

Zürich, 25. März 2020

Einschreiben

I. öffentlich-rechtliche Abteilung
Bundesgericht
Mon Repos

1000 Lausanne 14

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, B., C., D., E., F., G., H., /
Nachrichtendienst des Bundes NDB
1C_377/2019**

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

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist die Praxis des Beschwerdegegners zur Erfassung und Bearbeitung von personenbezogenen Daten sowie zur Auskunft über solche Daten thematisiert worden. In der Stellungnahme vom 11. September 2019 haben die BeschwerdeführerInnen darauf hingewiesen, dass sich die GPDel mit der Informationsbeschaffung des Beschwerdegegners und auch mit dessen Praxis zur Auskunftserteilung befasst, und haben – nachdem der Beschwerdegegner auf der Relevanz der bestehenden Auskunftsrechte insistiert – beantragt, dass der Beschwerdegegner verpflichtet wird, seine Auskunftspraxis akkurat und nachvollziehbar darzulegen, und dass die Ergebnisse der erwähnten Untersuchungen der GPDel in dem im vorliegenden Fall zu fällenden Urteil berücksichtigt werden (vgl. insb. Ziff. 5. der Stellungnahme vom 11. September 2019).

Die Ergebnisse der genannten Untersuchungen der GPDel sind mit dem Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, Auszug des Kapitels 4.9, (im Folgenden: Jahresbericht GPDel, **Beilage 1**) publiziert worden. Es ergeben sich daraus für das vorliegende Beschwerdeverfahren folgende Erkenntnisse:

1. Der Jahresbericht GPDel arbeitet insbesondere folgende Befunde zur rechtlichen Situation und zur Praxis des Beschwerdegegners heraus:

- a) Die Erfassung und Bearbeitung von personenbezogenen Daten durch den Beschwerdegegner hat die im NDG enthaltenen Schranken zu beachten (vgl. Ziff. 4.9.1 und 4.9.2 des Jahresberichts GPDel).

So verbietet Art. 5 Abs. 5 NDG die Beschaffung und Bearbeitung von Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz. Ausnahmsweise können Daten nach Art. 5 Abs. 5 NDG beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass eine Person oder Organisation ihre Rechte ausübt, um terroristische, verbotene nachrichtendienstliche oder gewalttätig-extremistische Tätigkeiten vorzubereiten oder durchzuführen (Art. 5 Abs. 6 NDG), sowie wenn die Beschaffung und Bearbeitung zur Beurteilung von Bedrohungen notwendig ist, welche von Organisationen und Gruppierungen ausgehen, welche auf der Beobachtungsliste nach Art. 72 NDG figurieren.

Weiter muss die Datenbearbeitung mit den Aufgaben des Beschwerdegegners nach Art. 6 NDG vereinbar sein. Die zulässige Bearbeitung von Daten durch den Beschwerdegegner setzt damit voraus, dass sie der Informationsbeschaffung und -bearbeitung mit Bezug auf eine der in Art. 6 NDG genannten Aufgaben dient.

- b) Seit mehreren Jahren besteht die Möglichkeit einer Freitextsuche in den Informations- und Speichersystemen des NDB. Die GPDel hatte dem Beschwerdegegner im Zusammenhang mit der Einführung dieser Suchmöglichkeit mit Schreiben vom 4. November 2015 mitgeteilt, dass Meldungen, für welche die Schranken von Artikel 3 BWIS gelten, nicht für eine Freitextsuche zugänglich sein dürften. Alle Informationen, welche mittels Freitextsuche auffindbar sind, gelten von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen». Diese Auslegung wurde explizit durch ein Gutachten des Bundesamtes für Justiz (BJ) vom 2. Juni 2009 über Artikel 3 BWIS gestützt. Dieselbe Auslegung vertrat auch das Bundesverwaltungsgericht in einem Schreiben an den Beschwerdegegner in einem Verfahren um Überprüfung der Mitteilung des EDÖB nach Art. 65 NDG im August 2018 in einem Einzelfall. Das Gericht geht von einer personenbezogenen Erschliessung aus, wenn der Bearbeiter die zu einer bestimmten Person gehörenden Personendaten mit vernünftigen Aufwand findet, worunter auch eine Volltextsuche fällt. Aus einem weiteren Gutachten des BJ vom 21. September 2015, welches die GPDel im Zusammenhang mit ihren Abklärungen zur Freitextsuche einholte, ging zudem hervor, dass das Auskunftsrecht und die Datenlöschung im Rahmen der Qualitätskontrolle auch für Personendaten gelten, die mittels Freitextsuche auffindbar sind. Die damals in Art. 3 BWIS enthaltenen Schranken gelten aufgrund von Art. 5 NDG nun für alle Informationssysteme des NDB, worauf der

Beschwerdegegner von der GPDel mit Schreiben vom 27. Oktober 2016 hingewiesen wurde (vgl. Ziff. 4.9.2 und 4.9.3 des Jahresberichts GPDel).

- c) Das VBS hat der Auslegung, dass alle Informationen, welche mittels Freitextsuche auffindbar sind, als «personenbezogen erschlossen» gelten, widersprochen und hat eine abermalige Beurteilung der rechtlichen Lage durch das BJ verlangt. Das BJ hat sich daraufhin – wie sich der Berichterstattung der GPK-N/S und GPDel zum Jahresbericht 2020 durch SR Philippe Bauer am 5. März 2020 entnehmen lässt (**Beilage 2**) – der rechtlichen Beurteilung der GPDel in seinem Gutachten angeschlossen.
- d) Der Jahresbericht GPDel hält fest, dass sich der Beschwerdegegner nicht an die dargelegten Schranken hält. Effektiv hat der Beschwerdegegner eine sehr grosse Menge von Informationen aus verschiedenen Quellen erfasst, einschliesslich der darin erwähnten Personen und Organisationen.

Gesetzeswidrig gespeichert und teilweise auch aktiv weiter bearbeitet sind u.a. (vgl. Ziff. 4.9.2 des Jahresberichts GPDel sowie die Medienberichterstattung zu einzelnen Fällen, insb.):

- Millionen von Medienartikeln;
- Texte aus Internetseiten;
- Vernehmlassungen und Ähnliches von Organisationen;
- Demonstrationsaufrufe, Facebook-Likes zu Demonstrationen und dergleichen
- Meldungen aus verschiedenen Quellen, insb. Meldungen des Bundessicherheitsdienstes (BSD), welche sich u.a. auf Aktivitäten und Treffen von Parlamentarierinnen und Parlamentariern des Bundes mit Personen und Organisationen bezogen;
- Daten zu kurdisch-stämmige Politikerinnen und Politiker im Zusammenhang mit den Basler Grossratswahlen von 2004 (diese Daten hatte die GPDel im Rahmen ihrer ISIS-Inspektion 2008 - 2010 thematisiert; sie hätten schon längst gelöscht werden müssen, waren jedoch immer noch auffindbar).

Es sei dazu auf Ziff. 4.9.2 des Jahresberichts GPDel verwiesen sowie auf die Medienberichterstattung zu einzelnen Fällen, insb.:

- Artikel der Aargauer Zeitung vom 25. September 2019: <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/neue-fichen-ffaere-im-bundeshaus-auch-sp-mann-wermuth-findet-heikle-eintraege-135676377> (**Beilage 3**);
- Artikel von Watson vom 23. Mai 2019: <https://www.watson.ch/schweiz/basel/482522120->

ueberwachung-der-ndb-ueberwacht-berner-und-basler-linke
(**Beilage 4**);

- Artikel der WoZ vom 23. Mai 2019: <https://www.woz.ch/-9bc3>
(**Beilage 5**);
- Artikel der WoZ vom 30. Mai 2019: <https://www.woz.ch/-9c18>
(**Beilage 6**);
- Artikel in der Basler Zeitung vom 23. Mai 2019:
<https://www.bazonline.ch/schweiz/standard/linksgruene-parteien-kritisieren-ueberwachung-durch-den-ndb/story/10040463> (**Beilage 7**);
- Artikel in Der Bund vom 23. Mai 2019:
<https://www.derbund.ch/bern/berner-linke-werden-vom-bund-ueberwacht/story/25306830> (**Beilage 8**);
- Artikel in der NZZ vom 30. Januar 2020:
<https://www.nzz.ch/schweiz/nachrichtendienst-verstoest-beim-datensammeln-gegen-das-gesetz-ld.1537466?reduced=true>
(**Beilage 9**);
- Artikel in der WoZ vom 6. Februar 2020: <https://www.woz.ch/-a57c> (**Beilage 10**).

- e) Die GPDel macht in Bezug auf das Datenauskunftsrecht verschiedene grundlegende Probleme aus (vgl. Ziff. 4.9.4 des Jahresberichts GPDel). Die GPDel moniert kurz zusammengefasst, dass die für sechs Informationssysteme des NDB geltende Möglichkeit des Aufschubs der Auskunft (Art. 63 Abs. 2 bis 5 NDG) – welche auf das ursprüngliche Auskunftsverfahren nach Artikel 8 BPI für das System JANUS der Bundeskriminalpolizei (BKP) zurückgeht – zu Unebenheiten und nicht zu rechtfertigenden Ergebnissen führt. Die Probleme rühren insbesondere daher, dass die maximale Aufbewahrungsdauer je nach System unterschiedlich ist und dass personenbezogene Daten in diesen Systemen auch mittels Freitextsuche gefunden werden können. Der Aufschub einer Auskunft zielt eigentlich darauf ab, spezifische Informationen, deren Geheimhaltung für die Funktionsweise des Beschwerdegegners wichtig ist, zu schützen. Der Aufschub betrifft dann allerdings nicht nur eine spezifische sensible Information, sondern auch alle anderen Informationen zum betroffenen Gesuchsteller, die in den übrigen fünf Informationssystemen enthalten sind, wobei die Daten, welche in den entsprechenden Informationssystemen gespeichert sind, sehr heterogen sind. Zudem finden sich in den Informationssystemen Daten, welche keinen Bezug zum eigentlichen Zweck des betreffenden Informationssystems haben. Dies dürfte Folge der geschilderten überbordenden Speicherung von Daten ohne Bezug zu den Aufgabenbereichen des NDB sein. Davon betroffen sind auch die Informationssysteme, für welche ein Aufschub der Auskunft möglich ist. So finden sich viele der fälschlicherweise gespeicherten Daten wie Medienartikel und Vernehmlassungen in den Informationssystemen IASA NDB und IASA-GEX NDB.

- f) In ihrer Beurteilung der Auskunftserteilung durch den Beschwerdegegner hält die GPDel fest, dass diese in einigen Fällen materiell bzw. formell nicht korrekt gehandhabt worden ist. Moniert wird u.a., dass es der Beschwerdegegner bei der Auskunft gemäss DSG unterliess, Angaben zum Zweck der Datenbearbeitung und zu den Kategorien der Empfänger dieser Daten zu machen und dass die Herkunft der Daten nur teilweise angegeben wurde (vgl. Ziff. 4.9.5 des Jahresberichts GPDel). Dass die Auskunft über die vom Beschwerdegegner gespeicherten Daten teilweise dem DSG untersteht und teilweise davon abweichenden Vorschriften im NDG, schafft in der Praxis offensichtlich Probleme. Gleichzeitig zeigen die Überlegungen, welche die GPDel in diesem Zusammenhang anstellt, dass die im Gesetz vorgesehenen Möglichkeiten des Aufschubs der Auskunftsergebnisse zeitigen können, welche aus der Perspektive des Anspruchs auf Datenauskunft und der damit verbundenen Grundrechte nicht zu rechtfertigen sind. So konstatiert die GPDel in Bezug auf die Auskunft, welche einer Nationalrätin erteilt worden ist, dass die Auskunft in Bezug auf drei Dokumente aus IASA NDG gestützt auf Art. 63 Abs. 2 NDG gänzlich hätte aufgeschoben werden müssen statt, wie der Beschwerdegegner dies getan hat, eingeschränkt über diese Dokumente Auskunft zu geben.
- g) Die GPDel hat festgestellt, dass mit einer Suche in den Informationssystemen des NDB nicht zuverlässig alle relevanten Informationen zur betreffende Person bzw. Organisation ausfindig gemacht werden können. Die Ursache für dieses Problem liege darin, dass ein immer kleinerer Anteil der Personendaten über ein Datenbankobjekt erschlossen sei und der Beschwerdegegner sich für den Zugriff auf die von ihm gespeicherten Personendaten zunehmend auf die Freitextsuche abstütze. Es liege in der Natur der Freitextsuche, dass die Vollständigkeit ihrer Resultate nicht wirklich gewährleistet werden könne. Die GPDel hob noch einmal hervor, dass sie den Beschwerdegegner auf die Notwendigkeit, dass das Auskunftsrecht auch nach der Einführung der Freitextsuche gewährleistet sein müsse, hatte bereits am 4. November 2015 schriftlich hingewiesen hatte (Ziff. 4.9.6 des Jahresberichts der GPDel).
- h) Die GPDel hat der Vorsteherin des VBS insgesamt sechs Sofortmassnahmen und fünf Massnahmen vorgeschlagen. Diese betreffen vor allen Dingen die Einhaltung der Voraussetzungen nach Art. 5 und 6 NDG.

Die GPDel gelangt zum Schluss, dass der Beschwerdegegner zurzeit nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. Bei einem grossen Teil der Daten sei nie darauf überprüft worden, ob die Schranken von Artikel 5 NDG verletzt worden sind. Im System IASA NDB hätten

sich rund 7.7 Mio. Dokumente angesammelt, die ausschliesslich über die Freitextsuche auffindbar seien und während 15 Jahren aufbewahrt werden könnten, ohne dass sie in diesem Zeitraum einer Qualitätskontrolle unterzogen werden müssten.

Die GPDel schlägt vor, dass sich der Beschwerdegegner einen Überblick über die Datenqualität in jedem Informationssystem bezüglich der Vorgaben von Art. 5 und 6 NDG verschafft und Massnahmen und Prioritäten für ihre Bereinigung vorschlägt. De lege ferenda schlägt die GPDel die Prüfung eines neuen Datenhaltungskonzepts vor, in welchem der Zweck der Informationssysteme, die Regeln für den Datentransfer zwischen den Systemen und die Anwendbarkeit der Schranken von Artikel 5 NDG für einzelne Systeme in Verbindung mit spezifischen Löschrufen neu austariert würden, wobei der grundlegende Zweck der Schranken von Art. 5 NDG nicht zur Disposition stehen sollte (Ziff. 4.9.7 des Jahresberichts der GPDel).

- i) Bezüglich der Beantwortung von Auskunftsgesuchen durch den Beschwerdegegner sieht die GPDel ebenfalls Handlungsbedarf und fordert, dass das VBS eine Reihe von Massnahmen anordnet, um den festgestellten Mängeln zu begegnen (Ziff. 4.9.8 des Jahresberichts der GPDel).
2. Der Bericht der GPDel unterstreicht, dass das Auskunftsrecht nach DSGVO in Kombination mit den spezifischen Vorschriften des NDG – Art. 63 Abs. 2 NDG und das daran anschliessende Prozedere (Art. 63 Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 5, Art. 64, Art. 65 und Art. 66 NDG) – keine effektive Beschwerde i.S.v. Art. 13 EMRK darstellt mit Bezug auf die geltend gemachten Grundrechtsverletzungen, welche aus der Funk- und Kabelaufklärung resultieren. Der Bericht der GPDel macht deutlich, dass es diesbezüglich insbesondere an Folgendem gebricht:
 3. Die Möglichkeit des Aufschubs kann zusammen mit der Aufbewahrungsdauer der betreffenden Daten dazu führen, dass die Auskunft um 5 bis 45 Jahre aufgeschoben wird (vgl. Ziff. 4.9.4 des Jahresberichts der GPDel). Berücksichtigt man zudem die Praxis, die jeweilige Aufbewahrungsdauer von vorn beginnen zu lassen, sobald neue Daten zu den vorhandenen Daten hinzukommen, ist ein Ende des Aufschubs der Auskunft unter Umständen nicht absehbar. Hinzu kommt, dass – wie die GPDel darlegt – der Aufschub mitunter nicht nur spezifische sensible Informationen, sondern auch andere bzw. allenfalls alle Daten mit Bezug auf die gesuchstellende Person betreffen kann (vgl. Ziff. 4.9.4 des Jahresberichts der GPDel). Wenn die Möglichkeit des Aufschubs der Auskunft zu einer Zeitdauer von mehreren Jahren führen kann, während derer auf das mit dem Auskunftsgesuch verbundene Anliegen materielle nicht eingegangen wird, so kann man jedenfalls nicht von einer wirksamen Beschwerde sprechen.

4. Der Beschwerdegegner hält bei seiner Praxis zur Auskunftserteilung teilweise die gesetzlichen Vorgaben nicht ein. Insbesondere werden bei Erteilung der Datenauskunft nach DSGVO keine Angaben zum Zweck der Datenbearbeitung und zu den Kategorien der Empfänger dieser Daten gemacht und die Herkunft der Daten wird nur teilweise angegeben.
5. Die GPDel hat festgestellt, dass der Beschwerdegegner Daten speichert, für deren Speicherung er über keine gesetzliche Grundlagen verfügt, und dass er teilweise Daten, welche er löschen müsste, nicht gelöscht hat. Die GPDel kommt zum Schluss, dass der NDB zurzeit nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden (Ziff. 4.9.7 des Jahresberichts der GPDel).
6. Dies wiegt umso schwerer, als die GPDel schon das letzte Mal, als sie sich vertieft mit der Datenhaltung des Beschwerdegegners (bzw. der Vorgängerorganisation DAP) befasste, massive Mängel feststellen musste: Im Bericht Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010, Ziff. 3.2 (BBl 2010 7665) stellte die GPDel fest, dass der DAP jahrelang eingehende Meldungen in der Datenbank ISIS erfasst hatte, ohne jeweils vorher zu klären, ob es einen zureichenden Grund für die Speicherung der gemeldeten Daten gab, und dass die vorgesehene Überprüfungen der Relevanz der gespeicherten Daten unterblieben. Die GPDel versuchte den DAP während mehrerer Jahre vergeblich dahingehend zu bewegen, die fälschlicherweise erfassten Daten zu löschen und zu einer gesetzeskonformen Erfassung und Überprüfung der Daten überzugehen (dabei spielten einerseits Informatik-Probleme eine Rolle, aber auch eine falsche Prioritätensetzung, welche zu Lasten der Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben ging, und unvollständige und irreführende Angaben des DAP gegenüber der GPDel zu den Fortschritten der Bemühungen zur Wiederherstellung gesetzeskonformer Zustände). Zudem erwähnte die GPDel in ihrem Bericht eine Reihe von Fällen, auf die sie gestossen war, in denen Personen im ISIS erfasst wurden, ohne dass dafür ein zureichender Grund bestanden hätte. Es handelte sich um politisch aktive Personen, darunter die im jetzigen Jahresbericht GPDel erwähnten kurdischstämmige Politikerinnen und Politiker, welche im Jahr 2004 in den Grossen Rat des Kantons Basel Stadt gewählt worden waren. Im Ergebnis ist zu konstatieren, dass bei jeder vertieften Überprüfung der Datenhaltung des Beschwerdegegners gravierende Mängel und eine gesetzeswidrige Praxis haben festgestellt werden müssen.
7. Die Effektivität der Datenauskunft an sich hängt davon ab, wie zuverlässig die Suche nach personenbezogenen Daten in den Informationssystemen des NDB funktioniert. Wie die GPDel, das BJ und das Bundesverwaltungsgericht richtig festgehalten haben, ist immer dann von einer personenbezogenen Bearbeitung von Daten auszugehen und besteht das Recht auf Datenauskunft demnach immer dann, wenn der Name einer Person in einem Informationssystem des NDB vorkommt, unabhängig davon, ob diese Person bzw. Organisation effektives Zielobjekt des Beschwerde-

gegners ist oder ob der Name irgendwie sonst erfasst wird ohne bewussten oder spezifischen Bezug zur betreffenden Person oder Organisation. Gerade in den Fällen, in denen eine Person oder Organisation nicht Zielobjekt oder dergleichen des Beschwerdegegners ist, muss der Beschwerdegegner bei der Erteilung der Datenauskunft die Freitextsuche in Anspruch nehmen.

Der Jahresbericht der GPDel macht deutlich, dass die Freitextsuche nicht zuverlässig zu funktionieren vermag. Dies ist auch nicht weiter erstaunlich. So ist damit zu rechnen, dass eine Person oder Organisation unter Umständen nicht mit dem korrekten Begriff oder in der korrekten Schreibweise abgespeichert ist. Völlig zu Recht hält die GPDel fest, dass es in der Natur der Freitextsuche liegt, dass die Vollständigkeit ihrer Resultate nicht wirklich gewährleistet werden kann. Das bedeutet aber, dass ein Datenauskunftsgesuch die Überprüfung, ob über eine Person oder Organisation Daten gespeichert sind, unter Umständen nicht wirksam anzustossen vermag. Die gewünschte Überprüfung muss scheitern, soweit Daten in Bezug auf die gesuchstellende Person bzw. Organisation vorhanden sind, dies aber mittels der Freitextsuche nicht oder nicht vollständig festgestellt werden kann.

8. Das Problem ist noch deutlich grösser, wenn es um das Auffinden und Zuordnen von Daten geht, welche aus der Funk- und Kabelaufklärung stammen. In diesem Zusammenhang können Daten gesammelt und bearbeitet werden, welche sich auf eine konkrete Person oder Organisation beziehen und welche somit personenbezogene Daten sind, bei denen aber dem Beschwerdegegner (noch) nicht klar ist, welcher Person oder Organisation diese effektiv zuzuordnen sind (die Botschaft spricht in diesem Zusammenhang von einer von der Aufklärungsmassnahme betroffenen Person [Botschaft zum NDG [BBl 2014 2105], 2178], was impliziert, dass es sich um personenbezogene Daten handelt). In vielen Fällen wird der Beschwerdegegner hier nicht über wirklichen Namen verfügen, sondern nur über einen Kurz- oder Übernamen, einen Benutzernamen oder ein Benutzerkonto, eine IP-Adresse oder dergleichen, und deshalb die betroffene Person bzw. Organisation fürs Erste nicht identifizieren können, ungeachtet des Umstands, dass sie diese erfasst und gespeichert hat und weiter bearbeitet. Damit ist bei Daten, welche aus der Funk- und Kabelaufklärung gewonnen worden sind, noch mehr damit zu rechnen, dass vorhandene Daten nicht im Ergebnis auftauchen, wenn aufgrund eines Datenauskunftsgesuch der betroffenen Person oder Organisation eine Freitextsuche durchgeführt wird.

Soweit wie im Beschwerdeverfahren dargelegt Daten erfasst und bearbeitet werden, ohne dass diese in den im NDG aufgeführten Informationssystemen abgelegt werden, es sich aber dennoch um personenbezogene Daten handelt, weil sie an sich einer bestimmten Person oder Organisation zuordenbar sind, vermag eine Freitextsuche in diesen Systemen ohnehin nicht zu einem Treffer zu führen. Nichtsdestotrotz liegt wie im

Beschwerdeverfahren dargelegt eine Erfassung und Bearbeitung von personenbezogenen Daten vor. Aus der Perspektive der betroffenen Personen liegt eine Überwachung und Erfassung des sie betreffenden Datenverkehrs vor, wenn Datenströme von der Funk- und Kabelaufklärung erfasst sind, welcher sie betreffende Daten enthält, und damit ein Eingriff in ihre Grundrechte.

9. Ein Datenauskunftsbegehren vermag damit nicht als wirksames Rechtsmittel in Bezug auf die mit der Funk- und Kabelaufklärung verbundenen Grundrechtseingriffe zu dienen bzw. ein solches Rechtsmittel nicht zu ersetzen. Dies gilt auch dann, wenn im konkreten Fall Auskunft nach DSGVO erteilt wird, ohne dass der Beschwerdegegner einen Grund für den Aufschub nach Art. 63 Abs. 2 NDG anruft, denn die Durchführung einer Auskunftserteilung nach DSGVO vermag wie dargelegt nicht zu gewährleisten, dass die betroffene Person effektiv zureichend Auskunft über die sie betreffenden Daten erhält.
10. Wird die Auskunft entsprechend Art. 63 Abs. 2 NDG aufgeschoben, so entspricht das daran anschliessende Prozedere des sog. indirekten Auskunftsrechts wie von den BeschwerdeführerInnen dargelegt (vgl. insb. Beschwerdeschrift vom 8. Juli 2019, Ziff. I.23. ff., Ziff. I.44.) keinem effektiven Rechtsmittel i.S.v. Art. 13 EMRK. Die vorgesehene Möglichkeit der Prüfung durch den EDÖB und das Bundesverwaltungsgericht bezüglich der Rechtmässigkeit der Bearbeitung vermag ein Rechtsmittelverfahren, in welches die betroffene Person mit entsprechenden Parteirechten involviert ist, in der ihr das Ergebnis der Prüfung im Einzelnen zur Kenntnis gebracht wird, in der sie Argumente vortragen und Anträge stellen kann (auch zum angenommenen Sachverhalt) nicht zu ersetzen.

In der Literatur wird in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass eine wirksame Beschwerde i.S.v. Art. 13 EMRK voraussetzt, dass die Behörde im Falle einer erfolgreichen Beschwerde die Konventionsverletzung feststellen kann. Es ist nicht mit Art. 13 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV vereinbar, dass der Aufschub der Auskunft in keiner Weise begründet werden muss. Die gesetzliche vorgesehene Möglichkeit des Aufschubs der Auskunft stellt gewissermassen eine unwiderlegbare Vermutung zugunsten des Geheimhaltungsinteresses dar. Eine Abwägung zwischen dem Interesse an der Geheimhaltung und dem Interesse der betroffenen Person an einer Begründung des Entscheids findet nicht statt. Wenn nun bei einem objektiven Kontrollmechanismus, der eine starke Einschränkung der Rechtsweggarantie kompensieren soll, derart starke Zugeständnisse an das Geheimhaltungsinteresse gemacht werden, dass keine Güterabwägung stattfinden kann, so ist dies unverhältnismässig. Bei der Durchführung des Verfahrens des indirekten Auskunftsrechts gelangt es der betroffenen Person aufgrund der apodiktischen gesetzlichen Regelung nicht zur Kenntnis, wenn die überprüfende Behörde zum Ergebnis gelangt ist, dass ihre Grundrechte verletzt worden sind. Dies ist nicht mit Art. 13 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV vereinbar (vgl. MEYER-LADEWIG, Handkommentar EMRK, Art.

13 Rz. 10; AILEEN KREYDEN, Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz, Zürich 2017, S. 36 f. m.w.H.). Festzuhalten bleibt noch, dass gemäss Wortlaut und Systematik des Gesetzes keine nachträgliche Mitteilung erfolgt, wenn eine Person von der Funk- und Kabelaufklärung betroffen ist. In der Botschaft wird dies bekräftigt und hervorgehoben, die Funk- und Kabelaufklärung sei nicht auf die Überwachung von Fernmeldeanschlüssen von Personen ausgerichtet, sondern auf die Aufklärung sicherheitspolitisch bedeutsamer Informationen aus dem Ausland. Gleichzeitig spricht die Botschaft allerdings an anderer Stelle im Zusammenhang mit der Kabelaufklärung von einer von der Aufklärungsmassnahme betroffenen Person und führt aus, bei der Funkaufklärung sei ein Beschwerdeverfahren durch die von der Aufklärungsmassnahme betroffenen Personen nicht möglich (vgl. KREYDEN, a.a.O., S. 40, Botschaft zum NDG [BBl 2014 2105], 2171 und 2178), was ebenfalls gegen die Annahme spricht, dass den Betroffenen eine den Anforderungen von Art. 13 EMRK und Art. 29 Abs. 2 BV entsprechende Beschwerdemöglichkeit zur Verfügung steht.

11. Bei der Frage, ob die Regelung des Auskunftsrechts und weitere Schutzmechanismen vor der EMRK und der BV standhalten, ist insb. massgebend, ob die betroffene Person damit rechnen kann, Auskunft über die sie betreffenden Daten zu erhalten, und – gegebenenfalls – innert welcher Zeit. Der Jahresbericht GPDel bestätigt die diesbezüglichen Feststellungen der BeschwerdeführerInnen (vgl. Ziff. 1.26 ff. der Beschwerdeschrift), dass der Aufschub der Auskunft dazu führen kann, dass die betroffene Person die Auskunft über die sie betreffenden Daten wenn überhaupt nur mit grosser zeitlicher Verzögerung erhält. Wie dargelegt zeigt die GPDel in ihrem Bericht auf, dass die gesetzlich vorgesehenen Aufbewahrungsfristen für nachrichtendienstliche Daten zu einem Aufschub der Auskunft für 5 bis 45 Jahre führen können; effektiv ist die Dauer des Aufschubs aufgrund der Praxis, die jeweilige Aufbewahrungsdauer von Neuem beginnen zu lassen, wenn weitere Daten hinzukommen, nicht abzuschätzen. Angesichts dessen kann nicht ernsthaft gesagt werden, es bestünde insoweit ein effektives Rechtsmittel. Die Kenntnis über allfällige über einem gespeicherte Daten ist ein unerlässliches Element, wenn eine Person Grundrechtsverletzungen im Zusammenhang mit der Erfassung und Speicherung von Daten durch den Beschwerdegegner geltend machen will. Erhält die betroffene Person die Auskunft über die gespeicherten Daten unter Umständen erst mit Aufschub von 5 bis 45 Jahren oder gar nie, so kann in der so allenfalls erteilten Auskunft kein effektives Rechtsmittel erblickt werden. Dasselbe gilt für die Möglichkeit eines rechtlichen Vorgehens der betroffenen Person, welche sich ihr allenfalls nach erteilter Auskunft eröffnet.
12. Die BeschwerdeführerInnen haben auf die grundsätzliche Problematik hingewiesen, dass der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine Heimlichkeit inne wohnt. Für die Rechtsunterworfenen ergibt sich nicht mit hinreichender Deutlichkeit, dass und in wie weit sie von nachrichtendienstlichen Massnahmen und insbesondere von der Funk- und Kabelaufklärung tangiert

sind. Die Funk- und Kabelaufklärung verfügt damit nicht über eine zureichende gesetzliche Grundlage (Ziff. II.D.4. ff. der Beschwerdeschrift).

13. Die mangelnde Klarheit und Vorhersehbarkeit der nachrichtendienstlichen Datenerfassungs- und Bearbeitungspraxis widerspiegelt sich auch im Jahresbericht der GPDel: Der Beschwerdegegner hat in grosser Zahl Dokumente gespeichert, welche nach der fundierten Auffassung der GPDel nicht hätten gespeichert werden dürfen. Daten mit Bezug auf von kurdisch-stämmigen Politiker, welche im Zuge der ISIS-Inspektion 2008 - 2010 hätten gelöscht werden müssen, waren immer noch auffindbar. Ob der Beschwerdegegner nun entsprechend der Auffassung der GPDel verfahren und die vorgeschlagenen Massnahmen und Empfehlungen effektiv umsetzen wird, erscheint als offen, zumal der Beschwerdegegner und das VBS die bisherige Praxis teilweise verteidigt und die Auffassung der GPDel abgelehnt haben. So beharrt der Beschwerdegegner darauf, Daten würden nur dann als personenbezogen gelten, wenn sie in den Datenbanken mit einer Person verknüpft seien und nicht, wenn sie über die Freitextsuche auffindbar sind (dies ungeachtet des Umstandes, dass, wie die GPDel festhält [Ziff. 4.9.6 des Jahresberichts der GPDel], sich der Beschwerdegegner für den Zugriff auf die von ihm gespeicherten Personendaten zunehmend auf die Freitextsuche abstützt, die hier ins Feld geführte Verknüpfung mit einer Person also in der Praxis eine schwindende Rolle spielt). Auch versuchte der Beschwerdegegner, die Erfassung von Daten mit Bezug auf Kundgebungen mit der Begründung zu verteidigen, solche Informationen würden dann bearbeitet, sofern an einer Kundgebung Gewalt ausgeübt oder zur Gewalt aufgerufen worden sei, wobei sich aber aus erteilten Auskünften ergibt, dass erstens Kundgebungen erfasst worden sind, bei denen weder Gewalt ausgeübt noch zur Gewalt aufgerufen worden ist, und zweitens Personen und Organisationen erfasst worden sind, denen eindeutig nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, sie hätten Gewalt ausgeübt oder zur Gewalt aufgerufen (vgl. Ziff. 4.9.9 des Jahresberichts der GPDel; Artikel der NZZ vom 30. Januar 2020: <https://www.nzz.ch/schweiz/nachrichtendienst-verstoestst-beim-datensammeln-gegen-das-gesetz-ld.1537466?reduced=true> [Beilage 9]; Artikel der WoZ vom 30. Mai 2019: <https://www.woz.ch/-9c18> [Beilage 6]). Überdies hat der Jahresbericht GPDel wie dargelegt deutlich gemacht, dass die früher im Rahmen der ISIS-Inspektion 2008 - 2010 festgestellten Mängel auch nicht durchgehend behoben worden sind.
14. Das Fazit der GPDel, dass der Beschwerdegegner zurzeit nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden, weckt schwerste Bedenken bezüglich der Datenerfassungs- und Datenbearbeitungspraxis, umso mehr, als bereits im Bericht Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 gravierende Mängel festgestellt wurden.
15. Wenn nun festgestellt werden musste, dass der Beschwerdegegner im untersuchten Zusammenhang die Schranken von Art. 5 und Art. 6 NDG

nicht eingehalten hat, kann auch in anderen Bereichen nicht davon ausgegangen werden, dass die Datenerfassungs- und Datenspeicherungspraxis des Beschwerdegegners gesetzes- und grundrechtskonform erfolgt. Das ansonsten dem Rechtsstaat zu Grunde liegende Vertrauen, dass sich die ausführende Behörde an die bestehenden rechtlichen Grundlagen hält und die darin enthaltenen Schranken respektiert, ist in Bezug auf den Nachrichtendienst nachhaltig erschüttert. Dies stellt die Tragfähigkeit der bestehenden gesetzlichen Grundlagen der nachrichtendienstlichen Tätigkeit zusätzlich in Frage, wobei bei der gesetzlichen Grundlage der Funk- und Kabelaufklärung zu bedenken ist, dass diese – wie im Beschwerdeverfahren dargelegt – den Fokus und die Reichweite der Überwachung und der daran anknüpfenden Datenbearbeitung noch viel weniger einzugrenzen vermag. Datenströme, welche durch bestimmte Kanäle gehen, werden vollständig von ihr erfasst, und es erscheint als schwer vorhersehbar und nicht klar eingrenzbar, welche Bestandteile des Datenstroms daraus weiter verarbeitet wird. Die gesetzliche Regelung der Funk- und Kabelaufklärung vermag damit weder die diesbezüglichen Aktivitäten des Beschwerdegegners klar zu begrenzen (insbesondere, indem gewährleistet wäre, dass diese Aktivitäten nicht zur Verletzung von Grundrechten der Rechtsunterworfenen führt), noch sind die Aktivitäten und deren Auswirkungen für die Rechtsunterworfenen genügend vorhersehbar.

16. Somit kann nicht gesagt werden, die gesetzliche Grundlage für die Funk- und Kabelaufklärung biete die notwendige Klarheit. Für die Rechtsunterworfenen ist nicht hinreichend vorhersehbar, wie ihre Grundrechte durch die Funk- und Kabelaufklärung betroffen sind. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich zur Umsetzung der Funk- und Kabelaufklärung wie dargelegt schwierige Fragen stellen, welche nochmals deutlich komplexer sind als jene, welche sich im Rahmen der Anwendung von Art. 5 und Art. 6 NDG stellen. Die gesetzliche Regelung und die verwendeten Begriffe im NDG sind unübersichtlich und in ihrer Tragweite verschiedentlich unklar, und dies bei einschneidenden Grundrechtseingriffen, welche geheim gehalten werden können. Die unübersichtliche Struktur und Unbestimmtheit des NDG führt zu erheblichen Rechtsunsicherheiten und dazu, dass die Handlungsmöglichkeiten des Beschwerdegegners nicht wirksam begrenzt werden (vgl. KREYDEN, a.a.O., S. 50 f., S 52 ff.).
17. Die von der GPDel aufgedeckte Praxis des Beschwerdegegners zeigt überdies, dass der Beschwerdegegner sich in seiner Tätigkeit nicht auf das beschränkt, wofür ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht. Das öffentliche Interesse ist programmatisch im Zweckartikel von Art. 2 NDG umrissen und wird konkret über die in Art. 6 NDG aufgezählten Aufgaben des NDB definiert und so eingegrenzt. Der Jahresbericht GPDel zeigt nun aber auf, dass der Beschwerdegegner eine riesige Menge von Daten beschafft und gespeichert hat, welche keinen Bezug zu diesen Aufgaben hat und bezüglich derer somit kein öffentliches Interesse besteht, welches vom Beschwerdegegner angerufen werden könnte.

18. Die Sammlung dieser Daten erscheint damit auch nicht als geeignet und erforderlich, um die der nachrichtendienstlichen Tätigkeit zu Grunde liegenden öffentlichen Interessen zu wahren. Dies kommt im Jahresbericht GPDel überall dort deutlich zum Ausdruck, wo die Zweckmässigkeit der Datenbeschaffung und die Verwendungsmöglichkeiten der beschafften Daten für den Nachrichtendienst in Frage gestellt wird. So führt die GPDel aus, für sie stelle sich die Frage, warum der Beschwerdegegner tausende von Pressemeldungen beschafft, für deren Bearbeitung offensichtlich niemand Zeit hat (Ziff. 4.9.3. des Jahresberichts).
19. Der Jahresbericht GPDel zeigt auf, dass der Datenschutz in Bezug auf die vom Beschwerdegegner gehaltenen Daten nicht ausreichend gewährleistet ist. Die gesetzlichen Regeln zur Datenhaltung des Beschwerdegegners sollten nach Auffassung der GPDel abgeändert und griffiger gestaltet werden. Dieser Befund entzieht der Argumentation des Beschwerdegegners, wonach die durch die Funk- und Kabelaufklärung tangierten Grundrechte über datenschutzrechtliche Ansprüche gewährleistet werden könne, das Fundament.
20. Entsprechend den mit der Stellungnahme vom 11. September 2019 gestellten Anträgen, nachdem es im vorliegenden Verfahren die Vereinbarkeit der Funk- und Kabelaufklärung gemäss gesetzlicher Grundlage und in der Praxis mit den durch die Bundesverfassung und der EMRK geschützten Rechte der BeschwerdeführerInnen zu beurteilen gilt und nachdem die Praxis des Beschwerdegegners durch die Ergebnisse der Untersuchung der GPDel und durch die Medienberichterstattung in diesem Zusammenhang öffentlich bekannt geworden ist, sind der Jahresbericht GPDel und die Medienberichte in diesem Zusammenhang vom Bundesgericht in dem zu fällenden Entscheid zu berücksichtigen. Mit der vorliegenden Stellungnahme sind einige Aspekte aufgezeigt worden, welche in diesem Zusammenhang als massgeblich erscheinen. Insgesamt unterstreichen die Feststellungen der GPDel die Vorbringen der BeschwerdeführerInnen, dass die Funk- und Kabelaufklärung sie in ihren in Art. 10 Abs. 2, Art. 13, Art. 16, Art. 17, Art. 22, Art. 27 und Art. 32 BV, Art. 6, Art. 8, Art. 10, Art. 11 und Art. 13 EMRK, Art. 17 und Art. 19 UNO-Pakt II geschützten Rechten verletzt.

Mit freundlichen Grüssen

Viktor Györffy

Dreifach

Beilage:

1. Jahresbericht GPDel
2. Auszug aus dem Amtlichen Bulletin SR vom 5. März 2020
3. Artikel der Aargauer Zeitung vom 25. September 2019
4. Artikel von Watson vom 23. Mai 2019
5. Artikel der WoZ vom 23. Mai 2019
6. Artikel der WoZ vom 30. Mai 2019
7. Artikel in der Basler Zeitung vom 23. Mai 2019
8. Artikel in Der Bund vom 23. Mai 2019
9. Artikel in der NZZ vom 30. Januar 2020
10. Artikel in der WoZ vom 6. Februar 2020