

Zürich, 4. Juli 2018

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-6143/2017**

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 22. Mai 2018 und reiche Ihnen innert der entgegenkommenderweise erstreckten Frist zur Duplik des Beschwerdegegners folgende **Stellungnahme** ein:

1. Der Beschwerdegegner hält in Bezug auf die Eintretensfrage an seiner Auffassung fest. Dabei bezieht er sich in der Duplik nun auch auf die Praxis des EGMR, vermag aber nicht zu begründen, weshalb ein Nichteintretensentscheid im Lichte dieser Praxis als zulässig erschiene. Zur Beschwerdelegimation sei in erster Linie auf die bisherigen Ausführungen der BeschwerdeführerInnen verwiesen, aus denen sich ergibt, dass die Funk- und Kabelaufklärung ein Massenüberwachungskonzept darstellt, in das bewusst Kommunikation von sehr vielen unbescholtenen Personen einbezogen wird und welches alle treffen kann, welche elektronische Kommunikationskanäle nutzen, und dass die BeschwerdeführerInnen über die dargelegten allgemeinen Aspekte hinaus spezifisch von der Funk- und Kabelaufklärung betroffen sind.
2. Der Beschwerdegegner führt an, das NDG sei im Zeitpunkt der Einreichung des Gesuches noch gar nicht in Kraft gestanden. Dies erscheint für die Eintretensfrage aus mehreren Gründen als irrelevant. Erstens bestand zu diesem Zeitpunkt die mit dem Gesuch ebenfalls angegriffene Funkaufklärung schon. Zweitens stand das NDG im Zeitpunkt des Eingangs des Gesuchs und zum Zeitpunkt des Entscheids über das Gesuch in Kraft. Drittens ist der Beschwerdegegner verpflichtet, die Grundrechte der Rechtsunterworfenen und damit auch der BeschwerdeführerInnen zu

wahren. Die BeschwerdeführerInnen haben mit ihrem Gesuch verlangt, dass die Funkaufklärung eingestellt wird und dass die Inbetriebnahme der Kabelaufklärung unterlassen wird. Der Beschwerdegegner kann sich nicht herausnehmen, das gestellte Gesuch nicht zu behandeln, die Funk- und Kabelaufklärung weiterhin zu betreiben und damit die Grundrechte der BeschwerdeführerInnen fortdauernd zu verletzen.

3. Der Beschwerdegegner führt aus, er stimme den BeschwerdeführerInnen insoweit zu, *«als tendenzielle Aussagen darüber möglich sind, welche Daten über bestimmte Datenströme fließen»*. Dieser Formulierung gibt die Argumentation der BeschwerdeführerInnen allerdings gelinde gesagt nicht akkurat wieder, und die weiteren Ausführungen des Beschwerdegegners gehen grösstenteils an der bestehenden Problematik vorbei.
4. Der Beschwerdegegner versucht den Umstand, dass es sich bei der Funk- und Kabelaufklärung um ein Instrument der Massenüberwachung handelt, wegzuerklären. Ein Kabelaufklärungsauftrag bezieht sich auf den gesamten Datenfluss, welcher über bestimmte Leitungen geht. Von den BeschwerdeführerInnen ist dargelegt worden, dass die Ausführungen des Beschwerdegegners (*«Faser [auf der] viel Verkehr aus Syrien durchläuft»* u.ä.) irreführend sind und dem Aufbau des Internets und der Art und Weise, wie der Datenverkehr mit der Kabelaufklärung überwacht wird, nicht gerecht werden.
5. Die Antwort des Beschwerdegegners hierauf besteht im Wesentlichen in Ausführungen zu den Möglichkeiten von Geolokalisierung von IP-Adressen. Dass es diese Möglichkeit gibt, ist klar, und soweit die BeschwerdeführerInnen dargelegt haben, dass sich der Standort der Kommunikationsteilnehmer eben nicht oder nicht ohne Weiteres eruieren lässt, bezieht sich das gerade auch auf die Limiten von Geolokalisierung. Der Beschwerdegegner bringt mit der Erwähnung von Geolokalisierung überhaupt kein neues Argument und damit nichts, was die Darlegungen der BeschwerdeführerInnen zu entkräften vermöchte. Er führt eigentlich nur explizit aus, worauf sie sich bei in der Beschwerdeantwort erwähnten Zuordnung (*«welche der ausgeleiteten Fasern am vielversprechendsten sind und auch ob Fasern zum Beispiel nur inländischen Verkehr enthalten»*; *«Faser [auf der] viel Verkehr aus Syrien durchläuft»* etc.) bezieht, wobei auch ohne diese zusätzlichen Erläuterungen klar ist, dass diese Zuordnungen mittels Geolokalisierung von IP-Adressen gemacht werden soll.
6. Damit muss man konstatieren, dass der Beschwerdegegner auf die Ausführungen der BeschwerdeführerInnen zur Funktionsweise des Internets und zu den Schwierigkeiten, den Standort der Kommunikationsteilnehmer eruieren zu können, effektiv überhaupt nicht eingeht. Offenbar können hierzu – aus welchen Gründen auch immer – keine konzisen Ausführungen vom Beschwerdegegner erwartet werden.

Man kann jedenfalls nicht sagen, dass der Beschwerdegegner wie in der Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 19. März 2018 verlangt zu sämtlichen Vorbringen der BeschwerdeführerInnen und insbesondere zu den in dieser Verfügung erwähnten Randziffern der Replik Stellung genommen hat.

7. Der Beschwerdegegner führt zudem noch aus, dass mit der Kabelaufklärung noch wenig Erfahrung habe gesammelt werden können. Das erscheint als Ausrede und von fraglichem Gehalt, ist doch davon auszugehen, dass hinter den gesetzlichen Bestimmungen zur Kabelaufklärung ein dem Beschwerdegegner wohlbekanntes Konzept steht, dass schon vor dem Inkrafttreten des NDG bestanden hat und evaluiert worden war, und das inzwischen auf technischer Ebene umgesetzt ist. Es darf wohl angenommen werden, dass Beschwerdegegner weiss, was er mit der Kabelaufklärung herausfinden will, wie er das tun will und welcher Datenverkehr dabei anfällt, zumal er behauptet, die Funk- und Kabelaufklärung sei zur Wahrung der angeführten öffentlichen Interessen geeignet und erforderlich. Die BeschwerdeführerInnen können nicht mehr tun als aufzuzeigen versuchen, wie die Kabelaufklärung ihre Grundrechte tangiert. Es wäre am Beschwerdegegner, deutlich zu machen, was die Kabelaufklärung in der Praxis bedeutet, und dabei ihren Standpunkt, dass diese keine Grundrechtsverletzung beinhaltet, sondern geeignet, erforderlich und verhältnismässig ist, zu belegen. Wie dargelegt liegt die Beweislast für die Wirksamkeit und für die Grundrechtskonformität beim Staat (vgl. Ziff. B. 3. der Beschwerdebegründung).
8. Der Beschwerdegegner führt aus, bis Ende Dezember 2017 sei noch kein Kabelaufklärungsauftrag erteilt worden. Er macht bemerkenswerterweise nicht geltend, es seien bis dato keine Kabelaufklärungsaufträge beantragt worden, womit anzunehmen ist, dass mittlerweile Kabelaufklärungsaufträge am Laufen sind.
9. Wenn vom Beschwerdegegner als durchführende und verantwortliche Behörde keine zureichenden Informationen zur Praxis der Funk- und Kabelaufklärung und den damit verbundenen grundrechtlichen Implikationen kommt, so erscheint es als umso mehr als unumgänglich, die von den BeschwerdeführerInnen gestellten Beweisanträge abzunehmen.
10. Nachdem der Beschwerdegegner den Zeitpunkt des Inkrafttretens des NDG anführt und Ausführungen dazu macht, ob in einem bestimmten Zeitraum genehmigte Kabelaufklärungsaufträge bestanden, sei nochmals auf die Praxis der Strassburger Organe verwiesen, wonach bei gewissen geheimen Massenüberwachungsmassnahmen die Behauptung genügt, Opfer einer Verletzung zu sein, ohne vorbringen zu müssen, solchen Massnahmen tatsächlich ausgesetzt zu sein, da Art. 8 EMRK ansonsten Gefahr läuft, faktisch ausgehebelt zu werden.

11. Die BeschwerdeführerInnen haben dargelegt, dass die IP-Adresse der an der Kommunikation beteiligten Personen sehr oft nichts darüber aussagt, wo sich diese aufhalten, insbesondere wenn die Kommunikation serverbasiert ist, beispielsweise bei Mails, welche über die Server der Mailprovider gehen. Es ist auch darauf hingewiesen worden, dass IP-Adressen global vergeben werden und nicht zuverlässig einem Land zugeordnet werden können. Nachdem der Beschwerdegegner seine Argumentation nun vor allen Dingen auf die Möglichkeit der Geolokalisation von IP-Adressen abstützt, sei dazu noch Folgendes ergänzt:
12. Der Beschwerdegegner verweist auf eine Arbeit zur Machbarkeit von Geolokalisierung. Allerdings wird in dieser Arbeit an mehreren Stellen die Schwierigkeit einer akkurat funktionierenden Geolokalisation konstatiert (so wird etwa anschliessend an die Definition von Geolokalisation ausgeführt: *«However, determining the physical position of a network device is challenging, since there is no inherent relationship between an IP address and its physical location.»*; die Arbeit weist im Übrigen methodologische Mängel auf, so greift sie zur Verifizierung der aus einer Geoservice-Datenbank gewonnenen Ergebnisse u.a. auf eine Liste von TOR-Knoten zurück und übersieht dabei, dass diese Liste in Bezug auf die IP-Lokalisation gerade auf der Datenbank beruht, die verifiziert werden soll).
13. Vom Ziel der nachrichtendienstlichen Tätigkeit und den hierbei potenziell relevanten Informationen her betrachtet erscheint es im Übrigen nicht als nachvollziehbar, weswegen der Beschwerdegegner sich derart auf die geografische Zuordnung der Kommunikationsteilnehmer kapriziert. Als mögliches Suchkriterium ist die IP bzw. die geografische Zuordnung einer IP-Range nur eines unter vielen, und es wird Funk- und Kabelaufklärungsaufträge mit Suchbegriffen geben, bei denen die geografische Lokalisation der Kommunikationsteilnehmer keine oder nur eine untergeordnete Rolle spielt.
14. Dass der Ansatz der Geolokalisierung letztlich regelmässig wenig zielführend ist, ist der Tenor verschiedener Untersuchungen zu Massenüberwachungsprogrammen. Stellvertretend sei an dieser Stelle aus dem Sachverständigen-Gutachten zum NSA-Untersuchungsausschuss vom 30. September 2016 zitiert:
(<https://www.ccc.de/system/uploads/220/original/beweisbeschluss-nsaua-ccc.pdf>)

«Die noch aus dem längst vergangenen Zeitalter der Leitungsvermittlung stammende Denkweise, die den heutigen Gesetzen und Gepflogenheiten zugrundeliegt, ist mit den tatsächlichen Gegebenheiten weitgehend unvereinbar. In der Praxis ist das Internet ein vielschichtiges,

hochdynamisches und komplexes System aus technischen Notwendigkeiten, kommerziellen Vereinbarungen und informellen Übereinkünften, in dem Netzbetreiber verschiedenster Größenordnungen, Internet Exchanges, Diensteanbieter aller Art und Endkunden interagieren. Eine einfache Unterscheidung zwischen inländischem und ausländischem Datenverkehr ist durch die Komplexität der Netzstruktur, die Vielfalt der Dienstemodelle – Stichwort Cloud-Services – und die schnellen Veränderungen von Routing-Pfaden, Netzbelegungen, die enormen Bandbreiten und die vielfache Schachtelung der Datenverkehre auf den Glasfaserleitungen nicht mehr möglich.»

15. Der Beschwerdegegner bringt sinngemäss vor, durch die Georeferenzierung sei es möglich, dass sich der ZEO bei der Durchführung eines Kabelaufklärungsauftrags auf länderbezogene Daten (beispielsweise von oder nach Syrien) fokussiert. Angesichts der von den BeschwerdeführerInnen aufgezeigten Limiten der IP-Georeferenzierung mit Bezug auf die tatsächliche geografische Lokalisation der Kommunikationsteilnehmer ist dies nicht haltbar. In Tat und Wahrheit wäre es wenig ergiebig, eine Filterung auf «syrische IP-Adressen» einzurichten mit dem Ziel, so den Verkehr von Personen, welche sich in Syrien aufhalten, erfassen zu können.
16. Der Beschwerdegegner führt sodann ins Feld, dass die Verwendung grenzüberschreitender Signale nicht zulässig sei, sofern sich sowohl der Sender als auch der Empfänger in der Schweiz befinden könne das ZEO solche Signale nicht bereits bei der Erfassung ausscheiden, so seien die beschafften Daten zu vernichten, sobald erkannt wird, dass sie von solchen Signalen stammen. Auch dieses Argument ist bei nähere Betrachtung von sehr begrenztem Gewicht.
17. Vorab ändert es nichts daran, dass zunächst alle Daten einer Datenleitung zunächst erfasst und analysiert werden und die Überwachung schon hier beginnt. Sodann wird es wie dargelegt sehr oft weder initial noch in einer späteren Phase möglich sein, festzustellen, in welchen Fällen sich sowohl der Sender als auch der Empfänger in der Schweiz befinden, womit sich also nicht einmal der gesetzliche Auftrag auch nur einigermaßen zuverlässig umsetzen lässt.
18. Es kann zudem nicht gesagt werden, mit der Umsetzung des gesetzlichen Auftrags, grenzüberschreitender Signale nicht (weiter) zu verwenden, sofern sich sowohl der Sender als auch der Empfänger in der Schweiz befinden, habe sich der notwendige Grundrechtsschutz erschöpft. Dies würde bedeuten, dass die Verwendung der Daten grundrechtskonform wäre, sobald mindestens ein Kommunikationsteilnehmer im Ausland ist. So

ist es aber offenkundig nicht. Es wäre vielmehr sicherzustellen, dass – unabhängig von der Provenienz der Kommunikation – nicht massenhaft Daten aus der Kommunikation unbescholtener Personen erfasst, gespeichert und bearbeitet werden.

19. Hinzu kommt, dass die Verwendung rein inländischer Kommunikation wie dargelegt nicht gesamthaft ausgeschlossen ist (Ziff. B. 12. der Beschwerdebeurteilung).
20. Es stellt sich die Frage, anhand von was die bei der Funk- und Kabelaufklärung als Hits anfallenden Daten interpretiert werden, insbesondere, wie rein inländische Kommunikation bestimmt und ausgesondert werden soll. Alleine aus den gespeicherten Daten heraus wird dies sehr oft nicht möglich sein. Sollten zur Einordnung und Interpretation der Daten und zur Identifikation der Teilnehmenden und ihrer Standorte weitere Daten zu den Daten der Funk- und Kabelaufklärung hinzugenommen werden, dann führt dies zwangsläufig zu weiteren Grundrechtsreingriffen.
21. Der Beschwerdegegner führt aus, die Funk- und Kabelaufklärung betreffe nicht alle Nutzer von Kommunikationsdiensten direkt. Es könne und dürfe nicht die Kommunikation jeder Person überwacht werden. Insbesondere sei rein inländischer Verkehr von einer Überwachung ausgenommen, was von den technischen Gegebenheiten her voraussetze, dass zu Beginn eine entsprechende Triage vorgenommen werde.
22. Es ist nicht ganz klar, was der Beschwerdegegner damit eigentlich genau sagen will. Jedenfalls formuliert er hier wortreich am Problem vorbei. Es handelt sich hier um ein Massenüberwachungsprogramm, das die Kommunikation aller Personen, insbesondere auch jene der Beschwerdeführer, betreffen kann, und somit weit überwiegend die Kommunikation völlig unbescholtener Personen betrifft. Wirksame Mechanismen, um dies zu verhindern, bestehen nicht, und ob Hits effektiv die Kommunikation von Personen betrifft, welche in den Fokus des Beschwerdegegners gehören, kann dieser nicht wissen, sondern lediglich mittels computergestützter Analysen zu interpretieren versuchen. Das Screening der Kommunikation einer grossen Zahl unbescholtener Personen und viele falsch positive Ergebnisse sind unvermeidlich. Dies ist fester Bestandteil des Konzepts eines solchen Massenüberwachungsprogramms und wird mit der Einrichtung eines solchen Programms bewusst in Kauf genommen. Die vom Beschwerdegegner angeführten Bestimmungen, welche die Überwachung eingrenzen sollen, lösen die bestehende Problematik nicht im Ansatz.
23. Der Beschwerdeführer bestätigt, *«dass die Beschwerdeführenden nicht Gegenstand eines Funk- oder Kabelaufklärungsauftrags waren oder sind und somit auch in den einschlägigen Datenbanken nicht verzeichnet sind.»* Dies erscheint angesichts des Charakters der Funk- und

Kabelaufklärung als blauäugig bzw. irreführend. Der Beschwerdegegner kann nicht wissen, wessen Kommunikation durch eine Datenleitung läuft, welche im Rahmen eines Aufklärungsauftrags durchsucht wird. Er wird sehr oft auch nicht wissen, um wessen Kommunikation es sich handelt, wenn gefilterte Daten gespeichert und weiterverarbeitet werden, und wird damit einen Grossteil der Kommunikation nicht namentlich einer Person zuordnen können. Das liegt in der Natur einer derartigen computergestützten breiten Durchforstung von Datenströmen. Der Beschwerdegegner ist demnach gar nicht dazu in der Lage, die Feststellung zu treffen, es sei konkret keine Kommunikation der BeschwerdeführerInnen von der Funk- und Kabelaufklärung erfasst worden oder es seien keine sie betreffenden Daten im Rahmen der Funk- und Kabelaufklärung gespeichert und weiterverarbeitet worden. Sollte der Beschwerdegegner hier effektiv anderer Meinung sein, so wäre es an ihm, nachvollziehbar darzulegen, wie er ausschliessen kann, dass Kommunikation der BeschwerdeführerInnen von der Funk- und Kabelaufklärung betroffen sind oder betroffen sein werden.

24. Der Beschwerdegegner macht geltend, die Funk- und Kabelaufklärung beruhe auf einer zureichenden gesetzlichen Grundlage. Dies trifft nicht zu. Wie in der Beschwerdebegründung dargelegt genügt die gesetzliche Grundlage den Anforderungen, welche vom EGMR und vom UN High Commissioner for Human Rights aufgestellt worden sind, nicht. Es fehlt die erforderliche Klarheit, Bestimmtheit und Vorhersehbarkeit. Zwar ist im NDG festgelegt, welchen Zwecken die Funk- und Kabelaufklärung zu dienen hat. Aufgrund des Charakters der Funk- und Kabelaufklärung ist aber nicht vorhersehbar, welche Kommunikation von wem in welcher Art und Weise von dieser Massenüberwachung betroffen sein wird.
25. Wenn der Beschwerdegegner ausführt, Detailinformationen über die technischen und organisatorischen Massnahmen auf Gesetzes- und Verordnungsstufe wären für Laien kaum verständlich, so bestätigt dies den von den Beschwerdegegnern festgestellten Befund letztlich: Für die Rechtsunterworfenen ist nicht nachvollziehbar, in wie fern ihre Kommunikation von der Funk- und Kabelaufklärung betroffen ist. Es liegt allerdings nicht nur am fehlenden Detaillierungsgrad der gesetzlichen Ordnung, sondern eben auch in der Natur dieser Überwachungsmassnahme, dass nicht genügend vorhersehbar ist, wen diese unter welchen Voraussetzungen wie betrifft.
26. Der Beschwerdegegner führt an, auch könnten an sich verfolgte Sicherheitsziele durch die Offenlegung massgeblich beeinträchtigt werden. Er verweist dazu auf das Bundesgerichtsurteil 1C_598/2016. Jenes Urteil bezieht sich an der Stelle allerdings auf die technischen und organisatorischen Massnahmen *zur sicheren Datenbearbeitung* und nicht darauf, wer unter welchen Voraussetzungen überwacht werden darf. Der Standpunkt des Beschwerdegegners lässt sich somit nicht auf den zitierten Entscheid abstützen.

27. Nachdem die Beweislast für die Wirksamkeit von Überwachungsmaßnahmen wie dargelegt beim Staat liegt, zielt der Vorwurf des Beschwerdegegners, die BeschwerdeführerInnen hätten nicht näher angeführt, inwiefern ein milderer Mittel zur Verfügung stünde, ins Leere.
28. Die Verhältnismässigkeit im engeren Sinne ist entgegen den Darlegungen des Beschwerdegegners nicht gegeben. Die BeschwerdeführerInnen müssten hinnehmen, als unbescholtene Personen von einem Massenüberwachungsprogramm tangiert zu sein. Wirksame Mechanismen, welche zu gewährleisten vermöchten, dass sie nicht von der Funk- und Kabelaufklärung tangiert sind, dass sie betreffende Kommunikation nicht erfasst oder gegebenenfalls ausgeschieden wird, bestehen wie dargelegt nicht. Damit sind die mit der Funk- und Kabelaufklärung verbundenen Grundrechtseingriffe nicht zu rechtfertigen.
29. Mit der konkreten Betroffenheit der BeschwerdeführerInnen befasst sich der Beschwerdegegners nicht näher. Keine Antwort hat er insbesondere darauf, dass die Funk- und Kabelaufklärung auch den journalistischen Quellenschutz und das Berufsgeheimnis der diesbezüglich tangierten BeschwerdeführerInnen verletzt.

Mit freundlichen Grüssen

Viktor Györffy

Im Doppel