

# **BGer 1C\_377/2019 vom 1. Dezember 2020**

Bundesgericht, 2020-12-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_1C\\_377\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_1C_377_2019)

FR: TF 1C\_377/2019 du 1 décembre 2020

IT: TF 1C\_377/2019 del 1 dicembre 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gegen Endentscheide des Bundesverwaltungsgerichts steht grundsätzlich die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht offen ( Art. 86 Abs. 1 lit. a BGG ). Dies gilt auch, wenn es um Verfügungen des NDB geht: Art. 83 Abs. 1 und 4 des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst [NDG; SR 121] lässt die Beschwerde ausdrücklich zu, d.h. die Ausnahme gemäss Art. 83 lit. a BGG (innere und äussere Sicherheit der Schweiz) greift nicht (vgl. Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105 ff. [nachfolgend: Botschaft], S. 2207 zu Art. 79 Abs. 1 E-NDG).

#### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht qualifizierte das Schreiben des NDB vom 28. September 2017 als Nichteintretensentscheid hinsichtlich der Anträge Ziff. 1, 2, 4, 5 und 6; über das Gesuch Ziff. 3 (Auskunftserteilung) habe der NDB noch nicht entschieden, weshalb insofern kein zulässiges Anfechtungsobjekt vorliege. Dieser Auffassung schliessen sich die Beschwerdeführenden vor Bundesgericht an. Streitgegenstand ist daher einzig, ob die Vorinstanzen den Anspruch auf materielle Behandlung und Verfügung über die Anträge 1-2 und 4-6 zu Recht verneint haben.

#### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführenden sind als Parteien des vorinstanzlichen Verfahrens und Adressaten bzw. Adressatinnen des Nichteintretensentscheids des NDB zur Beschwerde befugt ( Art 89 Abs. 1 BGG ), und zwar ungeachtet ihrer Legitimation in der Sache. Da die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen vorliegen, ist auf die rechtzeitig erhobene Beschwerde einzutreten.

#### **E. 1.3**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht kann insbesondere die Verletzung von Bundesrecht - einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens - gerügt werden ( Art. 95 lit. a BGG ). Das Bundesgericht wendet das Bundesrecht (mit Ausnahme der Grundrechte) von Amtes wegen an ( Art. 106 BGG ). Es ist daher nicht an die Begründung der Parteien gebunden, sondern kann die Beschwerde auch aus andern als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den Entscheid mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht ( BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254 mit Hinweis).

### **E. 2**

Die Beschwerde richtet sich gegen die Funk- und die Kabelaufklärung des NDB. Diese sind Teil der nachrichtendienstlichen Informationsbeschaffung. Das NDG unterscheidet

zwischen genehmigungsfreien (Art. 13 ff.) und genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen (Art. 26 ff.) im Inland. Diese Bestimmungen gelten auch, wenn Informationen über das Ausland im Inland beschafft werden ( Art. 36 Abs. 2 NDG ). Dagegen unterliegen Beschaffungsmassnahmen im Ausland über Vorgänge im Ausland - zu denen auch die Funk- und Kabelaufklärung zählen ( Art. 38 ff. NDG ) - anderen Regeln. Sie unterliegen (mit Ausnahme der Kabelaufklärung) keiner Genehmigungspflicht, sondern werden grundsätzlich vom NDB in eigener Verantwortung betrieben (vgl. Botschaft, BBl 2014 2174 f. zu Art 35 E-NDG).

### **E. 2.1**

Die Funkaufklärung erfasst gemäss Art. 38 Abs. 1 NDG elektromagnetische Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen im Ausland (insbesondere Telekommunikationssatelliten und Kurzwellensender) und dient der Beschaffung sicherheitspolitisch bedeutsamer Informationen über Vorgänge im Ausland (Abs. 2). Zuständig ist das Zentrum für elektronische Operationen (ZEO) der Schweizerischen Armee (Art. 1 der Verordnung vom 17. Oktober 2012 über die elektronische Kriegführung und die Funkaufklärung [VEKF, SR 510.292]). Der NDB und der Nachrichtendienst der Armee können dem ZEO Funkaufklärungsaufträge für die in Art. 3 Abs. 3 VEKF genannten Zwecke erteilen; diese unterliegen (anders als Kabelaufklärungsaufträge) keiner Genehmigungspflicht und keiner gesetzlichen Befristung.

Das ZEO leitet Informationen über sicherheitspolitisch bedeutsame Vorgänge im Ausland an den NDB weiter ( Art. 38 Abs. 4 lit. a NDG ); Informationen über Vorgänge im Inland sind weiterzuleiten, wenn sie auf eine konkrete Bedrohung der inneren Sicherheit nach Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a NDG hinweisen ( Art. 38 Abs. 5 NDG ). Ansonsten sind Daten über Personen und Vorgänge im Inland, die als solche erkannt worden sind, umgehend zu vernichten ( Art. 5 Abs. 1 VEKF ). Informationen über Personen im Inland dürfen jedoch anonymisiert weitergeleitet werden, wenn sie für das Verständnis eines Vorgangs im Ausland notwendig sind ( Art. 38 Abs. 4 lit. b NDG ).

### **E. 2.2**

Die Kabelaufklärung betrifft grenzüberschreitende Signale aus leitungsgebundenen Netzen ( Art. 39 Abs. 1 NDG ), d.h. sie betrifft in erster Linie den Internetverkehr, der durch internationale Fernmeldekabel übertragen wird (E-Mail-Verkehr, Chat-Protokolle, Internet-Suchanfragen, Internettelefonie; vgl. GABRIEL GERTSCH/ARMIN STÄHLI, Nachrichtendienstlicher Staatsschutz, in: Kiener/Bühler/Schindler, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Bd. III/2, Sicherheits- und Ordnungsrecht des Bundes, Basel 2018, Rz. 65 S. 428).

Bevor der NDB dem ZEO einen Auftrag zur Kabelaufklärung erteilt, muss er die Genehmigung des Bundesverwaltungsgerichts sowie die Freigabe durch die Vorsteherin oder den Vorsteher des VBS einholen (Art. 40 f. NDG). Die Genehmigung gilt für höchstens sechs Monate und kann um jeweils höchstens drei Monate verlängert werden ( Art. 41 Abs. 3 NDG ).

Das ZEO verpflichtet die betroffenen Netzbetreiberinnen und Anbieterinnen von Fernmeldediensten, die Signale zu entschlüsseln und zu liefern ( Art. 43 NDG ; Art. 26 ff. der Verordnung über den Nachrichtendienst vom 16. August 2017 [NDV, SR 121.1]). Es durchsucht die Daten anhand der vordefinierten Suchbegriffe (Schlüsselwörter, Telefonnummern, IP-Adressen, etc.); im Rahmen der genehmigten Kategorien kann es dem

NDB zusätzliche Suchbegriffe vorschlagen ( Art. 27 Abs. 4 NDV ). Angaben über schweizerische natürliche oder juristische Personen sind als Suchbegriffe nicht zulässig ( Art. 39 Abs. 3 Satz 3 NDG ).

Befinden sich sowohl der Sender als auch der Empfänger in der Schweiz, so ist die Verwendung der erfassten Signale bzw. Daten unzulässig; kann das ZEO solche Signale nicht bereits bei der Erfassung ausscheiden, so sind die Daten zu vernichten, sobald erkannt wird, dass sie von solchen Signalen stammen ( Art. 39 Abs. 2 NDG ).

Das ZEO leitet ausschliesslich Daten an den NDB weiter, die Informationen zu den für die Erfüllung des Auftrags definierten Suchbegriffen enthalten ( Art. 42 Abs. 2 Satz 1 NDG ). 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 (Satz 2). Eine Ausnahme gilt, wenn die Daten Informationen über Vorgänge im In- oder Ausland enthalten, die auf eine konkrete Bedrohung der inneren Sicherheit der Schweiz hinweisen; diesfalls werden sie unverändert an den NDB weitergeleitet ( Art. 42 Abs. 3 NDG ).

### **E. 2.3**

Der NDB ist verpflichtet, die Erheblichkeit und Richtigkeit der ihm übermittelten Personendaten zu kontrollieren, bevor er sie in einem seiner Informationssysteme erfasst ( Art. 45 Abs. 1 NDG ). Dabei muss er insbesondere die Schranken von Art. 5 Abs. 5-8 NDG einhalten ( Art. 45 Abs. 2 NDG ; Art. 3 Abs. 1 der Verordnung vom 16. August 2017 über die Informations- und Speichersysteme des Nachrichtendienstes des Bundes [VIS-NDB; SR 121.2]). Danach dürfen grundsätzlich keine Daten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft und bearbeitet werden ( Art. 5 Abs. 5 NDG ). Eine Ausnahme gilt, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass eine Person oder Organisation ihre Rechte ausübt, um terroristische, verbotene nachrichtendienstliche oder gewalttätig-extremistische Tätigkeiten vorzubereiten oder durchzuführen (Abs. 6) sowie zur Beurteilung der Bedrohung, die von Organisationen und Gruppierungen auf der Beobachtungsliste nach Art. 72 NDG ausgehen (Abs. 8).

### **E. 2.4**

Die nicht benötigten Daten der Funk- und Kabelaufklärung sind vom ZEO so rasch wie möglich zu vernichten (Art. 38 Abs. 6 und 42 Abs. 4 NDG), spätestens im Zeitpunkt der Beendigung eines Auftrags ( Art. 4 Abs. 1 VEKF ; Art. 28 Abs. 1 NDV ). Die erfassten Kommunikationen sind spätestens 18 Monate, Verbindungsdaten spätestens 5 Jahre nach deren Erfassung zu vernichten ( Art. 4 Abs. 2 und 3 VEKF ; Art. 28 Abs. 2 und 3 NDV ).

Nach Abschluss der Funk- und Kabelaufklärung erfolgt keine Mitteilung an die betroffenen Personen (anders als bei genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen im Inland gemäss Art. 33 Abs. 1 NDG ). In der Botschaft wird dazu ausgeführt, die Funk- und Kabelaufklärung sei nicht auf die Fernmeldeanschlüsse von bestimmten Personen ausgerichtet, sondern auf die Aufklärung sicherheitspolitisch bedeutsamer Informationen aus den Ausland (BBl 2014 2171 zu Art. 32 E-NDG).

### **E. 2.5**

Die Funk- und Kabelaufklärung unterliegen nach Art. 79 NDG der Kontrolle durch eine verwaltungsinterne unabhängige Instanz (Unabhängige Instanz für die Funk- und

Kabelaufklärung UKI). Diese prüft die Funkaufklärung auf Rechtmässigkeit und beaufsichtigt den Vollzug der genehmigten und freigegebenen Aufträge zur Kabelaufklärung (Abs. 1). Sie prüft die Aufträge an den durchführenden Dienst sowie die Bearbeitung und Weiterleitung der Informationen, die dieser erfasst hat; dazu erhält sie von den zuständigen Stellen Zugang zu allen zweckdienlichen Informationen und Anlagen (Abs. 2). Aufgrund der Überprüfung kann sie Empfehlungen abgeben und insbesondere beim VBS beantragen, dass Aufträge zur Funkaufklärung eingestellt und Informationen gelöscht werden (Abs. 3).

Überdies unterliegt der NDB der Aufsicht der Unabhängigen Aufsichtsbehörde für die nachrichtendienstliche Tätigkeit (AB-ND; Art. 76 ff. NDG ) und der parlamentarischen Oberaufsicht durch die Geschäftsprüfungs- und die Finanzdelegation ( Art. 81 Abs. 1 NDG ).

### **E. 3**

Das Bundesverwaltungsgericht prüfte, ob die Beschwerdeführenden gestützt auf Art. 25a VwVG Anspruch auf die materielle Behandlung ihrer Gesuche durch den NDB haben, und verneinte dies.

#### **E. 3.1**

Zur Begründung führte es aus, die Beschwerde richte sich nicht gegen konkrete, die Beschwerdeführenden betreffende Überwachungsmaßnahmen des NDB, sondern ziele im Ergebnis auf eine abstrakte Kontrolle der gesetzlichen Bestimmungen zur Funk- und Kabelaufklärung ab. Insofern sei schon fraglich, ob überhaupt eine konkrete behördliche Handlung i.S.v. Art. 25a VwVG vorliege, die den sachlichen Anwendungsbereich dieser Bestimmung eröffne. Jedenfalls aber sei nicht ersichtlich, dass die Beschwerdeführenden mehr als die Allgemeinheit von den streitbetreffenden Aufklärungsmassnahmen betroffen seien, weshalb es am schutzwürdigen Interesse i.S.v. Art. 25a Abs. 1 VwVG fehle.

#### **E. 3.2**

Im Übrigen stehe mit dem Auskunftsbegehren nach Art. 8 des Datenschutzgesetzes vom 19. Juni 1992 (DSG; SR 235.1) ein Verfahren zur Verfügung, in welchem die Beschwerdeführenden die geltend gemachte Verletzung ihrer grund- und konventionsrechtlichen Ansprüche überprüfen lassen könnten. Zwar könne die Auskunft nach Art. 63 Abs. 2 NDG bei überwiegenden Geheimhaltungsinteressen aufgeschoben werden; diesfalls könnten die Gesuchstellenden jedoch eine Überprüfung durch den EDÖB und anschliessend durch das Bundesverwaltungsgericht verlangen ( Art. 63 ff. NDG ). Sobald das Geheimhaltungsinteresse entfallen sei, spätestens aber nach Ablauf der Aufbewahrungsdauer, müsse der NDB direkt Auskunft erteilen ( Art. 63 Abs. 5 NDG ).

Zum Auskunftsrecht gehörten auch die Ansprüche gemäss Art. 25 DSG , wonach bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses vom verantwortlichen Bundesorgan verlangt werden könne, das widerrechtliche Bearbeiten von Personendaten - zu dem auch bereits das elektronische Durchsuchen und Erfassen gehörten - zu unterlassen (lit. a), die Folgen eines widerrechtlichen Bearbeitens zu beseitigen (lit. b) oder die Widerrechtlichkeit des Bearbeitens festzustellen (lit. c). Schliesslich stehe den betroffenen Personen ein Anspruch auf Löschung bzw. Vernichtung nicht (mehr) rechtmässig bearbeiteter Personendaten zu ( Art. 25 Abs. 3 lit. a DSG ). Gegen Verfügungen über solche datenschutzrechtlichen Ansprüche stehe der Rechtsweg offen (vgl. Art. 33 Abs. 1 DSG ). In diesem Verfahren

könnten die Beschwerdeführenden somit die Verletzung ihrer grund- und konventionsrechtlichen Ansprüche durch Massnahmen der Funk- und der Kabelaufklärung rügen und eine rechtmässige Überwachung gerichtlich durchsetzen. Der Anspruch auf Erlass einer Verfügung gestützt auf Art. 25a VwVG sei subsidiär und komme auch aus diesem Grund nicht zum Zuge.

Zwar lasse der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in seiner Rechtsprechung zu geheimen Überwachungsmaßnahmen ausnahmsweise auch die Beschwerde gegen gesetzliche Bestimmungen zu, um effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten. Die Anerkennung der Opfereigenschaft und damit der Beschwerdebefugnis sei jedoch an die Voraussetzung geknüpft, dass innerstaatlich kein wirksamer Rechtsbehelf gegen die behauptete Konventionsverletzung bestehe. Dies sei vorliegend nicht der Fall.

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführenden halten die Erwägungen der Vorinstanz für bundesrechts- und EMRK-widrig.

##### **E. 4.1**

Sie machen geltend, bereits das Bestehen der Funk- und Kabelaufklärung berühre sie in ihren Grundrechten. Es handle sich um eine massenhafte und undifferenzierte Überwachung von grenzüberschreitenden Datenströmen, die potentiell auch ihren Datenverkehr betreffe. Schon dies schränke sie in ihrem Kommunikationsverhalten und ihrer Bewegungsfreiheit ein: Wer ständig damit rechnen müsse, überwacht zu werden, werde tendenziell von der Möglichkeit, über elektronische Kanäle zu kommunizieren und sich zu informieren, weniger Gebrauch machen (sog. "chilling effect").

Im Übrigen müssten die Beschwerdeführenden aufgrund ihrer vielfältigen (auch grenzüberschreitenden) elektronischen Kommunikationen und ihres beruflichen und gesellschaftlichen Engagements, insbesondere für Menschenrechte und soziale Gerechtigkeit im Internetkontext, in verstärktem Masse damit rechnen, dass sich bei der Funk- und Kabelüberwachung "Hits" aufgrund der verwendeten Suchbegriffe ergeben und ihre Kommunikation daher vom Beschwerdegegner erfasst, gespeichert und bearbeitet werde.

Speziell betroffen seien sodann die Beschwerdeführenden 4-7 als investigativ tätige Journalisten und Journalistinnen und der Beschwerdeführer 8 als Anwalt. Diese seien zur Ausübung ihres Berufs darauf angewiesen, frei von Überwachung und unter Wahrung des Quellenschutzes bzw. des Anwaltsgeheimnisses recherchieren und andere Personen kontaktieren zu können.

##### **E. 4.2**

Nach Auffassung der Beschwerdeführenden bieten die Bestimmungen des NDG zur Nichtverwendbarkeit inländischer Kommunikation und zur Anonymisierung von Informationen über Personen im Inland keinen effektiven Schutz. Von der Überwachung erfasst würden neben Kommunikationen zwischen einer Person im Inland und einer Person im Ausland z.B. auch E-Mails, die zwischen Personen im Inland über einen sich im Ausland befindenden Mailprovider verschickt werden. Gleiches gelte, wenn eine Person im Inland eine Website im Inland aufrufe, die im Ausland gehostet werde. Die Anonymisierung sei in den meisten Fällen nicht möglich, weil die Informationen im

Zeitpunkt der Weiterleitung an den NDB in der Regel noch nicht bestimmten Personen zugeordnet worden seien, d.h. das ZEO nicht wisse, ob eine Information eine Person im In- oder Ausland betreffe. Im Übrigen sei es auch bei anonymisierter Übertragung im nachhinein leicht möglich, die Identität der Person zu eruieren. Schliesslich dürften die Daten unverändert, d.h. ohne Anonymisierung, weitergeleitet werden, wenn sie nach Auffassung des ZEO Hinweise auf eine konkrete Bedrohung der inneren Sicherheit geben könnten.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführenden bestreiten, dass gegen die Funk- und Kabelaufklärung wirksamer Rechtsschutz bestehe. Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG stehe unter dem Vorbehalt von Art. 63 Abs. 2 NDG, wonach die Auskunft u.U. sehr lange aufgeschoben werden könne. Nach Abschluss der Funk- und Kabelaufklärung erfolge (anders als bei genehmigungspflichtigen Massnahmen im Inland gemäss Art. 33 NDG) auch keine Mitteilung an die überwachte Person, welche dieser nachträglichen Rechtsschutz ermöglichen würde. Betroffene erführen daher - wenn überhaupt - nur mit beträchtlicher zeitlicher Verzögerung, dass Daten von ihnen erfasst, verarbeitet und gespeichert worden seien. Im Verfahren der sog. indirekten Auskunft könne eine Überprüfung durch den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) verlangt werden. Dieser antworte jedoch in stets gleichlautender Weise (vgl. Art. 64 Abs. 2 NDG). Der Gesuchsteller erhalte keine Kenntnis von der Empfehlung des EDÖB und deren Begründung und könne keine Akteneinsicht nehmen, weshalb er die Mitteilung nicht wirksam vor Bundesverwaltungsgericht anfechten könne.

#### **E. 5**

Zu prüfen ist zunächst, welche Rechtsgrundlage einschlägig ist.

##### **E. 5.1**

Die Vorinstanzen beurteilten die Anträge der Beschwerdeführenden auf Unterlassung der Funk- und Kabelaufklärung (Anträge 1 und 2) und auf Feststellung verschiedener Grundrechtsverletzungen (Anträge 4-6) nach Art. 25a VwVG (Verfügung über Realakte). Nach dieser Bestimmung kann, wer ein schutzwürdiges Interesse hat, von der Behörde, die für Handlungen zuständig ist, die sich auf öffentliches Recht des Bundes stützen und Rechte oder Pflichten berühren, verlangen, dass sie widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft, die Folgen widerrechtlicher Handlungen beseitigt, oder die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt. Der Anspruch auf eine Verfügung nach Art. 25a VwVG besteht nicht, wenn die Gesetzgebung den Rechtsschutz gegenüber dem Realakt bewusst ausgeschlossen hat oder wenn genügender Rechtsschutz auf andere Weise möglich ist (BGE 146 V 38 E. 4.3 S. 42 mit Hinweisen; zur Publikation bestimmtes Urteil 1C\_37/2019 vom 5. Mai 2020 E. 4.1).

##### **E. 5.2**

Vorliegend fällt als andere und speziellere Rechtsschutzmöglichkeit Art. 25 DSG in Betracht. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung kann, wer ein schutzwürdiges Interesse hat, vom verantwortlichen Bundesorgan verlangen, dass es das widerrechtliche Bearbeiten von Personendaten unterlässt (lit. a), die Folgen eines widerrechtlichen Bearbeitens beseitigt (lit. b) oder die Widerrechtlichkeit des Bearbeitens feststellt (lit. c). Der Gesuchsteller oder die Gesuchstellerin kann insbesondere verlangen, dass das Bundesorgan Personendaten berichtigt, vernichtet oder die Bekanntgabe an Dritte sperrt (Abs. 3 lit. a).

Die Anspruchsvoraussetzungen von Art. 25a VwVG und Art. 25 DSG decken sich weitgehend: Die Datenbearbeitung stellt in aller Regel einen Realakt dar. Beide Bestimmungen setzen ein schutzwürdiges Interesse voraus. Die nach Art. 25a VwVG erforderliche Berührung von Rechten und Pflichten ergibt sich bei Art. 25 Abs. 1 DSG aus der Bearbeitung von Personendaten durch eine Behörde, welche das Recht auf informationelle Selbstbestimmung tangiert, wonach jede Person das Recht hat, selbst zu bestimmen, ob und zu welchem Zweck sie betreffende Informationen bearbeitet und gespeichert werden (vgl. BGE 144 I 126 E. 4.1 S. 131 mit Hinweisen). Beide Normen geben Anspruch auf Unterlassung, Folgenbeseitigung und Feststellung der Widerrechtlichkeit; die Rechtsfolgen von Art. 25 Abs. 2 und 3 DSG sind jedoch auf die Besonderheiten des Datenschutzes zugeschnitten (z.B. Berichtigungsanspruch, Bestreitungsvermerk). Art. 25 DSG ist daher als speziellere Regel anzuwenden, wenn Ansprüche im Zusammenhang mit einer widerrechtlichen Datenbearbeitung geltend gemacht werden (JAN BANGERT, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz und Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., 2014, Art. 25/25bis DSG, N. 18).

In der Literatur wird z.T. eine kumulative Anwendung beider Vorschriften befürwortet (so z.B. MONIQUE STURNY, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, 2015, Art. 25 N. 45; BERNHARD WALDMANN/JÜRIG BICKEL, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, 2011, § 12 N. 156); es ist jedoch nicht ersichtlich, inwiefern dies zu einem anderen Ergebnis führen könnte als die alleinige Abstützung auf Art. 25 DSG .

### **E. 5.3**

Im Folgenden ist daher zu prüfen, ob die Beschwerdeführenden einen Anspruch auf materielle Behandlung ihrer Gesuche aus Art. 25 DSG ableiten können.

### **E. 6**

Eintretensvoraussetzung für Ansprüche nach Art. 25 Abs. 1 DSG ist, dass ein Gesuch um Unterlassung, Folgenbeseitigung oder Feststellung eines widerrechtlichen Bearbeitens von Personendaten bei der zuständigen Behörde eingereicht wird. Die gesuchstellende Person muss partei- und prozessfähig sein und ein schutzwürdiges Interesse für ihr Begehren haben (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N. 160 S. 747 ff.). Ob eine rechtswidrige Datenbearbeitung bereits erfolgt ist, noch andauert oder droht, d.h. in naher Zukunft ernstlich zu befürchten ist, ist grundsätzlich Teil der materiellen Prüfung (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., N. 161 S. 750). Allerdings kann das Rechtsschutzinteresse fehlen, wenn bereits feststeht, dass die betreffenden Daten nicht oder nicht mehr bei der Behörde bearbeitet werden (BANGERT, a.a.O., Art. 25/25bis DSG, N. 32; Urteil des BVGer A-6067/2008 vom 30. März 2009 E. 1.3.1).

### **E. 6.1**

Die Beschwerdeführenden haben mit Gesuch an den NDB (einer Bundesbehörde) die Widerrechtlichkeit der Funk- und Kabelaufklärung geltend gemacht und deren Unterlassung verlangt.

Mit der Funk- und Kabelaufklärung werden Funksignale und grenzüberschreitende Datenströme erfasst und durchsucht. Die sich daraus ergebenden Informationen (insbesondere Kommunikationsinhalte und -randdaten) können in der Regel bestimmten Personen zugeordnet werden - wenn nicht im Zeitpunkt ihrer Erfassung, so doch

nachträglich, eventuell unter Rückgriff auf zusätzliche Informationen oder technische Möglichkeiten (vgl. dazu BGE 136 II 508 E. 3.2 S. 514 mit Hinweisen). Es handelt sich daher um Personendaten i.S.v. Art. 3 lit. a DSGVO.

Jeder Umgang mit Personendaten stellt gemäss Art. 3 lit. e DSGVO ein Bearbeiten dar, unabhängig von den angewandten Mitteln und Verfahren. Dazu gehört insbesondere auch das Beschaffen von Daten ( BGE 144 I 126 E. 4.1 S. 131). Vorliegend ist daher nicht erst das Weiterleiten von Daten an den NDB und die dort erfolgende Analyse und Speicherung von Daten relevant; bereits das elektronische Erfassen, Filtern und Durchsuchen von Daten durch das ZEO stellt eine Datenbearbeitung dar (BERNHARD ISENRING/LAURA QUIBLIER, Der Preis der Sicherheit, in: Sicherheit & Recht 3/2017 S. 139; NICOLE BERANEK ZANON/CARMEN DE LA CRUZ BÖHRINGER, in: Passadelis/Rosenthal/Thür, Handbücher für die Anwaltspraxis, Datenschutzrecht, 2015, Ziff. 9.23 S. 287). Davon ging grundsätzlich auch das Bundesverwaltungsgericht aus.

Allerdings besteht vorliegend die Besonderheit, dass sich die Gesuche der Beschwerdeführenden nicht gegen konkrete, sie betreffende Massnahmen richten, sondern gegen das gesamte System der Funk- und Kabelaufklärung, wie es im NDG und den dazugehörigen Verordnungen vorgesehen ist. Ob dies zulässig ist oder - wie das Bundesverwaltungsgericht meint - auf eine unzulässige abstrakte Normenkontrolle hinausläuft, wird im Folgenden näher zu prüfen sein (vgl. unten E. 9).

## **E. 6.2**

Art. 25 Abs. 1 DSGVO setzt weiter das Bestehen eines schutzwürdigen Interesses voraus. Dieser Begriff findet sich auch in Art. 25 Abs. 2, Art. 25a und Art. 48 Abs. 1 lit. c VwVG sowie in Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG.

### **E. 6.2.1**

Generell wird dafür vorausgesetzt, dass sich jemand in einer besonderen, nahen Beziehung zur Streitsache befindet und ihm das Verfahren einen unmittelbaren, praktischen Nutzen bringt. Zur Abgrenzung von der Popularbeschwerde und der Aufsichtsbeschwerde ( Art. 71 VwVG ) wird grundsätzlich verlangt, dass der Gesuchsteller vom angefochtenen Akt besonders, d.h. stärker als jedermann, betroffen wird: Seine Betroffenheit muss sich von derjenigen der Allgemeinheit abheben ( BGE 146 I 145 E. 4.1 mit Hinweisen). Sind viele Personen betroffen, ist massgebend, wie schwer die Einwirkungen auf den Einzelnen zu gewichten sind ( BGE 144 II 233 E. 8.4 S. 245 mit Hinweis). Wo die Grenze zur unzulässigen Popularbeschwerde verläuft, ist für jedes Rechtsgebiet gesondert zu beurteilen. Erforderlich ist eine praktisch vernünftige Abgrenzung, die sich am Rechtsschutzbedürfnis und an den weiteren Rechtsschutzmöglichkeiten orientiert ( BGE 146 I 145 E. 4.1 mit Hinweisen). Ein schutzwürdiges Interesse ist insbesondere anzuerkennen, wenn dies erforderlich ist, um hinreichenden Grundrechtsschutz nach Art. 13 oder Art. 6 EMRK zu gewährleisten (vgl. z.B. BGE 144 I 126 E. 8.3.7 S. 153 ; 128 I 167 E. 4.5 174; 123 II 402 E. 4b/aa S. 413 ; 121 I 87 E. 1b S. 91 f.).

Bei Ansprüchen nach Art. 25 Abs. 1 DSGVO wird ein schutzwürdiges Interesse grundsätzlich bejaht, wenn das Gesuch Daten betrifft, die sich direkt auf den Gesuchsteller beziehen oder Rückschlüsse auf ihn zulassen (WALDMANN/BICKEL, a.a.O., § 12 N. 160 S. 749; BANGERT, a.a.O., N. 33 f. zu Art. 25/25bis DSGVO).

### **E. 6.2.2**

Vorliegend ist streitig, inwiefern die Funk- und Kabelaufklärung Daten der Beschwerdeführenden betrifft.

Der NDB hat im vorinstanzlichen Verfahren ausgeführt, dass die Beschwerdeführenden nicht im Zusammenhang mit einem Funk- oder Kabelauftrag in der einschlägigen Datenbank verzeichnet seien. Dies bedeutet aber nur, dass sie nicht Gegenstand eines konkreten Funk- oder Kabelaufklärungsauftrags waren: Wie der NDB selbst darlegt, enthält das Informationssystem Kommunikationsaufklärung (ISCO) nur die Daten zur Steuerung der Funk- und Kabelaufklärung ( Art. 56 NDG ; Art. 56 ff. VIS-NDB ), insbesondere das Target (i.d.R. Telefonnummer), die Identitätsdaten der Zielperson sowie den Auftrag an das ZEO. Dass die Beschwerdeführenden in dieser Datenbank nicht verzeichnet sind, ist nicht verwunderlich, sind doch Angaben über schweizerische natürliche oder juristische Personen als Suchbegriffe unzulässig ( Art. 39 Abs. 3 Satz 3 NDG ). Dies schliesst jedoch nicht aus, dass Kommunikationen der Beschwerdeführenden im Rahmen von Funk- und Kabelaufklärungsaufträgen mit anderer Zielrichtung erfasst, durchsucht und eventuell auch vom ZEO gespeichert oder an den NDB weitergeleitet wurden bzw. dies in naher Zukunft ernstlich zu befürchten ist.

Bei der Funk- und Kabelaufklärung handelt sich um eine anlasslose Massenüberwachung von grenzüberschreitenden Telekommunikationsströmen. Wie die Beschwerdeführenden zutreffend darlegen, wird auch ein Grossteil der inländischen Kommunikation erfasst, der z.B. über Netzwerke und Server im Ausland erfolgt (ISENRING/QUIBLIER, a.a.O., S. 139; GERTSCH/STÄHLI, a.a.O., Rz. 70 S. 429). Zwar muss inländische Kommunikation ausgefiltert oder nachträglich gelöscht werden ( Art. 39 Abs. 2 NDG ); auch dies stellt jedoch eine Datenbearbeitung dar. Im Übrigen ist ungewiss, ob sämtliche inländische Kommunikation als solche erkannt und ausgesondert werden kann.

Insofern sind die Beschwerdeführenden potenziell von der Funk- und Kabelaufklärung betroffen. Allerdings sind sie davon nicht speziell oder intensiver, sondern gleich betroffen wie alle anderen Kommunikationsteilnehmer und Internetnutzer auch. Fraglich ist, ob dies genügt, um ein schutzwürdiges Interesse an den gestellten Begehren zu begründen.

### **E. 6.2.3**

Spezieller betroffen sind immerhin die Beschwerdeführenden 4-6 und 8 als Trägerinnen und Träger von Berufsgeheimnissen:

Die Beschwerdeführenden 4-6 sind Medienschaffende und können sich auf den Schutz des Redaktionsgeheimnisses und den Quellenschutz nach Art. 10 EMRK und Art. 17 BV berufen (vgl. BGE 144 I 126 E. 4.1 S. 131 mit Hinweisen). Der Beschwerdeführer 8 unterliegt dem Anwaltsgeheimnis (Art. 13 des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2000 über die Freizügigkeit der Anwältinnen und Anwälte [Anwaltsgesetz, BGFA; SR 935.61]). Die vertraulichen Kommunikationen zwischen Medienschaffenden und ihren Quellen bzw. zwischen Anwälten oder Anwältinnen und ihrer Klientschaft geniessen besonderen Schutz: Gezielte Massnahmen zu ihrer Überwachung sind grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. z.B. Art. 271 Abs. 1 StPO ); besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich (vgl. Art. 271 Abs. 3 StPO und Art. 16 lit. e des Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs vom 18. März 2016 [BÜPF; SR 780.1] ).

Bei einer verdachtsunabhängigen Massenüberwachung besteht die Gefahr, dass auch solche besonders vertraulichen Kommunikationen erfasst, gescannt und ausgewertet werden,

jedenfalls wenn keine besonderen Anordnungen, Verfahren und Kontrollen zu ihrem Schutz vorgesehen sind. Dies kann zu einem "

chilling effect " führen, weil Journalisten und Anwälte nicht mehr auf die Vertraulichkeit ihrer elektronischen Kommunikationen mit Quellen bzw. Mandanten vertrauen (vgl. dazu EGMR, vor der Grossen Kammer hängiges Urteil i.S.

Big Brother Watch c. Vereinigtes Königreich vom 13. September 2018 [Nrn. 58170/13, 62322/14 und 24960/15) §§ 492-495; so auch Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts 1 BvR 2835/17 vom 19. Mai 2020, Rz. 193 ff.). Es besteht insofern ein besonderes, sich vom Interesse der Allgemeinheit abhebendes Schutzbedürfnis.

### **E. 6.3**

Die aufgeworfenen Fragen können offenbleiben, wenn alle Beschwerdeführenden (unabhängig vom Bestehen eines Berufsgeheimnisses) einen Anspruch auf materielle Behandlung ihrer Gesuche aus Art. 13 EMRK ableiten können. Dies ist im Folgenden zu prüfen, unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR zum gebotenen Rechtsschutz gegen geheime Überwachungsmassnahmen (unten E. 7-8) und der Gegenargumente des Bundesverwaltungsgerichts (unten E. 9).

### **E. 7**

Art. 13 EMRK gewährleistet mindestens, dass eine Person, die in vertretbarer Weise behauptet, Opfer einer Konventionsverletzung zu sein, bei einer nationalen Instanz eine wirksame Beschwerde einlegen kann. Dies muss nicht zwangsläufig ein Rechtsmittel an ein Gericht sein, sondern es genügt eine Beschwerdemöglichkeit an eine hinreichend unabhängige Verwaltungsbehörde. Die Wirksamkeit der Beschwerde beurteilt sich nach den Befugnissen der Behörde, den angefochtenen Akt gegebenenfalls aufzuheben bzw. dessen Auswirkungen beheben zu können; überdies müssen die notwendigen minimalen Verfahrensrechte gewährleistet sein, insbesondere der Anspruch auf rechtliches Gehör und auf die Begründung von Entscheiden (vgl. zum Ganzen BGE 138 I 6 E. 6.1 S. 31 mit Hinweisen; Urteile des EGMR

Leander gegen Schweden vom 26. März 1987, Série A Bd. 116 § 77 PCourEDH, A 116;

Wille gegen Liechtenstein vom 28. Oktober 1999, Recueil CourEDH 1999 VII 331 § 75, je mit Hinweisen).

### **E. 7.1**

Im Zusammenhang mit geheimen Überwachungsmassnahmen kann der Anspruch auf wirksamen Rechtsschutz eingeschränkt oder aufgeschoben werden, wenn und solange überwiegende Geheimhaltungsinteressen dies rechtfertigen und das Überwachungssystem insgesamt mit Art. 8 EMRK vereinbar ist (vgl. BGE 138 I 6 E. 6.2 S. 32 f. mit zahlreichen Hinweisen). Dazu ist jeweils eine Gesamtschau vorzunehmen. Zu prüfen ist, ob das Gesetz angemessene und wirksame Garantien gegen Missbrauch vorsieht, unter Berücksichtigung nicht nur der materiellen Garantien (Umfang, Dauer und Art der Überwachungsmassnahmen, Voraussetzungen ihrer Anordnung, usw.), sondern auch der innerstaatlich zur Verfügung stehenden Kontroll- und Beschwerdemöglichkeiten und ihrer Effizienz (vgl. BGE 138 I 6 E. 6.2 S. 32 f.; Urteile

Klass und Mitbeteiligte gegen Deutschland vom 6. September 1978, Série A Bd. 28 §§ 50 ff.; Urteil

Kennedy gegen Vereinigtes Königreich vom 18. Mai 2010, §§ 153 und 166 f.; Urteil der Grossen Kammer

Roman Zakharov gegen Russland vom 4. Dezember 2015, § 232; zitiertes Urteil

Big Brother Watch , §§ 307 ff.). Insofern lassen sich die materiellen und formellen Anforderungen an geheime Überwachungssysteme nur schwer trennen; dies erschwert die Formulierung von allgemeingültigen Aussagen zum minimalen Rechtsschutz (BASIL CUPA, Rechtsschutz gegen präventive Überwachungsmassnahmen am Beispiel des Nachrichtendienstes des Bundes, Diss. Zürich 2014, Rz. 136 S. 67). Dieser muss jedenfalls so wirksam wie möglich ausgestaltet werden ( BGE 138 I 6 E. 6.2 S. 32; zitiertes Urteil Leander , §§ 78 und 84).

## **E. 7.2**

Art. 13 EMRK ist vor dem Hintergrund der Subsidiarität der Individualbeschwerde an den EGMR zu sehen ( Art. 35 Ziff. 1 EMRK ). Jede Person, die nach Art. 34 EMRK befugt ist, Beschwerde wegen der Verletzung von Konventionsrechten an den EGMR zu führen, muss daher die Möglichkeit haben, ihre Ansprüche zuvor von einem innerstaatlichen Gericht oder mindestens einer unabhängigen innerstaatlichen Behörde überprüfen zu lassen ( BGE 138 I 6 E. 1.3.2 S. 13 f.).

### **E. 7.2.1**

Zur Individualbeschwerde an den EGMR ist nach Art. 34 EMRK jede Person berechtigt, die in vertretbarer Weise behauptet, in einem durch die EMRK anerkannten Recht verletzt zu sein. Grundsätzlich wird verlangt, dass die Person direkt von einem Vollzugsakt betroffen ist, d.h. Art. 34 EMRK erlaubt i.d.R. nicht, sich gegen ein Gesetz in abstracto zu wenden, mit der Begründung, dass es die Konvention verletze (zitiertes Urteil

Klass , § 33 mit Hinweisen; Urteil O

uardiri gegen Schweiz vom 28. Juni 2011 [Nr. 65840/09], in: Plädoyer 2011/4 S. 66; AJP 2012 557).

### **E. 7.2.2**

Ausnahmen von diesem Grundsatz werden jedoch insbesondere bei geheimen Überwachungsmassnahmen zugelassen. Beschwerdeführenden soll damit die Möglichkeit eröffnet werden, an den Gerichtshof zu gelangen, wenn sie wegen des geheimen Charakters der angegriffenen Massnahmen keine konkrete, sie persönlich berührende Massnahme angeben können. Nach Ansicht des Gerichtshofes müssen die Verfahrensvorschriften der Konvention in einer Art und Weise angewendet werden, die dazu dient, das System der Individualbeschwerde wirksam werden zu lassen ("

effet utile "). Unter gewissen Voraussetzungen kann eine Person daher geltend machen, sie sei durch die blosse Existenz geheimer Massnahmen oder der solche Massnahmen gestattenden Gesetze Opfer einer Konventionsverletzung geworden (zitiertes Urteil

Klass, § 34).

Im bereits erwähnten Grundsatzentscheid der Grossen Kammer

Roman Zakharov ( § 171) differenzierte der EGMR die Anforderungen an die Beschwerdebefugnis, je nachdem, ob innerstaatlich wirksamer Rechtsschutz besteht. Ist

dies nicht der Fall, so ist jedermann, der in den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt, befugt, dagegen Beschwerde vor dem EGMR zu erheben, ohne auch nur behaupten zu müssen, konkret Opfer von Überwachungsmaßnahmen geworden zu sein. Besteht dagegen innerstaatlich wirksamer Rechtsschutz, müssen die Beschwerdeführenden darlegen, mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit dem Risiko einer solchen Überwachung ausgesetzt zu sein ("

probabilité raisonnable"; vgl. zu diesem Kriterium EGMR, zitiertes Urteil Kennedy, § 122).

### **E. 7.2.3**

Im zitierten Urteil

Big Brother Watch wandte der EGMR diese Grundsätze auf eine Beschwerde gegen das britische System der Massenüberwachung von Datenströmen sowie des Austauschs von Daten mit anderen Nachrichtendiensten an. Die Beschwerdebefugnis (Opferstellung) der beschwerdeführenden Personen und Organisationen wurde von der britischen Regierung weitgehend anerkannt und nur für den Datenaustausch zwischen Geheimdiensten bestritten (vgl. § 390). Der EGMR ging davon aus, dass im Vereinigten Königreich wirksamer Rechtsschutz durch das

Investigatory Powers Tribunal (IPT) gewährleistet sei, einem unabhängigen Spezialgericht mit weitreichenden Untersuchungsbefugnissen, an das sich alle wenden können, die vermuten, Opfer einer geheimen Überwachungsmaßnahme zu sein, ohne dies nachweisen zu müssen (vgl. §§ 250 ff.). Der EGMR verlangte daher für die Beschwerdebefugnis die Glaubhaftmachung eines konkreten Risikos, dass Daten der Beschwerdeführenden vom Austausch zwischen den Geheimdiensten betroffen seien, was er bejahte (§§ 393 f.).

## **E. 8**

Im Folgenden sind diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall anzuwenden.

### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführenden machen in vertretbarer Weise eine Verletzung ihrer durch die EMRK und - inhaltlich übereinstimmend - durch die Bundesverfassung geschützten Grundrechte geltend: Das Erfassen, Durchsuchen, Speichern und Weiterleiten von Daten stellt einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung dar, die durch Art. 8 EMRK und Art. 13 BV geschützt sind. Sofern Kommunikationen von Medienschaffenden betroffen sind, ist auch Art. 10 EMRK und Art. 17 BV berührt. Für die Eintretensfrage kann daher offenbleiben, ob und inwiefern weitere Grundrechte von der Funk- und Kabelaufklärung berührt werden.

### **E. 8.2**

Da mit der Funk- und Kabelüberwachung breite Funk- und Datenströme erfasst werden, besteht das Risiko, dass auch Daten der Beschwerdeführenden bearbeitet werden (vgl. oben E. 6.2). Ob beim Durchsuchen dieser Daten "Hits" erzielt und Informationen an den NDB weitergeleitet und gespeichert werden, hängt von den verwendeten Suchbegriffen ab und kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden. Auch wenn dies nicht der Fall sein sollte, d.h. die Daten vom ZEO nur zwischengespeichert oder sogar sofort gelöscht werden, stellt schon das Erfassen und Durchsuchen von Daten einen grundrechtsrelevanten Eingriff dar, der die für Art. 13 und 8 EMRK nötige minimale Intensität erreicht (entgegen der vom

NDB vorinstanzlich vertretenen Auffassung) : Es handelt sich um eine geheime Überwachung von vertraulichen Kommunikationen (Inhalte und Randdaten), die in der Regel dem Fernmeldegeheimnis unterliegen und z.T. durch Berufsgeheimnisse besonders geschützt sind. Im zitierten Entscheid

Big Brother Watch (§ 338) verlangte der EGMR deshalb schon auf dieser Stufe Vorkehren zur Einschränkung des behördlichen Ermessens und zum Schutz vor Missbrauch.

Im Übrigen lässt sich der Regelung in Art. 4 VEKF und Art. 28 NDV entnehmen, dass gewisse Daten auch längerfristig beim ZEO gespeichert werden. Dies gilt insbesondere für Verbindungsdaten, die maximal 5 Jahre lang gespeichert und z.T. für weitere Aufträge verwendet werden dürfen ( Art. 4 Abs. 4 VEKF ; zur Randdatenspeicherung BGE 144 I 126 E. 4.2 S. 133 mit Hinweisen; zitiertes Urteil

Big Brother Watch §§ 355-357; zitiertes Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 19. Mai 2020, Rz. 153 und 191).

### **E. 8.3**

Nach dem Gesagten besteht eine hinreichende Wahrscheinlichkeit ("probabilité raisonnable"), dass Daten der Beschwerdeführenden von geheimen Massnahmen der Funk- und Kabelaufklärung betroffen werden, weshalb ihre "Opfereigenschaft" nach Art. 13 und 34 EMRK grundsätzlich zu bejahen ist.

### **E. 9**

Näher zu prüfen ist das Argument des Bundesverwaltungsgerichts, die Beschwerdeführenden hätten die Möglichkeit, über das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht konkrete, sie betreffende Überwachungsmaßnahmen anzufechten, und seien daher nicht darauf angewiesen, eine "abstrakte" Kontrolle der gesetzlichen Regelung der Funk- und Kabelaufklärung zu verlangen, was auf eine unzulässige abstrakte Normenkontrolle hinauslaufe.

#### **E. 9.1**

Der Gesetzgeber hat eine abstrakte Normenkontrolle nur für kantonale Erlasse vorgesehen ( Art. 82 lit. b und Art. 87 BGG ), nicht aber für Bundeserlasse. Deren abstrakte Überprüfung kann grundsätzlich auch nicht auf dem Umweg über eine Feststellungsverfügung herbeigeführt werden (Urteil 1P.560/1999 vom 14. Februar 2000, E. 2c; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., 2013, Rz. 340 S. 122). Personen, die sich durch bundesrechtlich vorgesehene Massnahmen in ihren Grundrechten verletzt fühlen, sind daher darauf angewiesen, konkrete, sie betreffende Vollzugsakte anzufechten.

Zwar sind Bundesgesetze neben Völkerrecht für das Bundesgericht massgebend ( Art. 190 BV ), d.h. das Bundesgericht muss auch Gesetze, die sich nicht verfassungskonform auslegen lassen, anwenden und kann lediglich den Gesetzgeber einladen, die fragliche Bestimmung zu ändern ( BGE 141 II 338 E. 3.1 S. 340 ; 140 I 305 E. 5 S. 310; je mit Hinweis). Besteht allerdings ein echter Normkonflikt zwischen Bundes- und Völkerrecht, so geht grundsätzlich die völkerrechtliche Verpflichtung der Schweiz vor und eine dem Völkerrecht entgegenstehende Bundesgesetzgebung bleibt regelmässig unanwendbar. Dies gilt uneingeschränkt für Abkommen wie die EMRK, die Menschen- oder Grundrechte zum Gegenstand haben (grundlegend BGE 125 II 417 E. 4d S. 424 ff; ständige Rechtsprechung;

vgl. BGE 144 I 126 E. 3 S. 130 mit Hinweisen; zur Publikation bestimmtes Urteil 1C\_379/2020 vom 27. Juli 2020 E. 2.1). Insofern genügt die konkrete Kontrolle von Vollzugsakten grundsätzlich, um einen wirksamen Grundrechtsschutz sicherzustellen.

Davon geht, wie aufgezeigt (oben E. 7.2), auch die Rechtsprechung des EGMR aus, wonach in der Regel nur Vollzugsakte mit Individualbeschwerde angefochten werden können. Ein Abweichen von diesem Grundsatz ist nur gerechtfertigt, wenn es den Beschwerdeführenden nicht möglich oder nicht zumutbar ist, einen Anwendungsakt abzuwarten oder zu verlangen und diesen innerstaatlich anzufechten (vgl. JULIEN MARQUIS, *La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Diss. Genf 2017, Rz. 1017, 1032 ff., 1041).

## **E. 9.2**

Das Bundesverwaltungsgericht verwies vorliegend auf die Möglichkeit, ein Auskunftsbegehren nach Art. 8 DSGVO zu stellen und im Anschluss daran Rechtsschutz gemäss Art. 25 i.V.m. 33 DSGVO zu erhalten. Es führte aus, den Beschwerdeführenden stünde mit dem datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht die Möglichkeit offen, die Verletzung ihrer grund- und konventionsrechtlichen Ansprüche durch Massnahmen der Funk- und Kabelaufklärung zu rügen und eine rechtmässige Überwachung gerichtlich durchzusetzen. Es ging also davon aus, dass es den Beschwerdeführenden möglich sei, Auskunft über konkrete, sie betreffende Massnahmen der Funk- und Kabelaufklärung zu erhalten und diese anschliessend gerichtlich überprüfen zu lassen.

Dies überzeugt nicht: Die mit der Funk- und Kabelaufklärung verbundenen Massnahmen sind geheim und werden den Betroffenen auch nachträglich nicht bekannt gegeben. Wie im Folgenden darzulegen sein wird, ermöglicht auch der datenschutzrechtliche Auskunftsanspruch keinen wirksamen Rechtsschutz gegen solche Massnahmen im Einzelfall.

### **E. 9.2.1**

Gemäss Art. 63 NDG wird die Auskunft aufgeschoben, wenn überwiegende Interessen an einer Geheimhaltung bestehen (Abs. 2), maximal bis zum Ende der Aufbewahrungsdauer der Daten (Abs. 4). Diese kann u.U. mehrere Jahrzehnte betragen (vgl. z.B. Art. 21 VIS-NDB zur Datenbank IASA NDB: Aufbewahrungsdauer bis zu 45 Jahre). Art. 36 Abs. 5 NDG sieht zwar vor, dass der NDB Daten aus Beschaffungen im Ausland, die mit genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen vergleichbar sind, gesondert abspeichern kann, wenn der Umfang der Daten, die Geheimhaltung oder die Sicherheit dies erfordert; derartige Daten unterliegen einer maximalen Aufbewahrungsdauer von drei Jahren ( Art. 70 Abs. 3 VIS-NDB ). Es handelt sich jedoch um eine Kann-Vorschrift, deren Anwendungsbereich unklar ist.

### **E. 9.2.2**

Auch nach Wegfall des Geheimhaltungsinteresses kann mit einem Auskunftsersuchen an den NDB im Wesentlichen nur in Erfahrung gebracht werden, ob dieser Daten einer Person in seinen Informationssystemen speichert. Ob auch die Herkunft der gespeicherten Daten aus der Funk- und Kabelaufklärung mitgeteilt wird, ist ungewiss - dies wäre jedoch Voraussetzung für die Geltendmachung von Folgeansprüchen wegen widerrechtlicher Datenbearbeitung im Rahmen der Funk- und Kabelaufklärung. Gemäss Art. 8 Abs. 2 lit. a DSGVO schliesst die Auskunft "verfügbare Angaben" zur Herkunft der Daten ein. Dies würde

voraussetzen, dass alle Informationen aus der Funk- und Kabelaufklärung bei der Überführung in die allgemeinen Informationssysteme des NDB als solche gekennzeichnet werden.

### **E. 9.2.3**

Jedenfalls aber stellen die in den Informationssystemen des NDB gespeicherten Daten nur einen Bruchteil der im Rahmen der Funk- und Kabelaufklärung erfassten, vom ZEO durchsuchten, gefilterten und sonstwie bearbeiteten Daten dar. Nach den Feststellungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts zur Auslands-Telekommunikationsüberwachung in Deutschland werden täglich aus den zugänglich gemachten Datenströmen aufgrund eines mehrstufigen und vollautomatisierten Filterungs- und Auswertungsprozesses ca. 270'000 Telekommunikationsvorgänge sowie eine um mehrere Grössenordnungen höhere Menge von Verbindungsdaten selektioniert, gespeichert und anschliessend manuell auf ihre nachrichtendienstliche Relevanz überprüft, wobei durchschnittlich nur rund 260, d.h. 1 o/oo, als relevant identifiziert und weitergeleitet werden (zitiertes Urteil vom 19. Mai 2020, Rz. 24 f.). Es ist nicht auszuschliessen, dass die Grössenverhältnisse in der Schweiz vergleichbar sind.

Ein Auskunftsgesuch an das ZEO (oder an den NDB über die beim ZEO gespeicherten Daten gemäss Art. 8 Abs. 4 DSGVO) würde nicht weiterhelfen, denn die dort bearbeiteten Daten sind (soweit überhaupt noch vorhanden) in der Regel noch nicht nach Personen aufgeschlüsselt und damit nicht auffindbar.

### **E. 9.2.4**

Das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG gewährleistet per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK, sondern stellt einen objektiven Kontrollmechanismus dar, welcher den Aufschub des Beschwerderechts teilweise kompensieren kann (BGE 138 I 6 E. 6.3 S. 33 und E. 7 S. 34 ff.). Es erscheint jedoch nicht gewährleistet, dass sich die Kontrolle des EDÖB und des Bundesverwaltungsgerichts auf die Datenbearbeitung im Rahmen der Funk- und Kabelaufklärung erstreckt; hierfür kann auf das zum datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht Gesagte verwiesen werden.

### **E. 9.3**

Unter diesen Umständen ist es den Beschwerdeführenden nicht möglich, konkrete, sie betreffende Massnahmen der Funk- und Kabelaufklärung anzufechten. Sie sind deshalb darauf angewiesen, das "System" der Funk- und Kabelaufklärung in der Schweiz überprüfen zu lassen.

Dabei handelt es sich - entgegen der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts - nicht um eine abstrakte Normenkontrolle. Gegenstand der Prüfung ist nicht das Gesetz als solches, sondern die vermutete Erfassung von Daten der Beschwerdeführenden in der Funk- und Kabelaufklärung. Gefragt wird deshalb nicht, ob die Bestimmungen des NDG zur Funk- und Kabelaufklärung verfassungs- und konventionskonform gehandhabt werden könnten, sondern ob die (vermutete) Bearbeitung von Daten der Beschwerdeführenden im aktuellen System der Funk- und Kabelaufklärung deren Grundrechte verletzt. Dabei sind nicht nur die gesetzlichen Grundlagen, sondern auch allfällige interne Richtlinien und Weisungen, die effektive Vollzugspraxis von NDB und ZEO sowie die tatsächliche Kontrollpraxis der Aufsichtsbehörden zu berücksichtigen (vgl. oben E. 7.2.3).

### **E. 9.4**

Zwar sind gewisse Einschränkungen des Rechtsschutzes bei geheimen Überwachungsmassnahmen zulässig; dies setzt jedoch voraus, dass das Gesamtsystem den Anforderungen von Art. 8 EMRK und Art. 13 BV genügt (vgl. oben E. 7.1). Dies muss auf entsprechende Rüge hin mindestens von einer unabhängigen Behörde überprüft werden können, bevor die betroffenen Personen mit Individualbeschwerde an den EGMR gelangen (oben E. 7.2).

Im zitierten Urteil

Big Brother Watch (§ 255 f.) betonte der EGMR die zentrale Bedeutung des innerstaatlichen Rechtsschutzes bei der Überprüfung von geheimen Massenüberwachungssystemen. Ohne die sorgfältige Prüfung von Funktionsweise und Umfang solcher Systeme durch die innerstaatlichen Gerichte, unter Berücksichtigung auch von vertraulichen Unterlagen zur Vollzugspraxis, sei es dem Gerichtshof unmöglich, die EMRK-Konformität solcher Regime zu kontrollieren. Es sei Aufgabe der nationalen Gerichte, die schwierige Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen vorzunehmen, bevor diese vom EGMR überprüft würden. Dies setzt vorliegend voraus, dass auf die Gesuche der Beschwerdeführenden nach Art. 25 Abs. 1 DSG eingetreten wird.

Dies entspricht dem Vorgehen im Fall BGE 144 I 126 . Damals machten die Beschwerdeführer geltend, die Speicherung und Aufbewahrung ihrer Telekommunikationsranddaten widerspreche den Garantien der EMRK und der Bundesverfassung. Der Dienst Überwachung Post und Fernmeldeverkehr (ÜPF) trat auf die Feststellungs- und Unterlassungsbegehren der Beschwerdeführer ein, obwohl die streitige Verpflichtung in einem formellen Bundesgesetz verankert war (Art. 15 Abs. 3 des bis zum 28. Februar 2018 geltenden Bundesgesetzes betreffend die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs [aBÜPF]) und die Beschwerdeführenden von der gesetzlich vorgesehenen Randdatenspeicherung nicht mehr, sondern gleich betroffen waren wie alle anderen Fernmeldeteilnehmerinnen und -teilnehmer in der Schweiz. Damit ermöglichte er eine unabhängige Überprüfung des Systems der Randdatenspeicherung durch das Bundesverwaltungsgericht.

## **E. 10**

Aus obigen Gründen haben die Beschwerdeführenden somit Anspruch auf materielle Beurteilung ihrer Anliegen. Näher zu prüfen ist noch, auf welche ihrer Begehren eingetreten werden muss.

### **E. 10.1**

Mit den Begehren 1 und 2 wird die Unterlassung der Funk- und Kabelaufklärung verlangt ( Art. 25 Abs. 1 lit. a DSG ). Grundsätzlich beschränkt sich das schutzwürdige Interesse der Beschwerdeführenden auf den Schutz ihrer eigenen Daten und allenfalls (für die Beschwerdeführenden 4-6 und 8) der Daten ihrer Quellen und ihrer Klientschaft (vgl. oben E. 6.2.3). Allerdings stellt sich die Frage, ob es technisch möglich ist, die Daten einzelner Personen von der Funk- und Kabelaufklärung auszunehmen. Dies erscheint zweifelhaft, aufgrund der grossen Menge an ausgeleiteten und durchsuchten Daten und der Tatsache, dass diese erst in einer späten Phase bestimmten Personen zugeordnet werden. Es kann daher nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass die Einstellung der Funk- und Kabelaufklärung das einzige Mittel sein könnte, um einen wirksamen Grundrechtsschutz für die Beschwerdeführenden sicherzustellen. Unter diesen Umständen ist auf die Begehren 1 und 2 einzutreten; es wird Sache der materiellen Beurteilung sein, ob und inwieweit die

Unterlassungsansprüche begründet sind.

### **E. 10.2**

Mit den Begehren 4-6 wird die Feststellung der Verletzung von Grund- und Konventionsrechten beantragt. Nach ständiger Praxis sind Feststellungsanträge subsidiär; sie sind nur zulässig, wenn das schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut mit einer rechtsgestaltenden Verfügung gewahrt werden kann ( BGE 126 II 300 E. 2c S. 303 f. mit Hinweisen). Dies gilt insbesondere im Verhältnis zu Unterlassungsansprüchen nach Art. 25 Abs. 1 lit. a DSG (BANGERT, a.a.O., Art. 25/25bis DSG, N. 78) : Diese setzen die Widerrechtlichkeit der Datenbearbeitung voraus, weshalb der Feststellung der Widerrechtlichkeit neben der Unterlassungsanordnung keine eigenständige Wirkung zukommt. Die Feststellungsanträge können daher nicht als Haupt-, sondern lediglich als Eventualanträge entgegengenommen werden.

### **E. 11**

Da der NDB auf die Begehren der Beschwerdeführenden nicht eingetreten ist, wäre die Sache grundsätzlich an ihn zurückzuweisen. Allerdings hat er in seinen Vernehmlassungen vor Bundesverwaltungsgericht ausführlich dargelegt, weshalb er die Funk- und Kabelaufklärung als verfassungs- und EMRK-konform erachtet. Er beantragte, von einer Rückweisung an ihn sei abzusehen, weil er das Gesuch, wäre er darauf eingetreten, ohne jeden Zweifel abgewiesen hätte. Eine Rückweisung an den NDB würde unter diesen Umständen einen Leerlauf darstellen. Es rechtfertigt sich daher, die Sache an das Bundesverwaltungsgericht zurückzuweisen.

Dieses wird zu prüfen haben, ob die Funk- und Kabelaufklärung Grund- und Konventionsrechte der Beschwerdeführenden verletzt und, wenn ja, welche Rechtsfolge daran zu knüpfen ist. Bei der gebotenen Prüfung, ob das geltende Regime der Funk- und Kabelaufklärung angemessenen und wirksamen Schutz vor Missbrauch bietet (vgl. zu den diesbezüglichen Prüfungspunkten EGMR, zitiertes Urteil

Big Brother Watch , insbesondere §§ 314 ff., §§ 328 - 383), sind nicht nur die gesetzlichen Grundlagen, sondern auch die Vollzugspraxis und die Effektivität der vorgesehenen Kontrollmechanismen zu berücksichtigen (oben E. 7.1 und 9.3; BGE 138 I 6 E. 7.4 S. 35 f.). Soweit nötig werden hierfür Berichte von Überwachungs- und Aufsichtsinstanzen sowie sachverständiger Personen und Verbände einzuholen sein.

### **E. 12**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind keine Kosten zu erheben ( Art. 66 Abs. 4 BGG ). Der Bund (NDB) hat die Beschwerdeführenden für die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu entschädigen ( Art. 68 BGG ; Art. 64 VwVG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.