

EINGEGANGEN

06. Juni 2019
P. 7. 19
.....



Abteilung I
A-6143/2017

Urteil vom 4. Juni 2019

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),
Richter Christoph Bandli, Richter Jürg Steiger,
Gerichtsschreiber Benjamin Strässle-Kohle.

Parteien

1. **Digitale Gesellschaft,**
4000 Basel,

2.

3.

4.

5.

6.

7.

8.

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

gegen

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

Gegenstand

Verfügung über einen Realakt; Funk- und Kabelaufklärung
nach NDG.

Sachverhalt:**A.**

Der Verein Digitale Gesellschaft sowie die Privatpersonen

(nachfolgend: Gesuchstellende) wandten sich mit Schreiben vom 31. August 2017 an den Nachrichtendienst des Bundes (nachfolgend: NDB). Sie stellten folgende Begehren:

1. Der Betrieb der Funk- und Kabelaufklärung durch den NDB und weitere Stellen, namentlich durch das Zentrum für elektronische Operationen der Armee (ZEO) sowie jegliche Tätigkeiten, die dem Betrieb der Funkaufklärung und Kabelaufklärung dienen, seien zu unterlassen.
2. Der NDB habe jegliche in den Betrieb der Funk- und Kabelaufklärung involvierten Stellen und Personen anzuweisen, ihre diesbezügliche Tätigkeit zu unterlassen.
3. Es sei den GesuchstellerInnen mitzuteilen, ob und in welcher Weise Kommunikation von ihnen Gegenstand der Funk- oder Kabelaufklärung ist oder gewesen ist, und es sei ihnen mitzuteilen, welche sie betreffenden Daten, welche aus der Funk- oder Kabelaufklärung stammen, vom NDB oder vom ZEO bearbeitet werden, einschliesslich der Auskunft über weitere Daten, welche im Zusammenhang mit diesen aus der Funk- oder Kabelaufklärung stammenden Daten bearbeitet werden.
4. Es sei festzustellen, dass die Funk- und Kabelaufklärung die GesuchstellerInnen in ihren Grundrechten verletzt, namentlich ihrem Recht auf Achtung des Intim-, Privat- und Familienlebens, auf Schutz der Privatsphäre, einschliesslich Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs, auf Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten und die informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 BV, Art. 8 EMRK, Art. 17 UNO-Pakt II, Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten [Konvention Nr. 108 des Europarates, SR 0.235.1]), in ihrer Freiheit der Meinungsäusserung, der Meinungs- und Informations- sowie die Medienfreiheit (Art. 16 BV, Art. 10 EMRK, Art. 19 UNO-Pakt II) und der Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV, Art. 11 EMRK), in ihrer persönlichen Freiheit und der Bewegungsfreiheit (Art. 10 Abs. 2 BV, Art. 8 EMRK) sowie ihre Unschuldsvermutung (Art. 6 EMRK, Art. 32 BV).
5. Es sei festzustellen, dass die Funk- und Kabelaufklärung die GesuchstellerInnen 4, 5 und 6 als JournalistInnen in ihrem Anspruch auf Medienfreiheit und auf Quellenschutz (Art. 17 BV und Art. 10 EMRK) verletzt.
6. Es sei festzustellen, dass die Funk- und Kabelaufklärung den Gesuchsteller 8 im Berufsgeheimnis als Rechtsanwalt und dadurch in seinem Recht auf Achtung des Privatlebens, auf Schutz der Privatsphäre, einschliesslich

Achtung des Brief-, Post- und Fernmeldeverkehrs, auf Schutz vor Missbrauch der persönlichen Daten und die informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 BV, Art. 8 EMRK, Art. 17 UNO-Pakt II, Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten [Konvention Nr. 108 des Europarates, SR 0.235.1]) und in seiner Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) verletzt;

[...]

Die Gesuchstellenden erblicken in der Funk- und Kabelaufklärung eine schwerwiegende Verletzung ihrer verfassungs- und konventionsrechtlich geschützten Grundrechtspositionen. Sie beantragen aus diesem Grund, es sei die Aufklärung zu unterlassen und zudem die Verletzung ihrer Grundrechte festzustellen.

B.

Der NDB teilte den Gesuchstellenden mit Schreiben vom 28. September 2017 mit, auf ihre Anträge nicht einzutreten. Soweit die Gesuchstellenden sinngemäss um Auskunft ersuchten, ob der NDB Daten über sie bearbeite, sei für eine weitere Bearbeitung der Gesuche jeweils die Kopie eines gültigen Ausweises beizubringen.

Zur Begründung führt der NDB aus, die Gesuchstellenden seien durch die Funk- und Kabelaufklärung nicht stärker betroffen als die übrige Bevölkerung. Es fehle ihnen somit an einem schutzwürdigen Interesse, weshalb auf die Anträge der Gesuchsteller nicht einzutreten sei. Er weist zudem darauf hin, dass er gesetzlich zur Funk- und Kabelaufklärung verpflichtet sei und keine durch Verfassung und EMRK garantierten Grundrechte verletzt würden.

C.

Mit Beschwerde vom 30. Oktober 2017 gelangen die Gesuchstellenden (nachfolgend: Beschwerdeführende) an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragen sinngemäss, es sei der Entscheid des NDB (nachfolgend: Vorinstanz) vom 28. September 2017 aufzuheben und die Angelegenheit zur materiellen Entscheidung an diesen zurückzuweisen. Eventualiter seien ihre Begehren gemäss dem Schreiben vom 31. August 2017 gutzuheissen.

Die Beschwerdeführenden rügen vorab eine Rechtsverweigerung. Sie machen geltend, im Rahmen der Funk- und Kabelaufklärung werde nicht mehr wie bisher nur die Kommunikation bestimmter Teilnehmer, sondern der ge-

samte Fernmeldeverkehr überwacht, d.h. es würden sämtliche Daten ausgeleitet und computerbasiert nach bestimmten Begriffen durchsucht. Zwar dienten die Überwachungsmaßnahmen der Beschaffung von Informationen im Ausland, doch sei diese Beschränkung nur von geringem Wert, da ein Grossteil der inländischen Kommunikation über Server im Ausland erfolge und somit ebenfalls überwacht werde. Auch die Beschwerdeführenden seien daher durch die Funk- und Kabelaufklärung (potentiell) in ihrem Anspruch auf Achtung des Privatlebens und auf Schutz vor Missbrauch persönlicher Daten sowie in weiteren grundrechtlich geschützten Rechtspositionen betroffen. Die journalistisch tätigen Beschwerdeführenden 4, 5 und 6 rügen darüber hinaus eine Verletzung des journalistischen Quellenschutzes und damit der Meinungsfreiheit. Nach Ansicht der Beschwerdeführenden folgt aus der Beeinträchtigung ihrer Grundrechte ein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz. Die Vorinstanz sei jedoch auf ihre Begehren nicht eingetreten und habe Ihnen hiermit effektiven Rechtsschutz verweigert. Die angefochtene Verfügung sei aus diesem Grund aufzuheben und zur materiellen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

In der Sache machen die Beschwerdeführenden geltend, die gesetzlichen Bestimmungen zur Funk- und Kabelaufklärung seien nicht hinreichend klar und bestimmt. Betroffene Personen seien nicht wie gefordert in der Lage, die Folgen ihres Handelns in einem nach den Umständen angemessenen Umfang vorhersehen zu können. Zudem fehlten ausreichende Garantien zum Schutz vor Missbrauchsrisiken. So sei weder die effektive gerichtliche Überprüfung einer angeforderten Überwachung gewährleistet noch ermögliche das Gesetz (mangels einer entsprechenden Mitteilung über eine erfolgte Überwachung) effektiven nachträglichen Rechtsschutz. Und auch eine hinreichende Regelung darüber, welche Daten zu welchem Zweck wie lange aufbewahrt und verwendet werden dürften, lasse sich dem Gesetz nicht entnehmen. Die Funk- und die Kabelaufklärung seien daher zu unterlassen.

D.

Die Vorinstanz schliesst mit Vernehmlassung vom 12. Januar 2018 auf Abweisung der Beschwerde. Sie hält fest, dass keiner der Beschwerdeführenden im Zusammenhang mit einer Funk- oder Kabelaufklärung in der einschlägigen Datenbank verzeichnet sei. Den Beschwerdeführenden komme (daher) kein hinreichendes schutzwürdiges Interesse zu, weshalb die Vorinstanz auf die Begehren zu Recht nicht eingetreten sei. Die Vorinstanz äussert sich sodann in der Sache zur Kabelaufklärung, legt dar, welche (verfahrensrechtlichen) Garantien das Gesetz zum Schutz vor

Missbrauch der Daten vorsieht und hält schliesslich fest, dass hinsichtlich ihrer Informationssysteme ein indirektes Auskunftsrecht bestehe und sie zudem, sobald kein Geheimhaltungsinteresse mehr bestehe, nach dem Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG, SR 235.1) Auskunft darüber erteile, ob Daten einer bestimmten Person bearbeitete werden. Ein allfälliger Eingriff in die Grundrechte der Beschwerdeführenden sei daher zulässig und die Beschwerde daher auch in der Sache als unbegründet abzuweisen.

E.

Die Beschwerdeführenden halten mit Replik vom 15. März 2018 an ihren Anträgen und an ihren Ausführungen gemäss der Beschwerdeschrift vom 30. Oktober 2017 fest. Ergänzend machen sie geltend, allein das (datenschutzrechtliche) Auskunftsrecht gewährleiste keinen effektiven Rechtsschutz. Im Rahmen der Kabelaufklärung würden grenzüberschreitende Datenströme erfasst und anhand von Stichwörtern abgesucht. Ergebe sich hierbei ein Treffer, würden die betreffenden Daten vom Zentrum für elektrische Operationen (ZEO), welches die Aufklärung durchführe, gesichtet und ausgewertet. Anschliessend leite das ZEO jene Daten, die relevante Informationen enthielten, an die Vorinstanz weiter, welche sie nachrichtendienstlich auswerte und (hierzu) in ihren Informationssystemen speichere. Eine Mitteilung über diese Datenbearbeitung, welche mit dem Ab- bzw. Durchsuchen elektronischer Kommunikation beginne, erfolge nicht. Und auch das Auskunftsrecht setze erst bei der Datenbearbeitung durch den Nachrichtendienst ein. Eine Prüfung, ob die nachrichtendienstliche Aufklärung insgesamt mit den Grundrechten vereinbar ist, sei damit nicht gewährleistet. Schliesslich machen die Beschwerdeführenden (erneut) geltend, von der Funk- und insbesondere der Kabelaufklärung in ihren Grundrechten betroffen zu sein. Sie verweisen auf die Eigenarten elektronischer Kommunikation und den daraus folgenden Umstand, dass ein Grossteil ihrer Kommunikation, selbst wenn sich Empfänger und Sender in der Schweiz befänden, über das Ausland erfolge und somit von der Kabelaufklärung erfasst werde. Die Beschwerdeführenden stellen in diesem Zusammenhang sowie in Bezug auf die Möglichkeiten beim Absuchen des Fernmeldeverkehrs und der Datenauswertung sodann verschiedene Beweisanträge.

F.

Die Vorinstanz hält mit Duplik vom 16. Mai 2018 an ihrer Auffassung fest, wonach die Beschwerdeführenden von der Funk- und Kabelaufklärung nicht mehr als die Allgemeinheit betroffen seien und ihnen daher kein hinreichendes schutzwürdiges Interesse an einer materiellen Beurteilung ihrer

Begehren zukomme. Zudem werde nicht unterschiedslos auf beliebige Fernmeldekommunikation zugegriffen, sondern mithilfe von Programmen zur Geolokalisierung (vorab) versucht, die zu überwachenden Fernmeldekabel einzugrenzen und (so) inländische Kommunikation von der Aufklärung auszunehmen. Die Beschwerdeführenden seien durch die Funk- und insbesondere durch die Kabelaufklärung daher weder direkt noch potentiell betroffen. Zudem stünden innerstaatliche Rechtsbehelfe zur Verfügung, weshalb auch konventionsrechtlich kein Anspruch auf einen materiellen Entscheid bestehe.

G.

Am 4. Juli 2018 reichten die Beschwerdeführenden ihre Schlussbemerkungen ein.

H.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien und die bei den Akten liegenden Schriftstücke wird, soweit für den Entscheid von Bedeutung, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1

1.1.1 Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt nach Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVG, SR 172.021), soweit diese von einer Vorinstanz i.S.v. Art. 33 VGG erlassen worden sind und kein Ausnahmegrund i.S.v. Art. 32 VGG vorliegt.

1.1.2 Das Schreiben der Vorinstanz vom 28. September 2017, gegen welches sich die vorliegende Beschwerde richtet, ist nicht als Verfügung bezeichnet und enthält auch keine Rechtsmittelbelehrung (vgl. Art. 35 Abs. 1 sowie Art. 38 VwVG). Dies gibt Anlass zu der Prüfung, ob es sich beim Schreiben der Vorinstanz vom 28. September 2017 um eine Verfügung i.S.v. Art. 5 VwVG und mithin um ein taugliches Anfechtungsobjekt handelt. Danach bestimmt sich auch der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens (vgl. FELIX UHLMANN, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 5 Rz. 4).

Verfügungen sind Anordnungen der Behörden im Einzelfall, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und die u.a. die Begründung, Änderung oder Aufhebung von Rechten oder Pflichten (Bst. a) oder die Abweisung von oder das Nichteintreten auf entsprechende Begehren (Bst. c) zum Gegenstand haben (Art. 5 Abs. 1 [Bst. a und c] VwVG). Auch der Entscheid über Begehren i.S.v. Art. 25a Abs. 1 VwVG gilt als Verfügung (Art. 5 Abs. 1 Bst. c i.V.m. Art. 25a Abs. 2 VwVG). Schriftliche Verfügungen sind, auch wenn die Behörde sie etwa in Briefform eröffnet, als solche zu bezeichnen, hinreichend zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen (Art. 35 Abs. 1 VwVG). Die rechtliche Qualifizierung eines Verwaltungsaktes als Verfügung bestimmt sich nach seinem tatsächlichen rechtlichen Gehalt und nicht nach seiner (äusseren) Form (Urteil des BGER 2C_721/2012 vom 27. Mai 2013 E. 1.3; MARKUS MÜLLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 5 Rz. 15). Dasselbe gilt für den Inhalt einer Verfügung; Verfügungen sind nach ihrem tatsächlichen rechtlichen Gehalt und nicht nach ihrem zuweilen nicht treffend verfassten Wortlaut zu verstehen (BGE 141 V 255 E. 1.2; Urteil des BGER 8C_652/2016 vom 21. Februar 2017 E. 4.3 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Aus einer mangelhaften Eröffnung – darunter fallen z.B. die unrichtige Bezeichnung oder eine fehlende Rechtsmittelbelehrung – darf den Parteien kein Nachteil erwachsen (Art. 38 VwVG).

Die Beschwerdeführenden beantragten mit Schreiben vom 31. August 2017, es seien die Funk- und die Kabelaufklärung einzustellen und die Verletzung ihrer Grundrechte festzustellen. Zudem ersuchten sie um Auskunft, ob ihre Kommunikation Gegenstand einer Funk- oder Kabelaufklärung gewesen sei oder noch ist und ob Daten über sie bearbeitet würden. Die Vorinstanz teilte den Beschwerdeführenden mit Schreiben vom 28. September 2017 mit, sie seien von der Funk- und Kabelaufklärung nicht mehr als die Allgemeinheit betroffen, weshalb sie kein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer materiellen Verfügung hätten und somit auf ihre Begehren nicht einzutreten sei. Insoweit liegt ein Nichteintretensentscheid und somit ein taugliches Anfechtungsobjekt vor (vgl. Art. 5 Abs. 1 Bst. c VwVG). Daran ändert nichts, dass besagtes Schreiben der Vorinstanz nicht als Verfügung bezeichnet war und auch keine Rechtsmittelbelehrung enthielt. Über das Auskunftsbegehren (Rechtsbegehren Ziff. 3 gemäss dem Schreiben der Beschwerdeführenden vom 31. August 2017) hat die Vorinstanz bisher nicht verfügt, womit Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens einzig die Frage ist, ob die Vorinstanz, wie die Beschwerdeführer geltend machen, auf die Rechtsbegehren Ziffn. 1 und 2 sowie 4 – 6 gemäss dem Schreiben der Beschwerdeführenden vom 31. August 2017 hätte eintreten

und materiell darüber entscheiden müssen. Soweit weitergehend, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten (vgl. Urteil des BGer 1C_598/2016 vom 2. März 2018 E. 2.1; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.164 mit Hinweisen).

1.1.3 Die Funk- und Kabelaufklärung ist ein Mittel zur Wahrung der inneren und äusseren Sicherheit (Art. 38 Abs. 1 und 2 sowie Art. 39 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 des Nachrichtendienstgesetzes [NDG, SR 121]). Es stellt sich daher die Frage, ob das Bundesverwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde sachlich zuständig ist oder ob eine Ausnahme i.S.v. Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG vorliegt; gemäss Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG ist die Beschwerde unzulässig gegen Verfügungen auf dem Gebiet u.a. der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt.

Gemäss Art. 83 Abs. 1 NDG kann gegen die gestützt auf das NDG von Bundesorganen erlassenen Verfügungen beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden. Wie sich diese Regelung zur Bestimmung von Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG verhält, ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz und ist daher durch Auslegung gestützt auf einen pragmatischen Methodenpluralismus zu ermitteln, wobei insbesondere bei jüngeren Gesetzen auch die Gesetzesmaterialien zu beachten sind, wenn sie – wie vorliegend – auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (statt vieler BGE 142 II 399 E. 3.3 und Urteil des BGer 8C_150/2017 vom 7. August 2017 E. 5, je mit Hinweisen). Gemäss den Materialien zum NDG beabsichtigte der Gesetzgeber mit Art. 83 NDG einen angemessenen Rechtsschutz sicherzustellen. Begründet wird dies mit den teilweise einschneidenden Massnahmen und Verfügungen, welche das Gesetz (neu) vorsieht. Aus diesem Grund sollten der ordentliche Rechtsweg an das Bundesverwaltungsgericht und danach an das Bundesgericht offenstehen und entsprechende Verfügungen klarerweise nicht unter die Ausnahmeregelung von Art. 83 Bst. a des Bundesgerichtsgesetzes (BGG, SR 173.110) fallen (Botschaft vom 19. Februar 2014 zum Nachrichtendienstgesetz, Bundesblatt [BBl] 2014 2105, 2207, nachfolgend: Botschaft NDG). Die Bestimmung von Art. 83 Abs. 1 NDG, welche in der parlamentarischen Beratung keine Änderung erfuhr und zu keinen Diskussionen Anlass gab, geht angesichts der klaren Ausführungen in den Materialien als jüngere Spezialbestimmung der Regelung gemäss Art. 32 Abs. 1 Bst. a VGG vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher vorliegend zur Beurteilung der Beschwerde sachlich zuständig (vgl. zur Bedeutung der Gegenausnahme BGE 138 I 6 E. 1.3).

1.2 Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung besitzt.

Die Beschwerdeführenden sind Adressaten der angefochtenen Verfügung, mit welcher die Vorinstanz auf ihre Begehren nicht eingetreten ist, soweit sie darüber bereits verfügt hat. Die Beschwerdeführenden 2 bis 8 besitzen daher als Privatpersonen ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung der angefochtenen Verfügung und Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz zum materiellen Entscheid und sind folglich zur Beschwerdeerhebung berechtigt. Bei diesem Ergebnis kann offen bleiben, ob auch der Beschwerdeführer 1 (im Rahmen der egoistischen Verbandsbeschwerde) zur Antragstellung vor der Vorinstanz und nun zur Beschwerdeführung berechtigt anzusehen ist (vgl. Urteil des BVGer A-5990/2014 vom 8. Juni 2015 E. 1.2.2 mit Hinweisen).

1.3 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist daher vorbehaltlich des vorstehend in Erwägung 1.1.2 Ausgeführten einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich der unrichtigen und unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und von Rechtsfehlern bei der Ausübung des Ermessens – sowie auf Angemessenheit (Art. 49 VwVG). Das Bundesverwaltungsgericht stellt sodann den rechtserheblichen Sachverhalt unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien von Amtes wegen fest (Art. 12 und Art. 13 VwVG) und wendet das Recht grundsätzlich frei und von Amtes wegen an, ohne an die rechtliche Begründung der Parteibegehren gebunden zu sein (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

3.

3.1 Die Beschwerdeführenden machen in der Sache geltend, die Funk- und Kabelaufklärung verletze verschiedene ihrer verfassungs- und konventionsrechtlichen Ansprüche. Indem die Vorinstanz auf ihre Begehren gleichwohl nicht eingetreten sei, habe sie ihnen effektiven Rechtsschutz verweigert, weshalb der angefochtene Nichteintretensentscheid aufzuheben und die Angelegenheit zur materiellen Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen sei.

Zum Verständnis und zur Prüfung der Vorbringen der Beschwerdeführenden ist vorweg auf die gesetzliche (Verfahrens-)Ordnung im Zusammenhang mit der nachrichtendienstlichen Informationsbeschaffung einzugehen (vgl. nachfolgend E. 3.2 ff.). Vor diesem Hintergrund sind anschliessend die Vorbringen der Beschwerdeführenden zu prüfen (vgl. nachfolgend E. 4).

3.2 Die rechtlichen Grundlagen der nachrichtendienstlichen Tätigkeiten finden sich, soweit für das vorliegende Verfahren von Bedeutung, im NDG und im gestützt auf das NDG erlassenen Verordnungsrecht. Das NDG steht im Dienst des Schutzes wichtiger Landesinteressen; es bezweckt, zur Sicherung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen der Schweiz beizutragen und die Sicherheit der Bevölkerung zu erhöhen (Art. 2 NDG). Die Vorinstanz, der zivile Nachrichtendienst der Schweiz, erfüllt die Aufgaben nach dem NDG. Die Hauptaufgabe besteht in der Beschaffung und Beurteilung von Informationen und deren Weitergabe an berechnigte Empfänger (Botschaft NDG, BBI 2014 2105, 2141). Ziel der Informationsbeschaffung ist es, Bedrohungen der äusseren und der inneren Sicherheit der Schweiz präventiv erkennen und beurteilen zu können. Gestützt darauf sind die zuständigen Behörden zu informieren und/oder die geeigneten Massnahmen zu planen und zu treffen (Art. 6 Abs. 2 und 3 NDG).

Die Grundsätze der Informationsbeschaffung sind in Art. 5 NDG geregelt. Demnach beschafft die Vorinstanz zur Erfüllung ihrer Aufgaben Informationen aus öffentlichen und nicht öffentlich zugänglichen Informationsquellen (Abs. 1). Sie bedient sich hierzu genehmigungsfreier und genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen (Abs. 2). Massgebendes Kriterium für die Wahl der Beschaffungsmassnahme ist das Verhältnismässigkeitsprinzip: Die Vorinstanz hat stets jene Massnahme zu wählen, die notwendig und am besten geeignet ist, um ein bestimmtes Beschaffungsziel zu erreichen, und die gleichzeitig am wenigsten stark in die Grundrechte der betroffenen Person(en) eingreift (Art. 5 Abs. 3 NDG). Zur Erfüllung ihrer Aufgaben gemäss Art. 6 NDG betreibt die Vorinstanz die in Art. 47 Abs. 1 NDG genannten Informationssysteme, in welche sie beschaffte Informationen ablegt. Betrieb, Inhalt und Nutzung der Informationssysteme sind in der Verordnung über die Informations- und Speichersysteme des Nachrichtendienstes des Bundes (VIS-NDB, SR 121.2) geregelt.

3.3 Das Gesetz unterscheidet zwischen genehmigungsfreien und genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen (Art. 5 Abs. 2 NDG). Eine

separate Regelung gilt für die Beschaffung von Informationen über Vorgänge im Ausland (Art. 36 ff. und Art. 39 ff. NDG).

Die genehmigungsfreien Beschaffungsmassnahmen sind in den Art. 13 ff. NDG geregelt. Die Vorinstanz kann diese Massnahmen selbständig und ohne besondere externe Genehmigung, jedoch unter Wahrung der Grundsätze der Informationsbeschaffung einsetzen. Zu diesen Massnahmen gehören etwa die Konsultation öffentlicher Informationsquellen (Art. 13 NDG), Beobachtungen des öffentlichen Raumes (Art. 14 NDG) und die Nutzung menschlicher Informationsquellen (Art. 15 NDG). Mit Hilfe von genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen kann die Vorinstanz sich sodann auch auf nichtöffentliche Informationsquellen stützen. Als genehmigungspflichtige Massnahmen zur Beschaffung von Informationen im Inland stehen insbesondere die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs gemäss den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF, SR 780.1), der Einsatz von technischen Ortungs- und Überwachungsgeräten, das Eindringen in Computersysteme und -netzwerke sowie Durchsuchungen zur Verfügung (Art. 26 Abs. 1 NDG). Die Massnahmen werden verdeckt durchgeführt; die betroffene Person wird darüber nicht (vorab) in Kenntnis gesetzt (Art. 26 Abs. 2 NDG).

Gemäss Art. 36 Abs. 1 NDG kann die Vorinstanz zudem Informationen über Vorgänge im Ausland verdeckt beschaffen. Sie setzt die Beschaffungsmassnahmen grundsätzlich in eigener Verantwortung ein (Botschaft NDG, BBI 2014 2105, 2175). Die Massnahmen müssen verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 NDG; vgl. bereits Art. 5 Abs. 3 NDG) und die Beschaffung ist zuhanden der Aufsichts- und Kontrollorgane zu dokumentieren (Art. 36 Abs. 4 NDG). Ein Mittel der Informationsbeschaffung ist die Funkaufklärung. Sie dient gemäss Art. 38 Abs. 2 NDG der Beschaffung sicherheitspolitisch bedeutsamer Informationen über Vorgänge im Ausland, insbesondere aus den Bereichen Terrorismus, Weiterverbreitung von Massenvernichtungswaffen und ausländische Konflikte mit Auswirkungen auf die Schweiz (Bst. a) sowie der Wahrung weiterer wichtiger Landesinteressen nach Art. 3 NDG (Bst. b). Zuständig für die Durchführung von Funkaufklärungsaufträgen ist das ZEO (Art. 1 der Verordnung über die elektronische Kriegführung und die Funkaufklärung [VEKF, SR 510.292]). Es erfasst und bearbeitet elektromagnetische Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen im Ausland und leitet die relevanten Informationen an die Auftraggeber weiter (Art. 38 Abs. 4 Bst. a NDG; Art. 2 Abs. 2 VEKF). Falls dabei Informationen über Personen im Inland anfallen, dürfen diese

grundsätzlich nur in anonymisierter Form an die Vorinstanz weitergeleitet werden (Art. 38 Abs. 4 Bst. b NDG).

Ein weiteres Mittel zur Beschaffung von Informationen über sicherheitspolitisch bedeutsame Vorgänge im Ausland sowie zur Wahrung weiterer wichtiger Landesinteressen ist die Kabelaufklärung (Art. 39 Abs. 1 NDG). Darunter ist die Überwachung internationaler Fernmeldekabel zu verstehen, was insbesondere grenzüberschreitende Glasfaserkabel und damit primär den Internetverkehr betrifft. Die Anbieter entsprechender Fernmeldedienstleistungen leiten hierzu den betreffenden Datenverkehr dem ZEO zu, welcher die Daten ähnlich wie bei der Funkaufklärung anhand von Suchbegriffen (Schlüsselwörter, Telefonnummern, IP-Adressen etc.) absucht. Das ZEO beurteilt sodann anhand des Inhalts, welche Daten es der Vorinstanz weiterleitet (Art. 42 Abs. 1 NDG). Weitergeleitet werden dürfen ausschliesslich Daten, die Informationen zu den für die Erfüllung des Auftrags definierten Suchbegriffen enthalten. Informationen über Personen im Inland dürfen grundsätzlich nur in anonymisierter Form und nur dann weitergeleitet werden, wenn sie für das Verständnis eines Vorgangs im Ausland notwendig sind (Art. 42 Abs. 2 und 3 NDG). Befindet sich sowohl der Sender als auch der Empfänger in der Schweiz, so ist die Verwendung der erfassten Signale bzw. Daten nicht zulässig; kann das ZEO 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. 39 Abs. 2 NDG).

Die Vorinstanz beurteilt nach Erhalt der Informationen die Erheblichkeit und Richtigkeit der Personendaten, bevor sie sie in einem ihrer Informationssysteme erfasst (Art. 45 Abs. 1 NDG). Erfasst werden dürfen nur Daten, die zur Erfüllung der Aufgaben gemäss Art. 6 NDG dienen. Zudem sind die Datenbearbeitungsschranken gemäss Art. 5 Abs. 5–8 NDG einzuhalten (Art. 45 Abs. 2 NDG, Art. 3 Abs. 1 VIS-NDB) und die Informationssysteme sind periodisch zu überprüfen (Art. 45 Abs. 4 NDG).

3.4 Die genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen und Aufträge zur Kabelaufklärung bedürfen der Genehmigung durch das Bundesverwaltungsgericht sowie der Freigabe durch die Vorsteherin des Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) nach vorgängiger Konsultation des Sicherheitsausschusses des Bundesrates (Art. 27 Abs. 2, Art. 29 f. und Art. 40 NDG). Die Genehmigung ist zeitlich beschränkt, kann jedoch nach demselben Verfahren um jeweils drei weitere Monate verlän-

gert werden. Nach Abschluss der Operation teilt die Vorinstanz der überwachten Person innerhalb eines Monats Grund, Art und Dauer der Überwachung mit genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen mit (Art. 33 Abs. 1 NDG). Mit der Mitteilung erfolgt eine Erläuterung der Beschwerdemöglichkeiten (Botschaft NDG, BBI 2014 2105, 2171; vgl. zur Notwendigkeit einer nachträglichen Beschwerdemöglichkeit [gemäss Art. 13 EMRK] BGE 138 I 6 E. 6.2). Die Vorinstanz kann die Mitteilung unter bestimmten Voraussetzungen aufschieben oder von ihr absehen (Art. 33 Abs. 2 NDG). Im Gegensatz zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt nach Abschluss der Funk- und der Kabelaufklärung keine Mitteilung; gemäss den Materialien sind die Funk- und die Kabelaufklärung nicht auf die Fernmeldeanschlüsse von bestimmten Personen ausgerichtet, sondern auf die Aufklärung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Informationen in Funkausstrahlung oder Kabelübermittlung aus dem Ausland (Botschaft NDG, BBI 2014 2105, 2171; GERTSCH/STÄHLI, Nachrichtendienstlicher Staatsschutz, in: Kiener/Bühler/Schindler [Hrsg.], Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band III/Teil 2, 2018, S. 428; vgl. hierzu auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte [EGMR] *Big Brother Watch und andere gegen Grossbritannien* vom 13. September 2018 [Nr. 58170/13, 62322/14 und 24960/15] § 317).

3.5 Neben der (nachträglichen) Beschwerde gegen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (vgl. vorstehend E. 3.4) besteht mit dem grund- und konventionsrechtlich geschützten Auskunftsrecht ein weiteres Verfahren zur Geltendmachung von grund- und insbesondere datenschutzrechtlichen Anliegen (vgl. BGE 144 I 126 E. 8.3.7 mit Hinweis auf BGE 138 I 6 E. 7.5.2). Normverwirklicht ist das Auskunftsrecht in Art. 8 DSG (BGE 144 I 126 E. 8.3.7; Urteil des BVGer A-4941/2014 vom 9. November 2016 E. 12.7.4 mit Hinweisen). Demnach kann jede Person bei Behörden Auskunft darüber verlangen, ob und welche Daten über sie bearbeitet werde, wobei der Anspruch aufgrund überwiegender öffentlicher Interessen, insbesondere der inneren oder äusseren Sicherheit, eingeschränkt werden kann (Art. 8 f. DSG). Dies gilt auch für Auskunftsgesuche an die Vorinstanz (Art. 63 Abs. 1 NDG), wobei Art. 63 Abs. 2 NDG als *lex specialis* für bestimmte Informationssysteme Vorbehalte statuiert: Die Auskunft wird aufgeschoben, wenn und soweit überwiegende Geheimhaltungsinteressen insbesondere im Zusammenhang mit der Erfüllung einer Aufgabe gemäss Art. 6 NDG bestehen (Art. 63 Abs. 2 NDG).

Wird die Auskunft aufgeschoben, hat der Gesuchsteller das Recht, dass der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) prüft, ob die Daten rechtmässig bearbeitet werden und ob überwiegende Geheimhaltungsinteressen den Aufschub rechtfertigen (sog. indirektes Auskunftsrecht; Art. 63 Abs. 3 und Art. 64 Abs. 1 NDG). Dieser teilt dem Gesuchsteller in einer stets gleichlautenden und nicht begründeten Mitteilung entweder mit, dass keine ihn betreffenden Daten unrechtmässig bearbeitet würden oder dass er bei der Datenbearbeitung oder betreffend den Aufschub der Auskunft Fehler festgestellt und eine entsprechende Empfehlung i.S.v. Art. 27 DSG zu deren Behebung an die Vorinstanz gerichtet habe (Art. 64 Abs. 2 NDG). Der Gesuchsteller hat die Möglichkeit, die Mitteilung und den Vollzug der Empfehlung vom Bundesverwaltungsgericht prüfen zu lassen (Art. 64 Abs. 3 und Art. 65 Abs. 1 NDG). Stellt dieses Fehler bei der Datenbearbeitung oder beim Vollzug der Empfehlung fest, richtet es eine Verfügung an die Vorinstanz (Art. 65 Abs. 2 NDG; vgl. zur Verbindlichkeit der Empfehlung des EDÖB und des Bundesverwaltungsgericht unter altem Recht BGE 138 I 6 E. 7, insbes. E. 7.4). Gegen die stets gleichlautenden und nicht begründeten Mitteilungen des EDÖB und des Bundesverwaltungsgerichts besteht kein Rechtsmittel für den Gesuchsteller (Art. 66 Abs. 2 NDG; vgl. jedoch BGE 138 I 6 E. 1.2 f.).

Leitidee hinter dem Verfahren der indirekten Auskunftserteilung ist es, die Offenlegung sensibler Informationen zu vermeiden, indem der Einzelne zwar Fragen zur Datenbearbeitung stellen kann, die Antwort dazu jedoch stellvertretend durch den EDÖB und das Bundesverwaltungsgericht entgegengenommen und geprüft wird; die eigentliche Information wird, wie vorstehend ausgeführt, aufgeschoben (vgl. BGE 138 I 6 E. 3.3.2). Sobald das Geheimhaltungsinteresse dahingefallen ist oder spätestens nach Ablauf der Aufbewahrungsdauer erteilt die Vorinstanz nach dem DSG Auskunft darüber, ob über den Gesuchsteller (in den in Art. 63 Abs. 2 NDG genannten Informationssystemen) Daten bearbeitet werden (sog. direktes Auskunftsrecht). Personen, über die keine Daten bearbeitet werden, informiert die Vorinstanz spätestens drei Jahre nach Eingang des Gesuchs über diese Tatsache (Art. 63 Abs. 5 NDG).

4.

4.1 Die Beschwerdeführenden machen geltend, dass im Rahmen der Funk- und Kabelaufklärung (potentiell) auch ihre Kommunikation überwacht werde. Darin erblicken sie eine Verletzung mehrerer verfassungs- und konventionsrechtlich geschützter Ansprüche und verlangen aus die-

sem Grund, es seien die Beschaffungsmassnahmen der Funk- und Kabelaufklärung als solche zu unterlassen bzw. keine entsprechenden Aufklärungsaufträge zu erteilen. Sie stützen ihre Begehren auf die Bestimmung von Art. 25a VwVG betreffend Verfügungen über Realakte und berufen sich zudem auf die EMRK, aus welcher sich ebenfalls ein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz ergebe.

Die Beschwerdeführenden bringen nicht vor, von einer konkreten (gegen sie gerichteten) nachrichtendienstlichen Beschaffungsmassnahme betroffen zu sein. Konkretes behördliches Handeln steht insofern nicht in Frage. Die Beschwerdeführenden argumentieren vielmehr, von der Funk- und Kabelaufklärung (potentiell) betroffen zu sein, da sie selbst regelmässig grenzüberschreitend kommunizieren würden. Entsprechend richten sich ihre Rechtsbegehren denn auch nicht gegen konkretes behördliches Handeln, sondern gegen die gesetzlich vorgesehenen Beschaffungsmassnahmen der Funk- und der Kabelaufklärung an sich. Damit verlangen sie jedenfalls im Ergebnis eine abstrakte Normenkontrolle.

Vor diesem Hintergrund ist im Folgenden ist zu prüfen, ob den Beschwerdeführenden gestützt auf Art. 25a VwVG ein Anspruch auf Erlass einer materiellen Verfügung zukommt, die Vorinstanz mithin verpflichtet gewesen wäre, auf die Begehren der Beschwerdeführenden einzutreten (vgl. nachfolgend E. 4.2). Ergibt sich, dass die Vorinstanz gestützt auf Art. 25a VwVG einen entsprechenden Anspruch zu Recht verneint hat, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob sich konventionsrechtlich – wie von den Beschwerdeführenden behauptet – ein weitergehender Anspruch auf effektiven Rechtsschutz ergibt (vgl. nachfolgend E. 4.3).

4.2

4.2.1 Die Bestimmung von Art. 25a VwVG trägt die Überschrift "Verfügung über Realakte" und will Konstellationen einer rechtlichen Überprüfung zuführen, in welchen konkretes behördliches Handeln zwar nicht in erster Linie auf die Regelung von Rechten und Pflichten gerichtet ist, aber dennoch Rechte und Pflichten berührt (sog. Realakte). Sie ist im Kontext mit der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV zu sehen, deren Verwirklichung sie im Bereich der Realakte sicherstellen soll (BGE 144 II 233 E. 4.1, 4.4 und 7.3.1; BGE 140 II 315 E. 4.4; vgl. auch BGE 130 I 369 E. 6.1; zudem HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1425–1428; BERNHARD WALDMANN, in: Basler Kommentar zur BV, 2015, Art. 29a Rz. 12; ferner BGE 128 I 167 E. 4.3). Entsprechend kann, wer ein schutzwürdiges Interesse hat und sofern sich eine Handlung auf

öffentliches Rechts des Bundes stützt sowie Rechte oder Pflichten berührt, von der zuständigen Behörde verlangen, dass sie widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft, die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt oder die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt (Art. 25a Abs. 1 VwVG). Die genannten Begehren müssen sich gegen das widerrechtliche Handeln einer zuständigen Bundesbehörde richten. Die Bestimmung von Art. 25a VwVG räumt der betroffenen Person das Recht auf ein eigenständiges, nachgeschaltetes Verwaltungsverfahren ein, das in einer beschwerdefähigen Verfügung über die Ansprüche gemäss den Bst. a–c mündet (Art. 25a Abs. 2 VwVG; vgl. zudem Art. 44 VwVG). Der Anspruch auf Erlass einer Verfügung über Realakte ist allerdings subsidiär: Ist genügender Rechtsschutz auf andere Weise möglich, besteht kein Anspruch auf Erlass einer materiellen Verfügung gestützt auf Art. 25a VwVG (BGE 144 II 233, nicht publizierte E. 6; BGE 140 II 315 E. 3.1).

4.2.2 Der Begriff des Realaktes findet sich allein in der Marginalie zu Art. 25a VwVG, wird im Gesetzestext jedoch weder verwendet noch definiert. Ein einheitliches Begriffsverständnis hat sich in der Lehre und in der Rechtsprechung bisher nicht herausgebildet (vgl. WEBER-DÜRLER/KUNZNOTTER, in: Auer/Müller/Schindler, Kommentar VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 25a VwVG Rz. 6 ff., insbes. Rz. 7, ISABEL HÄNER, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 25a Rz. 6 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1408, TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 38 Rz. 1–5 und KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013, Rz. 362–364, je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Gleichwohl ist das Begriffsverständnis zur Abgrenzung des sachlichen Anwendungsbereichs der Bestimmung von Bedeutung. In seiner jüngeren Rechtsprechung führt das Bundesgericht zum Begriff des Realaktes aus (BGE 144 II 233 E. 4.1 mit zahlreichen Hinweisen):

Mit Art. 25a VwVG sollen einer Behörde zugerechnete und wahrnehmbare Handlungen, welche widerrechtlich sein können, einer Überprüfung auf Rechtskonformität zugeführt werden. Bei den Handlungen handelt es sich um Realakte, wie die Überschrift von Art. 25a VwVG nahelegt. Realakte grenzen sich von Rechtsakten ab. Abgrenzungskriterium bildet der Erfolg, den der Verwaltungsträger mit seiner Handlung unmittelbar anstrebt. Danach heissen zur Bewirkung eines Rechtserfolgs bestimmte Verwaltungshandlungen Rechtsakte, zur Bewirkung eines blossen Taterfolgs bestimmte Handlungen Realakte. Realakte zielen auf unmittelbare Gestaltung der Faktenlage [...]. Der Begriff Handlung schliesst unter gewissen Voraussetzungen auch die Unterlassung ein [...]. Hoheitliche Realakte lassen sich wie hoheitliche Rechtsakte grundsätzlich in individuell-konkrete und generell-abstrakte unterscheiden

[...]. Zu jenen zählen etwa die klassischen polizeilichen Handlungen des Anhaltens oder des Schusswaffengebrauchs [...] oder die Euthanasie eines Hundes [...], zu diesen in aller Regel amtliche Warnungen oder Empfehlungen [...], wobei diese auch individuell-konkret sein können. [...]

Im jenem Verfahren war die Frage zu beurteilen, ob den Beschwerdeführenden gestützt auf die Bestimmung von Art. 25a VwVG Rechtsschutz gegen eine behördliche Informationskampagne als aussenwirksame Informationshandlung von generell-abstrakter Natur zusteht. Das Bundesgericht erwog, dass ein Rechtsschutz gegen entsprechende Handlungen nicht ohne Weiteres auf der Hand liege und sich auch aus den Materialien keine Antwort zu dieser Frage ergebe. Es wies in der Folge auf die Schwierigkeiten hin, Handlungen, die auf eine unmittelbare Gestaltung der Faktenlage zielen, in Unterkategorien von Realakten einzuteilen und setzte in der Folge aus teleologischen Gründen den Begriff der Handlungen mit dem Begriff der Realakte gleich. Auch die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV, so das Bundesgericht, lege dieses weite Verständnis nahe; sofern eine Streitigkeit vorliege, die im Zusammenhang mit einer individuellen schützenswerten Rechtsposition stehe, solle Anspruch auf Beurteilung durch eine richterliche Behörde bestehen. Die notwendige Einengung des Anwendungsbereichs solle durch die weiteren in Art. 25a Abs. 1 VwVG genannten Kriterien, mit dem schützenswerten Interesse und dem Berührtsein in Rechten oder Pflichten, erfolgen (BGE 144 II 233 E. 4.3 f. mit Hinweisen; vgl. auch BGE 138 I 6 E. 1.2).

4.2.3 Das streitlagenspezifische Rechtsschutzinteresse am Erlass einer materiellen Verfügung über einen Realakt ist in Art. 25a Abs. 1 VwVG über ein aktbezogenes und ein subjektbezogenes Kriterium definiert: Zum einen muss der Realakt Rechte oder Pflichten berühren, zum anderen die gesuchstellende Person ein schutzwürdiges Interesse am Erlass einer Verfügung über den Realakt besitzen. Im gleichen Sinn unterscheidet das Gesetz auch bei förmlichen Rechtsanwendungsakten zwischen dem Anfechtungsobjekt (Art. 44 VwVG) als objektbezogene und der Beschwerdebefugnis (Art. 48 VwVG) als subjektbezogene Voraussetzung der Befugnis, ein Rechtsmittel zu ergreifen. Die Bestimmung von Art. 25a VwVG fügt sich insoweit in die bestehende Ordnung zum Verwaltungsrechtsschutz ein. Sie schafft die Grundlage für ein eigenständiges, nachgelagertes Verwaltungsverfahren, welches bei gegebenen Voraussetzungen in einer Verfügung und damit in einer Anordnung der Behörde im Einzelfall über Rechte und Pflichten des Betroffenen mündet (Art. 25a Abs. 2 VwVG; zum Ganzen BGE 140 II 315 E. 2.1, 4.1 und 4.5, je mit Hinweisen; vgl. auch BGE 143 I 336 E. 4.2 [unter Verweis auf BGE 140 II 315 E. 4.5–4.7] und BGE 136 I

323 E. 4.3; MARKUS MÜLLER, Rechtsschutz gegen Verwaltungsrealakte, in: Pierre Tschannen [Hrsg.], Neue Bundesrechtspflege, 2007, S. 344; zum Ganzen auch das Urteil des BVerfG A-2992/2017 vom 27. November 2018 E. 6 f.).

Der Begriff des schutzwürdigen Interesses i.S.v. Art. 25a Abs. 1 VwVG ist nach der Rechtsprechung gleich zu verstehen wie in den übrigen Bestimmungen des VwVG, namentlich wie in Art. 48 Abs. 1 Bst. c VwVG. Das Rechtsschutzinteresse, das rechtlicher oder tatsächlicher Natur sein kann, bedeutet mithin auch hier, dass ein praktischer Nutzen verfolgt werden und das Interesse aktuell sein muss. Die Praxis prüft überdies, ob sich die Betroffenheit von derjenigen der Allgemeinheit abhebt und somit eine besondere i.S.v. Art. 48 Abs. 1 Bst. b VwVG ist. Begründet wird dies mit der gleichgerichteten Intention der Verfahrensbestimmungen von Art. 25, Art. 25a und Art. 48 VwVG, Popularbeschwerdeverfahren auszuschliessen (vgl. BGE 140 II 315 E. 4.2; Urteil des BVerfG 1C_455/2011 vom 12. März 2012 E. 4.4; Urteile des BVerfG A-5762/2012 vom 7. Februar 2013 E. 7, insbes. E. 7.3, sowie A-101/2011 vom 7. September 2011 E. 4.4.1 mit Hinweisen auf die Literatur; HÄNER, a.a.O., Art. 25a Rzn. 28 und 34 f.; ferner die Hinweise in BGE 143 I 336 E. 4.1). Dabei verlangt die Abgrenzung zur Popularbeschwerde eine sorgfältige Prüfung, ob sich die Betroffenheit von derjenigen der Allgemeinheit abhebt und somit eine besondere ist. Wo die Grenze zur unzulässigen Popularbeschwerde verläuft, ist für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen; gefordert ist eine praktisch vernünftige Abgrenzung, die sich am Rechtsschutzbedürfnis und an den weiteren Rechtsschutzmöglichkeiten orientiert (BGE 142 II 451 E. 3.4.2; Urteil des BVerfG 2C_959/2014 vom 24. April 2015 E. 3.1; vgl. ferner BGE 144 II 233 E. 8.4).

Ein Eintreten auf Begehren i.S.v. Art. 25a VwVG setzt sodann ein Berührtsein in Rechten und Pflichten und somit einen Eingriff in die persönliche Rechtssphäre der betroffenen Person voraus. Schützenswerte Rechtspositionen ergeben sich im Kontext von Art. 25a VwVG vor allem aus Grundrechten. Einzubeziehen sind aber auch rechtlich geschützte Interessen aus anderen Rechtstiteln, beispielsweise aus der Zweckbestimmung der anwendbaren Sachgesetzgebung (BGE 144 II 233 E. 7.3.1 f.; BGE 140 II 315 E. 4.3 und E. 4.6; vgl. auch BGE 143 I 336 E. 4.1 und 4.3 f. sowie das Urteil des BVerfG 2C_272/2012 vom 9. September 2012 E. 2 f.).

4.2.4 Die Rechtsprechung hat sich bereits verschiedentlich mit der Frage des hinreichenden Rechtsschutzes ausserhalb förmlicher, auf den Erlass

einer Verfügung gerichteter Verfahren befasst. Hierbei stand jeweils konkretes Verwaltungshandeln in Frage, für welches heute Art. 25a VwVG mittels eines nachgeschalteten Verwaltungsverfahrens und des Erlasses einer Verfügung (Art. 25a Abs. 2 VwVG) unter Einhaltung gewisser Voraussetzungen den Rechtsweg öffnet. So war im Zusammenhang mit dem Weltwirtschaftsforum (WEF) in Davos der Rechtsschutz im Zusammenhang mit konkretem, gegen bestimmte Personen gerichtetem polizeilichem Handeln zu beurteilen (vgl. BGE 130 I 369 und BGE 128 I 167). Weitere Verfahren betrafen nebst der bereits erwähnten nationalen Präventionskampagne als aussenwirksame Informationshandlung (vgl. vorstehend E. 4.2.2) konkrete Aufsichtsmaßnahmen im Zusammenhang mit dem Kernkraftwerk Mühleberg (BGE 140 II 315) sowie die Bewilligung zum Transport von Brennelementen auf einer Bahnstrecke (BGE 121 II 176) und den Umbau einer Fabrik, in welcher in einem biologischen Verfahren mit gentechnisch veränderten Mikroorganismen ein Heilmittel produziert werden sollte (BGE 120 Ib 379).

Ein vergleichbares, die Beschwerdeführenden betreffendes Verwaltungshandeln, welches diese in ihren Rechten oder Pflichten berührt, steht im Rahmen der vorliegend streitigen Funk- und Kabelaufklärung nicht in Frage; die Massnahmen sind nicht auf die Fernmeldeanschlüsse bestimmter Personen, sondern auf die Funkausstrahlung und die Kabelübermittlung aus dem Ausland gerichtet (vgl. vorstehend E. 3.4). Die Beschwerdeführenden bringen denn auch nicht nur – aber immerhin – vor, von Massnahmen der Funk- und Kabelaufklärung potentiell betroffen zu sein, da sie (aus beruflichen Gründen) regelmässig grenzüberschreitend kommunizieren würden. Vor diesem Hintergrund ist fraglich, ob vorliegend überhaupt eine konkrete behördliche Handlung i.S.v. Art. 25a Abs. 1 VwVG vorliegt und insofern der sachliche Anwendungsbereich der Bestimmung eröffnet ist. Diese Frage kann jedoch offenbleiben. Die Massnahme der Kabelaufklärung betrifft potentiell den gesamten grenzüberschreitenden kabelgebundenen Fernmeldeverkehr. Zudem ist unbestritten, dass ein Grossteil auch der inländischen Kommunikation grenzüberschreitend erfolgt, wobei in diesem Fall die Verwendung der erfassten Kommunikation nicht zulässig und daher auszuschneiden ist (Art. 39 Abs. 2 NDG). Die Beschwerdeführenden bringen nicht vor und es ist vor dem geschilderten Hintergrund auch nicht ersichtlich, dass sie durch die Massnahmen der Funk- und Kabelaufklärung mehr betroffen sind als andere Personen in derselben Situation. Schliesslich liegen keine besonderen Umstände vor, wie sie das Bundes-

gericht bei einer Vielzahl von Betroffenen zur Abgrenzung der Populärbeschwerde verlangt. Es fehlt insoweit vorliegend an einer besonderen Betroffenheit und somit an einem hinreichenden schutzwürdigen Interesse.

4.2.5 Darüber hinaus steht den Beschwerdeführenden, wie vorstehend erwogen, zusätzlich zum indirekten Auskunftsrecht ein grundrechtlich geschütztes und in Art. 8 DSGVO normverwirklichtes Auskunftsrecht zu (vgl. vorstehend E. 3.5). Dies stellt auch die Vorinstanz nicht in Abrede. Zum betreffenden Auskunftsrecht gehören auch die Ansprüche gemäss Art. 25 Abs. 1 DSGVO. Danach kann bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses vom verantwortlichen Bundesorgan verlangt werden, dass es das widerrechtliche Bearbeiten – dazu gehört grundsätzlich auch bereits das (elektronische) Durchsuchen und Erfassen (vgl. ISENRING/QUIBLIER, Der Preis der Sicherheit, Sicherheit & Recht 3/2017 S. 139; MATIN SIGRIST, Staatschutz oder Datenschutz? Die Vereinbarkeit präventiver Datenbearbeitung zur Wahrung der inneren Sicherheit mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, 2014, S. 94) – von Personendaten unterlässt (Bst. a), die Folgen eines widerrechtlichen Bearbeitens beseitigt (Bst. b) oder die Wiederrechtlichkeit des Bearbeitens feststellt (Bst. c). Zur Durchsetzung einer rechtmässigen Datenbearbeitung durch die Bundesorgane steht den betroffenen Personen schliesslich ein Anspruch auf Löschung bzw. Vernichtung nicht (mehr) rechtmässig bearbeiteter Personendaten zu (Art. 25 Abs. 3 Bst. a DSGVO). Gegen Verfügungen über solche datenschutzrechtlichen Ansprüche steht der Rechtsweg offen (vgl. Art. 33 Abs. 1 DSGVO), womit die betroffenen Personen die Sache einer Überprüfung durch ein unabhängiges Gericht zuführen können.

Den Beschwerdeführenden steht somit vorliegend mit dem datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht die Möglichkeit offen, die Verletzung ihrer grund- und konventionsrechtlichen Ansprüche durch Massnahmen der Funk- und der Kabelaufklärung zu rügen und eine rechtmässige Überwachung gerichtlich durchzusetzen. Es besteht somit ausserhalb des vorliegenden Verfahrens eine Rechtsschutzmöglichkeit, die wirksamen Grundrechtsschutz sicherzustellen vermag (vgl. BGE 144 I 126 E. 8.3.7). Da der Anspruch auf Erlass einer Verfügung gestützt auf Art. 25a VwVG subsidiär ist, ist die Vorinstanz auch insofern zu Recht nicht auf die Begehren der Beschwerdeführenden eingetreten, wobei anzumerken ist, dass die Beschwerdeführenden mit Schreiben vom 31. August 2017 ein entsprechendes Auskunftsbegehren gestellt haben, über welches die Vorinstanz noch formell zu entscheiden haben wird.

Bei diesem Ergebnis bleibt zu prüfen, ob die EMRK einen weitergehenden Rechtsschutzanspruch der Beschwerdeführenden festschreibt.

4.3

4.3.1 Gemäss Art. 13 EMRK hat jede Person, die sich – wie die Beschwerdeführenden – in den durch die Konvention garantierten Rechten und Freiheiten für beeinträchtigt hält und eine entsprechende Verletzung behauptet, Anspruch darauf, bei einer nationalen Instanz eine wirksame Beschwerde einzulegen; die Staaten sind verpflichtet, zum Schutz der garantierten Rechte und Freiheiten, einen effektiven Rechtsbehelf einzuführen (vgl. hierzu BGE 138 I 6 E. 6.1 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung auch des EGMR). Schliesslich kann jede Person, die behauptet, in einem durch die EMRK anerkannten Recht verletzt zu sein, den EGMR mit einer Beschwerde befassen (Individualbeschwerde; Art. 34 EMRK).

4.3.2 Zur Beschwerde vor dem Gerichtshof ist berechtigt, wer behauptet, selbst in einem seiner durch die Konvention garantierten Rechte verletzt zu sein (sog. Opfereigenschaft). Der EGMR verlangt in seiner Rechtsprechung zur Begründung der Opfereigenschaft grundsätzlich eine direkte Betroffenheit; erforderlich ist eine besondere Beziehung zwischen dem behaupteten Eingriff und der Beschwerde führenden Person (EGMR-Urteil *Quardiri gegen die Schweiz* vom 28. Juni 2011 [Nr. 65840/09] S. 7 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; JULIEN MARQUIS, *La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2017, Rz. 544 ff., insbes. Rz. 549–554 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). Nach der Rechtsprechung ist grundsätzlich weder die Popularbeschwerde (*actio popularis*) noch – als besondere Form der Popularbeschwerde – die Beschwerde unmittelbar gegen ein Gesetz zulässig (EGMR-Urteile *Big Brother Watch und andere gegen Grossbritannien* vom 13. September 2018 [Nr. 58170/13, 62322/14 und 24960/15] § 252; *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 32; *Quardiri gegen die Schweiz* vom 28. Juni 2011 [Nr. 65840/09] S. 6 f.; *Roman Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 164; *Klass und andere gegen Deutschland* vom 6. September 1978 [Nr. 5029/71] § 33). Fehlt die Beschwerdebefugnis, weist der Gerichtshof die Beschwerde als unzulässig zurück.

Im Fall *Klass und andere gegen Deutschland* ist der Gerichtshof jedoch von seinem früheren Ansatz abgegangen, wonach Personen die Anfechtung eines Gesetzes in abstracto nicht gestattet ist. Damit sollte verhindert werden, dass geheime Überwachungsmassnahmen praktisch unanfechtbar bleiben und ausserhalb der Kontrolle sowohl der nationalen Gerichte

als auch des EGMR ablaufen. Der Gerichtshof entschied daher, dass eine Person unter gewissen Voraussetzungen geltend machen kann, sie sei durch die blosse Existenz geheimer Überwachungsmaßnahmen der solche Massnahmen gestattenden Gesetze Opfer einer Verletzung ihrer durch die Konvention garantierten Freiheiten geworden, ohne behaupten zu müssen, dass solche Massnahmen tatsächlich gegen sie getroffen worden seien. Er beabsichtigte damit, im Bereich geheimer Überwachungsmaßnahmen zur Verwirklichung der in der Konvention garantierten Rechte und Freiheiten effektiven Rechtsschutz zu gewähren (EGMR-Urteil *Klass und andere gegen Deutschland* vom 6. September 1978 [Nr. 5029/71] § 34; vgl. auch MARQUIS, a.a.O., Rz. 845 ff. und 985 ff., insbes. Rz. 991). Dieser Ansatz wurde in der weiteren Rechtsprechung bestätigt (u.a. EGMR-Urteile *Liberty und andere gegen Grossbritannien* vom 1. Juli 2008 [Nr. 58243/00] § 56 f.; *Weber und Savaria gegen Deutschland* vom 29. Juni 2006 [Nr. 54934/00] § 78). Im Fall *Kenndy gegen Grossbritannien* hat der Gerichtshof seine Rechtsprechung in Bezug auf die Anfechtung eines Gesetzes präzisiert. Er hielt fest (EGMR-Urteil *Kennedy gegen Grossbritannien* vom 18. Mai 2010 [Nr. 26839/05] § 124):

Il convient de garder à l'esprit les considérations particulières justifiant que la Cour déroge, dans les affaires où sont en cause des mesures de surveillance secrète, à son approche générale déniaut aux particuliers le droit de se plaindre in abstracto d'une loi. La principale d'entre elles tient à ce qu'il importe de s'assurer que le caractère secret de pareilles mesures ne conduise pas à ce qu'elles soient en pratique inattaquables et qu'elles échappent au contrôle des autorités nationales et de la Cour (voir *Klass* et autres, précité, §§ 34 et 36). Pour se prononcer sur la question de savoir si un particulier peut se plaindre d'une ingérence du seul fait qu'il existe une législation autorisant des mesures de surveillance secrète, la Cour doit avoir égard à la disponibilité de tout recours au niveau interne et au risque que des mesures de surveillance secrète soient appliquées à l'intéressé. Lorsqu'il n'existe aucune possibilité de contester l'application de mesures de surveillance secrète au niveau interne, les soupçons et les craintes de la population quant à l'usage abusif qui pourrait être fait des pouvoirs de surveillance secrète ne sont pas injustifiés. En pareil cas, un contrôle accru par la Cour s'avère nécessaire même si, en pratique, le risque de surveillance n'est guère élevé.

In seinem Grundsatzentscheid *Roman Zakharov gegen Russland* (MARQUIS, a.a.O., Rz. 1008) hat sich der Gerichtshof im Kontext seiner bisherigen Rechtsprechung grundsätzlich zur Beschwerdebefugnis im Bereich geheimer Überwachungsmaßnahmen geäußert. Er hielt fest, der Ansatz gemäss dem Fall *Kennedy gegen Grossbritannien* sei am besten geeignet, im Bereich geheimer Überwachungsmaßnahmen effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Der Gerichtshof akzeptiert es daher, dass eine Person

behaupten kann, Opfer einer durch das blosse Bestehen geheimer Überwachungsmaßnahmen oder einer diese gestattenden Gesetzgebung begründeten Verletzung zu sein. Er knüpft das Bestehen einer Opfereigenschaft indes an zwei Voraussetzungen: Es muss erstens die Möglichkeit bestehen, dass die Person von der Gesetzgebung betroffen ist, weil sie entweder zu einer Personengruppe gehört, auf die die Gesetzgebung abzielt, oder weil die Gesetzgebung alle Nutzer von Kommunikationsdiensten direkt betrifft, indem sie ein System einrichtet, in dem die Kommunikation jeder Person überwacht werden kann (sog. potentiell Opfer). Zweitens ist zu berücksichtigen, welche Rechtsbehelfe auf der innerstaatlichen Ebene bestehen, wobei der Gerichtshof den Grad seiner Kontrolle an die Effektivität dieser Rechtsbehelfe anpasst (EGMR-Urteil *Roman Zakharov gegen Russland* vom 4. Dezember 2015 [Nr. 47143/06] § 171). Der EGMR hat diese Rechtsprechung im Entscheid zum Fall *Szabó und Vissy gegen Ungarn* bestätigt (EGMR-Urteil *Szabó und Vissy gegen Ungarn* vom 12. Januar 2016 [Nr. 37138/14] § 36–39; zum Ganzen auch MARQUIS, a.a.O., Rz. 835 ff.). Ist eine Person nicht in hinreichendem Mass betroffen und/oder bestehen andere innerstaatliche Rechtsbehelfe, liegt eine unzulässige *actio popularis* vor und der Gerichtshof erklärt die Beschwerde für unzulässig (EGMR-Urteil *Quardiri gegen die Schweiz* vom 28. Juni 2011 [Nr. 65840/09] S. 7 f.).

4.3.3 Vorliegend steht den Beschwerdeführenden, wie vorstehend bereits erwogen, mit dem datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht ein Rechtsbehelf, der wirksamen Grundrechtsschutz ermöglicht (vgl. vorstehend E. 4.2.5). Die Opfereigenschaft der Beschwerdeführenden ist daher zu verneinen, weshalb ihnen im vorliegenden Verfahren auch gestützt auf die EMRK kein Anspruch auf einen materiellen Entscheid zukommt.

4.4 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vorliegende Beschwerde (im Ergebnis) auf eine abstrakte Kontrolle der gesetzlichen Bestimmungen zur Funk- und Kabelaufklärung abzielt. Dabei ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführenden mehr als die Allgemeinheit von den streitbetreffenden Aufklärungsmassnahmen betroffen sind. Zudem steht mit dem datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht eine andere Rechtsschutzmöglichkeit offen. Es besteht daher gestützt auf die subsidiär anwendbare Bestimmung von Art. 25a VwVG kein Anspruch auf Erlass einer materiellen Verfügung. Der EGMR lässt zwar in seiner Rechtsprechung zu geheimen Überwachungsmaßnahmen ausnahmsweise auch die Beschwerde gegen gesetzliche Bestimmungen zu, um effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Das

Bestehen der Opfereigenschaft und damit der Beschwerdebefugnis ist jedoch an die Voraussetzung geknüpft, dass innerstaatlich kein wirksamer Rechtsbehelf gegen die behauptete Konventionsverletzung besteht. Dies ist vorliegend nicht der Fall, da den Beschwerdeführenden mit dem datenschutzrechtlichen Auskunftsbeglehen ein Rechtsmittel besteht, in welchem die seitens der Beschwerdeführenden geltend gemachte Verletzung ihrer grund- und konventionsrechtlichen Ansprüche überprüft werden kann. Die Vorinstanz ist daher vorliegend zu Recht nicht auf die Beglehen der Beschwerdeführenden eingetreten.

5.

Die Beschwerde erweist sich deshalb als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ergebnis sind auch die Beweisanträge, welche sich auf eine materielle Beurteilung der Streitsache beziehen, abzuweisen.

6.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens geltend die Beschwerdeführenden als unterliegend. Sie haben daher die auf Fr. 2'000.- festzusetzenden Verfahrenskosten zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 1 ff. des Reglements über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der von den Beschwerdeführenden in der Höhe von Fr. 2'000.- geleistete Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

Eine Parteientschädigung ist den Beschwerdeführenden angesichts ihres Unterliegens nicht zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG; Art. 7 ff. VGKE). Die Vorinstanz hat als Bundesbehörde ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 2'000.- werden den Beschwerdeführenden zur Bezahlung nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils auferlegt. Der von den Beschwerdeführenden in der Höhe von Fr. 2'000.- geleistete Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

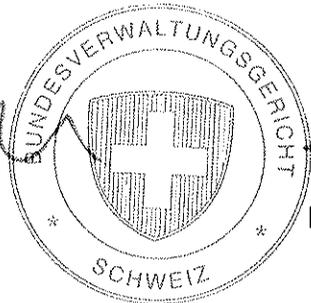
Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführenden (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Einschreiben)
- das Generalsekretariat VBS (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:


Kathrin Dietrich


SCHWEIZ


Benjamin Strässle-Kohle

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: 05. JUNI 2019