglichst weit gehende parteiöffentliche Darlegung des Sachverhalts

ermöglicht, also etwa unter Weglassung einzelner Angaben, welche nicht offen gelegt werden können, oder in Form von Zusammenfassungen. Dies hat der Beschwerdegegner bislang nicht bzw. nicht in genügendem Umfang getan.

37. *(ad Ziff. 20. ff.):* Wie mehrfach dargelegt bleibt mit den Darlegungen des Beschwerdegegner vieles unklar, erscheint widersprüchlich und ist mit den technischen Gegebenheiten nicht vereinbar. Es ist zu bedenken, dass es sich hier um ein Massenüberwachungsprogramme handelt, welche vom Ansatz her beinhalten, auch die Kommunikation vieler unbescholtener Personen zu erfassen und bei dem auch in der weiteren Bearbeitung, insbesondere bei der Auswertung von Treffern, in Kauf genommen wird, dass diese auch die Kommunikation von unbescholtenen Personen betrifft. Nachdem die Massnahme nicht auf die Daten konkreter Personen zielt, sondern eben Massenüberwachung ist, liegt es auch in der Natur der Sache, dass die Überwachungsbehörde mitunter Kommunikation erfasst, bei der sie zumindest initial gar nicht weiss, wer die an der Kommunikation beteiligten Personen effektiv sind, und dies nicht nur bei der gesamten ursprünglich ausgeleiteten Kommunikation, mit der die Überwachung beginnt, sondern auch im weiteren Verlauf der Bearbeitung. Umso wichtiger erscheint es, dass die Praxis dieser Überwachungsmassnahmen wie vom Bundesgericht und von der Praxis der Strassburger Organe effektiv untersucht und offengelegt wird. Hierfür hat der Beschwerdegegner die erforderlichen Angaben zu machen, sodass für die Beschwerdeführenden nachvollziehbar wird, wie sie von diesen Überwachungsmassnahmen betroffen sind und sie wirksam Beschwerde führen können in Bezug auf die damit verbundenen Grundrechtseingriffe, und damit das Bundesverwaltungsgericht diese Massnahmen effektiv auf ihre Grundrechtskonformität überprüfen kann.
38. *(ad Ziff. 21. f.):* In Bezug die Untersuchungen in anderen Ländern und die Kenntnis zu Überwachungsmassnahmen in anderen Bereichen, namentlich im strafprozessualen Bereich, sei auf die bisherigen Ausführungen der Beschwerdeführenden verwiesen.

Aus den gesetzlichen Formulierungen und der Durchführung der Kontrolle und Aufsicht über die nachrichtendienstliche Tätigkeit kann der Beschwerdegegner nichts in Bezug auf die Offenlegung von Informationen im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens ableiten. Dieses Verfahren dient gerade dazu, (auch) die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung zu beleuchten. Hierfür geltend die dargelegten spezifischen Vorgaben, insbesondere jene der Praxis der Strassburger Organe.

39. *(ad Ziff. 25. ff.):* Aus den Darlegungen der Beschwerdeführenden ergibt sich, dass die Zusatzfragen nicht zureichend beantwortet worden sind und dass der Beschwerdegegner insgesamt unzureichende Aufschluss über die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung gegeben hat.

40. *(ad Ziff. 28. f.):* Die vom Beschwerdegegner gemachten Angaben erscheinen als oberflächlich und insoweit als banal, als es gemäss Wortlaut des Gesetzes (Art. 39 NDG) um grenzüberschreitende Signale aus leitungsgebundenen Netzen geht. Gleichzeitig ist wie dargelegt die Behauptung des Beschwerdegegners, er sei in der Lage, zielgerichtet einzelne Leitungen auszuwählen, über welche die gesuchte Kommunikation vorwiegend laufe (was impliziert, dass er die gesuchte Kommunikation so weitgehend erschliessen kann sich um viele andere Leitungen nicht mehr kümmern muss), mit den technischen Gegebenheiten nicht vereinbar. Der beschriebene Ansatz, Kommunikationsverkehr primär über bestimmte Leitungen eines bestimmten Providers eruieren zu können, wird in der Realität so nicht umzusetzen sein. Hier wird eine Zielgerichtetheit und Effektivität suggeriert, welche sich in der Realität nicht umsetzen lässt.
41. Der Beschwerdegegner kann nun nicht just hierzu konkretere Angaben einreichen, welche den Parteien nicht offen gelegt werden, und meinen, die bestehenden Zweifel seien damit ausgeräumt und der Bedarf der Beschwerdeführenden, Angaben zur Praxis der Kabelaufklärung zu erhalten, sei damit zureichend gedeckt. Es handelt sich hier um wesentliche Aspekte zu zentralen und strittigen Fragen, wie zielgerichtet und effizient eine Massenüberwachung wie die Kabelaufklärung durchgeführt werden kann.
42. *(ad Ziff. 31. ff.):* Die behauptete Zielgerichtetheit und Effektivität bei der Selektion der Leitungen besteht wie dargelegt nicht. Wenn gesagt wird, damit sei sichergestellt, dass eine möglichst hohe Wahrscheinlichkeit für einen Treffer eines definierten Suchbegriffs aus dem jeweiligen Kabelaufklärungsauftrag besteht, so wird damit eine Zielgerichtetheit und Effektivität suggeriert, welche tatsächlich nicht besteht. Sichergestellt ist damit letztlich nichts. Auch wenn der Beschwerdegegner damit rechnet, dass aus der Ausleitung einer bestimmten Verbindung Treffer für den konkreten Auftrag ergeben werden, ist damit noch nichts darüber gesagt, welchen Anteil am Gesamtverkehr dieser Leitung diese Treffer ausmachen und in wie weit Treffer ebenso mit der Ausleitung anderer Verbindungen erzielt werden könnten.
43. *(ad Ziff. 34. ff.):* Der behauptete Zusammenhang entspricht in mehrfacher Hinsicht nicht den tatsächlichen technischen Gegebenheiten des Internets: Ausschlaggebend für den Weg, welchen Datenpakete von der sendenden zur empfangenden Stelle nehmen, ist nicht der kürzeste Weg (den es in diesem Sinne oft gar nicht gibt), sondern die Frage, wie die (potenziell) involvierten Anbieterinnen miteinander vernetzt sind. Der Aufbau dieser Vernetzung wiederum hat im Prinzip nichts mit Landesgrenzen zu tun; das hier gezeichnete Bild eines «Schweizer Internets», welches grenzüberschreitende Leitungen nutzt, um mit dem Internet im Rest der Welt in Verbindung zu stehen, entspricht nicht den realen Gegebenheiten.

44. *(ad Ziff. 36.):* Weshalb aus der Antwort Rückschlüsse auf die Resultate in Sachen GEBM möglich sein sollen und weshalb der Offenlegung der entsprechenden Darlegungen überwiegende Interessen entgegenstehen sollen, wird nicht nachvollziehbar begründet. Davon abgesehen ist der Beschwerdegegner gehalten, Angaben möglichst so zu machen, dass sie offen gelegt werden könnten. Es ist davon auszugehen, dass zumindest der Teil der Information, welcher sich auf die Funk- und Kabelaufklärung bezieht (und nicht auf die GEBM), den Beschwerdeführenden offen gelegt werden kann und muss.
45. *(ad Ziff. 37. f.):* Der Beschwerdegegner kann nicht gegen jede Offenlegung, welche technische Aspekte beim Vorgehen bei der Funk- und Kabelaufklärung beschlagen, Art. 25. Abs. 3 lit. c NDG ins Feld führen. Davon geht der Beschwerdegegner offensichtlich selbst aus, macht er doch auch einige parteiöffentliche Angaben, welche sich auf solche technischen Aspekte beziehen (z.B. in der Einleitung in der parteiöffentlichen Antwort auf die vom Bundesverwaltungsgericht [Beilage 3 zur Stellungnahme vom 11. November 2022] und Ziff. 72. ff. der Stellungnahme vom 11. Juli 2023). Es ist damit vom Beschwerdegegner inhaltlich zu begründen, weshalb keine weiteren Angaben in Beantwortung der Frage 4. parteiöffentlich gemacht werden können.
46. Zur apodiktischen Berufung des Beschwerdegegners auf «technischen Quellenschutz» sei auf die nachstehenden Darlegungen verwiesen (Ziff. 56. ff.).
47. *(ad Ziff. 39. ff.):* Welche Angaben im nicht offen gelegten Teil der Antwort auf Frage 5. a. gemacht werden, können die Beschwerdeführenden mangels Kenntnis dieses Teils der Antwort nicht im Einzelnen sagen. Abgesehen allenfalls von den Zahlen wird es aber doch möglich sein, weitere Angaben offenzulegen.
48. Vor allen Dingen ist festzustellen, dass die Antwort, zumindest deren offengelegter Teil, allenfalls auch die gesamte Antwort einschliesslich des nicht offengelegten Teils, die Frage unzureichend beantwortet. Weitere Angaben zur Ausfilterung von Inland-Inland-Kommunikation könnten und müssten gemacht werden können, zumal vom Beschwerdegegner impliziert wird, eine solche Ausfilterung sei zuverlässig möglich, wohingegen die Beschwerdeführenden dargelegt haben, dass dies nicht zutreffen kann. Es wird wohl cursorisch ein Ablauf beschrieben, welcher der Ausfilterung von Inland-Inland-Kommunikation dienen soll. Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, ob und wie zuverlässig dies effektiv funktioniert.
49. In Bezug auf den «technischen Quellenschutz» sei auf die nachstehenden Darlegungen verwiesen (Ziff. 56. ff.).

50. *(ad Ziff. 44. f.):* Die Beschwerdegegner zeigen mit ihren Darlegungen und dem Hinweis auf die Berichte der GPDel und das erwähnte Rechtsgutachten, welches in Bezug auf die unzulässige Datenbearbeitung durch den Beschwerdegegner an diese Berichte anknüpft und anhand konkreter Einträge beispielhaft aufzeigt, worin diese konkret besteht, dass die Ausführungen des Beschwerdegegners unzulänglich sind. Die Ausführungen des Beschwerdegegners zur Frage 8. a. machen noch einmal deutlich, dass eine gesetzes- und grundrechtskonforme Datenbearbeitung beim Beschwerdegegner nicht gewährleistet ist. Gerade weil die GPDel (und ebenso die Organisation, deren Daten im Rechtsgutachten thematisiert werden) hat feststellen müssen, dass vom Beschwerdegegner ständig Daten gesetzes- und grundrechtswidrig bearbeitet worden sind, müssten die Antworten auf Frage 8. umso erschöpfender ausfallen und den Beschwerdeführenden vollständig offen gelegt werden.
51. *(ad Ziff. 46. ff.):* Die Beschwerdeführenden halten an ihrem Standpunkt fest. Dass offenbar geprüft wird, ob die Daten von Drittpersonen für den NDB von Interesse sind oder nicht, weckt zusätzliche Bedenken. Dies erscheint mit den Grundsätzen der Informationsbeschaffung nach Art. 5 NDG, mit Art. 6 NDG und mit dem Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung (und je nach betroffenen Daten mit weiteren Grundrechten) nicht als vereinbar, macht aber deutlich, dass der NDB auch Daten von unbescholtenen Drittpersonen bearbeitet und der Auffassung ist, dies tun zu dürfen.
52. *(ad Ziff. 49. ff.):* Die von den Beschwerdeführenden geäußerten Bedenken werden vom Beschwerdegegner in keinsten Weise ausgeräumt. Die Ausführungen erscheinen stellenweise als haarspalterisch und nicht haltbar. Die Erfassung von Daten stellt eine Bearbeitung von Daten dar (vgl. Art 5 lit. d DSGVO), und erfasst sind Daten nicht erst, wenn sie einem Objekt zugewiesen sind. Die Ausführungen der Beschwerdeführenden (welche an dieser Stelle nicht noch einmal wiederholt werden) erscheinen als zutreffend und für die Frage 10. d. und die Antwort darauf als relevant.
53. *(ad Ziff. 55. f.):* Die Beschwerdeführenden halten an ihren Vorbringen fest. Die Ausführungen des Beschwerdegegners lassen darauf schliessen, dass hier Dateiablagen betrieben werden, welche keine Grundlage in Gesetz und Verordnung haben. Sollte der Beschwerdegegner der Auffassung sein, dass dies nicht zutrifft, hat er kenntlich zu machen, um was für eine Art Dateiablage es sich handelt und auf welche gesetzliche Grundlage sich deren Betrieb stützt.
54. *(ad Ziff. 59. - 66.):* Der Beschwerdegegner hat wie von den Beschwerdeführenden dargelegt soweit als möglich Auskunft zu erteilen allfällige Geheimhaltungsinteressen zu substantizieren. Es ist verfehlt, wenn der Beschwerdegegner moniert, die Beschwerdeführenden hätten in Bezug auf Angaben, welche der Beschwerdegegner nicht öffentlich gemacht hat,

konkretere Darlegungen zu machen, was offenzulegen sei. Dem werden die Beschwerdeführenden mangels Kenntnis der entsprechenden Angaben kaum nachkommen können. Hingegen ist es am Beschwerdegegner, klar und nachvollziehbar darzulegen, weshalb er gewisse Angaben nicht parteiöffentlich machen will, und insgesamt muss die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung hinreichend nachvollziehbar sein, um sie effektiv überprüfen zu können unter Gewährleistung des Rechts der Beschwerdeführenden auf effektive Beschwerde.

55. Verfehlt ist auch der Verweis auf das BGÖ und die dort vorgesehenen Ausnahmen vom Öffentlichkeitsprinzip. Es geht hier um ein konkretes Verfahren mit Parteirechten und um die gemäss Praxis des EGMR gebotene Überprüfung der Grundrechtskonformität eines Massenüberwachungsprogramms.
56. (*ad Ziff. 68. ff.*): Der Beschwerdegegner bringt vor, gemäss Art. 35 Abs. 3 lit. c NDG würden bei technischen Quellen Angaben über die Infrastruktur, Leistungsfähigkeit, operative Methoden und Verfahren der Informationsbeschaffung dem Quellenschutz unterliegen. Dies ist zu apodiktisch formuliert und weder mit dem Gesetzeswortlaut noch mit der konventionsrechtlich gebotenen Untersuchung der Praxis der Funk- und Kabelaufklärung und dem damit verbundenen Recht der Beschwerdeführenden auf effektive Beschwerde vereinbar.
57. Der Wortlaut schliesst nicht aus, dass bei technischen Quellen Angaben über die Infrastruktur, Leistungsfähigkeit, operative Methoden und Verfahren der Informationsbeschaffung gemacht werden, sondern besagt, dass diese Angaben beim Schutz technischer Quellen berücksichtigt werden, soweit sie geheimhaltungsbedürftig sind. Dies erscheint insoweit als sachgerecht, als es sich bei den sog. «technischen Quellen» nicht um eigentliche Quellen im herkömmlichen Sinn handelt, welche als solche wie in den übrigen Bestimmungen von Art. 35 Abs. NDG festgehalten zu schützen sind, sondern die allfällige Geheimhaltung sich aus anderen Gründen ergibt. Dies wird auch insoweit deutlich, als wie dargelegt (insb. Ziff. 1.4. c der Eingabe vom 24. März 2023) bei anderen Überwachungsprogrammen durchaus technische Details bekannt gegeben werden, ohne dass dies deren Durchführung gefährden würde.
58. Im Übrigen ist Art. 35 Abs. 3 lit. c NDG verfassungs- und konventionskonform auszulegen, womit die rechtliche Fragestellung dieselbe ist wie bei anderen Angaben zur Funk- und Kabelaufklärung und dieser Bestimmung im vorliegenden Verfahren keine eigenständige Bedeutung zukommt.
59. (*ad Ziff. 72. - 83.*): Soweit der Beschwerdegegner die gestellten Fragen unter Verweis auf den «technischen Quellenschutz» nicht beantworten möchte, ist anzumerken, der Beschwerdegegner wie vorstehend dargelegt nicht eine absolute Geheimhaltung von Angaben beanspruchen kann,

welche in Art. 35 Abs. 3 lit. c NDG aufgezählt sind. Die Verweigerung der Beantwortung der Fragen wäre konkret und zureichend zu begründen.

60. Ohne dass die zu Frage 1 gestellten Zusatzfragen nicht zumindest teilweise inhaltlich und parteiöffentlich beantwortet werden, wird sich die Praxis der Kabelaufklärung in Bezug auf die erforderliche Überprüfung der Grundrechtskonformität nicht zureichend erfassen lassen, und die Beschwerdeführenden können sich weder ein zureichendes Bild davon machen, wie sie von der Kabelaufklärung betroffen sind, noch sind sie in der Lage, ihr Recht auf Beschwerde wirksam wahrzunehmen.
61. Dies hängt auch damit zusammen, dass die diesbezüglichen Angaben des Beschwerdegegners weitgehend nebulös geblieben sind er Vieles vorgebracht hat, was nicht als plausibel erscheint und mit den technischen Gegebenheiten nicht zu vereinbaren ist. Die gestellten Fragen müssen zumindest insoweit beschreibend und beispielhaft beantwortet werden, dass sich ein fassbares Bild ergibt, was das Vorgehen bei der Kabelaufklärung und deren Umfang betrifft.
62. Dem stehen jedenfalls keine überwiegenden Interessen entgegen. Der Beschwerdegegner übergeht, dass zu einer zureichenden Untersuchung der Praxis der Kabelaufklärung eine akkurate Beurteilung der Frage gehört, wie zielgerichtet und effektiv die Kabelaufklärung tatsächlich ist. Dass es für die Beurteilung der Grundrechtskonformität relevant ist, wie zielgerichtet und effektiv diese Massenüberwachungsmaßnahme ist, ist dem Beschwerdegegner offensichtlich bewusst, bemüht er sich doch immer wieder, diese so zu beschreiben, dass sie als zielgerichtet und effektiv erscheint. Nur vermögen seine Ausführungen dies im Ergebnis nicht zu belegen, sondern erscheinen wie dargelegt nicht als plausibel und erlauben mangels nachvollziehbarem und akkuratem Bezug auf die Realität keine griffigen Schlüsse auf die effektive Praxis.
63. (*ad Ziff. 75.*): Zwar wiederholt der Beschwerdegegner hier sein fiktives (und wie dargelegt nicht akkurates) Beispiel, wie er über eine bestimmte Verbindung vorwiegend Kommunikationsverkehr aus bestimmten Ländern ausleiten will. Er gibt nun immerhin an, dass der Abgriff auf dem Data Link Layer, also auf dem OSI-Layer 2 («Netzzugang») erfolge.
64. (*ad Ziff. 76.*): Der Beschwerdegegner «präzisiert» die Darlegung, welche er in Abbildung in der Beilage 3 der Stellungnahme vom 11. November 2022 gegeben hat, und führt an, die Ausscheidung nicht gewünschter Daten/Datenformate fände «erst beim zweiten Schritt 'ZEO' statt». Worin der Unterschied zwischen den beiden Darstellungen konkret liegt und in wie weit es sich um eine Präzisierung – und nicht eine abweichende Darstellung – handeln soll, wird aus den Darlegungen nicht klar. Klar ist, dass der Provider die Ausleitung von Signalen aus einer von ihm betriebenen Faser zulassen muss. Ob und in wie weit der Provider darin involviert ist, von dem auf dieser Faser durchlaufenden Kommunikation ein

Teil ausgeschieden ist, bleibt nach den neuen Angaben des Beschwerdegegners, welche als Präzisierung bezeichnet werden, aber inhaltlich etwas anderes besagen als die erste Darstellung, offen. Ebenso ist offen, ob das ZEO das ganze an ihn ausgeleitete Signal vom Standort des Providers an einen Standort des ZEO leitet, oder ob er bereits in den Räumlichkeiten des Providers Daten ausscheidet, und gegebenenfalls welche.

65. Der Beschwerdegegner wird vor diesem Hintergrund die «Präzisierung» effektiv zu präzisieren haben, indem er angibt:
- a) ob und in wie weit dem Provider Aufgaben zukommen, Kommunikation, welche auf der vom Kabelaufklärungsauftrag erfassten «Faser» durchläuft, vor der Ausleitung an das ZEO auszuschneiden;
 - b) ob das ZEO das ganze an ihn vom Provider ausgeleitete Signal aus der erfassten «Faser» vom Standort des Providers an einen Standort des ZEO leitet, oder ob er bereits in den Räumlichkeiten des Providers Daten ausscheidet, und gegebenenfalls welche.
66. (*ad Ziff. 84.*): Der Beschwerdegegner führt aus, in der Kabelaufklärung würden für die Erfassung der Signale nur diejenigen Verbindungen ausgewählt, welche grenzüberschreitenden Datenverkehr aus einer für einen bestimmten Kabelaufklärungsauftrag relevanten Region enthielten. Diese Antwort lässt zwei wesentliche Aspekte offen: Es bleibt mit den bisherigen Angaben des Beschwerdegegners unklar, was er konkret als grenzüberschreitenden Datenverkehr erachtet. Der Beschwerdegegner führt aus, der Abgriff erfolge auf dem Data Link Layer. Der Abgriff auf dem Data Link Layer wird am entsprechenden Koppelungselement erfolgen können, als an der Stelle, an dem ein Glasfaserkabel terminiert wird, also am Ende eines Glasfaserkabels an dessen Übergang zu anderen Datenleitungen. Es fehlen aber klare Aussagen dazu, was die «Faser», deren Signal abgegriffen wird, nach Ansicht des Beschwerdegegners als Trägerin von grenzüberschreitendem Datenverkehr qualifiziert. Da von einem Abgriff auf dem Data Link Layer die Rede ist, müsste dies so definiert sein, dass das entsprechende Koppelungselement am anderen Ende, welches dem Data Link Layer zuzuordnen ist, im Ausland liegt (gemeint sind damit Koppelungsstellen des Data Link Layers, also beispielsweise nicht blosse Repeater, vgl. dazu <https://de.wikipedia.org/wiki/OSI-Modell>) Nur so lässt sich der Begriff des grenzüberschreitenden Datenverkehrs genügend klar definieren und eingrenzen.
67. Der Beschwerdegegner wird damit folgende Zusatzfrage zu beantworten haben:
- a) Was qualifiziert nach Auffassung des Beschwerdegegners eine «Faser» als Trägerin von grenzüberschreitendem Datenverkehr

(bezogen insb. auf das Koppelungselement, an dem der Abgriff erfolgt, und dem Standort des entsprechenden Koppelungselements an der Gegenstelle derselben Faser)?

- b) Geht der Beschwerdegegner mit den Beschwerdeführenden einig, dass eine «Faser» dann als Trägerin von grenzüberschreitendem Datenverkehr zu qualifizieren ist, wenn das Koppelungselement dieser Faser vom ZEO abgegriffen wird und das entsprechende Koppelungselement der Gegenstelle, also am anderen Ende, derselben Faser im Ausland liegt?
68. (*ad Ziff. 85.*): Zu der vom Beschwerdegegner so bezeichneten «Via»-Kommunikation sei vorab auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen. Weiter sei auf Ziff. 11. der Eingabe vom 19. Oktober 2022 verwiesen. Insgesamt ergibt sich daraus, dass die Darlegungen des Beschwerdegegners Ungereimtheiten aufweisen, insb., was die Möglichkeiten des Beschwerdegegners betrifft, zwei Teilkommunikationen, welche über das Ausland gehen, zusammensetzen, und die Erkennbarkeit von Schweiz-Schweiz-Kommunikation aus zusammengehörenden Datenpaketen. Die Frage ist damit nicht stringent und nachvollziehbar beantwortet.
69. Zusätzliche Fragen und Bedenken wirft die Darlegung des Beschwerdegegners auf, wonach das «System» die Verbindung Schweiz-Ausland beziehungsweise Ausland-Schweiz erkenne und diese als Kommunikationen mit Schweizbezug markiere, und dass mögliche Kriterien, die auf einen Schweizer Sende- oder Empfangsort hindeuten, die in der Beilage 3 zur Stellungnahme vom 11. November, S. 6, angeführten Datenattribute seien (z.B. Tel.-Nr. mit Landeskennzahl der Schweiz, Schweizer IBAN). Weiter wird erwähnt, dass an diese Erkennung durch das «System» eine Verarbeitung der Daten durch die Analytinnen und Analytisten des ZEO anschliesse, die auch eine inhaltliche Prüfung der Suchresultate mit Schweizbezug vornehmen würden. An anderen Stellen wird diese Erkennung mittels dieses «Systems» ebenfalls angesprochen (insb. Ziff. 10. f., Ziff. 94. und Ziff. 98 der Stellungnahme des NDB).
70. Dass von einem «System» die Rede ist und die diesbezügliche Prüfung durch die Analytinnen und Analytisten des ZEO an diese anschliesst, impliziert, dass hier eine automatisierte Auswertung anhand vordefinierter Datenattribute, nach denen die Daten durchsucht werden, vorliegt. Aus den Darlegungen des Beschwerdegegners in Ziff. 94. wird deutlich, dass diese Auswertung separat von der Suche nach Suchbegriffen des Kabelaufklärungsauftrags erfolgt und dieser vorangeht. Nichts desto trotz handelt es sich um eine automatisierte Durchsuchung der ausgeleiteten Daten, bei der Bezüge zur Schweiz gesucht werden, oder anders gesagt eine gezielte Bearbeitung von Daten von Personen mit vermutetem Bezug zur Schweiz.

71. Dies relativiert die Hinweise des Beschwerdegegners auf die gesetzlichen Bestimmung, wonach Angaben über schweizerische natürliche oder juristische Personen sind als Suchbegriffe nicht zulässig sind, beträchtlich. Auch wenn als Grund für die entsprechende Bearbeitung von Daten angegeben wird, gewisse Daten mit Bezug zur Schweiz auszusondern, findet so doch eine aktive Befassung mit entsprechenden Daten im Rahmen einer Massenüberwachung statt, wobei an die automatisierte Durchsuchung eine inhaltliche Prüfung der Daten durch die Analytinnen und Analysten des ZEO anschliesst. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass diese Datenbearbeitung (automatisierte Durchsuchung durch das «System» und anschliessende inhaltliche Prüfung durch die Analytinnen und Analysten des ZEO) über keinerlei gesetzliche Grundlage verfügt. Dieses Vorgehen ist damit unzulässig.
72. Überdies ist anzumerken, dass längst nicht jede Kommunikation einer Person, welche sich in der Schweiz befindet, entsprechende Datenattribute aufweisen wird. Auch mit der daran anschliessenden inhaltliche Prüfung der Daten durch die Analytinnen und Analysten des ZEO wird dieser Schweizbezug nicht zuverlässig zu eruieren sein, da sich auch aus dem Inhalt einer Kommunikation in aller Regel nicht erschliessen lässt, wo sich die Personen, welche hier kommuniziert, zu diesem Zeitpunkt aufhält.
73. (*ad Ziff. 93.*): Die Antwort auf die Frage beinhaltet nur Wiederholungen allgemein gehaltener Angaben, welche der Beschwerdegegner andernorts schon gemacht hat. Damit wird die Frage effektiv nicht beantwortet, dies insbesondere mit Blick auf den Aspekt, dass auch Provider mit internationalem Kommunikationsverkehr Daten inländischer Kommunikation führen und inländische Kommunikation nicht bloss auf Leitungen beispielsweise von Genf nach St. Gallen stattfindet.
74. (*ad Ziff. 94.*): Es sei auf die Bemerkungen zu Ziff. 85. verwiesen.
75. (*ad Ziff. 96. und 97.*): Es bleibt insgesamt unklar, was für Transitleitungen gemeint sind: Es muss sich um einen Art. 39 NDG unterstehenden Betreiber entsprechender grenzüberschreitender Signale aus leitungsgebundenen Netzen handeln. Es fragt sich, in wie weit bei dem vom Beschwerdegegner beschriebenen Transit überhaupt ein entsprechender Provider in der Schweiz beteiligt ist. Transit bzw. eine Transitleitung im Wortsinn liegt dann vor, wenn das Signal über eine bestimmte Leitung durch die Schweiz geführt und dabei lediglich verstärkt wird. Wird die Leitung innerhalb der Schweiz terminiert, und wird die entsprechende Kommunikation über eine andere Leitung weitergeführt, so liegt kein Transit vor. In diesem Sinne erscheint es auch als ungereimt, dass Transitleitungen auf dem Layer 2 ausgeleitet werden sollen.
76. (*ad Ziff. 98.*): Es sei auf die Bemerkungen zu Ziff. 85. verwiesen.

77. *(ad Ziff. 99.):* Der Beschwerdegegner vermengt (wie schon in Ziff. 85. und Ziff. 93. Kommunikation, welche über eine rein im Inland verlaufende Leitung geht, mit solcher, welche zwischen Kommunikationspartnern in der Schweiz geführt wird, aber über grenzüberschreitende Leitungen geht. Die Antwort ist insoweit unbrauchbar. Zu den weiteren Ausführungen in dieser Ziffer sei auf die Bemerkungen zu Ziff. 85. verwiesen.
78. *(ad Ziff. 100 f.):* Der Beschwerdegegner beantwortet die Fragen in massgeblichen Aspekten nicht. Insbesondere vermag der Beschwerdegegner nicht zu erklären, wie er zu erkennen vermöchte, das beispielsweise eine sich in der Schweiz befindende Person, welche eine Mailadresse @gmail.com nutzt, sich in der Schweiz aufhält. Mit den von ihm erwähnten Datenattributen wird diese Erkenntnis in aller Regel nicht zu gewinnen sein. Ebenso wenig legt der Beschwerdegegner dar, dass er eine treffende Zuordnung machen könnte in dem Fall, dass eine sich im Ausland aufhaltende Person z.B. eine Emailadresse verwendet, deren Datenattribute auf die Schweiz weisen.
79. *(ad Ziff. 102 f.):* Die Beschwerdeführenden haben einlässlich dargelegt, 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. Weder die vom Beschwerdegegner aufgezählten Kontrollen noch die Schulung des Personals auf Compliance vermögen daran etwas zu ändern. Es geht auch nicht bloss darum, dass sich die Resultate einer Kabelaufklärung als dem Gesetz entsprechend präsentieren, sondern ob die vom Gesetz und von den Grundrechten vorgegebenen Schranken effektiv eingehalten werden können. Dies ist offenkundig nicht der Fall.
80. *(ad Ziff. 105 - 110):* Sowohl in Bezug auf Kommunikation, welche dem Berufsgeheimnis unterliegt, als auch solche, welche dem journalistischen Quellenschutz unterliegt, muss der Beschwerdegegner einräumen, dass solche von der Funk- und Kabelaufklärung erfasst wird oder, anders gesagt, dass keine Mechanismen vorhanden sind (und auch nicht als denkbar erscheinen), welche verhindern, dass solche Kommunikation von der Funk- und Kabelaufklärung erfasst wird und dem Beschwerdegegner bzw. dem insoweit für ihn tätigen ZEO bekannt werden.
81. Die erwähnte manuelle Arbeit der Analytinnen und Analysten vermag daran gerade nichts zu ändern, sondern führt gerade dazu, dass die betreffende Kommunikation von den Überwachungsbehörden zur Kenntnis genommen wird. Damit ist das Berufsgeheimnis bzw. der journalistische Quellenschutz bereits durchbrochen.
82. Die Analytinnen und Analysten werden bei der beschriebenen Durchsicht nicht zuverlässig zu erkennen vermögen, dass es sich um Kommunikation handelt, welche dem Anwaltsgeheimnis unterliegt. Es ist möglich, dass dies

in einzelnen Fällen erkannt wird, aber keineswegs zuverlässig gewährleistet.

83. Genau dasselbe gilt für die vom Beschwerdegegner erwähnte Tätigkeit von Aufsichts- und Kontrollorganen. Bei der Tätigkeit dieser Organe kommt hinzu, dass sie nur stichprobenweise Resultate einsehen können und nicht die Funktion haben, im Einzelfall zu eruieren, ob mit der Datenbearbeitung beispielsweise das Anwaltsgeheimnis verletzt worden ist.
84. Dasselbe ist wie beim Berufsgeheimnis ist grundsätzlich in Bezug auf den journalistischen Quellenschutz zu konstatieren. Das Problem ist hier tatsächlich noch grösser, weil es im Vergleich zu anwaltlicher Kommunikation regelmässig noch viel schwieriger zu erkennen sein wird, dass ein Journalist bzw. eine Journalistin mit seiner/ihrer Quelle kommuniziert. Zudem ist zu berücksichtigen, dass bereits die Tatsache allein, dass ein Journalist bzw. eine Journalistin mit seiner/ihrer Quelle kommuniziert, dem Quellenschutz unterliegt. Die Verletzung des Anspruchs auf Quellenschutz, welcher mit der Kenntnis der entsprechenden Kommunikation einhergeht, lässt sich insoweit auch nicht mit einer nachherigen Aussonderung der entsprechenden Kommunikation beseitigen, dies nicht zuletzt deshalb, weil dies gerade voraussetzt, dass die dem Quellenschutz unterliegende Kommunikation als solche erkannt wird.
85. Dass der Beschwerdegegner bzw. das ZEO nach eigenem Bekunden noch nie festgestellt hatte, dass es sich bei einem Suchresultat aus der Funk- und Kabelaufklärung um eine Kommunikation zwischen einer Journalistin/einem Journalisten und ihrer/seiner Quelle handelt, ändert nichts an der bestehenden Problematik. Sicherlich kann daraus nicht geschlossen werden, dass keine Suchresultate aufgetreten sind, welche sich auf entsprechende Kommunikation beziehen, zumal eine zuverlässige Feststellung einer solchen Kommunikation wie dargelegt nicht als möglich erscheint.
86. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass sowohl Anwältinnen und Anwälte als auch Journalistinnen und Journalisten mitunter in der Ausübung ihres Berufes mit Personen kommunizieren, welche verstärkt im Fokus des Nachrichtendienstes stehen, und Kommunikation zu Themen führen, welche zu Treffern in Funk- und Kabelaufklärungsaufträgen führen können.
87. Eingangs ist dargelegt worden, welchen Anforderungen Massenüberwachungsprogramme in Bezug auf die Wahrung des Berufsgeheimnisses, insb. von Anwältinnen und Anwälten, und der Gewährleistung des journalistischen Quellenschutzes genügen müssten (Ziff. 18.). Diese Anforderungen sind in Bezug auf die Funk- und Kabelaufklärung in der Schweiz nicht im Ansatz erfüllt.

88. Die Darlegungen des Beschwerdegegners erschöpfen sich in Hinweisen, wie allenfalls erkannt werden kann, dass Kommunikation dem Berufsgeheimnis oder dem journalistischen Quellenschutz unterliegt. Bei der Erfassung von Kommunikation bestehen keinerlei Schranken für den spezifischen Schutz derart privilegierter Kommunikation. Es ist auch keine speziell hohe Hürde, um derartige Kommunikation erfassen zu dürfen; vielmehr kann solche Kommunikation ohne Weiteres als Bestandteil einer konkreten Massenüberwachungsmaßnahme erfasst werden, was – nachdem diese anlasslos erfolgt und in Bezug auf das Erfordernis des speziellen Schutzes solcher Kommunikation – das Gegenteil von hohen Hürden darstellt. Es bestehen keinerlei spezifische Prozeduren für die den Schutz solcher Kommunikation. Dasselbe gilt für andere zu schützende Kommunikation wie diejenige von Mitgliedern des Parlaments oder Richterinnen und Richtern. Ebenso wenig ist vorgesehen, dass eine unabhängige Aufsicht oder Kontrolle für die Einhaltung solcher Prozeduren sowie deren Effektivität überwacht.
89. In Bezug auf die Kommunikation mit Berufsgeheimnisträgern und Journalistinnen und Journalisten, welche sich im Ausland befinden, räumt der Beschwerdegegner ein, dass diesbezüglich überhaupt keine Überprüfung und keine Aussonderung oder Anonymisierung stattfindet. Dasselbe gilt für, welche sich im Ausland aufhalten und mit ihren Anwältinnen und Anwälten kommunizieren sowie Quellen von Journalisten, welche sich im Ausland aufhalten. Wie eingangs dargelegt (Ziff. 14.) sind die konventionsrechtlichen Garantien bei der Durchführung von Überwachungsmaßnahmen in der Schweiz auch gegenüber Personen, welche sich im Ausland befinden, einzuhalten. Dies ist insbesondere in Bezug auf Kommunikation, welche dem Anwaltsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegt, offenkundig nicht gegeben. Unmittelbar betrifft dies den Beschwerdeführer G, welcher als Journalist in Deutschland tätig ist.
90. Zur Stellungnahme des ZEO vom 6. Juni 2023 nehmen die Beschwerdeführenden wie folgt Stellung (unter Festhalten an ihren bisherigen Vorbringen, auch soweit sie nachstehend nicht wiederholt werden):
91. Auch das ZEO ruft den «technischen Quellenschutz» an. Es sei hierzu auf die diesbezüglichen Ausführungen zur Stellungnahme des Beschwerdegegners verwiesen (Ziff. 56. ff.).
92. (*ad Frage 1*): Das ZEO kann nicht pauschal auf den Quellenschutz verweisen (gemeint ist wiederum der «technische Quellenschutz»), sondern hätte konkret zu begründen, weshalb es diese Frage nicht beantworten kann.
93. (*ad Frage 2*): Das ZEO räumt ein, dass nicht gewährleistet ist, dass ihm die Daten letztlich vollständig vorliegen. Ausführungen dazu, wie es

entsprechende Feststellungen können soll, fehlen allerdings. Die Antwort wird insoweit noch zu vervollständigen sein.

94. Sowohl in Bezug auf den Beschwerdegegner als auch in Bezug auf das ZEO ergibt sich aus den Darlegungen der Beschwerdeführenden, dass zu wenig Angaben parteiöffentlich gemacht worden sind und dass Zusatzfragen in unzulässiger Weise nicht oder ungenügend beantwortet worden sind. Der Beschwerdegegner und das ZEO werden zu verpflichten sein, ihre Angaben und Antworten insoweit zu ergänzen.
95. (*ad Frage 4*): Die Darlegungen des ZEO bestätigen, dass es sich nicht um eine effektive Anonymisierung handelt.

Mit freundlichen Grüßen

Viktor Györffy

Im Doppel