



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS

Nachrichtendienst des Bundes NDB
Der Direktor

CH-3003 Bern, NDB, RD

Einschreiben
Bundesverwaltungsgericht
Abteilung I
Herr Bundesverwaltungsrichter
Alexander Misic
Postfach
9023 St. Gallen

parteioffentlich

Geschäfts-Nr.: **A-6444/2020**
Ihr Zeichen: mia/kob
Unser Zeichen: RD
Bern, 11. April 2025

Stellungnahme
zur Verfügung des BVGer vom 12. März 2025

in der Sache

Digitale Gesellschaft, 4000 Basel

Beschwerdeführerin 1

Beschwerdeführer 2

Beschwerdeführer 3

Beschwerdeführerin 4

Beschwerdeführerin 5

Beschwerdeführer 6

Beschwerdeführer 7

alle zusammen **Beschwerdeführende**

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

gegen

Nachrichtendienst des Bundes NDB, Papiermühlestrasse 20, 3003 Bern

NDB oder **Vorinstanz**

sowie

Dienst für Cyber und elektromagnetische Aktionen CEA, Eichacher, 3086 Zimmerwald,

CEA oder **Beigeladener**

betreffend

Funk- und Kabelauflärung

Sehr geehrter Herr Instruktionsrichter Misić

Sehr geehrte Damen Bundesverwaltungsrichterinnen und Herren Bundesverwaltungsrichter

Besten Dank für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Zur Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 12. März 2025 in oben genannter Sache äussern wir uns wie folgt:

I. Frist

- 1 Mit Dispositiv Ziff. 1.2, 3 und 4 der Verfügung vom 12. März 2025 hat das Bundesverwaltungsgericht den NDB dazu aufgefordert, bis am Samstag, 12. April (Ziff. 4), bzw. Montag, 14. April 2025 (Ziffern 1.2 und 3), eine Stellungnahme einzureichen.
- 2 Die heutige Einreichung der vorliegenden Stellungnahme erfolgt somit innert Frist.

II. Stellungnahme

a. Ad Ziff. 1.2 des Dispositivs

- 3 Der NDB hat keine Bemerkungen zur Stellungnahme des EDÖB vom 7. März 2025.

b. Ad Ziff. 3 des Dispositivs

- 4 Im Dispositiv Ziff. 3 der Verfügung vom 12. März 2025 fordert das Bundesverwaltungsgericht sowohl das CEA als auch den NDB auf, eine einlässliche Stellungnahme zu den Ausführungen der Beschwerdeführenden vom 26. Juni 2024 einzureichen. Vertrauliche Ausführungen seien dabei als solche zu kennzeichnen und die Vertraulichkeit sei zu begründen. Die vorliegende Stellungnahme enthält keine vertraulichen Informationen und ist parteiöffentlich.
- 5 Zu den **Ziffern 1-2** der Schlussbemerkung der Beschwerdeführenden vom 26. Juni 2024 hat der NDB keine Bemerkungen. Die Ziffern 3-117 der Schlussbemerkungen der Beschwerdeführenden nehmen Bezug auf zwei Stellungnahmen des CEA. In seiner Verfügung bittet das Bundesverwaltungsgericht sowohl das CEA als auch den NDB insbesondere um eine einlässliche Stellungnahme zu den Ziffern 3-52 sowie 101-104 der Schlussbemerkungen. Diese Ziffern der Schlussbemerkungen beziehen sich somit auf die erwähnten zwei Stellungnahmen des CEA. Um eine Doppelspurigkeit zu vermeiden, verzichtet der NDB bezüglich der **Ziffern 3-117** der Schlussbemerkungen auf eine eigene Stellungnahme und verweist auf die zu erwartende Stellungnahme des CEA.
- 6 Der NDB nimmt im Folgenden Stellung zu den **Ziffern 118 ff.** der Schlussbemerkungen, die sich entweder auf eine Stellungnahme des NDB (der Titel vor Ziff. 118 lautet: «*Zur Stellungnahme des Beschwerdegegners vom 12. April 2024*»), oder nicht explizit auf eine Stellungnahme des CEA beziehen (der Titel vor Ziff. 138 lautet: «*Zusammenfassung und Abschluss der Überprüfung des «Systems» der Funk- und Kabelaufklärung*»). Dies in der gebotenen Kürze, da sich der NDB zu diversen Vorwürfen bereits mehrfach geäussert hat.

Ad Ziff. 118 ff. der Schlussbemerkungen

- 7 In den Ziffern 118-124 der Schlussbemerkungen der Beschwerdeführenden geht es erneut um die Frage, ob und welche Experten das Bundesverwaltungsgericht beiziehen soll. Die Beschwerdeführenden stellen sich auf den Standpunkt, dass die Kabelaufklärung in allen Ländern gleich sei, und es daher nicht eines Experten bedürfe, der die Schweizer Praxis kenne. Demgegenüber führt das Bundesgericht in seinem Rückweisungsentscheid aus, dass das Bundesverwaltungsgericht für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der Funk- und Kabelaufklärung *die Vollzugspraxis* zu prüfen habe und, falls notwendig, hierfür sachverständige Personen beiziehen solle (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1C_377/2019 vom 1. Dezember 2020, E. 11).
- 8 Für den Fall, dass das Bundesverwaltungsgericht zur Erläuterung der Vollzugspraxis den Beizug eines Experten als notwendig erachten sollte, hat der NDB einen mit der Vollzugspraxis der Schweizer Funk- und Kabelaufklärung vertrauten Experten vorgeschlagen (Stellungnahme des NDB vom 14. September 2021). Eine Befragung von ausländischen Personen, die die Schweizer Vollzugspraxis nicht kennen, erachtet der NDB nach wie vor nicht als zielführend.

Ad Ziff. 127 f. der Schlussbemerkungen

- 9 Die Beschwerdeführenden stören sich daran, dass das System von CEA Daten mit Schweiz-Schweiz-Bezug markiert. Dieser Datenbearbeitung fehle eine gesetzliche Grundlage. Im Gesetz sei nur eine Ausscheidung von Schweiz-Schweiz-Bezug bei der Erfassung erwähnt. Gemäss den Beschwerdeführenden dürfte das System die Datenströme nur auf Kommunikation mit Auslandsbezug durchsuchen.
- 10 Art. 39 Abs. 2 NDG lautet (Hervorhebungen durch den NDB):

*«² Befindet sich sowohl der Sender als auch der Empfänger in der Schweiz, so ist **die Verwendung der erfassten Signale** nach Absatz 1 nicht zulässig. Kann der durchführende Dienst solche Signale nicht bereits bei der Erfassung ausscheiden, so sind die beschafften Daten **zu vernichten**, sobald erkannt wird, dass sie von solchen Signalen stammen.»*

Art. 42 Abs. 2 und 3 NDG lauten (Hervorhebungen durch den NDG):

*«² Er [der durchführende Dienst] leitet ausschliesslich Daten an den NDB weiter, die Informationen zu den für die Erfüllung des Auftrags definierten Suchbegriffen enthalten. Informationen über Personen im Inland leitet er nur dann an den NDB weiter, **wenn sie für das Verständnis eines Vorgangs im Ausland** notwendig sind und zuvor anonymisiert wurden.*

*³ Enthalten die Daten Informationen über Vorgänge im In- oder Ausland, **die auf eine konkrete Bedrohung der inneren Sicherheit** nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a **hinweisen**, so leitet der durchführende Dienst sie unverändert an den NDB weiter.»*

- 11 Bei der Kabelaufklärung werden bestimmte *Datenströme* auf internationalen Fernmeldekabeln *erfasst*, durchsucht, triagiert und ausgewertet (vgl. Botschaft zum NDG, S. 2178). Das CEA geht in zwei Schritten vor um die gesetzlichen Anforderungen zu erfüllen. In einem ersten Schritt werden die Erfassungen auf der «IP-Ebene», d.h. basierend auf der

IP-Adresse (Layer 3), vom System gefiltert und sämtliche Schweiz-Schweiz-Erfassungen gemäss den gesetzlichen Vorgaben in Art. 39 Abs. 2 NDG *gelöscht*. Artikel 42 Absätze 2 und 3 NDG wiederum schreiben vor, dass das CEA dem NDB Daten über Personen im Inland nur (anonymisiert oder unverändert) weiterleitet, wenn dies für das Verständnis eines Vorgangs im Ausland oder wegen einer konkreten Bedrohung der inneren Sicherheit notwendig ist. Damit die gesetzlichen Vorgaben von Art. 42 Abs. 2 und 3 NDG auch eingehalten werden, durchsucht das System in einem zweiten Schritt die Metadaten der restlichen, nicht gelöschten Erfassungen auf «Schweizbezug». Wird ein Schweizbezug festgestellt, werden die entsprechenden Daten (z.B. eine Telefonnummer mit Landeskennzahl der Schweiz) automatisch vom System markiert. So wird sichergestellt, dass die zuständigen Analysten von CEA – sollte ein Suchbegriff aus einem genehmigten Kabelaufklärungsauftrag zu einem Treffer in den markierten Daten führen – die Vorschriften in Art. 42 Abs. 2 und 3 NDG bei der Bearbeitung dieser Daten beachten (siehe dazu auch die Stellungnahme des CEA vom 10.11.2022 ad Frage 4a).

- 12 Richtigerweise halten die Beschwerdeführenden in Ziff. 128 fest, dass die Erfassung von Daten bereits eine Datenbearbeitung ist. Umso weniger kann dadurch ihrer Argumentation gefolgt werden. Bei der Umwandlung der erfassten Signale in Daten (zwecks Durchsuchung) wird *der gesamte Verkehr* auf einer Leitung eines genehmigten Providers erfasst, also bearbeitet; unabhängig davon, ob das System des CEA anschliessend Daten mit Schweiz-Schweiz-Bezug markiert und löscht, oder Daten mit Auslandsbezug herausfiltert. Der Gesetzgeber ist ebenfalls davon ausgegangen, dass bei einer Erfassung sowohl Daten mit als auch Daten ohne Schweizbezug bearbeitet werden. Entsprechend hat er in Art. 39 Abs. 2 erster Satz NDG festgehalten, dass er nur *die Verwendung* – und nicht etwa die Erfassung – von Signalen mit Empfänger und Sender in der Schweiz verbietet (vgl. auch Ziff. 20 unten).

Ad Ziff. 129 der Schlussbemerkungen

- 13 Die Beschwerdeführenden behaupten, die Bezeichnung im Gesetz des CEA als «durchführenden Dienst» deute auf eine rein exekutive Arbeitsteilung zwischen CEA und NDB hin. Bezogen auf die Grundrechtseingriffe mache es keinen Unterschied, ob der NDB oder das CEA die Bearbeitungsschritte ausführe.
- 14 Dem ist nicht so. Die Botschaft bezeichnet den durchführenden Dienst in Bezug auf die Triage der Daten als «Drittstelle» (Botschaft zum NDG, S. 2179). Gemäss den Erläuterungen zur Verordnung über den Nachrichtendienst (NDV) ist der NDB der Auftraggeber eines Kabelaufklärungsauftrages (2. Kapitel: Informationsbeschaffung, 5. Abschnitt: Kabelaufklärung). Der durchführende Dienst seinerseits stellt «durch interne Massnahmen sicher, dass die Auftragserfüllung einzig im Rahmen der vom Bundesverwaltungsgericht erteilten Genehmigung erfolgt». Darüber hinaus beschafft er «die notwendigen technischen Einrichtungen und ist Kontaktstelle zu den Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und den Anbieterinnen von Telekommunikationsdienstleistungen». Die Zuständigkeiten sind somit klar definiert und es ist für den Grundrechtseingriff entscheidend, welche Schritte der NDB und welche das CEA ausführt.

Ad Ziff. 131 der Schlussbemerkungen

- 15 Gemäss Auffassung der Beschwerdeführenden vermische der NDB die Begriffe «grenzüberschreitende Kommunikation» und «grenzüberschreitende Leitungen».
- 16 Das Faktenblatt zur Kabelaufklärung (Botschaft ND-Gesetz Kabelaufklärung, vgl. Beilage 1 (Anhang) zur Stellungnahme des NDB vom 11. November 2022) erklärt in Ziffer 4, dass nur Provider, die öffentliche Leistungen im Sinne des Fernmeldegesetzes (FMG) im «grenzüberschreitenden Verkehr» anbieten, verpflichtet werden können.
- 17 Art. 39 Abs. 1 NDG spricht von «grenzüberschreitenden Signalen» und «leitungsgebundenen Netzen» (Hervorhebung durch den NDB):
*«¹ Der NDB kann den durchführenden Dienst damit beauftragen, zur Beschaffung von Informationen über sicherheitspolitisch bedeutsame Vorgänge im Ausland (Art. 6 Abs. 1 Bst. b) sowie zur Wahrung weiterer wichtiger Landesinteressen nach Artikel 3 **grenzüberschreitende Signale** aus **leitungsgebundenen** Netzen zu erfassen.»*
- 18 Das CEA wendet grundsätzlich zwei Kriterien an, um zu bestimmen, welche Provider für eine Ausleitung der Daten in Frage kommen: Erstens muss der Provider grenzüberschreitende «Leitungen» führen, die für einen bestimmten Kabelaufklärungsauftrag relevant sein könnten und zweitens müssen über diese Leitungen «grenzüberschreitende Signale» für den in Frage kommenden Kabelaufklärungsauftrag laufen. Letzteres bestimmt sich anhand der Herkunft oder Destination der Signale auf dem Layer 3.

Ad Ziff. 133 der Schlussbemerkungen

- 19 Die Beschwerdeführenden bemängeln, dass bei der Kabelerfassung die Identität der kommunizierenden Personen und deren Aufenthaltsort im Zeitpunkt der Kommunikation regelmässig weder bekannt noch eruierbar seien. Diese Praxis des NDB führe unter anderem dazu, dass das gesetzliche Verbot der Erfassung von Schweiz-Schweiz-Kommunikation nicht eingehalten werden könne.
- 20 Die Kabelaufklärung ist ein Mittel zur Informationsbeschaffung über das Ausland und zielt auf die Aufklärung von «sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland» ab (Art. 39 Abs. 1 NDG). Entgegen den Beschwerdeführenden verbietet das Gesetz nicht die Erfassung von Schweiz-Schweiz-Kommunikation, sondern *die Verwendung einer erfassten* Schweiz-Schweiz-Kommunikation (Art. 39 Abs. 2 NDG, vgl. auch Ziff. 12 oben). Entsprechend steht in der Botschaft zum NDG: *«Absatz 2 stellt sicher, dass keine rein schweizerischen Kommunikationen erfasst werden. Wo dies technisch nicht möglich ist (z.B. kann der Leitweg von IP-Datenpaketen nicht vorausgesagt werden, auch wenn sich Absender/in und Empfänger/in in der Schweiz befinden), sind solche Daten unverzüglich zu vernichten, sobald ihre schweizerische Herkunft und Zieladresse erkannt werden. Diese Verpflichtung trifft sowohl das ZEO als auch den NDB»* (Botschaft zum NDG, S. 2179). Das Gesetz hält den Zeitpunkt der Vernichtung der Daten fest: Erfasste Daten müssen vernichtet werden, *sobald* sie als eine Schweiz-Schweiz-Kommunikation erkannt werden (Art. 39 Abs. 2 zweiter Satz NDG).

Ad Ziff. 135 f. der Schlussbemerkungen

- 21 In Ziff. 136 fordern die Beschwerdeführenden, der NDB müsse sicherstellen, dass vom Berufsgeheimnis oder journalistischen Quellenschutz betroffene Kommunikation gar nicht erst erfasst werde.
- 22 Diese Forderung ist in der Praxis für den NDB (und auch für andere Staaten) nicht umsetzbar und entspricht auch nicht den gesetzlichen Vorgaben und schon gar nicht der ratio legis. Diese Forderung würde dazu führen, dass der NDB keine Funk- und Kabelaufklärung mehr betreiben könnte. Dies, obwohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte im Grundsatz die Zulässigkeit der staatlichen Kabelaufklärung als Mittel für die Beschaffung von Informationen über das Ausland bejaht hat. Es überrascht daher auch nicht, dass die Beschwerdeführenden ihre Forderung nicht weiter begründen und auch keine Lösungsvorschläge aufzeigen.

Ad Ziff. 138 ff. der Schlussbemerkungen

- 23 Erneut rügen die Beschwerdeführenden eine Verletzung des rechtlichen Gehörs und des Anspruchs auf eine effektive Beschwerde. Der NDB und CEA würden versuchen, sie in eine Situation zu bringen, in der sie sich nicht effektiv und substantiell gegen deren Vorbringen wehren könnten.
- 24 Die Kabelaufklärung ist eine von mehreren gesetzlich vorgesehenen Informationsbeschaffungsmassnahmen des NDB. Details dieser Informationsbeschaffungsmassnahme sind der Öffentlichkeit aus Geheimhaltungsgründen nicht zugänglich (vgl. auch Art. 67 NDG). Aus den gleichen Gründen ist auch das Akteneinsichtsrecht der Beschwerdeführenden eingeschränkt. Trotz dieser (gesetzlich vorgesehenen) Einschränkungen haben die Beschwerdeführenden im laufenden Verfahren diverse Stellungnahmen eingereicht. Sie haben die Ausführungen des NDB und des CEA substantiiert bestreiten können. Alleine die Schlussbemerkungen der Beschwerdeführenden umfassen 38 Seiten und setzen sich intensiv mit den Stellungnahmen des NDB und CEA auseinander. Eine Verletzung ihrer Rechte ist nicht ersichtlich.

Ad Ziff. 143 ff. der Schlussbemerkungen

- 25 Die Beschwerdeführenden möchten dem Bundesverwaltungsgericht erneut vorschreiben, was es jetzt noch zu tun habe. Der NDB verweist hierzu auf seine Stellungnahme vom 12. April 2024, Ziff. 7 und 8.

Ad Ziff. 148 der Schlussbemerkungen

- 26 In Ziff. 148 ihrer Schlussbemerkungen stellen die Beschwerdeführenden neue Anträge für das weitere Verfahren. Der NDB nimmt dazu wie folgt Stellung:
- 27 Der NDB lehnt den Antrag 1 ab. Zum eingeschränkten Akteneinsichtsrecht hat sich der NDB bereits mehrfach geäußert und er verweist auf seine bisherigen Ausführungen (bspw. Stellungnahme vom 11. Juli 2023 Ziff. 16-22 und 69-71).

- 28 Auch den Antrag 2 lehnt der NDB ab. Die Beschwerdeführenden konnten bereits Fragen stellen und sich äussern, ihre Parteirechte wurden gewahrt. Aus Sicht des NDB wären weitere Zusatzfragen der Beschwerdeführenden für die Beurteilung der Rechtmässigkeit der Funk- und Kabelaufklärung nicht zielführend.
- 29 Zum Antrag 3 verweist der NDB auf seine Ausführungen in Ziff. 8 sowie auf seinen Beweis- antrag in seiner Stellungnahme vom 14. September 2021 (Befragung eines vom NDB be- zeichneten Experten), falls das Gericht einen Beizug eines Experten als notwendig erach- tet.

c. Ad Ziff. 4 des Dispositivs

- 30 Im Dispositiv Ziff. 4 der Verfügung vom 12. März 2025 möchte das Bundesverwaltungsge- richt wissen, ob der NDB und/oder das CEA in der Lage seien, verschlüsselte E-Mail-Kom- munikation zu entschlüsseln.
- 31 Eine allfällige Entschlüsselung von Signalen oder Daten im Rahmen der Kabelaufklärung findet nie beim NDB, sondern beim CEA statt. Daher verweist der NDB auch hier auf die zu erwartende Stellungnahme des CEA.

Abschliessend möchte der NDB nochmals Folgendes festhalten: Die Funk- und Kabelaufklä- rung sind nachrichtendienstlich bedeutsame und unabhängige Mittel zur Informationsbeschaf- fung zu sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland. Sie sind für die Arbeit des NDB nicht mit anderen Aufklärungsmitteln ersetzbar, sondern vielmehr komplementär dazu. Gleichzeitig wird die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung ständig von den zuständigen Auf- sichtsbehörden, insbesondere der UKI, sehr eng beaufsichtigt. Zudem überprüft das Bundes- verwaltungsgericht bei jeder Verlängerung der laufenden Kabelaufklärungsaufträge – die der NDB für höchstens drei Monate beantragen kann – erneut die Notwendigkeit und Verhältnis- mässigkeit des Einsatzes der Kabelaufklärung für die Auftragserfüllung des NDB zugunsten der Sicherheit der Schweiz (Art. 41 NDG).

Wir ersuchen Sie, sehr geehrter Instruktionsrichter Misic, sehr geehrte Damen Bundesverwal- tungsrichterinnen und Herren Bundesverwaltungsrichter, um die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse
Nachrichtendienst des Bundes NDB



Christian Dussey
Direktor NDB