

REGIERUNGSRAT

Regierungsgebäude, 5001 Aarau
Telefon 062 835 12 40, Fax 062 835 12 50
regierungsrat@ag.ch
www.ag.ch/regierungsrat

A-Post Plus
Nachrichtendienst des Bundes
Papiermühlestrasse 20
3014 Bern

7. September 2022

Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG); Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 18. Mai 2022 sind die Kantonsregierungen eingeladen worden, zur Revision des Bundesgesetzes über den zivilen Nachrichtendienst Stellung zu nehmen.

Der Regierungsrat bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Er erachtet es für die Sicherheit der Schweiz als zentral, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) und die kantonalen Vollzugsbehörden mit den für eine effektive Aufgabenerfüllung notwendigen Rechtsgrundlagen ausgestattet werden.

Die Revision des Bundesgesetzes über den zivilen Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz; NDG) enthält einige bedeutende Neuerungen. Insbesondere wird die nachrichtendienstliche Datenerhaltung gemäss dem revidierten Datenschutzgesetz vom 25. September 2020 neu geregelt; anstelle zahlreicher einzelner Informationssysteme werden die Arten und Kategorien von nachrichtendienstlichen Daten sowie der Zugriffe festgelegt. Des Weiteren werden zusätzliche Massnahmen zur Früherkennung und Verhinderung von Gewaltextremismus, eine genehmigungspflichtige Massnahme zur Aufklärung der Finanzierung von schweren Bedrohungen der Sicherheit der Schweiz sowie Anpassungen formeller Natur in der Vernehmlassung vorgeschlagen.

Der Regierungsrat stimmt den vorgeschlagenen Neuerungen grundsätzlich zu.

Insbesondere erachtet der Regierungsrat die Ausdehnung des Auftrags des NDB auf sicherheitspolitisch bedeutsame Vorgänge im Cyberraum als zeitgemäss und notwendig und unterstützt die vorgeschlagenen Änderungen von Art. 6 NDG. Der NDB muss solche Cybervorfälle nachrichtendienstlich identifizieren, verhindern und analysieren können. Um die nachrichtendienstliche Frühwarnung zum Schutz kritischer Infrastrukturen gewährleisten zu können, muss der NDB Kontakte zu den Betreiberinnen und Betreibern kritischer Infrastrukturen etablieren und pflegen können. Mit einer Ergänzung von Abs. 5 in Art. 6 NDG wird dazu die gesetzliche Grundlage geschaffen.

Des Weiteren stimmt der Regierungsrat der Ausdehnung der genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen für die Früherkennung und Verhinderung von gewaltextremistischen Aktivitäten ausdrücklich zu, wenn diese die Sicherheit schwerwiegend bedrohen (Art. 27 NDG). Wie in den Erläuterungen des Bundesrats aufgezeigt wird, kann die Gewaltbereitschaft von Organisationen und Personen zu Handlungen führen, die ein terroristisches Ausmass annehmen (beispielsweise Anschlag in Halle [Deutschland]). Beim Erlass des NDG wurden genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten noch ausgenommen, doch

zeigen die Ereignisse im Ausland, dass solche Aktivitäten Ausmasse annehmen können, die die innere oder äussere Sicherheit schwer bedrohen.

Schliesslich wird auch die neue genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahme zum Einholen von Daten bei Finanzintermediären gemäss Art. 2 des Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung (Geldwäschereigesetz) vom 10. Oktober 1997 begrüsst. Sie ermöglicht es bei schweren Bedrohungen der Sicherheit der Schweiz, beispielsweise Finanzflüsse von Terrororganisationen aufzuklären (Art. 26 Abs. 1 lit. f und g Geldwäschereigesetz). Mit dieser neuen genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme, die somit die Überwachung der über Banken und ähnliche Institutionen abgewickelten Finanzbeziehungen bestimmter Personen ermöglicht, wird eine Lücke in der Datenbeschaffung geschlossen.

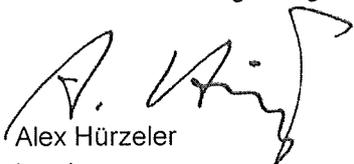
Zu folgenden Punkten bestehen Unklarheiten oder werden Überprüfungen angeregt:

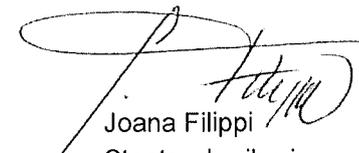
- Inwiefern sind die Schutz- und Sicherheitsmassnahmen in Art. 7 (neu: Art. 7 Abs. 1 lit. e–h und Art. 1^{bis}–3 NDG) auch auf die Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der kantonalen Vollzugsbehörden anwendbar?
- In Art. 20 Abs. 1 lit. a–j NDG werden diejenigen Behörden (beispielsweise Gerichte, Strafverfolgungsbehörden, Einwohnerkontrollen) aufgelistet, die dem Nachrichtendienst zur Erfüllung seiner Aufgaben Auskunft erteilen müssen. Diese Behörden sind gemäss Art. 20 Abs. 3 NDG zudem verpflichtet, unaufgefordert Meldung zu erstatten, wenn sie eine *"konkrete und schwere Bedrohung der inneren und äusseren Sicherheit"* feststellen. Es wird angeregt, zu prüfen, Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden sowie Sozialbehörden neu in die Liste gemäss Art. 20 Abs. 1 NDG zuzunehmen. Auch sie hätten dann eine Meldepflicht gegenüber dem NDB, sofern sie im Rahmen der Ausübung ihrer Tätigkeiten eine *"konkrete und schwere Bedrohung der inneren und äusseren Sicherheit"* feststellen. Diese Prüfung sollte auch Steuerbehörden, Betreibungs- und Konkursämter, Kantonale Strassenverkehrs und Schifffahrtsämter, das Bundesamt für Strassen und das Bundesamt für Zivilluftfahrt umfassen.
- Art. 85 Abs. 1 NDG enthält den Vollzug des NDG durch die Kantone. Insbesondere wird darin aufgezählt, welche genehmigungsfreien Beschaffungsmassnahmen die kantonalen Vollzugsbehörden selbstständig einsetzen dürfen. Dazu gehört unter anderem die Einladung zu einer Befragung gemäss Art. 23 NDG. Um Unklarheiten in der Praxis auszuräumen, wird vorgeschlagen, den Art. 24 NDG neu in die Aufzählung aufzunehmen. Diese Bestimmung enthält die Anhaltung zum Zweck der Identitätsfeststellung und der Befragung im Sinn von Art. 23 NDG.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Vernehmlassung.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrats


Alex Hürzeler
Landammann


Joana Filippi
Staatsschreiberin

Kopie

- vincianne.grundschober@ndb.admin.ch



**KANTON
APPENZEL INNERRHODEN**

Landammann und Standeskommission

Sekretariat Ratskanzlei
Marktgasse 2
9050 Appenzell
Telefon +41 71 788 93 11
info@rk.ai.ch
www.ai.ch

Ratskanzlei, Marktgasse 2, 9050 Appenzell

Per E-Mail an
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Appenzell, 1. September 2022

Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG) Stellungnahme Kanton Appenzell I.Rh.

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 18. Mai 2022 haben Sie uns die Vernehmlassungsunterlagen zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG) zukommen lassen.

Die Standeskommission hat die Unterlagen geprüft. Sie ist mit der Vorlage einverstanden.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und grüssen Sie freundlich.

Im Auftrage von Landammann und Standeskommission

Der Ratschreiber:

Markus Dörig

Zur Kenntnis an:

- Justiz-, Polizei- und Militärdepartement Appenzell I.Rh., Marktgasse 10d, 9050 Appenzell
- Ständerat Daniel Fässler, Weissbadstrasse 3a, 9050 Appenzell
- Nationalrat Thomas Rechsteiner (thomas.rechsteiner@parl.ch)



Regierungsrat, 9102 Herisau

Eidg. Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport VBS
per E-Mail: vincianne.grundschober@ndb.admin.ch
[PDF- und Wordversion]

Dr. iur. Roger Nobs
Ratschreiber
Tel. +41 71 353 63 51
roger.nobs@ar.ch

Herisau, 19. August 2022

Eidg. Vernehmlassung: Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG); Stellungnahme des Regierungsrates von Appenzell Ausserrhoden

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 18. Mai 2022 wurden die Kantonsregierungen vom Eidgenössischen Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) eingeladen, zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG) bis 9. September 2022 Stellung zu nehmen.

Der Regierungsrat von Appenzell Ausserrhoden nimmt dazu wie folgt Stellung:

Er unterstützt die geplanten Änderungen im NDG unter Vorbehalt der nachfolgenden Ausführungen. Mit den vorgesehenen Präzisierungen erfährt die bisher gültige Fassung eine massvolle Anpassung. So berücksichtigt die Revision unter anderem die Datenhaltung nach dem geltenden Datenschutzgesetz, die Entwicklungen der Informationstechnologie und die Datenbeschaffung.

Allerdings beantragt der Regierungsrat bezüglich folgender Artikel eine Änderung oder eine Präzisierung:

- Art. 7 Abs. 1 lit. e-h und Abs. 1^{bis} - 3 NDG:

Es ist nach Ansicht des Regierungsrates von Interesse zu wissen, inwiefern Art. 7 Abs. 1 lit. e-h und Abs. 1^{bis}-3 NDG auch auf die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der kantonalen Vollzugsbehörden angewendet werden können. Art. 7 Abs. 1^{bis} NDG sieht vor, dass es für die Auswertung der Nutzung der NDB-Daten sowie der zur Verfügung gestellten Geräte durch den NDB und das Einholen von Auskünften über die Mitarbeiterin oder den Mitarbeiter der schriftlichen Zustimmung eines Mitglieds der Direktion bedarf. Es ist zu prüfen, ob es für die kantonalen Vollzugsbehörden nicht zusätzlich einer schriftlichen Zustimmung der kantonalen Linienvorgesetzten bedarf. Sollte dies der Fall sein, müsste aus diesem Grund Art. 7 Abs. 1^{bis} NDG entsprechend ergänzt werden. Fraglich ist ebenfalls, ob auch private Reisen von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der kantonalen Vollzugsbehörden in oder durch Länder mit besonderen Risiken als bewilligungspflichtig erklärt werden können (Abs. 3).



- Art. 20 Abs. 1 NDG:

Folgende Behörden sind in Art. 20 Abs. 1 NDG zusätzlich aufzunehmen:

- Sozialdienste
- Behörden des Kindes- und Erwachsenenschutzes
- Steuerbehörden
- Betreibungs- und Konkursämter
- Kantonale Strassenverkehrs- und Schifffahrtsämter
- Bundesamt für Strassen (ASTRA)
- Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL)

Die Sozialdienste und Behörden des Kindes- und Erwachsenenschutzes (kommunal und kantonal) stellen in ihrem Zuständigkeitsbereich bei Personen regelmässig Hinweise auf extremistische Gefährdungen fest. Aufgrund des Vertrauensverhältnisses zwischen diesen Behörden und der betroffenen Person bestehen für die betreffenden Behörden hohe Hürden für eine Mitteilung an die kantonalen Vollzugsbehörden des NDG. Zur Erhöhung der Handlungssicherheit dieser Behörden ist eine Aufnahme in Art. 20 NDG sehr dienlich. Zudem liegt es auch im Interesse der Wahrung der inneren Sicherheit, dass diese Behörden ebenfalls der Meldepflicht nach Art. 20 Abs. 3 NDG unterliegen.

Erfahrungsgemäss sind bei Personen, von welchen eine extremistische Gefährdung ausgeht, Abklärungen nötig bei Behörden, welche besonders schützenswerte Personendaten bearbeiten. Damit hier allfällige datenschutzrechtliche Bedenken dieser Behörden vermieden werden können, ist eine Erwähnung der Behörden notwendig (Steuerbehörden, Betreibungs- und Konkursämter, Kantonale Strassenverkehrs- und Schifffahrtsämter, Bundesamt für Strassen (ASTRA), Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL)).

- Art. 26 Abs. 1 lit. e NDG:

Die «Durchsuchung von Fahrzeugen und Behältnissen» soll keine genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahme mehr darstellen, sondern ohne Genehmigung für den NDB und die kantonalen Vollzugsdienste möglich sein. In Anlehnung an die kantonalen Polizeigesetze, welche für sicherheitspolizeiliche Durchsuchungen von Fahrzeugen und Behältnissen keine Genehmigung vorsehen, ist auf eine Genehmigung nach NDG ebenfalls zu verzichten.

Für die Durchsuchung von Sachen ist ein eigener Artikel im NDG zu schaffen, welcher keine Genehmigung vorsieht. Dieser neue Artikel ist ebenfalls in Art. 85 Abs. 1 NDG zu berücksichtigen.

- Art. 53 Abs. 4 NDG:

Die kurze Aufbewahrungsdauer von fünf Jahren für Daten aus den Vorabklärungen der kantonalen Vollzugsbehörden, die nicht in einen Bericht an den NDB einfliessen, schmälert die Wirksamkeit der Vollzugsbehörden in ihrer nachrichtendienstlichen Tätigkeit. So handelt es sich bei Daten, die etwa infolge eines nicht klar ersichtlichen Gewaltbezugs der Handlungen einer Zielperson nicht in einen Bericht an den NDB einfliessen, meist dennoch um Daten mit nachrichtendienstlichem Wert. So sind Daten einer sich radikalisierenden Person etwa aus dem dschihadistischen Umfeld wichtig, selbst wenn deren Handlungen noch keinen klaren Gewaltbezug zeigen. Eine solche Radikalisierung kann sich über mehrere Jahre hinziehen. Verstreichen nun die definierten



fünf Jahre ohne weitere Hinweise zu dieser Person, weil sie landesabwesend ist oder polizeilich nicht in Erscheinung tritt, müssen alle Erkenntnisse gelöscht werden. Der Regierungsrat erachtet es als prüfenswert, die Aufbewahrungsdauer dieser Daten von fünf auf zehn Jahre zu erhöhen.

- Verordnung über den Nachrichtendienst (NDV)

Der Regierungsrat möchte die Gelegenheit nutzen, anlässlich der aktuell laufenden Revision des Nachrichtendienstgesetzes auch Anpassungen der Nachrichtendienstverordnung zu beantragen.

Gemäss Art. 6 NDV berechnet sich die pauschale Abgeltung der Leistungen der Kantone zum Vollzug des NDG nach der Höhe des dafür bewilligten Kredits und dem unter den Kantonen geltenden Verteilschlüssel. Der Verteilschlüssel wird aufgrund der Summe der Stellenanteile derjenigen Personen in den Kantonen bestimmt, bei denen der Aufgabenvollzug nach dem NDG einen wichtigen Anteil ihrer regelmässigen Arbeit bildet. Der NDB legt den Verteilschlüssel nach Bedarf, mindestens aber alle vier Jahre, zusammen mit den Kantonen fest und hört dazu die KKPKS an.

Der Regierungsrat erachtet eine Anpassung der Verteilschlüssels wie auch eine Erhöhung des aktuell geltenden Entschädigungsansatzes pro kantonale Nachrichtendienststelle als dringend notwendig. Der heute geltende Entschädigungsansatz wurde während mindestens 15 Jahren nicht angepasst. Der Regierungsrat beantragt deshalb eine Anpassung des Entschädigungsansatzes an die aktuellen Gegebenheiten, sinnvollerweise ergänzt durch einen Mechanismus zur wiederkehrenden Anpassung (z.B. basierend auf der Entwicklung des Konsumentenindex).

Die aktuell vorgesehene Geltungsdauer eines jeweiligen Verteilschlüssels von vier Jahren ist zu kurz. Bis ein Korps die notwendigen Stellen und Kompetenzen aufgebaut hat, droht schon wieder eine Anpassung des Stellenetats, womit für die Kantone keinerlei Planungssicherheit mehr besteht. Der Regierungsrat beantragt daher eine Erhöhung der Geltungsdauer eines jeweiligen Verteilschlüssels auf mindestens sechs Jahre, wobei insbesondere zu beachten ist, dass beim Wechsel des Verteilschlüssels eine genügend lange Übergangsfrist vorgesehen wird.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Im Auftrag des Regierungsrates

Dr. iur. Roger Nobs, Ratschreiber



Regierungsrat

Postgasse 68
Postfach
3000 Bern 8
info.regierungsrat@be.ch
www.be.ch/rr

Staatskanzlei, Postfach, 3000 Bern 8

Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS

Per E-Mail:
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

RRB Nr.: 896/2022
Direktion: Sicherheitsdirektion
Klassifizierung: Nicht klassifiziert

7. September 2022

Vernehmlassung des Bundes: Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG). Stellungnahme des Kantons Bern.

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Wir sind mit der vorliegenden Änderung des Nachrichtendienstgesetzes grundsätzlich einverstanden.

Der Regierungsrat begrüsst explizit die klarere Regelung in Artikel 5 NDG zu den Bearbeitungsgrundsätzen bei politischer Betätigung, die technologieunabhängige Ausgestaltung des Informations- und Datenschutzrechts sowie die Schärfung der Zusammenarbeit der Unabhängigen Aufsichtsbehörde und der kantonalen Dienstaufsicht. Zeitgemäss und für die Sicherheit der Schweiz wesentlich erachtet der Regierungsrat insbesondere auch die Ausdehnung des Auftrags des NDB auf sicherheitspolitisch bedeutsame Vorgänge im Cyberraum.

Daneben haben wir folgende Bemerkungen und Anträge:

1. Anträge

1.1 Antrag zu Artikel 20 Absatz 1 NDG (Besondere Auskunfts- und Meldepflicht)

Folgende Behörden sind in Artikel 20 Absatz 1 NDG zusätzlich aufzunehmen:

- Sozialdienste
- Behörden des Kindes- und Erwachsenenschutzes
- Steuerbehörden
- Betreibungs- und Konkursämter
- Kantonale Strassenverkehrs- und Schifffahrtsämter
- Bundesamt für Strassen (ASTRA)
- Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL)

1.2 Begründung

Die Sozialdienste und Behörden des Kindes- und Erwachsenenschutzes (kommunal und kantonal) stellen in ihrem Zuständigkeitsbereich bei Personen regelmässig Hinweise auf extremistische Gefährdungen fest. Aufgrund des Vertrauensverhältnisses zwischen diesen Behörden und der betroffenen Person bestehen für diese Behörden hohe Hürden für eine Mitteilung an die kantonalen Vollzugsbehörden des NDG. Zur Erhöhung der Handlungssicherheit dieser Behörden ist eine Aufnahme der Behörden in Artikel 20 NDG sehr dienlich. Zudem liegt es auch im Interesse der Wahrung der inneren Sicherheit, dass diese Behörden ebenfalls der Mitteilungspflicht nach Artikel 20 Absatz 3 (i.V.m. Art. 85 Abs. 1) NDG unterliegen.

Erfahrungsgemäss sind bei Personen, von welchen eine extremistische Gefährdung ausgeht, Abklärungen nötig bei Behörden, welche besonders schützenswerte Personendaten bearbeiten. Damit hier allfällige datenschutzrechtliche Bedenken dieser Behörden vermieden werden können, ist eine Erwähnung der Behörden notwendig (Steuerbehörden, Betreibungs- und Konkursämter, Kantonale Strassenverkehrs- und Schifffahrtsämter, Bundesamt für Strassen (ASTRA), Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL).

1.3 Antrag zu Artikel 25 NDG (Besondere Auskunftspflichten Privater)

In Artikel 25 Absatz 1 Buchstabe a NDG: Explizite Nennung der juristischen Personen, welche Flughäfen/Flugplätze betreiben.

1.4 Begründung

Die Betreiberinnen von Flughäfen und Flugplätzen gehören aus nachrichtendienstlicher Sicht zweifelsohne auch in die Aufzählung gemäss Artikel 25 Absatz 1 Buchstabe a NDG. Mit dem vorgeschlagenen Wortlaut ist allerdings unklar, ob sie effektiv erfasst sind. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollten sie explizit aufgeführt werden.

1.5 Antrag zum 3. Abschnitt (Art. 19 – 25 NDG)

Prüfung der Einführung einer Meldepflicht oder eines Melderechts für Gesundheitsfachpersonen über Wahrnehmungen, die im Zusammenhang mit der Behandlung stehen und nachrichtendienstliche Relevanz aufweisen.

1.6 Begründung

Regelmässig liegen bei Personen, von welchen eine extremistische Gefährdung ausgeht, auch medizinische Ursachen bzw. Symptome vor. Häufig sind bei diesen Personen psychiatrische Abklärungen erforderlich. Aus der Behandlung dieser Personen kann die Gesundheitsfachperson (weitere) Wahrnehmungen machen, die auf eine extremistische Gefährdung hinweisen. Die Mitteilungspflichten und –rechte von Gesundheitsfachpersonen sind auf kantonaler Ebene geregelt. Meldepflichten oder zumindest Melderechte dieser Fachpersonen sind aber auch im NDG vorzusehen. Für die Entbindung vom Berufsgeheimnis gelten die hierfür kantonal vorgesehenen Regelungen. Einer Entbindung wird aber von der zuständigen kantonalen Stelle nur zugestimmt, wenn eine klare gesetzliche Grundlage für die Auskunftspflicht besteht. Hierfür ist die Ergänzung im NDG erforderlich.

1.7 Antrag zu Artikel 26 Absatz 1 Buchstabe e NDG

Die «Durchsuchung von Fahrzeugen und Behältnissen» soll keine genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahme mehr darstellen, sondern ohne Genehmigung für den NDB und die kantonalen Vollzugsdienste möglich sein.

1.8 Begründung

In Anlehnung an die kantonalen Polizeigesetze, welche für sicherheitspolizeiliche Durchsuchungen von Fahrzeugen und Behältnissen keine Genehmigung vorsehen (vgl. Artikel 98 Polizeigesetz Kanton Bern), ist auf eine Genehmigung nach NDG ebenfalls zu verzichten.

Für die Durchsuchung von Fahrzeugen und Behältnissen (allenfalls besser: Durchsuchung von «Sachen») ist ein eigener Artikel im NDG zu schaffen, welcher keine Genehmigung vorsieht. Der neue Artikel ist ebenfalls in Artikel 85 Absatz 1 NDG aufzuführen.

1.9 Antrag zu Artikel 53 Absatz 1 NDG

Es ist zu prüfen, ob die Löschfrist aus der kantonalen Arbeitsumgebung auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe konkret beziffert werden sollte.

1.10 Begründung

Die heute geltende Löschfrist aus der kantonalen Arbeitsumgebung von 60 Tagen ist lediglich auf Stufe Weisung geregelt. Der Rechtssicherheit wäre zuträglich, wenn die Frist in Gesetz oder Verordnung konkretisiert würde. Die Frist ist dabei angemessen festzulegen in Abwägung praktischer und datenschutzrechtlicher Überlegungen.

1.11 Antrag zu Artikel 78a Absatz 4 NDG

Der Einschub «ausschliesslich» ist zu streichen.

1.12 Begründung

Es sind Konstellationen denkbar, wo Empfehlungen der AB-ND beide Staatsebenen betreffen. Die vorgeschlagene Formulierung mit «ausschliesslich» würde dazu führen, dass für die Umsetzung solcher Empfehlungen immer nur der Bund zuständig wäre. Die Bestimmung gäbe der kantonalen Dienstaufsicht nur dann eine Aufgabe, wenn etwas ausschliesslich in die kantonale Zuständigkeit – nicht aber bereits schon, wenn eine Empfehlung auch oder teilweise in die kantonale Zuständigkeit fiel.

1.13 Antrag zu Artikel 85 Absatz 1 NDG

Die Aufzählung in Artikel 85 Absatz 1 NDG ist mit Artikel 24 NDG zu ergänzen.

1.14 Begründung

Die Befragung ist in Artikel 23 und 24 NDG geregelt, die Anhaltung und damit verbundene Identitätsfeststellung und Befragung lediglich in Artikel 24 NDG.

Es kommt in Einzelfällen auch vor, dass kantonale Vollzugsdienste ebenfalls Anhaltungen zwecks Identitätsfeststellungen und Befragung vornehmen. Damit Unklarheiten bei der praktischen Umsetzung vermieden werden, soll Artikel 85 Absatz 1 NDG auch den Artikel 24 NDG aufführen.

Der Regierungsrat dankt Ihnen für die Berücksichtigung seiner Anliegen.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates



Christine Häsler
Regierungspräsidentin



Christoph Auer
Staatsschreiber

Verteiler

- Sicherheitsdirektion
- Kantonale Datenschutzaufsichtsstelle
- Geschäftsprüfungskommission des Grossen Rates

Regierungsrat BL, Rathausstrasse 2, 4410 Liestal

Eidgenössisches Departement für
Verteidigung, Bevölkerungsschutz
und Sport
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Liestal, 30. August 2022

Vernehmlassung
betreffend Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Besten Dank für die Möglichkeit zur Meinungsäusserung.

Wir begrüssen die vorgeschlagene Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG). Aus polizeilicher Sicht sind einige Detailbestimmungen zu prüfen und zu ergänzen, wir verweisen diesbezüglich auf die Stellungnahme der Konferenz der kantonalen Polizeikommandantinnen und –kommandanten (KKPKS).

Im Weiteren möchten wir auf zwei Punkte hinweisen, die einer genaueren Überprüfung bedürfen:

- In Art. 50 des Vorentwurfs NDG wird auf die falsche Bestimmung verwiesen wird (auf Art. 46 anstatt auf Art. 45 nNDG).
- Die Erfahrungen aus der staatsanwaltschaftlichen Praxis zeigen, dass die Formulierung in Art. 50 Abs. 2 Satz 2 nNDG betreffend Zeugnispflichten und –verweigerungsrechte nicht praxistauglich ist. Die Formulierung besteht zwar schon in der heutigen Fassung (Art. 58 Abs. 3 NDG), aber trotzdem ist der Text nicht optimal und könnte verbessert werden, wenn ohnehin alles überarbeitet wird. Es geht bei geheimen Überwachungen usw. nicht darum, dass «eine Person» ein Zeugnisverweigerungsrecht hat, sondern dass die Person, die mit der überwachten Person Kontakt hat, ein Zeugnisverweigerungsrecht hat (die vergleichbare Situation einer strafprozessualen Überwachung ist in Art. 271 Abs. 3 StPO besser formuliert). Wenn also Terrorist A mit Terrorist B telefoniert und dabei erzählt, dass ihm sein Anwalt eine Information gegeben hat, dann ist dieses Gespräch voll verwertbar, auch wenn «eine Person», nämlich der Anwalt, zu diesem Inhalt nichts aussagen müsste.

Weiter haben wir auf Grund der Rückmeldung der kantonalen Datenschutzstelle folgende datenschutzrechtlichen Bemerkungen:

Art. 5 Abs. 6 Bst. c VE-NDG

Die neue Ausnahme in Bst. c kann zu einer Vermischung der nachrichtendienstlichen präventiven mit der polizeilichen repressiven Tätigkeit führen. Sobald konkrete Gefahren für Organisationen oder Personen abgewendet werden sollen, fällt dies in den Zuständigkeitsbereich der herkömmlichen Strafverfolgungsbehörden. Insbesondere die Ausführungen im erläuternden Bericht, wonach die zulässigen Datenbearbeitungen neu auf Personen und Organisationen ausgedehnt werden, «die von den in Artikel 6 Absatz 1 Buchstaben a genannten Aktivitäten bedroht werden könnten», führen zu einer Ausdehnung der Datenbearbeitungsbefugnisse. Dadurch wird die Formulierung einer «ausnahmsweise Zulässigkeit der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung» fraglich.

Art. 5 Abs. 7 VE-NDG

Die Festsetzung einer Löschfrist in der Form einer maximalen Aufbewahrungsdauer bedeutet regelmässig, dass eine Löschung erfolgt, obwohl die Voraussetzung für ihre Aufbewahrung grundsätzlich noch gegeben wäre. Indem die Voraussetzung für die ausnahmsweise Nichtbeachtung der Höchstaufbewahrungsdauer die gleiche ist, wie jene für die Aufbewahrungsdauer unterhalb dieser Schwelle (nämlich, dass der Grund für die Bearbeitung gegeben sein muss), ergibt sich möglicherweise ein Zirkelschluss. Wir bitten Sie, dies zu prüfen.

Art. 6 Abs. 1 Bst. b VE-NDG

Die Aufnahme des Begriffes «Cyberraum» ist grundsätzlich nachvollziehbar. Allerdings handelt es sich um einen relativ neuen Begriff, der unterschiedlich ausgelegt werden kann. Es wäre der Rechtsicherheit dienlich, wenn der Begriff näher definiert würde.

Art. 7 Abs. 1 Bst. f VE-NDG

Der Erläuternde Bericht führt aus, dass die Abklärungen nach Bst. f, anders als die Massnahmen nach Bst. e, mit Einwilligung der betroffenen Person erfolgen müssen (S.6). Diese Einschränkung ergibt sich aber nicht aus dem Gesetzestext. Zu prüfen wäre eine explizite Verankerung im Gesetz.

Art. 14 Abs. 3 VE-NDG

Die Zulässigkeit einer Ausnahme der Anbringung von Ortungsgeräten von den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen sollte im Hinblick auf den Bundesgerichtsentscheid BGE 147 I 103, E. 17 geprüft werden. Wir bitten Sie, die den Bundesgerichtsentscheid in die Vorlage einzuarbeiten.

Art. 27 Abs. 1 Bst. a Ziffer 2 VE-NDG.

Die Voraussetzungen in Ziffer 2 können den Anwendungsbereich der Beschaffungsmassnahmen kaum einschränken, da sie unbestimmt sind. Die meisten Bedrohungen könnten darunter subsumiert werden. Die Beurteilung, ob internationales Handeln «unerlässlich» sei oder «negative Reaktionen» gegenüber der Schweiz zu erwarten seien, lässt einen grossen Ermessensspielraum offen. Wir bitten Sie, eine konkrete Formulierung zu prüfen.

Art. 52 Abs. 3 VE-NGD

Den Ausführungen im erläuternden Bericht (S. 22) zufolge ist zwar der Einsatz von lernfähigen Programmen geplant, aber es müsse keine ausdrückliche gesetzliche Regelung erfolgen, da kein Einsatz künstlicher Intelligenz (KI) mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe vorgesehen sei. Dazu gilt zu bedenken, dass jedes nachrichtendienstliche Bearbeiten von Personendaten das Risiko eines schwerwiegenden Grundrechtseingriffs birgt. Bereits in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen zu sein, dürfte für durchschnittliche Personen ein erheblicher Eingriff sein, ungeachtet der allenfalls daraus folgenden weiteren staatlichen Konsequenzen. Aus diesem Grund sollte der Einsatz von künstlicher Intelligenz auf gesetzlicher Stufe normiert werden.

Art. 52 Abs. 4 Bst. f VE-NDG

Die Bearbeitung von Informationen durch den Nachrichtendienst müssen den strengsten Anforderungen an die Informationssicherheit genügen. Deshalb erscheint eine umfassende Delegation der Regelung der Informationssicherheit an den Bundesrat als zu weit, die wichtigsten Regelungen sollten im Gesetz verankert sein.

So regen wir an zu prüfen, dass die Zulässigkeit und die (allfälligen) Modalitäten der Auslagerung der Bearbeitung von Personendaten (Auftragsdatenbearbeitung) im Gesetz geregelt wird. Es sollte festgelegt werden, dass die Daten durch den Nachrichtendienst durchwegs auf eigenen Systemen betrieben wird. Sollte dennoch die Möglichkeit der Auftragsdatenbearbeitung geöffnet werden, so ist der Grundsatz zu prüfen, dass die Daten nicht ausserhalb der Schweiz und/oder in einer Cloud gespeichert werden dürfen.

Art. 53 Abs. 3 VE-NDG

Wir bitten Sie zu prüfen, ob im Hinblick auf die Rechtsprechung die zulässigen Zwecke bei einer Bekanntgabe auf Gesetzesstufe geregelt werden müssen.

5. Abschnitt

In diesem Abschnitt werden die Zugriffsberechtigungen im Abrufverfahren geregelt, was zu begrüssen ist. Die Zugriffe müssen protokolliert und periodisch überprüft werden, eine entsprechende Regelung auf Gesetzesstufe ist zu prüfen.

Art. 56 Bst. e VE-NDG

Der Zugriff auf «scharfe» Daten durch Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, die mit der Weiterentwicklung von Informatiklösungen betraut sind, ist zu überdenken. Die Weiterentwicklung inklusive Tests sollte wenn möglich mit nicht operativen Daten erfolgen.

Art. 63a VE-NDG

Wir erachten die Zulässigkeit der Einschränkung des Rechtswegs als verfassungsrechtlich fraglich. Wir legen ihnen die rechtliche Prüfung dieser Frage nahe.

Art. 64 VE-NDG

Der erläuternde Bericht führt aus, dass in Fällen von Gesuchen gemäss Art. 64 VE-NDG die Gesuche vom NDB weitergeleitet werden. Der Klarheit zuliebe regen wir an, eine Regelung im Gesetzestext zu prüfen.

Hochachtungsvoll


Kathrin Schweizer
Regierungspräsidentin



Elisabeth Heer Dietrich
Landschreiberin



Rathaus, Marktplatz 9
CH-4001 Basel

Tel: +41 61 267 85 62
Fax: +41 61 267 85 72
E-Mail: staatskanzlei@bs.ch
www.regierungsrat.bs.ch

Nachrichtendienst des Bundes

Per Email an:
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Basel, 6. September 2022

**Regierungsratsbeschluss vom 6. September 2022
Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst: Stellungnahme des Kantons Basel-Stadt**

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 18. Mai 2022 von Frau Bundesrätin Viola Amherd wurden dem Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt die Vernehmlassungsunterlagen zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG) unterbreitet. Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Der Regierungsrat begrüsst die vorgeschlagene Änderung des NDG. Wir lassen Ihnen nachstehend unsere Anträge und Bemerkungen zukommen.

Cyberraum

Art. 6 Abs. 1 lit. b des E-NDG erstreckt die Zuständigkeit des Nachrichtendienstes auf den Cyberraum. Die Ausdehnung der Zuständigkeiten des NDB auf sicherheitspolitisch bedeutsame Vorkommnisse im Bereich der elektronischen Vernetzungen auf weltweiter Ebene erscheint uns richtig. Der Begriff des Cyberraums wird im E-NDG jedoch nicht näher umschrieben. Weder die Verordnung über den Schutz vor Cyberrisiken der Bundesverwaltung vom 27. Mai 2020 (Cyberisikenverordnung, CyRV; SR 120.73) noch das Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS; SR 120), auf das sich die genannte Verordnung abstützt, enthalten eine klare Begriffsumschreibung. Da Art. 6 Abs. 1 lit. b E-NDG die sachliche Zuständigkeit des NDB umschreibt, regen wir die Ergänzung einer Bestimmung des Begriffs des Cyberraums oder dessen Definition im erläuternden Bericht an.

Verwendung von Ortungsgeräten

Gemäss Art. 14 Abs. 3 E-NDG wird neu die Verwendung von Ortungsgeräten zur Unterstützung von Observationen erlaubt. Die vorgeschlagene Bestimmung enthält jedoch keine Regelung der allenfalls erforderlichen Begleitmassnahmen, wie dies namentlich Art. 29 Abs. 1 lit. c E-NDG für die genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen vorsieht (vgl. erläuternder Bericht zu Art. 29 Abs. 1 lit. c, S. 12). Damit verfügen die mit der Observation betrauten Organe über keine gesetzliche Grundlage, um beispielsweise ein Ortungsgerät an einem Auto anzubringen oder von einem Auto zu entfernen, das sich in einer privaten Garage befindet. Deshalb schlagen wir vor, Art. 14 NDG um einen entsprechenden Absatz zu ergänzen.

Kantonale Aufsicht

Art. 82 NDG regelt die Aufsicht der Kantone über die KND. Die vorliegende Revision sieht keine Änderung der bestehenden Regelungen vor. Im Kanton Basel-Stadt funktioniert die Aufsicht denn auch so, wie sie normiert ist. Aus Sicht des Regierungsrates besteht keine Notwendigkeit zur Änderung.

Datenbearbeitung durch den KND

In Art. 53 E-NDG wird die Verwendung kantonaler Informatikmittel durch den KND geregelt. Die geltende Regelung in Art. 46 Abs. 1 NDG führt in der Praxis zu Problemen im Bereich der Gesetzeskonformität. Der Regierungsrat des Kantons Basel-Stadt empfindet es deshalb als positiv, dass der neue Art. 53 Abs. 1 E-NDG die gesetzliche Grundlage der heute geübten Praxis anpasst. Die Erläuterungen zu Art. 53 Abs. 1 E-NDG, wonach diese Regelung «inhaltlich der heutigen Regelung von Art. 46 Abs. 1» entspreche, erscheint deshalb als irreführend. Bei dieser Variante ist zu bedenken, dass jeder KND die Daten nach NDG vor der Triagierung nach seinem eigenen «System» bearbeitet. Eine direkte Einsicht in diese Daten besteht auch für den NDB nicht. Anfragen von Einzelnen um Einsicht in ihre vom NDB bearbeiteten Daten sind an den NDB zu richten. Die auf kantonalen Informatikmitteln abgelegten Daten unterstehen grundsätzlich dem Auskunftsrecht. Der NDB müsste aber in jedem Fall alle KND anfragen, ob bei ihnen entsprechende Daten abgelegt sind. Die Kantone betreiben ihre Informatikmittel in höchst unterschiedlicher Weise. Dabei werden teils auch private Unternehmen mit ihrer Wartung beauftragt. Es ist durchaus denkbar, dass dabei nicht lückenlos garantiert werden kann, dass lediglich sicherheitsgeprüftes Personal faktisch Zugang zu Daten nach NDG hat. Dies erscheint aus Sicht der Datensicherheit bedenklich. Vor diesem Hintergrund regt der Regierungsrat die Normierung an, wonach die Daten der KND bereits in der ersten Phase vor der Triagierung auf Informatikmitteln des Bundes bearbeitet werden sollen. Eine entsprechende Lösung würde bedingen, dass der NDB den KND jene Informatikmittel zur Verfügung stellt, die für die Datenbearbeitung auch vor der Triagierung erforderlich sind.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates des Kantons Basel-Stadt



Beat Jans
Regierungspräsident



Barbara Schüpbach-Guggenbühl
Staatsschreiberin



ETAT DE FRIBOURG
STAAT FREIBURG

Conseil d'Etat CE
Staatsrat SR

Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

T +41 26 305 10 40, F +41 26 305 10 48
www.fr.ch/ce

Conseil d'Etat
Rue des Chanoines 17, 1701 Fribourg

PAR COURRIEL

Département fédéral de la défense, de la protection
de la population et des sports DDPS
Palais fédéral est
3003 Berne

Courriel : vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Fribourg, le 5 septembre 2022

2022-965

Modification de la loi fédérale sur le renseignement

Madame la Conseillère fédérale,

Par courrier du 18 mai 2022, vous nous avez consultés sur l'objet cité en titre, et nous vous en remercions.

De manière générale, nous soutenons le projet de modification de la loi fédérale sur le renseignement. Nous vous faisons toutefois part des deux remarques spécifiques suivantes.

- > Ad art. 29a al.3 : il y a lieu de prévoir que ce sont non pas les Tribunaux des mesures de contrainte (TMC) qui fournissent les renseignements nécessaires au TAF, mais les Ministères publics (MP). En effet, dans l'hypothèse d'une procédure pénale en cours contre une personne qui serait visée par une mesure LRens, il ferait sens que le Ministère public dispose de l'information. Le TMC ne pourra pas en faire un usage particulier et ne sera pas tenu d'aviser le MP. Il y a lieu d'éviter que le canal de communication puisse nuire à une enquête en cours. Le MP sera tout autant en mesure que le TMC de fournir l'information requise, voire une information plus complète si la personne visée fait l'objet d'une instruction pénale sans mesures de surveillance secrètes.
- > Ad art. 63a al.1 : si une personne sollicite l'accès à ses données personnelles, le SRC peut refuser ou différer l'information. L'art. 63a renvoie à l'art. 26 de la LPD révisée, qui entrera en vigueur le 1^{er} septembre 2023, article qui oblige l'autorité à motiver sa décision. Cette obligation de motivation est de nature à entraver une enquête en cours qui n'en serait qu'au stade des mesures secrètes (surveillance téléphonique, agent infiltré...). En cas d'agent infiltré, une telle décision motivée lui fera courir de grands risques. Il y aurait donc lieu de régler ce cas de figure dans la loi.

Avec ces remarques, nous vous remercions une nouvelle fois de nous avoir consultés et vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de nos sentiments les meilleurs.

Au nom du Conseil d'Etat :

Olivier Curty, Président

Danielle Gagnaux-Morel, Chancelière d'Etat

L'original de ce document est établi en version électronique

Copie

—

à la Direction de la sécurité, de la justice et du sport, pour elle, la Police cantonale et le Service de la justice, et à travers lui le Ministère public ;
à la Chancellerie d'Etat.



Genève, le 31 août 2022

Le Conseil d'Etat

3611-2022

Département fédéral de la défense, de
la protection de la population et des
sports
Madame Viola Amherd
Conseillère fédérale
Palais fédéral Est
3003 Berne

Concerne : modification de la loi sur le renseignement (LRens)

Madame la Conseillère fédérale,

Notre Conseil a bien reçu votre lettre du 18 mai 2022, par laquelle vous avez invité le gouvernement cantonal à se prononcer dans le cadre de la procédure de consultation citée en marge, et il vous en remercie.

Nous saluons les efforts entrepris afin d'adapter la loi sur le renseignement, dans le but, notamment, de prévenir les menaces visant la sûreté intérieure et extérieure de la Suisse.

Ainsi, l'extension des mesures de recherches soumises à autorisation à tous les domaines couverts par la loi sur le renseignement et la possibilité d'utiliser des moyens de localisation en appui aux observations physiques apporteront un surcroît de sécurité.

Cela étant, notre Conseil est d'avis, entre autres, que si des indices concrets laissent supposer que des collaborateurs du Service de renseignement de la Confédération (ci-après : SRC), et par extension des autorités d'exécution cantonales, enfreignent la loi, les investigations doivent revenir aux autorités fédérales ou cantonales de poursuite pénale et non pas au seul SRC.

Par ailleurs, à teneur des dispositions générales visant à garantir la protection et la sécurité des collaborateurs du SRC, nous souhaitons que celles-ci s'appliquent également aux déplacements privés du personnel des autorités d'exécution cantonales et que ces dispositions soient spécifiquement mentionnées.

A ce titre, nous estimons qu'il est indispensable que des modifications soient apportées aux articles concernés.

Pour le surplus, les remarques de notre Conseil sont exposées dans l'analyse détaillée ci-jointe.

Nous vous remercions d'ores et déjà de l'attention que vous voudrez bien prêter aux observations de notre Conseil et vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre haute considération.

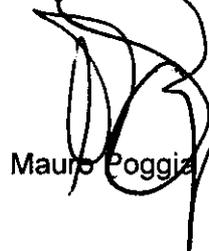
AU NOM DU CONSEIL D'ÉTAT

La chancelière :



Michèle Fighetti

Le président :



Mauro Poggia

Annexe mentionnée

Copie à (version Word et pdf) : vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Modification de la Loi sur le renseignement (LRens) : ouverture de la procédure de consultation

Analyse détaillée

Article 6 alinéa 5 Tâches du SRC

Le Service de renseignement de la Confédération (ci-après : SRC) entretient des contacts avec les exploitants des infrastructures critiques et assure un service d'alerte précoce afin de protéger ces dernières. Cette modification apporte une plus-value dans la prévention, notamment vis-à-vis des infrastructures critiques. Toutefois, nous estimons qu'il sera nécessaire de faire également figurer, lorsque ces échanges seront réglés dans l'ordonnance sur le service du renseignement, les infrastructures critiques au niveau cantonal et non pas exclusivement celles au plan national. Sans cet ajout dans cette ordonnance, les autorités d'exécution cantonales ne pourront entretenir des relations qu'avec la partie relevant du niveau national et, par voie de conséquence, la prévention au niveau cantonal sera exclue.

Article 7 alinéa 1^{er} let e Mesures de protection et de sécurité

Lorsque des indices concrets laissent présumer que des collaborateurs du SRC enfreignent la loi, comme dans l'exemple cité dans le message du Conseil fédéral (activité d'espionnage pour le compte d'un pays étranger), la gestion du cas doit revenir aux organes de poursuite pénale. Il en va de même si cette disposition s'applique de manière générale aux collaborateurs des autorités d'exécution cantonales. Si des indices concrets existent, il revient à la police de mener des investigations, voire au Ministère public de la Confédération ou du canton d'ouvrir une procédure pénale.

Par ailleurs, il serait judicieux de préciser dans cette disposition qu'elle s'applique également aux autorités cantonales d'exécution.

Article 7 alinéa 3 Mesures de protection et de sécurité

Les collaborateurs du SRC doivent demander l'autorisation à ce dernier pour entreprendre des voyages privés. Si cette disposition s'applique également aux collaborateurs des autorités d'exécution cantonales, il sied de le préciser car cela affectera leur vie privée, tout comme celle des collaborateurs des autorités cantonales d'exécution du SRC qui ne sont pas encore sous contrat avec le SRC. Dans le cas où cette disposition ne vise pas les cantons, une mention serait également nécessaire.

Article 14 alinéa 3 Observations dans des lieux publics et librement accessibles

L'utilisation de moyens de localisation à des fins d'appui opérationnel en dehors des mesures de recherches soumises à autorisation est une réelle plus-value pour l'engagement des collaborateurs, pour leur sécurité et la discrétion nécessaire.

L'utilisation de ce nouveau moyen de recherche est clairement définie dans le cadre de son déploiement et de l'utilisation des données de localisation.

Article 33 alinéa 1^{er} Obligation d'informer les personnes surveillées

Le terme "opération" apparaît seul dans cet article. Il n'est nullement mentionné à l'ouverture d'une mesure de recherche soumise à autorisation. Une opération est un terme tactique qui inclut le déploiement de divers moyens (humains, techniques, administratifs, logistiques). Ces moyens ne sont pas en lien direct avec les mesures de recherche autorisées. Dès lors, il apparaît que le terme "surveillance" est plus approprié et concret dans le cadre de mesures de

recherche soumises à autorisation. De plus, le terme surveillance est évoqué à plusieurs reprises dans la loi s'agissant des mesures mises en œuvre par le SRC.

Nous proposons de reformuler l'alinéa comme suit :

"A la fin d'une surveillance impliquant des mesures de recherche soumises à autorisation, le SRC informe la personne surveillée dans un délai de 30 jours des motifs et de la durée de la surveillance à laquelle elle a été soumise."

Regierungsrat
Rathaus
8750 Glarus

Eidgenössisches Departement für Ver-
teidigung, Bevölkerungsschutz und
Sport VBS
3003 Bern

Glarus, 6. September 2022
Unsere Ref: 2022-121

Vernehmlassung i. S. Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG)

Hochgeachtete Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport gab uns in eingangs genannter Angelegenheit die Möglichkeit zur Stellungnahme. Dafür danken wir und lassen uns gerne wie folgt vernehmen:

Die Vorlage wird von uns im Grundsatz begrüsst. Insbesondere ist die Ausdehnung des Auftrags des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB) auf sicherheitspolitisch bedeutsame Vorgänge im Cyberraum zeitgemäss und nötig. Sodann schafft die Regelung, dass der NDB für die Datenverarbeitung auch der kantonalen Vollzugsbehörden, soweit auf das NDG gestützt, verantwortlich ist, die gewünschte Klarheit und wirkt auf die Kantone entlastend.

Hinsichtlich Artikel 20 der Änderungsvorlage zum NDG beantragen wir, dass dort Amtsstellen wie die Sozialdienste, die KESB, die Steuerämter, die Betreibungs- und Konkursämter sowie die kantonalen Strassenverkehrs- und Schifffahrtsämter angemessen Erwähnung finden. Diese stossen in ihrem Zuständigkeitsbereich bei Personen nicht selten auf Hinweise auf extremistische Gefährdungen. Sie sollten deshalb aufgrund einer klaren gesetzlichen Grundlage den kantonalen Vollzugsbehörden Mitteilungen machen können, ohne dass dabei datenschutzrechtliche Bedenken im Weg stehen.

Genehmigen Sie, hochgeachtete Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, den Ausdruck unserer vorzüglichen Hochachtung.

Freundliche Grüsse

Für den Regierungsrat



Benjamin Mühlemann
Landammann



Hansjörg Dürst
Ratschreiber

E-Mail an (PDF- und Word-Version):

- vincianne.grundschober@ndb.admin.ch



Sitzung vom

30. August 2022

Mitgeteilt den

31. August 2022

Protokoll Nr.

694/2022

Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Per E-Mail (PDF- und Word-Version) zustellen an:

vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Vernehmlassung VBS - Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichten- dienst (NDG)

Regierungsbeschluss

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 18. Mai 2022 erhalten die Kantone Gelegenheit, sich zu erwähn-
tem Geschäft zu äussern. Dafür danken wir Ihnen bestens.

Die uns zugesandte Dokumentation haben wir geprüft. Die Regierung erachtet Teile
der vorliegenden Revisionsvorlage als problematisch, was eine Überarbeitung der-
selben notwendig macht. Die Vorlage zielt in diversen Punkten auf eine Erweiterung
der Datenbearbeitungskompetenzen des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB) ab.
Insbesondere aufgrund der mangelnden Erkennbarkeit für die betroffenen Personen,
der Sensibilität der bearbeiteten Daten sowie der extrem grossen Anzahl potenziell
betroffener Personen, müssen verschiedene dieser Kompetenzerweiterungen kritisch
hinterfragt werden, da diese als unverhältnismässige und somit unzulässige Eingriffe
in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gewertet werden können.
Hinzu kommt die abschreckende Wirkung, den die ausgebauten Kompetenzen auf

die Grundrechtsausübung, insbesondere auch die Kommunikationsgrundrechte, auslösen. Dieser "chilling effect" ist in jüngerer Zeit vermehrt vom Bundesgericht und vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gerügt worden. Entsprechend ist es wichtig, den Überwachungsmaßnahmen des NDB klare Grenzen zu setzen. Bedauerlicherweise werden im vorliegenden Entwurf jedoch gerade gewisse solche Grenzen, die beim Erlass des NDG vor wenigen Jahren noch unbestritten waren, aufgeweicht. Diese Massnahmen erfolgen, ohne dass eine erhebliche Veränderung in der Bedrohungslage in dieser Zeit erkennbar wäre.

1. Bemerkungen zu den einzelnen Artikeln des NDG

Art. 5 NDG

Die neue Ausnahme in Art. 5 Abs. 6 Bst. c NDG führt zu einer Vermischung der nachrichtendienstlichen präventiven mit der polizeilichen repressiven Tätigkeit. Sobald konkrete Gefahren für Organisationen oder Personen abgewendet werden sollen, fällt dies in den Zuständigkeitsbereich der herkömmlichen Strafverfolgungsbehörden. Insbesondere die Ausführungen im Erläuternden Bericht (nachfolgend: EB), wonach die zulässigen Datenbearbeitungen neu sogar auf Personen und Organisationen ausgedehnt werden, "die von den in Artikel 6 Absatz 1 Buchstabe a genannten Aktivitäten *bedroht werden könnten*" (Hervorhebung hinzugefügt), führt zu einer beinahe uferlosen Ausdehnung der Datenbearbeitungsbefugnisse. Dadurch kann von einer "ausnahmsweise Zulässigkeit der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung" kaum mehr die Rede sein.

Änderungsvorschlag: Art. 5 Abs. 6 Bst. c NDG ist ersatzlos zu streichen.

Es wird im EB zu Art. 5 Abs. 6 Bst. d NDG nicht überzeugend dargelegt, inwiefern es zur effektiven Beurteilung und Steuerung von Quellen tatsächlich nötig sei, Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zu bearbeiten. Zumal es sich um einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff handelt, der nur zulässig ist, sofern er wirklich erforderlich ist, d.h. das mildeste geeignete zur Verfügung stehende Mittel zur Erreichung des angestrebten Ziels darstellt. Vorliegend erscheint eine genügende Beurteilung und Steuerung von Quellen durchaus auch ohne Bearbeitung solcher sensiblen Personendaten möglich.

Änderungsvorschlag: Art. 5 Abs. 6 Bst. d NDG ist ersatzlos zu streichen.

Art. 6 NDG

Die Ausdehnung des Auftrags des NDB auf sicherheitspolitisch bedeutsame Vorgänge im Cyberraum in Art. 6 Abs. 1 Bst. b NDG wird als zeitgemäss und notwendig erachtet. Allerdings handelt es sich beim Begriff "Cyberraum" um einen relativ neuen Begriff, der unterschiedlich ausgelegt werden kann. Aus diesem Grund wäre es zu begrüssen und der Rechtsicherheit dienlich, wenn der Begriff im Gesetz selbst näher definiert würde.

Art. 7 Abs. 1 Bst. e – h und 1^{bis} – 3 NDG

Es ist von Interesse zu wissen, inwiefern Art. 7 Abs. 1 Bst. e – h und 1^{bis} – 3 NDG auch auf die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der kantonalen Vollzugsbehörden angewendet werden können. Art. 7 Abs. 1^{bis} NDG sieht vor, dass es für die Auswertung der Nutzung der NDB-Daten sowie der zur Verfügung gestellten Geräte durch den NDB und das Einholen von Auskünften über die Mitarbeiterin oder den Mitarbeiter der schriftlichen Zustimmung eines Mitglieds der Direktion bedarf. Es ist zu prüfen, ob es für die kantonalen Vollzugsbehörden nicht zusätzlich auch einer schriftlichen Zustimmung der kantonalen Linienvorgesetzten bedarf. Sollte dies der Fall sein, müsste aus diesem Grund Art. 7 Abs. 1^{bis} NDG entsprechend ergänzt werden. Fraglich ist ebenfalls, ob auch private Reisen von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der kantonalen Vollzugsbehörden in oder durch Länder mit besonderen Risiken als bewilligungspflichtig erklärt werden können.

Der EB führt aus, dass die Abklärungen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. f NDG, anders als die Massnahmen nach Bst. e, mit Einwilligung der betroffenen Person erfolgen müssen. Bedauerlicherweise ergibt sich diese Einschränkung aber nicht aus dem Gesetzestext. Zu begrüssen wäre eine explizite Verankerung im Gesetz.

Änderungsvorschlag: "bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte auf eine akute Bedrohung seiner Sicherheit über eine Mitarbeiterin oder einen Mitarbeiter sicherheitsrelevante **mit deren Einwilligung** Auskünfte einholen und Daten aus öffentlich zugänglichen Informationsquellen und aus ihm zugänglichen Informationssystemen sowie aus seinen eigenen Daten beschaffen und bearbeiten um zu beurteilen, ob er eine erneute Personensicherheitsprüfung einleiten muss".

Art. 13 Abs. 1 NDG

Diese Bestimmung wurde seinerzeit vom alten Gesetz übernommen. Sie ist den aktuellen Gegebenheiten anzupassen. Die von Privaten und Behörden in den sozialen Medien und im Internet veröffentlichten Informationen sind explizit aufzuführen.

Art. 14 Abs. 3 NDG

Die neue Bestimmung soll dem NDB ermöglichen, an Fahrzeugen oder Gegenständen Ortungsgeräte anzubringen, "wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Observation erforderlich ist". Diese Massnahme wird sodann von den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen ausgenommen (vgl. Art. 26 Abs. 1 Bst. b NDG). Als Begründung führt der EB im Wesentlichen an, dass das Anbringen von Ortungsgeräten notwendig sei, weil ansonsten oftmals das Beobachtungsobjekt aus dem Blickfeld geraten könne und dann ggf. nicht mehr auffindbar sei. Das Bundesgericht erklärte in BGE 147 I 103 E. 17 eine Bestimmung im bernischen Polizeigesetz zum Einsatz von Ortungsgeräten für verfassungswidrig. Es kritisierte die Unbestimmtheit der Rechtsgrundlage und verglich diese mit den massgebenden Bestimmungen der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO; SR 312.0; insbesondere Art. 269 ff. StPO) sowie des NDG (Art. 26 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 27 Abs. 1 NDG). Zum einen sei die bernische Bestimmung nicht auf Fälle mit dringendem Tatverdacht auf eine schwere Straftat bzw. konkreter Bedrohung von wichtigen Rechtsgütern beschränkt. Zum anderen fehle das Erfordernis einer richterlichen Genehmigung. Im vorliegenden Entwurf ist der Einsatz von Ortungsgeräten zur Observation an keine der für die genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen geltenden strengen Voraussetzungen gebunden. Es besteht die Gefahr, dass solche Ortungsgeräte bei Observationen standardmässig zum Einsatz kommen werden, zumal doch regelmässig – gerade im Strassenverkehr oder an belebten Orten – das Risiko besteht, dass Beobachtungsobjekte kurzzeitig aus dem Blickfeld geraten können. Zusammenfassend erscheint Art. 14 Abs. 3 NDG in der vorliegenden Form mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unvereinbar.

Änderungsvorschlag: Art. 14 Abs. 3 NDG ist an die verbindlichen Vorgaben des Bundesgerichts anzupassen.

Art. 19 Abs. 2 Bst. f NDG

Es wird auf die Ausführungen zu Art. 6 Abs. 1 Bst. b NDG verwiesen.

Art. 20 Abs. 1 NDG

Folgende Behörden sind in Art. 20 Abs. 1 NDG zusätzlich aufzunehmen:

- Sozialdienste
- Behörden des Kindes- und Erwachsenenschutzes
- Steuerbehörden
- Betreibungs- und Konkursämter
- Kantonale Strassenverkehrs- und Schifffahrtsämter
- Bundesamt für Strassen (ASTRA)
- Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL)

Die Sozialdienste und Behörden des Kindes- und Erwachsenenschutzes (kommunal und kantonal) stellen in ihrem Zuständigkeitsbereich bei Personen regelmässig Hinweise auf extremistische Gefährdungen fest. Aufgrund des Vertrauensverhältnisses zwischen diesen Behörden und der betroffenen Person bestehen für diese Behörden hohe Hürden für eine Mitteilung an die kantonalen Vollzugsbehörden des NDG. Zur Erhöhung der Handlungssicherheit dieser Behörden ist eine Aufnahme der Behörden in Art. 20 NDG sehr dienlich. Zudem liegt es auch im Interesse der Wahrung der inneren Sicherheit, dass diese Behörden ebenfalls der Mitteilungspflicht nach Art. 20 Abs. 3 NDG unterliegen.

Erfahrungsgemäss sind bei Personen, von welchen eine extremistische Gefährdung ausgeht, Abklärungen nötig bei Behörden, welche besonders schützenswerte Personendaten bearbeiten. Damit hier allfällige datenschutzrechtliche Bedenken dieser Behörden vermieden werden können, ist eine Erwähnung der Behörden notwendig (Steuerbehörden, Betreibungs- und Konkursämter, Kantonale Strassenverkehrs- und Schifffahrtsämter, Bundesamt für Strassen [ASTRA], Bundesamt für Zivilluftfahrt [BAZL]).

Art. 25 Abs. 1 Bst. a

Die Ausdehnung der Auskunftspflicht auf gewerbsmässige Beherbergungsbetriebe betrifft eine sehr grosse Zahl von Gästen und ist als schwerwiegender Eingriff in deren Grundrechte zu werten. Eine systematische Übermittlung von Hotelmeldescheinen erscheint unverhältnismässig und ist abzulehnen. In Graubünden wurde das obligatorische Ausfüllen von Meldescheinen schon vor Jahren abgeschafft. Es soll nicht

über das NDG neu eingeführt werden. Eine solche Massnahme ist nicht verhältnismässig und völlig ineffizient. Allenfalls kommt eine Auskunft im Einzelfall in Betracht. Der Gesetzestext sowie der EB sind entsprechend anzupassen.

Änderungsvorschlag: "von einer natürlichen oder juristischen Person, die gewerbmässig Transporte durchführt oder Transportmittel zur Verfügung stellt oder vermittelt, oder die gewerbmässig einen Beherbergungsbetrieb führt: **im Einzelfall** Auskunft über eine von ihr erbrachte Leistung".

Weiter beantragen wir eine explizite Nennung der juristischen Personen, welche Flughäfen/Flugplätze betreiben, sollten Flughafenbetreiber/Innen nicht bereits von Buchstabe a erfasst sein. In diesem Fall ist der EB zu ergänzen.

Regelmässig liegen bei Personen, von welchen eine extremistische Gefährdung ausgeht, auch medizinische Ursachen bzw. Symptome vor. Häufig sind bei diesen Personen psychiatrische Abklärungen erforderlich. Aus der Behandlung dieser Personen kann die Gesundheitsfachperson (weitere) Wahrnehmungen machen, die auf eine extremistische Gefährdung hinweisen. Die Mitteilungspflichten und -rechte von Gesundheitsfachpersonen sind auf kantonaler Ebene geregelt. Die Auskunftspflicht dieser Fachpersonen ist aber auch im NDG vorzusehen. Für die Entbindung vom Berufsgeheimnis gelten die hierfür kantonal vorgesehenen Regelungen. Einer Entbindung wird aber von der zuständigen kantonalen Stelle nur zugestimmt, wenn eine klare gesetzliche Grundlage für die Auskunftspflicht besteht. Hierfür ist die Ergänzung im NDG erforderlich.

Antrag Schaffung neuer Art. 25 Abs. 1 Bst. c NDG: "von Gesundheitsfachpersonen: Auskunft über Wahrnehmungen, die im Zusammenhang mit der Behandlung stehen."

Art. 26 Abs. 1 Bst. b NDG

Es wird auf die Ausführungen zu Art. 14 Abs. 3 NDG verwiesen.

Art. 26 Abs. 1 Bst. e NDG

Die "Durchsuchung von Fahrzeugen und Behältnissen" soll keine genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahme mehr darstellen, sondern ohne Genehmigung für den NDB und die kantonalen Vollzugsdienste möglich sein. In Anlehnung an die kan-

tonalen Polizeigesetze, welche für sicherheitspolizeiliche Durchsuchungen von Fahrzeugen und Behältnissen keine Genehmigung vorsehen (vgl. z.B. Art. 98 Polizeigesetz Kanton Bern), ist auf eine Genehmigung nach NDG ebenfalls zu verzichten.

Für die Durchsuchung von Fahrzeugen und Behältnissen (allenfalls besser: Durchsuchung von "Sachen") ist ein eigener Artikel im NDG zu schaffen, welcher keine Genehmigung vorsieht. Der neue Artikel ist ebenfalls in Art. 85 Abs. 1 NDG zu berücksichtigen.

Art. 26 Abs. 1 Bst. f NDG

Die Finanzierung von Terrorismus steht bereits im Visier zahlreicher Behörden (Bundesamt für Polizei fedpol, Meldestelle für Geldwäscherei MROS, kantonale Strafbehörden etc.). Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb in diesem Bereich die Befugnisse des NDB erweitert werden müssten. Potenziell wäre eine Vielzahl von Kundinnen und Kunden von Finanzinstituten in der Schweiz betroffen – und dies allenfalls bereits bei sehr niedrigen Zuwendungssummen. Insofern erscheint die Massnahme unverhältnismässig.

Änderungsvorschlag: Art. 26 Abs. 1 Bst. f NDG ist ersatzlos zu streichen.

Art. 27 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 NDG

Die Anpassung hat eine sensible Ausweitung der zulässigen Beschaffungsmassnahmen zur Folge. Insbesondere sollen solche Massnahmen künftig auch zur Bekämpfung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten nach Art. 19 Abs. 2 Bst. e NDG greifen. Dabei hatte der Bundesrat 2014 in seiner Botschaft zum NDG noch betont, dass "gewalttätiger Extremismus näher an politisch-ideologischen Bewegungen angesiedelt [sei], was besondere Zurückhaltung [erfordere]" (BBI 2014 2167). Bereits damals erkannte der Bundesrat, dass Extremismus, der sich zu Terrorismus nach Art. 19 Abs. 2 Bst. a NDG entwickelt, als solcher sämtlichen Beschaffungsmassnahmen zugänglich sei. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Bedrohungslage seit dem Erlass dieser Botschaft wesentlich verändert haben sollte. Vielmehr besteht die Gefahr, dass unter dem offenen Begriff des gewalttätigen Extremismus eine Fülle von Ideologien der nachrichtendienstlichen Überwachung unterstellt werden könnten. Dies hätte u.a. einen erheblichen "chilling effect", d.h. eine abschreckende Wirkung auf die legitime Ausübung von Kommunikationsgrundrechten, insbesondere auf die Ver-

sammlungsfreiheit. In Betracht kämen z.B. Klimaaktivistinnen und -aktivisten, Anhängerinnen und Anhänger der Black Lives Matter-Bewegung oder gar Teilnehmende an Frauenrechtsdemos. Dass es auch bei Veranstaltungen solcher Gruppierungen zu Gewalt kommen kann, liegt auf der Hand. Allerdings erscheint der Bedrohungsgrad für die innere Sicherheit in keiner Weise mit demjenigen von terroristischen Aktivitäten vergleichbar. Verbunden mit dem besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriff, vermag die angedachte Ausdehnung der nachrichtendienstlichen Beschaffungsmassnahmen auf gewalttätigen Extremismus den Grundrechtsschranken nach Art. 36 der Bundesverfassung (BV; SR 101) nicht standzuhalten.

Änderungsvorschlag: "Es besteht eine konkrete Bedrohung im Sinne von Artikel 19 Absatz 2 **Buchstaben a-d**".

Art. 28 Abs. 2 NDG

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG überrascht und vermag nicht zu überzeugen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb hiervon den Regelungen der StPO abgewichen werden sollte. Im Gegenteil würde die angedachte Streichung einen regelrechten Paradigmenwechsel herbeiführen, war doch bis anhin die Privilegierung des Berufsgeheimnisses der betreffenden Berufsgruppen unbestritten. Im Rahmen des Erlasses des NDG wurde vielmehr sogar über die Ausdehnung des Berufsgeheimnisses auf weitere Berufsgruppen (z.B. Finanzdienstleister) diskutiert (vgl. BBI 2014 2168).

Änderungsvorschlag: Der geltende Art. 28 Abs. 2 NDG ist unverändert beizubehalten.

Art. 41 Abs. 3 NDG

Die Verlängerung der Genehmigungsdauer für eine Kabelaufklärung von höchstens sechs Monaten auf zwölf Monaten ist problematisch. Als Dauer für eine solch einschneidende Überwachungsmaßnahme erscheint ein ganzes Kalenderjahr unverhältnismässig. Gleichwohl ist verständlich, dass gerade die maximale Verlängerungsdauer von drei Monaten angesichts des Aufwands und der Komplexität der Massnahme relativ kurz bemessen ist. Deshalb wird vorgeschlagen, die anfängliche Höchstdauer von sechs Monaten beizubehalten, dafür aber die Verlängerungsdauer auf höchstens sechs Monaten anzuheben.

Änderungsvorschlag: "Die Genehmigung gilt für höchstens **sechs** Monate. Sie kann nach demselben Verfahren um jeweils höchstens sechs Monate verlängert werden".

Art. 53 NDG

Es ist in Art. 53 Abs. 1 NDG vorgesehen, dass die kantonalen Vollzugsbehörden Daten für kurze Zeit in der kantonalen Arbeitsumgebung zwischenspeichern können. Eine Speicherung der Daten in einer anderen als der vom Bund zur Verfügung gestellten Umgebung stellt jedoch ein erhebliches Risiko für die Datensicherheit dar. Dass die Zwischenspeicherung nur für kurze Zeit erfolgt, vermag diese Risiken nicht genügend zu mindern. Datensicherheitsverletzungen können nämlich auch sehr kurzfristig erfolgen. Mit einer Zwischenspeicherung in einer anderen Arbeitsumgebung, über die der Bund keine Hoheit hat, verliert dieser die jederzeitige Kontrolle über die Daten. Aus faktischen Gründen führt gegenwärtig jedoch kein Weg an einer Zwischenspeicherung auf kantonalen Arbeitsumgebungen vorbei. Für diese Notlösung ist eine befristete gesetzliche Grundlage zu schaffen. Der Bund muss unverzüglich die technischen Voraussetzungen schaffen, damit die kantonalen Vollzugsorgane ihm Daten übermitteln können, ohne diese vorgängig in der eigenen Arbeitsumgebung Zwischenspeichern zu müssen.

Änderungsvorschlag: Die Bestimmung ist zeitlich zu befristen (das Aufhebungsdatum ist bereits vorzusehen).

Die in Art. 53 Abs. 4 NDG angeführte kurze Aufbewahrungsdauer von fünf Jahren für Daten aus den Vorabklärungen der kantonalen Vollzugsbehörden, die nicht in einen Bericht an den NDB einfließen, schmälert die Wirksamkeit der Vollzugsbehörden in ihrer nachrichtendienstlichen Tätigkeit. So handelt es sich bei Daten, die etwa infolge eines nicht klar ersichtlichen Gewaltbezugs der Handlungen einer Zielperson nicht in einen Bericht an den NDB einfließen, meist trotzdem um Daten mit nachrichtendienstlichem Wert. So sind Daten einer sich radikalierenden Person etwa aus dem dschihadistischen Umfeld wichtig, auch wenn deren Handlungen noch keinen klaren Gewaltbezug zeigen. Eine solche Radikalisierung kann sich über Jahre hinziehen. Verstreichen nun die fünf Jahre ohne weitere Hinweise zu dieser Person, weil sie landesabwesend ist (Bsp. Studium in Medina) oder polizeilich nicht in Erscheinung tritt, müssen alle Erkenntnisse gelöscht werden. Aus Sicht der Regierung erscheint es prüfenswert, die Aufbewahrungsdauer dieser Daten von fünf auf zehn Jahre zu erhöhen.

Art. 63a NDG

Die Revision des Auskunftsrechts, wodurch die Rechte der betroffenen Person grundsätzlich gestärkt werden, ist generell zu begrüßen. Problematisch ist allerdings – wie der EB selbst bereits hervorhebt – die Einschränkung des Rechtswegs. Diese Einschränkung ist verfassungsrechtlich und völkerrechtlich kaum haltbar. Gegen die Verweigerung, Einschränkung oder den Aufschub der Auskunft (aber auch gegen die Auskunftserteilung, soweit die gesuchstellende Person die Rechtmässigkeit des Inhalts bestreitet) ist ein ordentliches und vollkommenes Rechtsmittel an das Bundesverwaltungsgericht zu schaffen.

Art. 76 und 77 NDG

Der Revisionsentwurf führt den wichtigen Grundsatz der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde über den NDB (AB-ND) weiter. Sehr zu begrüßen ist ausserdem, die Stärkung der Budgetautonomie der AB-ND. Gleichwohl bietet die Revision noch weitere Chancen, die Unabhängigkeit der AB-ND zu stärken und dadurch eines der selbsterklärten Ziele der Vorlage besser zu verwirklichen.

Erstens steht das Wahlverfahren der Leiterin oder des Leiters der AB-ND in einem Spannungsverhältnis zur Unabhängigkeit. Um ihrer oder seiner Aufsichtstätigkeit möglichst unabhängig zu begegnen, ist in jüngerer Zeit wiederholt festgestellt worden, dass die Mitglieder von Aufsichtsbehörden über die Verwaltung nicht von der Exekutive gewählt werden. Entsprechend werden die Mitglieder der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft sowie der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte von der Vereinigten Bundesversammlung gewählt. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb ein anderes Wahlverfahren für die Leiterin oder den Leiter der AB-ND gelten sollte.

Zweitens ist die administrative Angliederung an das VBS (Art. 77 Abs. 1 zweiter Satz NDG) problematisch. Diese – sei es auch nur eine administrative – Nähe zum VBS und somit auch zum NDB ist der unabhängigen Aufsichtstätigkeit abträglich. Eine solche Angliederung ist denn auch anderen unabhängigen Aufsichtsbehörden, namentlich der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft (AB-BA), dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) oder der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) fremd. Die AB-ND ist folglich administrativ zu verselbstständigen. Subsidiär käme allenfalls die administrative Angliederung an ein anderes

Departement, z.B. an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement EJPD, in Betracht.

Zusammenfassend wird vorgeschlagen, dass die Leiterin oder der Leiter der AB-ND von der Vereinigten Bundesversammlung gewählt und, dass die AB-ND administrativ verselbständigt oder allenfalls einem anderen Departement als dem VBS angegliedert wird.

Art. 83b Abs. 2 NDG

Die Ausweitung der Strafbestimmungen auf fahrlässige Handlungen erscheint äusserst problematisch. Es geht aus dem EB nicht hervor und ist nicht weiter ersichtlich, inwiefern ein Bedarf bestehen sollte, fahrlässige Widerhandlungen gegen Tätigkeitsverbote strafrechtlich zu ahnden. Die Tatbestände, die Fahrlässigkeit erfassen, bilden im Strafrecht die Ausnahme, während dem Grundsatz nach nur vorsätzliches Handeln strafbar ist (Art. 12 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs [StGB; SR 31]). Die Ausnahmen von diesem Grundsatz betreffen i.d.R. besonders hochrangige Rechtsgüter wie Leib und Leben. Hervorzuheben ist, dass auch die neu vorgesehene Verletzung des Organisationsverbots nach Art. 83a NDG keine Strafbarkeit für fahrlässige Handlungen vorsieht.

Änderungsvorschlag: Art. 83b Abs. 2 NDG ist ersatzlos zu streichen.

Art. 85 Abs. 1 NDG

Die Aufzählung in Art. 85 Abs. 1 NDG ist mit Art. 24 NDG zu ergänzen. Die Befragung ist in Art. 23 und 24 NDG geregelt, die Anhaltung und damit verbundenen Identitätsfeststellung und Befragung lediglich in Art. 24 NDG.

Es kommt in Einzelfällen auch vor, dass kantonale Vollzugsdienste ebenfalls Anhaltungen zwecks Identitätsfeststellungen und Befragung vornehmen. Damit Unklarheiten bei der praktischen Umsetzung vermieden werden, soll Art. 85 Abs. 1 NDG auch den Art. 24 NDG umfassen.

2. Bemerkungen zu den einzelnen Artikeln des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS; SR 120)

Art. 24h Abs. 1 Bst. b BWIS

Im EB ist ausgeführt, dass die Regelung "nur auf Personen anwendbar [sei], die sich mit *sehr hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten* beteiligen werden" (Hervorhebung hinzugefügt). Zur besseren Klarheit ist diese Einschränkung direkt in den Gesetzestext aufzunehmen. Nur so kann davon ausgegangen werden, dass – wie der EB darlegt – die Ausreisebeschränkung das Grundrecht auf Meinungsfreiheit nicht tangiert.

Änderungsvorschlag: "aufgrund konkreter und aktueller Anhaltspunkte **mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit** angenommen werden muss, dass sie ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen".

Art. 24m Abs. 2 BWIS

Der Entscheid über die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gegen eine Ausreisebeschränkung sollte im freien Ermessen des Bundesverwaltungsgerichts liegen. Dieses hat anhand einer umfassenden Interessenabwägung darüber zu befinden. Dass die aufschiebende Wirkung allenfalls den Zweck der Massnahme gefährden könnte, hat das Gericht bei der Abwägung freilich zu berücksichtigen. Indessen erscheint eine Vorwegnahme der Abwägung unverhältnismässig.

Änderungsvorschlag: "Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Die Beschwerdeinstanz kann einer Beschwerde von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei aufschiebende Wirkung erteilen, ~~wenn der Zweck der Massnahme dadurch nicht gefährdet wird~~".

3. Bemerkungen zu Art. 89e Bst. a des Strassenverkehrsgesetzes (SVG; SR 741.01) Art. 89e Bst. a

Der vorgeschlagenen Korrektur des gesetzgeberischen Versehens ist zuzustimmen. Bei dieser Gelegenheit soll die Bestimmung aber auch inhaltlich präzisiert werden. Nach dem Revisionsentwurf sollen in Art. 89e Bst. a SVG neu sowohl der Zugriff der Polizeiorgane wie auch jener des NDB inhaltlich gleich geregelt werden. Dies ist materiell nicht richtig. Es ist vertretbar, dass der NDB im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung Zugriff auf sämtliche Daten, die er für seine Aufgabenerfüllung benötigt, erhält. Eine Einschränkung soll aber hinsichtlich der gespeicherten Passfotos von Personen

vorgesehen werden. Im SVG soll ausdrücklich geregelt werden, dass Passfotos von Personen nur unter eingeschränkten Voraussetzungen für nachrichtendienstliche Zwecke weiterverwendet werden dürfen.

Änderungsvorschlag: Art. 89e Bst. a SVG ist unverändert beizubehalten. Für den NDB ist ein neuer Buchstabe mit folgendem Wortlaut einzufügen: "**der Nachrichtendienst des Bundes: in sämtliche Daten, die für die Erfüllung seiner Aufgaben nach dem Bundesgesetz über den Nachrichtendienst vom 25. September 2015 (NDG) erforderlich sind; Passfotos dürfen nur bearbeitet werden, sofern die Voraussetzungen nach Art. 19 NDG erfüllt sind**".

4. Verordnung über den Nachrichtendienst (NDV)

Die Regierung möchte die Gelegenheit nutzen, anlässlich der aktuell laufenden Revision des Nachrichtendienstgesetzes auch Anpassungen der Nachrichtendienstverordnung zu beantragen. Gemäss Art. 6 NDV berechnet sich die pauschale Abgeltung der Leistungen der Kantone zum Vollzug des NDG nach der Höhe des dafür bewilligten Kredits und dem unter den Kantonen geltenden Verteilschlüssel. Der Verteilschlüssel wird aufgrund der Summe der Stellenanteile derjenigen Personen in den Kantonen bestimmt, bei denen der Aufgabenvollzug nach dem NDG einen wichtigen Anteil ihrer regelmässigen Arbeit bildet. Der NDB legt den Verteilschlüssel nach Bedarf, mindestens aber alle vier Jahre, zusammen mit den Kantonen fest und hört dazu die Konferenz der kantonalen Polizeikommandantinnen und -kommandanten (KKPKS) an.

Die Regierung schliesst sich der KKPKS an und sieht eine Anpassung des Verteilschlüssels wie auch eine Erhöhung des aktuell geltenden Entschädigungsansatzes pro kantonale Nachrichtendienststelle als dringend notwendig.

Der heute geltende Entschädigungsansatz wurde während mindestens fünfzehn Jahren nicht angepasst. Beantragt wird deshalb eine Anpassung des Entschädigungsansatzes an die aktuellen Gegebenheiten, sinnvollerweise ergänzt durch einen Mechanismus zur wiederkehrenden Anpassung (z.B. basierend auf der Entwicklung des Konsumentenindex).

Die aktuell vorgesehene Geltungsdauer eines jeweiligen Verteilschlüssels von vier Jahren ist zu kurz. Bis ein Korps die notwendigen Stellen und Kompetenzen aufgebaut hat, droht schon wieder eine Anpassung des Stellenetats, womit für die Kantone

keinerlei Planungssicherheit mehr besteht. Die Regierung schliesst sich auch hier der KKPKS an und beantragt eine Erhöhung der Geltungsdauer eines jeweiligen Verteilschlüssels auf sechs Jahre, wobei insbesondere auch zu beachten ist, dass beim Wechsel des Verteilschlüssels eine genügend lange Übergangsfrist vorgesehen wird.

Freundliche Grüsse



Namens der Regierung

Der Präsident:

A handwritten signature in black ink, appearing to read "M. Caduff".

Marcus Caduff

Der Kanzleidirektor:

A handwritten signature in black ink, appearing to read "D. Spadin".

Daniel Spadin

Hôtel du Gouvernement – 2, rue de l'Hôpital, 2800 Delémont

Hôtel du Gouvernement
2, rue de l'Hôpital
CH-2800 Delémont

t +41 32 420 51 11
f +41 32 420 72 01
chancellerie@jura.ch

Département fédéral de la défense,
de la protection de la population et des sports DDPS
Madame la Conseillère fédérale
Viola Amherd
Palais fédéral Est
3003 Berne

Par email : vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Delémont, le 16 août 2022

Modification de la loi fédérale sur le renseignement (LRens) : ouverture de la procédure de consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Le Gouvernement de la République et Canton du Jura accuse réception de votre lettre du 19 mai 2022, par laquelle vous l'invitez à se prononcer dans le cadre de la procédure de consultation sur la modification de la loi fédérale sur le renseignement (LRens). Il vous remercie pour cette consultation.

Le Gouvernement relève que la présente révision règle des points en suspens au moment de l'entrée en vigueur de la LRens, à savoir et principalement :

- En cas de menaces graves pour la Suisse, il sera possible d'enquêter sur les flux financiers par une nouvelle mesure de recherche d'informations soumise à autorisation (MRSA).
- Les mesures de recherche d'informations soumises à autorisation (MRSA) seront applicables à l'extrémisme violent.
- L'infiltration des réseaux à l'étranger sera possible par une mesure d'information soumise à autorisation (MRSA).
- L'utilisation d'un appareil de localisation sera possible dans le cadre de l'observation.
- Une nouvelle architecture sera développée pour la gestion des données du SRC et des SRCant conformément à la loi sur la protection des données.

Le Gouvernement jurassien est conscient de l'importance de telles modifications. Il soutient pleinement les propositions.

Il regrette cependant que la loi ne règle pas l'accès direct des services de renseignements cantonaux (SRCant) à des données relevant du renseignement d'autres autorités d'exécution cantonales. Il souhaite que la LRens accorde aux autorités d'exécution cantonale un accès réciproque aux données de renseignement (art. 57 al. 3).

Tout en vous remerciant de prendre note de notre position, le Gouvernement de la République et Canton du Jura vous prie de croire, Madame la Conseillère fédérale, à sa haute considération.

AU NOM DU GOUVERNEMENT DE LA
RÉPUBLIQUE ET CANTON DU JURA


David Eray
Président




Jean-Baptiste Maître
Chancelier d'État



Justiz- und Sicherheitsdepartement

Bahnhofstrasse 15
Postfach 3768
6002 Luzern
Telefon 041 228 59 17
justiz@lu.ch
www.lu.ch

Nachrichtendienst des Bundes

per E-Mail

vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Luzern, 30. August 2022

Protokoll-Nr.: 972

Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG); Vernehmlassung

Sehr geehrte Damen und Herren

Im Namen und Auftrag des Regierungsrates danken wir Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und äussern uns wie folgt.

Wir begrüssen grundsätzlich die vorgeschlagene Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG).

Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

Zu Art. 6 NDG

Die Ausdehnung des Auftrags des NDB auf sicherheitspolitisch bedeutsame Vorgänge im Cyberraum wird als zeitgemäss und notwendig erachtet (Abs. 1 lit. b). Weiter unterstützen wir den in Abs. 2^{bis} vorgesehenen Nachrichtenverbund, welcher es erlaubt, dass über kantonsübergreifende Ereignisse zentral informiert werden kann.

Zu Art. 9 NDG

Wir begrüssen die in Absatz 4 vorgesehene Klarstellung, dass der NDB der Verantwortliche für die Datenbearbeitung der kantonalen Vollzugsbehörden ist, soweit sich die Datenbearbeitung auf das NDG stützt. Dabei ist unerheblich, ob die kantonalen Vollzugsbehörden unaufgefordert oder gestützt auf einen konkreten Auftrag des NDB tätig werden.

Zu Art. 14 NDG

Neu soll der Einsatz von Ortungsgeräten als Unterstützungsmassnahme von rechtlich zulässigen Observationen möglich sein. Dabei dient der Einsatz eines Ortungsgeräts lediglich zur Erleichterung und Sicherstellung einer Observation und beschränkt sich auf die Übermittlung der aktuellen Koordinaten des Beobachtungsobjekts während einer laufenden Observation. Wir teilen die Ansicht, dass der Einsatz von Ortungsgeräten unter den genannten Bedingungen verhältnismässig ist und die im erläuternden Bericht vorgebrachten Vorteile, insbesondere z.B. gefährliche Überholmanöver in dichtem Strassenverkehr zu vermeiden oder die Vereinfachung, aufgrund wechselnder Distanzen bei einer Observation unerkannt zu bleiben, klar überwiegen. Wir sprechen uns deshalb für die Einführung dieses zusätzlichen Hilfsmittels für eine Observation aus.

Zu Art. 20 NDG

In Absatz 1 sind folgende Behörden zu ergänzen:

- Sozialdienste,
- Behörden des Kindes- und Erwachsenenschutzes,
- Steuerbehörden,
- Betreibungs- und Konkursämter,
- Kantonale Strassenverkehrs- und Schifffahrtsämter,
- Bundesamt für Strassen (ASTRA),
- Bundesamt für Zivillufffahrt (BAZL).

Die Sozialdienste und Behörden des Kindes- und Erwachsenenschutzes (kommunal und kantonal) stellen in ihrem Zuständigkeitsbereich bei Personen regelmässig Hinweise auf extremistische Gefährdungen fest. Aufgrund des Vertrauensverhältnisses zwischen diesen Behörden und der betroffenen Person bestehen für diese Behörden hohe Hürden für eine Mitteilung an die kantonalen Vollzugsbehörden des NDG. Zur Erhöhung der Handlungssicherheit dieser Behörden ist eine Aufnahme der Behörden in Absatz 1 sehr dienlich. Zudem liegt es auch im Interesse der Wahrung der inneren Sicherheit, dass diese Behörden ebenfalls der Mitteilungspflicht nach Absatz 3 unterliegen.

Erfahrungsgemäss sind zudem bei Personen, von welchen eine extremistische Gefährdung ausgeht, Abklärungen bei Behörden nötig, welche besonders schützenswerte Personendaten bearbeiten. Damit hier allfällige datenschutzrechtliche Bedenken dieser Behörden vermieden werden können, ist eine Erwähnung der Behörden notwendig (Steuerbehörden, Betreibungs- und Konkursämter, Kantonale Strassenverkehrs- und Schifffahrtsämter, ASTRA, BAZL).

Zu Art. 25 NDG

Regelmässig liegen bei Personen, von welchen eine extremistische Gefährdung ausgeht, auch medizinische Ursachen bzw. Symptome vor. Häufig sind bei diesen Personen psychiatrische Abklärungen erforderlich. Aus der Behandlung dieser Personen kann die Gesundheitsfachperson (weitere) Wahrnehmungen machen, die auf eine extremistische Gefährdung hinweisen. Die Mitteilungspflichten und -rechte von Gesundheitsfachpersonen sind auf kantonaler Ebene geregelt. Die Auskunftspflicht dieser Fachpersonen ist aber auch im NDG vorzusehen. Für die Entbindung vom Berufsgeheimnis gelten die hierfür kantonal vorgesehenen Regelungen. Einer Entbindung wird aber von der zuständigen kantonalen Stelle nur zugestimmt, wenn eine klare gesetzliche Grundlage für die Auskunftspflicht besteht. Hierfür ist die Ergänzung im NDG erforderlich. Daher beantragen wir, Art. 25 Abs. 1 NDG mit einem neuen lit. c wie folgt zu ergänzen: «von Gesundheitsfachpersonen: Auskunft über Wahrnehmungen, die im Zusammenhang mit der Behandlung stehen.»

Zu Art. 26 NDG

Dem NDB soll neu ermöglicht werden, Informationen von Finanzintermediären über die Finanzierung von sicherheitsrelevanten Personen oder Gruppierungen einzuholen. Damit soll eine Lücke in der Datenbeschaffung geschlossen werden. Wir begrüssen diese Änderung, weil damit insbesondere auch die Möglichkeiten zur Bekämpfung der Terrorismus-Finanzierung ausgeweitet werden.

Zu Art. 27 NDG

Wir unterstützen weiter die Ausweitung der genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen auf den gewalttätigen Extremismus. Wie im erläuternden Bericht erwähnt wird, haben Ereignisse im Ausland gezeigt, dass solche Aktivitäten auch Ausmasse annehmen können, welche die innere und äussere Sicherheit schwer bedrohen.

Zu Art. 68 NDG

Die Formulierung in Abs. 1, zweiter Satz: «Daten und andere Unterlagen des NDB und der unabhängigen Aufsichtsbehörde archiviert das Bundesarchiv in besonders gesicherten Räumen.», ist angesichts der zunehmend digital geführten Unterlagen kaum mehr zeitgemäss. Es fragt sich, ob die Formulierung nicht gestrichen oder zumindest durch ein digitales Pendant wie «bzw. auf speziell dedizierten Servern» ergänzt werden sollte.

Abs. 4 desselben Artikels bezieht sich offensichtlich auf digitale Daten und ist für Nichtfachleute unverständlich, wenn nicht eine Definition geliefert wird, was Ablieferung, Löschung und Vernichtung von Daten bedeutet. Zumindest ein Verweis im erläuternden Bericht auf eine anerkannte entsprechende Definition wäre wünschenswert.

Gemäss den Erläuterungen zu Abs. 4 werde auch klargestellt, dass der NDB Daten, welche das Schweizerische Bundesarchiv als nicht archivwürdig beurteilt, gleich nach deren Löschung vernichte, «auch wenn deren Aufbewahrungsfrist *noch nicht* abgelaufen ist». Das steht so aber nicht im Gesetz und es widerspricht den Grundsätzen der Schriftgutverwaltung, Daten vor Ablauf der definierten Aufbewahrungsfristen zu löschen. Aufbewahrungsfristen werden bewusst dafür definiert, Sicherheit bezüglich der Verfügbarkeit von Daten in den operativen Systemen zu schaffen. Es ist zwar üblich, dass das zuständige Archiv Datenserien prospektiv bewertet und zur Löschung freigibt, aber dass eine Dienststelle vorzeitig Daten löscht oder vernichtet, ist nicht korrekt – wobei im vorliegenden Fall das Problem nicht in der Formulierung des Gesetzes liegt, sondern in dessen Interpretation durch den NDB gemäss den Erläuterungen. Wir schlagen daher die folgende Formulierung (und künftige Praxis) vor: «Der NDB und die unabhängige Aufsichtsbehörde vernichten die dem Bundesarchiv abgelieferten Daten und die von diesem als nicht archivwürdig bezeichneten Daten und anderen Unterlagen nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist.».

Freundliche Grüsse



Paul Winiker
Regierungsrat



LE CONSEIL D'ÉTAT

DE LA RÉPUBLIQUE ET
CANTON DE NEUCHÂTEL

Département fédéral de la défense, de la
protection de la population et des sports
Palais fédéral est
3003 Berne

Modification de la loi fédérale sur le renseignement (LRens) - consultation

Madame la conseillère fédérale,

Nous vous prions de bien vouloir trouver, ci-dessous, les observations du Canton de Neuchâtel relatives au projet de modification de la loi sur le renseignement.

Le Canton soutient cette révision qui, de manière générale, répond à des besoins pratiques et s'inscrit dans l'évolution des prescriptions en matière de protection des données. Le projet soumis appelle toutefois une série de commentaires dont nous nous permettons de faire part en annexe à la présente.

Par ailleurs, nous relevons que le projet se réfère à bon nombre d'articles de la nouvelle loi sur la protection des données qui entrera en vigueur, sauf erreur, le 1^{er} septembre 2023. Nous partons donc du principe que l'entrée en vigueur du présent projet sera coordonnée avec celle-ci.

Tout en vous remerciant de nous avoir associés à la présente procédure de consultation, nous vous prions de croire, Madame la conseillère fédérale, à l'assurance de notre haute considération.

Neuchâtel, le 17 août 2022



Au nom du Conseil d'État :

Le président,
L. KURTH

La chancelière,
S. DESPLAND

Annexe : ment.

NE

Annexe à la réponse de la modification de la loi fédérale sur le renseignement (LRens) - consultation

Projet de loi

- Art. 7 al. 1 let. f et al. 1bis

Le fait que les investigations visées à la let. f nécessitent le consentement de la personne concernée ne résulte pas du libellé de la disposition légale. Or, il nous paraît opportun de le mentionner expressément (idem pour les let. g et h), ceci de la même manière qu'il est indiqué, pour l'al. 1bis, que la mise en œuvre des mesures de l'al. 1 let e et f, nécessite l'accord écrit d'un membre de la direction.

- Art 14 al 3

Nous suggérons de remplacer le terme "*Pendant la durée d'une observation*" par "*Lors d'observations*" car la formulation proposée laisse craindre une nouvelle avalanche de processus lourds du côté du SRC visant à définir exactement l'observation menée.

Il nous paraît également important de compléter la formulation par "*le SRC et les autorités d'exécution cantonales*" car les compétences en matière d'observation résident auprès des cantons.

En outre, nous regrettons la formulation de cet article qui apparaît limitative dans son effet car demeure la question de savoir comment retrouver l'objet par les moyens usuels sans engager, de manière disproportionnée, pléthore d'effectifs policiers. Or, techniquement, il nous apparaît que le fait d'interroger de manière unique une balise ayant pour effet de géo-localiser l'objet ne constitue pas une intrusion dans la sphère privée qui reste préservée.

- Art 27 al 1

Il conviendrait de prévoir que les mesures de recherche soumises à autorisation, ordonnées par le SRC, puissent être exécutées par les cantons. En situation de menaces graves (attentats en Suisse par ex), il nous semble peu plausible que le SRC ait les capacités opérationnelles pour exécuter toutes les mesures qui pourraient avoir lieu dans plusieurs cantons. Il serait dès lors judicieux de prévoir un alinéa supplémentaire permettant au SRC de déléguer aux autorités d'exécution cantonales le traitement des mesures de recherche soumises à autorisation (au moins pour les mesures prévues à l'art. 26 al 1 lettres b, c et e).

- Art 33 al 1

Nous sommes d'avis qu'il conviendrait de supprimer le terme "*opération*" qui n'apparaît qu'à cet endroit du projet de loi et de le remplacer par "*enquête ou surveillance*". En effet, cela reviendrait de notre point de vue à s'autocensurer puisque cela impliquerait que des MRSA ne peuvent être demandées que si une "*opération*" a été ouverte. Or, les MRSA devraient être plus largement sollicitées sans que forcément une opération soit ouverte. Il ne paraît à ce titre pas nécessaire de modifier les art. 4 et 24 ORens où il est question « *d'opérations préventives* ». À noter aussi que selon l'ORens, les MRSA n'apparaissent pas conditionnées à l'ouverture d'une "*opération*".

- Art. 50 al. 1
L'art. évoque un contrôle en vertu de l'article 46 alors que le commentaire évoque un contrôle en vertu de l'art. 45. Le type de contrôle qui doit avoir lieu, dans ce contexte, n'est dès lors pas clair.
- Art. 52
Se pose la question de savoir où les données administratives sont enregistrées, étant donné que l'article 52 de la version actuelle est supprimé et que l'article 52 du projet concerne les données de renseignement.
- Art. 57 al. 2
L'accès aux données visé à cet alinéa est, selon le droit actuel, un accès en ligne. Étant donné que la pratique ne semble pas avoir changé, il nous paraît important de le préciser dans la formulation de cet alinéa.
- Art. 62 let. d
La référence à l'art. 46 semble inexacte. Il semble plutôt s'agir du contrôle prévu à l'art. 45 al. 4.

En outre, qu'en est-il de la communication des données aux services nationaux agissant sur mandat du SRC au sens de l'art. 34 al. 1 ?

- Art 63 al 1
Nous souhaiterions que le libellé de cet article soit complété d'un alinéa supplémentaire dont le teneur serait : "*L'autorité d'exécution cantonale du domicile du requérant est informée de toute demande*". Dans la pratique actuelle, les autorités d'exécution cantonales ne sont consultées qu'en cas de "*hit*". Or, cela n'est pas suffisant. En effet, cette information nous paraît primordiale étant donné que le fait qu'un citoyen formule une telle demande peut être en lien avec l'activité de ladite autorité (entretien préventif effectué avec une personne, surveillance sur l'espace public levée par le citoyen, faux sentiments de surveillance généralisée par exemple dans des milieux proches de l'extrême-gauche.

Ce sujet a déjà été amené à l'occasion de différentes discussions sans pour autant aboutir. Aussi, nous profitons de la présente consultation pour relancer ce débat.

Modifications des autres actes

- LMSI
La section 5b du projet (Mesures contre les actes de violence lors de défilés et de manifestations) ne devrait-elle pas être la section 5c ? En effet, la section 5b actuelle concerne les dispositions communes aux sections 5 (Mesures visant à empêcher les actes terroristes) et 5a (Mesures contre la violence lors de manifestations sportives) qui ne semble pas avoir été supprimée dans le projet. Au demeurant, l'art. 24h intervient bien après la section 5b de la version actuelle.

24l

Ne conviendrait-il pas aussi de prévoir le traitement des données sensibles reposant sur un profilage, dans ce contexte ?

- Loi fédérale sur les systèmes d'information de la police de la Confédération
Art. 18a : la remarque concernant le consentement de la personne émis pour l'art. 7 al. 1 let. f et al. 1bis ci-dessus, est valable également pour cet article

Rapport explicatif

- p. 27, commentaire de la section 1 : « Communication des données personnelles par le SRC », la référence entre parenthèse est l'art. 46 al. 2 et non 46 al. 3.



CH-6371 Stans, Dorfplatz 2, Postfach 1246, STK

PER E-MAIL

Eidg. Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport
Frau Bundesrätin Viola Amherd
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Telefon 041 618 79 02
staatskanzlei@nw.ch
Stans, 6. September 2022

Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG). Stellungnahme

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 18. Mai 2022 eröffnete das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) unter anderem bei den Kantonen das Vernehmlassungsverfahren zum Entwurf der Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG). Für die Möglichkeit zur Stellungnahme bedanken wir uns herzlich.

1 Vorbemerkungen

Mit dieser Gesetzesvorlage sollen dem Nachrichtendienst des Bundes (NDB) die entsprechenden rechtlichen Grundlagen zur Verfügung gestellt werden, dass dieser seine Aufgaben nach Art. 6 NDG, namentlich dem frühzeitigen Erkennen und Verhindern von Bedrohungen der inneren und äusseren Sicherheit des Landes, effizient nachkommen kann. Dem Datenschutz sowie der Verhältnismässigkeit wird dabei die notwendige Aufmerksamkeit geschenkt.

Der Kanton Nidwalden begrüsst die Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG; SR 121) und erachtet diese als notwendig und wichtig. Einerseits trägt der Gesetzesentwurf insbesondere der Situation im Cyberraum sowie im gewaltextremistischen Aufgabengebiet des NDB Rechnung und andererseits werden Präzisierungen verschiedener Normen des NDG vollzogen. Auch die Einführung von Strafnormen im NDG erscheint sinnvoll und zweckmässig.

Ergänzend verweisen wir auf die Stellungnahme der Konferenz der kantonalen Polizeikommandantinnen und –kommandanten (KKPKS) vom 20. Juli 2022 in dieser Sache und schliessen uns dieser an.

2 Zu den einzelnen Bestimmungen

Zu den vorgesehenen Änderungen haben wir zusätzlich folgende Anmerkungen:

Zu 7 Abs. 3 NDG

Gemäss dem erläuternden Bericht zur Gesetzesrevision des NDG (siehe Seite 3 unten) sind die Mitarbeitenden der kantonalen Vollzugsbehörden jenen des NDB gleichgestellt. Aus der Berichtsformulierung geht aber nicht ganz klar hervor, ob sich diese Gleichstellung nur auf die Grundsatznormen des NDG bezieht oder generell im NDG gilt.

Sollte letzteres der Fall sein, so wird in diesem Zusammenhang im erläuternden Bericht zur Gesetzesrevision unter Art. 7 Abs. 3 NDG umschrieben, dass Mitarbeitende des NDB für private Reisen einer Bewilligungspflicht unterliegen können. Da Mitarbeitende der kantonalen Vollzugsbehörden Angestellte des jeweiligen Kantons sind und es aus dem Gesetz wie auch dem Bericht nicht klar hervorgeht, ob diese Regelung auch für Mitarbeitende der kantonalen Vollzugsbehörden gilt, sollten diese in Art. 7 Abs. 3 NDG explizit ausgenommen werden. Eventualiter sei der NDB über private Reisen der Mitarbeitenden der kantonalen Vollzugsbehörden durch Länder mit besonderen Risiken zu orientieren, wobei der NDB den Mitarbeitenden der kantonalen Vollzugsbehörden Reiseempfehlungen abgeben kann. Eine Bewilligungspflicht ist bei dieser Variante nicht vorgesehen.

Zu 14 Abs. 3 NDG

Neu soll der Einsatz von Ortungsgeräten als Unterstützungsmassnahme von rechtlich zulässigen Observationen möglich sein. Das Bundesgericht beurteilte in BGE 147 I 103 E. 17 eine Bestimmung im bernischen Polizeigesetz zum Einsatz von Ortungsgeräten sehr kritisch.

Der Regierungsrat ist der Ansicht, dass der Einsatz von Ortungsgeräten nur unter gewissen Bedingungen verhältnismässig ist. Ein Ortungsgerät darf lediglich zur Erleichterung und Sicherstellung einer Observation zur Übermittlung der aktuellen Koordinaten des Beobachtungsobjekts eingesetzt werden. Einziger Zweck darf somit sein, das Aufrechterhalten einer Observation zu gewährleisten, wobei die Übermittlung von Ortungsdaten zu beenden ist, wenn das Beobachtungsobjekt dauernd verloren wurde. Allfällig gespeicherte Daten, die für das Funktionieren des Ortungsgeräts aus technischen Gründen unverzichtbar sind, sind am Ende der Observation umgehend zu vernichten.

Zu Art. 25 Abs. 1 lit. a NDG

Die gesetzliche Grundlage für eine Hotelkontrolle ist im Kanton Nidwalden vorhanden, ebenso eine Regelung der Aufbewahrungsfrist und Datenlöschung.

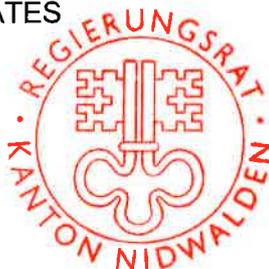
Es wird hierzu festgehalten, dass der Anwendungsbereich der Datenbearbeitung "im Einzelfall" zu kurz greift. Zur Gewährleistung und zum Schutz der inneren Sicherheit sollte ein Zugriff nicht nur im konkreten Einzelfall, sondern generell möglich sein. Zudem sollte die Datenaufbewahrung zumindest über fünf Jahre hinweg sichergestellt werden. Die Mitarbeitenden des NDB sowie der kantonalen Vollzugsbehörden sollten die Möglichkeit eines periodischen Abrufs von Informationen aus den Hotelkontrollen haben. Wir empfehlen deshalb, diese Formulierung zu prüfen und ein Zugriff im hievordeschriebenen Umfang zu ermöglichen.

Der Regierungsrat Nidwalden bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme. Er unterstützt die Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG).

Freundliche Grüsse
NAMENS DES REGIERUNGSRATES



Joe Christen
Landammann



lic. iur. Armin Eberli
Landschreiber

Geht an:

- vincianne.grundschober@ndb.admin.ch



CH-6060 Sarnen, Enetriederstrasse 1, SSD

Eidgenössisches Departement für
Verteidigung, Bevölkerungsschutz und
Sport VBS
3003 Bern

per E-Mail an:

vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Referenz/Aktenzeichen: OWSTK.4378

Unser Zeichen: ks

Sarnen, 5. September 2022

Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG); Stellungnahme.

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit der Stellungnahme zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG).

Der Kanton Obwalden begrüsst die vorgesehenen Änderungen grundsätzlich. Aus unserer Sicht sind diese notwendig, um bestehende Lücken zu schliessen und eine effektive Aufgabenerfüllung des Nachrichtendienstes überhaupt zu ermöglichen. Die Grundsätze des Datenschutzes sowie des Grundrechts sind dabei jedoch zu berücksichtigen.

Beim vorliegenden Entwurf gibt es aus unserer Sicht punktuell Verbesserungsbedarf. Die entsprechenden Punkte sind in der Stellungnahme der Konferenz der kantonalen Polizeikommandantinnen und -kommandanten vom 20. Juli 2022 gut abgebildet, weshalb wir uns dieser Stellungnahme vollumfänglich anschliessen. Ergänzend dazu äussern wir folgende Hinweise und Vorschläge:

Art. 6 Abs. 1 Bst. b NDG

Die Aufnahme des Begriffs "Cyberraum" ist grundsätzlich nachvollziehbar. Allerdings handelt es sich dabei um einen neueren Begriff, der wohl noch unterschiedlich ausgelegt werden kann. Deshalb wäre es im Sinne der Rechtssicherheit zu begrüssen, den Begriff im Gesetz selbst in geeigneter Form zu definieren.

Art. 13 Abs. 1 NDG

Diese Bestimmung sollte den aktuellen Gegebenheiten angepasst werden. Die von Privaten und Behörden in den sozialen Medien und im Internet veröffentlichten Informationen sollen explizit aufgeführt werden.

Art. 14 Abs. 3 NDG

In diesem Artikel wünschen wir uns eine weniger restriktive Formulierung. Es ist richtig, dass der Einsatz von Ortungsgeräten rein auf die Observationsunterstützung beschränkt wird. Diese klare Beschränkung des Zwecks, in Kombination mit der Einschränkung, dass nur Ortungsdaten übermittelt (also grundsätzlich nicht aufgezeichnet) werden dürfen und allfällige gespeicherte Daten spätestens mit dem Ende der Observation zu löschen sind, erfüllt unseres Erachtens bereits die Anforderungen an die Verhältnismässigkeit. Diese Standortdaten können damit in keiner Weise anders als zur Unterstützung resp. Ermöglichung der Observation verwendet werden. Allfällige Beobachtungen sind immer durch physisch anwesende Personen zu machen und zu dokumentieren. Aus unserer Sicht zu ändern wäre also der zweite Teilsatz im ersten Satz: "wenn dies zur Sicherstellung der Observation erforderlich ist." Zudem der dritte Satz: "Die observierenden Personen stoppen die Übermittlung der Ortungsdaten bei der Beendigung der Observation." Die Unterstützung der Observation durch ein Ortungsgerät schafft richtigerweise Sicherheit für die Observationsteams und erschwert eine Entdeckung durch die zu observierenden Personen oder eine Gegenobservation. Es erscheint aus unserer Sicht jedoch widersinnig, wenn die Wiederaufnahme der zu observierenden Personen – nach einem längeren Verlust des Sichtkontaktes oder wenn sich das geortete Fahrzeug resp. der Gegenstand vorübergehend im nicht-öffentlichen Bereich befindet – jeweils durch physisch vorhandene Observationskräfte erfolgen muss. Damit werden aus unserer Sicht unnötig Personalressourcen verschwendet und die Observationskräfte einem vermeidbaren Entdeckungsrisiko ausgesetzt. Es soll möglich sein, die Standortbestimmung weiterlaufen zu lassen, um nach einem Unterbruch der Observation diese anhand der gesendeten Standortdaten wieder aufnehmen zu können. Da die eigentliche Beobachtung der Vorgänge, wie oben bereits ausgeführt, stets durch physische Kräfte erfolgen muss und die Ortungsdaten selbst in keinem Fall ausserhalb der Observation verwendet werden dürfen, sehen wir auch hier keinen grösseren Eingriff in die Privatsphäre als bei der Observation selbst.

Art. 57 Abs. 3 NDG

Die neu geschaffene Möglichkeit des Datenaustauschs im Abrufverfahren zwischen den kantonalen Vollzugsbehörden wird sehr begrüsst. Aus unserer Sicht müsste dieser Datenaustausch jedoch sogar verpflichtend stattfinden. Wir beantragen deshalb, die aktuelle Kann-Vorschrift wie folgt zu formulieren: "Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter anderer kantonalen Vollzugsbehörden haben zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach Artikel 6 Absatz 1 ebenfalls im Abrufverfahren Zugriff auf diese Daten." Gerade in unserer kleinräumigen Region und angesichts der hohen Mobilität zwischen den Kantonen ist eine solche Vernetzung zwischen den Kantonen aus unserer Sicht zentral.

Art. 24m Abs. 2 Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der Inneren Sicherheit (BWIS)

Der Entscheid über die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gegen eine Ausreisebeschränkung sollte im freien Ermessen des Bundesverwaltungsgerichts liegen. Dieses hat anhand einer umfassenden Interessenabwägung darüber zu befinden. Dass die aufschiebende Wirkung allenfalls den Zweck der Massnahme gefährden könnte, hat das Gericht bei der Abwägung selbstverständlich zu berücksichtigen. Indessen erscheint eine Vorwegnahme der Abwägung unverhältnismässig. Wir schlagen deshalb folgende Änderung vor: "Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Die Beschwerdeinstanz kann einer Beschwerde von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei aufschiebende Wirkung erteilen."

Wir danken Ihnen, sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, für die Berücksichtigung unserer Ausführungen.

Freundliche Grüsse



Christoph Amstad
Landammann

Kopie an:

- Kantonale Mitglieder der Bundesversammlung
- Kantonspolizei
- Datenschutzbeauftragter
- Staatskanzlei (Kommunikation)



Regierung des Kantons St.Gallen, Regierungsgebäude, 9001 St.Gallen

Eidgenössisches Departement für
Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Regierung des Kantons St.Gallen
Regierungsgebäude
9001 St.Gallen
T +41 58 229 74 44
info.sk@sg.ch

St.Gallen, 2. September 2022

**Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG);
Vernehmlassungsantwort**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 18. Mai 2022 laden Sie uns zur Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (SR 121; abgekürzt NDG) ein.

Wir danken für diese Gelegenheit und teilen Ihnen mit, dass wir die Vorlage begrüssen und grundsätzlich mit ihr einverstanden sind.

Im Anhang dieses Schreibens finden Sie unsere ergänzenden Bemerkungen zur Vorlage.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Im Namen der Regierung

Fredy Fässler
Präsident

Dr. Benedikt van Spyk
Staatssekretär



Beilage:
Anhang

Zustellung auch per E-Mail (pdf- und Word-Version) an:
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch



Anhang zur Vernehmlassungsantwort «Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG)»

Die Regierung des Kantons St.Gallen weist im Zusammenhang mit der genannten Vorlage im Einzelnen auf folgende Punkte hin:

Die permanenten organisatorischen und administrativen Änderungen beim NDB in Bezug auf die Verteilung von Stellen des kantonalen Nachrichtendienstes (KND; geplant per 1. Januar 2024) bringen für die Kantonspolizei erhebliche Umsetzungsschwierigkeiten. Es wäre somit begrüssenswert, wenn ein Sechs-Jahres-Rhythmus bei der Verteilung von KND-Stellen eingeführt werden könnte. Mit diesem Rhythmus wäre die Planungssicherheit verbessert; damit könnten besser Stellen bei Bedarf geschaffen und allenfalls auch wieder reduziert werden. Weiter weisen wir darauf hin, dass die Entschädigung je mitarbeitende Person – aktuell bei 100'000 Franken jährlich – seit vielen Jahren unverändert geblieben ist und nicht dem effektiven Kostenaufwand entspricht. Eine entsprechende Anpassung dieser Entschädigung würden wir sehr begrüßen.

Obwohl auch einige Verbesserungen hinsichtlich datenschutzrechtlicher Überlegungen vorgenommen wurden, regen wir an, einzelne Bestimmungen der Vorlage im Hinblick auf den Datenschutz noch zu präzisieren oder zu erläutern. So wäre beispielsweise zur besseren Transparenz sinnvoll, bei Art. 7 Abs. 1 Bst. f NDG die benötigte Einwilligung der Mitarbeiterin oder des Mitarbeiters in den Gesetzestext zu integrieren und diese nicht nur im erläuternden Bericht zu nennen.

Kanton Schaffhausen
Regierungsrat
Beckenstube 7
CH-8200 Schaffhausen
www.sh.ch

T +41 52 632 71 11
F +41 52 632 72 00
staatskanzlei@ktsh.ch



Regierungsrat

Eidgenössisches Departement für
Verteidigung, Bevölkerungsschutz
und Sport
3003 Bern

per E-Mail:
vincianne.grundschober@ndb.ad-
min.ch

Schaffhausen, 13. September 2022

Vernehmlassung betreffend Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG); Stellungnahme

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 18. Mai 2022 haben Sie uns eingeladen, in vorerwähnter Angelegenheit Stellung zu nehmen, wofür wir Ihnen danken. Mit der Vorlage zur Änderung des NDG sollen die Informationssysteme geregelt und das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht betreffend Daten des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB) neu konzipiert werden. Zudem sollen verschiedene weitere Anliegen aufgenommen werden. Der Regierungsrat stimmt den geplanten Änderungen zu, ersucht aber in Anlehnung an die Vernehmlassungsantwort der Konferenz der kantonalen Polizeikommandantinnen und -kommandanten (KKPKS) vom 20. Juli 2022 Folgendes zu berücksichtigen:

Art. 7 Abs. 1 lit. e-h und 1^{bis} - 3 nNDG:

Es ist zu klären, ob Art. 7 Abs. 1 lit. e - h und 1^{bis} - 3 nNDG auch auf die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der kantonalen Vollzugsbehörden anwendbar ist. Falls es für die kantonalen Vollzugsbehörden zusätzlich auch einer schriftlichen Zustimmung der kantonalen Linienvorgesetzten bedarf, müsste Art. 7 Abs. 1^{bis} nNDG entsprechend ergänzt werden.

Art. 20 Abs. 1 nNDG:

Neu sollen zusätzlich die Sozialbehörden und die Behörden des Kindes- und Erwachsenenschutzes bei den Behörden aufgeführt werden, welche verpflichtet sind, dem NDB zur Erfüllung seiner Aufgaben Auskunft zu erteilen. Sie stellen in ihrem Zuständigkeitsbereich wohl Hinweise

für extremistische Gefährdungen fest. Aufgrund des Vertrauensverhältnisses zur betroffenen Person bestehen für sie aber hohe Hürden für eine Mitteilung an die kantonalen Vollzugsbehörden des NDG. Zur Erhöhung der Handlungssicherheit ist deshalb ihre Nennung in Art. 20 Abs. 1 NDG angezeigt.

Art. 25 nNDG:

Art. 25 Abs. 1 lit. a nNDG sieht neu vor, dass der NDB unter gewissen Bedingungen «im Einzelfall» auch Auskünfte oder Aufzeichnungen von einer natürlichen oder juristischen Person verlangen kann, die gewerbsmässig einen Beherbergungsbetrieb führt. Die Praxis verlangt eine Regelung, die eine Datenbearbeitung über eine längere Zeitspanne hinweg oder in periodischen Abständen erlaubt. Als sehr weitgehend erachten wir Abs. 3, welcher Private wie Behörden verpflichtet, gegenüber Dritten ein allfälliges Auskunftersuchen des NDB geheim zu halten.

Art. 53 Abs. 4 nNDG:

Die vorgesehene Aufbewahrungsdauer von fünf Jahren scheint zu knapp bemessen zu sein. So kann sich namentlich eine Radikalisierung einer Zielperson über Jahre hinziehen. Verstreichen nun die fünf Jahre ohne weitere Hinweise zu dieser Person, weil sie beispielsweise landesabwesend ist oder polizeilich nicht in Erscheinung tritt, müssen alle Erkenntnisse gelöscht werden. Die Aufbewahrungsdauer dieser Daten sollte daher auf 10 Jahre erhöht werden.

Art. 83c Abs. 1 nNDG:

In Art. 83c Abs. 1 lit. b sollte auf Art. 25 Abs. 1 und nicht auf Abs. 1^{bis} verwiesen werden.

Verteilschlüssel und Entschädigung:

Der Regierungsrat des Kantons Schaffhausen unterstützt den Vorschlag der KKPKS, eine Anpassung der Verteilschlüssels wie auch eine Erhöhung des aktuell geltenden Entschädigungsansatzes pro kantonale Nachrichtendienststelle vorzusehen.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme und die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.



Freundliche Grüsse

Im Namen des Regierungsrates

Die Präsidentin:

C. Stamm Hurter

Dr. Cornelia Stamm Hurter

Der Staatsschreiber:

B. Bilger

Dr. Stefan Bilger

Regierungsrat

Rathaus / Barfüssergasse 24
4509 Solothurn
www.so.ch

Eidgenössisches Departement für
Verteidigung, Bevölkerungsschutz
und Sport VBS
Bundeshaus Ost
3003 Bern

30. August 2022

Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG) - Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen Bezug auf Ihr Schreiben vom 18. Mai 2022 in oben genannter Angelegenheit. Für die Gelegenheit zur Stellungnahme danken wir. Gerne äussern wir uns wie folgt:

1. Allgemeine Bemerkungen

Das Bundesgesetz über den Nachrichtendienst (NDG) ist erst seit fünf Jahren in Kraft, weshalb ein umfangreiches Revisionsvorhaben zunächst überrascht. Die verschiedenen Revisionsgründe (sicherheitsrelevante Lageentwicklung, technische Neuerungen wie Kabelaufklärung, praktische Unzulänglichkeiten, Abstimmungen mit dem revidierten Datenschutzgesetz [revDSG] sowie Empfehlungen der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte [GPDel]) rechtfertigen indessen das Vorhaben. Demnach begrüssen wir die Revision im Grundsatz.

Unsere Kritik bezieht sich auf einzelne Bestimmungen. Die detaillierten Ausführungen finden sich unter den Ziffern 2 - 4.

Nachrichtendienstliche Massnahmen stehen grundsätzlich in einem Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz wichtiger Landesinteressen und den durch die staatlichen Massnahmen erfolgten Grundrechtseinschränkungen der betroffenen Person. Bei jeder sich aufdrängenden Revision hat der Souverän von Neuem die Interessen gegeneinander abzuwägen und eine angemessene Balance zu finden. Dementsprechend haben wir die Änderungsvorschläge mit Blick auf einen austarierten Interessenausgleich geprüft. Das NGD soll seine legitimen Zwecke effizient und effektiv erreichen können (operative Perspektive). Dabei ist es aus grundrechtlicher Perspektive unerlässlich, dass der im Einzelfall konkret nötige Grundrechtseingriff so gering wie möglich ausfällt und der individuelle Rechtsschutz angemessen gewährleistet ist.

Einerseits zielt die Revision in diversen Punkten auf eine Erweiterung der Datenbearbeitungskompetenzen des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB) ab. Insbesondere aufgrund der mangelnden Erkennbarkeit für die betroffenen Personen, der Sensibilität der bearbeiteten Daten sowie der grossen Anzahl potenziell betroffener Personen werten wir verschiedene dieser Erweiterungen als unverhältnismässige Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Hinzu kommt der chilling effect, d.h. die generell abschreckende Wirkung, den die ausgebauten Kompetenzen auf die Grundrechtsausübung, insbesondere die Kommunikationsgrundrechte, auslösen können. Dieser chilling effect ist in jüngerer Zeit vom Bundesgericht und vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gerügt worden.

Entsprechend ist wichtig, den Überwachungsmaßnahmen des NDB klare Grenzen zu setzen. Bedauerlicherweise werden im vorliegenden Vorentwurf jedoch gerade gewisse Grenzen, die beim Erlass des NDG noch unbestritten waren beziehungsweise gelobt wurden, aufgeweicht. Wir teilen die Ansicht des Bundesrates, dass die bisherige nachrichtendienstliche Datenbearbeitungsschranke zugunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit weiterhin unangetastet bleiben soll (Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022 [nachfolgend: Erläuterungen], S. 3). Mit der vorgeschlagenen Erweiterung der Ausnahmen kommt die Revision der erklärten Absicht indessen gerade nicht nach. Die Bedrohungslage hat sich unseres Erachtens nicht dermassen verschlechtert, dass die Kompetenzerweiterung des NDB und die Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke im vorgeschlagenen Ausmass zu rechtfertigen wären.

Auf der anderen Seite enthält der Entwurf Bestimmungen, welche die Aufgabenerfüllung in der Praxis erschweren.

Um die Interessen angemessen gegeneinander abzuwägen, verdienen einzelne Bestimmungen eine vertiefte Prüfung.

1.1. Bemerkungen zu den einzelnen Bestimmungen

Zu Art. 1 Bst. d VE-NDG

Die ausdrückliche Erwähnung der Datenbearbeitung durch den NDB ist sachgerecht. Für die Datenbearbeitung im Rahmen der nachrichtendienstlichen Tätigkeiten des NDB (Bst. a) haben andere datenschutzrechtliche Vorgaben zu gelten als für die Bearbeitung seiner rein administrativen Daten (bspw. Bearbeitung parlamentarischer Vorstösse, Informationen über Auskunftsgesuche).

Zu Art. 5 Abs. 5 letzter Satz VE-NDG

Die Präzisierung steht im Zusammenhang mit der klaren Trennung der administrativen Aufgaben von den nachrichtendienstlichen Tätigkeiten des NDB. Es ist richtig, dass bei Erfüllung von Administrativaufgaben die Datenbearbeitungsschranke nicht gilt.

Zu Art. 5 Abs. 6 Bst. c VE-NDG

Aufgabe des NDB ist u.a. das frühzeitige Erkennen und Verhindern bestimmter, bspw. terroristischer Bedrohungen der inneren und äusseren Sicherheit (Art. 6 Abs. 1 Bst. a). Der geltende Art. 5 Abs. 5 untersagt dem NDB grundsätzlich die Beschaffung und Bearbeitung von Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz (sog. Datenbearbeitungsschranke). Das geltende Recht kennt eine Ausnahme (Abs. 6). Neu soll die Datenbearbeitungsschranke in fünf Fällen nicht zur Anwendung kommen (Abs. 6 Bst. a-e).

Unabhängig von der Frage, ob damit der Ausnahmecharakter noch gewahrt ist, bezweifeln wir insbesondere die Recht- und Verhältnismässigkeit von Bst. c. Sobald sich eine Bedrohung für eine Person oder Organisation, insbesondere durch Terrorismus und gewalttätigen Extremismus gemäss Art. 6 Abs. 1, abzeichnet, hat der NDB das zur Gefahrenabwehr zuständige Polizeikorps zu informieren. Die Notwendigkeit für die vorgeschlagene Datenbearbeitung durch den NDB erscheint demnach fraglich. Die Vermischung der präventiven Tätigkeiten des NDB mit den präventiven und repressiven Tätigkeiten der Polizei ist zu verhindern.

Zudem führt die Datenbearbeitung zu schwerwiegenden Grundrechtseingriffen bei potenziellen Opfern. Aus diesem Grund hat die Datenbearbeitung zwingend in einem separaten System zu erfolgen.

Antrag:

Wir erachten die Bearbeitung der fraglichen Daten in einem getrennten Informationssystem und die Festlegung eingeschränkter Zugriffsrechte als zwingend erforderlich.

Zu Art. 5 Abs. 6 Bst. d VE-NDG

Entgegen den Erläuterungen handelt es sich nicht um eine bloss «Präzisierung» der geltenden Ausnahme, sondern um einen neuen Ausnahmetatbestand. Inwiefern die effektive Beurteilung und Steuerung von Quellen tatsächlich die Bearbeitung von Informationen über deren politische Betätigung und Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit erforderlich macht, wird u.E. nicht genügend dargelegt. Ein solch schwerwiegender Grundrechtseingriff ist nur zulässig, sofern er wirklich erforderlich ist. Es muss sich um das mildeste geeignete Mittel handeln, um den angestrebten Zweck der zuverlässigen Quellenbeurteilung und -steuerung zu erreichen.

Änderungsvorschlag:

Die Bestimmung muss zumindest klar zum Ausdruck bringen, dass die Bearbeitung solcher Informationen nur ausnahmsweise zulässig ist. Konkret muss die Bearbeitung für die Beurteilung und Steuerung einer Quelle unerlässlich sein. Ausserdem ist die Maximaldauer der Datenbearbeitung gesetzlich festzulegen.

Zu Art. 5 Abs. 7 VE-NDG

Die Bestimmung ist unglücklich formuliert. Erstens sind Daten gestützt auf das Gebot der Verhältnismässigkeit grundsätzlich zu löschen, sobald der Bearbeitungsgrund weggefallen ist. Zweitens wird die Festlegung einer maximalen Bearbeitungsdauer zur sinnlosen Farce, wenn sie aus Gründen der Notwendigkeit dann doch nicht einzuhalten ist. Dies dürfte kaum den Vorstellungen der GPDel entsprechen, die auf Seite 5 der Erläuterungen zu Art. 5 Abs. 6 Bst. e erwähnt sind.

Zu Art. 6 Abs. 1 Bst. b VE-NDG

Die Erweiterung des Aufgabengebiets des NDB auf sicherheitspolitische bedeutsame Vorgänge im Cyberraum erachten wir als notwendig. Es fehlt allerdings eine Definition des Begriffs.

Antrag:

Im Hinblick auf die Rechtssicherheit machen wir beliebt, den Begriff «Cyberraum» im Gesetz zu definieren.

Zu Art. 6 Abs. 2^{bis} VE-NDG

In der föderalen Schweiz ist die Etablierung eines ständigen und bei Bedarf lagebezogenen Nachrichtenverbunds unerlässlich. Die Kantone sind über sicherheitsrelevante Vorgänge im In- und Ausland frühzeitig und fundiert zu informieren.

Zu Art. 7 Abs. 1 Bst. e VE-NDG

Mitarbeitende des NDB sind in einem sicherheitsrelevanten Bereich tätig. Die Möglichkeit der personenbezogenen Auswertung ihrer Datennutzung erachten wir unter den genannten Voraussetzungen als unabdingbar. Ob die Auswertung durch den NDB selbst oder allenfalls durch die Aufsichtsbehörde vorzunehmen ist, müsste näher geprüft werden.

Zu Art. 7 Abs. 1 Bst. f VE-NDG

Die Erläuterungen führen aus, dass die Abklärungen nach Bst. f, anders als die Massnahmen nach Bst. e, mit Einwilligung der betroffenen Person erfolgen müssen. Bedauerlicherweise ergibt sich diese Einschränkung aber nicht aus dem Gesetzestext. Zu begrüssen wäre die explizite Verankerung im Gesetz.

Änderungsvorschlag:

«bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte auf eine akute Bedrohung seiner Sicherheit über eine Mitarbeiterin oder einen Mitarbeiter sicherheitsrelevante Auskünfte mit deren Einwilligung einholen und Daten aus öffentlich zugänglichen Informationsquellen und aus ihm zugänglichen Informationssystemen sowie aus seinen eigenen Daten beschaffen und bearbeiten um zu beurteilen, ob er eine erneute Personensicherheitsprüfung einleiten muss. »

Zu Art. 7 Abs. 3 VE-NDG

Wir begrüssen die Bewilligungspflicht für private Reisen von Mitarbeitenden des NDB in oder durch Länder mit besonderen Risiken.

Zu Art. 9 Abs. 3 VE-NDG

Wir unterstützen die Ergänzung. Die kantonalen Vollzugsbehörden sind verpflichtet, Hinweisen auf Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 Bst. a NDG nachzugehen. Bestätigen die Abklärungen eine Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit, erstatten sie dem NDB unverzüglich Bericht. Mangels Zuständigkeit des NDB ist eine Berichterstattung an ihn unzulässig, wenn die Abklärungen keine Bedrohung i.S. des NDG ergeben haben. Bislang war nicht geregelt, wie die kantonalen Vollzugsbehörden mit solch entlastenden Ergebnissen umzugehen haben. In den Erläuterungen wird mit Verweis auf Art. 46 Abs. 4 ausgeführt, dass die kantonalen Vollzugsbehörden derartige Informationen zum Zweck der Nachvollziehbarkeit während fünf Jahren aufbewahren dürfen. Die gesetzliche Festlegung dieser Frist würde unsere Zustimmung finden.

Entgegen den Erläuterungen existiert jedoch kein Art. 46 Abs. 4, weder im NDG noch im VE-NDG.

Vollständigkeitshalber sei erwähnt, wie die kantonalen Vollzugsbehörden mit Abklärungsergebnissen umgehen, die auf eine ausserhalb des Geltungsbereichs des NDG liegende Gefährdung hinweisen. Je nach Art der Gefährdung sind solche Ergebnisse jeweils den zuständigen Behörden (insb. Bedrohungsmanagement, Fachstelle Brückenbauer/Radikalisierung, KESB, Staatsanwaltschaft) zu melden. Die Datenbearbeitung durch die Informationsempfänger richtet sich nach dem jeweils anwendbaren Recht, vgl. auch Art. 53 Abs. 2 VE-NDG.

Zu Art. 9 Abs. 4 VE-NDG

Die vorgeschlagene Klärung begrüssen wir: Soweit sich die Datenbearbeitung durch die kantonale Vollzugsbehörde auf das NDG stützt, ist der NDB verantwortlich für deren recht- und verhältnismässige Datenbearbeitung. Dabei ist unerheblich, ob die kantonale Vollzugsbehörde unaufgefordert oder gestützt auf einen konkreten Auftrag des NDB tätig wird.

Zu Art. 13 Abs. 1 NDG

Wir regen die Aktualisierung der bestehenden Formulierung an. Die von Privaten und Behörden in den sozialen Medien und im Internet veröffentlichten Informationen sollten explizit aufgeführt werden.

Zu Art. 14 Abs. 3 VE-NDG

Das operativ-taktische Bedürfnis ist unbestritten. Ohne Unterstützung durch Ortungsgeräte kann die effektive Observation nicht sichergestellt werden. Observationen sind ohnehin äusserst personalintensiv. Ohne zeitweilige technische Unterstützung müssten zusätzliche Observationsteams eingesetzt werden. Wie die Polizeikorps dürfte dadurch auch der NDB an seine personellen Grenzen stossen. An belebten Orten würde der Verzicht auf Ortungsgeräte die Kontinuität der Observation erheblich erschweren, im Strassenverkehr geradezu verunmöglichen. Denn einerseits ist die beobachtende Person zur Einhaltung der Bestimmungen der Strassenverkehrsgesetzgebung gehalten. Andererseits wäre mit ihrer Enttarnung zu rechnen, sollte sie ihr Fahrverhalten der zu observierenden Person anpassen. Die Erläuterungen geben diese Schwierigkeiten korrekt wieder.

Observation i.S. von Art. 14 Abs. 3 umfasst das Beobachten an öffentlichen und allgemein zugänglichen Orten mit blossen Auge sowie das Festhalten in Bild und Ton. Die Observation gehört nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen gemäss Art. 26 NDG (bspw. Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs). Im Unterschied zu diesen weist eine Observation eine weit geringere Eingriffsintensität auf. Daran vermag auch die kurzzeitige Unterstützung durch ein Ortungsgerät mit dem einzigen Zweck, den zeitweilig verlorenen Sichtkontakt wiederherzustellen, nichts zu ändern. Die vorübergehende technische Unterstützung muss u.E. unter weniger strengen Voraussetzungen zulässig sein, als der permanente Einsatz von Ortungsgeräten zur lückenlosen Feststellung des Standorts und der Bewegungen von Personen oder Sachen gemäss Art. 26 Abs. 1 Bst b NDG.

Demgegenüber ist die vorgeschlagene Bestimmung äusserst restriktiv ausgestaltet. Der zeitweilige Einsatz von Ortungsgeräten soll lediglich zulässig sein, wenn er zur Sicherstellung der Kontinuität nötig ist. Weitere Regelungen schränken den Einsatz ein (z.B. Einsatzverbot bei dauerhaft verlorenem Sichtkontakt, Verbot der Datenspeicherung¹).

Der lediglich subsidiäre, zeitweilige und somit ergänzende Einsatz eines geeigneten technischen Hilfsmittels, wie ein Ortungsgerät, führt nicht zu einem derart schwerwiegenden Eingriff in die Privatsphäre wie eine permanent von blossen Auge durchgeführte Observation. Deshalb ist die restriktive Bestimmung des Entwurfs nicht gerechtfertigt. Dies umso mehr, als das u.E. auch zu berücksichtigende öffentliche Interesse an einer effizienten und ressourcenschonenden gesetzlichen Aufgabenerfüllung offensichtlich nicht in die Interessenabwägung einbezogen wurde.

Die ist umso unverständlicher, als das Obergericht des Kantons Bern festgehalten hat, dass mit einem GPS-Tracker weder besonders schützenswerte Personendaten noch ein Persönlichkeitsprofil beschafft werden (Beschluss der Beschwerdekammer in Strafsachen, BK 17 358 vom 29. Dezember 2017, E. 8.2 und 8.3).

Insbesondere aus folgenden Gründen lehnen wir die vorgeschlagene Bestimmung ab:

Erstens ist sie nicht praktikabel: Ihre Umsetzung hätte in der Praxis zur Folge, dass Observanten diese technische Errungenschaft nicht nutzen dürfen und die Mitarbeitenden der kantonalen Vollzugsbehörden ihren gesetzlichen Auftrag zugunsten des NDB nicht wahrnehmen können.

Zweitens dürfte die von uns als untauglich beurteilte Bestimmung eine gewisse präjudizielle Ausstrahlung auf analoge Bestimmungen in den kantonalen Polizeigesetzen haben.

Änderungsantrag:

Erachtet der Gesetzgeber Observationen weiterhin als recht- und verhältnismässiges Mittel, um bestimmte Bedrohungen wirksam abzuwehren, kommt er folglich nicht umhin, die Bestimmung auf eine in der praktischen Anwendung geeignete Weise auszugestalten. Konkret: Subsidiär ist im Rahmen einer Observation der ergänzende Einsatz eines Ortungsgeräts zulässig.

¹ Das Verbot der Datenspeicherung erachten wir als richtig.

Alternativantrag:

Sollte die Bestimmung nicht im Sinne unseres Änderungsantrags geändert werden, beantragen wir, die Observation und den Einsatz technischer Hilfsmittel im Rahmen einer Observation neu in Art. 26 NDG als genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahme gesetzlich zu regeln.

Begründung:

Unser Anliegen besteht in der gesetzeskonformen und effizienten Aufgabenerfüllung der kantonalen Vollzugsorgane. Ohne technische Unterstützung sind Observationen nicht erfolgsversprechend. Die Gefahrenabwehr rechtfertigt den Grundrechtseingriff.

Von untergeordneter Bedeutung ist es für uns letztlich, ob dazu eine Bewilligung als erforderlich erachtet wird oder nicht.

Zu Art. 19 Abs. 2 Bst. f VE-NDG

Es wird auf die Ausführungen zu Art. 6 Abs. 2 Bst. b verwiesen.

Zu Art. 26 Abs. 1 Bst. f VE-NDG

Neu soll auch der NDB berechtigt sein, bei Händlern und Finanzintermediären gemäss Geldwäschereigesetz Grundabklärungen über bestimmte Geschäftsbeziehungen einzuholen. Unbestritten lässt sich ohne Abklärungen über bestimmte Geldflüsse nicht ermitteln, wie Terrororganisationen finanziert werden. Der NDB und seine Partnerdienste tauschen entsprechende Erkenntnisse regelmässig aus. Die Kompetenzerweiterung erachten wir als sachgerecht.

Zu Art. 27 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1 VE-NDG

Die Anpassung hat eine sensible Ausweitung der zulässigen Beschaffungsmassnahmen zur Folge. Insbesondere sollen solche Massnahmen künftig auch zur Bekämpfung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten nach Art. 19 Abs. 2 Bst. e NDG ergriffen werden können. Dabei hatte der Bundesrat 2014 in seiner Botschaft zum NDG noch betont, dass «gewalttätiger Extremismus näher an politisch-ideologischen Bewegungen angesiedelt [sei], was besondere Zurückhaltung erforder[e]» (BBl 2014 2167). Bereits damals erkannte der Bundesrat, dass Extremismus, der sich zu Terrorismus nach Art. 19 Abs. 2 Bst. a entwickelt, als solcher sämtlichen Beschaffungsmassnahmen zulänglich sei.

Obwohl in den Erläuterungen nicht genügend dargelegt wird, inwiefern sich die Bedrohungslage seit dem Erlass wesentlich verändert haben sollte, erachten wir die Erweiterung unter Berücksichtigung der Erfahrungen in Nachbarstaaten (Deutschland, Österreich) als notwendig.

Gewalttätig-extremistische Aktivitäten sind im Rechtsstaat nicht gerechtfertigt, unabhängig von der dahinterstehenden Ideologie. Derartige Aktivitäten können durchaus ein Ausmass annehmen, dass sie die innere und äussere Sicherheit der Schweiz bedrohen. In Deutschland sind auch im Bereich des gewalttätigen Extremismus nötigenfalls bewilligungspflichtige Beschaffungsmassnahmen zulässig. Auch in der Schweiz muss dies zulässig sein.

Die vom Bundesrat und den eidgenössischen Räten 2009 bekräftigte Position, dass provokante oder extremistische Aussagen alleine keine präventive Überwachung durch den NDB rechtfertigen, gilt allerdings unverändert weiter. Heute versteht der NDB unter «gewalttätigem Extremismus» «Bestrebungen von Organisationen, welche die demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen ablehnen und zum Erreichen ihrer Ziele Gewalttaten verüben, fördern oder befürworten» (vbs.admin.ch/, abgerufen am 16.08.2022).

Die vorgeschlagene Ausweitung der zulässigen Beschaffungsmassnahmen im Bereich des gewalttätigen Extremismus macht zumindest in den Erläuterungen eine einschränkende

Präzisierung nötig. Auch wenn es an einer Veranstaltung von bspw. Klimaaktivistinnen und –aktivisten oder Anhängerinnen und Anhängern der Black Lives Matter-Bewegung zu einzelnen Gewalttaten kommen sollte, würde deren Überwachung durch den NDB dem Willen des Gesetzgebers widersprechen. Eine Überwachung ist lediglich zulässig, wenn vom gewalttätigen Extremismus eine Gefahr für die innere Sicherheit ausgeht, die mit der vom Terrorismus ausgehenden Gefahr qualitativ und quantitativ in etwa vergleichbar ist.

Gerade unter Berücksichtigung der schwerwiegenden Grundrechtseingriffe verdient die Änderung ausserdem, transparent erörtert und offen diskutiert zu werden. Dementsprechend fordern wir eine Nachbesserung der Erläuterungen und vor allem eine gesetzliche Grundlage, aus der die Erweiterung klar und präzise hervorgeht. Der vorgeschlagene Gesetzestext ist geradezu als «verklausuliert» zu bezeichnen.

Zu Art. 27 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2 VE-NDG

Zunächst ist anzumerken, dass die Bestimmung durch die zahlreichen Strukturebenen zunehmend unübersichtlich geworden ist. Nach der Ziffernebene nun auch noch mit Lemmas fortzufahren, erscheint im Sinne der Klarheit und Rechtsetzungsmethodik unerwünscht. Ferner ist hervorzuheben, dass die Voraussetzungen in den Lemmata den Anwendungsbereich der Beschaffungsmassnahmen kaum werden einschränken können, sind sie doch dermassen unbestimmt, dass wohl die allermeisten Bedrohungen darunter subsumiert werden könnten. Vor allem die Beurteilung, ob internationales Handeln «unerlässlich» sei oder «negative Reaktionen» gegenüber der Schweiz zu erwarten seien, lässt einen grossen Ermessensspielraum offen.

Zu Art. 28 VE-NDG

Absatz 1 ist sachgerecht und wird begrüsst.

Die Streichung des geltenden Abs. 2 führt zu einer von der StPO abweichenden Regelung. Einzig wegen der zwingend unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts vorzunehmenden Triage können wir der Streichung zustimmen.

Zu Art. 41 Abs. 3 VE-NDG

Die Verlängerung der Genehmigungsdauer für eine Kabelaufklärung von höchstens sechs Monaten auf zwölf Monaten ist problematisch. Als Dauer für eine solch einschneidende Überwachungsmassnahme erscheint ein ganzes Kalenderjahr unverhältnismässig. Gleichwohl ist verständlich, dass gerade die maximale Verlängerungsdauer von drei Monaten angesichts des Aufwands und der Komplexität der Massnahme relativ kurz bemessen ist. Deshalb wird vorgeschlagen, die anfängliche Höchstdauer von sechs Monaten beizubehalten, dafür aber die Verlängerungsdauer auf höchstens sechs Monate anzuheben.

Änderungsvorschlag:

*«Die Genehmigung gilt für höchstens **sechs** Monate. Sie kann nach demselben Verfahren um jeweils höchstens sechs Monate verlängert werden».*

Zu Art. 45 und 46 VE-NDG

Die geltende Bestimmung gemäss Art. 46 Abs. 1 NDG, wonach Meldungen, die mehrere Personendaten enthalten, als Ganzes beurteilt werden, sei aufgrund der Kritik der parlamentarischen Aufsichtsbehörde fallen zu lassen (Erläuterungen, S. 19). Die Empfehlungen zur effektiven Einhaltung der Datenbearbeitungsschranke sind nachvollziehbar. Der NDB hat bereits seit einiger Zeit mit der Umsetzung begonnen.

Die Art und Weise der Umsetzung birgt u.E. das Risiko, dass sicherheitsrelevante Zusammenhänge nicht mehr (frühzeitig) erkannt werden können, der NDB mithin seine

Aufgaben nicht erfüllen kann. Wenn die kantonale Vollzugsbehörde bis zur Praxisänderung dem NDB über ein Treffen der Person A mit Person B im Vereinslokal C berichten durfte, nimmt der NDB neu Anonymisierungen oder Schwärzungen vor. In Einzelfällen führt dies zu Texten mit derart vielen Schwärzungen, dass der Bericht jeden Erkenntnisgewinn verliert. Dies umso mehr, als zu Beginn der Datenbearbeitung naturgemäss gar nicht klar sein kann, welche Informationen sich im Laufe der Abklärungen als sicherheitsrelevant herausstellen werden. Eine zu früh und zu umfassend vorgenommene Textschwärzung führt zu einer unangemessenen Zerstückelung zusammengehörender Lebenssachverhalte. Die Gewinnung eines vollständigen Beziehungsnetzes wird verunmöglicht.

Zielführender wäre es u.E., wenn der NDB technisch verhindern würde, dass Informationen, die unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, nicht systematisch über eine Suchfunktion gefunden werden können. Von einer Schwärzung im Bericht ist jedoch abzusehen.

Ausserdem ist u.E. der NDB für allfällige Anonymisierungen verantwortlich, nicht die kantonale Vollzugsbehörde.

Zu Art. 53 Abs. 1 VE-NDG

Es ist vorgesehen, dass die kantonalen Vollzugsbehörden Daten für kurze Zeit in der kantonalen Arbeitsumgebung zwischenspeichern können. Eine Speicherung der Daten in einer anderen als der vom Bund zur Verfügung gestellten Umgebung stellt jedoch ein erhebliches Risiko für die Datensicherheit dar. Dass die Zwischenspeicherung nur für kurze Zeit erfolgt, vermag diese Risiken nicht genügend zu mindern. Datensicherheitsverletzungen können nämlich auch sehr kurzfristig erfolgen. Mit einer Zwischenspeicherung in einer anderen Arbeitsumgebung, über die der Bund keine Hoheit hat, verliert er die jederzeitige Kontrolle über die Daten. Aus faktischen Gründen führt gegenwärtig jedoch kein Weg an einer Zwischenspeicherung auf kantonalen Arbeitsumgebungen vorbei. Für diese Notlösung ist eine befristete gesetzliche Grundlage zu erlassen. Der Bund muss unverzüglich die technischen Voraussetzungen schaffen, damit die kantonalen Vollzugsorgane ihm Daten übermitteln können, ohne diese vorgängig in der eigenen Arbeitsumgebung zwischenspeichern zu müssen.

Änderungsvorschlag:

Die Bestimmung ist zeitlich auf 3 Jahre zu befristen (das Aufhebungsdatum bereits vorzusehen).

Zu Art. 53 Abs. 3 VE-NDG

Für die Kantone sind die praktischen Auswirkungen der Änderung von Interesse. Eine niederschwellige Information der Polizeikörpers durch die kantonalen Vollzugsbehörden wäre zu begrüssen.

Zu Art. 63a VE-NDG

Die Revision des Auskunftsrechts, wodurch die Rechte der betroffenen Person grundsätzlich gestärkt werden, ist generell zu begrüssen. Problematisch ist allerdings – wie selbst die Erläuterungen hervorheben – die Einschränkung des Rechtswegs. Diese Einschränkung ist verfassungsrechtlich und völkerrechtlich kaum haltbar.

Es ist zu fordern, dass gegen die Verweigerung, Einschränkung oder den Aufschub der Auskunft (aber auch gegen die Auskunftserteilung, soweit die gesuchstellende Person die Rechtmässigkeit des Inhalts bestreitet) ein ordentliches und vollkommenes Rechtsmittel an das Bundesverwaltungsgericht geschaffen wird.

Zu Art. 76 und 77 VE-NDG

Der Revisionsentwurf führt den wichtigen Grundsatz der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde

über den NDB (AB-ND) weiter. Sehr zu begrüßen ist ausserdem die Stärkung der Budgetautonomie der AB-ND. Gleichwohl bietet die Revision noch weitere Chancen, die Unabhängigkeit der AB-ND zu stärken und dadurch eines der selbsterklärten Ziele der Vorlage besser zu verwirklichen.

Erstens steht das Wahlverfahren der Leiterin oder des Leiters der AB-ND in einem Spannungsverhältnis zur Unabhängigkeit. Um ihrer Aufsichtstätigkeit möglichst unabhängig zu begegnen, ist in jüngerer Zeit wiederholt festgestellt worden, dass die Mitglieder von Aufsichtsbehörden über die Verwaltung nicht von der Exekutive gewählt werden sollten. Entsprechend werden die Mitglieder der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft sowie der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte von der Vereinigten Bundesversammlung gewählt. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb ein anderes Wahlverfahren für die Leiterin oder den Leiter der AB-ND gelten sollte.

Zweitens ist die administrative Angliederung an das Eidgenössische Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) problematisch (Art. 77 Abs. 1 zweiter Satz). Diese – sei es auch nur eine administrative – Nähe zum VBS und somit auch zum NDB ist der unabhängigen Aufsichtstätigkeit abträglich. Eine solche Angliederung ist denn auch anderen unabhängigen Aufsichtsbehörden, namentlich der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft (AB-BA), dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) oder der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK), fremd. Zu begrüßen wäre deshalb eine administrative Verselbständigung der AB-ND. Subsidiär käme allenfalls die administrative Angliederung an ein anderes Departement, z.B. an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), in Betracht.

Zusammenfassend wird vorgeschlagen, dass die Leiterin oder der Leiter der AB-ND von der Vereinigten Bundesversammlung gewählt und die AB-ND administrativ verselbständigt oder allenfalls einem anderen Departement als dem VBS angegliedert wird.

Zu Art. 82 Abs. 2 E-NDG

Der heutige Gesetzestext sieht vor, dass Kantone zur Unterstützung der Dienstaufsicht ein getrenntes Kontrollorgan einsetzen können. Dieses ist den vorgesetzten Stellen verantwortlich. Einzelne Kantone haben erkannt, dass ein getrenntes Kontrollorgan besonders effektiv arbeiten kann, wenn es mit voller Unabhängigkeit ausgestattet wird. Eine solche Lösung hat der Kanton Solothurn gewählt und auch im Kanton Basel-Stadt agiert das getrennte Kontrollorgan faktisch als unabhängige Instanz. Der Gesetzestext ist dahingehend anzupassen, dass deutlicher hervorgeht, dass den Kantonen die Möglichkeit zum Einsatz eines unabhängigen Kontrollorgans offensteht. Gleichwohl soll für die Kantone weiterhin die Möglichkeit bestehen, entweder kein getrenntes Kontrollorgan zu bezeichnen oder aber eines, das die Dienstaufsicht unterstützt und dieser unterstellt ist. Zu prüfen wäre allerdings auch die Lösung, wonach die Kantone nur unabhängige getrennte Kontrollorgane einsetzen können.

Änderungsvorschlag:

*«Die Dienstaufsicht in den Kantonen obliegt denjenigen Stellen, die dem jeweiligen kantonalen Vollzugsorgan vorgesetzt sind. Diese können zur Unterstützung der Dienstaufsicht ein vom kantonalen Vollzugsorgan getrenntes Kontrollorgan einsetzen, das den vorgesetzten Stellen verantwortlich ist. **Die Kantone können ein unabhängiges getrenntes Kontrollorgan einsetzen**».*

Änderungsvorschlag (Variante):

*«Die Dienstaufsicht in den Kantonen obliegt denjenigen Stellen, die dem jeweiligen kantonalen Vollzugsorgan vorgesetzt sind. ~~Diese können zur Unterstützung der Dienstaufsicht ein vom kantonalen Vollzugsorgan getrenntes Kontrollorgan einsetzen, das den vorgesetzten Stellen verantwortlich ist.~~ **Die Kantone können ein unabhängiges getrenntes Kontrollorgan einsetzen**».*

Zu Art. 83b Abs. 2 VE-NDG

Die Ausweitung der Strafbestimmungen auf fahrlässige Handlungen erscheint äusserst problematisch. Es geht aus den Erläuterungen nicht hervor und ist nicht weiter ersichtlich, inwiefern ein Bedarf bestehen sollte, fahrlässige Widerhandlungen gegen Tätigkeitsverbote strafrechtlich zu ahnden. Die Tatbestände, die Fahrlässigkeit erfassen, bilden im Strafrecht die Ausnahme, während dem Grundsatz nach nur vorsätzliches Handeln strafbar ist (Art. 12 Abs. 1 StGB). Die Ausnahmen von diesem Grundsatz betreffen i.d.R. besonders hochrangige Rechtsgüter wie Leib und Leben. Hervorzuheben ist, dass auch die neu vorgesehene Verletzung des Organisationsverbots nach Art. 83a keine Strafbarkeit für fahrlässige Handlungen vorsieht.

Änderungsvorschlag:

Abs. 2 von Art. 83b ist ersatzlos zu streichen.

Ergänzender Änderungsantrag zu Art. 85 Abs. 1 NDG:

Die Bestimmung soll neu auch Art. 24 NDG nennen. Die kantonalen Vollzugsbehörden müssen zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach NDG auch Anhaltungen zwecks Identitätsfeststellungen und Befragungen i.S. von Art. 24 NDG vornehmen dürfen.

Änderungsvorschlag:

Die Bestimmung ist mit Art. 24 NDG ist zu ergänzen.

2. Bemerkungen zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS)

Vorbemerkung:

Wir unterstützen den erneut gestellten Antrag der KKKPKS zur Anpassung des BWIS in Bezug auf die Sicherheitskosten bei Bundesaufträgen.

2.1 Bemerkung zu einzelnen Bestimmungen

Zu Art. 24h Abs. 1 Bst. b VE-BWIS

In den Erläuterungen ist ausgeführt, dass die Regelung «nur auf Personen anwendbar [sei], die sich mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden». Zur besseren Klarheit ist diese Einschränkung direkt in den Gesetzestext aufzunehmen. Nur so kann davon ausgegangen werden, dass die Ausreisebeschränkung das Grundrecht auf Meinungsfreiheit nicht tangiert.

Änderungsvorschlag:

*«aufgrund konkreter und aktueller Anhaltspunkte **mit denen mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit** angenommen werden muss, dass sie ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen».*

Zu Art. 24m Abs. 2 VE-BWIS

Der Entscheid über die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gegen eine Ausreisebeschränkung sollte im freien Ermessen des Bundesverwaltungsgerichts liegen. Dieses hat anhand einer umfassenden Interessenabwägung darüber zu befinden. Dass die aufschiebende Wirkung allenfalls den Zweck der Massnahme gefährden könnte, hat das Gericht bei der Abwägung freilich zu berücksichtigen. Indessen erscheint eine Vorwegnahme der Abwägung unverhältnismässig.

Änderungsvorschlag:

«Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Die Beschwerdeinstanz kann einer Beschwerde von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei aufschiebende Wirkung erteilen, ~~wenn der Zweck der Massnahme dadurch nicht gefährdet wird~~».

3. Bemerkungen zu Art. 89e Bst. a des VE-Strassenverkehrsgesetzes (SVG)

Der vorgeschlagenen Korrektur des gesetzgeberischen Versehens ist zuzustimmen. Bei dieser Gelegenheit soll die Bestimmung aber auch inhaltlich präzisiert werden. Nach dem Revisionsentwurf sollen in Bst. a neu sowohl der Zugriff der Polizeiorgane wie auch jener des NDB inhaltlich gleich geregelt werden. Dies ist materiell nicht richtig. Es ist vertretbar, dass der NDB im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung Zugriff auf sämtliche Daten, die er für seine Aufgabenerfüllung benötigt, erhält. Eine Einschränkung soll aber hinsichtlich der gespeicherten Passfotos von Personen vorgesehen werden. Im SVG soll ausdrücklich geregelt werden, dass Passfotos von Personen nur unter eingeschränkten Voraussetzungen für nachrichtendienstliche Zwecke weiterverwendet werden dürfen.

Änderungsvorschlag:

Bst. a von Art. 89e SVG ist unverändert beizubehalten. Für den NDB ist ein neuer Buchstabe mit folgendem Wortlaut einzufügen:

«der Nachrichtendienst des Bundes: in sämtliche Daten, die für die Erfüllung seiner Aufgaben nach dem Bundesgesetz über den Nachrichtendienst vom 25. September 2015 (NDG) erforderlich sind; Passfotos dürfen nur bearbeitet werden, sofern die Voraussetzungen nach Art. 19 NDG erfüllt sind».

4. Abschliessende Anträge

Wir unterstützen die beiden Anträge der KKPKS zur Anpassung der Geltungsdauer der jeweiligen Verteilschlüssel sowie zur angemessenen Erhöhung des zugesprochenen Betrags von aktuell CHF 100'000.-. Ausserdem wird der seit mehreren Jahren unverändert erstattete Beitrag den aktuellen Lohnkosten nicht gerecht. Wir verweisen diesbezüglich auf die Vernehmlassungsantwort der KKPKS vom 28. Juli 2022.

Besten Dank für die Berücksichtigung unserer Anliegen und Prüfung unserer Anträge.

IM NAMEN DES REGIERUNGSRATES

sig.
Dr. Remo Ankli
Landammann

sig.
Andreas Eng
Staatsschreiber



6431 Schwyz, Postfach 1260

per E-Mail

Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport
3003 Bern

vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Schwyz, 23. August 2022

Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG)

Vernehmlassung des Kantons Schwyz

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Mit Schreiben vom 18. Mai 2022 haben Sie die Kantonsregierungen eingeladen, zur oben erwähnten Vernehmlassungsvorlage bis 9. September 2022 Stellung zu nehmen.

Wir stimmen der Vorlage im Wesentlichen zu, haben bezüglich der sicherheitspolitischen und datenschutzrechtlichen Aspekte verschiedene Anmerkungen und Anträge.

Das Bundesgesetz über den Nachrichtendienst vom 25. September 2015 (NDG, SR 121) trat am 1. September 2017 in Kraft. Bereits während der parlamentarischen Beratung und kurz nach Inkraftsetzung wurden Ergänzungen bisheriger und Aufnahme neuer Bestimmungen angeregt.

Die Revision des NDG baut auf dessen Konzept und der Praxis auf, enthält aber einige Neuerungen, die sich aus verbliebenen Punkten beim Erlass des NDG, der Lageentwicklung, den gemachten Erfahrungen mit der Anwendung vor allem neuer Instrumente des NDG und der Weiterentwicklung der Informationstechnologie und des Datenschutzes ergeben. So soll das NDG die nachrichtendienstliche Datenhaltung nach einem völlig neuen Konzept gemäss dem revidierten Datenschutzgesetz regeln. Anstelle zahlreicher einzelner Informationssysteme werden die Arten und Kategorien von nachrichtendienstlichen Daten sowie der Zugriffe festgelegt. Zudem soll klargestellt werden, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) nicht nur Daten zu nachrichtendienstlichen, sondern auch zu administrativen Zwecken bearbeitet. Für letzteres gelten die allgemeinen Vorschriften der Bundesverwaltung. Die Datenbearbeitungsschranke zum Schutz der politischen Grundrechte gilt weiterhin für die personenbezogene Bearbeitung von Informationen zu nachrichtendienstlichen Zwecken.

Eine neue genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahme (GEBM) zum Einholen von Daten bei Finanzintermediären soll es bei schweren Bedrohungen der Sicherheit der Schweiz ermöglichen,

z. B. Finanzflüsse von Terrororganisationen oder Spionagenetzwerken aufzuklären. Ferner soll GEBM auch zur Aufklärung von gewalttätig extremistischen Aktivitäten anwendbar sein, wenn diese die Sicherheit der Schweiz schwer bedrohen. Dabei soll weiterhin das dreistufige Genehmigungs- und Freigabeverfahren gelten.

Die Revision enthält auch eine Gesetzesgrundlage für den Einsatz von elektronischen Ortungsgeräten bei Observationen, in Analogie zu kantonalen Polizeigesetzen und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesgerichts, und ein Dringlichkeitsverfahren für das Eindringen in Computersysteme und -netzwerke im Ausland zur Informationsbeschaffung das der entsprechenden Regelung zu den GEBM nachgebildet ist.

Die Übertragung der Aufgaben der unabhängigen Aufsichtsinstanzen für die Funk- und Kabelaufklärung an die unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten (AB-ND) wird zu einer umfassenderen Einbettung der Kontrolle der Funk- und Kabelaufklärung in die Aufsichtstätigkeiten führen. Unter Berücksichtigung der Kompetenzordnung zwischen Bund und Kantone werden die Zuständigkeiten der AB-ND mit Bezug auf die kantonalen Vollzugsbehörden präzisiert.

Schliesslich sollen gewerbliche Beherbergungsbetriebe neu zur Auskunftserteilung zu nachrichtendienstlichen Zwecken verpflichtet werden und die Einführung einer verwaltungsrechtlichen Strafbestimmung soll eine wirksame Durchsetzung der Verfügungen nach dem NDG sicherstellen.

Art. 6 Abs. 1 Bst. b E-NDG

Die Aufnahme des Begriffes «Cyberraum» ist grundsätzlich nachvollziehbar. Allerdings handelt es sich um einen neueren Begriff der wohl noch unterschiedlich ausgelegt werden kann. Deshalb wäre es im Sinne der Rechtsicherheit zu begrüssen, diesen Begriff im Gesetz selbst zu definieren.

Art. 7 Abs. 1 Bst. e – h und 1^{bis} – 3 E-NDG

Es ist nach unserer Ansicht von Interesse zu wissen, inwiefern Art. 7 Abs. 1 Bst. e – h E-NDG und Art. 7 Abs. 1^{bis} – 3 E-NDG auch auf die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der kantonalen Vollzugsbehörden angewendet werden können. Art. 7 Abs. 1^{bis} E-NDG sieht vor, dass Massnahmen nach Art. 7 Abs. 1 Bst. e – f E-NDG der schriftlichen Zustimmung eines Mitglieds der Direktion bedürfen. Es ist zu prüfen, ob es für die kantonalen Vollzugsbehörden nicht zusätzlich auch einer schriftlichen Zustimmung der kantonalen Linienvorgesetzten bedarf. Sollte dies der Fall sein, müsste Art. 7 Abs. 1^{bis} E-NDG entsprechend ergänzt werden. Fraglich ist zudem, ob auch private Reisen von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der kantonalen Vollzugsbehörden in oder durch Länder mit besonderen Risiken als bewilligungspflichtig erklärt werden können.

Art. 14 Abs. 3 E-NDG

Diese neue Bestimmung soll es dem NDB ermöglichen, an Fahrzeugen oder Gegenständen Ortungsgeräte anzubringen, «wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Observation erforderlich ist». Diese Massnahme wird sodann von den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen ausgenommen. Als Begründung führt der Erläuternde Bericht im Wesentlichen an, dass das Anbringen von Ortungsgeräten notwendig sei, weil ansonsten oftmals das Beobachtungsobjekt aus dem Blickfeld geraten könne und dann ggf. nicht mehr auffindbar sei. Zwar mag es zutreffen, dass die Datenübermittlung der Ortungsgeräte auf Ortungsdaten beschränkt ist und diese spätestens bei Beendigung der Observation gelöscht werden. Trotzdem ermöglichen solche Ortungsgeräte eine erhebliche Erweiterung des Observationsspektrums und stellen einen zumindest heiklen Grundrechtseingriff dar. Das Bundesgericht erklärte in BGE 147 I 103 E. 17 eine Bestimmung im bernischen Polizeigesetz zum Einsatz von Ortungsgeräten für verfassungswidrig. Zum einen sei die bernische Bestimmung nicht auf Fälle mit dringendem Tatverdacht auf eine schwere Straftat bzw. konkreter Bedrohung von wichtigen Rechtsgütern beschränkt. Zum anderen fehle das Erfor-

dernis einer richterlichen Genehmigung. Im vorliegenden Entwurf ist der Einsatz von Ortungsgeräten zur Observation an keine der für die genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen geltenden strengen Voraussetzungen gebunden. Art. 14 Abs. 3 E-NDG scheint mit der erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung unvereinbar.

Art. 20 Abs. 1 E-NDG

Es sind folgende Behörden in Art. 20 Abs. 1 E-NDG zusätzlich aufzunehmen:

- Sozialdienste;
- Behörden des Kindes- und Erwachsenenschutzes;
- Steuerbehörden;
- Betreibungs- und Konkursämter;
- Kantonale Strassenverkehrs- und Schifffahrtsämter;
- Bundesamt für Strassen (ASTRA);
- Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL).

Die Sozialdienste und Behörden des Kindes- und Erwachsenenschutzes (kommunal und kantonal) stellen in ihrem Zuständigkeitsbereich bei Personen regelmässig Hinweise auf extremistische Gefährdungen fest. Aufgrund des Vertrauensverhältnisses zwischen diesen Behörden und der betroffenen Person bestehen für diese Behörden hohe Hürden für eine Mitteilung an die kantonalen Vollzugsbehörden des NDG. Zur Erhöhung der Handlungssicherheit dieser Behörden ist eine Aufnahme der Behörden in Art. 20 NDG sehr dienlich. Zudem liegt es auch im Interesse der Wahrung der inneren Sicherheit, dass diese Behörden ebenfalls der Mitteilungspflicht nach Art. 20 Abs. 3 NDG unterliegen.

Erfahrungsgemäss sind bei Personen, von welchen eine extremistische Gefährdung ausgeht, Abklärungen bei Behörden nötig, welche besonders schützenswerte Personendaten bearbeiten. Damit hier allfällige datenschutzrechtliche Bedenken dieser Behörden vermieden werden können, ist eine Erwähnung der Behörden notwendig (Steuerbehörden, Betreibungs- und Konkursämter, Kantonale Strassenverkehrs- und Schifffahrtsämter, Bundesamt für Strassen, Bundesamt für Zivilluftfahrt).

Art. 25 E-NDG

Art. 25 Abs. 1 Bst. a E-NDG sieht neu vor, dass der NDB unter gewissen Bedingungen «im Einzelfall» auch Auskünfte oder Aufzeichnungen von einer natürlichen oder juristischen Person verlangen kann, welche gewerbmässig einen Beherbergungsbetrieb führt. Die Erfahrung in der Praxis zeigt, dass der Anwendungsbereich der Datenbearbeitung «im Einzelfall» tendenziell eng ausgelegt wird. Zur Gewährleistung und zum Schutz der inneren Sicherheit ist immer wieder auch eine etwas systematischere Datenbearbeitung über eine längere Zeitspanne hinweg erforderlich. Der NDB und die Kantonalen Nachrichtendienste (KND) werden deshalb auch auf Möglichkeiten des periodischen Abrufs von Informationen angewiesen sein, zumal dies aus unserer Sicht einen deutlichen Mehrwert zur Erkennung, Verhinderung oder Abwehr von Bedrohungen bringen würde. Wir beantragen deshalb eine Formulierung zu prüfen, welche aufzeigt, dass auch diese Art und dieser Umfang der Informationsbeschaffung vom «Einzelfall» abgedeckt sind. Weiter beantragen wir eine explizite Nennung der juristischen Personen, welche Flughäfen/Flugplätze betreiben, sollten Flughafenbetreiberinnen nicht bereits von Art. 25 Abs. 1 Bst. a E-NDG erfasst sein.

Art. 28 E-NDG

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG überrascht und vermag nicht zu überzeugen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb hier von den strafprozessualen Regelungen abgewichen werden sollte. Im Gegenteil würde die angedachte Streichung einen regelrechten Paradigmenwechsel herbeiführen, war doch bis anhin die Privilegierung des Berufsgeheimnisses der betreffenden Berufsgruppen unbestritten. Im Rahmen des Erlasses des NDG wurde vielmehr sogar über die Ausdehnung des Berufsgeheimnisses auf weitere Berufsgruppen (z. B. Finanzdienstleister) diskutiert

(vgl. BBl 2014 2168). Wir beantragen deshalb, Art. 28 NDG unverändert zu lassen und Art. 28 Abs. 2 NDG (Berufsgeheimnis bestimmter Berufsgruppen) beizubehalten.

Art. 53 E-NDG

Art. 53 E-NDG sieht die Bearbeitung durch kantonale Vollzugsbehörden vor. Nach unserer Ansicht fehlt eine gesetzliche Grundlage, die es erlaubt, bei Wiederaufnahme eines Falles nach Import ins SiLAN (Filesystem zur Ablage von Dateien in Verzeichnissen) die z. B. für die Observation notwendigen Daten wieder auf BURAUT (von der Führungsunterstützungsbasis der Armee betriebene Fileablage) erhältlich zu machen. Die Datenbekanntgabe durch die KND wird in der Verordnung über den Nachrichtendienst vom 16. August 2017 (NDV, SR 121.1) präzisiert. Der entsprechende Art. 33 NDV wurde einer vorgezogenen Revision unterzogen. Die neuen Art. 33 und 33a NDV sind bereits am 1. Dezember 2021 in Kraft getreten.

Es ist dem Regierungsrat ein Anliegen zu wissen, ob durch die vorgesehene Änderung in Art. 53 Abs. 3 E-NDG von heute «Abwendung einer erheblichen Gefährdung» durch «frühzeitige Erkennen und Verhindern von Bedrohungen der inneren oder äusseren Sicherheit» die Datenweitergabe von den KND an die Kantonspolizeien nun niederschwelliger möglich ist, oder ob es sich um eine rein formelle Anpassung handelt.

Art. 53 Abs. 4 E-NDG

Die kurze Aufbewahrungsdauer von fünf Jahren für Daten aus den Vorabklärungen der kantonalen Vollzugsbehörden, die nicht in einen Bericht an den NDB einfließen, schmälert die Wirksamkeit der Vollzugsbehörden in ihrer nachrichtendienstlichen Tätigkeit. So handelt es sich bei Daten, die etwa infolge eines nicht klar ersichtlichen Gewaltbezugs der Handlungen einer Zielperson nicht in einen Bericht an den NDB einfließen, meist trotzdem um Daten mit nachrichtendienstlichem Wert. So sind Daten einer sich radikalierenden Person etwa aus dem dschihadistischen Umfeld wichtig, auch wenn deren Handlungen noch keinen klaren Gewaltbezug zeigen. Eine solche Radikalisierung kann sich über Jahre hinziehen. Verstreichen nun die fünf Jahre ohne weitere Hinweise zu dieser Person, weil sie landesabwesend ist oder polizeilich nicht in Erscheinung tritt, müssen alle Erkenntnisse gelöscht werden. Aus Sicht des Regierungsrates erscheint es prüfenswert, die Aufbewahrungsdauer dieser Daten auf zehn Jahre zu erhöhen.

Art. 85 Abs. 1 NDG

Die Aufzählung in Art. 85 Abs. 1 NDG ist mit Artikel 24 NDG zu ergänzen. Die Befragung ist in Art. 23 und 24 NDG geregelt, die Anhaltung und damit verbundenen Identitätsfeststellung und Befragung lediglich in Art. 24 NDG. Es kommt in Einzelfällen auch vor, dass kantonale Vollzugsdienste ebenfalls Anhaltungen zwecks Identitätsfeststellungen und Befragung vornehmen. Damit Unklarheiten bei der praktischen Umsetzung vermieden werden, sollte Art. 85 Abs. 1 NDG auch Art. 24 NDG umfassen.

Der Regierungsrat möchte die Gelegenheit nutzen, anlässlich der aktuell laufenden Revision des NDG auch Anpassungen der Nachrichtendienstverordnung zu beantragen.

Gemäss Art. 6 NDV berechnet sich die pauschale Abgeltung der Leistungen der Kantone zum Vollzug des NDG nach der Höhe des dafür bewilligten Kredits und dem unter den Kantonen geltenden Verteilschlüssel. Der Verteilschlüssel wird aufgrund der Summe der Stellenanteile derjenigen Personen in den Kantonen bestimmt, bei denen der Aufgabenvollzug nach dem NDG einen wichtigen Anteil ihrer regelmässigen Arbeit bildet. Der NDB legt den Verteilschlüssel nach Bedarf, mindestens aber alle vier Jahre, zusammen mit den Kantonen fest und hört dazu die KKPKS an. Wir sehen eine Anpassung des Verteilschlüssels wie auch eine Erhöhung des aktuell geltenden Entschädigungsansatzes pro kantonale Nachrichtendienststelle als dringend notwendig. Der heute geltende Entschädigungsansatz wurde während mindestens 15 Jahren nicht angepasst. Wir beantragen deshalb eine Anpassung des Entschädigungsansatzes an die aktuellen Gegebenheiten.

ten, sinnvollerweise ergänzt durch einen Mechanismus zur wiederkehrenden Anpassung (z. B. basierend auf der Entwicklung des Konsumentenindex). Die aktuell vorgesehene Geltungsdauer eines jeweiligen Verteilschlüssels von vier Jahren ist zu kurz. Bis ein Korps die notwendigen Stellen und Kompetenzen aufgebaut hat, droht schon wieder eine Anpassung des Stellenetats, womit für die Kantone keinerlei Planungssicherheit mehr besteht. Wir beantragen deshalb eine Erhöhung der Geltungsdauer eines jeweiligen Verteilschlüssels auf sechs Jahre, wobei insbesondere auch zu beachten ist, dass beim Wechsel des Verteilschlüssels eine genügend lange Übergangsfrist vorgesehen wird.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und versichern Sie, Frau Bundesrätin, unserer vorzüglichen Hochachtung.

Im Namen des Regierungsrates:



André Rügsegger
Landammann



Dr. Mathias E. Brun
Staatsschreiber

Kopie z. K. an:

- Schwyzer Mitglieder der Bundesversammlung.

Staatskanzlei, Regierungsgebäude, 8510 Frauenfeld

Eidgenössisches
Departement für Verteidigung, Bevölke-
rungsschutz und Sport (VBS)
Frau Viola Amherd
Bundesrätin
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Frauenfeld, 16. August 2022
463

Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG)

Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit der Stellungnahme zum Entwurf für eine Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG; SR 121) und teilen Ihnen mit, dass wir mit der Vorlage grundsätzlich einverstanden sind. Wir bitten Sie allerdings, für die weiteren Gesetzgebungsarbeiten die nachfolgenden Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen zu berücksichtigen.

Art. 14

In den Erläuterungen zu Art. 14 NDG wird im 2. Absatz u.a. das Polizeigesetz des Kantons Thurgau (PolG; RB 551.1) erwähnt und interpretiert. Entgegen den dortigen Ausführungen ist im PolG jedoch nicht explizit geregelt, dass das GPS während laufender Observationen eingesetzt wird, um Zielpersonen oder -objekte rasch wieder aufzufinden, falls man den Sichtkontakt verloren hat. Auch in der Teilrevision des PolG gemäss Botschaft des Regierungsrates vom 5. Juli 2022 ist eine solche Formulierung nicht vorgesehen.

Art. 20

Wir schlagen vor, folgende Behörden zusätzlich in Art. 20 Abs. 1 NDG aufzunehmen:

- Sozialdienste
- Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden
- Steuerbehörden
- Betreibungs- und Konkursämter

2/3

- Strassenverkehrs- und Schifffahrtsämter
- Bundesamt für Strassen (ASTRA)
- Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL)

Die Sozialdienste und Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden (kommunal oder kantonal) stellen in ihrem Zuständigkeitsbereich bei Personen regelmässig Hinweise auf extremistische Gefährdungen fest. Aufgrund des Vertrauensverhältnisses zwischen diesen Behörden und der betroffenen Person bestehen für diese Behörden indessen hohe Hürden für eine Mitteilung an die kantonalen Vollzugsbehörden des Nachrichtendienstes (ND). Zur Erhöhung der Handlungssicherheit dieser Behörden wäre daher deren Aufnahme in Art. 20 Abs. 1 NDG sehr dienlich. Zudem liegt es auch im Interesse der Wahrung der inneren Sicherheit, dass die entsprechenden Behörden ebenfalls der Mitteilungspflicht nach Art. 20 Abs. 3 NDG unterliegen.

Erfahrungsgemäss sind bei Personen, von denen eine extremistische Gefährdung ausgeht, zudem bei Behörden Abklärungen nötig, die besonders schützenswerte Personendaten bearbeiten. Damit allfällige datenschutzrechtliche Bedenken vermieden werden können, ist eine Erwähnung dieser Behörden ebenfalls notwendig (Steuerbehörden, Betreibungs- und Konkursämter, Strassenverkehrs- und Schifffahrtsämter, Bundesamt für Strassen [ASTRA], Bundesamt für Zivilluftfahrt [BAZL]).

Art. 25

Sollten die Flughafenbetreiberinnen nicht bereits von Art. 25 Abs. 1 lit. a NDG erfasst sein, wäre eine explizite Nennung erforderlich.

Zudem sollte eine neue lit. c in Art. 25 Abs. 1 NDG mit folgendem Wortlaut aufgenommen werden: „Von Gesundheitsfachpersonen: Auskunft über Wahrnehmungen, die im Zusammenhang mit der Behandlung bestehen.“

Regelmässig liegen bei Personen, von denen eine extremistische Gefährdung ausgeht, auch medizinische Ursachen oder Symptome vor. Häufig sind bei diesen Personen psychiatrische Abklärungen erforderlich. Im Zusammenhang mit der Behandlung solcher Personen kann die Gesundheitsfachperson (weitere) Wahrnehmungen machen, die auf eine extremistische Gefährdung hinweisen. Die Mitteilungspflichten und -rechte von Gesundheitsfachpersonen sind zwar auf kantonaler Ebene geregelt. Die Auskunftspflicht dieser Fachpersonen ist jedoch auch im NDG vorzusehen. Für die Entbindung vom Berufsgeheimnis gelten die hierfür kantonal vorgesehenen Regelungen. Einer Entbindung wird aber von der zuständigen kantonalen Stelle nur zugestimmt, wenn eine klare gesetzliche Grundlage für die Auskunftspflicht besteht. Hierfür ist die vorgeschlagene Ergänzung im NDG erforderlich.

3/3

Art. 53

Art. 53 NDG sieht generell die Bearbeitung von Daten durch kantonale Vollzugsbehörden vor. Nach unserer Auffassung fehlt indessen eine gesetzliche Grundlage, die es erlaubt, bei Wiederaufnahme eines Falles nach Import in die sichere Netzwerkplattform des ND (SiLAN) die z.B. für die Observation notwendigen Daten wieder für das kantonale Netzwerk (elektronisch) erhältlich zu machen.

Art. 85

Die Aufzählung der Bestimmungen in Art. 85 Abs. 1 NDG ist mit Art. 24 NDG zu ergänzen. Die Befragung wird sowohl in Art. 23 wie auch in Art. 24 NDG erwähnt, die Anhaltung und die damit verbundene Identitätsfeststellung und Befragung indessen lediglich in Art. 24 NDG.

Es kommt in Einzelfällen zudem auch vor, dass kantonale Vollzugsdienste ebenfalls Anhaltungen zwecks Identitätsfeststellungen und Befragung vornehmen. Damit Unklarheiten bei der praktischen Umsetzung vermieden werden, sollte Art. 85 Abs. 1 NDG auch Art. 24 NDG umfassen.

Mit freundlichen Grüssen

Die Präsidentin des Regierungsrates



Der Staatsschreiber



Numero
4320

fr

0

Bellinzona
7 settembre 2022

Consiglio di Stato
Piazza Governo 6
Casella postale 2170
6501 Bellinzona
telefono +41 91 814 41 11
fax +41 91 814 44 35
e-mail can@ti.ch
web www.ti.ch

Repubblica e Cantone
Ticino

Il Consiglio di Stato

Dipartimento federale della difesa,
della protezione della popolazione
e dello sport DDPS
Palazzo federale
3003 Berna

*Invio per posta elettronica (Word e pdf):
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch*

Procedura di consultazione concernente la modifica della Legge federale sulle attività informative (LAI_n)

Gentili signore,
egregi signori,

abbiamo ricevuto la vostra lettera del 18 maggio 2022 in merito alla summenzionata procedura di consultazione. Le modifiche di legge, unitamente al relativo rapporto esplicativo sono stati da noi esaminati in collaborazione con il Ministero pubblico e i servizi di polizia interessati.

Nella fase di allestimento della risposta è stato consultato anche l'Incaricato cantonale per la protezione dei dati, il quale ha formulato osservazioni che divergono da quelle presentate in questo scritto. Ci permettiamo pertanto di allegare alla presente la sua presa di posizione del 18 agosto 2022.

Ringraziando per l'opportunità che ci viene offerta di esprimere il nostro giudizio, formuliamo le seguenti osservazioni.

In generale, come Esecutivo cantonale accogliamo favorevolmente la proposta di novella legislativa in oggetto, inerente alla modifica della legge federale sulle attività informative, che permetterà di colmare alcuni punti rimasti in sospeso durante l'emanazione della legge stessa nel 2015, completati in seguito dallo sviluppo della situazione, dalle esperienze acquisite con l'applicazione in particolare dei nuovi strumenti della LAI_n, nonché dall'ulteriore sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della protezione dei dati.

In effetti, le nuove basi legali a disposizione all'interno del diritto federale contribuiranno senz'altro a sostenere le autorità nella prevenzione, nell'investigazione e nel perseguimento di reati gravi, rafforzando così la sicurezza interna della Svizzera.

RG n. 4320 del 7 settembre 2022

Anche per le Autorità di polizia il progetto legislativo rappresenta indubbiamente un mezzo importante per contrastare le attività criminali, ritenuto come lo stesso potrà prevenire in maniera ancora più efficiente la criminalità organizzata, il terrorismo e l'estremismo violento, combattendoli con maggior efficacia.

Vogliate gradire, gentili signore, egregi signori, i sensi della nostra massima stima.

PER IL CONSIGLIO DI STATO

Il Presidente

Claudio Zali

Il Cancelliere

Arnaldo Coduri

Allegato:

- Osservazioni del 18 agosto 2022 dell'Incaricato cantonale della protezione dei dati

Copia a:

- Dipartimento delle istituzioni (di-dir@ti.ch)
- Segreteria generale del Dipartimento delle istituzioni (di-sg.ap@ti.ch)
- Comando della Polizia cantonale (polizia-segr@polca.ti.ch)
- Incaricato cantonale della protezione dei dati (protezionedati@ti.ch)
- Deputazione ticinese alle Camere federali (can-relazioniesterne@ti.ch)
- Pubblicazione in Internet

telefono
web

Via Canonico Ghiringhelli 1
6501 Bellinzona
+41 91 814 45 01
www.ti.ch/protezionedati

Repubblica e Cantone Ticino
Cancelleria dello Stato
Servizi giuridici del Consiglio di Stato

persona
incaricata

Giordano Costa

**Incaricato cantonale della protezione dei dati
6501 Bellinzona**

telefono
e-mail

+41 91 814 45 01
giordano.costa@ti.ch

Dipartimento delle istituzioni
Segreteria generale
Residenza

Bellinzona 18 agosto 2022

Revisione della legge federale sulle attività informative (LAI) – Procedura di consultazione

Gentili signore,
egregi signori,

in riferimento alla procedura di consultazione in oggetto, vi trasmettiamo le seguenti osservazioni:

Art. 5 cpv. 6 lett. d LAI:

Il rapporto esplicativo non spiega in modo convincente fino a che punto sia effettivamente necessario trattare dati personali sulle attività politiche e sull'esercizio della libertà di espressione, riunione o associazione al fine di valutare e controllare efficacemente le fonti. Tanto più che si tratta di una grave violazione dei diritti fondamentali, che è ammissibile solo se realmente necessaria, ovvero se rappresenta il mezzo più blando e idoneo a disposizione per raggiungere l'obiettivo prefissato. Riteniamo che sia possibile una valutazione e un controllo sufficienti delle fonti senza trattare dati personali così sensibili.

Proposta di modifica: Art. 5 cpv. 6 lett. d LAI deve essere cancellato senza sostituzione.

Art. 7 cpv. 1 lett. f LAI:

Il rapporto esplicativo spiega che i chiarimenti di cui alla lett. f, a differenza delle misure di cui alla lett. e, devono essere fatti con il consenso dell'interessato. Sfortunatamente, questa restrizione non risulta dal testo legale. Sarebbe auspicabile un esplicito ancoraggio nella legge.

Proposta di modifica: *"in presenza di indizi concreti di minaccia acuta per la sua sicurezza, può raccogliere informazioni rilevanti sotto il profilo della sicurezza su un collaboratore con il suo consenso, nonché acquisire ...».*

Art. 27 cpv. 1 lett. a cfr. 1 LAIn:

L'adeguamento si traduce in un sensibile ampliamento delle misure consentite di acquisizione d'informazioni. In particolare, tali misure dovrebbero essere utilizzate in futuro anche per combattere le attività di estremismo violento ai sensi dell'articolo 19 cpv. 2 lett. e. Nel 2014 il Consiglio federale ha sottolineato nel suo messaggio sulla LAIn che l'estremismo violento è più vicino ai movimenti politico-ideologici, motivo per cui s'impone una prudenza particolare (FF 2014 1885, pg. 1946). Già allora il Consiglio federale ha comunque riconosciuto che l'estremismo che si sviluppa come terrorismo ai sensi dell'articolo 19 capoverso 2 lett. a possa essere soggetto a tutte le misure di acquisizione d'informazioni. Non è chiaro fino a che punto la situazione della minaccia sia cambiata in modo significativo da quando è stato emesso questo messaggio. Piuttosto, c'è il pericolo che una moltitudine di ideologie possano essere subordinate alla sorveglianza dell'intelligence sotto il concetto aperto di estremismo violento. Ciò avrebbe, tra l'altro, un notevole effetto frenante, ossia costituirebbe un deterrente al legittimo esercizio dei diritti fondamentali di espressione e comunicazione, in particolare della libertà di riunione. Ad esempio, potrebbero essere presi in considerazione attivisti per il clima, sostenitori del movimento Black Lives Matter o persino partecipanti a manifestazioni per i diritti delle donne. È ovvio che anche gli eventi di tali gruppi possono portare alla violenza. Tuttavia, il livello di minaccia alla sicurezza interna non appare in alcun modo paragonabile a quello delle attività terroristiche. In combinazione con la violazione particolarmente grave dei diritti fondamentali, la prevista espansione delle misure di acquisizione d'informazioni di intelligence per includere l'estremismo violento non può resistere alle barriere dei diritti fondamentali di cui all'articolo 36 Cost./CH.

Proposta di modifica: "Esiste una minaccia concreta ai sensi dell'articolo 19 cpv. 2 lett. a-d".

Art. 27 cpv. 1 lett. a cfr. 2 LAIn:

I prerequisiti delle cifre di cui alla cfr. 2 difficilmente possono restringere la portata delle misure di acquisizione di informazioni, in quanto sono così vaghi che la maggior parte delle minacce potrebbe essere inclusa in essi. Soprattutto, la valutazione se l'azione internazionale sia "essenziale" o se siano da attendersi "reazioni negative" nei confronti della Svizzera lascia un margine di discrezionalità quasi illimitato. La norma andrebbe pertanto precisata.

Articolo 28 cpv. 2 LAIn:

La soppressione del cpv. 2 sorprende e non convince, poiché fino ad oggi il privilegio del segreto professionale per i gruppi professionali interessati era indiscusso. Infatti, nell'ambito dell'emanazione della LAIn, è stata addirittura discussa l'estensione del segreto professionale ad altri gruppi professionali (es. fornitori di servizi finanziari; cfr. FF 2014 1885, pg. 1947).

Proposta di modifica: L'attuale cpv. 2 dell'articolo 28 resta invariato.

Art. 41 cpv. 3 LAIn:

L'estensione del periodo di approvazione per un'indagine via cavo da un massimo di 6 mesi a 12 mesi è problematica. Un intero anno sembra sproporzionato per una misura di sorveglianza così drastica. Si propone pertanto di mantenere la durata massima iniziale di 6 mesi.

Proposta di modifica: «L'autorizzazione è valida per un massimo di sei mesi. Può essere prorogata di volta in volta di sei mesi al massimo secondo la stessa procedura».

Articolo 53 cpv. 1 LAIn

È previsto che le autorità cantonali di esecuzione possano memorizzare temporaneamente i dati nell'ambiente di lavoro cantonale. Tuttavia, la conservazione dei dati in un ambiente diverso da quello fornito dalla Confederazione rappresenta un rischio significativo per la sicurezza dei dati. Il fatto che i dati siano conservati solo temporaneamente per un breve periodo di tempo non può ridurre sufficientemente questi rischi. L'archiviazione intermedia in un altro ambiente di lavoro su cui il governo federale non ha sovranità rappresenta una perdita di controllo sui dati da parte di quest'ultimo. Per ragioni di fatto, tuttavia, attualmente non è possibile aggirare la custodia temporanea negli ambienti di lavoro cantonali. È necessario creare una base giuridica temporanea per questa soluzione di emergenza. La Confederazione deve creare immediatamente i presupposti tecnici affinché gli organi esecutivi cantonali possano trasmetterle i dati senza doverli prima immagazzinare temporaneamente nel proprio ambiente di lavoro.

Proposta di modifica: La disposizione dovrebbe essere limitata a 3 anni.

Articolo 63a cpv. 8 LAIn

La revisione del diritto d'accesso, che rafforza fundamentalmente i diritti dell'interessato, è in generale da accogliere con favore. Tuttavia, come sottolinea lo stesso rapporto esplicativo, la limitazione del ricorso giurisdizionale è problematica. Questa restrizione è difficilmente sostenibile ai sensi del diritto costituzionale e internazionale.

Si deve esigere che sia istituito un ricorso giurisdizionale adeguato e completo presso il Tribunale amministrativo federale contro il rifiuto, la limitazione o il rinvio delle informazioni (ma anche

contro la fornitura di informazioni se la persona che presenta la richiesta contesta la liceità del contenuto).

Articoli 76 e 77 LAIn

La procedura di elezione del capo dell'autorità di vigilanza sul servizio delle attività informative della Confederazione (SIC) è in conflitto con l'indipendenza. Al fine di gestire la loro attività di vigilanza nel modo più indipendente possibile, è stato recentemente affermato più volte che i membri delle autorità di vigilanza non dovrebbero essere eletti dall'esecutivo attraverso l'amministrazione. Così, i membri dell'autorità di controllo sull'Ufficio del procuratore generale e dell'Incaricato federale della protezione dei dati e della trasparenza sono eletti dall'Assemblea federale. Non vi è alcuna ragione apparente per cui una procedura elettorale diversa dovrebbe applicarsi al capo dell'autorità di vigilanza sul SIC.

In secondo luogo, è problematica l'appartenenza amministrativa al DDPS (art. 77 cpv. 1 secondo periodo). Tale vicinanza al DDPS e quindi anche al SIC, anche se solo amministrativa, pregiudica l'attività di vigilanza indipendente. Sarebbe pertanto auspicabile un'indipendenza amministrativa dell'autorità di vigilanza. In via sussidiaria si potrebbe prendere in considerazione l'affiliazione amministrativa a un altro dipartimento, ad esempio al DFGP.

In sintesi, si propone che il capo dell'autorità di vigilanza sia eletto dall'Assemblea Federale e che l'autorità di vigilanza diventi amministrativamente indipendente o, se necessario, sia affiliata a un dipartimento diverso dal DDPS.

Osservazioni sulle modifiche della Legge federale sulle misure di salvaguardia della sicurezza interna (LMSI; RS 120)

Art. 24h cpv. 1 lett. b LMSI

Il rapporto esplicativo afferma che la norma "si applica solo alle persone che hanno un'altissima probabilità di impegnarsi in attività violente". Per motivi di chiarezza, questa restrizione dovrebbe essere inclusa direttamente nel testo giuridico.

Proposta di cambiamento: "in base a indizi concreti e attuali, si deve presumere con altissima probabilità che essa lascerà la Svizzera per ...".

Cordiali saluti.

INCARICATO CANTONALE DELLA
PROTEZIONE DEI DATI


Giordano Costa



Landammann und Regierungsrat des Kantons Uri

Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport (VBS)
Nachrichtendienst des Bundes (NDB)
Rechtsdienst
Papiermühlestrasse 20
3003 Bern

Bundesgesetz über den Nachrichtendienst (NDG); Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 18. Mai 2022 laden Sie den Regierungsrat des Kantons Uri ein, zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG; SR 121) Stellung zu nehmen.

Der Regierungsrat ist mit den angestrebten Änderungen im Grundsatz einverstanden, schliesst sich der Stellungnahme der Konferenz der kantonalen Polizeikommandantinnen und -kommandanten (KKPKS) an und verzichtet im Übrigen auf eine einlässliche Vernehmlassung.

Sehr geehrte Frau Bundesrätin, wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme und grüssen Sie mit vorzüglicher Hochachtung.

Altdorf, 23. August 2022

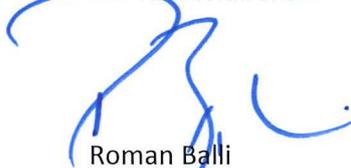


Im Namen des Regierungsrats

Der Landammann


Urs Janett

Der Kanzleidirektor


Roman Balli

Beilage

- Vernehmlassungsantwort der KKPKS zur Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst

Madame la Conseillère fédérale
Viole Amherd
Cheffe du Département fédéral de la
défense, de la protection de la population et
des sports
Palais fédéral est
3003 Berne

Réf. : 22_GOV_525

Lausanne, le 31 août 2022

Consultation fédérale (CE) Révision de la loi fédérale sur le renseignement (LRens)

Madame la Conseillère fédérale,

Le Conseil d'Etat vaudois vous remercie de l'avoir associé à la consultation citée en titre, à laquelle il répond par la présente.

En introduction, il est constaté que la révision de la loi fédérale sur le renseignement (LRens) a notamment pour but de réviser les dispositions relatives aux systèmes d'information, ainsi que les demandes d'accès relatives à la protection des données du Service de renseignement de la Confédération (SRC). Cette révision vise également à revoir les modalités de traitement des données relevant du renseignement, ainsi que les mesures supplémentaires de détection précoce et de prévention de l'extrémisme violent et de proposer des améliorations de la mise en œuvre pratique de la LRens.

Il est en outre pris acte que, par courrier du 20 juillet 2022, la Conférence des commandantes et des commandants des polices cantonales de Suisse (CCPCS) a présenté sa position dans le cadre de la consultation susmentionnée au Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports. Cette position, soutenue par le Conseil d'Etat vaudois, est complétée afin d'exposer les préoccupations des services de l'Etat de Vaud, liées à la révision de la loi fédérale sur le renseignement. Il est ainsi fait état des éléments suivants :

- Le projet prévoit à son article 52 alinéa 2 P-LRens que le SRC peut réaliser un profilage, y compris un profilage à haut risque. Il est également mentionné que le SRC est responsable du traitement des données des autorités d'exécution cantonales (article 9 alinéa 4 P-LRens). Or, l'article 44 LRens actuel mentionne que : « le SRC et les autorités d'exécution cantonales peuvent traiter des données personnelles y compris des données sensibles et des profils de la personnalité. ». Il est ainsi constaté que la révision de la LRens fait disparaître toute norme autorisant les autorités d'exécution cantonales à procéder à des profilages, ainsi qu'aux traitements des données sur lesquelles les SRCa peuvent enquêter spontanément sur des indices de menaces au sens de l'article 6 alinéa 1 lettre a P-LRens (article 9 alinéa 1 P-LRens).

Cela étant, pour pouvoir remplir les tâches qui leur sont assignées à l'article 9 alinéa 3 P-LRens, les autorités cantonales doivent pouvoir disposer des mêmes droits que le SRC, comme cela est le cas dans la loi actuelle. Ainsi, le système prévu par le projet de révision conduit à une perte de maîtrise des moyens d'enquête (profilage) et du traitement des données recueillies au sens de l'article 6 alinéa 1 lettre a P-LRens.

- Le Conseil d'Etat appuie, comme la CCPCS, l'introduction d'un moyen auxiliaire supplémentaire pour une observation au travers de l'utilisation d'appareils de localisation (article 14 P-LRens). Toutefois, plusieurs éléments contraignants pour les services de l'Etat de Vaud sont constatés :
 - o Le projet mis en consultation a pour effet de concentrer la compétence d'observer au moyen d'un appareil de localisation au niveau fédéral en citant uniquement le SRC ; la marge de manœuvre des autorités d'exécution cantonales (SRCa) est ainsi restreinte. Or, le réservoir opérationnel de collaborateurs, à même d'effectuer des observations, se situe dans les cantons. Ainsi, ne pas mentionner les services de renseignement cantonaux dans l'article 14 alinéa 3 P-LRens aura pour conséquence que l'appui technique lors de filatures ne pourra plus être utilisé par les SRCa. Il sera dès lors nécessaire d'engager plus de personnel au niveau cantonal pour enquêter spontanément sur les indices de menaces au sens de l'article 6 alinéa 1 lettre a P-LRens (article 9 alinéa 1 P-LRens), ce que notre autorité ne saurait admettre.
 - o L'article 14 alinéa 3 P-LRens exprime une notion de « durée d'une observation ». Il est à craindre que cette notion provoque la nécessité de définir la durée d'une période d'observation (début, fin, conditions légales, etc.), rendant ainsi l'utilisation d'un appareil de localisation moins aisée.
 - o L'article 14 alinéa 3 P-LRens indique que : « l'appareil de localisation peut uniquement transmettre en continu des données de localisation aux personnes procédant à l'observation ». Cette indication ne correspond pas à la réalité actuelle. En effet, sur le Canton de Vaud, les données sont traitées par un serveur sur lequel les observateurs se connectent. Ainsi, si la formulation du projet est maintenue, le système vaudois, analogue à celui de nombreux autres services suisses, ne permettra pas l'exploitation de telles mesures dans le respect de la loi révisée.
 - o A la lecture du rapport explicatif en page 7, portant sur l'article 14 alinéa 3 P-LRens, il est mentionné que si une équipe de collaborateurs met fin à l'observation et « souhaite reprendre l'observation ultérieurement, elle doit retrouver l'objet par les moyens usuels. La transmission des données de localisation ne peut être lancée qu'une fois que l'objet de l'observation est en vue de l'équipe. ». Le Conseil d'Etat estime qu'il n'est pas cohérent que pour réactiver la transmission des données, le véhicule, faisant l'objet de l'observation, doive d'abord être retrouvé avant de pouvoir réactiver la transmission des données. Certes, le Tribunal fédéral a jugé trop intrusif de pouvoir accéder à l'historique pour ce type de données, sans validation du Tribunal des mesures de contrainte. Toutefois, interroger de manière unique la balise lorsque l'équipe de surveillance reprend la filature ne saurait être

qualifié d'accès trop intrusif dans la sphère privée. Au contraire, cette possibilité permettra d'engager de manière proportionnée les moyens technologiques et d'éviter que plusieurs collaborateurs travaillent dans le vide si le véhicule n'est pas localisé.

Au vu de l'ensemble de ses remarques, le Conseil d'Etat demande que l'article 14 P-LRens soit reformulé en prenant en considération les éléments susmentionnés.

- Le Conseil d'Etat constate, comme pour l'article 14 P-LRens, que la mention explicite des autorités d'exécution cantonales, dans le cadre de l'exécution, fait défaut à l'article 27 alinéa 1 P-LRens. Il est certes admis que le SRC ordonne des mesures de recherche soumises à autorisation, ceci garantissant une vision d'ensemble et une certaine coordination. Le Conseil d'Etat estime toutefois que l'exploitation des mesures de recherche soumises à autorisation doit pouvoir être déléguée aux SRCa pour augmenter la capacité opérationnelle du renseignement suisse. En effet, les appareils de localisation sont des appareils utilisés quotidiennement par tous les services de police suisse, pour des délits de moyenne gravité. Or, selon cet article, pour des cas de terrorisme ou d'autres menaces pour la sécurité intérieure de la Suisse, leur utilisation serait limitée car réservée aux opérateurs du SRC. Le Conseil d'Etat est d'avis que cette concentration de compétences au niveau fédéral rendra le système moins efficace et souhaite qu'il soit introduit dans cet article la délégation aux autorités d'exécution cantonales du traitement des mesures de recherche soumises à autorisation.

Le Conseil d'Etat profite de ce courrier pour faire état de commentaires de détail concernant les articles suivants :

Article 5 alinéa 6 lettre d

La traduction française diffère des versions italienne et allemande. Le texte allemand parle de contrôle, le texte italien de gestion. Parle-t-on de sources au sens « d'origines d'une information » ou de « sources humaines » au sens de l'article 15 du projet ? Dans la première hypothèse, la rédaction « contrôler des sources » semble plus adéquate. Le rapport explicatif est muet sur la révision de cette disposition.

Le rapport pourrait être complété par un commentaire de la modification de l'article 5.

Article 5 alinéa 6 lettre e

La phrase est incomplète. Les textes italien et allemand sont plus clairs. Il faudrait compléter de la manière suivante : « ou pour diriger les mesures de police de sûreté des services compétents pour ordonner de telles mesures ».

Article 9 alinéa 3

Le rapport explicatif en page 7 précise que les autorités cantonales d'exécution ont l'obligation d'enquêter sur tous les indices de menaces au sens de l'article 6 alinéa 1 lettre a. Le texte de l'article 9 alinéa 3 prévoit quant à lui que les autorités d'exécution cantonales peuvent enquêter. Les versions allemande et italienne utilisent également la forme potestative. Si les autorités cantonales ont effectivement l'obligation d'enquêter il faut supprimer le verbe « pouvoir » des trois versions. A l'inverse, si c'est une faculté, il est nécessaire d'adapter le rapport explicatif afin qu'il corresponde au rôle assigné aux autorités cantonales d'exécution. Cela étant si l'on place cette nouvelle disposition dans le cadre global de la révision, il est constaté que la rédaction de l'article 57 du projet penche en faveur de la rédaction du rapport, si bien qu'il semble nécessaire de supprimer le verbe pouvoir à l'alinéa 3 dans les trois versions.

Il est également soulevé que, par rapport à la durée maximale de conservation des données par les autorités d'exécution cantonales, le rapport explicatif renvoie à l'article 46 alinéa 4 ; or, cet alinéa n'existe pas en droit actuel ni dans le projet. Il semble que cela soit une coquille et qu'il convient de modifier le rapport pour renvoyer à l'article 53 alinéa 4 P-LRens.

Article 19 alinéa 2 lettre f

La traduction française semble peu heureuse. Peut-être serait-il plus précis de formuler la lettre f de la manière suivante : « les activités importantes dans le cyberspace en termes de politique de sécurité ».

Article 29 alinéa 1

Sur le plan légistique, le choix de remplacer la lettre d existante par une nouvelle teneur, puis de déplacer les lettres d à f en lettres e à g est assez discutable. Ne serait-il pas plus simple de placer la nouvelle exigence en lettre g ? Ceci d'autant plus que le contenu des lettres a, b et d à f dans leur teneur actuelle reste inchangé.

S'agissant de la nouvelle lettre d, la formulation française n'est pas très heureuse. On pourrait déduire de la formulation « par ces dernières » que seules les mesures de contraintes sont visées. Or, tant le texte italien que le texte allemand se réfèrent aux procédures pénales et aux mesures de contraintes. De plus le terme « indications » ne semble pas adéquat. Nous suggérons la rédaction suivante : « les données relatives aux procédures pénales et aux mesures de contraintes ordonnées dans le cadre de ces procédures. »

Article 29 alinéa 2 à 8

Ces alinéas sont intégralement repris et complétés par les articles 29a, 29b et 29c nouveaux. Il convient donc d'abroger les alinéas 2 à 8 de l'article 29.

Article 30 alinéa 3

Il est constaté une différence entre le texte légal proposé et le rapport. Le projet de loi précise que le chef du DDPS informe le chef du DFAE ainsi que le chef du DFJP de sa décision. Alors que le rapport précise « Le chef du DDPS demeure libre de consulter les chefs du DFAE et du DFJP dans les cas d'importance particulière ». Il est nécessaire de faire coïncider le rapport et le texte légal.

Article 33

Il est constaté que le terme « un mois » est remplacé par « 30 jours » à l'alinéa premier au motif que cette formulation est plus précise. Toutefois à l'alinéa 2 figure le terme « six mois » qui reste inchangé. Ne serait-il pas utile de préciser 180 jours au lieu de six mois.

Article 78 et 78a à 78d

L'alinéa 1 est simplement révisé.

L'alinéa 2 du projet correspond mot pour mot à l'alinéa 4 du droit en vigueur.

L'alinéa 3 du projet constitue en réalité une révision de l'alinéa 5 du droit en vigueur.

L'alinéa 4 du projet est nouveau.

L'article 78a du projet reprend les alinéas 6 et 7 de l'article 78 en vigueur.

L'article 78b du projet reprend l'alinéa 2 de l'article 78 en vigueur.

L'article 78d reprend l'alinéa 3 de l'article 78 en vigueur.

Au vu de ce qui précède, il nous semble que, sur le plan légistique et afin d'assurer un suivi des versions, l'article 78 devrait être révisé de la manière suivante :

1 L'autorité de surveillance indépendante surveille les activités de renseignement du SRC, des autorités d'exécution cantonales ainsi que des autres entités et des tiers mandatés par le SRC. Elle contrôle ces activités quant à leur légalité, leur adéquation et leur efficacité.

2 Abrogé

3 Abrogé

4 Sans changement

5 Pour accomplir ses tâches, elle peut accéder à toutes les données des entités soumises à la surveillance ; elle peut également accéder en ligne aux données personnelles sensibles et aux données reposant sur un profilage. Elle ne peut conserver les données dont elle a ainsi eu connaissance que jusqu'à l'aboutissement de la procédure de contrôle. Les accès aux données doivent être consignés dans un journal par le responsable.

6 Abrogé

7 Abrogé

8 Pour accomplir ses tâches, l'autorité de surveillance indépendante peut exiger la participation des fournisseurs de services postaux et de télécommunication ainsi que l'accès à leurs locaux.

Article 79

Le rapport pourrait-il expliquer les raisons de cette abrogation ?

En conclusion, le Conseil d'Etat, tout en souhaitant la prise en compte des observations susmentionnées, est favorable à la révision de la loi fédérale sur le renseignement proposée par la Confédération.

Nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'expression de notre parfaite considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LA PRÉSIDENTE



Christelle Luisier Brodard

LE CHANCELIER



Aurélien Buffat

Copies

- OAE
- Police cantonale vaudoise



2022.03307

P.P. CH-1951
Sion

A-PRIORITY Poste CH SA

Département fédéral de la défense, de la
protection de la population et des sports
Madame Viola Amherd
Conseillère fédérale
Bundesplatz 3
3003 Berne



Notre réf. *60

Votre réf. /

Date **17 AOUT 2022**

Modification de la loi fédérale sur le renseignement (LRens) : ouverture de la procédure de consultation

Madame la Conseillère fédérale,

Le Conseil d'Etat du canton du Valais fait suite à votre correspondance du 18 mai 2022 et vous remercie de l'avoir associée à la consultation précitée.

Nous saluons particulièrement la possibilité, avec cette modification, d'appliquer les mesures de recherche d'informations soumises à autorisation (MRSA) aux activités extrémistes violentes ainsi qu'aux intermédiaires financiers afin de garantir la sécurité de notre pays.

Il convient également de relever l'introduction de bases légales permettant l'infiltration en urgence de systèmes informatiques et l'utilisation d'appareils électroniques de localisations pour les observations.

Enfin, nous soutenons le maintien des restrictions concernant le traitement des données pour l'exercice des droits politiques fondamentaux.

Nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, l'expression de notre considération distinguée.

Au nom du Conseil d'Etat

Le président

Roberto Schmidt



Le chancelier



Philipp Spörri

Copie à M. Christian Varone, Commandant de la Police cantonale
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Regierungsrat, Postfach, 6301 Zug

Nur per E-Mail

Eidgenössisches Departement für
Verteidigung, Bevölkerungsschutz
und Sport VBS
3003 Bern

Zug, 23. August 2022 rv

**Vernehmlassung zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG)
Stellungnahme des Kantons Zug**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 18. Mai 2022 haben Sie die Kantonsregierungen eingeladen, sich bis am 9. September 2022 zur obgenannten Vorlage vernehmen zu lassen. Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und nehmen diese gerne wahr.

I. Allgemeines

Die Änderungen des Nachrichtendienstgesetzes werden grundsätzlich begrüsst, da dadurch ein Angleichen an die praktischen Bedürfnisse stattfindet. Insbesondere die Ausweitung des Auftrags des Nachrichtendienstes auf sicherheitspolitisch bedeutsame Vorgänge im Cyberraum und im Bereich Nonproliferation bedeuten für den Kanton Zug als Wirtschaftskanton zukünftig mehr und besser abgestützte Handlungsmöglichkeiten in den bezeichneten Bereichen. Dabei bietet insbesondere die vorgesehene Ausweitung in Art. 20 Abs. 1 Bst. i NDG mehr Möglichkeiten und Handlungsspielräume für die Lagedarstellung im Bereich der Cyberabwehr, was äusserst begrüssenswert ist.

Im Einzelnen stellen wir folgende Anträge:

II. Anträge

1. **Art. 7 Abs. 1 Bst. f NDG sei wie folgt zu ändern:**
«...bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte auf eine akute Bedrohung seiner Sicherheit über eine Mitarbeiterin oder einen Mitarbeiter mit deren Einwilligung sicherheitsrelevante Auskünfte einholen und ...».
2. **Die grafischen Darstellungen im erläuternden Bericht (S. 17 «Übersicht Datenbearbeitung NDG», S. 19 «Übersicht Eingangsprüfung» und S. 26 «Übersicht Bearbeitung / Qualitätssicherung von Rohdaten» und «Bearbeitung / Qualitätssicherung von Arbeitsdaten») sollten in die NDV (bzw. deren Anhang) aufgenommen werden.**

3. **Es sei ein neuer Art. 44 Abs. 3 NDG aufzunehmen:**
«Als administrative Daten gelten alle Daten, die der NDB gestützt auf das RVOG und die kantonalen Vollzugsbehörden gestützt auf die entsprechende kantonale Gesetzgebung zu administrativen Zwecken bearbeiten, also nicht der Aufgabenerfüllung nach Art. 6 NDG dienen.»
4. **Es sei im NDG zu definieren, was «Produkte» sind.**
5. **Art. 53 Abs. 2 NDG sei wie folgt zu ergänzen:**
«**Bearbeiten die kantonalen Vollzugsbehörden Daten in eigener Zuständigkeit nach kantonalem Recht, so sorgen sie dafür, dass diese Daten keine Hinweise auf das Vorhandensein und den Inhalt von Daten enthalten, die nach diesem Gesetz bearbeitet werden.**»

III. Begründung

Zum Antrag 1

Der erläuternde Bericht führt aus, dass die Abklärungen nach Bst. f, anders als die Massnahmen nach Bst. e, mit Einwilligung der betroffenen Person erfolgen müssen (S. 6 im erläuternden Bericht). Diese Einschränkung ergibt sich indes nicht aus dem Gesetzestext, weshalb diese klarheitshalber explizit im Gesetz zu verankern ist.

Zum Antrag 2

Ohne die grafischen Darstellungen im erläuternden Bericht sind die Bestimmungen in Kapitel 4 NDG wenig verständlich bzw. die Reihenfolge der Prozessschritte ist schlecht erkennbar. Da die Darstellungen im erläuternden Bericht eher «vergessen» bzw. «untergehen» gehen, sollten diese zumindest in die NDV bzw. deren Anhang aufgenommen werden.

Zum Antrag 3

Der Begriff «administrative Daten» wird im NDG im Gegensatz zu den «nachrichtendienstlichen Daten» nicht definiert. Dies ist im Gesetz zu ergänzen und eine Definition als Abgrenzung zu den «nachrichtendienstlichen Daten» aufzunehmen.

Zum Antrag 4

Der Begriff «Produkte» ist unklar. So werden unter dem Begriff in Art. 44 Abs. 2 Bst. b NDG zwar Arbeitsdaten mitumschrieben, gemäss Graphik (S. 19 im erläuternden Bericht) resultieren sie aber aus Arbeitsdaten. Zudem sind die nachrichtendienstlichen «Produkte» Gegenstand der Regelung von Art. 55 Abs. 3 und 4 NDG, welcher den «Zugriff anderer Behörden auf nachrichtendienstliche Daten» regelt. Was unter «Produkten» zu verstehen ist ergibt sich letztlich nur aus den Erläuterungen zu Art. 55 Abs. 3 (S. 24 im erläuternden Bericht: «Lagedarstellungen, Analysen und Berichte, die sich aus Daten nach Artikel 49 Buchstaben a, b, c, g, h und i zusammensetzen»).

Zum Antrag 5

Für das bessere Verständnis ist der bereits in der geltenden Bestimmung (Art. 46 Abs. 2 NDG) enthaltene Zusatz beizubehalten.

IV. Schlussbemerkung

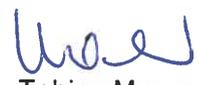
Im Übrigen unterstützen wir grundsätzlich die Vernehmlassungsantwort der Konferenz der kantonalen Polizeikommandantinnen und -kommandanten KKPKS vom 20. Juli 2022, auf welche an dieser Stelle verwiesen wird. In diesem Zusammenhang erlauben wir uns jedoch darauf hinzuweisen, dass beim Verteilschlüssel gemäss Art. 6 NDV Beurteilungsmerkmale berücksichtigt werden sollten, die der nachrichtendienstlich relevanten Situation in den einzelnen Kantonen entsprechend Rechnung tragen.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Anträge.

Zug, 23. August 2022

Freundliche Grüsse
Regierungsrat des Kantons Zug


Martin Pfister
Landammann


Tobias Moser
Landschreiber

Versand per E-Mail an:

- Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (vincianne.grundschober@ndb.admin.ch; je als PDF- und Word-Version)
- Sicherheitsdirektion (info.sd@zg.ch)
- Zuger Polizei (kommandooffice.polizei@zg.ch)
- Datenschutzstelle des Kantons Zug (datenschutz.zug@zg.ch)
- Zuger Mitglieder der Bundesversammlung
- Staatskanzlei (info.staatskanzlei@zg.ch zur Aufschaltung der Vernehmlassungsantwort im Internet)



Eidgenössisches Departement
für Verteidigung, Bevölkerungsschutz
und Sport
Bundeshaus Ost
3003 Bern

24. August 2022 (RRB Nr. 1097/2022)

**Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst
(Vernehmlassung)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG, SR 121) und äussern uns wie folgt:

Mit den vorgeschlagenen Änderungen sind wir grossmehrheitlich einverstanden. Sie tragen den heutigen Herausforderungen im Bereich der inneren Sicherheit angemessen Rechnung. Zu den einzelnen Bestimmungen äussern wir uns wie folgt:

Zu Art. 25 Abs. 1 Bst. a NDG

Die Auskunftspflicht Privater wird neu auch auf natürliche und juristische Personen, die gewerbsmässig einen Beherbergungsbetrieb führen, ausgedehnt. Weiterhin besteht sie aber nur «im Einzelfall». In der Praxis wird dies in der Regel eng ausgelegt. Zur Gewährleistung und zum Schutz der inneren Sicherheit ist aber immer wieder auch eine etwas systematischere Datenbearbeitung über eine längere Zeitspanne hinweg erforderlich. Die Möglichkeit des periodischen Abrufs von Informationen würde einen deutlichen Mehrwert zur Erkennung, Verhinderung oder Abwehr von Bedrohungen bringen. Wir beantragen deshalb, in den Erläuterungen festzuhalten, dass auch diese Art und dieser Umfang der Informationsbeschaffung im Rahmen von Art. 25 Abs. 1 Bst. a NDG möglich sind.

Zu Art. 53 Abs. 4 NDG

Die kurze Aufbewahrungsdauer von fünf Jahren für Daten aus den Vorabklärungen der kantonalen Vollzugsbehörden schmälert die Wirksamkeit der nachrichtendienstlichen Tätigkeit. Es handelt sich vorliegend um Daten, die nicht in einen Bericht an den Nachrichtendienst des Bundes einfließen, beispielsweise weil die Handlungen der betroffenen Person keinen klar ersichtlichen Gewaltbezug aufweisen. So sind aber Daten einer sich radikalisierenden Person etwa aus dem dschihadistischen Umfeld wichtig, auch wenn deren Handlungen noch keinen klaren Gewaltbezug zeigen. Eine solche Radikalisierung

kann sich über Jahre hinziehen. Verstreichen nun die fünf Jahre ohne weitere Hinweise zu dieser Person, weil sie landesabwesend ist oder polizeilich nicht in Erscheinung tritt, müssen alle Erkenntnisse gelöscht werden. Die Frist für die Aufbewahrung dieser Daten sollte aus diesem Grund auf zehn Jahre angesetzt werden.

Zu Art. 57 Abs. 3 NDG

Der gegenseitige Zugriff der kantonalen Vollzugsbehörden auf ihre nachrichtendienstlichen Daten war das wichtigste Anliegen vieler kantonalen Vollzugsorgane (KND) an die vorliegende Gesetzesrevision, und auch die Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren hat dies gefordert. Es kommt immer wieder vor, dass verschiedene KND Abklärungen zur gleichen Person oder Organisation tätigen, ohne voneinander zu wissen. Fehlen bei der Beurteilung von Fällen solche (vorhandenen) Informationen, werden bestehende Bedrohungen möglicherweise nicht erkannt. Zudem handelt es sich bei allen Daten – auch jenen in der Fachapplikation KND – um Bundesdaten. Deshalb kann der Bund über die Zugriffsrechte zwischen den Kantonen entscheiden. Um die Tätigkeit der KND nicht zu behindern, ist die Kann-Bestimmung in eine zwingende Bestimmung umzuwandeln.

Zu Art. 24h des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS, SR 120)

Das Bundesamt für Polizei kann einer Person unter bestimmten Voraussetzungen die Ausreise in ein bestimmtes Land verbieten. Diese Ausreisebeschränkung wird gemäss Art. 24h Abs. 4 BWIS im RIPOL ausgeschrieben und den Grenzbehörden sowie den zuständigen Sicherheitsbehörden im Ausland mitgeteilt. Oft erfolgen solche Ausreisebeschränkungen auf Ersuchen von kantonalen oder kommunalen Behörden, die Hinweise erhalten haben, dass eine Person beispielsweise zur Teilnahme an Kampfhandlungen ausreisen wird. Diese Behörden sollen ebenfalls eine Mitteilung über die angeordnete Ausreisebeschränkung erhalten. Art. 24h Abs. 4 BWIS ist deshalb entsprechend zu ergänzen um «die um die Ausreisebeschränkung ersuchende kantonale oder kommunale Behörde».

Genehmigen Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin,
die Versicherung unserer ausgezeichneten Hochachtung.

Im Namen des Regierungsrates

Der Präsident:

Die Staatschreiberin:

Ernst Stocker

Dr. Kathrin Arioli



FDP.Die Liberalen, Postfach, 3001 Bern

Frau Vincianne Grundschober
Nachrichtendienst des Bundes
Papiermühlestrasse 20
3014 Bern

Bern, 15. August 2022 / JG

Änderung des Nachrichtendienstgesetzes Vernehmlassungsantwort der FDP.Die Liberalen

Sehr geehrte Damen und Herren

Für Ihre Einladung zur Vernehmlassung oben genannter Vorlage danken wir Ihnen. Gerne geben wir Ihnen im Folgenden von unserer Position Kenntnis.

Die Welt befindet sich im Wandel: Kriege, Konflikte und Unsicherheiten im Allgemeinen nehmen zu. Der Trend zur Unsicherheit hat auch die Schweiz erfasst: Von den Folgen des russischen Angriffskrieges auf die Ukraine über einen Anstieg des gewaltbereiten Extremismus bis hin zur latenten Gefahr von terroristischen Anschlägen. Es ist unabdingbar, dass der Nachrichtendienst als erste Verteidigungslinie der Schweiz und antizipatives Instrument des Bundes und der Kantone mit der nötigen rechtlichen Grundlage ausgestattet wird, um seine Aufgaben effektiv wahrnehmen zu können. Dementsprechend unterstützt FDP.Die Liberalen den vorgelegten Entwurf.

Übersicht

Der vorlegte Entwurf enthält ein neues Konzept betreffend der nachrichtendienstlichen Datenhaltung. Diese Neuerung wird durch das Inkrafttreten des revidierten Datenschutzgesetzes (revDSG) sowie neuen technologischen Entwicklungen im Umgang mit Daten notwendig. Des Weiteren werden zusätzliche Massnahmen zur Früherkennung und Verhinderung von Gewaltextremismus, eine genehmigungspflichtige Massnahme zur Aufklärung der Finanzierung von schweren Bedrohungen der Sicherheit der Schweiz sowie Anpassungen formeller Natur zur Implementierung vorgeschlagen.

Gewaltextremismus

Die Gewaltbereitschaft bei links- und rechtsextremen, aber auch monothematischen Gruppierungen nimmt ständig zu und kann auch terroristische Ausmasse annehmen (bspw. Halle in Deutschland). Momentan ist es dem Nachrichtendienst nicht erlaubt, genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Bereich des Gewaltextremismus zur Informationsgewinnung einzusetzen. Aufgrund dieser Gesetzeslücke kann der NDB seiner Aufgabe der präventiven Gefahrenabwehr nicht nachkommen und die Möglichkeit besteht, dass die Schweiz zu einem Rückzugsort für besagte Gruppen verkommt und der Schutz der Bevölkerung nicht optimal gewährleistet werden kann. Die FDP ist erfreut, dass das Problem erkannt wurde und die Beschränkung der Anwendung von genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen (Art. 27) im Bereich Gewaltextremismus aufgehoben wird.

Genehmigungsverfahren

Der NDB ist in seiner operativen Arbeit immer wieder mit Situationen konfrontiert, in welchen schnelle Entscheide gefällt werden müssen. Die FDP unterstützt den dargelegten Genehmigungsprozess betreffend die Beantragung einer Beschaffungsmassnahme (Art. 29) sowie dessen zugrundeliegenden Entscheidungsprozess (Art. 29a) und begrüsst insbesondere, dass bei der Umsetzung der genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen neuerdings eine Dringlichkeitsregelung (Art. 37, Abs. 3-6) Einzug gefunden hat, die den Gegebenheiten der nachrichtendienstlichen Arbeit Rechnung trägt.

Daten

Kernstück der Vorlage ist die Beschaffung, der Umgang sowie die Aufbewahrung von Daten (ab Art. 44). In einem demokratischen Rechtsstaat erfolgt beim Umgang mit Daten im nachrichtendienstlichen Umfeld eine Abwägung zwischen Freiheit und Sicherheit. Es ist die Ansicht der FDP, dass die Brücke zwischen den beiden wertvollen Gütern im vorlegten Entwurf zufriedenstellend geschlagen wurde.

Organisierte Kriminalität

In der Schweiz befindet sich die organisierte Kriminalität seit Jahren auf dem Vormarsch. Aus Sicht der FDP ist es enttäuschend, dass bei der Änderung der NDG nicht die Möglichkeit ergriffen wurde, dem Nachrichtendienst im Bereich der organisierten Kriminalität mehr Handlungsspielräume zu gewähren. Hier muss dringend nachgebessert werden, denn die Infiltration der Gesellschaft und der Institutionen durch kriminelle Strukturen ist ein Risiko für den Rechtsstaat, dem klar zu entgegnen gilt.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und für die Berücksichtigung unserer Überlegungen.

Freundliche Grüsse
FDP.Die Liberalen
Der Präsident



Thierry Burkart
Ständerat

Der Generalsekretär



Jon Fanzun

Grünliberale Partei Schweiz
Monbijoustrasse 30, 3011 Bern

Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS
3003 Bern

Per E-Mail an: vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

8. September 2022

Ihr Kontakt: Noëmi Emmenegger, Geschäftsführerin der Bundeshausfraktion, Tel. +41 31 311 33 03, E-Mail:
schweiz@grunliberale.ch

Stellungnahme der Grünliberalen zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Vorlagen und den erläuternden Bericht zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG) und nehmen dazu wie folgt Stellung:

1. Allgemeine Beurteilung der Vorlage

Die Grünliberalen betrachten die nachrichtendienstliche Arbeit und eine zweck- und verhältnismässige Überwachung als notwendig, befürchten allerdings aufgrund der vorgeschlagenen Verschärfung einen unverhältnismässigen Eingriff in die Grundrechte und Privatsphäre der Schweizer Bürgerinnen und Bürger. Als zusätzlich beunruhigend erachten wir das Zusammenspiel der vorliegenden NDG-Revision mit der erst kürzlich erfolgten Revision der Verordnungen des Bundesgesetzes über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehr (BÜPF), wodurch auch die Befugnisse des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB) erweitert werden sollen. In der Praxis sollten Daten, die zu Verwaltungszwecken (wie bei jeder staatlichen Stelle) erhoben werden, klar von nachrichtendienstlichen Daten getrennt werden. Die Verfahren zur Verwaltung und Archivierung der Daten müssen klar definiert und angewandt werden. Das verwendete Informationssystem sollte diese strikte Verwaltung unterstützen.

2. Stellungnahme zu einzelnen Elementen der Vorlage

Sammeln und bearbeiten von Daten (Art. 5)

Wir beobachten besorgt, dass der NDB wiederholt unverhältnismässig viele Daten erhebt. Aus diesen Gründen erachten wir es als zwingend, dass alle Daten bei Eingang geprüft werden. Auch Daten aus öffentlichen Quellen sind bei Eingang auf Personendaten zu kontrollieren und nicht erst vor Gebrauch. Dies verhindert das Anlegen von grossen unkontrollierten Datenmengen und ermöglicht bei Auskunftsbegehren erst eine vollständige Auskunft. Die Umkehr der Datenbearbeitungsschranke lehnt die GLP ab.

Fehlende Definition von Begriffen (Art. 19 Abs. 2 lit. f und Art. 6 Abs. 1 lit. b E-NDG)

Neu sollten im Rahmen der vorliegenden Revision die Begriffe «sicherheitspolitisch bedeutsame Vorgänge im Cyberraum» als Teil der konkreten Bedrohungen der inneren oder äusseren Sicherheit eingeführt werden. Damit wird der Nachrichtendienst ermächtigt, Daten über «sicherheitspolitisch bedeutsame Vorgänge» im gesamten Cyberraum zu bearbeiten. Es wird jedoch weder eine klare Definition noch eine explizite Begrenzung des Umfangs dieser Begriffe festgelegt. In der vorliegenden Fassung würde dem Nachrichtendienst unbeschränkter Zugriff auf Personen, Dienstleister und Daten gewährt, welche den verfassungsmässigen Anforderungen der Zweck- und Verhältnismässigkeit zuwiderlaufen. Eine Definition dieser Begriffe ist deshalb unerlässlich.

Auskunftsbegehren (Art. 63a)

Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK-konform. Mit der vorliegenden Revision will der Bundesrat die Beschwerdemöglichkeiten für gewisse Auskünfte und Mitteilungen gänzlich einschränken. Der Bundesrat räumt im erläuternden Bericht sogar selbst ein, dass der

Verzicht auf ein ordentliches Rechtsmittel nicht verfassungs- und völkerrechtskonform sein könnte. Bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts muss das Ergreifen eines *ordentlichen* Rechtsmittels ermöglicht werden. Ein Weiterzug des Entscheides (an die Aufsichtsbehörde oder an das Bundesverwaltungsgericht) muss möglich sein. Die Fristen für die Bearbeitung der Auskunftsbegehren müssen im Gesetz festgelegt werden.

Ausschluss von Personen mit Berufsgeheimnis

Die Berufsgruppen nach den Artikeln 171–173 StPO dürfen bislang nicht vom Nachrichtendienst abgehört, beobachtet oder sonst wie überwacht werden. Dies ist im gegenwärtigen Art. 27 Abs. 2 NDG geregelt: «Die Massnahme darf nicht angeordnet werden, wenn die Drittperson einer der in den Artikeln 171–173 StPO13 genannten Berufsgruppen angehört.» Eine Abschaffung dieser Garantie ist einem Rechtsstaat unwürdig und unhaltbar. Art. 28 E-NDG muss deshalb zwingend ergänzt werden mit einem gleichlautenden Abs. 2 analog zum gegenwärtigen Art. 27 Abs. 2 NDG.

Erweiterung der genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

Die glp Schweiz begrüsst die Erweiterung der genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen zur Aufklärung von schweren Bedrohungen, die von gewalttätig extremistischen Aktivitäten ausgehen. Diese gewalttätig extremistischen Aktivitäten sind jedoch im Gesetz eng und genau zu definieren, da diese Aktivitäten näher an politisch-ideologischen Bewegungen angesiedelt sind, was besondere Zurückhaltung erfordert. Die schweren Bedrohungen sind genau zu definieren und z.B. auf Bedrohungen an Leib und Leben zu beschränken. Reine Sachbeschädigungen sind im Strafrecht geregelt und bedürfen keine präventiven Massnahmen. Sodann ist der Begriff des gewalttätigen Extremismus nicht präzise definiert. Das Gesetz bedingt eine genauere Definition, um, zum Beispiel, die Grenze zwischen politischem und gewalttätigem Extremismus zu verdeutlichen.

Ausweitung des Ausreiseverbots des BWIS für Demonstrationen und Kundgebungen (Art. 24h nBWIS)

Die Ausreisebeschränkungen sind ein massiver Eingriff in die persönlichen Freiheiten. Ausreisebeschränkungen müssen immer als genehmigungspflichtige Massnahme gelten und die Ausnahme eines rein polizeilichen Nachweises ist abzulehnen.

Zusammenlegung der zwei unabhängigen Aufsichtsinstanzen

Die glp Schweiz unterstützt dieses Vorhaben.

Abklärungen über finanzielle Transaktionen

Die glp Schweiz unterstützt dieses Vorhaben. Doch auch diese Massnahme muss der Genehmigungspflicht unterliegen.

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit zur Stellungnahme und die Prüfung unserer Anmerkungen. Bei Fragen stehen Ihnen die Unterzeichnenden sowie unsere zuständigen Fraktionsmitglieder, Nationalrätin Melanie Mettler und Nationalrat François Pointet, gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüssen



Jürg Grossen
Parteipräsident



Noëmi Emmenegger
Geschäftsführerin der Bundeshausfraktion



GRÜNE Schweiz

Waisenhausplatz 21
3011 Bern

rahel.estermann@gruene.ch
031 326 66 15

Eidgenössisches Departement für Ver-
teidigung, Bevölkerungsschutz und
Sport VBS
Frau Bundesrätin Viola Amherd
3003 Bern

per E-Mail an:

vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Bern, 8. September 2022

Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG): Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben die GRÜNEN eingeladen, sich zum Entwurf für die Änderungen des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG) zu äussern. Wir danken Ihnen dafür und nehmen gerne Stellung.

Die vorliegenden Änderungsvorschläge bauen die Überwachung der Gesellschaft durch den Nachrichtendienst (NDB) aus, was wir GRÜNE ablehnen. Die invasivsten Überwachungsmethoden (sogenannte «GEBM») sollen neu auch gegen Personen angewendet werden dürfen, welche der NDB des gewalttätigen Extremismus verdächtigt. Bereits in der heutigen Praxis zieht der NDB den Kreis von Verdächtigen viel zu weit: Er überwacht die politischen Tätigkeiten der Zivilgesellschaft wie auch der GRÜNEN selbst, wie im Frühsommer 2022 (einmal mehr) bekannt wurde. Zudem lehnen die GRÜNEN ab, dass der Bund das Verbot, politische Tätigkeiten aufzuzeichnen, mit Ausnahmebestimmungen aufweichen will. Die GRÜNEN unterstützen keine Revision des Nachrichtendienstgesetzes, solange der NDB sich in der Datensammlung und -bearbeitung nicht an die heutigen gesetzlichen Regeln hält.

allgemeine Anmerkungen

Die GRÜNEN sind die Partei der Grund- und Menschenrechte. Dazu gehört die Möglichkeit, sich politisch zu betätigen und die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit auszuüben – und das, ohne überwacht zu werden. Entsprechend hat es uns enttäuscht, dass wir im Frühsommer 2022 feststellen mussten, dass der Nachrichtendienst heute immer noch die Aktivitäten der GRÜNEN und ihrer Exponent*innen überwacht und aufzeichnet. Der Nachrichtendienst hält sich offensichtlich nicht an den Rechtsstaat und die von ihm vorgegebenen Regeln, politische Aktivitäten nicht zu überwachen (insbesondere NDG Art. 5 Abs. 5). Immer wieder wurden in der Vergangenheit Änderungen der Praxis versprochen – auch im Sommer 2022 –, aber die Kultur des Nachrichtendienstes blieb stets die gleiche. Lieber überwacht er die schweizerische Zivilgesellschaft bis hin zu einer grossen nationalen Partei, weil

er sie auf nicht nachvollziehbare Weise in einen Kontext des gewalttätigen Extremismus stellt, anstatt sich den wirklichen Gefahren für die Schweiz in einer zunehmend unsicheren Welt zuzuwenden.

Bereits die bisher bekannten Überwachungspraktiken können zu einem «chilling effect» führen: Menschen fühlen sich vor politischem und zivilgesellschaftlichem Engagement in Organisationen, die überhaupt nichts mit Gewalttätigkeit, Extremismus oder Terrorismus zu tun haben, abgeschreckt – weil sie befürchten, trotzdem auf dem Radar eines Nachrichtendienstes zu landen, der seine Zäune (ungerechtfertigterweise) derart weit zieht. Dies ist eine äusserst bedenkliche Entwicklung für eine freie, demokratische Gesellschaft.

Mit den vorliegenden Änderungsvorschlägen wird diese Tendenz weiter verstärkt, weil nun auch bei «gewalttätigem Extremismus» (und allem, was der NDB darunter kategorisiert) äusserst invasive Überwachungsmethoden erlaubt sind. Dieser Ausbau der Überwachung ist per se eine massive Einschränkung der Grundrechte. Er ist aber besonders bedenklich im Kontext der bekannten und vorher genannten Überwachungspraktiken des NDB sowie den Missständen in der Datenhaltung, welche im Sommer 2022 (einmal mehr) bekannt wurden.

Den Ausbau der Überwachung durch die vorliegenden Vorschläge lehnen die GRÜNEN ab. Neben den grundsätzlichen Vorbehalten ist es aus unserer Sicht zentral, erst dann überhaupt wieder über die weitere Ausgestaltung der Kompetenzen des NDB nachzudenken, wenn erwiesen ist, dass sich die Datensammlung und das Datenmanagement auch tatsächlich an die vom Gesetzgeber aufgestellten Regeln hält.

Im Folgenden streichen wir die wichtigsten Punkte unserer Kritik heraus. Darüber hinaus verweisen wir auf die umfangreiche Stellungnahme der NGO-Koalition rund um humanrights.ch und Amnesty International Schweiz, deren Kritik wir unterstützen.

wichtige Punkte im Einzelnen:

Art. 5 Abs. 5 – Datenbearbeitungsschranke für «Personendaten» statt «Informationen»

Neu soll im Absatz, welcher die Überwachung von politischen Tätigkeiten in der Schweiz verhindert, nur das Erfassen von «Personendaten» nicht mehr erlaubt sein (anstelle von «Informationen»). Dies öffnet die Tür für das Sammeln von Daten, von welchen der NDB vorgibt, es seien nicht Personendaten; es handelt sich aber trotzdem um eine Überwachung von politischen Tätigkeiten. Die GRÜNEN lehnen diese Änderung ab.

Art. 5 Abs. 6/8 Ausnahmen von der Datenbearbeitungsschranke

Die «Datenbearbeitungsschranke» - das Verbot, politische Tätigkeiten aufzuzeichnen – soll neu durch die Absätze 6 und 8 aufgeweicht werden. Dabei handelt es sich um eine bedenkliche Umkehr der Logik: Neu sollen **zuerst** massenhaft Daten gesammelt werden, um sie **danach** zu prüfen, ob sie unter die Ausnahmebestimmungen (Abs. 6 oder 8) fallen.

Damit wäre es dem Nachrichtendienst zukünftig möglich, Informationen zu zahlreichen politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese keiner Person aktiv zuordnet. Besonders problematisch ist dabei, dass die Prüfung für Daten aus öffentlich zugänglichen Quellen und genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erst erfolgt, wenn diese bereits als Personendaten in die Datenbank gelangt sind. Damit dürfen jegliche öffentliche Aufrufe zu Kundgebungen, politischen Veranstaltungen und

Versammlungen als «Rohdaten» fichiert werden. Der Entwurf und der erläuternde Bericht schweigen sich darüber aus, wie lange diese Prüfung dauern soll beziehungsweise wie lange diese Personendaten als Rohdaten aufbewahrt werden und verwendet werden dürfen. Solche Fristen gehören aber zwingend ins Gesetz.

Wir GRÜNE lehnen diese Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke durch die neuen Abs. 6 und 8 ab.

Art. 27 – genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

Bei den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen handelt es sich um äusserst invasive Methoden der Überwachung von Personen, das heisst um einen schweren Grundrechtseingriff. Der Gesetzesvorschlag will die GEBM neu auch für Personen erlauben, die der NDB der gewalttätig-extremistischen Tätigkeiten verdächtig. Die GRÜNEN lehnen diese Ausdehnung ab, da (1) weiterhin gilt, was bei der Erarbeitung des NDG festgehalten wurde: Es kann zu einer Nähe oder Überschneidung mit politischen Bewegungen kommen, weshalb eine besondere Zurückhaltung angebracht ist. Zudem (2) zeigen die im Frühsommer 2022 veröffentlichten Recherchen über die Datensammlungen des NDB, dass dieser eine äusserst weit gefasste Definition von gewalttätig-extremistisch verwendet. Es existiert keine klare Definition, wo gewalttätiger Extremismus beginnt. Damit besteht die Gefahr, dass die GEBM auch gegen Organisationen und ihre Mitglieder angewendet werden, von welchen überhaupt keine Gefahr ausgeht.

Art. 28 Abs. 2 (gestrichen) – ausgenommene Berufsgruppen

Neu sollen die GEBM auch gegen bisher von besonderen Geheimhaltungspflichten betroffene Berufsgruppen verhängt werden dürfen (Streichung Art. 27 Abs. 2). Für uns GRÜNE muss dieser Artikel erhalten bleiben, weil sonst die Grundrechte vieler weiterer Personen (Patient*innen, Klient*innen, Quellen von Journalist*innen, etc.) grundlos eingeschränkt werden.

Art 58b – Qualitätssicherung der Daten

Bisher hat die Qualitätssicherung der Daten des NDB noch nie funktioniert: Diverse Mängel, insbesondere ungerechtfertigt gesammelte Daten und nicht gelöschte Daten – wurden periodisch festgestellt. Entsprechende Rügen und Anweisungen von Aufsichtsbehörden blieben ohne Folgen. Wir begrüssen daher, wenn der NDB die Qualität seiner Daten besser sichern will. Wir GRÜNE regen an, insbesondere die Überprüf- und Lösch-Fristen klar im Gesetz festzuschreiben.

Art. 63a, insbesondere Abs. 1, 2, 8 – Auskunftsrecht

Die GRÜNEN lehnen die geplanten Einschränkungen im Auskunftsrecht ab. Das Auskunftsrecht ist ein sehr zentrales Recht, um sich gegen Überwachung wehren zu können. Insbesondere gegenüber einer Behörde wie dem Nachrichtendienst, die sehr invasive Methoden anwenden darf, ist ein gut ausgebautes, EMRK-kompatibles Auskunftsrecht unabdingbar.

Gesichtserkennung und biometrische Daten

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten (AB-ND) hat im März 2022 in ihrem Tätigkeitsbericht festgehalten, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Gemäss AB-ND passiert dies, obwohl bisher keine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Wir GRÜNE verlangen, dass dafür eine gesetzliche Grundlage zu erarbeiten ist – diese fehlt bisher in den vorgeschlagenen Änderungen für das NDG. Es handelt sich bei der Verwendung von Gesichtserkennung (und daraus folgend der Bearbeitung von biometrischen Daten) immer um einen schweren Grundrechtseingriff, welchem mit klaren Regeln für eine eng eingegrenzte Anwendung begegnet werden muss.

Wir danken Ihnen, Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, für die Berücksichtigung unserer Kritikpunkte an den vernehmlasssten Änderungsvorschlägen.

Freundliche Grüsse



Balthasar Glättli
Präsident



Rahel Estermann
stv. Generalsekretärin, Leiterin Politik

Per Mail: vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Bern, 7. September 2022

Vernehmlassung: Änderung des Nachrichtendienstgesetzes

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben uns eingeladen, zur obengenannten Vernehmlassungsvorlage Stellung zu nehmen. Für diese Gelegenheit zur Meinungsäusserung danken wir Ihnen bestens.

Allgemeine Bemerkungen

Die Mitte hält an ihrer Position fest, dass der Staat griffige Instrumente benötigt, um seine Kernaufgabe des Schutzes der Bevölkerung wahrnehmen zu können. Die Mitte begrüsst, dass neu auch die Analyse von Finanzflüssen bei schweren Bedrohungen für die Sicherheit der Schweiz in das Instrumentarium des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB) aufgenommen wird. Ebenso begrüssen wir, dass den Vorschlägen bezüglich Datenspeicherung und -bearbeitung der GPDel von 2019 Rechnung getragen wird.

Allgemein soll der Grundsatz eingehalten werden, dass die Kompetenz des Nachrichtendienstes nicht über die Kompetenz der Strafverfolgungsbehörde hinaus geht und die Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger zwar so weit wie nötig, aber nur so wenig wie möglich tangiert wird.

Ausweitung der Beschaffungsmassnahmen

Die Mitte hat schon bei der Vernehmlassung zum Nachrichtendienstgesetz 2013 darauf hingewiesen, dass der Einsatz genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen auch auf Fälle von Gewaltextremismus möglich sein muss. Die Mitte begrüsst daher ausdrücklich, dass nach diversen parlamentarischen Vorstössen (z.B. [Po. 17.3831](#) Glanzmann-Hunkeler: Griffige Instrumentarien gegen Gewaltextremisten) der Einsatz der Beschaffungsmassnahmen auf Gewaltextremismus ausgeweitet wird. Diese Erweiterung stellen unbestritten einen Eingriff in die Grundrechte dar. Die Mitte unterstützt deshalb, dass diese Massnahmen weiterhin einer doppelten Bewilligungspflicht durch das Bundesverwaltungsgericht sowie den oder die Departementsvorstehende des VBS unterstellt sind und strengen Datenschutzvorgaben unterliegen.

Wir danken Ihnen für die Möglichkeit zur Stellungnahme und verbleiben mit freundlichen Grüssen.

Die Mitte

Sig. Gerhard Pfister
Präsident Die Mitte Schweiz

Sig. Gianna Luzio
Generalsekretärin Die Mitte Schweiz



Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Per Email an:
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Bern, 8. September 2022

**Sozialdemokratische
Partei der Schweiz**

Zentralsekretariat
Theaterplatz 4
3011 Berne

Tel. 031 329 69 69

Fax 031 329 69 70

SP-Stellungnahme zur Revision des Nachrichtendienstgesetzes

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Amherd
sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Gelegenheit zur Stellungnahme, die wir gerne nutzen.

1. Zusammenfassung der SP-Stellungnahme

Für die SP ist klar, dass zivile Mittel der Früherkennung polizeilichen oder gar militärischen Mittel der Repression vorzuziehen sind. Da der NDB eine wichtige Rolle bei der Früherkennung von Risiken spielt, ist er unverzichtbar. Gleichzeitig führten die historische Ausrichtung sowie diverse Skandale dazu, dass der Nachrichtendienst in der Schweizer Öffentlichkeit und der Linken mit sehr guten Argumenten bis heute einen denkbar schlechten Ruf hat. Tiefgreifende Reformen des Nachrichtendienstes sind deshalb angezeigt.

Die SP begrüsst, dass die Aufsicht des NDB durch die Fusion der AB-ND (unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten) mit der UKI (unabhängige Kontrollinstanz über die Funk- und Kabelaufklärung) verstärkt werden soll. Die Stärkung der unabhängigen Aufsichtsbehörde geht jedoch zu wenig weit. Auch in anderen Bereichen ist die vorgeschlagene NDG-Revision zu wenig ambitioniert oder geht sogar in die falsche Richtung. Deshalb fordert die SP weitergehende Reformen des NDB und äussert sich kritisch zu einigen der vom Bundesrat vorgeschlagenen Gesetzesänderungen:

- *Die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde (AB-ND) muss weiter gestärkt werden, indem das Selektionsverfahren der Mitarbeitenden vom VBS unabhängiger gestaltet wird.*
- *Die zivil-politische Steuerung des Nachrichtendienstes muss ausgebaut werden: Der NDB muss aus dem VBS entfernt und einem zivilen Departement oder der Bundeskanzlei unterstellt werden. An die Spitze des NDB gehört eine bekannte zivil-politische Persönlichkeit, die kommuniziert, worin ihre Prioritäten bestehen, um darüber eine informierte Diskussion zu ermöglichen.*

- *Systemische Analyse durch unabhängige Aufsichtsbehörde:* Die AB-ND muss der politischen Steuerung und der politischen Prioritätensetzung der beaufsichtigten Nachrichtendienste mehr Gewicht schenken und für eine öffentliche Debatte über diese entscheidende Frage mehr Informationen und Empfehlungen zur Verfügung stellen. Ein entsprechender gesetzlicher Auftrag an die AB-ND ist auszuarbeiten.
- *Gegen den Dammbbruch bei der Datenbeschaffung:* Die vom Bundesrat vorgeschlagene Vorlage würde die Datenbearbeitungsschranke umkehren: zuerst würden Daten gesammelt, dann geprüft. Auch fehlen Normen zur Aufbewahrungsfrist dieser gesammelten «Rohdaten». Gegen diese Änderungen wehrt sich die SP.
- Auf Bundesebene soll eine *einheitliche Polizeigesetzgebung* ausgearbeitet werden, u.a. um die Zuständigkeiten zwischen fedpol und NDB klar zu entflechten.
- *Es braucht eine lückenlose Durchsetzung der Archivierungspflicht.* Zur Wahrung der Interessen des Persönlichkeits- und Datenschutzes sollen die Nachrichtendienste nach der Archivierung keinen Zugriff mehr auf ihre eigenen Akten erhalten, es sei denn, es werde auf hoher politischer Ebene (Vorsteher oder Vorsteherin eines Departements) anders entschieden und dafür auch die politische Verantwortung übernommen.
- *Die Einschränkung des Auskunftsrechts und der gerichtlichen Beschwerdemöglichkeiten ist abzulehnen.*
- Die SP unterstützt die unverzichtbare Rolle des Nachrichtendienstes in der *Spionageabwehr*. Sie fordert, dass der NDB die *Exilkreise in der Schweiz besser vor der Bespitzelung durch die Dienste ihrer Herkunftsländer schützt*.
- Der *Terrorismusbegriff* sollte eng gefasst werden und sich idealerweise auf völkerrechtliche Definitionen sowie deren Anwendung beziehen. Vorbildlich ist die Definition von Terrorismus im Nachrichtendienstgesetz. Hier wird der Begriff „Terrorist/in“ allein auf Personen angewendet, die völkerrechtlich einwandfrei auf der Liste des UNO-Sanktionskomitees als solche aufgelistet sind. Diese enge Definition des Begriffs ist in möglichst allen Bundesgesetzen anzuwenden.
- Das *Impulsprogramm 2018–2023* im Rahmen des „Nationalen Aktionsplans gegen Radikalisierung und gewalttätigen Extremismus“ hat sich bewährt und sollte deshalb *weitergeführt* werden.
- *Der Ausbau von Überwachungsmaßnahmen ist für die SP nur nach weitergehenden Reformen akzeptabel:* Der Bundesrat schlägt vor, dass genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen neu auch bei gewalttätig-extremistischen Aktivitäten angeordnet werden dürfen: Damit die SP diesen vorgeschlagenen Änderungen zustimmen könnte, müsste der NDB zuerst weitergehend reformiert werden, als dies in der Vorlage dargelegt wird. Insbesondere müssten die Unabhängigkeit des AB-ND weiter gestärkt und die zivil-politische Kontrolle über den NDB ausgebaut werden. Denn die Geschichte hat gezeigt, dass nur eine griffige Kontrolle des NDB dazu führen kann, dass dieser seine Kompetenzen – gerade im Bereich der Aufklärung von gewalttätig-extremistischer Aktivitäten – nicht überschreitet.

- Unhaltbar ist die vorgeschlagene *Überwachung von Journalist:innen, Geistlichen, Rechtsanwält:innen und Ärzt:innen.*
- *Finanzintermediäre sollen nur überwacht werden dürfen, wenn die Transparenzvorschriften ausgebaut werden.*
- *Ausreiseverbote für Demonstrationen dürfen nur aufgrund belastbarer Beweise ausgesprochen werden.*

2. Die SP ist von den folgenden Grundsätzen und Zielen nachrichtendienstlicher Tätigkeit überzeugt

Vorsorgen ist besser als heilen: Lieber eine Gefahr frühzeitig erkennen, statt zu warten, bis der Schaden eingetroffen ist. Besser mit zivilen Mitteln Früherkennung und Frühwarnung stärken, statt mit polizeilichen oder gar militärischen Mitteln im Nachhinein repressiv vorgehen zu müssen. Repressive Mittel müssen die *ultima ratio* bleiben.

Prävention geht nicht ohne zivilen Nachrichtendienst: Das Strafrecht greift erst, wenn die Straftat erfolgt ist oder unmittelbar vorbereitet wird. Die SP hat sich stets dagegen gewehrt, dass das Strafrecht allzu weit ins Vorfeld eingreift. Wo noch keine Straftat erfolgt ist, braucht es also andere Mittel als das Strafrecht, um rechtzeitig, d.h. vor dessen Eintreten, ein Risiko zu erkennen, dieses zu verhüten oder zumindest die Wahrscheinlichkeit dessen Eintreffens zu vermindern, indem die richtigen Massnahmen ergriffen werden. Das geht nur mit einem Nachrichtendienst.

Es braucht weitergehende Reformen, damit der Nachrichtendienst und Verfassungsschutz so beschaffen sind, wie es das Gesetz fordert und tatsächlich „zur Sicherung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen der Schweiz und zum Schutz der Freiheitsrechte ihrer Bevölkerung beitragen“ (Zweck-Artikel Nachrichtendienstgesetz, NDG, Art. 2, Abs. 1.)

Aus SP Sicht geht es also darum, dafür zu sorgen, dass der Nachrichtendienst tatsächlich im Dienste der Menschenrechte, der Rechtsstaatlichkeit und des Friedens steht, statt diese – was wir in der Vergangenheit immer wieder erlebt haben – auszuhöhlen.

3. SP fordert weitergehende Reformen des NDB

Bevor die SP einem Ausbau der Kompetenzen des NDB zustimmen kann, braucht es weitergehende Reformen des Nachrichtendienstes. Die vom Bundesrat vorgeschlagen Änderungen gehen in gewissen Bereichen zwar in die richtige Richtung (insbesondere bei der Zusammenlegung von UKI und AB-ND), insgesamt bleibt die Reform jedoch zu wenig ambitioniert. Die folgenden Forderungen und Reformen sind aus Sicht der SP notwendig, damit der Nachrichtendienst seine tatsächliche Aufgabe erfüllen kann: Er soll als Früherkennungssystem einen Beitrag zur Stärkung der Menschenrechte, zum Schutz der Rechtsstaatlichkeit und zur Förderung des Friedens leisten.

a. Weitergehende Stärkung der Unabhängigkeit der unabhängigen Aufsicht über den Nachrichtendienst

Die geplante Fusion zwischen AB-ND und UKI ist sehr zu begrüßen: Da die Aufsichtskompetenzen der AB-ND grundsätzlich auch jene der UKI abdecken, ist es sinnvoll, die Aufsichtstätigkeiten dieser beiden unabhängigen Stellen in einer einzigen Behörde zusammenzuführen, die bereits eine breite Übersicht über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat. Dadurch kann sichergestellt werden, dass die Überprüfung der Funk- und Kabelaufklärung effizient und umfassend erfolgt. Eine weitergehende Stärkung der unabhängigen Aufsicht über den Nachrichtendienst ist jedoch angezeigt.

Wie die SP im Vernehmlassungsverfahren zur Verordnung über die Aufsicht über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten (VAND) angemerkt hat,¹ ist es problematisch, dass die VAND in Artikel 7 vorsieht, dass das VBS dem Bundesrat sämtliche Mitglieder der UKI zur Wahl vorschlägt.² Zudem sieht das NDG in Artikel 76 Abs. 2 vor, dass das VBS dem Bundesrat die Leiterin oder den Leiter der unabhängigen Aufsichtsbehörde zur Wahl vorschlägt. Die Unabhängigkeit der AB-ND ist aber nicht gewährleistet, wenn das VBS dem Bundesrat – wie nun Artikel 7 VAND geregelt – auch noch gleich sämtliche Mitglieder der UKI (zukünftig Teil des AB-ND) zur Wahl vorschlägt. Eine Aufsichtsbehörde, deren Mitglieder vom VBS zur Wahl vorgeschlagen werden, ist gegenüber dem VBS nicht unabhängig. Deshalb fordert die SP:

SP-Reformvorschlag

Die Unabhängigkeit der AB-ND muss weiter gestärkt werden. Dies kann insbesondere durch eine Verbesserung des Selektionsverfahrens der Leiterin/des Leiters sowie der Mitglieder der AB-ND erfolgen. Deshalb ist Art. 76 Abs. 2 NDG anzupassen.

SP-Antrag

Art. 76 Abs. 2 NDG

Er [der Bundesrat] wählt die Leiterin oder den Leiter der unabhängigen Aufsichtsbehörde ~~auf Antrag des VBS~~ für eine Amtsdauer von sechs Jahren.

SP-Antrag

Die Mitglieder der UKI (zukünftig Teil der AB-ND) werden nicht auf Antrag des VBS vom Bundesrat gewählt. Stattdessen ist ein vom VBS unabhängiges Selektionsverfahren vorzusehen.

¹ https://www.sp-ps.ch/sites/default/files/documents/17-332_vand_aufsicht-ueber-nachrichtendienst_sp.pdf

² https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2017/497/de#art_7

b. Zivil-politische Steuerung des Nachrichtendienstes

Die politische Steuerung des Nachrichtendienstes ist bis heute ungenügend. Die politische Ebene ist viel zu wenig involviert und nimmt ihre steuernde und lenkende Aufgabe kaum wahr. Sinnbildlich zeigte sich dies im Bericht der GPDel vom 2. November 2020:

„Der Direktor des neuen Dienstes (Markus Seiler) wurde in seinem ersten Amtsjahr (2010) über die Existenz von ‘schwachen’ Geräten der Crypto AG informiert und zumindest ansatzweise auf die Bezüge zwischen der Crypto AG und den amerikanischen Diensten hingewiesen. In seinem letzten Amtsjahr (2017) wurde ihm auch aufgezeigt, was den Schweizer Nachrichtendienst zur Nutzung dieser ‘schwachen’ Verschlüsselungsverfahren befähigte. Gleichzeitig wurden ihm der Handlungsbedarf für den NDB erläutert und mögliche Handlungsoptionen aufgezeigt. Der Direktor des NDB sah sich jedoch nicht in der Verantwortung und verweigerte die Entgegennahme einer entsprechenden Informationsnotiz.“³

Es geht an dieser Stelle nicht um die Crypto-Affäre, sondern um das dahinterstehende Muster: Die grosse Aversion der politisch Verantwortlichen, tatsächlich politische Verantwortung über den Nachrichtendienst zu übernehmen. Sie hoffen, auf diese Weise im Falle von Pannen die Verantwortung auf die nächst untere Stufe abschieben zu können. Eine Stärkung der politischen Steuerung ist der Schlüssel dafür, dass die Prioritäten richtig gesetzt werden und das Ziel – ein Nachrichtendienst und ein Verfassungsschutz im Dienste der Menschenrechte, der Rechtsstaatlichkeit und des Friedens – tatsächlich erreicht werden kann. Wir schreiten von Skandal zu Skandal, so lange der NDB nicht sehr eng zivil-politisch gesteuert wird. Ein Nachrichtendienst ist eine hoch politische Angelegenheit, weil er einen äusserst grossen Ermessensspielraum hat zu definieren, was eine Gefahr sei und was nicht. Deshalb fordert die SP:

SP-Reformvorschlag

An die Spitze des Nachrichtendienstes des Bundes gehört eine bekannte zivil-politische Persönlichkeit, die kommuniziert, worin ihre Prioritäten bestehen, um darüber eine informierte Diskussion zu ermöglichen. Der NDB muss ferner aus dem VBS entfernt und einem zivilen Departement oder der Bundeskanzlei unterstellt werden.

³ Fall Crypto AG. Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 2. November 2020, <https://www.parlament.ch/centers/documents/layouts/15/DocIdRedir.aspx?ID=DOCID-1-10177>, Seite 21.

c. Systemische Analyse durch unabhängige Aufsichtsbehörde

Die Errichtung einer starken unabhängigen Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten war bei der Erarbeitung des NDG eine Kernforderung. Der Nachrichtendienst soll ausreichend griffige Instrumente und einen gewissen Ermessensspielraum haben, um arbeiten zu können. Im Gegenzug sei aber eine ebenso griffige und unabhängige Aufsicht einzurichten.

Die unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten AB-ND nahm 2017 ihre Arbeit auf. 2020 führte der AB-ND insgesamt 17 Prüfungen bei den Nachrichtendiensten durch und erliess 55 Empfehlungen.⁴ In der Medienmitteilung hebt der AB-ND drei Bereiche als besonders „verbesserungswürdig“ hervor:

- Die Berichterstattung an den Bundesrat. Diese war Thema bei mehreren Prüfungen;
- Das Zugriffsmanagement auf die Informationssysteme;
- Die ungleiche Behandlung von Auskunftsgesuchen.

„Überrascht“ zeigte sich der AB-ND über den „Umfang der im NDB Aktendepot gelagerten Dokumente“. Deren Abgabe an das Bundesarchiv sei aber eingeleitet. Durch dass der Nachrichtendienst in seiner Prioritätensetzung nicht vermeiden kann, politische Entscheidungen zu treffen, ist auch die Aufsicht durch die AB-ND entsprechend darauf auszurichten.

SP-Reformvorschlag

Die AB-ND muss der politischen Steuerung und der politischen Prioritätensetzung der beaufsichtigten Nachrichtendienste mehr Gewicht schenken und für eine öffentliche Debatte über diese entscheidende Frage mehr Informationen und Empfehlungen zur Verfügung stellen. Ein entsprechender gesetzlicher Auftrag an die AB-ND ist auszuarbeiten.

d. Gegen den Dambruch bei der Datenbeschaffung

Fünf Jahre nach Inkraftsetzung des NDG und etwas mehr als 30 Jahren nach dem Fichenskandal will der Bundesrat die Überwachungs- und Datenerfassungs-Kompetenzen des NDG massiv ausbauen.

Gemäss geltendem Art. 5 Abs. 5 NDG beschafft und bearbeitet der Nachrichtendienst keine «Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz», eine eigentlich unmissverständliche Vorgabe. Das aktuelle Gesetz sieht eine Ausnahme dieser Datenbearbeitungsschranke vor, wenn «konkrete Anhaltspunkte» vorliegen, dass diese Rechte nur ausgeübt werden, «um

⁴ <https://www.ab-nd.admin.ch/de/jahresbericht-ab-nd.html>

terroristische, verbotene nachrichtendienstliche oder gewalttätig-extremistische Tätigkeiten vorzubereiten oder durchzuführen». Der Bundesrat beteuert im erläuternden Bericht, dass die bisherige nachrichtendienstliche Datenbearbeitungsschranke «unangetastet» bleibe und die Ausnahme bloss «präzisiert» werden soll.⁵ Dies ist mehr als kritisch zu hinterfragen, denn mit der Gesetzesrevision werden Grundprinzipien der Bearbeitungstätigkeit des Nachrichtendienstes umgedreht:

Umkehr der Datenbearbeitungsschranke – zuerst sammeln, dann prüfen:

Gemäss Art. 5 Abs. 6 Bst. a nNDG soll der Nachrichtendienst auch Personendaten über die Ausübung politischer Grundrechte sammeln können, um zu prüfen, ob eine Ausnahme nach Art. 5 Abs. 6 oder 8 nNDG vorliegt. Falls dies nicht der Fall ist, darf der Nachrichtendienst die Daten dennoch bearbeiten, wenn er sie anonymisiert (Art. 5 Abs. 6 Bst. a i.V.m. Art. 46 Abs. 1 nNDG). Damit wäre es dem Nachrichtendienst zukünftig möglich, Informationen zu zahllosen politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese keiner Person aktiv zuordnet. Besonders problematisch ist dabei, dass die Prüfung für Daten aus öffentlich zugänglichen Quellen und genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erst erfolgt, wenn diese bereits als Personendaten in die Datenbank gelangt sind.⁶ Damit dürfen jegliche öffentliche Aufrufe zu Kundgebungen, politischen Veranstaltungen und Versammlungen als «Rohdaten»⁷ fichiert werden. Der Entwurf und der erläuternde Bericht schweigen sich darüber aus, wie lange diese Prüfung dauern soll bzw. wie lange diese Personendaten als Rohdaten aufbewahrt werden und verwendet werden dürfen.

Deshalb fordert die SP:

SP-Antrag

Art. 5 Abs. 6 NDG ist in der heute geltenden Form beizubehalten. Auf die in Art. 5 Abs. 6 Bst. a-e nNDG vorgeschlagenen Änderungen ist zu verzichten.

Alternativ zum direkt obenstehenden Antrag, fordert die SP:

SP-Antrag

Im nNDG ist festzuhalten, wie lange Personendaten als „Rohdaten“ aufbewahrt und verwendet werden dürfen.

⁵ Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst («erläuternder Bericht») vom Mai 2022, S. 3.

⁶ Erläuternder Bericht, S. 19.

⁷ Der NDB unterscheidet neu die nachrichtendienstlichen Daten in seiner Datenbank in Roh- und Arbeitsdaten, wobei erst letztere auf Relevanz und Richtigkeit hin geprüft sind, vgl. Erläuternder Bericht, S. 26.

e. Ausarbeitung einer einheitlichen Polizeigesetzgebung zur besseren Entflechtung der Zuständigkeiten von fedpol und NDB

Auf einen wichtigen Aspekt weist der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) hin: Aufgrund der wachsenden Anzahl an spezialgesetzlichen Erlassen und Normen zur Regelung der Polizeitätigkeit des Bundes werden „die polizeilichen Daten auf unübersichtliche Weise in mehreren Datenbanken und einer wachsenden Zahl von Anwendungen bearbeitet.“ Diese Problematik werde durch das neue PMT weiter verschärft. „Aus diesen Gründen forderte der EDÖB erneut die Ausarbeitung einer einheitlichen Polizeigesetzgebung auf Bundesebene, so wie sie auch auf Kantonsebene existiert. Er erinnerte auch an die Wichtigkeit einer klaren Trennung der Zuständigkeiten zwischen dem Nachrichtendienst des Bundes (NDB) und fedpol.“⁸

SP-Reformvorschlag

Die Forderung des EDÖB muss umgesetzt werden, auf Bundesebene eine einheitliche Polizeigesetzgebung auszuarbeiten und die Zuständigkeiten zwischen fedpol und NDB klar zu entflechten.

**f. Lückenlose Durchsetzung der Archivierungspflicht:
Archivierung als Schlüssel zur Stärkung der Rechtsstaatlichkeit**

Ohne nachträgliche Überprüfbarkeit der Aktivitäten des Nachrichtendienstes ist das Risiko gross, dass dieser eigenmächtig und ausserhalb des rechtsstaatlich und politisch Zulässigen handelt. Umso wichtiger ist es, dass zumindest nach Ablauf einer Schutzfrist die Akten der Geschichtsforschung übergeben werden und der parlamentarischen Obergericht für allfällige Untersuchungen zur Verfügung stehen. Es besteht jedoch ein Spannungsverhältnis zwischen dem Ziel der vollständigen, nachträglichen Überprüfbarkeit und dem Ziel des Persönlichkeits- und Datenschutzes. Der Datenschutz dringt darauf, personenbezogene Akten seien zu vernichten, sofern der Grund für deren Erstellung hinfällig geworden ist. So schreibt Art. 14 Abs. 2 NDG vor, nicht zulässige Aufnahmen umgehend zu löschen. Das kann auch problematisch sein. Aus Sicht der Überprüfbarkeit durch die parlamentarische Obergericht und die Geschichtsschreibung sollten Akten grundsätzlich nicht vernichtet, sondern unter Wahrung des Persönlichkeitsschutzes archiviert werden.

Das Problem besteht darin, dass im normalen Archivierungsprozess die ursprünglich Akten-produzierende Stelle – in diesem Fall der NDB – auch nach der

⁸ EDÖB, 26. Tätigkeitsbericht 2018/19, S. 22,
<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/dokumentation/taetigkeits-berichte/26--taetigkeitsbericht-2018-20190/epaper-tb-26.html>

Archivierung im Bundesarchiv jederzeit volle Einsicht in die eigenen Akten behält. Das war anlässlich der Fichen-Archivierung ausgeschlossen, weshalb teilweise die Forderung nach deren Vernichtung aufkam. So wäre aber auch die ganze Geschichte des Fichenstaates entsorgt worden. Diesen Gefallen durfte man den Urhebern des Fichenskandals nicht machen. Deshalb gab es eine Sonderregelung, dass die ursprünglich Akten-produzierenden Stellen im Falle der Fichen selbst keine Einsicht mehr in die archivierten Akten erhielten. Diese Lösung sollte im Falle nachrichtendienstlicher und verfassungsschützerischer Akten systematisch angewendet werden.

In Art. 68 nNDG muss garantiert werden, dass die Nachrichtendienste nach der Archivierung keinen Zugriff mehr auf ihre eigenen Akten erhalten können. Die SP beantragt deshalb, dass sich dies in Art. 68 nNDG widerspiegelt. Dies erfordert insbesondere eine Anpassung von Art. 68 Abs. 3 NDG.

SP-Reformvorschlag

Aus Sicht der parlamentarischen Oberaufsicht und der Geschichtsschreibung und damit der zumindest nachträglichen Überprüfbarkeit von nachrichtendienstlichem Handeln ist die vollständige Archivierung der Akten zentral.

Die Ablieferung an das Bundesarchiv muss gegenüber heute deutlich beschleunigt und der Aufbau obskurer Zwischenarchive vermieden werden.

Zur Wahrung der Interessen des Persönlichkeits- und Datenschutzes sollen die Nachrichtendienste nach der Archivierung keinen Zugriff mehr auf ihre eigenen Akten erhalten, es sei denn, es werde auf hoher politischer Ebene (Vorsteher oder Vorsteherin eines Departements) anders entschieden und dafür auch die politische Verantwortung übernommen. Art. 68 NDG ist entsprechend anzupassen.

g. Gegen eine Einschränkung des Auskunftsrechts und der gerichtlichen Beschwerdemöglichkeit

Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes wenig einheitlich und intransparent.⁹ Die bisher geltenden verschiedenen Wege über den Nachrichtendienst, den Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDÖB) und das Verwaltungsgericht sowie die verschiedenen Bestimmungen aus dem NDG und dem Bundesgesetz über den Datenschutz machen die Sache nicht einfacher. Anstatt die Auskunftspraxis transparenter zu machen und zu vereinfachen, will der Bundesrat die Beschwerdemöglichkeit für gewisse Auskünfte und Mitteilungen ganz einschränken (Art. 63a Abs. 8 nNDG).

Im erläuternden Bericht hält der Bundesrat lakonisch fest, dass die «Verfassungs-

⁹ Vgl. für die Kritik zur Auskunftspraxis und Empfehlungen, Jahresbericht 2021 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 25. Januar 2022, BBl 2022-513, hier S. 125 ff.

und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁰ Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform, eine weitere Beschneidung dieser knappen Rechte ist daher ein absolutes No-Go.¹¹

SP-Antrag

Art. 63a Abs. 8 nNDG: *Streichung*

h. Gegenspionage und Spionageabwehr: Besserer Schutz von Exilkreisen

Neben Non-Proliferation, Terrorismus und Angriffen auf kritische Infrastrukturen gehört der verbotene Nachrichtendienst zu den vier einzigen Bedrohungslagen des geltenden NDG, bei denen das Verwaltungsgericht invasive und damit bewilligungspflichtige Beschaffungsmassnahmen genehmigen kann.

Klar: Verbotener Nachrichtendienst ist ein strafrechtlich verbotenes Delikt und kann als solcher von der Polizei und den übrigen Justizorganen nach den rechtsstaatlich einwandfrei geregelten Verfahren der Strafprozessordnung geahndet werden. Sie können aber erst aktiv werden, wenn ein begründeter und gerichtlich überprüfbarer Anfangsverdacht vorliegt. Eine blosser Beobachtung im Vorfeld geht allein nachrichtendienstlich. Konkret geht es darum, beispielsweise an Kundgebungen zu beobachten und abzuklären, ob fremde Nachrichtendienste Demonstrationen beschatten, an denen viele Exilkreise teilnehmen. Ausser Beobachten und Weitermelden wird dabei nichts gemacht.

Es stellt sich natürlich die Frage, was mit derart gewonnen Informationen anschliessend passiert? Wann können die Strafverfolgungsorgane auf solche nachrichtendienstlich ermittelten Informationen zurückgreifen? Sind sie in einem strafrechtlichen Verfahren verwertbar? Oder bilden sie die Grundlage, um bestimmte Angehörige des diplomatischen Personals der Türkei, von China oder ähnlichen Staaten zur „Persona non grata“ zu erklären? All diese Fragen können letztlich allein politisch und nachrichtendienstlich beantwortet werden.

SP-Forderung

Die SP unterstützt die unverzichtbare Rolle des Nachrichtendienstes in der Spionageabwehr. Sie fordert, dass der NDB die Exilkreise in der Schweiz besser vor der Bespitzelung durch die Dienste ihrer Herkunftsländer schützt.

¹⁰ Erläuternder Bericht, S. 29.

¹¹ Vgl. etwa EGMR Urteil *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR- Urteil *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

i. Schutz vor Terrorismus: Enge, völkerrechtlich abgestützte Definition

Neben Non-Proliferation, verbotener Nachrichtendienst und Angriffen auf kritische Infrastrukturen gehört der Terrorismus zu den vier einzigen Bedrohungslagen nach geltendem NDG, bei denen das Verwaltungsgericht bewilligungspflichtige invasive Beschaffungsmassnahmen bewilligen kann. Umso wichtiger ist die Frage, wie der Begriff „Terrorismus“ rechtlich definiert wird. Dabei fällt auf, dass verschiedene Bundesgesetze den Begriff „Terrorismus“ unterschiedlich definieren, obschon damit jeweils erhebliche Rechtsfolgen verbunden sind.

Am klarsten ist Terrorismus im NDG definiert. Laut Artikel 74 NDG ist ein Terrorist, wer einer vom UNO-Sicherheitsrat verbotenen Organisation angehört. Die Schweiz setzt sich dafür ein, dass diese Listenversetzung rechtsstaatlichen Anforderungen genügt.¹²

Halbwegs unterstützungswürdig ist die Terrorismusdefinition auch in StGB Artikel 260^{quinquies}, weil dieser die Ambivalenz des Begriffs abbildet. Absatz 3 enthält den berühmten „Juraartikel“: „Die Tat gilt nicht als Finanzierung einer terroristischen Straftat, wenn sie auf die Herstellung oder Wiederherstellung demokratischer und rechtsstaatlicher Verhältnisse oder die Ausübung oder Wahrung von Menschenrechten gerichtet ist.“

Unerträglich schwammig ist die Terrorismusdefinition im Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus (PMT), das den Begriff des terroristischen „Gefährders“ kaum präzisiert und dessen Interpretation weitgehend dem Ermessen der Verwaltung und des Massnahmen-Einzelrichters überlässt. Dort haben Betroffene aber kaum Rechtsmittel zur Verteidigung. Deshalb fordert die SP, dass der Begriff des «Terrorismus» in möglichst allen Bundesgesetzen einheitlich nach dem Vorbild von Art. 74 NDG definiert wird.

SP-Forderung

Der Terrorismusbegriff sollte eng gefasst werden und sich idealerweise auf völkerrechtliche Definitionen sowie deren Anwendung beziehen. Vorbildlich ist die Definition von Terrorismus im Nachrichtendienstgesetz. Hier wird der Begriff „Terrorist/in“ allein auf Personen angewendet, die völkerrechtlich einwandfrei auf der Liste des UNO-Sanktionskomitees als solche aufgelistet sind. Diese enge Definition des Begriffs ist in möglichst allen Bundesgesetzen anzuwenden.

¹² Die Schweiz setzt sich seit vielen Jahren für die Einrichtung einer UNO-Ombudsstelle ein, damit unschuldig gelistete Personen wieder von der Liste entfernen können. Gestützt auf eine Motion [09.3719](#) Dick Marty hat das Parlament diese Politik stets unterstützt. Es überwies diese Motion 2013 und beschloss seither die Nichtabschreibung.

j. Schutz vor gewalttätigem Extremismus: Verlängerung des Nationalen Aktionsplans

Je früher Individuen, Gruppen und Milieus mit gewalttätig-extremistischen oder gar terroristischen Neigungen erkannt und identifiziert werden können, desto grösser sind die Chancen, mit gezielten Massnahmen ein Weiterdrehen der Spirale zu verhindern und zu einer Deeskalation beizutragen. Nachrichtendienstliche Erkenntnisse tragen zur Früherkennung und Frühidentifizierung bei.

Dabei setzt der Staatsschutz auf freiwillige Kooperation. In den letzten Jahren hat sich in Anlehnung an das Konzept des *Community Policing* ein ziemlich offenes, auf direkte Ansprache ausgerichtetes Konzept durchgesetzt. Dabei pflegt und unterhält der Staatsschutz viele Kontakte – beispielsweise zu Moscheen. Das ist deklariert und dem Imam bekannt. Falls eine Person als gefährdet oder gar gefährlich gilt, so spricht sie der kantonale Staatsschutzbeamte an. Diese *Gefährdetenansprache* beruht auf der Kooperationsbereitschaft der betroffenen Person und deren Umfeld und ist in der Mehrheit der Fälle zielführend.

Neben den Nachrichtendiensten spielen in der Früherkennung weitere Stellen eine Rolle. Deren Vernetzung hat sich seit 2018 dank dem „Nationalen Aktionsplan gegen Radikalisierung und gewalttätigen Extremismus“¹³ stark verbessert. Teil des Aktionsplans ist ein „Impulsprogramm“,¹⁴ mit dem der Bund finanziell während fünf Jahren (2018–2023) Projekte und Programme von Kantonen, Gemeinden, Städten und der Zivilgesellschaft zur Verhinderung von Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus unterstützt. Der Bundesrat hiess am 16. Mai 2018 die dafür nötige Verordnung gut. Damit kann sich der Bund mit Finanzhilfen an Massnahmen beteiligen und eigene Massnahmen ergreifen. Diese dienen u.a. der Sensibilisierung, Information, Wissensvermittlung, Beratung, Weiterbildung, Kompetenzentwicklung, Forschung, Vernetzung und Zusammenarbeit.¹⁵

Das Programm läuft Mitte 2023 aus. Pierre-Alain Fridez forderte in einer Interpellation die Evaluation und Verlängerung des Programms.¹⁶ Auf die Frage zu einer allfälligen Verlängerung des Programms antwortete der Bundesrat: «Die Umsetzung und die Wirksamkeit der 26 Massnahmen des Nationalen Aktionsplans zur Verhinderung und Bekämpfung von Radikalisierung und gewalttätigem Extremismus (NAP), darunter das Impulsprogramm, werden vor Ablauf der Umsetzungsfrist des NAP im November 2022 von einem externen Auftragnehmer evaluiert. Der Bundesrat und die Vertretende der beiden anderen politischen Ebene werden anschliessend vom Evaluationsbericht Kenntnis nehmen, dessen Empfehlungen als Reflexionsgrundlage für die künftige Ausrichtung des NAP und

¹³ <https://www.svs.admin.ch/de/themen-/praevention-radikalisierung/praevention-nap.html>

¹⁴ <https://www.svs.admin.ch/de/themen-/praevention-radikalisierung/impulsprogramm.html>

¹⁵ <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2018/335/de>

¹⁶ <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20213305>

eine allfällige Neuauflage eines solchen Finanzierungsprogramms dienen werden.»¹⁷

SP-Forderung

Das Impulsprogramm 2018–2023 im Rahmen des „Nationalen Aktionsplans gegen Radikalisierung und gewalttätigen Extremismus“ hat sich bewährt. Es soll auf breiterer Grundlage fortgesetzt werden: besser dotiert, unter Einbezug aller Kantone und weniger polizeilich orientiert, sondern unter Einbezug der Stellen für Staatsschutz, Gesundheit, Bildung und Integration. Die Rolle des Staatsschutzes betrifft dabei die Früherkennung und Frühidentifikation in direkter Ansprache gefährdeter Personen.

k. Ausbau der Überwachungsmaßnahmen: Nur nach weitergehenden Reformen akzeptabel

Bisher sind «genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen», wie die Überwachung der Post und des Telefons oder das Eindringen in Computersysteme strengen Voraussetzungen unterworfen. Sie können nur bei einer «*konkreten Bedrohung der inneren und äusseren Sicherheit*» durch gewisse Tätigkeit (Art. 27 Abs. 1 i.V.m. Art. 19 Abs. 2 Bst. a - d NDG) angeordnet werden. Neu soll die präventive Überwachung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten erlaubt werden, obwohl der Bundesrat und die eidgenössischen Räte bei der Erarbeitung des Nachrichtendienstgesetzes im Jahre 2009 mehrmals bekräftigten, die neu vorgesehen präventive Überwachung würden nicht in diesem Bereich zur Anwendung kommen; denn Gewalttätiger Extremismus sei «näher an politisch-ideologischen Bewegungen angesiedelt, was besondere Zurückhaltung erfordere».¹⁸

Die SP anerkennt zwar grundsätzlich, dass genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen zur Überwachung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten – korrekt und zurückhalten eingesetzt – dazu beitragen können, solche Aktivitäten frühzeitig zu erkennen und ggf. zu unterbinden. Zudem begrüsst es die SP, dass der NDB diese Mittel in den letzten Jahren zurückhaltend und nur in Fällen von schweren Bedrohungen eingesetzt hat (im Jahr 2017 wurden in 4 Fällen Massnahmen angewendet, 2018 waren es 8 Fälle, 2019 in 5 Fällen und 2020 in 4 Fällen).¹⁹ Den vorgeschlagene Änderungen (in Art. 27 i.V.m. Art. 19 nNDG) steht die SP jedoch kritisch gegenüber. Damit die SP diesen vorgeschlagenen Änderungen zustimmen könnte, müsste der NDB zuerst weitergehend reformiert werden als dies in der Vorlage dargelegt wird. Insbesondere müssten die Unabhängigkeit des AB-ND weiter gestärkt und die zivil-politische Kontrolle über den NDB ausgebaut werden. Denn die Geschichte hat gezeigt, dass nur eine

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Erläuterung zu Gewalttätigem Extremismus des VBS, <https://www.vbs.admin.ch/de/sicherheit/nachrichtenbeschaffung/gewaltextremismus.html>

¹⁹ Erläuternder Bericht, S. 11.

griffige Kontrolle des NDB dazu führen kann, dass dieser seine Kompetenzen – gerade im Bereich der Aufklärung von gewalttätig-extremistischer Aktivitäten – nicht überschreitet. Nur wenn in diesem Bereich weitergehende Reformen umgesetzt werden, kann die SP zustimmen, dass genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten angewandt werden können.

Schliesslich fordert die SP, dass die Definition von «gewalttätig-extremistischen Aktivitäten» geschärft wird. Momentan ist dieser Begriff in Art. 19 Abs. 2 Bst. e definiert: «gewalttätig-extremistischen Aktivitäten im Sinne von Bestrebungen von Organisationen, welche die demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlagen ablehnen und zum Erreichen ihrer Ziele Gewalttaten verüben, fördern oder befürworten.» Diese Definition lässt zu viele Handlungsspielräume offen und sollte präzisiert werden – insbesondere falls genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen auf gewalttätig-extremistische Aktivitäten ausgedehnt werden.

l. Keine Überwachung von Journalist:innen, Geistlichen, Rechtsanwält:innen und Ärzt:innen

Unhaltbar ist die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG: Neu sollen genehmigungspflichtige Massnahmen auch gegenüber Geistlichen, Rechtsanwält:innen, Ärzt:innen und Journalist:innen angeordnet werden dürfen. Erst im Nachhinein soll das Bundesverwaltungsgericht, die vom NDB beschafften Daten aussondern und vernichten. Ein bislang sakrosanktes Berufsgeheimnis (z.B. Arzt- oder Beichtgeheimnis) wird damit ausgehöhlt. Deshalb fordert die SP:

SP-Antrag

Art. 28 Abs. 2 NDG: *nicht streichen* (beim geltenden Recht bleiben)

m. Überwachung von Finanzintermediären: Nur in Kombination mit Transparenzvorschriften

Der NDB hat heute keine Möglichkeiten, Informationen von Finanzintermediären über die Finanzierung von sicherheitsrelevanten Personen oder Gruppierungen zu erhalten. Mit dieser neuen genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme, die die Überwachung der über Banken und ähnliche Institutionen abgewickelten Finanzbeziehungen bestimmter Personen ermöglicht, soll eine Lücke in der Datenbeschaffung geschlossen werden.

Die SP steht dieser vorgeschlagenen Änderung ambivalent gegenüber: Einerseits ist es richtig, dass auch Banken und die Finanzbeziehungen bestimmter Personen überwacht werden können – schliesslich hat die Schweiz als international wichtige Finanzdrehscheibe gerade hier einen Hebel. Andererseits könnte dieser Hebel einseitig benutzt werden: Zur Überwachung von NGOs und kirchlich-religiösen Strukturen. Damit dieser Hebel nicht einseitig benutzt wird, fordert die SP eine öffentlich zugängliche Auflistung der auf Finanzintermediäre bezogenen

genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen: Ohne Rückschlüsse auf Individuen oder einzelne Institutionen zuzulassen, soll ersichtlich werden, welche Art von Institutionen durch diese neue Regelung überwacht wurden.

SP-Forderung

Ohne Rückschlüsse auf Individuen oder einzelne Institutionen zuzulassen, soll öffentlich ersichtlich gemacht werden, welche Art von Institutionen durch diese neue Regelung im entsprechenden Berichtsjahr überwacht wurden.

n. Ausweitung des Ausreiseverbots des BWIS für Demonstrationen und Kundgebungen: Nur aufgrund belastbarer Nachweise

Neu soll eine Ausreisebeschränkung für die Teilnahme an Demonstrationen und Kundgebungen im Ausland eingeführt werden, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt (Art. 24h nBWIS). Wobei «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise» für die Annahme einer Gefährlichkeit ausreichen sollen (Art. 24h nBWIS). Dieser Nachweis kann durch polizeiliche Strafanzeigen, polizeilichen Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen erbracht werden oder sich lediglich auf «glaubwürdige Aussagen» der Polizei oder Privatpersonen sowie aufgrund Meldungen ausländischer Behörden stützen.²⁰ Glaubwürdige Aussagen der Polizei genügen jedoch nicht, um eine Ausreisebeschränkung zu legitimieren. Ein solch starker Eingriff in die Bewegungsfreiheit muss hohen rechtsstaatlichen Ansprüchen gerecht werden, was in Art. 24h Abs. 1 Bst a nBWIS jedoch nicht der Fall ist. Deshalb fordert die SP:

SP-Antrag

Art. 24h nBWIS

Abs. 1 Fedpol kann einer Person die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen, wenn:

- a. sie dafür verurteilt worden ist, ~~oder ausnahmsweise wenn polizeiliche Nachweise vorliegen~~, dass sie sich an einer Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat; und
- b. ...

²⁰ Aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» in Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist die Aufzählung nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH (SR 120.53).



Wir danken Ihnen, geschätzte Damen und Herren, für die Berücksichtigung unserer Anliegen und verbleiben mit freundlichen Grüßen

Sozialdemokratische Partei der Schweiz

Mattea Meyer
Co-Präsidentin

Cédric Wermuth
Co-Präsident

Severin Meier
Politischer Fachsekretär

Bundesrätin Viola Amherd
Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Elektronisch an:
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Bern, 7. September 2022

Änderung des Nachrichtendienstgesetzes

Vernehmlassungsantwort der Schweizerischen Volkspartei (SVP)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir nehmen im Rahmen der rubrizierten Vernehmlassung Stellung zur Vorlage.
Wir äussern uns dazu wie folgt:

Wir begrüßen in weiten Teilen die vorgeschlagene Änderung im Nachrichtendienstgesetz und halten die Änderung mehrheitlich für sinnvoll und angemessen. Die Zuständigkeiten im Cyberraum sind zu klären sowie der Informationsverbund als Ganzes zu stärken.

Nach der Annahme des neuen Nachrichtendienstgesetzes durch das Volk im Jahr 2017, der erfolgten Implementierung und den ersten gesammelten Erfahrungen ist es zu begrüßen, dass Präzisierungen vorgenommen werden. Ein Nachrichtendienst braucht klare und präzise Regeln, damit er einen fest definierten Handlungsrahmen hat und sich stets in einem klaren Rechtsrahmen und Zuständigkeitsgebiet bewegen kann. Die vorgeschlagenen Präzisierungen im Bereich Beschaffung, Datenmanagement, Kompetenzen sowie die Bereinigung von Unklarheiten oder Doppeldeutigkeiten sind wichtig und werden voll und ganz begrüsst.

Handlungsfähigkeit des NDB:

Der Bundesrat muss sich bewusst sein, dass der Nachrichtendienst auch im Verborgenen mit nicht öffentlichen bzw. klassifizierten Quellen arbeitet (closed source intelligence) und teilweise in kürzester Zeit reagieren können muss, um seine Informationen im Interesse des Staatsschutzes beschaffen zu können. Dies bedeutet, dass die Beschaffung jederzeit, kontinuierlich, kurzfristig, zeitnah und rechtzeitig ohne grosse technische oder zeitliche Hürden möglich sein muss. Aktuell wird die rechtzeitige und kurzfristige Handlungsfähigkeit des NDB massiv eingeschränkt. Bsp. Cybervorfall: Bis der Nachrichtendienst nach einem festgestellten Angriff alle Zustimmungen für die Überwachung bestimmter Quellen bis hin zu den drei Bundesräten eingeholt hat und diese dann die Freigabe für die Durchführung geben (Art. 30), ist der Angriff bereits vorüber. Das kann doch nicht in unserem Interesse sein.

Aus diesem Grund bitten wir den Bundesrat nicht nur die Beschaffungsregeln zu präzisieren, sondern auch die Handlungsfähigkeit generell anzupassen.

Bemerkungen zu einzelnen Bestimmungen

Zuständigkeiten im Cyberraum klären (Art. 6 NDG)

Sicherheitspolitisch bedeutende Vorgänge im Cyberraum in den Auftrag des NDB aufzunehmen, ist zeitgemäss und notwendig. Unklar ist hier jedoch wie die genaue Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen dem NDB und dem neu geschaffenen Kommando Cyber aussehen soll (Abs. 1 lit.b).

Ergänzung der meldepflichtigen Behörden notwendig (Art. 20 NDG)

In Absatz 1 sind meldepflichtigen Behörden zu ergänzen, so z.B:

- Sozialdienste,
- Behörden des Kindes- und Erwachsenenschutzes,
- Steuerbehörden,
- Betreibungs- und Konkursämter,
- Kantonale Strassenverkehrs- und Schifffahrtsämter,
- Bundesamt für Strassen (ASTRA),
- Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL).

Sozialdienste und Behörden können durch ihren regelmässigen Kontakt und Befragungen/Datenerhebungen ihrer Klienten Hinweise auf extremistische Gefährdungen feststellen. Aufgrund von Faktoren wie der Schweigepflicht, dem Vertrauensverhältnis oder des Datenschutzes bestehen dort hohe Hürden zur Weitergabe sensibler Daten. Aufgrund dieser Hürden sind hier diese Ausnahmen in Abs. 1 explizit zu definieren.

Medizinische Fachpersonen als Informanten (Art. 25 NDG)

In diesem Artikel sind zusätzlich medizinische Fachpersonen aufzuführen. Häufig sind extremistische Gefährder oder mögliche Gewalttäter in psychiatrischer oder psychologischer Behandlung, bzw. nehmen medizinische Hilfe in Anspruch. Daher ist es notwendig, dass medizinisches Fachpersonal, welches extremistische Tendenzen feststellt, diese auch melden darf und muss.

Zeitgemässe Aufbewahrung von Daten in der Schweiz (Art. 68 NDG)

Dieser Artikel scheint physisch vorhandene Daten (z.B. auf Papier) und digitale Daten in einen Topf zu werfen, was Aufbewahrung und Vernichtung angeht. Die verpflichtende physische Aufbewahrung von Daten ist nicht mehr zeitgemäss und mit einem unverhältnismässigen Mehraufwand verbunden. Es ist zu begrüssen, dass physische Daten, welche bereits existieren, auch in physischer Form aufbewahrt werden müssen.

Die physische Aufbewahrung von digitalen Daten ist jedoch nicht zeitgemäss. Hier fordern wir eine Präzisierung zum Umgang mit digitalen Daten und wie diese gelagert werden müssen. Besonders begrüssen würden wir hier eine Aufbewahrung auf sicheren Servern, welche von einer Schweizer Firma in der Schweiz betrieben werden. Abs. 4 scheint auf digitale Daten und ihre Löschung einzugehen, obwohl das nur aus dem Kontext ersichtlich ist und für den Laien wahrscheinlich nicht verständlich ist. Hier ist die Sprache so anzupassen, dass der Leser genau weiss, wann digitale Daten gelöscht und physische Daten vernichtet werden.

Ebenfalls in Abs. 4 wird erläutert, dass der NDB Daten, welche das Bundesarchiv als nicht archivwürdig beurteilt, sofort zu vernichten hat. Hier ist unklar, ob das auch für Daten gilt, welche weiterhin der Sperrfrist unterliegen. Würde dies auch für diese Daten gelten, so würde dies den Grundsätzen der Schriftgutverwaltung widersprechen, welche vorsieht, dass Daten, die einer Sperrfrist unterliegen, nicht gelöscht werden dürfen. Wir fordern hier eine Präzisierung, dass keine Daten vernichtet werden dürfen, wenn sie noch der Sperrfrist unterliegen. Ausserdem würden wir begrüessen, dass entsperrte, nicht archivwürdige Daten einer angebrachten Löschfrist unterliegen, damit die Daten vor der Löschung auch für die Öffentlichkeit während einer angebrachten Zeitspanne zur Einsicht zur Verfügung stehen.

SCHWEIZERISCHE VOLKSPARTEI

Der Parteipräsident



Marco Chiesa
Ständerat

Der Generalsekretär



Peter Keller
Nationalrat



Conférence des présidents

Case postale, 9023 St-Gall
Téléphone +41 58 465 27 27
Numéro de classement: 024.1

Département fédéral de la défense, de
la protection de la population et des
sports (DDPS)
Madame la Conseillère fédérale
Viola Amherd

Versions PDF et Word par courriel à :

Vincianne.grunschouer@nbd.admin.ch

St-Gall, 9 septembre 2022 / hah

Consultation : Modification de la loi fédérale sur le renseignement (LRens) :

Madame la Conseillère fédérale,
Madame, Monsieur

Par lettre du 18 mai 2022 vous avez invité le Tribunal administratif fédéral (TAF) à prendre position dans le cadre citée. Nous vous en remercions et nous nous déterminons comme suit au sujet des art. 1 à 43 LRens.

I. Résumé

En résumé, nous sommes réservés quant aux dispositions suivantes : art. 14 al. 3 ; art. 27 al. 1 let. a ch. 2 ; art. 28 al. 2 ; art. 29a al. 2 ; art. 30 al. 3 et 4 ; art. 33 al. 3 et 4 LRens.

Nous sommes réservés quant à la teneur des dispositions suivantes : art. 26 al. 1 let. f et g ; art. 29 al. 1 let. c LRens.

Enfin, nous sommes de l'avis que les dispositions suivantes demanderaient à être précisées/adaptées dans le cadre de la révision de la loi : art. 26 al. 1 let. d et e ; art. 29a al. 2 ; art. 39 al. 1 et 3 ; art. 42 al. 3 LRens.

II. Dispositions générales

Article 14 al. 3 (en relation avec l'art. 26 al. 1 let. b in fine)

1. Nous sommes réservés quant à cette nouvelle disposition.

Commentaire :

1.1 L'exemption des appareils de localisation lors d'observations de l'obligation d'autorisation selon les art. 26 ss. LRens n'est pas sans poser problème du point de vue de la protection des

droits fondamentaux. Dans l'arrêt 1C_181/2019 du 29.4.2020, le Tribunal fédéral a également souligné l'importance des garanties procédurales, c'est-à-dire d'une autorisation judiciaire de l'utilisation d'un appareil de surveillance.

1.2 Par ailleurs, l'utilisation d'un appareil de localisation prévue par cette nouvelle disposition ne peut pas toujours être aisément distinguée de celle prévue par les art. 280 let. c CPP et 26 al. 1 let. b LRens actuels, qui constituent ce que le Tribunal fédéral définit comme une atteinte significative à la sphère privée.

III. Section 4 : Mesures de recherche soumises à autorisation (MRSA)

Article 26

Al. 1 let. f et g

2. Nous sommes réservés par rapport à cette nouvelle disposition dans sa teneur proposée. Une réglementation plus précise serait appropriée.

Commentaire :

2.1 Nous comprenons l'objectif poursuivi par la surveillance des relations financières, notamment dans le domaine du financement du terrorisme. Il s'agit d'autoriser la surveillance des relations entre une banque ou un établissement similaire et une personne cible, dont les activités présentent une menace concrète grave pour la sécurité de la Suisse, dans le but d'élucider la réalité de cette menace et de la prévenir.

2.2 Cela étant, contrairement aux autres mesures soumises à autorisation selon l'art. 26 al. 1 LRens, on ne voit pas clairement quels moyens concrets peuvent être utilisés pour atteindre cet objectif. En outre, il est frappant de constater que les nouvelles lettres f et g sont très ouvertes et ne contiennent pas de dispositions comparables à l'art. 285 CPP concernant l'exécution de la surveillance de la relation bancaire. La nouvelle mesure de surveillance financière telle que proposée donne ainsi l'impression d'une autorisation en blanc, ce qui est discutable à la lumière du principe de précision des bases légales¹.

Al. 1 let. d et let. e

3. Ces deux dispositions demeurent inchangées. Cela étant, nous voudrions signaler une difficulté quant à leur interprétation.

3.1 Une précision quant à la portée des art. 26 ch. 1 let. d LRens (infiltration à distance dans des systèmes et des réseaux informatiques) et ch. 1 let. e LRens (fouilles de locaux pour se procurer les objets et les informations qui s'y trouvent) serait nécessaire quant aux MRSA demandées dans le domaine Cyber.

3.2 Il serait approprié de tenir compte de cette nécessité dans le cadre de la révision de la loi.

Article 27 al. 1, let. a

Ch. 1

4. Nous prenons acte que le domaine d'application des MRSA serait étendu à l'extrémisme violent suite à la suppression de la restriction aux let. a à d de l'art. 19 al. 2 LRens.

¹ La base légale doit présenter les garanties de clarté et de transparence exigées par le droit constitutionnel, au titre de la "densité normative" (ATF 139 I 280 consid. 5.1 ; 136 I 1 consid. 5.3.1 ; 123 I 112 consid. 7a ; arrêt du TF 1C_73/2016 du 7.11.2016 consid. 5.1.1).

Ch. 2

5. Nous sommes réservés quant à cette nouvelle disposition.

Pratique du TAF

5.1 Conformément à notre pratique, la sécurité de la Suisse englobe les intérêts internationaux en matière de sécurité (art. 2 let. d LRens), en particulier s'agissant du terrorisme islamiste international (art. 19 al. 2 let. a LRens). Pour autoriser une MRSA dans un cas d'espèce, il est nécessaire qu'il y ait un danger concret, à savoir qu'il y ait des *motifs objectifs fondés sur des indices sérieux* d'une telle *menace concrète* pour la *sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse* (art. 27 al. 1 LRens). Cette jurisprudence fait ainsi déjà le lien entre la sécurité internationale et la sécurité de la Suisse, condition indispensable posée à l'art. 19 al. 2 LRens.

Commentaire

5.2 Le seuil d'intervention actuel fixé à l'art. 27 al. 1 let. a ensemble avec l'art. 19 al. 2 LRens est déjà très large, d'autant plus qu'il comprend non seulement une menace pour des biens juridiques importants, mais aussi une menace pour l'existence et le fonctionnement de l'Etat. En l'étendant à une menace concrète pour des intérêts importants en matière de sécurité internationale (on entend par là notamment la garantie de la coopération des services partenaires), cette notion risque de perdre encore plus de ses contours, ce qui réduirait sa fonction limitative en garantie des libertés individuelles.

5.3 Au surplus, la justification donnée ne reflète pas la pratique du TAF telle que décrite au ch. 5.1 ci-avant. Selon le Rapport explicatif, il s'agirait d'introduire « *la menace grave pour des intérêts internationaux importants en matière de sécurité comme critère supplémentaire pour ordonner en Suisse des MRSA afin que le SRC puisse également mener des enquêtes dans l'intérêt de la sûreté internationale et non seulement en cas de menace immédiate pour la Suisse* ». Or, la problématique de la menace pour la Suisse se situe à autre niveau, à savoir celui de l'existence d'*indices suffisants d'une telle menace grave* (degré de preuve) et ce, qu'il y ait une menace concrète pour la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse.

5.4 Par ailleurs, le fait qu'il n'y ait plus de lien nécessaire entre la sûreté de la Suisse et une menace concrète concernant plusieurs pays ne nous paraît pas appropriée : à notre sens, les conditions du chiffre 2 devraient ainsi être cumulatives et non alternatives.

Article 28

Al. 1

Pratique du TAF

6. L'incertitude liée à l'application de l'art. 28 al. 1 LRens dans sa version actuelle tient à la différence de sa formulation avec l'art. 270 let. b CPP.

6.1 Conformément à l'art. 270 let. b CPP, peuvent faire l'objet d'une surveillance la correspondance par poste et télécommunication d'un tiers, si des faits déterminés laissent présumer: 1. que le prévenu *utilise* l'adresse postale ou le service de télécommunication du tiers ; 2. que le tiers *reçoit* des communications déterminées pour le compte du prévenu ou des communications émanant du prévenu, qu'il est chargé de retransmettre à d'autres personnes. Dans l'ATF 138 IV 232, le Tribunal fédéral a jugé que la surveillance d'un raccordement téléphonique d'une personne non prévenue est admissible au sens de l'art. 270 let. b ch. 1 CPP lorsqu'il existe suffisamment d'indices concrets que le prévenu appelle le tiers en question et que

ces conversations peuvent apporter des précisions sur l'infraction poursuivie ou l'endroit où se trouve le prévenu.

Commentaire

6.2 Nous prenons note de la précision selon laquelle la réception d'appels téléphoniques provenant de la personne cible permet la surveillance de la personne qui les reçoit en tant que tiers.

Al. 2

7. Nous ne comprenons pas la raison pour laquelle cet alinéa est supprimé. La raison donnée concerne une problématique différente, visée à l'art. 28 al. 1 LRens, à savoir celle de la définition de la tierce personne.

Pratique du TAF

7.1 La pratique a montré qu'une personne – *qu'elle soit ou non soumise au secret professionnel* – peut souscrire de nombreux abonnements de téléphonie mobile à titre privé et transférer entièrement leur utilisation à d'autres personnes. Cette personne n'utilise jamais ces raccordements, ce qui signifie qu'elle peut ne pas être considérée comme une tierce personne, le téléphone étant de facto celui de la personne cible.

Commentaire

7.2 La question du secret professionnel invoquée par le Rapport explicatif est une problématique différente. A cet égard, il nous semble justifié que l'art. 28 al. 2 LRens soit maintenu dans sa version actuelle afin de protéger les tiers au sens de l'art. 28 al. 1 LRens de manière plus étendue que les personnes cibles.

Article 29 al. 1, let. c (avec art. 29a al. 1 et al. 4)

8. Nous sommes réservés quant à la teneur de cette nouvelle disposition, vu que les mesures d'accompagnement ne sont pas définies malgré les atteintes importantes aux libertés individuelles.

Commentaire

8.1 L'exemple cité dans le Rapport explicatif – un véhicule sur lequel doit être fixé un appareil de localisation – ne se réfère pas à l'art. 269ter al. 2 CPP mentionné. Cet article dispose que le ministère public peut ordonner l'introduction de programmes informatiques spéciaux de surveillance de la correspondance par télécommunication dans un système informatique dans le but d'intercepter et de transférer le contenu des communications et les données secondaires de télécommunication sous une forme non cryptée et que, dans son ordre de surveillance, le ministère public indique le type de données qu'il souhaite obtenir et le local qui n'est pas public dans lequel il est, le cas échéant, nécessaire de pénétrer pour introduire des programmes informatiques spéciaux de surveillance de la correspondance par télécommunication dans le système informatique considéré.

8.2 En toute hypothèse, les mesures d'accompagnement sont clairement définies et précisées à l'art. 269ter CPP, alors que le nouvel art. 29 al. 1 let. c LRens s'en dispense, même sous forme exemplative.

8.3 Nous relevons aussi que l'**art. 29a al. 4 LRens** est complété par une mention des mesures d'accompagnement. Celles-ci sont ainsi placées au même niveau que les mesures de recherche dans le cadre de la demande d'autorisation, sans être pour autant précisées.

Article 29a al. 2*Pratique du TAF*

9. La disposition en vigueur interdit au TAF d'autoriser une MRSA lorsque celle-ci a déjà été autorisée sur la base d'une procédure pénale engagée à l'encontre des personnes visées. Une ambiguïté subsiste: entend-on par « celle-ci » seulement une mesure identique ou toute autre mesure de contrainte ? Il est donc nécessaire de préciser.

Commentaire

9.1 Nous demeurons réservés quant à une situation qui conduit à un traitement parallèle d'une procédure de sécurité et d'une procédure pénale avec le risque que la procédure de sécurité contre la personne cible perdure au profit de la procédure pénale ouverte contre celle-ci, malgré les garanties différentes.

Il est à rappeler que le Message du Conseil fédéral relatif à cette disposition devrait plutôt conduire à ce que la procédure de sécurité cesse dès qu'une procédure pénale est ouverte, que la mesure de surveillance soit identique ou non². Le Rapport explicatif indique que les problèmes de procédures parallèles pourraient être pris en compte dans la procédure d'autorisation, mais le projet de loi ne donne pas de directives à ce sujet. En particulier, il n'est pas clair ce que l'on entend exactement par le fait que le SRC doit démontrer que la MRSA n'entre pas en conflit avec les mesures de procédure pénale (suffit-il d'indiquer que celles-ci ne sont pas identiques ? et dans quelle mesure cela désamorcerait-il la problématique ?).

9.2 Enfin, le nouvel alinéa ne concerne que le moment de l'autorisation et ne contient pas de disposition explicite pour le cas où une mesure de contrainte identique relevant de la procédure pénale ne serait ordonnée que pendant une MRSA en cours. Il conviendrait d'y remédier. Il est d'ailleurs étonnant que le Rapport explicatif aborde le problème sans que le projet de loi ne présente de solution.

Article 30 al. 3 et 4

10. Nous sommes réservés quant à cette simplification.

Commentaire

10.1 Une prolongation constitue également une atteinte grave aux libertés, raison pour laquelle un assouplissement de la procédure d'autorisation n'est pas sans poser problème, d'autant plus que le poids d'une atteinte aux droits fondamentaux dépend également de sa durée. Du côté du Tribunal, toute prolongation exige une évaluation complète de la situation et une mise en balance des intérêts publics et privés.

10.2 Notre réserve se renforce dès lors qu'il est question non seulement de prolongation mais également d'extension dite limitée, mais susceptible d'aller matériellement au-delà de la première mesure de surveillance ordonnée.

Article 33 al. 2bis, 3 et 4*Commentaire*

11. L'obligation d'informer la personne surveillée à la fin d'une opération est une mesure essentielle de l'Etat de droit (art. 33 al. 1 LRens). Si une dérogation définitive à l'obligation

² Message du Conseil fédéral du 19 février 2014, FF 2014 2029 2087.

d'informer constitue une grave atteinte aux libertés, une prolongation peut également représenter une telle atteinte, raison pour laquelle un assouplissement de la procédure politique de libération n'est pas sans poser problème, d'autant plus que le poids d'une atteinte aux droits fondamentaux dépend aussi de sa durée. Du côté du Tribunal, toute prolongation exige une évaluation complète de la situation et une mise en balance des intérêts publics et privés.

11.1 Nous sommes ainsi réservés quant à la simplification de la procédure d'approbation politique en cas de report de l'information (art. 33 al. 3), tout en notant que continueraient à être soumises à une procédure d'approbation politique ordinaire, d'une part, une demande de dérogation (art. 33 al. 3) et, d'autre part, un report de l'information justifié lorsque cela s'avère nécessaire en raison des relations de la Suisse avec d'autres pays (art. 33 al. 4).

11.2 Il est en revanche approprié qu'il soit possible à l'avenir de reporter l'information jusqu'à six mois au lieu de trois seulement, ou encore de l'associer à un événement spécifique (p. ex. la poursuite d'une procédure pénale) au sens de l'art. 33 al. 2bis proposé.

IV. Exploration du réseau câblé

Article 39

Al. 1

Pratique du TAF

12. Il s'est avéré en pratique que, quoique conçue comme devant permettre de rechercher des informations sur des événements importants en matière de politique de sécurité *se produisant à l'étranger* (art. 39 al. 1 LRens), les mandats dont a eus à connaître le Tribunal ont régulièrement été en lien avec des situations et des personnes en Suisse (voir ci-après également art. 42 al. 3).

12.1 Cette situation conduit en outre à ce que la question de la délimitation/distinction avec les MRSA se pose dans certains cas.

12.2 En outre, **en lien avec l'art. 41 al. 1 LRens**, il conviendrait, conformément au principe de la proportionnalité, que les mandats d'exploration du réseau câblé soient définis par la loi de manière à avoir un objectif plus circonscrit et limité dans le temps.

Al. 3

Pratique du TAF

13. Il découle de la pratique actuelle déduite des art. 39 al. 3 et 42 al. 2 LRens qu'il est interdit d'utiliser des indications relatives tant à des personnes physiques ou morales *suisses* que relatives à des personnes physiques ou à des personnes morales *se trouvant en Suisse* comme mots-clefs de recherche.

Commentaire

13.1 Nous prenons acte de cette proposition.

L'exploration du réseau câblé ayant pour objet de traiter des informations sur des événements importants en matière de politique de sécurité se produisant à l'étranger (art. 39 al. 1 LRens), il est approprié que toutes les personnes se trouvant en Suisse (voir aussi l'art. 38 al. 4 let. b LRens) soient protégées.

13.2 Cela étant, nous nous demandons s'il est pertinent et nécessaire d'enquêter par le moyen de l'exploration du réseau câblé sur des citoyens suisses lorsqu'il est établi qu'ils se

trouvent à l'étranger. En effet, l'exploration du réseau câblé deviendrait alors un moyen de rechercher des informations *sur des Suisses à l'étranger*, alors que son objectif selon l'art. 39 al. 1 LRens est de rechercher des informations *sur des événements importants en matière de politique de sécurité* se produisant à l'étranger.

13.3 Il convient en outre de relever que la pratique a démontré qu'il était malaisé de définir ce qu'il convient d'entendre par « *des indications relatives* » à des personnes. Cette question pourrait être précisée par le législateur.

14. Il est à noter que la précision selon laquelle les mots-clefs doivent être définis *de manière à minimiser les atteintes à la vie privée* (art. 39 al. 3 LRens) est importante.

14.1 A cet égard, il serait approprié que le législateur définisse plus précisément ce qu'il entend par « mots-clés » du mandat de recherche vu les incertitudes qui se sont révélées dans la pratique à ce propos (admissibilité des termes de recherche formels et matériels, des combinaisons de termes de recherche ainsi que des méthodes ou de la nature des données en tant que termes de recherche).

Article 41

Al. 1

Pratique du TAF

15. Il s'est avéré en pratique que le contrôle conféré au TAF par cette disposition était plus malaisé à mettre en œuvre pour une autorité judiciaire qu'en cas de MRSA. Non seulement vu les incertitudes quant à la distinction entre événements se déroulant à l'étranger et en Suisse, mais également car la situation à examiner est plus générale et le contrôle moins précis (par. ex. le Tribunal ne contrôle pas en soi par les mots-clefs choisis mais uniquement s'ils correspondent aux catégories retenues).

Al. 1bis

16. Nous saluons l'extension à dix jours du délai pour rendre la décision.

Al. 3

17. Nous sommes d'accord avec cette modification.

Commentaire

17.1 Cela étant, il convient de souligner que l'exploration du réseau câblé ne peut plus être considérée comme étant encore à ses débuts en Suisse.

Article 42

Al. 3

18. A notre sens, cette disposition devrait comporter une importante précision.

Pratique du TAF

18.1 De manière générale, il s'est avéré que les mandats dont a eus à connaître le Tribunal ont régulièrement impliqué des personnes physiques ou morales se trouvant en Suisse, avec le risque d'aboutir à une surveillance indirecte de ces personnes comme si elles étaient soumises à une MRSA, mais sans que la loi ne prévoie une protection équivalente ni un devoir d'information de ces personnes (cf. art. 42 al. 2 LRens).

Commentaire

18.2 Il nous semble ainsi essentiel que, si les informations relatives à des personnes se trouvant en Suisse sont communiquées au SRC sans être anonymisées (art. 42 al. 3 LRens), ces personnes en soient informées sur le modèle de l'art. 33 LRens. Il nous paraît que la révision de la loi devrait ainsi veiller à introduire un tel droit d'information.

Al. 3bis

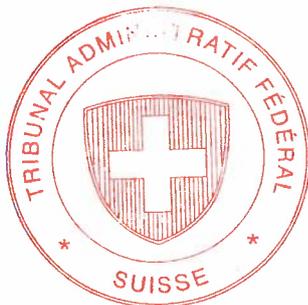
19. Nous prenons note de l'explication à la base de cette nouvelle disposition.

En vous remerciant de l'attention portée à ces lignes, nous vous prions d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, Madame, Monsieur, l'expression de notre parfaite considération.

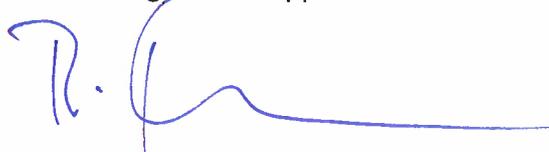
Président de la
Conférence des présidents



David Weiss



Secrétaire général suppl.



Bernhard Fasel

Copie à

- Tribunal fédéral
- Tribunal pénal fédéral
- Tribunal fédéral des brevets

Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS
Nachrichtendienst
Frau Vincianne Grundschober
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Per E-Mail an:
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

9. September 2022

Stellungnahme zur Änderung des Nachrichtendienstgesetzes (NDG)

Sehr geehrte Frau Grundschober
Sehr geehrte Damen und Herren

Im Mai 2022 haben Sie uns eingeladen, in oben genannter Sache Stellung zu nehmen. Für diese Gelegenheit der Meinungsäusserung bedanken wir uns. Gestützt auf die Rückmeldungen unserer Mitglieder nehmen wir gerne wie folgt Stellung:

Eine sichere und stabile Schweiz ist zentral für den Wirtschaftsstandort. Insbesondere auch angesichts der von Umwälzungen und Unsicherheiten geprägten sicherheitspolitischen Lage hat die Landesverteidigung einen hohen Stellenwert. Diese benötigt damit auch eine effiziente und funktionierende, rechtsstaatlich klar eingebettete Geheimdienstarbeit. economie suisse setzt sich für sicherheitspolitische Stabilität, einhergehend mit Rechtssicherheit ein. Das Nachrichtendienstgesetz («NDG») stellt die gesetzliche Grundlage für die Tätigkeiten des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB) dar. Es soll nun revidiert werden.

economie suisse begrüsst die Revision grundsätzlich. Es ist wichtig, dass der NDB über die geeigneten Mittel verfügt, seinem Auftrag nachzukommen. Dabei ist aber entscheidend, dass die Tätigkeiten und Kompetenzen des Nachrichtendienstes gesetzlich klar und nachvollziehbar geregelt sind. Die Wirtschaft regt vor diesem Hintergrund Anpassungen am Vorentwurf an. Diese namentlich unter stärkerer Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit einzelner Massnahmen und im Sinne von Präzisierungen im Interesse der Rechtssicherheit.

1 Einleitende Bemerkungen

Das aktuell gültige NDG wurde im September 2016 vom Volk mit klarer Mehrheit angenommen. Es schuf damit eine gesetzliche Grundlage für den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), seine Tätigkeiten, die Zusammenarbeit mit anderen Behörden sowie seine politische Aufsicht. Um auf die veränderte Bedrohungslage der letzten Jahre einzugehen, sollen mit der nun vorgeschlagenen Revision des NDG u.a. die genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten ausgeweitet und die Datenhaltung des Nachrichtendienstes des Bundes erweitert werden.

2 Präzisierung des Verhältnisses des Nachrichtendienstgesetzes zum Datenschutzgesetz

Das revidierte Datenschutzgesetz, welches nächstes Jahr in Kraft tritt, bezweckt den Schutz der Persönlichkeit und der Grundrechte von natürlichen Personen, über die Personendaten erhoben werden. Im Interesse der Rechtssicherheit sollte im NDG ausdrücklich festgehalten werden, dass sich die Bearbeitung von Personendaten auch für den Nachrichtendienst des Bundes grundsätzlich nach den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes richtet, soweit das NDG nicht ausdrücklich eine abweichende Bestimmung vorsieht. Gemäss dem Vorentwurf richtet sich beispielsweise die Regelung des Auskunftsrechts teils nach dem DSG und teils nach dem NDG und im Erläuterungsbericht selbst wird festgestellt, dass die Regelung «kompliziert» sei. Dies zeigt, dass diesbezügliche Präzisierungen erforderlich sind.

3 Beseitigung von Rechtsunsicherheiten / Präzisierung von Rechtsbegriffen

Bei Eingriffen in die Privatsphäre, wie sie der VE-NDG ermöglichen will, ist es von grundsätzlicher Bedeutung, dass diese auf einer stabilen rechtlichen Grundlage erfolgen. Massnahmen, die gestützt auf das NDG erfolgen, müssen darüber hinaus auf die wirklich erforderlichen Fälle beschränkt und dadurch gezielt eingesetzt werden. Die Kontrollmechanismen für die ausführenden Behörden müssen dabei klar definiert sein.

So räumt Art. 19 Abs. 2 lit. f VE-NDG dem NDB bei «sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Cyberraum» als Teil der Bedrohungen der inneren oder äusseren Sicherheit weitgehende Kompetenzen ein. Der NDB darf Daten über sicherheitspolitisch bedeutsame Vorgänge im gesamten Cyberraum bearbeiten (Art. 19 Abs. 2 lit. f i.V.m. Art. 6 Abs. 1 lit. b. VE-NDG). Diese Definitionen sind zu umfassend und brauchen eine entsprechende Spezifizierung und Eingrenzung.

Der aktuelle Art. 26 NDG regelt die Massnahmen im Zusammenhang mit der Informationsbeschaffung, welche genehmigungspflichtig sind. Neu hinzukommen soll jetzt, dass das Einholen bestimmter Auskünfte hinsichtlich dem Geldwäschereigesetz unterstehender Beziehungen zwischen einer Person mit Händlern oder Finanzintermediären ebenfalls als genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahme gilt (Art. 26 lit. f und lit. g VE-NDG). Aus der Formulierung im Vorentwurf geht dabei nicht hervor, in welcher Art und Weise die Anfragen der Behörden bei den betroffenen Finanzintermediären oder Händlern eingehen sollen.

Darüber hinaus ist für die entsprechende Auskunftspflicht auch die Schaffung einer rechtsgenügenden gesetzlichen Grundlage zu Gunsten der Finanzintermediäre notwendig (Art. 47 Abs. 5 BankG). Andernfalls besteht das Risiko, dass sich die Finanzintermediäre eine Verletzung des Bankkundengeheimnisses vorwerfen lassen müssen; die vorgeschlagene Bestimmung in 26 Abs. 1 lit. f VE-NDG reicht hierzu nicht.

4 Stärkung des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit

Die vom VE-NDG von einzelnen Unternehmen verlangten Pflichten sind weitgehend. So sollen beispielsweise Fernmeldediensteanbieter mit kostspieligen neuen Verpflichtungen belastet, der Überwachungsumfang erweitert, sowie die Umsetzung für die Strafverfolgungsbehörden gleichzeitig erleichtert werden. Zusätzlich wird die Dauer einzelner Massnahmen erheblich verlängert, so beispielsweise im Falle eines Auftrags zur Kabelaufklärung von sechs auf neu zwölf Monate Maximalfrist (Art. 41 Abs. 3 VE-NDG).

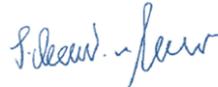
Solche weitgehenden Eingriffe, dies gilt auch im Falle von obenstehendem Art. 26 Abs. 1 VE-NDG in Bezug auf Finanzintermediäre, sollen nur erfolgen, wenn sie auf Grund der Schwere der Gefährdung gerechtfertigt sind und die Unternehmen für die damit verbundenen Aufwendungen ausreichend entschädigt werden. Hier ist eine entsprechende Klärung im Gesetz erforderlich. Namentlich ist zu ergäncen, dass Anfragen und Eingriffe nur bei sachlich erhärtetem Verdacht erfolgen dürfen.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Überlegungen für die weiteren Arbeiten.

Freundliche Grüße
economiesuisse



Erich Herzog
Mitglied der Geschäftsleitung



Sandrine Rudolf von Rohr
Stv. Leiterin Wettbewerb & Regulatorisches

Frau Bundesrätin
Viola Amherd
Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Per Mail zugestellt an: vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Basel, 9. September 2022
ABA / NGR +58 330 62 17

Stellungnahme zur Revision des Nachrichtendienstgesetzes

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir beziehen uns auf die am 18. Mai 2022 eröffnete Vernehmlassung des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport zur Revision des Nachrichtendienstgesetzes.

Wir bedanken uns bestens für die Konsultation in dieser für die Finanzbranche wichtigen Vernehmlassung. Gerne nehmen wir die Gelegenheit zur Stellungnahme wahr und unterbreiten Ihnen nachfolgend unsere Anliegen.

Die aus unserer Sicht **wichtigsten Anliegen** lauten wie folgt:

- Ergänzung des NDG (bspw. in Art. 1 NDG), dass sich die Bearbeitung von Personendaten nach dem DSG richtet, sofern die Bestimmungen des NDG keine andere Regelung vorsehen.
- Präzisierung der Formulierung des Gesetzgebers in Art. 26 Abs. 1 lit. f E-NDG betreffend Art und Weise wie die Anfragen zu den Transaktionen kommen.
- Aufnahme einer ausdrücklichen Auskunftspflicht der Finanzintermediäre ins NDG, damit sich die Banken nicht einer möglichen Bankkundengeheimnisverletzung aussetzen.
- Einfügen des Erfordernisses eines sachlich erhärteten Verdachts, um Anfragen sachlich einzugrenzen.

Gerne erläutern wir Ihnen nachfolgend unsere Anliegen. Für eine Diskussionen zur Ausarbeitung einer neuen Gesetzesvorlage stehen wir Ihnen jederzeit sehr gerne zur Verfügung.

1. Definitionen und Verhältnis zum DSG

Soweit ersichtlich enthält der Entwurf (sowie die bereits bestehende Fassung) keine Definition dazu, was unter dem Begriff «Personendaten» oder «Daten» zu verstehen ist. Auch werden die Begriffe «besonders schützenswerte Personendaten» und «Profiling» verwendet (z.B. Art. 5, 52 und 62 E-NDG). Unseres Erachtens wäre eine Klarstellung dahingehend empfehlenswert (bspw. durch Einfügung in Art. 1 NDG), dass sich die Bearbeitung von Personendaten nach dem DSG richtet, sofern die Bestimmungen des NDG keine andere Regelung vorsehen. Zwar wird die Bezugnahme zum (rev) DSG bei einer Datenbearbeitung im Rahmen des E-NDG (DSG = lex generalis, NDG = lex specialis) an verschiedenen Stellen im Erläuternden Bericht erwähnt. Zum anderen kommt die Bezugnahme zum Teil auch durch Bestimmungen des E-NDG selbst zur Geltung. So wird u.a. in Art. 9 Abs. 4 E-NDG klargestellt; *«Der NDB ist der Verantwortliche nach Artikel 5 Buchstabe j des Datenschutzgesetzes vom 25. September 2020 (DSG) für Datenbearbeitungen, die nach diesem Gesetz von kantonalen Vollzugsbehörden durchgeführt werden.»* Dennoch sind wir der Auffassung, dass eine entsprechende Klarstellung empfehlenswert wäre. Die bloss punktuellen Hinweise auf das DSG könnten den falschen Eindruck erwecken, dass ein umgekehrtes Regime gelten soll (DSG nur, soweit im NDG ausdrücklich erwähnt).

2. Art. 26 Abs. 1 E-NDG

2.1 Schaffung einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für die Auskunftspflicht der Finanzintermediäre

Durch die neuen genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen nach Art. 26 Abs. 1 lit. f und g E-NDG übernimmt das NDG vom GwG die Definition des Kreises der potentiell betroffenen Personen, bei denen das Einholen von Auskünften über Transaktionen und Geschäftsbeziehungen möglich ist.

Die Formulierung des Gesetzgebers ist betreffend Art und Weise wie die Anfragen zu den Transaktionen kommen sollten, ziemlich vage. Um Rechtssicherheit zu schaffen, gilt es noch zu präzisieren in welcher Art und Weise die Anfragen eingehen, vermutungsweise in Form einer Verfügung.

Die Auskunftspflicht der Finanzintermediäre gegenüber Behörden bedarf nach Art. 47 Abs. 5 BankG einer gesetzlichen Grundlage. Art. 26 Abs. 1 lit. f E-NDG ist hierzu nicht ausreichend. Analog zur Auskunfts- und Meldepflicht von Behörden und Privaten (Art. 19 und 24 NDG) sollte auch für die Finanzintermediäre eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage geschaffen und eine entsprechende Formulierung im Gesetz aufgenommen werden. Somit würde sichergestellt, dass sich die Banken nicht einer möglichen Bankkundengeheimnisverletzung aussetzen.

2.2 Voraussetzung eines sachlich erhärteten Verdachts

Auch auf Basis einer klaren gesetzlichen Grundlage sind aber zwecks Vermeidung von unnötigem Aufwand entsprechende Anfragen bzw. Massnahmen gleichwohl angemessen sachlich einzugrenzen. Deshalb muss als Voraussetzung ausdrücklich geregelt werden, dass sie auf einem bereits bestehenden sachlich erhärteten Verdacht basieren müssen. Diese Eingrenzung erscheint nur schon angesichts der Fülle von Fällen mit

zwingend vorzunehmenden GwG-Abklärungen zumindest für Banken und andere Finanzdienstleister sicher angemessen. Nach unserer Einschätzung werden aber in Art. 26 Abs. 1 E-NDG generell Konstellationen aufgeführt, bei welchen besagte Einschränkung sachlich gerechtfertigt erscheint. Statt nur für den Anwendungsbereich von Art. 26 Abs. 1 Bst. f E-NDG sollte die Einschränkung deshalb am besten direkt im Ingress von Art. 26 Abs. 1 E-NDG aufgeführt werden und könnte wie folgt lauten:

Art. 26 Abs. 1 E-NDG

¹ Die folgenden Beschaffungsmassnahmen sind genehmigungspflichtig **und müssen, um genehmigungsfähig zu sein, auf einem gemäss Aktenlage bereits bestehenden sachlich erhärteten Verdacht basieren:**

b. (...)

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Stellungnahme und die Berücksichtigung unserer Überlegungen für die weiteren Arbeiten. Gerne stehen wir Ihnen für ergänzende Auskünfte zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung

Andreas Barfuss
Leiter Legal & Compliance

Natalie Graf
Fachverantwortliche Legal



Nachrichtendienst des Bundes
Frau Vincianne Grundschober
Per Email:
Voncianne.grundschober@ndb.admin.ch

Bern, 1. September 2022 sgv-Sc

**Vernehmlassungsantwort
Änderung des Nachrichtendienstgesetzes**

Sehr geehrte Damen und Herren

Als grösste Dachorganisation der Schweizer Wirtschaft vertritt der Schweizerische Gewerbeverband sgv über 230 Verbände und gegen 500 000 KMU, was einem Anteil von 99,8 Prozent aller Unternehmen in unserem Land entspricht. Im Interesse der Schweizer KMU setzt sich der grösste Dachverband der Schweizer Wirtschaft für optimale wirtschaftliche und politische Rahmenbedingungen sowie für ein unternehmensfreundliches Umfeld ein.

Der sgv lehnt die Revision des NDG vollumfänglich ab. Bei der Einführung des NDG wurde ein politisches Versprechen abgegeben, der Geltungsbereich des Gesetzes würde später nicht erweitert werden. Die vorliegende Vorlage ist eine formelle und materielle Erweiterung des Gesetzes. Dass sie keine Abschätzung der durch sie verursachten Regulierungskosten enthält, ist ein weiterer Grund, die Vorlage insgesamt abzulehnen.

Inhaltlich kann nicht erklärt werden, warum die Ausweitung des NDG notwendig ist. Konkret wird nicht argumentiert, wie notwendig und verhältnismässig die Unterstellung der Finanzintermediäre und gewerbliche Beherbergungsbetriebe ist.

Freundliche Grüsse

Schweizerischer Gewerbeverband sgv

Hans-Ulrich Bigler
Direktor

Henrique Schneider
stellvertretender Direktor

**AMNESTY
INTERNATIONAL**



Frau
Bundesrätin Viola Amherd
Eidgenössisches Departement für
Verteidigung, Bevölkerungsschutz
und Sport
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Bern, 9. September 2022

Vernehmlassungsverfahren: Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Viola Amherd
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nutzen wir die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf der Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015.

1. Einleitende Anmerkungen

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der

¹ Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

² Vgl. Art. 3 aBWIS.

³ Vgl. BBl 1994 II 1127, hier 1171.

Geschäftsprüfungsdelegation (GPDel) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb ist Amnesty International aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüpfen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grund- und Menschenrechte erlauben, müssen diese so klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine grund- und menschenrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die Rechtsunterworfenen kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grund- und Menschenrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre Grund- und Menschenrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grund- und Menschenrechte.⁶

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grund- und Menschenrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grund- und Menschenrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grund- und Menschenrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt

⁴ Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020-2971, hier 3045.

⁵ Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorseherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBI 2021-570, hier S. 111).

⁶ Vgl. Györfy Viktor, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Artikel 5 Absatz 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grund- und Menschenrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur solange bearbeitet werden dürften, als es dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grund- und Menschenrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angesprochenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grund- und Menschenrechte gewährleistet ist.

Die Grund- und Menschenrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung politischer Rechte vor der Beobachtung durch den Nachrichtendienst gefeit zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen die Gewissheit haben, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grund- und Menschenrechte zu rechnen haben, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie bei der Ausübung von Grund- und Menschenrechten, insbesondere bei politischen Aktivitäten, vor der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung geschützt werden.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grund- und Menschenrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDeI und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDeI ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDeI weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, c, S. 1171.

teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Aktivitäten und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Artikel 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

2.2. Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz

⁸ Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹⁰ Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹¹ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

2.3. Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grund- und Menschenrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSGVO). Eine Anonymisierung durch den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkreten Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen (GEBM) soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDeI fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹² Bereits im Jahr 2010

¹⁰ Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

¹¹ Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>; <https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

¹² Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

forderte die GPDel, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹³ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

3. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Absatz 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grund- und Menschenrechte und verstossen insbesondere gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁴ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG *per se* keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁵ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁶

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁷ zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die Versammlungsfreiheit.¹⁸ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

4. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der

¹³ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBI 2010 7739, S. 2 ff.

¹⁴ Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

¹⁵ Urteil 1C_377/2019 des Bundesgerichts vom 1. Dezember 2020 (BGE 147 I 280) E 9.2.4.

¹⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

¹⁷ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

¹⁸ Vgl. Györffy Viktor, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen (GEBM). Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»¹⁹ Eingriff in die Grund- und Menschenrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die Gesellschaft haben.²⁰ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²¹ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grund- und Menschenrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, da sie dazu das Ortungsgerät demontieren müssten.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die völkerrechtlichen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

¹⁹ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2149.

²⁰ BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

²¹ Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

5. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grund- und Menschenrechtseingriffe und ein Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM) neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²² Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²³ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁴

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitiv nicht abschliessend erfassbar»²⁵ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»²⁶ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.²⁷

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.²⁸ Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So sind immer wieder grundrechtlich geschützte politische Aktivitäten in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedens-, Antiglobalisierungs- und Frauenbewegungen, Arbeitsmigrant*innen,

²² Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

²³ Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/ NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

²⁴ Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, *Urteil vom 13. September 2018*, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

²⁵ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBI 1994 II 1127, hier 1170.

²⁶ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBI 1994 II 1127, hier 1168.

²⁷ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBI 2014 2105, S. 2158.

²⁸ Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 20.

Kernkraftgegner*innen und religiöse Gruppierungen, welche von den Behörden als potentiell gefährlich eingestuft wurden.²⁹ Mehrere Berichte der GPDel und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grund- und Menschenrechte geschützt sind.³⁰ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersuchte, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³¹

6. Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediären/Händlern (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige materielle Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend derer Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzahungen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in Fällen, wo kein begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.³² Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

²⁹ Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

³⁰ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

³¹ Vgl. Györfy Viktor, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

³² Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 9.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grund- und Menschenrechte, insbesondere die Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.³³ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» oder andere Aktionen des zivilen Ungehorsams darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

³³ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 10.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf die strafrechtliche Bestimmung zum Organisationsverbot ist zu verzichten und insbesondere die Generalklausel «Förderung auf andere Weise» ist zu streichen.

Die in Art. 83a nNDG enthaltene Generalklausel der «Förderung auf andere Weise» umschreibt das strafbare Verhalten auf eine Art, welche mit dem Legalitätsprinzip und dem im Strafrecht verankerten Bestimmtheitsgebot nicht vereinbar ist.³⁴ Dies ist schwerwiegend, da diese vagen Begriffe einer missbräuchlichen Auslegung Tür und Tor öffnen und zu Verletzungen der Meinungs-, Vereinigungs- und Versammlungsfreiheit führen können, die sowohl in den von der Schweiz ratifizierten Menschenrechtsverträgen als auch in der Schweizer Verfassung verankert sind. Diese gesetzliche Bestimmung wird zudem eine abschreckende Wirkung («chilling effect») auf die Ausübung dieser Rechte haben.

Während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhten (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014),³⁵ wurde in Art. 74 NDG ein Organisationsverbot eingeführt werden und die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, soll nunmehr beim Bundesrat liegen. Die bereits im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Allgemeinverfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates hat sich als problematisch erwiesen. Nach der Publikation im Bundesblatt³⁶ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in das Recht auf persönliche Freiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit als auch in die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte.

Diese Bestimmung ist nicht vereinbar mit dem Legalitätsgrundsatz, denn sie verweist auf sehr vage und undefinierte Begriffe wie «gewalttätiger Extremismus». Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen fallen. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als

³⁴ Siehe auch Urteil der Strafkammer des BStGer SK.2016.9 vom 15. Juli 2016, E. 2.3.1 und Urteil des Bundesgerichts 6B_948/2016 vom 22. Februar 2017, E. 4.2.1.

³⁵ SR 122.

³⁶ Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

Da der Bundesrat seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren, dies ohne jegliche Schutzmechanismen und Beschwerdemöglichkeiten.

8.3. Ausweitung des Ausreiseverbots

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei «terroristischen Gefährder*innen» gemäss Art 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Ein Ausreiseverbot stellt einen schwerwiegenden Eingriff in die völkerrechtlich verankerte Bewegungsfreiheit dar. Dieses Recht darf nur zum Schutz der nationalen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung (*ordre public*), der öffentlichen Gesundheit oder Moral sowie der Rechte und Freiheiten anderer eingeschränkt werden. Um zulässig zu sein, müssen Einschränkungen zudem gesetzlich vorgesehen sein und in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutz dieser Zwecke notwendig sein. Es reicht nicht aus, dass die Einschränkungen den zulässigen Zweck dienen, sie müssen auch zu deren Schutz erforderlich sein. Eingriffe müssen dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen und geeignet sein, ihre Schutzfunktion zu erfüllen. Sie müssen die am wenigsten einschneidende Massnahme darstellen, die das gewünschte Ergebnis erzielt und in einem angemessenen Verhältnis zu dem zu schützenden Interesse stehen.³⁷

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen lassen Prognosen über eine zukünftige Straftat zu. Im erläuternden Bericht wird dies damit gerechtfertigt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv ein Ausreiseverbot anzuordnen. Eine solche Bestimmung ist zudem unnötig, denn das Strafrecht deckt bereits heute den Tatbestand für strafbare Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) ab, wenn etwa schwere Gewalttaten geplant werden.

³⁷ CCPR General Comment No. 27: Article 12 (Freedom of Movement), UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, Para. 11 und 14.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Recht auf freie Meinungsäusserung und friedliche Versammlungen einzuschränken. Ein laufendes Verfahren betreffend Gewalttätigkeiten kann keine zukünftige Gewaltbereitschaft begründen. Damit liegt ein Eingriff in die Meinungsäusserungs- und Versammlungsfreiheit vor, welcher nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden kann.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»³⁸ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

9. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Die automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung für biometrische Daten darf nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Diese muss die grundsätzlichen Risiken der automatisierten Bearbeitung von Personendaten berücksichtigen und so gestaltet sein, dass die Grund- und Menschenrechte der Betroffenen gewahrt bleiben.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine gesetzliche Regelung, vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.³⁹

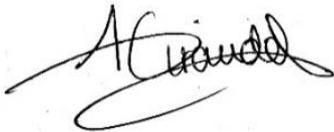
³⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

³⁹ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 22.

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten, die eine natürliche Person eindeutig identifizieren besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als besonders schützenswert bewertet werden.⁴⁰ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «Profiling mit hohem Risiko» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Dabei erscheint es als sehr fraglich, in wie weit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten, selbst wenn das Parlament eine gesetzliche Grundlage dafür schaffen wollte, da entsprechende Systeme regelmässig mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet sind (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen).

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen verbleiben wir mit freundlichen Grüssen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Alicia Giraudel', with a stylized flourish at the end.

Alicia Giraudel
Amnesty International

⁴⁰ Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBl 2020 7639 ff.

Bern, 8. September 2022

**Vernehmlassungsverfahren: Revision des Bundesgesetzes über den
Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015**

Frist: 9. September 2022

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Amherd

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nutzen die DJS die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf der Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitende Anmerkungen	4
2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke	5
2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»	5
2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben.....	8
2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG	9
2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person	9
2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG	9
2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG	10
3. Auskunftsrecht	11
3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts	11
3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD	12
4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)	12
4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät	12
4.2 Bedingungen der Genehmigung.....	14
4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus	14
4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten	15
4.3. Genehmigungsverfahren	16
4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM.....	16
4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland	18
4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM	18
4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen	20
4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen	21
4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten.....	21
4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten	22
4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege	23
4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.....	25
4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen	27
4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland.....	29
4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)	30
4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland	30

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist	30
4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung	31
5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB.....	32
6. «Internet» statt «Cyberraum».....	33
6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG.....	33
6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG	33
7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND.....	33
8. Strafrechtliche Bestimmungen	34
8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot.....	34
8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot.....	34
8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen	35
8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit	36
9. Ausweitung des Ausreiseverbots	36
9.1. Art. 24h nBWIS	36
9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze.....	38
10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung.....	39

1. Einleitende Anmerkungen

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDeI) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb sind die DJS aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüpfen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grundrechte erlauben, müssen diese so klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine grundrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die

¹ Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

² Vgl. Art. 3 aBWIS.

³ Vgl. BBI 1994 II 1127, hier 1171.

⁴ Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020-2971, hier 3045.

⁵ Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsteherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBI 2021-570, hier S. 111).

Rechtsunterworfenen kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grundrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre Grundrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.⁶

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer

⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR: Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur so lange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

⁸ Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.¹⁰ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹¹

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹² Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen

¹¹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

¹² Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹³ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkreten Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine

¹³ Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>; <https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDel fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹⁴ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDel, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁵ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

3. Auskunftsrecht

3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁷ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁸

¹⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

¹⁵ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBI 2010 7739, S. 2 ff.

¹⁶ Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

¹⁷ BGE 147 I 280, E 9.2.4.

¹⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁹ zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die Versammlungsfreiheit.²⁰ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagedarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²¹ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²² Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observations – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

¹⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

²⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

²¹ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

²² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen. Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²³ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²⁴ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁵ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die

²³ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2149.

²⁴ BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

²⁵ Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEBM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEBM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁶ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁷ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁸

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁹ ist und das Gesetz aus diesem Grund

²⁶ Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

²⁷ Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/ NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

²⁸ Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, Urteil vom 13. September 2018, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

²⁹ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

«bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»³⁰ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³¹

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³² Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivisten, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.³³ Mehrere Berichte der GPDel und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.³⁴ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁵

4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

³⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.

³¹ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

³² Vgl. EGMR, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31. August 2021, N 20.

³³ Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

³⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

³⁵ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz demnach ersuchen, Überwachungsmassnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

4.3. Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «*wesentlichen* Akten» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die

konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁶ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³⁷

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁸. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

³⁶ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

³⁷ Vgl. SCHWERTI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.

³⁸ SR 173.320.4.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuteten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden, müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁹.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss

³⁹ EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.⁴⁰ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴¹ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der

⁴⁰ Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, *soweit und solange* eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmassnahmen Rechtsschutz gewährt werden?, Zürich, 2017, N 59.

Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴² Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussonderungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwalt*innen besteht daher die Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher

⁴¹ Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigte Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

⁴² Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fließenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelten Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt

werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen. Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.⁴³ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGers und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmassnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

⁴³ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige *materielle* Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzahungen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.⁴⁴ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und

⁴⁴ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 9.

informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.⁴⁵ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

⁴⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 10.

4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosse Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechungen nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine «Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁶ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.

46 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 12.

2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁷
3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁸ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁹ Bereits mit der bestehenden gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängige Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst

⁴⁷ Vgl. Stellungnahme der Ärztevereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

⁴⁸ Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

⁴⁹ Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: *medialex* 6/16 sowie *medialex* Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR, *Goodwin v. The United Kingdom* (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108.

werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und, dass die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme, der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se, wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «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 [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁵⁰

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikant. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beamt*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz

⁵⁰ BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

– soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen. Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in jedem Falle aber nicht noch

grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» änderten, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob diese die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen in diesem Verfahren gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als sehr zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, welche ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie beispielsweise Syrien oder Russland enthalten. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen, und hat entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten

Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht einfach eruiert werden kann, über welche Leitungen die Daten von und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten, dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruieren können soll als die Schweizer Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsleistungen, zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiberinnen und Anbieterinnen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelaufklärungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDeI hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDeI im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁵¹ Auch andere

⁵¹ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵²

6. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;» «sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

⁵² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhten (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵³. Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenen Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen. Nach der Publikation im Bundesblatt⁵⁴ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

⁵³ SR 122.

⁵⁴ Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵⁵ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

⁵⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts. Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermassen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

9. Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann. Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und»

Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht

jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁶ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

⁵⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine *gesetzliche Regelung* vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁷

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁸ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und

⁵⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 22.

⁵⁸ Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBl 2020 7639 ff.

Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, inwieweit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen verbleiben wir
mit freundlichen Grüßen

A. Mullis

Annina Mullis RAin
Vorstandsmitglied



Manuela Hugentobler MLaw
Generalsekretärin

Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Per Mail an:

vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Zürich, 22. August 2022

Vernehmlassungsantwort: Änderung des Nachrichtendienstgesetzes

Sehr geehrte Damen und Herren

GastroSuisse, der grösste Branchenverband der Schweiz mit rund 20'000 Mitgliedern (Hotels, Restaurants, Cafés, Bars etc.) in allen Landesgegenden, organisiert in 26 Kantonalsektionen und fünf Fachgruppen, nimmt im obengenannten Vernehmlassungsverfahren gerne wie folgt Stellung:

I. Allgemeine Würdigung

GastroSuisse nimmt in der vorliegenden Vernehmlassungsantwort ausschliesslich Stellung zu gastgewerblich relevanten Änderungen des Nachrichtendienstgesetzes. Diese beschränken sich auf Artikel 25. Zu weiteren Bestimmungen des Entwurfs positioniert sich der Verband nicht.

II. Auskunftspflicht Beherbergungsbetriebe (Art. 25 des Entwurfs)

a) Datenerhebung und -aufbewahrung

Unternehmerinnen und Unternehmer in Gastronomie und Beherbergung verstehen sich in erster Linie als Gastgeberinnen und Gastgeber, die sich auf das Wohl ihrer Gäste konzentrieren möchten. Entsprechend beurteilt der Verband zusätzliche Aufgaben wie die Auskunftspflicht von Beherbergungsbetrieben grundsätzlich kritisch, die sich aus Art. 25 Abs. 1 Bst. a des vorliegenden Entwurfs ergeben könnten. GastroSuisse begrüsst deshalb explizit, dass die besondere Auskunftspflicht Privater nur in Einzelfällen und auf Verlangen hin besteht, und dass die Änderung des Nachrichtendienstgesetzes gemäss erläuterndem Bericht zu keinen neuen Pflichten bei der Datenerhebung oder der Datenaufbewahrung führen wird.

Der erläuternde Bericht hält fest, dass die Regelungen über die Meldepflicht [gemäß Art. 16 des Ausländer- und Integrationsgesetzes](#) sowie über die Datenspeicherung weiterhin in der Kompetenz der Kantone liegen soll. GastroSuisse spricht sich unabhängig von der Änderung des Nachrichtendienstgesetzes für eine digitale nationale Lösung aus, wie es die im Ständerat angenommene [Motion 21.4426](#) («Schluss mit dem Meldeschein-Chaos in der Beherbergung») von Ständerätin Gmür-Schönenberger verlangt. Wir gehen davon aus, dass die Auskunftspflicht im Falle einer Annahme der Motion durch beide Räte ebenfalls auf einer nationalen digitalen Lösung beruhen wird. Erstens erleichtert eine digitale Lösung auf nationaler Ebene die Arbeit der Beherbergungsbetriebe und macht den Aufenthalt für ausländische Gäste in der Schweiz angenehmer. Zweitens steht der Vorstoss im Einklang mit der Tourismusstrategie des Bundes, welche die Digitalisierung als einen wichtigen Erfolgsfaktor im Tourismus identifiziert. Auch kann der durch die Auskunftspflicht steigende Aufwand so besser abgedeckt werden – auf Seiten der Beherbergungsbetriebe und der Behörden. GastroSuisse spricht sich dafür aus, dass das Nachrichtendienstgesetz auch bei einer Anpassung der Meldepflicht keine zusätzlichen Pflichten oder parallele Strukturen zur Datenerhebung und Datenaufbewahrung nach sich ziehen wird.

b) Geltungsbereich

GastroSuisse begrüsst im Sinne der Gleichbehandlung, dass die Auskunftspflicht für sämtliche Betreiber gelten soll, die Personen eine Übernachtungsmöglichkeit zur Verfügung stellen, und somit beispielsweise auch für Verträge, die über Plattformen wie AirBnB zustande kommen. Der Branchenverband spricht sich dafür aus, dass auch Weitervermietungen unter die Auskunftspflicht fallen, wenn der Betreiber diese nur sporadisch anbietet. Zu klären bleibt, ob und wann Untermietverhältnisse unter die Auskunftspflicht fallen.

Darüber hinaus ist es dem Branchenverband ein Anliegen, dass die Privatsphäre der Gäste im auskunftgebenden Beherbergungsbetrieb bei einer Auskunft nach Art. 25 Abs. 1 Bst. a geschützt bleibt. Die Auskunftspflicht soll sich deshalb auf Verdachtspersonen beschränken. GastroSuisse befürwortet eine entsprechende Präzisierung in der Verordnung oder im Gesetz. Der Branchenverband schlägt zwei Präzisierungen im Art. 25. Abs. 1 Bst. a vor.

Art 25 Abs. 1 Bst. a

- 1 Sofern es zum Erkennen, Verhindern oder Abwehren einer konkreten Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit nach Artikel 19 Absatz 2 notwendig ist, kann der NDB im Einzelfall **und bei Verdacht** folgende Auskünfte und Aufzeichnungen verlangen:
 - a. von einer natürlichen oder juristischen Person, die gewerbsmässig Transporte durchführt oder Transportmittel zur Verfügung stellt oder vermittelt, oder die gewerbsmässig einen Beherbergungsbetrieb führt: Auskunft über eine von ihr **gegenüber verdächtigen natürlichen oder juristischen Personen** erbrachte Leistung;

c) Geheimhaltung

Abschliessend weist GastroSuisse auf das erhebliche Reputationsrisiko für Beherbergungsbetriebe hin, welches mit der Auskunftspflicht einher geht. Gelangt der Name des auskunftgebenden Betriebs beispielsweise bei Terrorverdacht an die Öffentlichkeit, kann dies schwerwiegende und nachhaltige Auswirkungen auf den Geschäftsverlauf haben. Deshalb sollte auch der Bund bzw. der NDB zur Geheimhaltung gegenüber Dritten verpflichtet werden, die nicht an der Untersuchung beteiligt sind. Der Branchenverband befürwortet folgende Ergänzung.

Art 25 Abs. 3

- 3 Die Privaten **und der NDB** sind verpflichtet, das Ersuchen nach Absatz 1 und die allfällige Auskunft gegenüber Dritten geheim zu halten. **Ausgenommen ist die Information von vorgesetzten Stellen und Aufsichtsorganen.**

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung der Haltung von GastroSuisse.

Freundliche Grüsse



Casimir Platzer
Präsident



Daniel Borner
Direktor



GRUPPE FÜR EINE SCHWEIZ OHNE ARMEE

Bern, 09.09.2022

**Vernehmlassungsverfahren: Revision des Bundesgesetzes über den
Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September
2015**

Frist: 9. September 2022

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Viola Amherd

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nutzen wir als Gruppe für eine Schweiz ohne Armee (GSoA) die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf der Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitende Anmerkungen.....	4
2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke.....	6
2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»	6
2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben	8
2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG	10
2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person	10
2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG	10
2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG	11
3. Auskunftsrecht.....	12
3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts	12
3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD.....	14
4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM).....	14
4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät	14
4.2 Bedingungen der Genehmigung	16
4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus....	16
4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten	18
4.3. Genehmigungsverfahren	19
4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM.....	19
4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland	20
4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM	22
4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen	23
4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen	25
4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten	25
4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten	26
4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege.....	27
4.8 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen	29
4.9. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)	32
4.10 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist.....	32
5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB....	33
6. «Internet» statt «Cyberraum»	34
6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG	34
6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG.....	34
7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND	34
8. Strafrechtliche Bestimmungen	35
8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot.....	35
8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot.....	36
8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen.....	36
8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit.....	37

9. Ausweitung des Ausreiseverbots	38
9.1. Art. 24h nBWIS	38
9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze.....	40
10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung	40

1. Einleitende Anmerkungen

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDeI) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb ist die GSoA aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

1 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

2 Vgl. Art. 3 aBWIS.

3 Vgl. BBI 1994 II 1127, hier 1171.

4 Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020-2971, hier 3045.

5 Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsteherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBI 2021-570, hier S. 111).

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüpfen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grundrechte erlauben, müssen diese so klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine grundrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die Rechtsunterworfenen kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grundrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre Grundrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.⁶

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweitung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst

⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur solange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet

würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

⁸ Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.¹⁰ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹¹

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass

¹¹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹² Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹³ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkrete Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem

¹² Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

¹³ Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>;
<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDeI fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹⁴ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDeI, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁵ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

3. Auskunftsrecht

3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

¹⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

¹⁵ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBl 2010 7739, S. 2 ff.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁷ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁸

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁹ zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die Versammlungsfreiheit.²⁰ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

16 Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

17 BGE 147 I 280, E 9.2.4.

18 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

19 Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

20 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagedarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²¹ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²² Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen. Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²³ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

²¹ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

²² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

²³ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBI 2014 2105, S. 2149.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²⁴ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁵ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch

²⁴ BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

²⁵ Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEBM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoß gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEBM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁶ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁷ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁸

26 Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

27 Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

28 Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, Urteil vom 13.

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁹ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»³⁰ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³¹

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³² Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivisten, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.³³ Mehrere Berichte der GPDeI und Fälle, in denen

September 2018, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

²⁹ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBI 1994 II 1127, hier 1170.

³⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBI 1994 II 1127, hier 1168.

³¹ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBI 2014 2105, S. 2158.

³² Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 20.

³³ Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie

die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.³⁴ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁵

4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz demnach ersuchen, Überwachungsmassnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer

<https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>

³⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

³⁵ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

4.3. Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «*wesentlichen* Akten» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁶ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der Voraussetzungen

³⁶ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³⁷

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁸. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

³⁷ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.

³⁸ SR 173.320.4.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuteten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer

hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden, müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁹.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.⁴⁰ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

³⁹ EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

⁴⁰ Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, *soweit und solange* eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmassnahmen Rechtsschutz gewährt werden?, Zürich, 2017, N 59.

4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihrer Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴¹ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴² Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

41 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigte Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

42 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussonderungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwält*innen besteht daher die Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung

vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fliessenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelte Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht.

Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen. Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.⁴³ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGers und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmassnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

⁴³ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

4.8 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosser Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechungen nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine «Triage unter

Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁴ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.

2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁵
3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁶ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁷ Bereits mit der bestehenden

44 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 12.

45 Vgl. Stellungnahme der Ärztesvereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

46 Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

47 Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: *medialex* 6/16 sowie *medialex* Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR,

gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängigen Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und dass die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «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 [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁴⁸

Goodwin v. The United Kingdom (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108.

⁴⁸ BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

4.9. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.10 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in

jedem Falle aber nicht noch grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» ändern, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDeI hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDeI im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten

hatte, dass diese zu löschen sind.⁴⁹ Auch andere in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵⁰

6. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:
«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:
«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»«sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77

⁴⁹ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

⁵⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhten (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵¹. Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenen Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen. Nach der Publikation im Bundesblatt⁵² konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

⁵¹ SR 122.

⁵² Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden. Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵³ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts.

Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

⁵³ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermassen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

9. Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann. Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und»

Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass

sie sich an einer Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die

persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁴ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts

⁵⁴ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine *gesetzliche Regelung* vorhersehbarer Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁵

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁶ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwer wiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit;

⁵⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 22.

⁵⁶ Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBI 2020 7639 ff.

diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, in wie weit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Jonas Heeb', is written on a light-colored rectangular background.

Jonas Heeb

Sekretär GSoA

humanrights.ch, Hallerstrasse 23, 3012 Bern

Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS
z.H. Vincianne Grundschober

9. September

Vernehmlassungsverfahren: Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Viola Amherd

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nutzt humanrights.ch – Menschenrechte Schweiz die Gelegenheit zum Entwurf der Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015 Stellung zu nehmen.

Inhaltsverzeichnis

1	Einleitende Anmerkungen	0
2	Aufweichung der Daten-bearbeitungsschranke	1
2.1	Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»	1
2.2	Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben.....	3
2.3	Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG.....	4
2.4	Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person	4
2.5	Art. 45 Abs. 4 nNDG.....	5
2.6	Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG.....	5
3	Auskunftsrecht	6
3.1	Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts	6
3.2	Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD.....	7
4	Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)	8
4.1	Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät	8
4.2	Bedingungen der Genehmigung	9
4.2.1.	Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG – Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus ...	9
4.2.2.	Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten	11
4.3	Genehmigungsverfahren.....	12
4.3.1.	Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM.....	12
4.3.2.	Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland.....	13
4.4	Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM	14
4.5	Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen	15
4.6	Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen	16
4.6.1.	Vernichtung und Aussonderung von Daten	16
4.6.2.	Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten.....	17
4.7	Art. 83 nNDG – Rechtswege.....	18
4.8	Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen	20
4.9	Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen	22
4.10	Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland	24
4.11	Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)	25
4.12	Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland	25
4.13	Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist	25
4.14	Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung.....	26

5	Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB	27
6	«Internet» statt «Cyberraum»	28
6.1	Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG	28
6.2	Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG	28
7	Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND	28
8	Strafrechtliche Bestimmungen	29
8.1	Art. 83a nNDG – Organisationsverbot	29
8.2	Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot	30
8.3	Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen	30
8.4	Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit	31
9	Ausweitung des Ausreiseverbots	32
9.1	Art. 24h nBWIS	32
9.2	Art. 24k nBWIS – Altersgrenze	33
10	Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung	34

1 Einleitende Anmerkungen

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDel) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb ist humanrights.ch aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, unter anderem auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet,

¹ Vgl. Vorkommnisse im EJPd, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPd, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

² Vgl. Art. 3 aBWIS.

³ Vgl. BBl 1994 II 1127, hier 1171.

⁴ Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBl 2020-2971, hier 3045.

⁵ Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsteherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBl 2021-570, hier S. 111).

dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

2 Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1 Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur so lange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁶

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und

⁶ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

bearbeitet werden) waren bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist, von zentraler Bedeutung.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁷

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder

⁷ Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁸ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

2.2 Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen. Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.⁹ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Der NDB hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme

⁸ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

⁹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

| In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

2.4 Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

| Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat. Dabei hat er über die entsprechenden Organisationen viele Informationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹⁰

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

| Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹¹ Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹² Es ist nicht davon auszugehen, dass dort eine Löschung von Daten erfolgt.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff.

Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf

¹¹ Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

¹² Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>; <https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

die Identität von Personen oder die konkreten Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDel fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹³ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDel, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁴ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

3 Auskunftsrecht

3.1 Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁵ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se

¹³ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

¹⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBl 2010 7739, S. 2 ff.

¹⁵ Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁶ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁷

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁸ zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die Versammlungsfreiheit.¹⁹ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

3.2 Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagedarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²⁰ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²¹ Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

¹⁶ BGE 147 I 280, E 9.2.4.

¹⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

¹⁸ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

¹⁹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

²⁰ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

²¹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

4 Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1 Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen. Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²² Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²³ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁴ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

²² Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2149.

²³ BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

²⁴ Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu vielmehr das Ortungsgerät wieder demontieren müssten.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG – Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEBM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden. Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoß gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEBM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁵ Das Gesetz muss zudem die Bedin-

²⁵ Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

gungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁶ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁷

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁸ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»²⁹ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³⁰

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³¹ Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So sind immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigungen in den Fokus des Nachrichtendienstes geraten. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivist*innen, Frauenbewegungen, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche vom Staatsschutz als potentiell gefährlich empfunden wurden.³²

²⁶ Vgl. EGMR, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/ NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

²⁷ Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, Urteil vom 13. September 2018, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

²⁸ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

²⁹ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.

³⁰ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

³¹ Vgl. EGMR, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31. August 2021, N 20.

³² Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

Mehrere Berichte der GPDel und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, grundrechtlich geschützte Daten über politische Tätigkeiten sammelte.³³ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁴

4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz demnach ersuchen, Überwachungsmassnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Händen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

³³ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

³⁴ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

4.3 Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen Akten* und nicht nur die «*wesentlichen Akten*» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁵ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche *für* eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen mitunter darauf zielen, bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage Erkenntnisse zu gewinnen. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit auf ein spezifisches Element in den Akten gelenkt wird.³⁶

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich aus diesem Grund schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die

³⁵ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

³⁶ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.

Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁷. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten aber zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der

³⁷ SR 173.320.4.

NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuteten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandsschweizer*innen ist das höchst problematisch. So gibt es etwa keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die das Abfangen und Öffnen ihrer Stimmcouverts verbietet. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4 Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist die Verlängerung einer GEBM notwendig, so muss der NDB gemäss Art. 29b nNDG lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Damit können GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend ihre Verlängerung fortgesetzt werden. Das eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Eine Befristung von GEBM ist im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips u.a. gerade Zweck der gerichtlichen Genehmigung. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die

deshalb explizit vorgesehen werden, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGers vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden, müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) unter Eigentum oder Nutzung einer weiteren Person sein kann und damit potentiell zusätzliche Menschen von der Massnahme tangiert sind.

Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen mit fortschreitender Zeit der GEBM erhöht, und nicht geschwächt werden.

Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5 Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMRK, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁸.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.³⁹ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst, den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

4.6 Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

³⁸ EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

³⁹ Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, soweit und solange eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN ALLEEN, *Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmassnahmen Rechtsschutz gewährt werden?*, Zürich, 2017, N 59.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴⁰ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴¹ Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er*sie von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussondungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwalt*innen besteht daher die Gefahr, dass Richter*innen Informationen

⁴⁰ Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigte Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

⁴¹ Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fliessenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7 Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelte Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, welche die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden

müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen. Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.⁴² Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGers und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung

⁴² Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmaßnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige *materielle* Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzahungen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.⁴³ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

⁴³ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 9.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.⁴⁴ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa auch die Aktionsform «Menschentepich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

⁴⁴ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 10.

4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosser Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechungen nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, der*die in einem für den NDB relevanten Bereich (bspw. Terrorismus, aber auch Gewalttextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine «Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁵ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.
2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung

⁴⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 12.

von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁶

3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁷ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber*innen darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁸ Bereits mit der bestehenden gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die demgegenüber aber grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängige Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten

⁴⁶ Vgl. Stellungnahme der Ärztereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

⁴⁷ Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

⁴⁸ Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: *medialex* 6/16 sowie *medialex* Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR, *Goodwin v. The United Kingdom* (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108.

gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, wo dies gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermag. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis oder der Quellenschutz durchbrochen worden sind und, dass die Betroffenen damit ihren grundrechtlichen Schutz verloren haben. Die Kenntnisnahme, der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se, wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «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 [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁴⁹

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

4.10 Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikater. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beamt*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz – soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen.

⁴⁹ BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

4.11 Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.12 Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» ändern, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

4.14 Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob die die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB in diesem Verfahren bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, die ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie etwa Syrien oder Russland haben. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen. Entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten hat er darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht einfach eruiert werden kann, über welche Leitungen die Daten aus und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten,

dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruieren können soll als die Schweizer Betreiber*innen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieter*innen von Telekommunikationsleistungen – zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiber*innen und Anbieter*innen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelaufklärungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

5 **Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB**

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDel hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDel im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁵⁰ Auch andere in der Öffentlichkeit be-

⁵⁰ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

kannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵¹

6 «Internet» statt «Cyber- raum»

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen: «zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. Da de facto das Internet überwacht werden soll, ist dies auch wörtlich so festzuhalten.

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen: «zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

vgl. Erläuterung 6.1

7 Art. 75 ff. NDG – Komplett- revision der Aufsichtsbe- hörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

⁵¹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

8 Strafrechtliche Bestimmungen

8.1 Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhten (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵². Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenes Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen. Nach der Publikation im Bundesblatt⁵³ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden konnte. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

⁵² SR 122.

⁵³ Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 I 802.

8.2 Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3 Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵⁴ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

⁵⁴ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum eine Verfügung des NDB derart mehr respektabler sein sollte als das Urteil eines Gerichts.

Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

8.4 Art. 83d und 83e nNDG – Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermassen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

9 Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1 Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann. Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist» und Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁵ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

9.2 Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

| Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15

⁵⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

10 Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine *gesetzliche Regelung* vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁶

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁷ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder

⁵⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 22.

⁵⁷ Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBl 2020 7639 ff.

eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, inwieweit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen verbleiben wir mit freundlichen Grüßen,



Marianne Aeberhard, Geschäftsleiterin



Konferenz der Kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren
Conférence des directrices et directeurs des départements cantonaux de justice et police
Conferenza delle direttrici e dei direttori dei dipartimenti cantonali di giustizia e polizia

Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
Nachrichtendienst des Bundes

Per E-Mail:

vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Bern, 08.09.2022
05.16 dub.

Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG); Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 18. Mai 2022 haben Sie unsere Konferenz eingeladen, zur erwähnten Revisionsvorlage Stellung zu nehmen. Wir danken Ihnen dafür bestens.

Gerne teilen wir Ihnen mit, dass wir die vorgeschlagenen Änderungen grundsätzlich begrüssen. Die Regelungen zur Tätigkeit und Finanzierung der unabhängigen Aufsichtsbehörde geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Im Übrigen erlauben wir uns, folgende Punkte speziell zu erwähnen:

- **Zuständigkeit im Cyberraum**

Gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. b des Entwurfs soll die Zuständigkeit des Nachrichtendienstes (NDB) auf sicherheitspolitisch bedeutsame Geschehnisse im Cyberraum ausgedehnt werden. Dies wie auch die Schaffung des in Abs. 2 der Bestimmung vorgesehenen Nachrichtenverbunds sind zu begrüssen. Allerdings wird der Begriff des Cyberraums weder im Gesetzesentwurf selbst noch im erläuternden Bericht hinreichend konkretisiert. Da es sich um eine Kompetenznorm handelt, regen wir an, dies nachzuholen.

- **Finanzierung von sicherheitsrelevanten Personen oder Gruppierungen**

Art. 26 des Entwurfs schafft die Rechtsgrundlage für das Einholen von Informationen über die Finanzierung von sicherheitsrelevanten Personen oder Gruppen bei Finanzintermediären. Wir erachten diese Möglichkeit als zentral für die Verfolgung von Terrorismus-Finanzierung und begrüssen sie.

- **Gewalttätiger Extremismus**

Die Neuaufnahme von Beschaffungsmassnahmen im Bereich des gewalttätigen Extremismus gemäss Art. 27 des Entwurfs wird aufgrund der Zunahme der Radikalisierung und Gewaltbereitschaft gewisser Personenkreise als unumgänglich bewertet und deshalb begrüsst.

Neben diesen grundlegenden Neuerungen sieht der Entwurf eine Vielzahl von technischen Anpassungen in der Zusammenarbeit des NDB mit externen Stellen vor. Art. 20 Abs. 1 des Entwurfs begrüssen wir in der vorgeschlagenen Fassung. Für alle weiteren, die Zusammenarbeit des NDB mit den kantonalen Nachrichtendiensten betreffenden Bestimmungen verweisen wir auf die Ausführungen der Konferenz der kantonalen Polizeikommandantinnen und -kommandanten (KKPKS) in ihrer Vernehmlassungsantwort vom 20. Juli 2022. Ebenfalls unterstützen möchten wir den dort gestellten Antrag zur Anpassung des Entschädigungssatzes und der Verlängerung der Geltungsdauer des jeweiligen Verteilschlüssels für die Abgeltung der Leistungen der Kantone auf Verordnungsebene.

Für die Berücksichtigung unserer Anliegen und die stets gute Zusammenarbeit danken wir Ihnen bestens.

Freundliche Grüsse



Fredy Fässler
Präsident

Der Präsident

Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS

Per E-Mail:

vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Bern, 20. Juli 2022

Vernehmlassungsantwort der KKPKS zur Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Konferenz der kantonalen Polizeikommandantinnen und -kommandanten der Schweiz (KKPKS) bedankt sich für die Möglichkeit, zu oben genannter Vernehmlassung Stellung nehmen zu können.

Bundesgesetz über den Nachrichtendienst (NDG)

Die KKPKS begrüsst im Allgemeinen die vorgesehene Revision des Nachrichtendienstgesetzes. Insbesondere unterstützt die KKPKS folgende Änderungen:

- Art. 6 NDG:

Die Ausdehnung des Auftrags des NDB auf sicherheitspolitisch bedeutsame Vorgänge im Cyberraum wird als zeitgemäss und notwendig erachtet (Abs. 1 lit. b). Weiter unterstützt die KKPKS den in Abs. 2^{bis} vorgesehenen Nachrichtenverbund, welcher es erlaubt, dass über kantonsübergreifende Ereignisse zentral informiert werden kann.

- Art. 9 NDG:

Die KKPKS begrüsst die in Abs. 4 vorgesehene Klarstellung, dass der NDB der Verantwortliche für die Datenbearbeitung der kantonalen Vollzugsbehörden ist, soweit sich die Datenbearbeitung auf das NDG stützt. Dabei ist unerheblich, ob die kantonalen Vollzugsbehörden unaufgefordert oder gestützt auf einen konkreten Auftrag des NDB tätig werden.

- Art. 14 NDG:

Neu soll der Einsatz von Ortungsgeräten als Unterstützungsmassnahme von rechtlich zulässigen Observationen möglich sein. Dabei dient der Einsatz eines Ortungsgeräts lediglich zur Erleichterung und Sicherstellung einer Observation und beschränkt sich auf die Übermittlung der aktuellen Koordinaten des Beobachtungsobjekts während einer laufenden Observation. Einziger Zweck ist somit, das Aufrechterhalten einer Observation zu gewährleisten, wobei die Übermittlung von Ortungsdaten zu beenden ist, wenn das Beobachtungsobjekt dauernd verloren



Der Präsident

wurde. Allfällig gespeicherte Daten, die für das Funktionieren des Ortungsgeräts aus technischen Gründen unverzichtbar sind, sind am Ende der Observation umgehend zu vernichten.

Die KKP/CCP teilt die Ansicht, dass der Einsatz von Ortungsgeräten unter den genannten Bedingungen verhältnismässig ist und die im erläuternden Bericht vorgebrachten Vorteile, insbesondere z.B. gefährliche Überholmanöver in dichtem Strassenverkehr zu vermeiden oder die Vereinfachung, aufgrund wechselnder Distanzen bei einer Observation unerkannt zu bleiben, klar überwiegen. Auch die KKP/CCP schätzt den Eingriff in die Privatsphäre beim vorgesehenen restriktiven Einsatz von Ortungsgeräten tendenziell nicht grösser ein als bei der Observation selbst. Die KKP/CCP spricht sich deshalb für die Einführung dieses zusätzlichen Hilfsmittels für eine Observation aus.

- Art. 26 NDG:

Mit Art. 26 soll der NDB neu die Möglichkeit zum Einholen von Informationen von Finanzintermediären über die Finanzierung von sicherheitsrelevanten Personen oder Gruppierungen erhalten, womit eine Lücke in der Datenbeschaffung geschlossen werden soll. Die KKP/CCP begrüsst diese Änderung, weil damit insbesondere auch die Möglichkeiten zur Bekämpfung der Terrorismus-Finanzierung ausgeweitet werden.

- Art. 27 NDG:

Die KKP/CCP unterstützt weiter die Ausweitung der genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen auf den gewalttätigen Extremismus. Wie im erläuternden Bericht erwähnt wird, haben Ereignisse im Ausland gezeigt, dass solche Aktivitäten auch Ausmasse annehmen können, welche die innere und äussere Sicherheit schwer bedrohen.

- Art. 57 Abs. 3 NDG:

Es wird begrüsst, dass der NDB den Mitarbeitenden der kantonalen Vollzugsbehörden zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach Art. 6 Abs. 1 NDG ebenfalls im Abrufverfahren Zugriff auf die Daten der anderen Kantone geben kann.

Bezüglich folgender Artikel beantragt die KKP/CCP eine Präzisierung oder eine Änderung:

- Art. 7 Abs. 1 lit. e-h und 1^{bis} - 3 NDG:

Es ist nach Ansicht der KKP/CCP von Interesse zu wissen, inwiefern Art. 7 Abs. 1 lit. e – h und 1^{bis} – 3 NDG auch auf die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der kantonalen Vollzugsbehörden angewendet werden können. Art. 7 Abs. 1^{bis} NDG sieht vor, dass es für die Auswertung der Nutzung der NDB-Daten sowie der zur Verfügung gestellten Geräte durch den NDB und das Einholen von Auskünften über die Mitarbeiterin oder den Mitarbeiter der schriftlichen Zustimmung eines Mitglieds der Direktion bedarf. Es ist zu prüfen, ob es für die kantonalen Vollzugsbehörden nicht zusätzlich auch einer schriftlichen Zustimmung der kantonalen Linienvorgesetzten bedarf. Sollte dies der Fall sein, müsste aus diesem Grund Art. 7 Abs. 1^{bis} NDG entsprechend ergänzt werden. Fraglich ist ebenfalls, ob auch private Reisen von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der kantonalen Vollzugsbehörden in oder durch Länder mit besonderen Risiken als bewilligungspflichtig erklärt werden können.



Der Präsident

- Art. 20 Abs. 1 NDG:

Folgende Behörden sind in Artikel 20 Abs. 1 NDG zusätzlich aufzunehmen:

- Sozialdienste
- Behörden des Kindes- und Erwachsenenschutzes
- Steuerbehörden
- Betreibungs- und Konkursämter
- Kantonale Strassenverkehrs- und Schifffahrtsämter
- Bundesamt für Strassen (ASTRA)
- Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL)

Die Sozialdienste und Behörden des Kindes- und Erwachsenenschutzes (kommunal und kantonal) stellen in ihrem Zuständigkeitsbereich bei Personen regelmässig Hinweise auf extremistische Gefährdungen fest. Aufgrund des Vertrauensverhältnisses zwischen diesen Behörden und der betroffenen Person bestehen für diese Behörden hohe Hürden für eine Mitteilung an die kantonalen Vollzugsbehörden des NDG. Zur Erhöhung der Handlungssicherheit dieser Behörden ist eine Aufnahme der Behörden in Artikel 20 NDG sehr dienlich. Zudem liegt es auch im Interesse der Wahrung der inneren Sicherheit, dass diese Behörden ebenfalls der Mitteilungspflicht nach Artikel 20 Absatz 3 NDG unterliegen.

Erfahrungsgemäss sind bei Personen, von welchen eine extremistische Gefährdung ausgeht, Abklärungen nötig bei Behörden, welche besonders schützenswerte Personendaten bearbeiten. Damit hier allfällige datenschutzrechtliche Bedenken dieser Behörden vermieden werden können, ist eine Erwähnung der Behörden notwendig (Steuerbehörden, Betreibungs- und Konkursämter, Kantonale Strassenverkehrs- und Schifffahrtsämter, Bundesamt für Strassen (ASTRA), Bundesamt für Zivilluftfahrt (BAZL)).

- Art. 25 NDG:

Art. 25 Abs. 1 lit. a NDG sieht neu vor, dass der NDB unter gewissen Bedingungen «im Einzelfall» auch Auskünfte oder Aufzeichnungen von einer natürlichen oder juristischen Person verlangen kann, welche gewerbmässig einen Beherbergungsbetrieb führt. Die Erfahrung in der Praxis zeigt, dass der Anwendungsbereich der Datenbearbeitung «im Einzelfall» tendenziell eng ausgelegt wird. Zur Gewährleistung und zum Schutz der inneren Sicherheit ist immer wieder auch eine etwas systematischere Datenbearbeitung über eine längere Zeitspanne hinweg erforderlich. Der NDB und die KND werden deshalb auch auf Möglichkeiten des periodischen Abrufs von Informationen angewiesen sein, zumal dies aus unserer Sicht einen deutlichen Mehrwert zur Erkennung, Verhinderung oder Abwehr von Bedrohungen bringen würde. Wir empfehlen deshalb eine Formulierung zu prüfen, welche aufzeigt, dass auch diese Art und dieser Umfang der Informationsbeschaffung vom «Einzelfall» abgedeckt sind.

Weiter beantragen wir eine explizite Nennung der juristischen Personen, welche Flughäfen/Flugplätze betreiben, sollten Flughafenbetreiberinnen nicht bereits von Buchstabe a erfasst sein.

Neuer Art. 25 Abs. 1 lit. c NDG: «von Gesundheitsfachpersonen: Auskunft über Wahrnehmungen, die im Zusammenhang mit der Behandlung stehen.»

Regelmässig liegen bei Personen, von welchen eine extremistische Gefährdung ausgeht, auch medizinische Ursachen bzw. Symptome vor. Häufig sind bei diesen Personen psychiatrische



Der Präsident

Abklärungen erforderlich. Aus der Behandlung dieser Personen kann die Gesundheitsfachperson (weitere) Wahrnehmungen machen, die auf eine extremistische Gefährdung hinweisen. Die Mitteilungspflichten und –rechte von Gesundheitsfachpersonen sind auf kantonaler Ebene geregelt. Die Auskunftspflicht dieser Fachpersonen ist aber auch im NDG vorzusehen. Für die Entbindung vom Berufsgeheimnis gelten die hierfür kantonal vorgesehenen Regelungen. Einer Entbindung wird aber von der zuständigen kantonalen Stelle nur zugestimmt, wenn eine klare gesetzliche Grundlage für die Auskunftspflicht besteht. Hierfür ist die Ergänzung im NDG erforderlich.

- Art. 26 Abs. 1 lit. e NDG:

Die «Durchsuchung von Fahrzeugen und Behältnissen» soll keine genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahme mehr darstellen, sondern ohne Genehmigung für den NDB und die kantonalen Vollzugsdienste möglich sein. In Anlehnung an die kantonalen Polizeigesetze, welche für sicherheitspolizeiliche Durchsuchungen von Fahrzeugen und Behältnissen keine Genehmigung vorsehen (vgl. z.B. Artikel 98 Polizeigesetz Kanton Bern), ist auf eine Genehmigung nach NDG ebenfalls zu verzichten.

Für die Durchsuchung von Fahrzeugen und Behältnissen (allenfalls besser: Durchsuchung von «Sachen») ist ein eigener Artikel im NDG zu schaffen, welcher keine Genehmigung vorsieht. Der neue Artikel ist ebenfalls in Artikel 85 Absatz 1 NDG zu berücksichtigen.

- Art. 53 NDG:

Art. 53 NDG sieht die Bearbeitung durch kantonale Vollzugsbehörden vor. Nach Ansicht der KKPKS fehlt eine gesetzliche Grundlage, die es erlaubt, bei Wiederaufnahme eines Falles nach Import ins SiLAN die z.B. für die Observation notwendigen Daten wieder auf BURAUT erhältlich zu machen.

Die Datenbekanntgabe durch die KND wird in der NDV präzisiert. Der entsprechende Art. 33 NDV wurde einer vorgezogenen Revision unterzogen. Die neuen Art. 33 und 33a NDV sind bereits am 01.12.2021 in Kraft getreten. Gemäss Erläuterung des NDB an die KND dürfen somit von den kantonalen Vollzugsbehörden selbst und ohne konkreten Auftrag beschaffte Daten durch die KND in eigener Kompetenz weitergegeben werden. Bei allen anderen Daten braucht es nach wie vor das Einverständnis des NDB.

Es ist der KKPKS ein Anliegen zu wissen, ob durch die vorgesehene Änderung in Art. 53 Abs. 3 NDG von heute «Abwendung einer erheblichen Gefährdung» durch «frühzeitige Erkennen und Verhindern von Bedrohungen der inneren oder äusseren Sicherheit» die Datenweitergabe von den kantonalen Nachrichtendiensten an die Kantonspolizeien nun niederschwelliger möglich ist, oder ob es sich um eine rein formelle Anpassung handelt.

- Art. 53 Abs. 4 NDG:

Die kurze Aufbewahrungsdauer von 5 Jahren für Daten aus den Vorabklärungen der kantonalen Vollzugsbehörden, die nicht in einen Bericht an den NDB einfließen, schmälert die Wirksamkeit der Vollzugsbehörden in ihrer nachrichtendienstlichen Tätigkeit. So handelt es sich bei Daten, die etwa infolge eines nicht klar ersichtlichen Gewaltbezugs der Handlungen einer Zielperson nicht in einen Bericht an den NDB einfließen, meist trotzdem um Daten mit nachrichtendienstlichem Wert. So sind Daten einer sich radikalisierenden Person etwa aus dem

Der Präsident

dschihadistischen Umfeld wichtig, auch wenn deren Handlungen noch keinen klaren Gewaltbezug zeigen. Eine solche Radikalisierung kann sich über Jahre hinziehen. Verstreichen nun die 5 Jahre ohne weitere Hinweise zu dieser Person, weil sie landesabwesend ist (Bsp. studiert in Medina) oder polizeilich nicht in Erscheinung tritt, müssen alle Erkenntnisse gelöscht werden. Aus Sicht der KKPKS erscheint es prüfenswert, die Aufbewahrungsdauer dieser Daten von 5 auf 10 Jahre zu erhöhen.

- Art. 85 Abs. 1 NDG:

Die Aufzählung in Artikel 85 Absatz 1 NDG ist mit Artikel 24 NDG zu ergänzen. Die Befragung ist in Artikel 23 und 24 NDG geregelt, die Anhaltung und damit verbundenen Identitätsfeststellung und Befragung lediglich in Artikel 24 NDG.

Es kommt in Einzelfällen auch vor, dass kantonale Vollzugsdienste ebenfalls Anhaltungen zwecks Identitätsfeststellungen und Befragung vornehmen. Damit Unklarheiten bei der praktischen Umsetzung vermieden werden, soll Artikel 85 Absatz 1 NDG auch den Artikel 24 NDG umfassen.

Verordnung über den Nachrichtendienst (NDV)

Die KKPKS möchte die Gelegenheit nutzen, anlässlich der aktuell laufenden Revision des Nachrichtendienstgesetzes auch Anpassungen der Nachrichtendienstverordnung zu beantragen.

Gemäss Art. 6 NDV berechnet sich die pauschale Abgeltung der Leistungen der Kantone zum Vollzug des NDG nach der Höhe des dafür bewilligten Kredits und dem unter den Kantonen geltenden Verteilschlüssel. Der Verteilschlüssel wird aufgrund der Summe der Stellenanteile derjenigen Personen in den Kantonen bestimmt, bei denen der Aufgabenvollzug nach dem NDG einen wichtigen Anteil ihrer regelmässigen Arbeit bildet. Der NDB legt den Verteilschlüssel nach Bedarf, mindestens aber alle vier Jahre, zusammen mit den Kantonen fest und hört dazu die KKPKS an.

Die KKPKS sieht eine Anpassung der Verteilschlüssels wie auch eine Erhöhung des aktuell geltenden Entschädigungsansatzes pro kantonale Nachrichtendienststelle als dringend notwendig. Der heute geltende Entschädigungsansatz wurde während mindestens 15 Jahren nicht angepasst. Die KKPKS beantragt deshalb eine Anpassung des Entschädigungsansatzes an die aktuellen Gegebenheiten, sinnvollerweise ergänzt durch einen Mechanismus zur wiederkehrenden Anpassung (z.B. basierend auf der Entwicklung des Konsumentenindex).

Die aktuell vorgesehene Geltungsdauer eines jeweiligen Verteilschlüssels von vier Jahren ist zu kurz. Bis ein Korps die notwendigen Stellen und Kompetenzen aufgebaut hat, droht schon wieder eine Anpassung des Stellenetats, womit für die Kantone keinerlei Planungssicherheit mehr besteht. Die KKPKS beantragt deshalb eine Erhöhung der Geltungsdauer eines jeweiligen Verteilschlüssels auf sechs Jahre, wobei insbesondere auch zu beachten ist, dass beim Wechsel des Verteilschlüssels eine genügend lange Übergangsfrist vorgesehen wird.



KKPKS
CCPCS

Konferenz der kantonalen Polizeikommandantinnen und -kommandanten
Conférence des commandantes et des commandants des polices cantonales
Conferenza delle e dei comandanti delle polizie cantonali

Der Präsident

Besten Dank für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Freundliche Grüsse

Der Präsident

Mark Burkhard, Kdt Polizei Basel-Landschaft

Kopie z.K.:

- Mitglieder der KKP/CCP
- GS KKJPD

Nachrichtendienst des Bundes
Papiermühlestrasse 20
3003 Bern

Per Mail:
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Bern, 5. September 2022

Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG); Vernehmlassungsverfahren

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zum Vorentwurf für eine Änderung des Nachrichtendienstgesetzes (VE-NDG) Stellung nehmen zu können. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ergeben sich folgende Hinweise:

1. Allgemeine Bemerkungen

Die vorliegende Revisionsvorlage zielt in diversen Punkten auf eine Erweiterung der Datenbearbeitungskompetenzen des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB) ab. Insbesondere aufgrund der mangelnden Erkennbarkeit für die betroffenen Personen, der Sensibilität der bearbeiteten Daten sowie die extrem grosse Anzahl potenziell betroffener Personen, müssen verschiedene dieser Kompetenzerweiterungen als unverhältnismässige und somit unzulässige Eingriffe in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gewertet werden. Hinzu kommt der beträchtliche *chilling effect*, d.h. die abschreckende Wirkung, den die ausgebauten Kompetenzen auf die Grundrechtsausübung, insbesondere auch die Kommunikationsgrundrechte, auslösen. Dieser *chilling effect* ist in jüngerer Zeit vermehrt vom Bundesgericht und vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) gerügt worden. Entsprechend ist wichtig, den Überwachungsmaßnahmen des NDB klare Grenzen zu setzen. Bedauerlicherweise werden im vorliegenden Entwurf jedoch gerade gewisse solche Grenzen, die beim Erlass des NDG vor wenigen Jahren noch unbestritten waren oder gelobt wurden, aufgeweicht. Dies erfolgt, ohne dass eine erhebliche Veränderung in der Bedrohungslage in dieser Zeit erkennbar wäre.

2. Bemerkungen zu den einzelnen Artikeln des NDG

Art. 5 Abs. 5

Der heutige Begriff «Informationen» soll durch «Personendaten» ersetzt werden, ohne dass dies im Erläuternden Bericht (nachfolgend «EB») begründet wird. Das Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 25.09.2020 definiert «Personendaten» nunmehr als Angaben über *natürliche* Personen und nicht auch über andere Rechtsträger. Nach Art. 5 Abs. 6 VE-NDG sollen die dort geregelten Ausnahmen – und damit auch der Grundsatz – auch für Organisationen gelten. Dafür ist der Begriff «Personendaten» aber zu eng und entsprechend zu ändern.

Antrag: «Er beschafft und bearbeitet keine personenbezogenen Informationen ~~Personendaten~~ über ...»

Art. 5 Abs. 6 Bst. c

Die neue Ausnahme in Bst. c führt zu einer Vermischung der *nachrichtendienstlichen präventiven* mit der *polizeilichen repressiven* Tätigkeit. Sobald konkrete Gefahren für Organisationen oder Personen abgewendet werden sollen, fällt dies in den Zuständigkeitsbereich der herkömmlichen Strafverfolgungsbehörden. Insbesondere die Ausführungen im Erläuternden Bericht (nachfolgend «EB»), wonach die zulässigen Datenbearbeitungen neu sogar auf Personen und Organisationen ausgedehnt werden, «die von den in Artikel 6 Absatz 1 Buchstaben a genannten Aktivitäten *bedroht werden könnten*» (Hervorhebung hinzugefügt), führt zu einer beinahe uferlosen Ausdehnung der Datenbearbeitungsbefugnisse. Dadurch kann von einer «ausnahmsweise Zulässigkeit der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung» kaum mehr die Rede sein.

Antrag: Art. 5 Abs. 6 Bst. c ist ersatzlos zu streichen.

Art. 5 Abs. 6 Bst. d

Es wird im EB nicht überzeugend dargelegt, inwiefern es zur effektiven Beurteilung und Steuerung von Quellen tatsächlich nötig sei, Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zu bearbeiten. Zumal es sich um einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff handelt, der nur zulässig ist, sofern er wirklich erforderlich ist, d.h. das mildeste geeignete zur Verfügung stehende Mittel zur Erreichung des angestrebten Ziels darstellt. Vorliegend erscheint eine genügende Beurteilung und Steuerung von Quellen durchaus auch ohne Bearbeitung solcher sensiblen Personendaten möglich.

Antrag: Art. 5 Abs. 6 Bst. d ist ersatzlos zu streichen.

Art. 6 Abs. 1 Bst. b

Die Aufnahme des Begriffes «Cyberraum» ist grundsätzlich nachvollziehbar. Allerdings handelt es sich um einen relativ neueren Begriff der unterschiedlich ausgelegt werden kann. Aus diesem Grund wäre es zu begrüssen und der Rechtsicherheit dienlich, wenn der Begriff im Gesetz selbst näher definiert würde.

Art. 7 Abs. 1 Bst. f

Der EB führt aus, dass die Abklärungen nach Bst. f, anders als die Massnahmen nach Bst. e, mit Einwilligung der betroffenen Person erfolgen müssen. Bedauerlicherweise

ergibt sich diese Einschränkung aber nicht aus dem Gesetzestext. Wir beantragen eine explizite Verankerung im Gesetz.

Antrag: «bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte auf eine akute Bedrohung seiner Sicherheit über eine Mitarbeiterin oder einen Mitarbeiter sicherheitsrelevante mit deren Einwilligung Auskünfte einholen und Daten aus öffentlich zugänglichen Informationsquellen und aus ihm zugänglichen Informationssystemen sowie aus seinen eigenen Daten beschaffen und bearbeiten um zu beurteilen, ob er eine erneute Personensicherheitsprüfung einleiten muss».

Art. 13 Abs. 1

Diese Bestimmung wurde seinerzeit vom alten Gesetz übernommen. Sie sollte den aktuellen Gegebenheiten angepasst werden. Die von Privaten und Behörden in den sozialen Medien und im Internet veröffentlichten Informationen sollten explizit aufgeführt werden (Antrag).

Art. 14 Abs. 3

Die neue Bestimmung soll dem NDB ermöglichen, an Fahrzeugen oder Gegenständen Ortungsgeräte anzubringen, «wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Observation erforderlich ist». Diese Massnahme wird sodann von den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen ausgenommen (vgl. Art. 26 Abs. 1 Bst. b). Als Begründung führt der EB im Wesentlichen an, dass das Anbringen von Ortungsgeräten notwendig sei, weil ansonsten oftmals das Beobachtungsobjekt aus dem Blickfeld geraten könne und dann ggf. nicht mehr auffindbar sei. Zwar mag es zutreffen, dass die Datenübermittlung der Ortungsgeräte nach Art. 14 Abs. 3 auf Ortungsdaten beschränkt sei und diese spätestens bei Beendigung der Observation zu löschen seien. Nichtsdestotrotz ermöglichen solche Ortungsgeräte eine erhebliche Erweiterung des Observationsspektrums und stellen einen sensiblen Grundrechtseingriff dar.

Das Bundesgericht erklärte in BGE 147 I 103 E. 17 eine Bestimmung im bernischen Polizeigesetz zum Einsatz von Ortungsgeräten für verfassungswidrig. Es kritisierte die Unbestimmtheit der Rechtsgrundlage und verglich diese mit den Massgebenden Bestimmungen der StPO (Art. 269 ff. StPO) sowie des NDG (Art. 26 Abs. 1 Bst. b i.V.m. Art. 27 Abs. 1 NDG). Zum einen sei die bernische Bestimmung nicht auf Fälle mit dringendem Tatverdacht auf eine schwere Straftat bzw. konkreter Bedrohung von wichtigen Rechtsgütern beschränkt. Zum anderen fehle das Erfordernis einer richterlichen Genehmigung. Im vorliegenden Entwurf ist der Einsatz von Ortungsgeräten zur Observation an keine der für die genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen geltenden strengen Voraussetzungen gebunden. Es besteht die Gefahr, dass solche Ortungsgeräte bei Observationen standardmässig zum Einsatz kommen würden, besteht doch regelmässig – gerade im Strassenverkehr oder an belebten Orten – das Risiko, dass Beobachtungsobjekte kurzzeitig aus dem Blickfeld geraten können.

Zusammenfassend erscheint Art. 14 Abs. 3 mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung unvereinbar und ist als unverhältnismässiger Grundrechtseingriff ersatzlos zu streichen.

Antrag: Art. 14 Abs. 3 ist ersatzlos zu streichen.

Art. 19 Abs. 2 Bst. f

Es wird auf die Ausführungen zu Art. 6 Abs. 1 Bst. b verwiesen.

Art. 26 Abs. 1 Bst. b

Es wird auf die Ausführungen zu Art. 14 Abs. 3 verwiesen.

Art. 26 Abs. 1 Bst. f

Die Finanzierung von Terrorismus steht bereits im Visier zahlreicher Behörden (fedpol, kantonale Strafbehörden, MROS etc.). Es ist deshalb nicht ersichtlich, weshalb in diesem Bereich die Befugnisse des NDB erweitert werden müssten. Potenziell wäre eine Vielzahl von Kundinnen und Kunden von Finanzinstituten in der Schweiz betroffen – und dies allenfalls bereits bei sehr niedrigen Zuwendungssummen. Insofern erscheint die Massnahme unverhältnismässig.

Antrag: Art. 26 Abs. 1 Bst. f ist ersatzlos zu streichen.

Art. 27 Abs. 1 Bst. a Ziff. 1

Die Anpassung hat eine sensible Ausweitung der zulässigen Beschaffungsmassnahmen zur Folge. Insbesondere sollen solche Massnahmen künftig auch zur Bekämpfung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten nach Art. 19 Abs. 2 Bst. e greifen. Dabei hatte der Bundesrat 2014 in seiner Botschaft zum NDG noch betont, dass «gewalttätiger Extremismus näher an politisch-ideologischen Bewegungen angesiedelt [sei], was besondere Zurückhaltung erforder[e]» (BBI 2014 2167). Bereits damals erkannte der Bundesrat, dass Extremismus der sich zu Terrorismus nach Art. 19 Abs. 2 Bst. a entwickelt, als solcher sämtlichen Beschaffungsmassnahmen zulänglich sei. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Bedrohungslage seit dem Erlass dieser Botschaft wesentlich verändert haben sollte. Vielmehr besteht die Gefahr, dass unter dem offenen Begriff des gewalttätigen Extremismus eine Fülle von Ideologien der nachrichtendienstlichen Überwachung unterstellt werden könnten. Dies hätte u.a. einen erheblichen *chilling effect*, d.h. eine abschreckende Wirkung auf die legitime Ausübung von Kommunikationsgrundrechten, insbesondere auf die Versammlungsfreiheit. In Betracht kämen z.B. Klimaaktivistinnen und -aktivisten, Anhängerinnen und Anhänger der *Black Lives Matter*-Bewegung oder gar Teilnehmende an Frauenrechtsdemos. Dass es auch bei Veranstaltungen solcher Gruppierungen zu Gewalt kommen kann, liegt auf der Hand. Allerdings erscheint der Bedrohungsgrad für die innere Sicherheit in keiner Weise mit demjenigen von terroristischen Aktivitäten vergleichbar. Verbunden mit dem besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriff, vermag die ange-dachte Ausdehnung der nachrichtendienstlichen Beschaffungsmassnahmen auf gewalttätigen Extremismus den Grundrechtsschranken nach Art. 36 BV nicht standzuhalten.

Antrag: «Es besteht eine konkrete Bedrohung im Sinne von Artikel 19 Absatz 2 Buchstaben a–d».

Art. 27 Abs. 1 Bst. a Ziff. 2

Zunächst ist anzumerken, dass die Bestimmung durch die zahlreichen Ebenen zunehmend unübersichtlich geworden ist. Nach der Ziffernebene nun auch noch mit Lemmas fortzufahren erscheint im Sinne der Klarheit und Rechtsetzungsmethodik unerwünscht.

Ferner ist hervorzuheben, dass die Voraussetzungen in den Lemmata unter Ziff. 2 den Anwendungsbereich der Beschaffungsmassnahmen kaum einschränken werden können, sind sie doch dermassen unbestimmt, dass wohl die allermeisten Bedrohungen darunter subsumiert werden könnten. Vor allem die Beurteilung, ob internationales Handeln «unerlässlich» sei oder «negative Reaktionen» gegenüber der Schweiz zu erwarten seien, lässt

einen beinahe grenzenlosen Ermessensspielraum offen. Die Voraussetzungen sind mit Blick auf die verlangte hinreichende Bestimmtheit klarer zu definieren (Antrag).

Art. 28 Abs. 2

Die Streichung von Abs. 2 überrascht und vermag nicht zu überzeugen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb hier von den Regelungen der StPO abgewichen werden sollte. Im Gegenteil würde die angedachte Streichung einen regelrechten Paradigmenwechsel herbeiführen, war doch bis anhin die Privilegierung des Berufsgeheimnisses der betreffenden Berufsgruppen unbestritten. Im Rahmen des Erlasses des NDG wurde vielmehr sogar über die Ausdehnung des Berufsgeheimnisses auf weitere Berufsgruppen (z.B. Finanzdienstleister) diskutiert (vgl. BBl 2014 2168).

Antrag: Der geltende Abs. 2 von Art. 28 ist unverändert beizubehalten.

Art. 41 Abs. 3

Die Verlängerung der Genehmigungsdauer für eine Kabelaufklärung von höchstens 6 Monaten auf 12 Monaten ist problematisch. Als Dauer für eine solch einschneidende Überwachungsmaßnahme erscheint ein ganzes Kalenderjahr unverhältnismässig. Gleichwohl ist verständlich, dass gerade die maximale Verlängerungsdauer von 3 Monaten angesichts des Aufwands und der Komplexität der Massnahme relativ kurz bemessen ist. Deshalb wird vorgeschlagen, die anfängliche Höchstdauer von 6 Monaten beizubehalten, dafür aber die Verlängerungsdauer auf höchstens 6 Monate anzuheben.

Antrag: «Die Genehmigung gilt für höchstens sechs Monate. Sie kann nach demselben Verfahren um jeweils höchstens sechs Monate verlängert werden».

Art 46 und 58b

In den Fällen von Art. 46 Abs. 2 soll die Prüfung, ob Personendaten über die politische Betätigung oder die Ausübung der Kommunikationsgrundrechte vorliegen, erst dann erfolgen, wenn diese Daten als Arbeitsdaten gekennzeichnet werden. Damit können – gemäss der heutigen Praxis – Daten von nicht betroffenen Dritten ohne Prüfung ihrer nachrichtendienstlichen Relevanz bis zur Löschung nach fünf Jahren in den Datenbanken des NDB gespeichert und gefunden werden können. Dies erachten wir als unverhältnismässig. Die Personendaten von Dritten sind generell (d.h. nicht nur im Rahmen der Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 NDG) unmittelbar nach der Triage der Arbeitsdaten mindestens daraufhin zu überprüfen, ob sie allenfalls für weitere nachrichtendienstliche Tätigkeiten von Bedeutung sein können.

Antrag zu Art. 46: «¹ Der NDB prüft nachrichtendienstliche Personendaten, die er nicht als Arbeitsdaten kennzeichnet (Art. 44 Abs. 2), auf ihre Bedeutung für die Wahrnehmung der Aufgaben nach Art. 6. Ist keine Bedeutung erkennbar, löscht er die Personendaten.

² ... [hier Art. 46 Abs. 1 VE-NDG einfügen]»

Nach der ursprünglich vorgenommenen Prüfung sieht Art. 58b VE-NDG für Arbeitsdaten, die einer Person zugeordnet wurden, eine periodische Prüfung auf ihre nachrichtendienstliche Bedeutung vor. Dieses Instrument der Qualitätssicherung ist auf jene nachrichtendienstlichen Personendaten auszudehnen, die nicht als Arbeitsdaten gekennzeichnet wurden.

Antrag zu Art. 58b: «^{1bis} Der NDB überprüft periodisch, ob die nachrichtendienstlichen Personendaten, die nicht als Arbeitsdaten gekennzeichnet sind, auf ihre Bedeutung für die Wahrnehmung der Aufgaben nach Art. 6. Ist keine Bedeutung erkennbar, löscht er die Personendaten».

Art. 53 Abs. 1

Es ist vorgesehen, dass die kantonalen Vollzugsbehörden Daten für kurze Zeit in der kantonalen Arbeitsumgebung zwischenspeichern können. Eine Speicherung der Daten in einer anderen als der vom Bund zur Verfügung gestellten Umgebung stellt jedoch ein erhebliches Risiko für die Datensicherheit dar. Dass die Zwischenspeicherung nur für kurze Zeit erfolgt, vermag diese Risiken nicht genügend zu mindern. Datensicherheitsverletzungen können nämlich auch sehr kurzfristig erfolgen. Mit einer Zwischenspeicherung in einer anderen Arbeitsumgebung, über die der Bund keine Hoheit hat, verliert er die jederzeitige Kontrolle über die Daten. Aus faktischen Gründen führt gegenwärtig jedoch kein Weg an einer Zwischenspeicherung auf kantonalen Arbeitsumgebungen vorbei. Für diese Notlösung ist eine befristete gesetzliche Grundlage zu schaffen. Der Bund muss unverzüglich technischen Voraussetzungen schafft, damit die kantonalen Vollzugsorgane ihm Daten übermitteln können, ohne diese vorgängig in der eigenen Arbeitsumgebung zwischenspeichern zu müssen.

Antrag: Die Bestimmung ist zeitlich auf 3 Jahre zu befristen (das Aufhebungsdatum bereits vorzusehen).

Art. 63a

Die Revision des Auskunftsrechts, wodurch die Rechte der betroffenen Person grundsätzlich gestärkt werden, ist generell zu begrüßen. Problematisch ist allerdings – wie der EB selbst bereits hervorhebt – die Einschränkung des Rechtswegs. Diese Einschränkung ist verfassungsrechtlich und völkerrechtlich kaum haltbar. Es ist zu fordern, dass gegen die Verweigerung, Einschränkung oder den Aufschub der Auskunft (aber auch gegen die Auskunftserteilung, soweit die gesuchstellende Person die Rechtmässigkeit des Inhalts bestreitet) ein ordentliches und vollkommenes Rechtsmittel an das Bundesverwaltungsgericht geschaffen wird (Antrag).

Art. 76 und 77

Der Revisionsentwurf führt den wichtigen Grundsatz der Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde über den NDB (AB-ND) weiter. Sehr zu begrüßen ist ausserdem, die Stärkung der Budgetautonomie der AB-ND. Gleichwohl bietet die Revision noch weitere Chancen, die Unabhängigkeit der AB-ND zu stärken und dadurch eines der selbsterklärten Ziele der Vorlage besser zu verwirklichen.

Erstens steht das Wahlverfahren der Leiterin oder des Leiters der AB-ND in einem Spannungsverhältnis zur Unabhängigkeit. Um ihrer Aufsichtstätigkeit möglichst unabhängig zu begegnen, ist in jüngerer Zeit wiederholt festgestellt worden, dass die Mitglieder von Aufsichtsbehörden über die Verwaltung nicht von der Exekutive gewählt werden sollten. Entsprechend werden die Mitglieder der Aufsichtsbehörde über die Bundesanwaltschaft sowie der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte von der Vereinigten Bundesversammlung gewählt. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb ein anderes Wahlverfahren für die Leiterin oder den Leiter der AB-ND gelten sollte.

Zweitens ist die administrative Angliederung an das VBS (Art. 77 Abs. 1 zweiter Satz) problematisch. Diese – sei es auch nur eine administrative – Nähe zum VBS und somit auch zum NDB ist der unabhängigen Aufsichtstätigkeit abträglich. Eine solche Angliederung ist denn auch anderen unabhängigen Aufsichtsbehörden, namentlich der AB-BA, dem EDÖB oder der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) fremd. Zu begrüssen wäre deshalb eine administrative Verselbständigung der AB-ND. Subsidiär käme allenfalls die administrative Angliederung an ein anderes Departement, z.B. an das EJPD, in Betracht.

Zusammenfassend wird vorgeschlagen, dass die Leiterin oder der Leiter der AB-ND von der Vereinigten Bundesversammlung gewählt und die AB-ND administrativ verselbständigt oder allenfalls einem anderen Departement als dem VBS angegliedert wird (Antrag).

Art. 82 Abs. 2

Der heutige Gesetzestext sieht vor, dass Kantone zur Unterstützung der Dienstaufsicht ein getrenntes Kontrollorgan einsetzen können. Dieses ist den vorgesetzten Stellen verantwortlich. Einzelne Kantone haben erkannt, dass ein getrenntes Kontrollorgan besonders effektiv arbeiten kann, wenn es mit voller Unabhängigkeit ausgestattet wird. Eine solche Lösung hat der Kanton Solothurn gewählt und auch im Kanton Basel-Stadt agiert das getrennte Kontrollorgan faktisch als unabhängige Instanz. Der Gesetzestext ist dahingehend anzupassen, dass deutlicher hervorgeht, dass den Kantonen die Möglichkeit zum Einsatz eines unabhängigen Kontrollorgans offensteht. Gleichwohl soll für die Kantone weiterhin die Möglichkeit bestehen, entweder kein getrenntes Kontrollorgan zu bezeichnen oder aber eines, dass die Dienstaufsicht unterstützt und dieser unterstellt ist. Zu prüfen wäre allerdings auch die Lösung, wonach die Kantone nur unabhängige getrennte Kontrollorgane einsetzen können.

Antrag: «Die Dienstaufsicht in den Kantonen obliegt denjenigen Stellen, die dem jeweiligen kantonalen Vollzugsorgan vorgesetzt sind. Diese können zur Unterstützung der Dienstaufsicht ein vom kantonalen Vollzugsorgan getrenntes Kontrollorgan einsetzen, das den vorgesetzten Stellen verantwortlich ist. **Die Kantone können ein unabhängiges getrenntes Kontrollorgan einsetzen**».

Variante: «Die Dienstaufsicht in den Kantonen obliegt denjenigen Stellen, die dem jeweiligen kantonalen Vollzugsorgan vorgesetzt sind. ~~Diese können zur Unterstützung der Dienstaufsicht ein vom kantonalen Vollzugsorgan getrenntes Kontrollorgan einsetzen, das den vorgesetzten Stellen verantwortlich ist.~~ **Die Kantone können ein unabhängiges getrenntes Kontrollorgan einsetzen**».

Art. 83b Abs. 2

Die Ausweitung der Strafbestimmungen auf fahrlässige Handlungen erscheint äusserst problematisch. Es geht aus dem EB nicht hervor und ist nicht weiter ersichtlich, inwiefern ein Bedarf bestehen sollte, fahrlässige Wiederhandlungen gegen Tätigkeitsverbote strafrechtlich zu ahnden. Die Tatbestände, die Fahrlässigkeit erfassen, bilden im Strafrecht die Ausnahme, während dem Grundsatz nach nur vorsätzliches Handeln strafbar ist (Art. 12 Abs. 1 StGB). Die Ausnahmen von diesem Grundsatz betreffen i.d.R. besonders hochrangige Rechtsgüter wie Leib und Leben. Hervorzuheben ist, dass auch die neu vorgesehene Verletzung des Organisationsverbots nach Art. 83a keine Strafbarkeit für fahrlässige Handlungen vorsieht.

Antrag: Abs. 2 von Art. 83b ist ersatzlos zu streichen.

3. Bemerkungen zu den einzelnen Artikeln des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS; SR 120)

Art. 24h Abs. 1 Bst. b

Im EB ist ausgeführt, dass die Regelung «nur auf Personen anwendbar [sei], die sich mit *sehr hoher Wahrscheinlichkeit* an Gewalttätigkeiten beteiligen werden» (Hervorhebung hinzugefügt). Zur besseren Klarheit ist diese Einschränkung direkt in den Gesetzestext aufzunehmen. Nur so kann davon ausgegangen werden, dass – wie der EB darlegt – die Ausreisebeschränkung das Grundrecht auf Meinungsfreiheit nicht tangiert.

Antrag: «aufgrund konkreter und aktueller Anhaltspunkte mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit angenommen werden muss, dass sie ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen».

Art. 24m Abs. 2

Der Entscheid über die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde gegen eine Ausreisebeschränkung sollte im freien Ermessen des Bundesverwaltungsgerichts liegen. Dieses hat anhand einer umfassenden Interessenabwägung darüber zu befinden. Dass die aufschiebende Wirkung allenfalls den Zweck der Massnahme gefährden könnte, hat das Gericht bei der Abwägung freilich zu berücksichtigen. Indessen erscheint eine Vorwegnahme der Abwägung unverhältnismässig.

Antrag: «Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. Die Beschwerdeinstanz kann einer Beschwerde von Amtes wegen oder auf Antrag einer Partei aufschiebende Wirkung erteilen, ~~wenn der Zweck der Massnahme dadurch nicht gefährdet wird~~».

4. Bemerkungen zu Art. 89e Bst. a des Strassenverkehrsgesetzes (SVG; SR 741.01)

Art. 89e Bst. a

Die vorgeschlagene Korrektur des gesetzgeberischen Versehens ist zuzustimmen. Bei dieser Gelegenheit soll die Bestimmung aber auch inhaltlich präzisiert werden. Nach dem Revisionsentwurf sollen in Bst. a neu sowohl der Zugriff der Polizeiorgane wie auch jener des NDB inhaltlich gleich geregelt werden. Dies ist materiell nicht richtig. Es ist vertretbar, dass der NDB im Rahmen seiner Aufgabenerfüllung Zugriff auf sämtliche Daten, die er für seine Aufgabenerfüllung benötigt, erhält. Eine Einschränkung soll aber hinsichtlich der gespeicherten Passfotos von Personen vorgesehen werden. Im SVG soll ausdrücklich geregelt werden, dass Passfotos von Personen nur unter eingeschränkten Voraussetzungen für nachrichtendienstliche Zwecke weiterverwendet werden dürfen.

Antrag: Bst. a von Art. 89e SVG ist unverändert beizubehalten. Für den NDB ist ein neuer Buchstabe mit folgendem Wortlaut einzufügen: «der Nachrichtendienst des Bundes: in sämtliche Daten, die für die Erfüllung seiner Aufgaben nach dem Bundesgesetz über den Nachrichtendienst vom 25. September 2015 (NDG) erforderlich sind; Passfotos dürfen nur bearbeitet werden, sofern die Voraussetzungen nach Art. 19 NDG erfüllt sind».

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen Ihnen für Rückfragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Ueli Buri
Präsident privatim



Schweizerischer Anwaltsverband
Fédération Suisse des Avocats
Federazione Svizzera degli Avvocati
Swiss Bar Association

Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport (VBS)
Nachrichtendienst des Bundes (NDB)

Per Email versandt:

vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Bern, der 5. September 2022

Stellungnahme des Schweizerischen Anwaltsverbands (SAV-FSA) zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG)

Sehr geehrter Frau Bundesrätin,

Sehr geehrte Damen und Herren

Der Schweizerische Anwaltsverband bedankt sich für die Einladung zum oben genannten Vernehmlassungsverfahren und nimmt nachfolgend Stellung.

Die Vorlage verfügt stellenweise über notwendige Kompetenzerweiterungen zur Aufgabenerfüllung und wird im Grundsatz den Anforderungen des revidierten DSG gerecht. Sie hat indessen einen wesentlichen Mangel: Die im Strafrecht statuierte und bei deren Verletzung sanktionierte Pflicht zur Wahrung des Berufsgeheimnisses soll für alle in Art. 321 genannten Berufsgruppen nicht mehr vorbehalten bleiben. Damit wird insbesondere auch das anwaltliche Berufsgeheimnis ausgehebelt. Das Berufsgeheimnis der unabhängigen Anwältin ist nicht nur eine in Art. 321 StGB zur Rechtspflicht erhobene moralische Pflicht, ihm kommt auch ein institutioneller Charakter zu. So bezeichnet schon das Bundesgericht das anwaltliche Berufsgeheimnis als ein im öffentlichen Interesse geschaffenes, für einen funktionierenden und Zugang zur Justiz garantierenden Rechtsstaat unerlässliches Institut. Mit ihm soll die Vertraulichkeit sämtlicher Einblicke, welcher der Klient im Rahmen einer berufsspezifischen Tätigkeit der Anwältin oder dem Anwalt in seine Verhältnisse gewährt hat, garantiert werden. Erst die Vertraulichkeit ermöglicht dem Rechtssuchenden der Anwältin oder dem Anwalt die für eine zutreffende Beratung und wirksame Rechtsvertretung notwendigen Grundlagen vorbehaltlos zu offenbaren, weshalb sie unerlässliche Grundlage für deren Berufsausübung und damit für eine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Justiz bildet. (BGer vom 9.5.2016, 2C_586/2015, E.2.2 und 2.3; siehe auch BGE vom 22.6.2021, 1B_333/2020, E.2.2.2). In einem Rechtsstaat muss jeder Rechtssuchende, der in einen Konflikt mit dem Staat oder mit anderen Personen verwickelt wird, mit seiner Anwältin in völliger Offenheit kommunizieren können, ohne befürchten zu müssen, dass diese Kommunikation oder ein Teil davon später offengelegt oder zu fremden sachfremden Zwecken verwendet wird. Diese Vertraulichkeit ist unerlässlich, um den ungehinderten Zugang zum Recht möglich zu machen.

Diese Vernehmlassungsantwort beschränkt sich auf die aus der Sicht der schweizerischen Anwaltschaft erforderlichen Änderungen:

1. Art. 5 Abs. 7 revNDG

Der Zusatz «es sei denn, der Grund ist weiterhin gegeben» wirkt redundant. Im gleichen Satz wird bereits als Bedingung für die Löschung aufgestellt, dass der Grund nicht mehr gegeben ist: «sobald der Grund für die Bearbeitung nicht mehr gegeben ist».

Der Zusatz «es sei denn, der Grund ist weiterhin gegeben» sollte gestrichen werden.

2. Art. 28 revNDG

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG würde das anwaltliche Berufsgeheimnis zur Makulatur werden. Anwälte sind Organe der Rechtspflege und das Anwaltsgeheimnis stellt ein Säule der Rechtsstaatlichkeit dar. Jede Einschränkung oder Relativierung des anwaltlichen Berufsgeheimnisses beschädigt das Vertrauen in die Anwaltschaft und damit das Vertrauen in den Rechtsstaat selbst. Das Anwaltsgeheimnis ist die unerlässliche Basis des Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant. Nur wenn ein Mandant darauf vertrauen kann, dass die von ihm offenbarten Informationen im Austausch mit seinem Beistand geschützt sind, wird er sich dem Anwalt mitteilen. Diese Mitteilung ist Voraussetzung für die interessengerechte Warnung der Interessen des Mandanten und zur Herstellung der Waffengleichheit; mithin erfordert die Kommunikation im Verhältnis Anwalt-Mandant einen uneingeschränkten Schutz vor den Interessen Dritter an den Informationen.

Der Schutz des Berufsgeheimnisses ist sowohl durch Art. 13 BGFA als eine zentrale Berufspflicht normiert, als auch in Art. 6 und 8 EMRK grundrechtlich verankert.

Bereits aus der Verpflichtung zur Wahrung des Anwaltsgeheimnis würde - in Kenntnis zukünftiger möglicher Massnahmen des NDB - jeder Anwalt verpflichtet sein, seine Kommunikation noch weitergehend als heute zu schützen. Dies würde die Anwaltschaft zwingen, selbst diejenigen Kommunikationswege zu nutzen, mit denen die organisierte Kriminalität operiert. Dies ist weder zumutbar, noch sind die damit einhergehenden Gefahren der Kompromittierung durch Dritte ausserhalb der regulären Kommunikationswege für einen Anwalt kontrollierbar. Es drängen sich Fragen auf wie: «*Müsste ein Anwalt zur Erfüllung seiner Berufspflicht aus Art. 13 BGFA zukünftig das Darkweb nutzen, um sensible Daten seines Mandanten möglichst effektiv vor einem etwaigen Eindringen in seine Computersysteme und Computernetzwerke gem. Art. 26 Abs. 1 lit. d NDG zu schützen?*» Der faktische Zwang auf Anwaltsseite zur Hochrüstung und Sicherstellung von technischen und organisatorischen Gegenmassnahmen gegen eine etwaige Aufklärung des Kanzleibetriebs sollte nur in autokratischen Staaten und Diktaturen notwendig sein.

Aber auch perspektivisch dürfte die Ermächtigung zur Überwachung von Rechtsanwälten vor dem EGMR zu einer Blossstellung der Schweiz auf dem internationalen Parkett führen. Die Überwachung von Rechtsanwälten verstösst sowohl gegen Art. 6 Abs. 1 und 3 EMRK (Fair-Trial-Grundsatz) als auch gegen Art. 8 EMRK (Schutz der Privatsphäre). Das Anwaltsgeheimnis hat de facto (abgeleiteten) Grundrechtscharakter. Bereits mit Urteil des EGMR vom 16. December 1992, Az.: 13710/88 stellte es klar, dass der sachliche Schutzbereich von Art. 8 EMRK auch die Tätigkeit des Anwalts umfasst und unter "Wohnung" auch die Kanzleiräume zu verstehen sind. Auch würde etwaig gegen den aus Art. 6 EMRK abgeleiteten nemo-tenetur-Grundsatz verstossen werden. Rechtsanwälte durch einen Nachrichtendienst überwachen zu lassen, um an Informationen über Mandaten zu gelangen, würden einen nicht gerechtfertigten Eingriff in diese Grundrechte darstellen. Soweit sich eine

Massnahme also nicht oder nicht auch gegen einen Rechtsanwalt richtet, ist das Anwaltsgeheimnis zu wahren.

Weiter scheint der Bericht zur Vernehmlassung zu verkennen, soweit die privaten Daten des Anwalts schlicht gelöscht werden sollen, dass für die Frage der Grundrechtsverletzungen nicht entscheidend ist, welche Daten verwertet werden, sondern die Grundrechtsverletzungen bereits durch die Datenerhebung entstehen. Es besteht aufgrund des Anwaltsgeheimnis ein grundrechtlich verankertes Erhebungsverbot beim Anwalt, das auch bei Erhebung und späterer Löschung verletzt werden würde.

Die Forderung des Anwaltsverband ist daher:

-Das bestehende Anordnungsverbot mit Verweis auf die geschützten Berufsgruppen nach Art. 171-173 StPO liegt im weit überwiegenden öffentlichen Interesse an Rechtsstaatlichkeit und muss erhalten bleiben (siehe einleitende Bemerkungen oben).

-Wie bisher sind Überwachungsmaßnahmen bei Rechtsanwälten nur statthaft, wenn ein Verfahren gegen diese geführt werden sollte, und ein Richter eine konkret umschriebene Massnahme anordnet.

3. Art. 29a revNDG

In einer zunehmend digitalisierten Welt ist für die Beachtung der Art. 6 und 8 EMRK nicht entscheidend, wo Daten einer betroffenen Person erhoben werden, sondern wie diese Person betroffen ist. Selbstverständlich wird der nemo-tenetur-Grundsatz auch verletzt, wenn der NDB (etwaig ohne Genehmigung) Daten einer von einer Massnahme betroffenen Person oder seines Rechtsanwalts etwa bei einem deutschen Hostler erheben dürfte. Vielmehr besteht sogar die konkrete Gefahr, dass der NDB im Fall der Erhebungsmöglichkeit an mehreren Orten stets den richterlichen Genehmigungsvorbehalt umgehen könnte - oder sich gar (in der Praxis nicht nachprüfbar) standardmässig auf Art. 29a revNDG berufen könnte. Insbesondere mit Blick auf die jüngste Vergangenheit des Dienstes und der sich in der Öffentlichkeit festgesetzte Eindruck des Eigenlebens des schweizerischen Geheimdienstes, muss der Richtervorbehalt auch für Massnahmen und betreffend Daten im Ausland gelten.

Art. 29a Abs. 5 revNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

4. Art. 30 Abs. 3 und 4 revNDG

Art. 30 Abs. 3 und 4 revNDG sind zu weitgehend und umgehen den Richtervorbehalt. So ist in der Praxis insbesondere zu befürchten, dass schwerwiegende Eingriffe wie die Ortung, das Eindringen in Computersysteme, sowie die Durchsuchung bewusst nicht im Antrag an das Gericht enthalten sind, um diese später selbst anzuordnen. Es handelt sich gerade nicht um geringfügige Erweiterungen. Eine etwaige Verlängerung muss dem Richtervorhalt - wie die Entscheidung selbst - unterliegen.

Entsprechend müssen Art. 30 Abs. 3 und 4 revNDG gestrichen und ersetzt werden durch:

Art. 30 Abs. 3 NDG

Die Vorsteherin oder der Vorsteher des VBS kann nach Erteilung einer Genehmigung nach Art. 29a betreffend nicht bereits im Zeitpunkt der Antragstellung bekannten Fernmeldeanschlüssen und Postadressen eine Beschaffungsmassnahme ohne weiteren Antrag eine Beschaffungsmassnahme erweitern. Sie oder er informiert die

Vorsteherin oder den Vorsteher des EDA und die Vorsteherin oder den Vorsteher des EJPD über den Entscheid.

5. Art. 32 lit.c NDG/revNDG

Vor einer Massnahme, die dem Richtervorbehalt untersteht, darf eine solche nicht durchgeführt werden. Anderenfalls hätte es der NDB durch den Zeitpunkt einer (verspäteten) Antragstellung in der Hand, den Richtervorbehalt in Teilen zu umgehen. Auch dieser Möglichkeit ist mit Blick auf die jüngere Geschichte des Dienstes daher durch eine Streichung zu begegnen.

Art. 32 lit. c NDG/revNDG muss gestrichen werden.

6. Art. 37 NDG/revNDG

Der Artikel sollte neugefasst werden und eine Unterscheidung nach dem Wohnsitz der betroffenen Person einführen. Soweit Personen mit Wohnsitz in der Schweiz betroffen sind, sollte der Richtervorbehalt gelten. Anderenfalls besteht die Möglichkeit der (in der Praxis nicht rekonstruierbaren) Umgehung mit der Behauptung, beispielsweise von der Schweiz aus gesendete Daten an eine andere Person in der Schweiz an einem im Ausland befindlichen Knotenpunkt abgefangen zu haben.

7. Art. 50 Abs. 2 revNDG

Betreffend Daten der Berufsgruppen der Art. 171-173 StPO besteht bereits ein Erhebungsverbot, dessen Rechtsreflex die sofortige Löschung sein muss. Illegal erhobene Daten sind zu löschen, damit kein Anreiz für den NDG zur illegalen Beschaffung/illegalen Massnahmen geschaffen wird.

Die Satzteile «Aussonderung und» sowie «nicht erforderlichen» sollten gestrichen werden.

8. Art. 46 revNDG

Wenn Beschaffung und/oder Bearbeitung bereits illegal sind, sind diese Daten zu löschen und nicht in anderer Form weiterzuarbeiten. Eine Unterscheidung von erhobenen Daten und Arbeitsdaten relativiert eine etwaig bereits begangene Grundrechtsverletzung nicht. Wenn ohne Rechtsgrundlage Daten erhoben werden, sind die Grundrechte der Betroffenen bereits durch die Erhebung durch den NDB und nicht erst durch dessen Bearbeitung verletzt - ob und wann welche Daten als Arbeitsdaten übernommen werden, relativiert die Verletzung nicht.

In Art. 46 Abs. 1 Satz 2 revNDG muss das Wort «anonymisiert» durch «löscht» ersetzt und der zweite Absatz des Artikels vollständig gelöscht werden.

Der Schweizerische Anwaltsverband dankt Ihnen für Ihre Kenntnisnahme.

Präsidentin SAV

Birgit Sambeth Glasner



Generalsekretär SAV

René Rall



Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS
Nachrichtendienst des Bundes NDB
Papiermühlestrasse 20, 3003 Bern

Gotthardstrasse 65
Postfach
8027 Zürich

T +41 43 305 07 77

info@swissjews.ch
swissjews.ch

Zürich, den 01. September 2022

Vernehmlassung über die Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen dafür, dass Sie uns die Gelegenheit geben, uns zur Vernehmlassung über die Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst zu äussern.

Als Dachverbände der jüdischen Gemeinden der Schweiz bezwecken wir die Wahrung und Förderung der gemeinsamen Interessen der hier ansässigen Jüdinnen und Juden. Zu unseren wichtigsten Anliegen gehören die Sicherheit der jüdischen Gemeinschaft der Schweiz und deren Institutionen sowie die Prävention von Antisemitismus und Gewalt gegenüber jüdischen Menschen. Jüdinnen, Juden und jüdische Institutionen gerieten in den vergangenen Jahrzehnten weltweit regelmässig in den Fokus terroristischer und gewaltextremistischer Gruppierungen.

Der SIG und die PLJS äussern sich in dieser Vernehmlassungsantwort nur zu den Artikeln 26 und 27 NDG. Die Revision dieser beiden Artikel erlaubt es dem Nachrichtendienst neu auch gewalt-extremistische Akteure zu überwachen und mögliche Bedrohungen frühzeitig zu erkennen. Dies ist für den SIG und die PLJS eine wichtige Voraussetzung zum Schutz vor allem von bedrohten Minderheiten, aber auch der Gesamtbevölkerung.

Aus diesem Grund befürworten SIG und PLJS die Revision der beiden Artikel 26 und 27 des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst.

Mit freundlichen Grüssen



Dr. Ralph Lewin
Präsident des SIG



Peter Jossi
Co-Präsident der PLJS

Vernehmlassung

Consultation

Consultazione

Zürich, den 01.09.2022

Schweizerischer
Israelitischer
Gemeindebund **SIG**

Gotthardstrasse 65
Postfach
8027 Zürich

T +41 43 305 07 77

info@swissjews.ch
swissjews.ch

Plattform der Liberalen Juden
der Schweiz **PLJS**

Hallwylstrasse 78
8004 Zürich

T +41 43 322 03 14

office@liberaljews.ch
liberaljews.ch

Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS

Per E-Mail:
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Bern, den 2. September 2022

Vernehmlassung Änderung Nachrichtendienstgesetz NDG

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 18. Mai 2022 haben Sie unsere Konferenz eingeladen, zur erwähnten Vorlage Stellung zu nehmen. Dafür danken wir Ihnen bestens.

Die Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz SSK-CPS begrüsst die angestrebte Revision des NDG. Insbesondere befürworten wir die Ausdehnung des Anwendungsbereichs von genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen (GEBM) auf den gewalttätigen Extremismus sowie auf die Überwachung von Finanzintermediären, die es ermöglichen soll z. B. Finanzflüsse von Terrororganisationen oder Spionagenetzwerken aufzuklären.

Auf folgende für die Strafverfolgung wichtige Punkte möchten wir jedoch gerne hinweisen:

- **Information über angeordnete Massnahmen durch Zwangsmassnahmen-gerichte (Art. 29a Abs. 3 NDG)**

Art. 29a Abs. 3 sieht vor, dass die Zwangsmassnahmengerichte und der Dienst ÜPF den NDB und das BVGer über die angeordneten Massnahmen informieren, um eine "doppelte" Überwachung zu vermeiden. Dieser Punkt greift den bisherigen Art. 29 NDG auf. Wir sind der Ansicht, dass diese Aufgabe nicht den ZMG, sondern der jeweils zuständigen Staatsanwaltschaft zufallen sollte. Die kantonalen Staatsanwaltschaften und die Bundesanwaltschaft können die Koordination mit dem NDB unseres Erachtens besser gewährleisten als die ZMG. Es widerspräche klar der Konzeption der StPO, wenn eine Staatsanwaltschaft – sie ist die für das Vorverfahren zuständige Behörde – keine Kenntnis davon hat, dass eine beschuldigte Person im Visier des NDB steht, währenddessen ein ZMG dies weiss.

- **Weitergabe von strafrechtlich relevanten Erkenntnissen aus nachrichtendienstlichen Überwachungen an die Staatsanwaltschaft (Art. 60 Abs. 3 NDG) und Auskunftsrecht (Art. 62a NDG)**

Gibt der NDB Personendaten an die Strafverfolgungsbehörden weiter, besteht immer die Möglichkeit, dass die zuständige Staatsanwaltschaft ein Verfahren eröffnet gegen eine bestimmte, einer Straftat verdächtigten Person. Insbesondere besteht die Möglichkeit, dass ein solches Verfahren zunächst verdeckt läuft.

Fragt nun diese Person den NDB an, ob Personendaten über sie bearbeitet werden, kann der NDB nach Art. 63a des Änderungsentwurfes des NDG die Auskunft grundsätzlich aus den Gründen nach Art. 26 revDSG (tritt voraussichtlich per 01.09.2023 in Kraft) verweigern.

In diesem Zusammenhang ist jedoch folgender Aspekt wichtig, der gestützt auf den Entwurf von Art. 26 DSG nicht geregelt ist:

Laut Art. 26 Abs. 4 revDSG muss der Verantwortliche angeben, weshalb er die Auskunft verweigert, einschränkt oder aufschiebt. Will der NDB die Auskunft verweigern oder aufschieben, um den Erfolg eines noch verdeckt geführten Strafverfahrens nicht zu gefährden, ist dies jedoch unmöglich, wenn der NDB gestützt auf Art. 26 Abs. 4 revDSG angeben muss, weshalb er die Auskunft verweigert oder aufschiebt. Das von der Strafverfolgungsbehörde verdeckt geführte Verfahren würde aufgedeckt und dessen Zweck vereitelt. Dies ausgerechnet in Verfahren, die derart schwer wiegen, dass der NDB genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen durchführt(e). Dies muss aus unserer Sicht durch eine entsprechende Gesetzesanpassung verhindert werden.

Die Offenlegung der Bearbeitung von Daten in Fällen, in denen Daten gestützt auf Art. 60 Abs. 3 NDG an die Strafverfolgungsbehörden übergeben wurden, darf im Übrigen nur nach Rücksprache mit diesen erfolgen.

Wir danken Ihnen bestens für die Berücksichtigung unserer Anliegen.

Mit freundlichen Grüßen

Der Präsident



Michel-André Fels, Generalstaatsanwalt
des Kantons Bern

Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS
Frau Bundesrätin Viola Amherd, C VBS
Papiermühlestrasse 14
CH-3003 Bern

Per E-Mail an:
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch
(In den Formaten *.docx und *.pdf)

Bern, 31. August 2022

Stellungnahme zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Die Schweizerische Offiziersgesellschaft (SOG) bedankt sich für die Möglichkeit, im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst, Stellung nehmen zu können. Da es sich hier primär nicht um den militärischen Nachrichtendienst (MND) handelt, verzichten wir auf eine detaillierte Stellungnahme.

Wir begrüssen diese Änderungen und Ergänzungen, die es dem Nachrichtendienst des Bundes erlauben, den Entwicklungen der Sicherheitsbedürfnisse und der Wahrnehmung der Interessen unseres Landes entsprechend aktiv zu sein. Insbesondere unterstützen wir die Ausdehnung des Auftrags des NDB auf den Cyberraum, um Angriffe auf oder via Schweizer Netzwerke nachrichtendienstlich identifizieren, analysieren und verhindern zu können. Wir hoffen, dass diese Tätigkeit in einer möglichst engen Kooperation mit anderen Bundestellen, welche den Cyberraum überwachen, erfolgt. Doppelspurigkeiten sind zu verhindern.

Wir bedanken uns für Ihre Kenntnisnahme und verbleiben mit freundlichen Grüssen.

Schweizerische Offiziersgesellschaft (SOG)

Der Präsident:

Oberst Dominik Knill

Der Generalsekretär:

Oberst Olivier Savoy

Eidgenössisches Departement für
Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
VBS

Frau Bundesrätin Viola Amherd

Ausschliesslich per Mail an:

vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Zürich, 8. September 2022

Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG): Vernehmlassungsantwort

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Amherd,
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, zu oben genanntem Geschäft Stellung zu beziehen und nehmen diese gerne innerhalb der angesetzten Frist wahr.

Swico ist der Wirtschaftsverband der Digitalisierer und vertritt die Interessen etablierter Unternehmen sowie auch Start-ups in Politik, Wirtschaft und Gesellschaft. Swico zählt über 700 Mitglieder aus der ICT- und Online-Branche. Diese Unternehmen beschäftigen 56'000 Mitarbeitende und erwirtschaften jährlich einen Umsatz von 40 Milliarden Franken. Neben Interessenvertretung betreibt Swico das nationale Rücknahmesystem «Swico Recycling» für Elektronik-Altgeräte.

Aus unserer Sicht ist die vorliegende Revision überschliessend in Bezug auf die Befugnisse des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB) und den Anwendungsbereich seiner Tätigkeiten¹.

1. Überschliessende Ermächtigungen für den NDB

In Art. 19 Abs. 2 lit. f des Entwurfes zum NDG (E-NDG) wird mit dem Begriff der «sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Cyberraum» als Teil der Bedrohungen der inneren oder äusseren Sicherheit der NDB breit ermächtigt. So kann der NDB Daten über sicherheitspolitisch bedeutsame Vorgänge im gesamten Cyberraum bearbeiten (Art. 19 Abs. 2

¹ Swico hatte sich bereits am 23. Mai 2022 im Rahmen des vergangenen Revisionsvorhabens «Teilrevision vier Ausführungserlasse des Bundesgesetzes über die Überwachung des Post- und Fernmeldeverkehrs (BÜPF)» geäussert und dort ähnliche Tendenzen festgestellt, wonach klar über das erklärte Revisionsziel hinausgegangen und die Kompetenzen der Strafverfolgungsbehörden übermässig ausgedehnt werden.

lit. f i.V.m. Art. 6 Abs. 1 lit. b E-NDG). Es fehlt an einer klaren Definition und expliziten Begrenzung des Umfangs dieser Begriffe. Der NDB wird somit legitimiert, potenziell jeden Sachverhalt in der gesamten Menge von IT-Diensten und Plattformen zu untersuchen.

2. Tendenz der Massenüberwachung von Bürgerinnen und Bürger

In Fällen von terroristischen Aktivitäten und Spionage können Massnahmen nach NDG bereits heute angeordnet werden, wobei der Bereich einen grossen Interpretationsspielraum offenlässt. Neu können gemäss Gesetzesentwurf eindringliche nachrichtendienstliche Massnahmen, die genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen (GEBM), gegen Personen mit Anzeichen von gewalttätigem Extremismus verhängt werden (Art. 27 Abs. 1 lit. a E-NDG). Diese Ausweitung der Begrifflichkeit verschärft die bestehende Problematik, indem eine noch grössere Menge an Daten über die Bürgerinnen und Bürger gesammelt werden kann. Die Tätigkeit des Dienstes in diesem Bereich muss präziser geregelt und auf erhebliche Sachverhalte eingeschränkt werden.

3. Verstärkte Belastung von Dienstanbieterinnen und -anbietern

Vorliegend werden in Analogie zur Revision der BÜPF-Verordnung (siehe Fussnote Ziff. 1 vorne) die Fernmeldediensteanbieterinnen und -anbieter mit kostspieligen, neuen Verpflichtungen belastet und der Überwachungsumfang erweitert. Ausserdem wird gleichzeitig die Umsetzung für die Strafverfolgungsbehörden erleichtert. Im Revisionsvorhaben zum NDG wird zusätzlich die Dauer bestimmter Massnahmen erheblich verlängert. Beispielsweise im Fall eines Auftrags zur Kabelaufklärung von sechs auf neu zwölf Monate Maximalfrist (Art. 41 Abs. 3 E-NDG).

4. Schlussbemerkungen

Der hohe Stellenwert, die Notwendigkeit und der Nutzen von Geheimdienstarbeit und Überwachung werden nicht in Frage gestellt. Vielmehr möchten wir beantragen, die einzelnen Bestimmungen nochmals unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit zu prüfen. Massnahmen nach NDG müssen auf die notwendigen Fälle beschränkt und gezielt eingesetzt werden, was im E-NDG nicht gegeben ist. Für die ausführenden Behörden braucht es Kontrollmechanismen. Wieder zu erwägen sind auch die Ausweitung der Vorratsdatenspeicherung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs und die stärkere Abwälzung von Kosten zu Lasten der Diensteanbieterinnen und -anbieter.

Wir bedanken uns bestens für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen Ihnen bei Rückfragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

Swico



Ivette Djonova
Head Legal & Public Affairs



Adrian Müller
Präsident



Vereinigung Schweizerischer Nachrichtensoffiziere, 3000 Bern

via E-Mail: vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS
Frau Bundesrätin Viola Amherd, C VBS
CH-3003 Bern

Bern, 9. September 2022

Stellungnahme zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst für die Vereinigung Schweizerischer Nachrichtensoffiziere

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Ich bedanke mich im Namen der Vereinigung Schweizerischer Nachrichtensoffiziere bestens für die Gelegenheit zur Teilnahme am titelerwähnten Vernehmlassungsverfahren und unterbreite Ihnen nachfolgend gerne unsere Stellungnahme.

Allgemeines:

Die Anpassungen des Datenhaltungskonzepts und weitere Anpassungen im Rahmen des revidierten Datenschutzgesetzes begrüssen wir. Nachrichtendienstliche Tätigkeit wird immer mit der Schwierigkeit kämpfen, unstrukturierte Daten zu strukturieren. Die Klärungen bzgl. Datenhaltung scheinen uns einen Beitrag zu leisten, mögliches Missbrauchspotential zu reduzieren und die Arbeit des Nachrichtendienstes auf eine solide Basis zu stellen.

Die Nachrichtendienstgesetzgebung regelt heute detailliert Architektur und Funktionsweise nachrichtendienstlicher Datenablagen. Die vorgesehenen Änderungen sollen diesen Detaillierungsgrad noch wesentlich erhöhen. Während dies aus rechtstaatlicher Sicht zu begrüssen ist, führt dieser Detaillierungsgrad auch zu einigen Problemen.

Die sehr technischen Normen werden ausserhalb der nachrichtendienstlichen Fachspezialisten kaum verstanden. Darüber hinaus lässt die geplante detaillierte Gesetzgebung in den Grundzügen auf die Funktionsweise nachrichtendienstlicher Arbeit schliessen, was aus Gründen der Geheimhaltung problematisch sein kann. Schliesslich erschwert eine detaillierte Regelung es dem Dienst und dem Gesetzgeber, mit der raschen Entwicklung gerade im Bereich der Datenbearbeitung Schritt zu halten und bindet bei einer Überarbeitung übermässig administrative Ressourcen.

Es ist somit zu erwägen, die Regelung der Datenhaltung lediglich in Grundzügen und Paradigmen zu regeln, und auf Detailregelungen zu verzichten.



Beitrag zur Vereinheitlichung der Aufsicht:

Die gemäss der Änderung vorgesehene Übertragung der Aufgaben der UKI an die AB-ND wird aus Sicht der VSN dazu beitragen, die nach wie vor fragmentierte Aufsicht über die Nachrichtendienste weiter zu vereinheitlichen.

Zusätzliche nachrichtendienstliche Aktivitäten:

Ausweitungen nachrichtendienstlicher Aktivitäten in den Bereichen Gewaltextremismus, Finanzierung von schweren Bedrohungen und dem Cyberraum sind aufgrund der Sicherheitslage und technologischen Entwicklung nachvollziehbar und folgerichtig. Gerade bei Beschaffungsmassnahmen besteht jedoch Gefahr für den Schutz grundlegender Rechte in einer Demokratie. Was nachrichtendienstliche Tätigkeiten in einer Demokratie betrifft, ist gerade dieser Grundrechtsschutz sowie eine klare Trennung von Nachrichtendienst und Strafverfolgung eine wichtige Qualität, die nicht leichtfertig ausgehöhlt werden darf.

Diesbezüglich sehen wir insbesondere bei folgenden Punkten Verbesserungspotential:

Art. 19 Abs. 2

Die Ausweitung nachrichtendienstlicher Aktivitäten auf den Cyberraum ist grundsätzlich nachvollziehbar aber es wird weder eine klare Definition noch eine explizite Begrenzung des Umfangs dieser Begriffe formuliert, sodass der NDB die Freiheit hat, potenziell jeden Sachverhalt in einer unendlichen Menge von IT-Diensten und Plattformen zu untersuchen.

Art. 48

Hier sollte sichergestellt werden, dass erhobene Daten für keine anderen Zwecke genutzt werden dürfen denn für die Eingangsprüfung.

* * * * *

Wir danken Ihnen bestens für die Gelegenheit, an Ihrer Vernehmlassung mitzuwirken und hoffe, Ihnen mit diesen Ausführungen gedient zu haben. Genehmigen Sie, sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Damen und Herren, den Ausdruck meiner

vorzüglichen Hochachtung.

**VEREINIGUNG SCHWEIZERISCHER
NACHRICHTENOFFIZIERE (VSN)**

Michael Suter
Präsident



Evangelisch-reformierte Kirche
Schweiz

*Eidgenössisches Departement für
Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
(VBS)*

- per E-Mail -

Bern, 7. September 2022

Stellungnahme der Evangelisch-reformierten Kirche Schweiz EKS zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG)

Sehr geehrte Damen und Herren

Die Evangelisch-reformierte Kirche Schweiz EKS äussert sich gemäss ihres verfassungsmässigen Auftrags aus theologisch-ethischer Sicht zu bundesrätlichen Vernehmlassungen und Abstimmungen sowie gesellschaftspolitisch relevanten Themen. Die EKS tritt ein für die rechtsstaatlich garantierten Grund- und Menschenrechte, insbesondere die Religionsfreiheit und Nichtdiskriminierung, für eine gerechte, soziale, auf Teilhabe gründende Gesellschaft und für die Stärkung der demokratischen und partizipativen Rechte und gesellschaftlichen Ressourcen.

Einleitend verweist der Rat EKS darauf, dass er erstaunt ist, dass die Kirchen und Religionsgemeinschaften keine Einladung zu der Vernehmlassung erhalten hat, obwohl die das Berufsgeheimnis betreffenden Änderungen in Artikel 28 nNDG direkte und erhebliche Auswirkungen für die Arbeit, den Status und den Schutz von Pfarrpersonen und kirchlichen Mitarbeitenden haben.

1. Zur Vernehmlassungsvorlage

Die Vernehmlassungsantwort des Rates EKS fokussiert auf Art. 28 nNDG, weil die Kirchen, ihre Pfarrpersonen und Mitarbeitenden davon in direkter und einschneidender Weise betroffen sind.

Der Rat EKS lehnt die im Zuge der Revision des Bundesnachrichtengesetzes vorgeschlagene Streichung von Art. 28 Abs. 2 nNDG entschieden ab. Insgesamt äussert er grosse Bedenken gegenüber der Gesetzesrevision im Blick auf die Grundrechts- und Menschenrechtskohärenz, Verhältnismässigkeit und die zu erwartenden gesellschaftlichen Folgen.



Bevor auf die Argumente betreffend Artikel 28 NDG dargelegt werden, wird ein grundsätzlicher Hinweis, der symptomatisch für weite Teile der Gesetzesrevision stehen, vorangestellt.

1.1 Art. 5 Abs. 5f. NDG

Art. 5 Abs. 5f. nNDG lautet:

«Er beschafft und bearbeitet keine Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz. Er kann solche Daten jedoch zur Erfüllung seiner administrativen Aufgaben bearbeiten. Er kann Daten nach Absatz 5 über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschaffen und bearbeiten, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist.»

Der erläuternde Bericht des Bundesrates führt dazu aus:

«Die bisherige nachrichtendienstliche Datenbearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit soll weiterhin unangetastet bleiben. Die notwendigen Ausnahmen beschreibt Absatz 6 jedoch präziser als bisher.»¹

Bereits in der bestehenden Gesetzesfassung Art. 5 Abs. 5 NDG wird eine kategorische Datenbearbeitungsschranke definiert, die im folgenden Absatz relativiert wird: «wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass diese ihre Rechte ausübt, um terroristische, verbotene nachrichtendienstliche oder gewalttätig-extremistische Tätigkeiten vorzubereiten oder durchzuführen» (Art. 5 Abs. 6 NDG). In der Neufassung von Art. 5 Abs. 6 nNDG werden die Ausnahmen auf fünf Unterpunkte (Art. 5 Abs. 6 lit. a–e nNDG) ausgedehnt. Die Änderungen dienen nicht der Präzisierung, wie die bundesrätlichen Erläuterungen fälschlicherweise behaupten, sondern der Ausweitung von Ausnahmetatbeständen. Damit wird die Formulierung von Art 5 Abs. 5 NDG und nNDG irreführend, weil ihr kategorischer Charakter systematisch konditional ausgehöhlt und die Datenbearbeitungsschranke durch eine wachsende Anzahl von Ausnahmebestimmungen aufgeweicht wird. Darin zeigt sich die Tendenz des Gesetzgebers, nicht für mehr rechtliche Transparenz in einem intransparenten Bereich staatlichen Handelns zu sorgen, vielmehr umgekehrt die Unklarheiten im Gesetzestext zu vergrössern.

1.2 Art. 28 nNDG

Art. 28 NDG regelt die «Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegen-über Drittpersonen». Das aktuelle NDG trat 2017 in Kraft, nachdem es in der Volksabstimmung eine deutliche Mehrheit gefunden hatte. Bereits diese Gesetzesrevision hatte zu einer bedenklichen Relativierung des Berufsgeheimnisses geführt. Möglich wurde damit die uneingeschränkte Aufnahme von Gesprächen an öffentlich zugänglichen Orten in Ton und Bild als «genehmigungsfreie» Beschaffungsmassnahme (Art. 14 Abs. 1 NDG). Eingeschränkt wurde darüber hinaus der besondere Schutz des Berufsgeheimnisses auch im

¹ Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, Bern, Mai 2022, 3.



Bereich der «bewilligungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen» (Art. 26ff. NDG), indem die Überwachung der Kommunikation zwischen einer nachrichtendienstlich observierten Person mit einer Berufsgeheimnisträgerin oder einem Berufsgeheimnisträger legalisiert wurde. Die neuen nachrichtendienstlichen Kompetenzen stellten bereits damals einen schwerwiegenden Eingriff in den Grund- und Menschenrechtsschutz dar, insbesondere in das Recht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK) und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV; Art. 8 GrCh).² Art. 28 nNDG entspricht mit kleinen sprachlichen Anpassungen Art. 28 Abs. 1 NDG:

«Der NDB kann gegenüber einer Drittperson eine genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahme anordnen, wenn begründete Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person, über die Daten beschafft werden sollen, Räumlichkeiten, Fahrzeuge oder Behältnisse der Drittperson oder deren Postadressen, Fernmeldeanschlüsse, Computersysteme oder Computernetzwerke benutzt, um Daten von da aus oder dorthin zu übermitteln oder zu empfangen oder dort aufzubewahren.»

Die Argumentation des Bundesrates zu Art. 28 nNDG ist in der Sache unplausibel und verschleiert die Konsequenzen. Die Überwachung von Drittpersonen wird mit einem Beispiel begründet. Ein im Ausland befindlicher Schweizer Dschihadkämpfer, der Kontakte in die Schweiz unterhält, kann aufgrund seines Aufenthaltsortes aus technischen Gründen – im Gegensatz zu der in der Schweiz lebenden Drittperson – nicht überwacht werden. Durch die nachrichtendienstliche Überwachung der Drittperson könnten aber «für die Sicherheit der Schweiz wichtige Erkenntnisse zur Abwehr von terroristischen Bedrohungen gewonnen werden». Ausdrücklich ergänzt der Bundesrat, «dass die Anordnung von genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittperson auch möglich ist, wenn diese lediglich Empfängerin von Informationen der zu überwachenden Person ist».³ Der konstruierte Fall entspricht nicht der tatsächlichen Arbeit des NDB, wie die Behörde in ihrem Sicherheitsbericht 2021 offenlegt: «Im Einzelnen pflegt er [der NDB; FM] den Nachrichtenaustausch mit über hundert Partnerdiensten verschiedener Staaten und mit internationalen Organisationen. Dazu gehören die zuständigen Stellen bei der UNO sowie Institutionen und Einrichtungen der EU, die sich mit sicherheitspolitischen Fragen befassen. Der NDB erhält derzeit pro Jahr rund 13'500 Meldungen von ausländischen Partnerdiensten. An ausländische Partnerdienste gehen derzeit seitens NDB jährlich rund 6000 Meldungen.»⁴ Der NDB verfügt also über zuverlässige und weitreichende Möglichkeiten und Kanäle, um an Informationen über im Ausland befindliche Schweizerinnen und Schweizer zu gelangen, ohne unbeteiligte Dritte im eigenen Land zu überwachen.

Die entscheidende Neuerung der Gesetzesrevision besteht in der ersatzlosen Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG. Er lautet bisher:

² Vgl. Christine Kaufmann et al., Das Recht auf Privatsphäre im digitalen Zeitalter. Staatliche Schutzpflichten bei Aktivitäten von Unternehmen. Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Bern 2016.

³ Erläuternder Bericht, 11.

⁴ Nachrichtendienst des Bundes NDG, Sicherheit 2021. Lagebericht des Nachrichtendienstes des Bundes, Bern 2021, 91.



«Die Massnahme darf nicht angeordnet werden, wenn die Drittperson einer der in den Artikeln 171–173 StPO genannten Berufsgruppen angehört.»

Die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) regelt in Art. 71 das «Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund eines Berufsgeheimnisses». Abs. 1 und 3 lauten:

«Geistliche, Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Verteidigerinnen und Verteidiger, Notarinnen und Notare, Patentanwältinnen und Patentanwälte, Ärztinnen und Ärzte, Zahnärztinnen und Zahnärzte, Chiropraktorerinnen und Chiropraktoren, Apothekerinnen und Apotheker, Psychologinnen und Psychologen sowie ihre Hilfspersonen können das Zeugnis über Geheimnisse verweigern, die ihnen aufgrund ihres Berufes anvertraut worden sind oder die sie in dessen Ausübung wahr-genommen haben. [...]

Die Strafbehörde beachtet das Berufsgeheimnis auch bei Entbindung von der Geheimnispflicht, wenn die Geheimnisträgerin oder der Geheimnisträger glaubhaft macht, dass das Geheimhaltungsinteresse der Geheimnisherrin oder des Geheimnisherrn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.»

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG rechtfertigt der Bundesrat damit, dass «[s]tattdessen [...] auf den Artikel 50 Absatz 2 verwiesen werden» könne.⁵ Der fragliche Gesetzesabsatz behandelt aber überhaupt nicht den Schutz besonderer Berufsgruppen *vor einer Überwachung*, sondern regelt den Umgang mit ihren Daten *bei ihrer Überwachung*.⁶ Die Streichung des Verbots der Überwachung von Personen, die einem Berufsgeheimnis unterstehen, wird wiederum an einem Beispiel illustriert: Eine Ärztin, ein Arzt oder eine medizinische Hilfsperson schliesst zahlreiche Mobilfunkabonnemente ab, um einige davon der vollständigen Nutzung anderer zu überlassen. Zur Begründung führt der Bundesrat aus: «Die dem Berufsgeheimnis unterstehende Person nutzt diese Anschlüsse nie, womit das Berufsgeheimnis faktisch nicht tangiert ist. Wenn nun vom tatsächlichen Nutzer des Anschlusses eine entsprechend schwere Bedrohung der Sicherheit der Schweiz ausgeht, ist es nicht gerechtfertigt, die Überwachung eines solchen Anschlusses auszuschliessen.»⁷

Auch dieses Beispiel verschleiert den Sachverhalt, anstatt ihn zu klären und argumentiert in fahr-lässiger Weise gegen ein fundamentales Rechtsprinzip. Woher weiss die staatliche Behörde, 1. dass die Person ihre Mobilfunkabonnemente nicht für die eigenen Belange nutzt; 2. dass sie ihre SIM-Karten anderen Personen überlässt und 3. dass es sich bei einer dieser anderen Personen um eine Gefährderinnen oder einen Gefährder handelt? Wenn das Telefon einer Gefährdungsperson abgehört wird, ist es unerheblich, auf wessen Namen das Abonnement läuft. Um umgekehrt zu wissen, dass von der Person X ein Abonnement vom Geliebten Y und ein anderes Abonnement vom Dschihadisten Z genutzt wird, muss der NDB

⁵ Ebd.

⁶ Art. 50 Abs. 2 nNDG lautet: «Betrifft die genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahme eine Person, die einer Berufsgruppe nach den Artikeln 171–173 StPO⁷ angehört, so erfolgt die Aussonderung und Vernichtung der nicht erforderlichen Daten unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichts. Betrifft die Massnahme eine andere Person, so sind die Daten, zu denen einer Person nach den Artikeln 171–173 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, ebenfalls zu vernichten.»

⁷ Erläuternder Bericht, 11f.



alle Telefone abhören. Das wirft die Frage auf, was die Behörde zu der Überprüfung veranlasst hat, ob und mit welchem Abonnement von der Person X der Dschihadist Z telefoniert. Die Behörde muss das Berufsgeheimnis verletzen, um festzustellen, ob diese Person ihr Berufsgeheimnis tatsächlich missbraucht. Dass beim Abhören des Dschihadisten-Telefons kein Berufsgeheimnis verletzt wird, wie der Bundesrat behauptet, ist falsch, denn das Wissen, welches Telefon angezapft werden muss, setzt logisch voraus die Überwachung aller Telefone voraus, einschliesslich desjenigen Anschlusses, mit dem das Berufsgeheimnis betreffende Angelegenheiten besprochen werden. Das Argument des Bundesrates führt zu der absurden Konsequenz: Um das Berufsgeheimnis nicht zu verletzen, muss es vorgängig verletzt werden. Das Beispiel zeigt – entgegen der bundesrätlichen Intention –, dass das Telefon von Z nur abgehört werden kann, wenn zwingend das Berufsgeheimnis von X und die Persönlichkeitsrechte von Y verletzt werden.

Für den liberalen Rechtsstaat völlig unakzeptabel ist das Missbrauchsargument. Angesichts der Tatsache, dass in den vergangenen Jahren verheerende Terroranschläge mit vielen Opfern mit Hilfe von PKW's und LKW's ausgeführt wurden, folgt aus der bundesrätlichen Missbrauchslogik entweder ein Verbot aller Autos oder die minutiöse Überwachung aller Autofahrerinnen und Autofahrer oder zumindest die nachrichtendienstliche Behandlung aller Fahrschülerinnen und -schüler vor Aushändigung eines Fahrausweises. Kaum etwas in der Welt kann nicht missbraucht werden. Auf diese prinzipielle Missbrauchsanfälligkeit reagieren zivilisierte Staaten mit dem Recht, das ein Zuwiderhandeln pönalisiert und sanktioniert. Freiheit schliesst das Risiko des Freiheitsmissbrauchs jederzeit mit ein. Das Recht sanktioniert den Freiheitsmissbrauch in dem Umfang, wie die Freiheit in ihrer Substanz nicht gefährdet wird. Das römische Recht fasste dieses Prinzip in die bis heute gültige Formel: *Abusus non tollit usus sed confirmat substantiam* – «Missbrauch hebt den rechten Gebrauch nicht auf, sondern bestätigt dessen Wesen». Wenn der Staat rechts-staatliches Recht mit der Begründung seiner Missbrauchsmöglichkeit einschränkt oder aufhebt, wechselt er die Seiten und setzt sich selbst ins Unrecht.

1.3 Konsequenzen

Die Aufgabe des besonderen Schutzes für Berufsgruppen mit einem Berufsgeheimnis durch Streichung von Art. 28 Abs. 2 nNDG ist rechtsstaatlich prekär, bricht mit einem fundamentalen Rechtsgrundsatz, macht unbeteiligte Dritte in undurchschaubarer Weise zu Zielobjekten staatlicher Überwachung und fördert eine Haltung des Generalverdachts auf staatlicher Seite und eines generellen Misstrauens auf Seiten der Bevölkerung. Die Konsequenz ist nicht ein sicherer Staat, sondern eine verunsicherte und irritierte Gesellschaft.

«Das Seelsorgegeheimnis ist Kernelement der seelsorglichen Begleitung» [...]. Seelsorge basiert ganz wesentlich auf Vertrauen, sie kann nur «funktionieren», wenn die hilfeschuchenden Menschen sich darauf verlassen dürfen, dass das Gespräch in einem geschützten Rahmen stattfindet und nur bei ihrem Einverständnis diesen Rahmen verlässt.»⁸ Auf den negativen

⁸ Regina E. Aebi-Müller, Das Seelsorgegeheimnis im Strafvollzug. Eine Annäherung anhand von Fallbeispielen: Seelsorge & Strafvollzug 5/2021, 7–27 (7.9).



Rechtsschutz und die positiven Rechtspflichten des kirchlichen Amts- und Seelsorgegeheimnisses ist an dieser Stelle nicht einzugehen.⁹ Des Staat selbst hat ein elementares Interesse an einer kirchlichen Seelsorge, die einzelne Personen in existenziellen Lebenslagen begleitet, unterstützt, Perspektiven fördert und auf Gewaltverhältnisse deeskalierend wirkt und an einer kirchlichen Seelsorge, die für die Gesellschaft unverzichtbare integrative, konfliktpräventive und konfliktbewältigende Ressourcen bereitstellt und einbringt. Die Voraussetzungen und der Erfolg kirchlicher Seelsorge in den verschiedenen gesellschaftlichen Bereichen hängen konstitutiv ab von dem Vertrauen, das Seelsorgende einbringen, fördern und verlässlich garantieren können. «Ein solches Vertrauen muss aufgebaut werden, selbst wenn Seelsorgenden aufgrund ihres Amtes oft ein Vertrauensvorschuss entgegengebracht wird. Vertrauen ist zerbrechlich. Und Menschen, die über ihre Schuld und ihre Scham sprechen, liefern sich demjenigen aus, dem sie dies offenbaren. Durch das Anvertrauen nehmen sie Seelsorgende radikal in die Verantwortung. Sie machen diese zum Mitstreitenden, Mitwissenden, Mitleidenden, Mitsuchenden, Mithoffenden und verbünden sich mit diesen.»¹⁰

Dieser Aufgabe kann die kirchliche Seelsorge nur nachkommen, wenn ihre Arbeit in besonderer Weise durch staatliches Recht geschützt wird. Darüber hinaus besteht bereits jetzt die Möglichkeit, vom Seelsorgegeheimnis durch das explizite Einverständnis des Geheimnisherrn oder durch ein entsprechendes Gesuch an die vorgesetzte Behörde oder Aufsichtsbehörde entbunden zu werden. Im letzten Fall gilt: «Die Behörde hat das Interesse der Offenlegung gegenüber dem Bedürfnis des Geheimnisherrn an der Geheimhaltung abzuwägen. [...] Die Behörde hat zu bestimmen, inwieweit und wem gegenüber die geheimen Tatsachen offenbart werden sollen. Auch hier ist das Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten, das eine Mitteilung auf das nötige Ausmass beschränkt. Die Entbindung begründet ein Recht zur Offenbarung, verpflichtet den Geheimnisträger aber nicht dazu.»¹¹ Die Kirche selbst garantiert den verantwortlichen Umgang mit den ihr und ihren Mitarbeitenden anvertrauten Informationen. Eine Aufweichung des Amts- und Seelsorgegeheimnisses bedeutet einen unakzeptablen Eingriff in das Selbstverständnis und den Auftrag kirchlicher Seelsorge und Diakonie.

2. Rechtsethische Überlegungen

1. Der Schutz und die Garantie der Grund- und Menschenrechte für jede Person bilden die oberste Aufgabe des Staates und seiner Institutionen. Was der Staat von seinen Bürgerinnen und Bürgern rechtmässig – gegebenenfalls mit den Mitteln seiner Sanktionsgewalt – einfordert resp. durchgesetzt, gilt in gleicher Weise und umso mehr für die staatlichen Behörden, ihre Repräsentantinnen, Vertreter und Mitarbeitenden. Die menschenrechtlich verankerten Freiheits- und Persönlichkeitsrechte gelten unbeding. Sie sind von keinen positiven oder negativen Bedingungen abhängig und kommen jedem Menschen ohne

⁹ Vgl. dazu insgesamt Schweizerischer Evangelischer Kirchenbund SEK, Dem Anvertrauten Sorge tragen. Das Berufsgeheimnis in der Seelsorge, Bern o. J.

¹⁰ SEK, Anvertrauten, 45.

¹¹ Ebd., 79; vgl.



Ansehung der Person zu. Jede Abweichung staatlichen Handelns von diesem normativen Selbstverständnis würde die staatliche Autorität beschädigen und die Legitimität seines Handelns in Frage stellen. In seinem normensetzenden und politischen Handeln folgt der liberale Rechtsstaat dem Grundsatz, dass Freiheitseinschränkungen und nicht Freiheitsgewährungen begründungspflichtig sind. Die Hürden für die Beschneidung von Grundrechten hat der Gesetzgeber bewusst hochgelegt. Entsprechend unterliegt auch die Legitimation von Grundrechtseinschränkungen strengen rechtlich festgeschriebenen Kriterien und Massstäben.

2. Die Besonderheit nachrichtendienstlicher Tätigkeiten auf Grundlage des Nachrichtendienstgesetzes (NDG) besteht darin, dass nicht zeitlich begrenzte Grundrechtseinschränkungen vorgenommen werden (wie im Fall der parlamentarischen Notrechtskompetenzen gemäss Art. 185 Abs. 3 BV; Art. 173 Abs. 1 lit. a-c BV; Art. 7d RVOG), sondern die Aufgaben und Ziele permanente Grundrechtsübertretungen bzw. -einschränkungen voraussetzen und nötig machen. Der Erfolg und die Effizienz der Arbeit des Nachrichtendienstes des Bundes (NDB) korreliert mit den rechtlich zugestandenen Befugnissen zu Grundrechtseinschränkungen. Die Konstellation, den Rechtsstaat durch systematische Rechtsübertretung zu schützen, bedeutet eine prinzipielle Schwächung des Rechtsstaates und seiner Legitimität, insofern der Eindruck entstehen kann, dass staatliche Organe, vom Recht geschützt, rechtsfreie Räume schaffen, um darin unkontrolliert zu agieren. Die Befürchtung wiegt umso schwerer, als die Bürgerinnen und Bürger durch ihr Verhalten nicht verhindern können, Opfer solcher rechtsbeugenden An- und Eingriffe zu werden. Wie viele Beispiele zeigen, haben Personen, Gruppen und Organisationen keinen Einfluss darauf, ob sie zu Objekten nachrichtendienstlicher Ermittlungen werden.¹²

3. Die sachliche Auseinandersetzung über staatliche Sicherheitspolitiken wird erschwert durch die emotional aufgeladenen Diskussionen über Unsicherheit und Bedrohungsszenarien. Gegenüber der deontologischen Argumentation auf Grundlage der Bundesverfassung und der Menschenrechte, begründen Politik und Gesetzgeber die nachrichtendienstliche Tätigkeit und ihre rechtlichen Grundlagen konsequentialistisch mit dem staatlichen und gesamtgesellschaftlichen Nutzen. Das politische Sicherheitsversprechen, dass der Gewinn (besserer Schutz gegenüber äusseren Gefährdungen) die dafür anfallenden Kosten (Rechtsunsicherheit im inneren) aufwiege, ist schwer nachweisbar. Denn der grösseren Sicherheit etwa vor terroristischen Angriffen oder Cyberkriminalität für die Bürgerinnen und Bürger steht die grössere Rechtsunsicherheit für jede Bürgerin und jeden Bürger gegenüber. Eine Ausweitung nachrichtendienstlicher Eingriffe schafft nicht mehr Sicherheit, sondern verschiebt die Unsicherheiten der Bürgerinnen und Bürger von äusseren auf innere Gefährdungen. Dass der vereitelte Terroranschlag gegenüber dem Schutz vor Grundrechtseinschränkungen als vermeintlich grösserer Sicherheitsgewinn wahrgenommen wird, hat zwei Gründe: 1. Äussere Gefährdungen des Staates werden viel

¹² Vgl. Viktor Györfy, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB) erstattet im Auftrag von Public Eye, Zürich 2022.



drastischer ausgemalt, als die von ihm selbst ausgehenden, inneren Bedrohungen.¹³ Die glaubwürdige Präsentation von äusseren Bedrohungen und Feindbildern gehört seit jeher zu den politischen Mitteln, um den inneren Zusammenhalt zu fördern. 2. In liberalen Gesellschaften lösen Bedrohungen für Leib und Leben weitaus stärkere Ängste aus als Freiheitsbedrohungen, weil erstere mit realen Erlebnissen verbunden sind, während letztere abstrakt oder unbemerkt bleiben. Diese – empirisch vielfach bestätigten – wahrnehmungspsychologischen Effekte täuschen darüber hinweg, dass Sicherheit eine regulative Idee darstellt, dem kein realer Zustand in der Welt entspricht. Politische Sicherheitsnarrative dienen wesentlich zur Plausibilisierung und Legitimation staatlicher Sicherheitsdispositive und ihrer inneren Dynamik, die eigene Kontrollmacht kontinuierlich auszudehnen.¹⁴ Daraus resultiert ein Sicherheitsparadox, das anstelle grösserer Sicherheit immer neue Unsicherheiten produziert. Je stärker die Sicherheitsbedürfnisse, desto grösser die Unsicherheiten.

4. Darüber hinaus hat die Umsetzung staatlicher Sicherheitsdispositive die unvermeidbare Konsequenz, dass der Staat selbst für die eigene Bevölkerung zur wachsenden Bedrohung wird. Die für die Bürgerinnen und Bürger potenzielle Gefährdung durch die Staatsmacht ist eine doppelte: 1. Keine Person kann mit Sicherheit davon ausgehen, vor staatlichen Grundrechtseingriffen geschützt zu sein, wenn sie mit ihrem Verhalten keinen konkreten Anlass dafür liefert. Die Bürgerinnen und Bürger können durch ihre Compliance (Gesetzestreue und rechtskonformes Verhalten) nicht verhindern, Ziel staatlicher Bespitzelung zu werden. 2. Der Staat selbst bedient sich bei seiner Gefahrenabwehr unter Umständen der gleichen Personen, Mittel und Verfahren, wie die Gefährderinnen und Gefährder, vor denen die Bevölkerung geschützt werden soll.¹⁵ Damit wird ein fundamentales Rechtsprinzip ausgehebelt. Die Strafwürdigkeit einer Handlung hängt nicht mehr davon ab, was getan wurde, sondern wer gehandelt hat. Das hat eine irritierende Konsequenz: Während

¹³ Vgl. NDG, Sicherheit 2021. Darin heisst es: «Die dschihadistische Bewegung und ihre wichtigsten Akteure, der «Islamische Staat» und die al-Qaida, prägen die Terrorbedrohung in Europa und damit in der Schweiz massgeblich.» (37) Gegenüber dieser Aussage zeigt eine auf der nächsten Seite präsentierte Grafik eine diametral entgegengesetzte Entwicklung terroristischer Anschläge mit islamistischem Hintergrund zwischen 2015 und 2021 in Europa. Im Blick auf die beiden Anschläge von Morges und Lugano 2020 wird ausgeführt: «Von der dschihadistischen Bewegung inspiriert waren das Tötungsdelikt in Morges VD am 12. September 2020 und der Anschlag in Lugano TI am 24. November 2020. Bei beiden Gewalttaten wurden Messer eingesetzt und spielten die belastende persönliche Lebenssituation und psychische Probleme des Täters beziehungsweise der Täterin eine Rolle.» (40) Die Beurteilung zwischen pathologischem Verhalten und islamistischer Motivation ist unklar und wird an anderer Stelle im gleichen Bericht anders nuanciert. Der NDB kommt zu der allgemeinen Lagebeurteilung: «Die islamistische Szene in der Schweiz ist heterogen und kaum organisiert. Für die überwiegende Mehrheit der islamistischen Akteure sind Terrorakte in der Schweiz kein Ziel. Die Bedrohung äussert sich vor allem in Aufrufen zu Gewalt gegen muslimische Minderheiten, die jüdische Gemeinschaft oder westliche Staaten, die in islamischen Staaten militärisch aktiv sind.» (41) Auffällig sind einerseits die mangelnde begriffliche Klarheit und die Inkohärenz der Äusserungen, sowie die mit der tatsächlichen Brisanz nicht erklärbare Tatsache, dass das Kapitel «Dschihadistischer und ethno-nationalistischer Terrorismus» den mit Abstand längsten Themenabschnitt des gesamten Sicherheitsberichts bildet. Diese eigentümliche politische Übersensibilisierung begegnet analog im Erläuternden Bericht des Bundesrates.

¹⁴ Vgl. Michel Foucault, Geschichte der Gouvernementalität I. Sicherheit, Territorium, Bevölkerung. Vorlesung am Collège de France (1977–1978), Frankfurt/M. 2004, 73.

¹⁵ Vgl. die Beispiele illegaler Praktiken des Bundes bei Martin Steiger, Sicherheitsesoterik statt Menschenrecht: digma 4/2015, 134–137.



die nachrichtendienstlich überwachten Personen in ihrem Handeln der Strafverfolgung unterworfen sind, werden die Personen, die im Auftrag des Staates möglicherweise das Gleiche tun, davon ausgenommen. Wenn einerseits das Handeln staatlicher Organe kaum noch oder nicht mehr vom Verhalten krimineller Personen und Organisationen unterschieden werden kann und andererseits gleiche Handlungen in äusserst unterschiedlicher Weise von staatlicher Strafverfolgung betroffen sind, gerät der Rechtsstaat in einen Selbstwiderspruch und riskiert eine prekäre Legitimationslücke.

5. Die Begründung der nachrichtendienstlichen Schutzmassnahmen und ihrer rechtlichen Konsequenzen mit der Bedrohungslage ist komplex. Einerseits ist eine gesicherte Überprüfung der Behauptung vom Vorliegen oder der Eintrittswahrscheinlichkeit von Bedrohungslagenschwierig. . Denn die Wissensasymmetrie zwischen staatlichen Behörden und demokratischer Öffentlichkeit beruht gerade darauf, dass sie exklusiv über Informationen, Kontakte, Quellen und Beschaffungsinstrumente verfügen, die anderen Personen und Institution nicht zur Verfügung stehen. Gleichzeitig fehlt eine unverzichtbare öffentliche Diskussion 1. über den Sicherheits- und Unsicherheitsbegriff, 2. über die Massstäbe und Kriterien, mit denen Gefährdungen erhoben, prognostiziert und beurteilt werden, und 3. über die Art und Weise, wie zwischen Sicherheit, Freiheit, kalkulierbaren Risiken und gerechtfertigter bzw. unvermeidbarer Unsicherheit sachkundig und methodisch stringent abgewogen werden kann.¹⁶ So plausibel der Staat aufgrund seiner verfassungsmässigen Schutzpflichten ein Informationsmonopol begründen kann, so wenig besitzt er ein Antwortmonopol auf die komplexen Fragen, was als Unsicherheit gelten soll und welche Unsicherheiten welche Eingriffe rechtfertigen können. Häufig wird übersehen, dass die Schäden, mit denen nachrichtendienstliche Massnahmen begründet werden, nicht in der Wirklichkeit, sondern nur in Gedankenspielen über die Wirklichkeit vorkommen. Entweder gibt es sie nicht, weil sie weder gegenwärtig eingetreten sind noch zukünftig eintreten werden. Oder es gibt sie nicht, weil sie verhindert werden konnten. Tritt ein solcher Schaden doch ein, wurde er im Vorfeld entweder übersehen, falsch beurteilt oder kam in den Gefährdungsszenarien nicht vor. Die Begründung von Massnahmen im Blick auf zukünftige Ereignisse, von denen niemand mit Sicherheit sagen kann, dass sie eintreffen, wenn sie nicht aktiv verhindert werden, bleibt unvermeidbar irrtumsanfällig. Prekär wird diese Vagheit, wenn sie zum Anlass für nachrichtendienstliche Massnahmen gegen konkrete Personen werden. Niemand kann für einen Schaden verantwortlich oder haftbar gemacht werden, der nicht eintritt. 6. Sicherheitspolitische Diskussionen werden geprägt durch die Steuerung und Kontrolle der knappen gesellschaftlichen Ressource Aufmerksamkeit. Wer überall terroristische Bedrohungen vermutet, hat keinen Blick für die Risiken rigider staatlicher Kontrolle und Überwachung. Wer umgekehrt überall den Überwachungsstaat wittert, verkennt die möglichen und tatsächlichen Bedrohungen, denen die Bevölkerung von aussen ausgesetzt ist. Mit solchen Bubble-Phobien lässt sich weder rechtsstaatliche Freiheit verteidigen noch verantwortungsvoll Politik machen. Schreckgespenste auf der einen und anderen Seite taugen nicht als politische Ratgeber. Im liberalen Rechtsstaat korreliert

¹⁶ Vgl. Frank Mathwig/David Zaugg, Ethische Anmerkungen zur Ökonomie der Sicherheits- und Verteidigungs-politik: stratos 2/2021, 39–49.



Unsicherheit nicht mit Sicherheit, sondern mit Freiheit. Zugespitzt: «Die Sicherheitsapparate eines Polizeistaats dürfen alles, was sie können. Die Sicherheitsapparate eines Rechtsstaats können alles, was sie dürfen. [...] Sicherheit rollt nicht der Freiheit voraus. Sicherheit ist die gut ausbalancierte Freiheit aller.»¹⁷ Die politische Schwäche der Freiheit gegenüber einer hermetischen Sicherheitsdoktrin besteht darin, dass sie durch staatliche Kontrollmassnahmen kaum geschützt werden kann. Rigide Kontrolle stärkt die Sicherheit, aber gefährdet die Freiheit. Freiheit kann nicht vom Staat kontrolliert, sondern muss von den Bürgerinnen und Bürgern verteidigt werden.

7. Vor den vorangegangenen grundsätzlichen Überlegungen muss die Diskussion über die Revision des Nachrichtendienstgesetzes geführt werden. Die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen mögen veränderten Bedrohungslagen geschuldet sein. Eine Analyse und Beurteilung der rechtlichen Anpassungen darf aber nicht aus dem Blick verlieren, dass sich das Gesetz und der Gegenstand, der damit geregelt wird, in einem prinzipiell problematischen rechtsstaatlichen Grenzbereich bewegen. Im Zentrum steht die Frage, wie mit den rechtlich definierten Kompetenzen und Handlungsoptionen die Freiheit des Staates und seiner Bürgerinnen und Bürger geschützt und gefährdet wird. Weil die nachrichtendienstlichen Aktivitäten vom Öffentlichkeitsprinzip ausgenommen sind und in einem nicht kontrollierbaren, intransparenten Raum stattfinden, muss bei den im staatlichen Auftrag handelnden Personen eine besondere Sensibilität und Reflexionsfähigkeit für die rechtsstaatliche Grenzwertigkeit ihrer Arbeit vorausgesetzt werden. Daraus ergeben sich weitreichende Aufgaben. Der Gesetzgeber muss:

1. die Rechtsgrundlagen nachrichtendienstlicher Tätigkeiten schaffen, überprüfen und kontinuierlich im Blick auf ihre Angemessenheit und Praktikabilität evaluieren;
2. ausweisen und gewährleisten, dass die eingesetzten Mittel in jedem Einzelfall zielführend sind, der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt ist und der Kerngehalt der Grundrechte nicht angetastet wird;
3. die permanente und gewissenhafte demokratisch-institutionalisierte Kontrolle der Ziele, Methoden und Ergebnisse sicherstellen;
4. den Grundrechtsschutz garantieren sowohl für die Personen, die von einer nachrichtendienstlichen Massnahme betroffen sind, als auch für die Personen, die diese Massnahme ausführen;
5. für die sorgfältige Überprüfung der Einhaltung der Gesetze und gegebenenfalls für die konsequente Anwendung rechtlicher Sanktionsinstrumente Sorge tragen;
6. ausschliessen, dass Personen im Rahmen nachrichtendienstlicher Tätigkeiten zu strafbaren Handlungen animiert oder gezwungen werden;
7. öffentliche Transparenz darüber herstellen, nicht was die staatliche Behörde konkret tut, sondern was sie tun und nicht tun darf;

¹⁷ Heribert Prantl, *Der Terrorist als Gesetzgeber. Wie man mit Angst Politik macht*, München 2008, 213f.



Evangelisch-reformierte Kirche
Schweiz

8. dafür sorgen, dass ausnahmslos alle von nachrichtendienstlichen Massnahmen betroffene Personen die verfassungsmässig garantierten Rechtsmittel tatsächlich wahrnehmen können;
9. eine öffentliche Diskussion über die Sicherheitsdispositive lancieren, mit denen das nachrichtendienstliche Handeln begründet werden kann;
10. die Ziele und Zwecke nachrichtendienstlicher Tätigkeit öffentlich kommunizieren und zur Diskussion stellen.

Aus rechtsethischer Sicht gelten die Maximen:

1. Je intransparenter der Gegenstand ist, den ein Gesetz regelt, desto klarer und präziser müssen die gesetzlichen Bestimmungen den Gegenstand normieren.
2. Je geringer die Möglichkeit der Öffentlichkeit ist, staatliches Handeln einzusehen und zu kontrollieren, desto schwerer wiegt die Pflicht des Staates, durch präzise rechtliche Rahmenbedingungen das Vertrauen der Bevölkerung zu gewinnen und zu fördern.
3. Je versteckter der Staat hinter dem Rücken seiner Bürgerinnen und Bürger agiert, desto restriktiver und unmissverständlicher müssen die Kompetenzen und Grenzen dieses Handelns definiert werden und desto sensitiver, engmaschiger und restriktiver müssen die internen Kontroll- und Sanktionsinstrumente beschaffen sein.

Der Rat der Evangelisch-reformierten Kirche Schweiz dankt Ihnen für Ihre Kenntnisnahme.

Freundliche Grüsse

Rita Famos
Präsidentin EKS

Kontakt für inhaltliche Rückfragen: david.zauqq@evref.ch, T +41 31 370 25 60

Eidgenössisches Departement für Verteidigung
Bevölkerungsschutz und Sport VBS

Zustellung per E-Mail an:
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Bern, 17. August 2022

Vernehmlassungsverfahren: Stellungnahme der FMH i.S. Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Amherd

Die FMH weist einleitend darauf hin, dass sie keine Einladung für eine Vernehmlassungseingabe erhalten hat, obwohl insbesondere mit der Streichung des Art. 28 Abs. 2 des Nachrichtendienstgesetzes (NDG) ein wichtiges inhaltliches Anliegen der FMH hiermit im Fokus steht.

Nachfolgend beziehen wir Stellung wie folgt:

1. Art. 28 Abs. 2 NDG

Im Zentrum der vorliegenden Vernehmlassungseingabe steht Art. 28 des Nachrichtendienstgesetzes insbesondere die Streichung des Abs. 2 des Artikels 28 NDG.

Nachfolgend die Gegenüberstellung:

<p><u>Art. 28 aktuell gültig NDG:</u></p> <p><u>Art. 28 Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen</u> 1 Der NDB kann auch gegenüber einer Drittperson eine genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahme anordnen, wenn <u>begründete Anhaltspunkte</u> vorliegen, dass die Person, über die Informationen beschafft werden sollen, Räumlichkeiten, Fahrzeuge oder Behältnisse der Drittperson oder deren Postadressen, Fernmeldeanschlüsse, Computersysteme oder Computernetzwerke benutzt, um Informationen zu übermitteln, zu empfangen oder aufzubewahren.</p> <p>2 Die Massnahme darf nicht angeordnet werden, wenn die Drittperson einer der in den Artikeln 171–173 StPO genannten Berufsgruppen angehört.</p>	<p><u>Art. 28 rev. NDG:</u></p> <p><u>Art. 28 Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen</u> Der NDB kann gegenüber einer Drittperson eine genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen anordnen, wenn <u>begründete Anhaltspunkte</u> vorliegen, dass die Person, über die Daten beschafft werden sollen, Räumlichkeiten, Fahrzeuge oder Behältnisse der Drittperson oder deren Postadressen, Fernmeldeanschlüsse, Computersysteme oder Computernetzwerke benutzt, um Daten von da aus oder dorthin zu übermitteln oder zu empfangen oder dort aufzubewahren.</p> <p>Abs. 2 gestrichen</p>
---	---

2. Stellungnahme zum Erläuternden Bericht

Die Streichung des Abs. 2 des Art. 28 wurde nicht gekennzeichnet bzw. im erläuternden Bericht mit folgenden Worten kommentiert «Der zweite Absatz des heutigen Artikels 28 wird aufgehoben». Im erläuternden Bericht wird die Streichung dieses Absatzes 2 u.a. mit einem Verweis auf Artikel 50 Abs. 2 begründet. Art. 50 Abs. 2 allerdings betrifft nur die Verwaltung und Vernichtung von Daten.

Die FMH nimmt zusätzlich explizit zu den Ausführungen im Erläuternden Bericht zur Streichung des 2. Absatzes des aktuellen Art. 28 NDG Stellung.

Das zitierte Beispiel *«In der Praxis hat sich gezeigt, dass jemand, der zum Kreis von einem Berufsgeheimnis unterstehenden Personen gehört (z. B. auch Hilfspersonen von Ärztinnen und Ärzten), als Privatperson zahlreiche Mobiltelefonabonnemente abschliessen kann und deren Nutzung vollständig an andere Personen übergibt. Die dem Berufsgeheimnis unterstehende Person nutzt diese Anschlüsse nie, womit das Berufsgeheimnis faktisch nicht tangiert ist. Wenn nun vom tatsächlichen Nutzer des Anschlusses eine entsprechend schwere Bedrohung der Sicherheit der Schweiz ausgeht, ist es nicht gerechtfertigt, die Überwachung eines solchen Anschlusses auszuschliessen. Die Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts ist auch hier die angemessene Lösung»* geht an der Realität vorbei. Es dient lediglich dazu, «das Kind nicht beim Namen nennen zu müssen» und eine Plausibilisierung für die Streichung des Art. 28 Abs. 2 herzuleiten.

Die Streichung des Abs. 2 Art. 28 mit Bezug zu Ausführungen im erläuternden Text *«Wenn nun vom tatsächlichen Nutzer des Anschlusses eine entsprechend schwere Bedrohung der Sicherheit der Schweiz ausgeht, ist es nicht gerechtfertigt, die Überwachung eines solchen Anschlusses auszuschliessen. Die Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts ist auch hier die angemessene Lösung»* erachten wir als äusserst heikel und entbehrt zumindest im erläuternden Bericht jedwelter substantiiertes Begründung und Verhältnismässigkeit.

3. Ärztliches Berufsgeheimnis

Die ärztliche berufliche Geheimhaltungspflicht ist zentriert auf den Schutz von hochsensiblen Patientendaten. Gemäss Art. 40 lit. f MedBG wahren Personen, die einen universitären Medizinalberuf ausüben, das Berufsgeheimnis nach Massgabe der einschlägigen Vorschriften. Damit wird explizit auf Art. 321 StGB verwiesen.

Das Bundesgericht bestätigt wie folgt: *«Das Arztgeheimnis fliesst aus dem verfassungsmässigen Anspruch auf Privatsphäre (Art. 13 BV, Art. 8 EMRK) und dient dem Schutz der Geheimsphäre des Patienten (vgl. BRIGITTE TAG, Die Verschwiegenheit des Arztes im Spiegel des Strafgesetzbuches und der Strafprozessordnung des Kantons Zürich, ZStrR 122/2004 S. 5; REGINA E. AEBI-MÜLLER ET AL., Arztrecht, 2016, S. 459; KARIN KELLER, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB, 1993, S. 61 f.). Darüber hinaus schützt das Arztgeheimnis auch die öffentliche Gesundheit, indem es ermöglicht, dass sich der Patient ohne Vorbehalt dem Arzt anvertrauen kann und zweckmässig behandelt wird»¹.*

Der Wille des Gesetzgebers mit der Streichung des Abs. 2 Art. 28 fokussiert auf «Aushebelung des ärztlichen Berufsgeheimnisses». Im erläuternden Bericht fehlt einerseits jegliche Auseinandersetzung, ob die Streichung des Abs. 2 Art. 28 verhältnismässig und notwendig ist und andererseits mangels substantiiertes Begründung ist die Streichung des Abs. 2 des Art. 28 NDG in keiner Weise nachvollziehbar und inhaltlich ausgewiesen.

Mit der Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG wird das ärztliche Berufsgeheimnis massiv «ausgehöhlt» und das Arzt-Patientenverhältnis ebenso massiv gestört. Die berufliche Geheimhaltungspflicht schützt die Persönlichkeit des Patienten und darauf muss er vertrauen können. Ziel und Zweck des ärztlichen Berufsgeheimnisses ist der Schutz der Privat- und Intimsphäre des Patienten.

Die FMH weist darauf hin, dass das Vertrauen der Patientinnen und Patienten im Kontext mit dem therapeutischen Arzt-Patientenverhältnis durch die Streichung des Abs. 2 Art. 28 NDG beschädigt wird und schwerwiegende Folgen für das Arzt-Patientenverhältnis nach sich zieht. Patienten könnten sich wegen der abstrakt bestehenden Möglichkeit des Mithörens ihres Arzt-Patienten-Gesprächs gegen eine Therapie entscheiden, ebenso könnten bei Überwachungen auch Daten anderer unverdächtigter Patientinnen und Patienten offengelegt werden. Sofern Patienten diese Vertrauensbasis zum behandelnden Arzt als gefährdet ansehen, könnte dies unmittelbare Auswirkungen auf die Qualität der Behandlung nach sich ziehen, da die Gefahr besteht, dass Patienten

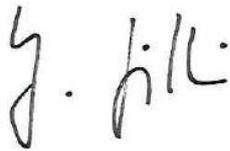
¹ BGE 2C_37/2018 vom 15.08.2018.

wesentliche Informationen im Rahmen des therapeutischen Behandlungsverhältnisses nicht mitteilen würden. Die Gefahr bestünde, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten damit zur Makulatur würde.

Abschliessend gilt es hinzuweisen, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur ein deutlich höherwertiges öffentliches oder privates Interesse die Entbindung im konkreten Fall rechtfertigt. Eine Einschränkung des Berufsgeheimnisses bzw. der Schweigepflicht setzt somit voraus, dass in einem konkreten Anwendungsfall und somit im Einzelfall das Verhältnismässigkeitsprinzip geprüft wird.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse



Dr. med. Yvonne Gilli
Präsidentin FMH



Stefan Kaufmann
Generalsekretär



Föderation der Schweizer Psychologinnen und Psychologen
Fédération Suisse des Psychologues
Federazione Svizzera delle Psicologhe e degli Psicologi

Ansprechpartner: Dr. Muriel Brinkrolf
Direktnummer: +41 31 388 88 41
muriel.brinkrolf @fsp.psychologie.ch

Bern, 9. September 2022

Elektronischer Versand
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS
Bundesrätin Viola Amherd

Stellungnahme der FSP zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Revision des NDG baut auf dessen bewährtem Konzept und der Praxis auf, enthält aber einige Neuerungen, die sich aus verbliebenen Punkten beim Erlass des NDG, der Lageentwicklung, den gemachten Erfahrungen mit der Anwendung vor allem neuer Instrumente des NDG und der Weiterentwicklung der Informationstechnologie und des Datenschutzes ergeben. So soll das NDG die nachrichtendienstliche Datenhaltung nach einem völlig neuen Konzept gemäss dem revidierten Datenschutzgesetz regeln.

Art. 28 revNDG: Die FSP lehnt die Streichung des Art. 28 Abs. 2 ab. Das Berufsgeheimnis muss gewahrt bleiben

Die Beratung und Behandlung von PatientInnen bedingen, dass ein Psychologe oder eine Psychologin Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Diese beziehen sich nicht selten auch auf Angehörige oder Dritte. Die Betroffenen wollen solche Informationen nur teilen, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet ist. Die Geheimhaltungspflichten sind daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung. Es ist davon auszugehen, dass sich Menschen mit einem eigenem Gefährdungspotenzial oder einem solchen in ihrem Umfeld unter der geplanten Gesetzesänderung nicht in Therapie begeben oder dort nicht darüber sprechen würden. Damit wird eine Therapie verunmöglicht, die womöglich das Potenzial hätte, dem Gefährdungspotenzial therapeutisch zu begegnen.

In der Psychotherapie spielt das uneingeschränkte Vertrauensverhältnis eine massgebliche Rolle für den Therapieerfolg und darf darum auch aus grundsätzlichen Erwägungen keinesfalls ausgehebelt werden.

Bereits heute haben Gesundheitsfachpersonen bei Vorliegen wichtiger Gründe die Möglichkeit, sich durch die zuständige kantonale Behörde von der Schweigepflicht entbinden zu lassen und entscheidende Hinweise zu melden. Auch in dringenden Situationen können Gesundheitsfachpersonen – gestützt auf den rechtfertigenden Notstand gemäss Art. 17 StGB eine Gefährdung melden. Zudem besteht bereits heute eidgenössischer und kantonaler Melderechte (z.B. Kinderschutz; siehe Art. 321 Z. 3 StGB). Die Berufsordnung der FSP hält fest, dass ihre Mitglieder eine professionelle Verantwortung gegenüber ihren Klientinnen und Klienten, ihren Patientinnen und Patienten, ihren Kolleginnen und Kollegen sowie gegenüber der Gesellschaft tragen. Psychologinnen und Psychologen sind sich bewusst, dass sie die erforderlichen Massnahmen treffen müssen, wenn es die Situation erfordert.

Daher ist in Art. 28 revNDG der gesamte Absatz 2 des Art. 28 wieder einzufügen.

Art. 29a Abs. 5 revNDG: Ersatzlose Streichung

Die digitale Welt macht vor der Landesgrenze keinen Halt. Sehr viele Daten sind (auch) im Ausland gespeichert. Daher muss der Richtervorbehalt auf für Beschaffungsmassnahmen auch im Ausland gelten, ansonsten zu erwarten ist, dass – wenn der Nachrichtendienst die Möglichkeit hat, die Informationen im Inland oder im Ausland zu beschaffen – systematisch das Ausland wählt, um das richterliche Genehmigungsverfahren zu umgehen.

Daher ist Art. 29 Abs. 5 revNDG ersatzlos zu streichen.

Art. 50 Abs. 2 revNDG

Gehört grundsätzlich aus obengenannten Erwägungen gestrichen. Eventualiter ist der erwähnte Absatz wie folgt anzupassen: Werden diese illegal beschafft, genügt es nicht, sie auszusondern. Sie müssen gelöscht und die Beteiligten informiert werden, um jeglichen Anreiz zur illegalen Beschaffung zu eliminieren. Daher sind die Satzteile «*Aussonderung und*» sowie «*nicht erforderlichen*» ersatzlos zu streichen.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Argumente und stehen bei Fragen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse



Yvik Adler
Co-Präsidentin FSP



Stephan Wenger
Co-Präsident FSP



Frau Bundesrätin
Viola Amherd
Chefin des Eidgenössischen Departements
für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport

(per E-Mail zugestellt an Frau Viviane Grundschober
E viviane.grundschober@ndb.admin.ch)

Freiburg, 8. September 2022

Vernehmlassungsantwort der Schweizer Bischofskonferenz (SBK) zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Frau Grundschober

Die Schweizer Bischofskonferenz (SBK) äussert sich hiermit im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum geplanten Bundesgesetz über den Nachrichtendienst (NDG), weil die das Berufsgheimnis betreffenden Änderungen in Artikel 28 nNDG direkte und erhebliche Auswirkungen für die Arbeit, den Status und den Schutz des kirchlichen Seelsorgepersonals haben.

Die folgenden Anmerkungen fokussieren auf Art. 28 nNDG. Vorangestellt wird ein grundsätzlicher Hinweis, der symptomatisch für weite Teile der Gesetzesrevision stehen.

Art. 5 Abs. 5f. nNDG lautet:

«Er beschafft und bearbeitet keine Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz. Er kann solche Daten jedoch zur Erfüllung seiner administrativen Aufgaben bearbeiten. Er kann Daten nach Absatz 5 über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschaffen und bearbeiten, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist.»

Der erläuternde Bericht des Bundesrates führt dazu aus:

«Die bisherige nachrichtendienstliche Datenbearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit soll weiterhin unangetastet bleiben. Die notwendigen Ausnahmen beschreibt Absatz 6 jedoch präziser als bisher.»¹

Bereits in der bestehenden Gesetzesfassung Art. 5 Abs. 5 NDG wird eine kategorische Datenbearbeitungsschranke definiert, die im folgenden Absatz relativiert wird: «(...) wenn konkrete Anhalts-

¹ Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens, Bern, Mai 2022, 3.



punkte vorliegen, dass diese ihre Rechte ausübt, um terroristische, verbotene nachrichtendienstliche oder gewalttätig-extremistische Tätigkeiten vorzubereiten oder durchzuführen» (Art. 5 Abs. 6 NDG). In der Neufassung von Art. 5 Abs. 6 nNDG werden die Ausnahmen auf fünf Unterpunkte (Art. 5 Abs. 6 lit. a–e nNDG) ausgedehnt. Die Änderungen dienen nicht der Präzisierung, wie die bundesrätlichen Erläuterungen fälschlicherweise behaupten, sondern der Ausweitung von Ausnahmetatbeständen. Damit wird die Formulierung von Art 5 Abs. 5 NDG und nNDG irreführend, weil ihr kategorischer Charakter systematisch konditional ausgehöhlt und die Datenbearbeitungsschranke durch eine wachsende Anzahl von Ausnahmebestimmungen aufgeweicht werden. Darin zeigt sich die Tendenz des Gesetzgebers, nicht für mehr rechtliche Transparenz in einem intransparenten Bereich staatlichen Handelns zu sorgen, vielmehr umgekehrt die Unklarheiten im Gesetztext zu vergrössern.

Art. 28 nNDG

Art. 28 NDG regelt die «Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen». Das aktuelle NDG trat 2017 in Kraft, nachdem es in der Volksabstimmung eine deutliche Mehrheit gefunden hatte. Bereits diese Gesetzesrevision hatte zu einer bedenklichen Relativierung des Berufsgeheimnisses geführt. Möglich wurde damit die uneingeschränkte Aufnahme von Gesprächen an öffentlich zugänglichen Orten in Ton und Bild als «genehmigungsfreie» Beschaffungsmassnahme (Art. 14 Abs. 1 NDG). Eingeschränkt wurde darüber hinaus der besondere Schutz des Berufsgeheimnisses auch im Bereich der «bewilligungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen» (Art. 26ff. NDG), indem die Überwachung der Kommunikation zwischen einer nachrichtendienstlich observierten Person mit einer Berufsgeheimnisträgerin oder einem Berufsgeheimnisträger legalisiert wurde. Die neuen nachrichtendienstlichen Kompetenzen stellten bereits damals einen schwerwiegenden Eingriff in den Grund- und Menschenrechtsschutz dar, insbesondere in das Recht auf Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV; Art. 8 EMRK) und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 13 Abs. 2 BV; Art. 8 GrCh).² Art. 28 nNDG entspricht mit kleinen sprachlichen Anpassungen Art. 28 Abs. 1 NDG:

«Der NDB kann gegenüber einer Drittperson eine genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahme anordnen, wenn begründete Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person, über die Daten beschafft werden sollen, Räumlichkeiten, Fahrzeuge oder Behältnisse der Drittperson oder deren Postadressen, Fernmeldeanschlüsse, Computersysteme oder Computernetzwerke benutzt, um Daten von da aus oder dort-hin zu übermitteln oder zu empfangen oder dort aufzubewahren.»

Die Argumentation des Bundesrates zu Art. 28 nNDG ist in der Sache unplausibel und verschleiert die Konsequenzen. Die Überwachung von Drittpersonen wird mit einem Beispiel begründet. Ein im Ausland befindlicher Schweizer Dschihadkämpfer, der Kontakte in die Schweiz unterhält, kann aufgrund seines Aufenthaltsortes aus technischen Gründen – im Gegensatz zu der in der Schweiz lebenden Drittperson – nicht überwacht werden. Durch die nachrichtendienstliche Überwachung der Drittperson könnten aber «für die Sicherheit der Schweiz wichtige Erkenntnisse zur Abwehr von terroristischen Bedrohungen gewonnen werden». Ausdrücklich ergänzt der Bundesrat, «dass die Anordnung von genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittperson auch möglich ist, wenn diese lediglich Empfängerin von Informationen der zu überwachenden Person

² Vgl. Christine Kaufmann et al., Das Recht auf Privatsphäre im digitalen Zeitalter. Staatliche Schutzpflichten bei Aktivitäten von Unternehmen. Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR), Bern 2016.



ist».³ Der konstruierte Fall entspricht nicht der tatsächlichen Arbeit des NDB, wie die Behörde in ihrem *Sicherheitsbericht 2021* offenlegt: «Im Einzelnen pflegt er [scil. der NDB] den Nachrichtenaustausch mit über hundert Partnerdiensten verschiedener Staaten und mit internationalen Organisationen. Dazu gehören die zuständigen Stellen bei der UNO sowie Institutionen und Einrichtungen der EU, die sich mit sicherheitspolitischen Fragen befassen. Der NDB erhält derzeit pro Jahr rund 13'500 Meldungen von ausländischen Partnerdiensten. An ausländische Partnerdienste gehen derzeit seitens NDB jährlich rund 6000 Meldungen.»⁴ Der NDB verfügt also über zuverlässige und weitreichende Möglichkeiten und Kanäle, um an Informationen über im Ausland befindliche Schweizerinnen und Schweizer zu gelangen, ohne unbeteiligte Dritte im eigenen Land zu überwachen.

Die entscheidende Neuerung der Gesetzesrevision besteht in der ersatzlosen **Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG**. Er lautet bisher:

«Die Massnahme darf nicht angeordnet werden, wenn die Drittperson einer der in den Artikeln 171–173 StPO genannten Berufsgruppen angehört.»

Die Schweizerische Strafprozessordnung (StPO) regelt in Art. 71 das «Zeugnisverweigerungsrecht aufgrund eines Berufsgeheimnisses». Abs. 1 und 3 lauten:

«Geistliche, Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, Verteidigerinnen und Verteidiger, Notarinnen und Notare, Patentanwältinnen und Patentanwälte, Ärztinnen und Ärzte, Zahnärztinnen und Zahnärzte, Chiropraktorerinnen und Chiropraktoren, Apothekerinnen und Apotheker, Psychologinnen und Psychologen sowie ihre Hilfspersonen können das Zeugnis über Geheimnisse verweigern, die ihnen aufgrund ihres Berufes anvertraut worden sind oder die sie in dessen Ausübung wahrgenommen haben. [...]

Die Strafbehörde beachtet das Berufsgeheimnis auch bei Entbindung von der Geheimnispflicht, wenn die Geheimnisträgerin oder der Geheimnisträger glaubhaft macht, dass das Geheimhaltungsinteresse der Geheimnisherrin oder des Geheimnisherrn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt.»

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG rechtfertigt der Bundesrat damit, dass «[s]tattdessen [...] auf den Artikel 50 Absatz 2 verwiesen werden» könne.⁵ Der fragliche Gesetzesabsatz behandelt aber überhaupt nicht den Schutz besonderer Berufsgruppen *vor einer Überwachung*, sondern regelt den Umgang mit ihren Daten *bei ihrer Überwachung*.⁶ Die Streichung des Verbots der Überwachung von Personen, die einem Berufsgeheimnis unterstehen, wird wiederum an einem Beispiel illustriert: Eine Ärztin, ein Arzt oder eine medizinische Hilfsperson schliesst zahlreiche Mobilfunkabonnemente ab, um einige davon der vollständigen Nutzung anderer zu überlassen. Zur Begründung führt der Bundesrat aus: «Die dem Berufsgeheimnis unterstehende Person nutzt diese Anschlüsse nie, womit das Berufsgeheimnis faktisch nicht tangiert ist. Wenn nun vom tatsächlichen Nutzer des Anschlusses eine entsprechend schwere Bedrohung der Sicherheit der Schweiz ausgeht, ist es nicht gerechtfertigt, die Überwachung eines solchen Anschlusses auszuschliessen.»⁷

³ Erläuternder Bericht, 11.

⁴ NDG, Sicherheit 2021, 91.

⁵ Ebd.

⁶ Art. 50 Abs. 2 nNDG lautet: «Betrifft die genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahme eine Person, die einer Berufsgruppe nach den Artikeln 171–173 StPO⁷ angehört, so erfolgt die Aussonderung und Vernichtung der nicht erforderlichen Daten unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichts. Betrifft die Massnahme eine andere Person, so sind die Daten, zu denen einer Person nach den Artikeln 171–173 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, ebenfalls zu vernichten.»

⁷ Erläuternder Bericht, 11f.



Auch dieses Beispiel verschleiert den Sachverhalt, anstatt ihn zu klären und argumentiert in fahrlässiger Weise gegen ein fundamentales Rechtsprinzip. Woher weiss die staatliche Behörde, 1. dass die Person ihre Mobilfunkabonnemente nicht für die eigenen Belange nutzt; 2. dass sie ihre SIM-Karten anderen Personen überlässt und 3. dass es sich bei einer dieser anderen Personen um eine Gefährderin oder einen Gefährder handelt? Wenn das Telefon einer Gefährdungsperson abgehört wird, ist es unerheblich, auf wessen Namen das Abonnement läuft. Um umgekehrt zu wissen, welches der auf den Namen der Person X laufenden Abonnemente ihrer Geliebten Y und welches vom Dschihadisten Z genutzt wird, muss der NDB alle Telefone abhören. Das wirft die Frage auf, was die Behörde zu der Überprüfung veranlasst hat, ob und mit welchem Abonnement der Person X der Dschihadist Z telefoniert. Die Behörde muss das Berufsgeheimnis verletzen, um festzustellen, ob die Person X ihr Berufsgeheimnis tatsächlich missbraucht. Dass beim Abhören des Dschihadisten-Telefons kein Berufsgeheimnis verletzt wird, wie der Bundesrat behauptet, ist falsch. Denn das Wissen, welches Telefon angezapft werden muss, setzt logisch die Überwachung aller Telefone voraus, einschliesslich desjenigen Anschlusses, mit dem das Berufsgeheimnis betreffende Angelegenheiten besprochen werden. Das Argument des Bundesrates führt zu einer absurden Konsequenz: Um das Berufsgeheimnis nicht zu verletzen, muss es vorgängig verletzt werden. Das Beispiel zeigt – entgegen der bundesrätlichen Intention –, dass das Telefon von Z nur abgehört werden kann, wenn zwingend das Berufsgeheimnis von X und die Persönlichkeitsrechte von Y verletzt werden.

Für den liberalen Rechtsstaat völlig unakzeptabel ist das Missbrauchsargument. Kaum etwas in der Welt kann nicht missbraucht werden. Auf die prinzipielle Missbrauchsanfälligkeit reagieren zivilisierte Staaten mit dem Recht, das ein Zuwiderhandeln pönalisiert und sanktioniert. Freiheit schliesst das Risiko des Freiheitsmissbrauchs jederzeit mit ein. Das Recht sanktioniert den Freiheitsmissbrauch in dem Umfang, wie die Freiheit in ihrer Substanz nicht gefährdet wird. Das römische Recht fasste dieses Prinzip in die bis heute gültige Formel: *Abusus non tollit usus sed confirmat substantiam* – «Missbrauch hebt den rechten Gebrauch nicht auf, sondern bestätigt dessen Wesen». Wenn der Staat rechtsstaatliches Recht mit der Begründung seiner Missbrauchsmöglichkeit einschränkt oder aufhebt, wechselt er die Seiten und setzt sich selbst ins Unrecht.

Die Aufgabe des besonderen Schutzes für Berufsgruppen mit einem Berufsgeheimnis durch Streichung von Art. 28 Abs. 2 nNDG ist rechtsstaatlich prekär, bricht mit einem fundamentalen Rechtsgrundsatz, macht unbeteiligte Dritte in undurchschaubarer Weise zu Zielobjekten staatlicher Überwachung und fördert eine Haltung des Generalverdachts auf staatlicher Seite und eines generellen Misstrauens auf Seiten der Bevölkerung. Die Konsequenz ist nicht ein sicherer Staat, sondern eine verunsicherte und irritierte Gesellschaft.

«Das Seelsorgegeheimnis ist Kernelement der seelsorglichen Begleitung» [...]. Seelsorge basiert ganz wesentlich auf Vertrauen, sie kann nur «funktionieren», wenn die hilfeschenden Menschen sich darauf verlassen dürfen, dass das Gespräch in einem geschützten Rahmen stattfindet und nur bei ihrem Einverständnis diesen Rahmen verlässt.»⁸ Der Staat selbst hat ein elementares Interesse an einer kirchlichen Seelsorge, die einzelne Personen in existenziellen Lebenslagen begleitet, unterstützt, Perspektiven fördert und auf Gewaltverhältnisse deeskalierend wirkt und an einer kirchlichen Seelsorge, die für die Gesellschaft unverzichtbare integrative, konfliktpräventive und konflikt-

⁸ Regina E. Aebi-Müller, Das Seelsorgegeheimnis im Strafvollzug. Eine Annäherung anhand von Fallbeispielen: Seelsorge & Strafvollzug 5/2021, 7–27 (7.9).



SCHWEIZER BISCHOFSKONFERENZ
CONFÉRENCE DES ÉVÊQUES SUISSES
CONFERENZA DEI VESCOVI SVIZZERI
CONFERENZA DILS UESTGS SVIZZERS

bewältigende Ressourcen bereitstellt und einbringt. Die Voraussetzungen und der Erfolg kirchlicher Seelsorge in den verschiedenen gesellschaftlichen Bereichen hängt konstitutiv ab von dem Vertrauen, das Seelsorgende einbringen, fördern und verlässlich garantieren können. Dieser Aufgabe kann die kirchliche Seelsorge nur nachkommen, wenn ihre Arbeit in besonderer Weise durch staatliches Recht geschützt wird. Eine Aufweichung des Amts- und Seelsorgegeheimnisses bedeutet einen unakzeptablen Eingriff in das Selbstverständnis und den Auftrag kirchlicher Seelsorge und Diakonie.

Deshalb lehnt die SBK die im Zuge der Revision des Bundesnachrichtengesetzes vorgeschlagene Streichung von Art. 28 Abs. 2 nNDG entschieden ab.

Die Schweizer Bischofskonferenz dankt Ihnen, sehr geehrte Frau Bundesrätin, sehr geehrte Frau Grundschober, für die Berücksichtigung ihrer Bedenken sowie für alle Ihre Bemühungen.

Mit vorzüglicher Hochachtung

Mgr. DDr. Felix Gmür
Präsident der Schweizer Bischofskonferenz

Davide Pesenti
Generalsekretär der Schweizer Bischofskonferenz

Eidgenössisches Departement für Verteidigung
 Bevölkerungsschutz und Sport VBS

Zustellung per E-Mail an:
 vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Bern, 8. September 2022

Vernehmlassungsverfahren: Stellungnahme der Schweizerischen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie (SGPP) zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Amherd

Das ärztliche Berufsgeheimnis ist für die therapeutische Arbeit von Psychiaterinnen und Psychiatern elementar und schafft erst die Möglichkeit, dass sich der Patient/die Patientin dem Arzt/der Ärztin anvertrauen kann. Da die Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG) die Streichung des Art. 28 Abs. 2 vorsieht, der das ärztliche Berufsgeheimnis tangiert, reichen wir hiermit unsere Stellungnahme ein.

Die Aufhebung von Art. 28 Abs. 2 betrifft Drittpersonen, die einer Berufsgruppe angehören, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen (Art. 171-173 der StPO). Konkret würde dies bedeuten, dass mit der Streichung dieses Absatzes künftig gegenüber Drittpersonen, z.B. ärztlichem Hilfspersonal, genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen angeordnet werden dürfen.

Einleitend möchten wir festhalten, dass im erläuternden Bericht diese geplante Aufhebung ohne konkrete Hinweise erfolgt und lediglich mit den Worten kommentiert wird: «*Der zweite Absatz des heutigen Artikels 28 wird aufgehoben*». Dies, obwohl es sich um einen Eingriff in die berufliche Geheimhaltungspflicht handelt.

Mit Befremden haben wir überdies zur Kenntnis genommen, dass weder die FMH noch die betroffenen Fachgesellschaften zu einer Stellungnahme eingeladen worden sind und das ärztliche Berufsgeheimnis somit durch die Hintertüre ausgehöhlt werden soll.

Aus folgenden Gründen ist zwingend am Art. 28 Abs. 2 des NDG festzuhalten:

- Bei den Personendaten, die in Arztpraxen und insbesondere in der Psychiatrie bearbeitet werden, handelt es sich um hochsensible und besonders schützenswerte Daten. Darum ist es folgerichtig, dass neben den Ärztinnen und Ärzten auch die Mitarbeitenden der Arztpraxis und der Spitäler dem Berufsgeheimnis unterstehen.
- Im erläuternden Bericht wird folgendes Beispiel zitiert, das eine Aufhebung des Art.28 Abs. 2 rechtfertigen soll:

In der Praxis hat sich gezeigt, dass jemand, der zum Kreis von einem Berufsgeheimnis unterstehenden Personen gehört (z. B. auch Hilfspersonen von Ärztinnen und Ärzten), als Privatperson zahlreiche Mobiltelefonabonnemente abschliessen kann und deren Nutzung vollständig an andere Personen übergibt. Die dem Berufsgeheimnis unterstehende Person nutzt diese Anschlüsse nie, womit das Berufsgeheimnis faktisch nicht tangiert ist. Wenn nun vom tatsächlichen Nutzer des Anschlusses eine entsprechend schwere Bedrohung der Sicherheit der Schweiz ausgeht, ist es nicht gerechtfertigt, die Überwachung eines solchen Anschlusses auszuschliessen. Die Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts ist auch hier die angemessene Lösung.

Dieses Beispiel beschreibt lediglich eines von mehreren Szenarien, ist sehr spezifisch und nicht generell übertragbar. Es rechtfertigt in keiner Art und Weise, das Berufsgeheimnis von Drittpersonen zu schwächen. Dieses Beispiel als Begründung für einen so schwerwiegenden Eingriff in das Berufsgeheimnis zu nehmen, käme einer Missachtung des Prinzips der Verhältnismässigkeit gleich.

- Der erläuternde Bericht kann keine substantiierte Begründung liefern, warum Art. 28 Abs.2 aufgehoben werden soll. Auch fehlen Argumente, die belegen, dass die Streichung verhältnismässig und notwendig sein soll. Das erwähnte Beispiel kann auf keinen Fall als Argumentation dienen, Abs. 2 des Art. 28 zu streichen.
- Die Aufhebung des Abs. 2 des Art. A 28 wird auch damit begründet, dass auf den Artikel 50 Absatz 2 verwiesen werden kann. Der revidierte Art. 50 Abs. 2 betrifft aber lediglich die Verwaltung und die Vernichtung von Daten.

Abschliessende Bemerkungen zum ärztlichen Berufsgeheimnis

An der beruflichen Geheimhaltungspflicht der Ärztinnen und Ärzte darf nicht ohne Not gerüttelt werden. In der Psychiatrie ist das ärztliche Berufsgeheimnis elementar, damit sich Patientinnen und Patienten anvertrauen können. Sie müssen die Gewähr haben, dass ihre Privat- und Intimsphäre jederzeit geschützt bleibt. Die ärztliche Schweigepflicht schafft die Grundlage, die ein Vertrauensverhältnis zwischen Therapeut/Therapeutin und Patient/Patientin überhaupt erst möglich macht. Bei den Personendaten, die in Arztpraxen und insbesondere in der Psychiatrie bearbeitet werden, handelt es sich um besonders sensible und schützenswerte Daten. Darum ist es folgerichtig, dass neben den Ärztinnen und Ärzten auch die Mitarbeitenden der Arztpraxis und der Spitäler dem Berufsgeheimnis unterstehen.

Nur wenn der Arzt, die Ärztin über möglichst alle relevanten Informationen verfügt, kann eine adäquate Behandlung gewährleistet werden. Somit schützt das Arztgeheimnis auch die öffentliche Gesundheit, indem es ermöglicht, dass sich der Patient ohne Vorbehalt dem Arzt, der Ärztin anvertrauen kann und zweckmässig behandelt wird.

Die SGPP weist darauf hin, dass die Arzt-Patienten-Beziehung nachhaltig gestört würde, wenn das ärztliche Berufsgeheimnis nicht mehr unter allen Umständen garantiert bliebe. Im schlimmsten Fall würde dies eine Therapie sogar verunmöglichen, in jedem Fall aber behindern, wenn Patienten sich nicht mehr in einem sicheren Rahmen fühlen und deshalb Informationen zurückbehalten. Wegen der bestehenden Möglichkeit des Mithörens ihres Arzt-Patienten-Gesprächs muss in Kauf genommen werden, dass sie sich gegen eine Therapie entscheiden. Zudem könnten bei Überwachungen auch Daten anderer Patientinnen und Patienten offengelegt werden. Sehen Patientinnen und Patienten die Vertrauensbasis zum behandelnden Arzt als gefährdet an, könnte dies unmittelbare Auswirkungen auf die Qualität der Behandlung nach sich ziehen und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Patienten, der Patientin verletzen.

Die Streichung von Abs. 2 des Art. 28 kommt einer Aushöhlung des ärztlichen Berufsgeheimnisses gleich, das schwerwiegende Folgen auf die Arzt-Patienten-Beziehung haben dürfte. Die SGPP weist mit Nachdruck darauf hin, dass die berufliche Geheimhaltungspflicht die Privat- und Intimsphäre des Patienten schützt. Das ist eine wichtige Voraussetzung, damit der Patient in der therapeutischen Beziehung überhaupt Vertrauen fassen kann. In der psychiatrisch-psychotherapeutischen Arbeit, in der Patienten und Patientinnen besonders intime Details preisgeben, ist das ärztliche Berufsgeheimnis unerlässlich.

Es versteht sich von selbst, dass Drittpersonen, die aufgrund ihrer Tätigkeit in der Praxis oder in der Institutionen Einblick in alle Daten haben, ebenfalls dem ärztlichen Berufsgeheimnis unterstehen müssen. Deshalb ist auf die Streichung des Abs.2 von Art 28 zu verzichten.

Wir bitten Sie, unsere Stellungnahme entsprechend zu berücksichtigen.

Freundliche Grüsse



Dr. med. Fulvia Rota
 Präsidentin der SGPP



Dr. Christoph Gitz
 Geschäftsführer

Eidgenössisches Departement für
Verteidigung Bevölkerungsschutz und Sport VBS
Generalsekretariat
Bundeshaus Ost
CH-3003 Bern

Bern, 6. September 2022

Stellungnahme SSO zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Amherd
Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne machen wir von der Möglichkeit Gebrauch, zum Entwurf der Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG) Stellung zu nehmen.

Im Sinne einer Vorbemerkung weisen wir darauf hin, dass die Dachverbände der Medizinalpersonen und damit auch die Schweizerische Zahnärztegesellschaft SSO auf der Liste der Vernehmlassungsadressaten nicht aufgeführt sind und somit nicht direkt mit den Vernehmlassungsunterlagen bedient wurden. Wir bitten Sie, uns Vernehmlassungen, welche die Medizinalberufe betreffen künftig zuzustellen.

Die Schweizerische Zahnärzte-Gesellschaft SSO ist die Berufs- und Standesorganisation der in der Schweiz tätigen Zahnärztinnen und Zahnärzte. Sie vertritt 3500 Praxisinhaber und insgesamt 5800 Zahnärzte.

Wir beschränken unsere Stellungnahme auf die Bestimmung, welche die Zahnärzteschaft direkt betrifft.

Zu Art. 28 Abs. 2 NDG

Der Entwurf sieht die Streichung dieses Absatzes vor. Es wurde verkannt, dass das Berufsgeheimnis dazu dient, dass sich Jedermann ohne Angst vor Verfolgung an eine Medizinalperson wenden kann. Patienten könnten sich wegen der abstrakt bestehenden Möglichkeit des Mithörens ihres Arzt-Patienten-Gesprächs gegen eine Therapie entscheiden, ebenso könnten bei Überwachungen auch Daten anderer unverdächtiger Patientinnen und Patienten offengelegt werden. Von einem Missbrauch, ausgehend von Telefonanschlüssen der Zahnärzte aus kann keine Rede sein. Vielmehr gilt es das höher zu gewichtende Arztgeheimnis zu schützen. Die Massnahme ist nicht verhältnismässig. Es müsste zunächst das Ausmass eines solchen Missbrauchs dargelegt werden. Den Erläuterungen ist dazu nichts zu entnehmen.

Wir lehnen deshalb die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ab.

Wir hoffen, dass unser Anliegen bei der weiteren Bearbeitung des Geschäfts Berücksichtigung findet.

Freundliche Grüsse

SCHWEIZERISCHE ZAHNÄRZTEGESELLSCHAFT SSO
Generalsekretariat

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Gassmann', with a large, sweeping initial 'G'.

Simon. F. Gassmann, Rechtsanwalt

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Ivo Bühler', with a stylized 'I' and 'B'.

Ivo Bühler, Rechtsanwalt

Digitale Gesellschaft, CH-4000 Basel

Eidgenössisches Departement für Verteidigung
Bevölkerungsschutz und Sport VBS
Nachrichtendienst des Bundes NDB
3003 Bern

Per E-Mail an: vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

5. September 2022

**Vernehmlassungsverfahren: Revision des Bundesgesetzes über den
Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015**

Frist: 9. September 2022

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Entwurf der Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015.

Die Digitale Gesellschaft ist eine gemeinnützige Organisation, die sich für Grund- und Menschenrechte, eine offene Wissenskultur, weitreichende Transparenz sowie Beteiligungsmöglichkeiten an gesellschaftlichen Entscheidungsprozessen einsetzt. Die Tätigkeit orientiert sich an den Bedürfnissen der Bürgerinnen und Konsumenten in der Schweiz und international. Das Ziel ist die Erhaltung und die Förderung einer freien, offenen und nachhaltigen Gesellschaft vor dem Hintergrund der Persönlichkeits- und Menschenrechte.

Gerne nehmen wir zum Entwurf wie folgt Stellung:

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitende Anmerkungen.....	4
2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke.....	6
2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten».....	6
2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben.....	8
2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG.....	9
2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person.....	9
2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG.....	10
2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG.....	10
3. Auskunftsrecht.....	12
3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts.....	12
3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD.....	13
4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM).....	13
4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät.....	13
4.2 Bedingungen der Genehmigung.....	15
4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus.....	15
4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten.....	17
4.3. Genehmigungsverfahren.....	17
4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM.....	17
4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland.....	19
4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM.....	20
4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen.....	22
4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen.....	23
4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten.....	23
4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten.....	24
4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege.....	25
4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.....	26
4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen.....	29
4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland.....	32
4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung).....	32
4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland.....	33
4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist.....	33
4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung.....	34
5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB.....	35
6. «Internet» statt «Cyberraum».....	35
6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG.....	36
6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG.....	36
7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND.....	36
8. Strafrechtliche Bestimmungen.....	36
8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot.....	36

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot.....	37
8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen.....	38
8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit.....	39
9. Ausweitung des Ausreiseverbots.....	39
9.1. Art. 24h nBWIS.....	39
9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze.....	41
10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung.....	42
11. Schlussbemerkung.....	43

1. Einleitende Anmerkungen

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDel) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb ist die «Digitale Gesellschaft» aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüp-

1 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

2 Vgl. Art. 3 aBWIS.

3 Vgl. BBI 1994 II 1127, hier 1171.

4 Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020-2971, hier 3045.

5 Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsteherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBI 2021-570, hier S. 111).

fen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grundrechte erlauben, müssen diese so klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine grundrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die Rechtsunterworfenen kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grundrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre Grundrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.⁶

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur solange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten

⁸ Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich

⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.¹⁰ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹¹

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹² Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹³ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

11 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

12 Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

13 Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>;
<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkrete Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDel fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹⁴ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDel, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁵ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

¹⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

¹⁵ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBl 2010 7739, S. 2 ff.

3. Auskunftsrecht

3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁷ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁸

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁹ zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen

16 Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

17 BGE 147 I 280, E 9.2.4.

18 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

19 Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

geht – die Versammlungsfreiheit.²⁰ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagedarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²¹ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²² Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen.

20 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

21 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

22 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²³ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²⁴ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁵ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust

23 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2149.

24 BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

25 Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEBM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEBM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁶ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁷ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁸

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im

26 Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

27 Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/ NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

28 Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, Urteil vom 13. September 2018, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁹ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»³⁰ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³¹

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³² Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivisten, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.³³ Mehrere Berichte der GPDel und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.³⁴ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO

29 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

30 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.

31 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

32 Vgl. EGMR, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31. August 2021, N 20.

33 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

34 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁵

4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz demnach ersuchen, Überwachungsmassnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

4.3. Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG – Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «*wesentlichen* Akten» übergeben.

35 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁶ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³⁷

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

36 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

37 Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁸. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu

38 SR 173.320.4.

informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden, müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁹.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.⁴⁰ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht

39 EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

40 Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, soweit und solange eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, *Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmaßnahmen Rechtsschutz gewährt werden?*, Zürich, 2017, N 59.

nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴¹ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴² Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

41 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigte Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

42 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussonderungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwäl*innen besteht daher die Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und

«erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fliessenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelte Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den

Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen. Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.⁴³ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGer und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmassnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor.

⁴³ Vgl. Schweri Florian, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige materielle Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzahungen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.⁴⁴ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend

44 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 9.

eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.⁴⁵ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

45 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 10.

4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosse Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechungen nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine

«Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁶ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.

2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁷
3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁸ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁹ Bereits mit der bestehenden gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit

46 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 12.

47 Vgl. Stellungnahme der Ärztevereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

48 Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

49 Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: medialex 6/16 sowie medialex Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR, *Goodwin v. The United Kingdom* (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108.

nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängige Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und dass die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «Die vertraulichen Kommunikationen zwischen Medienschaffenden und ihren Quellen bzw. zwischen Anwälten oder Anwältinnen und ihrer Klientenschaft geniessen besonderen Schutz: Gezielte Massnahmen zu ihrer Überwachung sind grundsätzlich ausgeschlossen [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁵⁰

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und

50 BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikant. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beamt*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz – soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen. Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer Ausstrahlungen von

Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in jedem Falle aber nicht noch grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» ändern, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob diese die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen in diesem Verfahren gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als sehr zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, welche ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie beispielsweise Syrien oder Russland enthalten. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen, und hat entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht einfach eruiert werden kann, über welche Leitungen die Daten von und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten, dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruieren können soll als die Schweizer Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsleistungen, zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiberinnen und Anbieterinnen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest

teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelaufklärungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDel hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDel im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁵¹ Auch andere in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵²

6. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

51 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

52 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»«sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat .

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhten (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵³. Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer

53 SR 122.

öffentlichen politischen Diskussion unterworfenen Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen. Nach der Publikation im Bundesblatt⁵⁴ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art.

54 Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵⁵ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts.

Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

55 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.

8.4. Art. 83d und 83e nNDG – Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermassen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

9. Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann. Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und»

Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welchem nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁶ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

⁵⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine *gesetzliche Regelung* vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁷

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁸ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwer wiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem

⁵⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 22.

⁵⁸ Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBI 2020 7639 ff.

sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, in wie weit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

11. Schlussbemerkung

Wir beschränken uns in dieser Stellungnahme auf unsere Kernanliegen. Bei Verzicht auf umfassende allgemeine Anmerkungen oder auf Anmerkungen zu einzelnen Artikeln bedeutet keine Zustimmung der Digitalen Gesellschaft.

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüssen

Erik Schönenberger
Geschäftsleiter

Frau Bundesrätin
Viola Amherd
Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS

Per E-Mail an:
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Freiburg, 8. September 2022

Vernehmlassung Revision NDG 2022

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Amherd
Sehr geehrte Damen und Herren

Zusammen mit verschiedenen Unternehmen und Verbänden der Branche hat **impresum** eine Vernehmlassungsantwort zur geplanten Revision des Nachrichtendienstgesetzes (NDG) eingereicht. Als grösste Schweizer Organisation von Journalist:innen aller Mediengattungen ist es uns ein Anliegen, an dieser Stelle die gesellschaftliche Notwendigkeit eines ungeschwächten Quellenschutzes zusätzlich zu unterstreichen.

In der erwähnten Vernehmlassungsantwort haben wir zusammen mit den Partnerorganisationen der Branche bereits eingehend erläutert, warum die geplante Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG die Medienfreiheit und die Informationsfreiheit einschränkt, indem der Quellenschutz und damit das verfassungsmässig geschützte Redaktionsgeheimnis untergraben werden. Ebenfalls wurde dargetan, dass dieser Grundrechtseingriff im Widerspruch zur Europäischen Menschenrechtskonvention steht. Im Anwendungsfall könnte die Schweiz darum vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte zur Aufrechterhaltung des Quellenschutzes gezwungen werden. Wir möchten diesen wichtigen Aspekt an dieser Stelle nicht weiter vertiefen und verweisen uneingeschränkt auf die Ausführungen in der erwähnten Vernehmlassungsantwort.

Zusätzlich zur grundrechtlichen Problematik ist zu beachten, dass ein starkes öffentliches Interesse daran besteht, den Schutz der Quellen von Journalist:innen nicht in Frage zu stellen. Namentlich um die Funktionsfähigkeit der staatlichen Organe zu schützen, ist es wichtig, dass Journalist:innen für Informant:innen vertrauenswürdig bleiben. Um das zu veranschaulichen, stelle man sich vor, Informant:innen und sogenannte «Whistleblower» wären nicht mehr sicher, dass ihre Identität bei Journalist:innen sicher ist. Ihr Bedürfnis, die ihnen vorliegenden Information an die Öffentlichkeit zu bringen, würde dadurch nicht schwächer. Es dürfte dabei oft auch um Informationen gehen, die von Behörden für geheim erklärt worden sind. Da Journalist:innen für solche Enthüllungen nicht mehr in Frage kämen, würden die

Informant:innen alternative Wege finden, was heute für viele technisch nicht mehr schwierig wäre. So vorgenommene Veröffentlichungen würden dann unkontrolliert, anonym und ungefiltert an die Bevölkerung gelangen, ohne dass ein:e Journalist:in für den Inhalt verantwortlich wäre.

Mit der geplanten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG würde also die Verletzung von Rechten, wie beispielsweise von Persönlichkeitsrechten und von staatlichen Geheimhaltungspflichten, wahrscheinlicher und unkontrollierbarer. Wenn hingegen sensible Informationen an Journalist:innen gelangen, sind diese mit ihrem Namen dafür verantwortlich, was in den Medien erscheint. Dabei sind sie ihrer Berufsethik (dem «Journalistencodex») verpflichtet und müssen sich selbstverständlich an die geltenden Gesetze halten. Dieser Schutz ist aber nur möglich, solange Journalistinnen und Journalisten eine sichere Anlaufstelle für Informant:innen bleiben. Und dafür ist ein uneingeschränkter Quellenschutz die strikte Voraussetzung.

Dass Informant:innen den Weg via Journalist:innen wählen können, ohne zu befürchten, dass ihre Identität «auffliegt», liegt daher offenkundig im öffentlichen Interesse. Demgegenüber würde die vorgeschlagene Abschwächung des Quellenschutzes gesellschaftliche und staatliche Interessen unnötig gefährden und die Einhaltung von Gesetzen in Frage stellen.

impressum unterstreicht damit seine Forderung, auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG zu verzichten und dankt Ihnen für die Berücksichtigung dieser Überlegungen.

Mit freundlichen Grüßen,

impressum
Die Schweizer Journalistinnen



Urs Thalmann, Geschäftsführer

Kopie an:
Andreas Zoller, Verband Schweizer Medien

Globale
Gerechtigkeit
beginnt bei uns

Public Eye

Zürich, 5. September 2022

**Vernehmlassungsverfahren: Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst
(Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Viola Amherd

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nutzt Public Eye die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf der Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015.

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüssen

Christa Luginbühl
Geschäftsleitung Public Eye

Christian Engeli
Geschäftsleitung Public Eye

Public Eye

Dienerstrasse 12, Postfach, CH-8021 Zürich, Tel. +41 (0)44 2 777 999
www.publiceye.ch, kontakt@publiceye.ch, Postkonto 80-8885-4

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitende Anmerkungen	4
2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke	5
2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»	5
2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben	8
2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG	9
2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person.....	9
2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG.....	9
2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG	10
3. Auskunftsrecht.....	11
3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts	11
3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD	12
4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM).....	12
4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät.....	12
4.2 Bedingungen der Genehmigung.....	14
4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus	14
4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten.....	15
4.3. Genehmigungsverfahren	16
4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM.....	16
4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland.....	17
4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM.....	18
4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen	20
4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen.....	21
4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten.....	21
4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten	21
4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege.....	22
4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen	24
4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen	26
4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland.....	28
4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)	29
4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland	29
4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist	30
4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung	30
5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB.....	31
6. «Internet» statt «Cyberraum».....	32
6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG.....	32

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG	32
7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND.....	32
8. Strafrechtliche Bestimmungen	32
8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot	32
8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot	33
8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen	34
8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit.....	35
9. Ausweitung des Ausreiseverbots	35
9.1. Art. 24h nBWIS.....	35
9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze.....	37
10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung.....	37

1. Einleitende Anmerkungen

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDel) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb ist Public Eye aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüpfen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grundrechte erlauben, müssen diese so klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine grundrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die Rechtsunterworfenen kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grundrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre Grundrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an

¹ Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

² Vgl. Art. 3 aBWIS.

³ Vgl. BBI 1994 II 1127, hier 1171.

⁴ Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020-2971, hier 3045.

⁵ Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsteherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBI 2021-570, hier S. 111).

gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.⁶

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur so lange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim

⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

⁸ Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.¹⁰ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹¹

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹² Seit mehr als einem Jahrzehnt

¹¹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

¹² Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

werden von diesen Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹³ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkreten Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige

¹³ Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>;
<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDel fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹⁴ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDel, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁵ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

3. Auskunftsrecht

3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁷ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁸

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁹ zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG

¹⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

¹⁵ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBI 2010 7739, S. 2 ff.

¹⁶ Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

¹⁷ BGE 147 I 280, E 9.2.4.

¹⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

¹⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die Versammlungsfreiheit.²⁰ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagedarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²¹ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²² Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen. Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein

²⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

²¹ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

²² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²³ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²⁴ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁵ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre der

²³ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2149.

²⁴ BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

²⁵ Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEBM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEBM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁶ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁷ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁸

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁹ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»³⁰ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³¹

²⁶ Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

²⁷ Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/ NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

²⁸ Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, Urteil vom 13. September 2018, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

²⁹ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

³⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.

³¹ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³² Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivist*innen, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.³³ Mehrere Berichte der GPDel und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.³⁴ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁵

4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz demnach ersuchen, Überwachungsmassnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

³² Vgl. EGMR, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31. August 2021, N 20.

³³ Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

³⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

³⁵ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

4.3. Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «*wesentlichen* Akten» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁶ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin

³⁶ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³⁷

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁸. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die

³⁷ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.

³⁸ SR 173.320.4.

Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung

immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden, müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁹.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.⁴⁰ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

³⁹ EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

⁴⁰ Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, *soweit und solange* eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, *Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmassnahmen Rechtsschutz gewährt werden?*, Zürich, 2017, N 59.

4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴¹ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴² Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussonderungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

⁴¹ Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigte Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

⁴² Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwäl*innen besteht daher die Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fliessenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelten Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen. Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.⁴³ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGers und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

⁴³ Vgl. SCHWERI FLORIAN, *Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmassnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige *materielle* Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzahlungen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine

allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.⁴⁴ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.⁴⁵ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

⁴⁴ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 9.

⁴⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 10.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosse Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechung nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen.

Die Aussicht auf eine «Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁶ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.

2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁷
3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁸ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁹ Bereits mit der bestehenden gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängige Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelauflklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren

⁴⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 12.

⁴⁷ Vgl. Stellungnahme der Ärztevereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

⁴⁸ Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

⁴⁹ Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: medialex 6/16 sowie medialex Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR, *Goodwin v. The United Kingdom* (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108.

Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und, dass die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme, der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se, wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «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 [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁵⁰

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikant. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

⁵⁰ BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beamt*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz – soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen. Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in jedem Falle aber nicht noch grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» änderten, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob diese die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen in diesem Verfahren gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als sehr zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, welche ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie beispielsweise Syrien oder Russland enthalten. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen, und hat entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht einfach eruiert werden kann, über

welche Leitungen die Daten von und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten, dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruieren können soll als die Schweizer Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsleistungen, zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiberinnen und Anbieterinnen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelaufklärungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDel hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDel im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁵¹ Auch andere in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵²

⁵¹ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

⁵² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

6. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»«sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhen (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat»)

sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵³. Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenes Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen. Nach der Publikation im Bundesblatt⁵⁴ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung,

⁵³ SR 122.

⁵⁴ Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵⁵ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts.

Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

⁵⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermassen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

9. Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann. Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und»

Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine

bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁶ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine *gesetzliche Regelung*

⁵⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁷

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁸ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, inwieweit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

⁵⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 22.

⁵⁸ Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBI 2020 7639 ff.

Per E-Mail: vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Gilles Marchand
Generaldirektor SRG SSR
Giacomettistrasse 1
3000 Bern 31

Datum 9. September 2022

Vernehmlassung zur geplanten Revision des Nachrichtendienstgesetzes

Sehr geehrte Frau Bundesrätin, geschätzte Frau Amherd
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft (SRG) bezieht sich auf die Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG). Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 des Nachrichtendienstgesetzes («NDG») beeinträchtigt den Quellenschutz, womit die redaktionellen Interessen der Medienschaffenden und somit auch der SRG erheblich betroffen sind. Wir geben daher unserem Erstaunen zum Ausdruck, dass die SRG nicht direkt zur Vernehmlassung eingeladen worden ist.

Fristgemäss nehmen wir zur Vernehmlassungsvorlage wie folgt Stellung:

1. Zusammenfassung

Die Vernehmlassungsvorlage will den bestehenden Art. 28 Abs. 2 NDG streichen. Damit soll das bestehende Verbot aufgehoben werden, «Drittpersonen», die nach Art. 171-173 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzen (darunter Medienschaffende) zu überwachen. Der Verweis und die Begründung der Streichung im Erläuternden Bericht sind nicht nachvollziehbar. Sie ändern nichts daran, dass mit der geplanten Änderung der Quellenschutz der Medienschaffenden beeinträchtigt und die Pressefreiheit geschwächt werden soll.

2. Aktuelle Rechtslage: Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen in Bezug auf Personen, die unter eine Berufsgruppe nach Art. 171-173 StPO fallen

Eine aufgrund von Art. 27 Abs. 1 NDG überwachte Person kann für die Übermittlung und den Empfang von Informationen das Telefon, die Postadresse, den Computer, das Fahrzeug oder eine sonstige Einrichtung einer Drittperson benutzen. Dies kann mit oder ohne Kenntnis derselben geschehen. In diesen Fällen hat der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) die Möglichkeit, den Post- und Telefonverkehr der *Drittperson* überwachen zu lassen, auf deren Computer Zugriff zu nehmen oder deren Räumlichkeiten und Fahrzeuge zu durchsuchen, um Informationen über die Person zu erhalten, die das eigentliche Ziel der Überwachung ist.

Sofern allerdings eine *Drittperson* gemäss Art. 171-173 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt (neben Medienschaffenden u.a. auch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Medizinalpersonen) verbietet das aktuelle Gesetz gestützt auf Art. 28 Abs. 2 NDG eine solche Überwachung. Das NDG folgt hier den Regelungen der StPO. Gemäss Art. 172 StPO steht den Medienschaffenden grundsätzlich ein Zeugnisverweigerungsrecht zu. Art. 172 StPO stammt materiell unverändert aus Art.

28a StGB, der den Quellenschutz regelt (SCHMID, StPO, Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 172 N 1). Gleich wie bei anderen Zeugnisverweigerungsrechten geniessen auch Hilfspersonen von Medienschaffenden Quellenschutz (SCHMID, a.a.O., Art. 172 N 5).

Es ist dem NDB somit gemäss heutiger Rechtslage verboten, Journalisten und Journalistinnen und/oder deren Hilfspersonen gezielt als sogenannte *Drittpersonen* zu überwachen. Dieses Verbot will die laufende Revision aufheben.

3. Auswirkungen bei Wegfall von Art. 28 Abs. 2 NDG

Gemäss dem Erläuternden Bericht zur Revision des NDG (S. 11) soll der 2. Absatz des heutigen Artikels 28 aufgehoben werden. Es genüge Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev., der auch im Fall einer Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme gegenüber einer *Drittperson* anwendbar sei.

Die Begründung zur vorgeschlagenen Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG im Erläuterungsbericht (S. 11 f.) überzeugt nicht: In der Praxis habe sich offenbar gezeigt, «dass jemand, der zum Kreis von einem Berufsgeheimnis unterstehenden Personen gehört, eine einem Berufsgeheimnis unterstehende zugehörige Person (z.B. auch Hilfspersonen von Ärztinnen und Ärzten), als Privatperson zahlreiche Mobiltelefonabonnemente» abschliessen könne, ohne diese selber zu nutzen und deren Nutzung vollständig einer anderen Person übergeben könne (dem «tatsächlichen» Nutzer»). Damit sei das «Berufsgeheimnis» faktisch nicht tangiert. Wenn nun vom «tatsächlichen» Nutzer eine schwere Bedrohung der Sicherheit der Schweiz ausgehe, sei es nicht gerechtfertigt, die Überwachung eines solchen Anschlusses auszuschliessen.

Selbst wenn es in der Tat vereinzelt zu solch konstruiert wirkenden Fällen käme, rechtfertigt sich die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG aufgrund solcher Einzelfälle zum Nachteil der in Art. 171-173 StPO genannten Berufsgruppe – wie Medienschaffenden – nicht und ist völlig unverhältnismässig. Durch diese Streichung wäre es dem NDB in Zukunft möglich, z.B. Räumlichkeiten und Fahrzeuge von Journalisten und Journalistinnen sowie deren Hilfspersonen als *Drittpersonen* zu durchsuchen oder in Computersysteme einzudringen, wenn begründete Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person, über die Informationen beschafft werden sollen, z.B. den Laptop oder Räumlichkeiten (Arbeitsräume) von Medienschaffenden benutzt. Im Übrigen besteht auch in dem im Erläuterungsbericht erwähnten Beispiel mit dem Mobilfunkabonnement rechtlich gesehen ein Vertrag zwischen dem Geheimnissträger und dem Mobilfunkanbieter, ungeachtet der tatsächlichen Nutzung des Mobiltelefons. Der Geheimnissträger – z.B. ein Medienschaffender – wäre somit entgegen dem Erläuterungsbericht durchaus in seiner rechtlichen Position tangiert.

Auch der Verweis auf Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. zur vermeintlichen Milderung der Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist untauglich. Erstens greift Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. erst im Nachgang zu einer bereits erfolgten Überwachung, zweitens bezieht er sich auf die Aussonderung und Vernichtung lediglich nicht erforderlicher Daten. Zudem dürfte es in praxi illusorisch sein, Geheimnisse, von denen der NDB nichts erfahren darf, von solchen zu trennen, die er erfahren darf – zumal der NDB zum Zeitpunkt der Aussonderung bereits in Kenntnis der Daten ist. Auch die nachträgliche Mitteilung gemäss Art. 33 NDG und NDG-Rev. schützt die Quellen nicht mehr.

Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. bietet keinen wirksamen Schutz bei einer Aufhebung von Art. 28 Abs. 2 NDG, zumal er im Verhältnis zur geltenden Regelung von Art. 58 Abs. 3 NDG abgeschwächt werden soll.

Gemäss Art. 58 Abs. 3 NDG müssen journalistische Informationen, die «keinen Bezug zur spezifischen Bedrohungslage» aufweisen, unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts ausgesondert und vernichtet werden. Demgegenüber will Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. auf den Bezug zur spezifischen Bedrohungslage verzichten und sich bei der Aussonderung und Vernichtung durch das Bundesverwaltungsgericht nur noch daran orientieren, ob Daten erforderlich sind oder nicht, ohne zu spezifizieren, was nicht erforderliche Daten sein sollen. Soweit im Erläuternden Bericht festgehalten wird, dass der vorgeschlagene Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. dem heutigen Art. 58 Abs. 3 NDG entsprechen würde und nur formelle Klarstellungen enthalte, kann dies nicht nachvollzogen werden. Vielmehr dürfte das Kriterium der Erforderlichkeit durch den NDB einfacher zu begründen sein als ein Bezug zur spezifischen

Bedrohungslage und somit entgegen anderslautenden Bekundungen auch hier die Eingriffsschwelle gesenkt werden.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in den Erwägungen 41) im Urteil Nr. 35449/14 vom 6.10.2020, Kammer III in der Sache Jecker vs. Schweiz festgehalten, dass eine Offenlegung der Quellen nur durch ein «impératif, prépondérant d'intérêt public» möglich sein kann. Aus unserer Sicht widerspricht bereits die Möglichkeit, genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen gegenüber Medienschaffenden als *Drittpersonen* zu ermöglichen, dieser Rechtsprechung. Genau aus diesen Überlegungen bestand bis anhin auch ein Verbot. Auch die Herabsetzung der Aussonderungsschwelle in Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. widerspricht aus unserer Sicht dieser Rechtsprechung.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass mit einer Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG der Quellenschutz ausgehebelt wird. Der Schutz der Pressefreiheit ist in einem demokratischen Staat unantastbar: Den Medienschaffenden dürfen zur Wahrnehmung ihrer demokratierelevanten Funktion keine unverhältnismässigen Hürden in den Weg gestellt werden. An Art. 28 Abs. 2 NDG ist daher auch im revidierten NDG festzuhalten und auf eine Abschwächung von Art. 58 Abs. 3 NDG in Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. zu verzichten.

Wir bedanken uns im Voraus für die Berücksichtigung des Anliegens der SRG.

Freundliche Grüsse



Gilles Marchand
Generaldirektor SRG



Betrifft: Revision Nachrichtendienstgesetz:

Bellinzona, 9. September 2022

Z.hd. Frau Isabell Graber

Stampa Svizzera bezieht sich auf die Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG)

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 des Nachrichtendienstgesetzes («NDG») beeinträchtigt den Quellenschutz, womit die redaktionellen Interessen der Medienschaffenden erheblich betroffen sind.

Stampa Svizzera weist einleitend darauf hin, dass nach unserem Wissen keine Vertreterinnen /Vertreter der Medienschaffenden oder Verlage des Kanton Tessin - weder die Gewerkschaften, Berufsverbände, der Verlegerverband, noch einzelne Medienhäuser - direkt zur Vernehmlassung eingeladen wurden obwohl insbesondere die Streichung des oben genannten Artikels ein wichtiges inhaltliches Anliegen der Medien ist.

Fristgemäss nehmen wir zur Vernehmlassungsvorlage wie folgt Stellung:

1. Zusammenfassung

Im Zentrum der vorliegenden Vernehmlassungseingabe steht Art.28 des Nachrichtendienstgesetzes- insbesondere die Streichung des Abs.2 des Artikels 28 NDG. Damit soll das bestehende Verbot aufgehoben werden, «Drittpersonen», die nach Art. 171-173 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzen (darunter Medienschaffende) zu überwachen. Der Verweis und die Begründung der Streichung im Erläuternden Bericht sind nicht nachvollziehbar. Sie ändern nichts daran, dass mit der geplanten Änderung der Quellenschutz der Medienschaffenden beeinträchtigt und die Pressefreiheit geschwächt werden soll.

2. Aktuelle Rechtslage: Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen in Bezug auf Personen, die unter eine Berufsgruppe nach Art. 171-173 StPO fallen.

Eine aufgrund von Art. 27 Abs. 1 NDG überwachte Person kann für die Übermittlung und den Empfang von Informationen das Telefon, die Postadresse, den Computer, das Fahrzeug oder eine sonstige Einrichtung einer Drittperson benützen. Dies kann mit oder ohne Kenntnis derselben geschehen. In diesen Fällen hat der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) die Möglichkeit, den Post- und Telefonverkehr der Drittperson überwachen zu lassen, auf deren Computer Zugriff zu nehmen oder deren Räumlichkeiten und Fahrzeuge zu durchsuchen, um Informationen über die Person zu erhalten, die das eigentliche Ziel der Überwachung ist. Sofern allerdings eine Drittperson gemäss Art. 171–173 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt (neben Medienschaffenden u.a. auch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Medizinalpersonen) verbietet das aktuelle Gesetz gestützt auf Art. 28 Abs. 2 NDG eine solche Überwachung. Das NDG folgt hier den Regelungen der StPO. Gemäss Art. 172 StPO steht den Medienschaffenden grundsätzlich ein Zeugnisverweigerungsrecht zu. Art. 172 StPO stammt materiell unverändert aus Art. 28a StGB, der den Quellenschutz regelt (SCHMID, StPO, Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 172 N 1).

Gleich wie bei anderen Zeugnisverweigerungsrechten geniessen auch Hilfspersonen von Medienschaffenden Quellenschutz (SCHMID, a.a.O., Art. 172 N5).

Es ist dem NDB somit gemäss heutiger Rechtslage verboten, Journalisten und Journalistinnen und/oder deren Hilfspersonen gezielt als sogenannte Drittpersonen zu überwachen. Dieses Verbot will die laufende Revision aufheben.

3. Auswirkungen bei Wegfall von Art. 28 Abs. 2 NDG

Gemäss dem Erläuternden Bericht zur Revision des NDG (S. 11) soll der 2. Absatz des heutigen Artikels 28 aufgehoben werden. Es genüge Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev., der auch im Fall einer Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme gegenüber einer Drittperson anwendbar sei.

Die Begründung zur vorgeschlagenen Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG im Erläuterungsbericht (S. 11 f.) überzeugt nicht: In der Praxis habe sich offenbar gezeigt, «dass jemand, der zum Kreis von einem Berufsgeheimnis unterstehenden Personen gehört, eine einem Berufsgeheimnis unterstehende zugehörige Person (z.B. auch Hilfspersonen von Ärztinnen und Ärzten), als Privatperson zahlreiche Mobiltelefonabonnemente» abschliessen könne, ohne diese selber zu nutzen und deren Nutzung vollständig einer anderen Person übergeben könne (dem «tatsächlichen» Nutzer»). Damit sei das «Berufsgeheimnis» faktisch nicht tangiert. Wenn nun vom «tatsächlichen» Nutzer eine schwere Bedrohung der Sicherheit der Schweiz ausgehe, sei es nicht gerechtfertigt, die Überwachung eines solchen Anschlusses auszuschliessen.

Selbst wenn es in der Tat vereinzelt zu solch konstruiert wirkenden Fällen käme, rechtfertigt sich die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG aufgrund solcher Einzelfälle zum Nachteil der in Art. 171-173 stop genannten Berufsgruppe – wie Medienschaffenden – nicht und ist völlig unverhältnismässig. Durch diese Streichung wäre es dem NDB in Zukunft möglich, z.B. Räumlichkeiten und Fahrzeuge von Journalisten und Journalistinnen sowie deren Hilfspersonen als Drittpersonen zu durchsuchen oder in Computersysteme einzudringen, wenn begründete Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person, über die Informationen beschafft werden sollen, z.B. den Laptop oder Räumlichkeiten (Arbeitsräume) von Medienschaffenden benutzt. Im Übrigen besteht auch in dem im Erläuterungsbericht erwähnten Beispiel mit dem Mobilfunkabonnement rechtlich gesehen ein Vertrag zwischen dem Geheimnisträger und dem Mobilfunkanbieter, ungeachtet der tatsächlichen Nutzung des Mobiltelefons. Der Geheimnisträger – z.B. ein Medienschaffender – wäre somit entgegen dem Erläuterungsbericht durchaus in seiner rechtlichen Position tangiert.

Auch der Verweis auf Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. zur vermeintlichen Milderung der Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist untauglich. Erstens greift Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. erst im Nachgang zu einer bereits erfolgten Überwachung, zweitens bezieht er sich auf die Aussonderung und Vernichtung lediglich nicht erforderlicher Daten. Zudem dürfte es in praxi illusorisch sein, Geheimnisse, von denen der NDB nichts erfahren darf, von solchen zu trennen, die er erfahren darf – zumal der NDB zum Zeitpunkt der Aussonderung bereits in Kenntnis der Daten ist. Auch die nachträgliche Mitteilung gemäss Art. 33 NDG und NDG-Rev. schützt die Quellen nicht mehr. Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. bietet keinen wirksamen Schutz bei einer Aufhebung von Art. 28 Abs. 2 NDG, zumal er im Verhältnis zur geltenden Regelung von Art. 58 Abs. 3 NDG abgeschwächt werden soll. Gemäss Art. 58 Abs. 3 NDG müssen journalistische Informationen, die «keinen Bezug zur spezifischen Bedrohungslage» aufweisen, unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts ausgesondert und vernichtet werden. Demgegenüber will Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. auf den Bezug zur spezifischen Bedrohungslage verzichten und sich bei der Aussonderung und Vernichtung durch das Bundesverwaltungsgericht nur noch daran orientieren, ob Daten erforderlich sind oder nicht, ohne zu spezifizieren, was nicht erforderliche Daten sein sollen. Soweit im Erläuternden Bericht festgehalten wird, dass der vorgeschlagene Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. dem heutigen Art. 58 Abs. 3 NDG entsprechen würde und nur formelle Klarstellungen enthalte, kann dies nicht nachvollzogen werden. Vielmehr dürfte das Kriterium der Erforderlichkeit durch den NDB einfacher zu begründen sein als ein Bezug zur spezifischen Bedrohungslage und somit entgegen anderslautenden Bekundungen auch hier die Eingriffsschwelle gesenkt werden.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in den Erwägungen 41) im Urteil Nr. 35449/14 vom 6.10.2020, Kammer III in der Sache Jecker vs. Schweiz festgehalten, dass eine Offenlegung der Quellen nur durch ein «impératif, préponderant d'intérêt public» möglich sein kann.

Aus unserer Sicht widerspricht bereits die Möglichkeit, genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen gegenüber Medienschaffenden als Drittpersonen zu ermöglichen, dieser Rechtsprechung. Genau aus diesen Überlegungen bestand bis anhin auch ein Verbot. Auch die Herabsetzung der Aussonderungsschwelle in Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. widerspricht aus unserer Sicht dieser Rechtsprechung.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass mit einer Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG der Quellenschutz ausgehebelt wird. Der Schutz der Pressefreiheit ist in einem demokratischen Staat unantastbar: Den Medienschaffenden dürfen zur Wahrnehmung ihrer demokratie-relevanten Funktion keine unverhältnismässigen Hürden in den Weg gestellt werden.

An Art. 28 Abs. 2 NDG ist daher auch im revidierten NDG festzuhalten und auf eine Abschwächung von Art. 58 Abs. 3 NDG in Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. zu verzichten.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Freundliche Grüsse

Stampa Svizzera



Rocco Salvioni,
Kommitteemitglied

Vernehmlassungseingabe einer Allianz aus Medienunternehmen und -schaffenden zur geplanten Revision des Nachrichtendienstgesetzes

Zürich, 08. September 2022

Die ad hoc gebildete Allianz aus zentralen Akteuren der Medienbranche bezieht sich auf die Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens zur Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG). Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 des Nachrichtendienstgesetzes («NDG») beeinträchtigt den Quellenschutz, womit die redaktionellen Interessen der Medienschaffenden erheblich betroffen sind. Wir geben daher unserem Erstaunen Ausdruck, dass nach unserem Wissen keine Vertreterinnen oder Vertreter der Medienschaffenden oder Verlage - weder die Gewerkschaften oder Berufsverbände, die Verlegerverbände oder einzelne Medienhäuser - direkt zur Vernehmlassung eingeladen wurden.

Fristgemäss nehmen wir zur Vernehmlassungsvorlage wie folgt Stellung:

1. Zusammenfassung

Die Vernehmlassungsvorlage will den bestehenden Art. 28 Abs. 2 NDG streichen. Damit soll das bestehende Verbot aufgehoben werden, «Drittpersonen», die nach Art. 171-173 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzen (darunter Medienschaffende) zu überwachen. Der Verweis und die Begründung der Streichung im Erläuternden Bericht sind nicht nachvollziehbar. Sie ändern nichts daran, dass mit der geplanten Änderung der Quellenschutz der Medienschaffenden beeinträchtigt und die Pressefreiheit geschwächt werden soll.

2. Aktuelle Rechtslage: Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen in Bezug auf Personen, die unter eine Berufsgruppe nach Art. 171-173 StPO fallen

Eine aufgrund von Art. 27 Abs. 1 NDG überwachte Person kann für die Übermittlung und den Empfang von Informationen das Telefon, die Postadresse, den Computer, das Fahrzeug oder eine sonstige Einrichtung einer Drittperson benützen. Dies kann mit oder ohne Kenntnis derselben geschehen. In diesen Fällen hat der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) die Möglichkeit, den Post- und Telefonverkehr der *Drittperson* überwachen zu lassen, auf deren Computer Zugriff zu nehmen oder deren Räumlichkeiten und Fahrzeuge zu durchsuchen, um Informationen über die Person zu erhalten, die das eigentliche Ziel der Überwachung ist.

Sofern allerdings eine *Drittperson* gemäss Art. 171–173 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt (neben Medienschaffenden u.a. auch Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte sowie Medizinalpersonen) verbietet das aktuelle Gesetz gestützt auf Art. 28 Abs. 2 NDG eine solche Überwachung. Das NDG folgt hier den Regelungen der StPO. Gemäss Art. 172 StPO steht den Medienschaffenden grundsätzlich ein Zeugnisverweigerungsrecht zu. Art. 172 StPO stammt materiell unverändert aus Art. 28a StGB, der den Quellenschutz regelt (SCHMID, StPO, Praxiskommentar, 2. Aufl., Art. 172 N 1). Gleich wie bei anderen Zeugnisverweigerungsrechten geniessen auch Hilfspersonen von Medienschaffenden Quellenschutz (SCHMID, a.a.O., Art. 172 N5).

Es ist dem NDB somit gemäss heutiger Rechtslage verboten, Journalisten und Journalistinnen und/oder deren Hilfspersonen gezielt als sogenannte *Drittpersonen* zu überwachen. Dieses Verbot will die laufende Revision aufheben.

3. Auswirkungen bei Wegfall von Art. 28 Abs. 2 NDG

Gemäss dem Erläuternden Bericht zur Revision des NDG (S. 11) soll der 2. Absatz des heutigen Artikels 28 aufgehoben werden. Es genüge Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev., der auch im Fall einer Anordnung einer genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen gegenüber einer *Drittperson* anwendbar sei.

Die Begründung zur vorgeschlagenen Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG im Erläuterungsbericht (S. 11 f.) überzeugt nicht: In der Praxis habe sich offenbar gezeigt, «*dass jemand, der zum Kreis von einem Berufsgeheimnis unterstehenden Personen gehört, eine einem Berufsgeheimnis unterstehende zugehörige Person (z.B. auch Hilfspersonen von Ärztinnen und Ärzten), als Privatperson zahlreiche Mobiltelefonabonnemente*» abschliesse könne, ohne diese selber zu nutzen und deren Nutzung vollständig einer anderen Person übergeben könne (dem «tatsächlichen» Nutzer). Damit sei das «Berufsgeheimnis» faktisch nicht tangiert. Wenn nun vom «tatsächlichen» Nutzer eine schwere Bedrohung der Sicherheit der Schweiz ausgehe, sei es nicht gerechtfertigt, die Überwachung eines solchen Anschlusses auszuschliessen.

Selbst wenn es in der Tat vereinzelt zu solch konstruiert wirkenden Fällen käme, rechtfertigt sich die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG aufgrund solcher Einzelfälle zum Nachteil der in Art. 171-173 StPO genannten Berufsgruppe – wie Medienschaffenden – nicht und ist völlig unverhältnismässig. Durch diese Streichung wäre es dem NDB in Zukunft möglich, z.B. Räumlichkeiten und Fahrzeuge von Journalisten und Journalistinnen sowie deren Hilfspersonen als *Drittpersonen* zu durchsuchen oder in Computersysteme einzudringen, wenn begründete Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person, über die Informationen beschafft werden sollen, z.B. den Laptop oder Räumlichkeiten (Arbeitsräume) von Medienschaffenden benutzt. Im Übrigen besteht auch in dem im Erläuterungsbericht erwähnten Beispiel mit dem Mobilfunkabonnement rechtlich gesehen ein Vertrag zwischen dem Geheimnisträger und dem Mobilfunkanbieter, ungeachtet der tatsächlichen Nutzung des Mobiltelefons. Der Geheimnisträger – z.B. ein Medienschaffender – wäre somit entgegen dem Erläuterungsbericht durchaus in seiner rechtlichen Position tangiert.

Auch der Verweis auf Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. zur vermeintlichen Milderung der Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist untauglich. Erstens greift Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. erst im Nachgang zu einer bereits erfolgten Überwachung, zweitens bezieht er sich auf die Aussonderung und Vernichtung lediglich nicht erforderlicher Daten. Zudem dürfte es in praxi illusorisch sein, Geheimnisse, von denen der NDB nichts erfahren darf, von solchen zu trennen, die er erfahren darf – zumal der NDB zum Zeitpunkt der Aussonderung bereits in Kenntnis der Daten ist. Auch die nachträgliche Mitteilung gemäss Art. 33 NDG und NDG-Rev. schützt die Quellen nicht mehr.

Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. bietet keinen wirksamen Schutz bei einer Aufhebung von Art. 28 Abs. 2 NDG, zumal er im Verhältnis zur geltenden Regelung von Art. 58 Abs. 3 NDG abgeschwächt werden soll.

Gemäss Art. 58 Abs. 3 NDG müssen journalistische Informationen, die «keinen Bezug zur spezifischen Bedrohungslage» aufweisen, unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts ausgedüngt und vernichtet werden. Demgegenüber will Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. auf den Bezug zur spezifischen Bedrohungslage verzichten und sich bei der Aussonderung und Vernichtung durch das Bundesverwaltungsgericht nur noch daran orientieren, ob Daten erforderlich sind oder nicht, ohne zu spezifizieren, was nicht erforderliche Daten sein sollen. Soweit im Erläuternden Bericht festgehalten wird, dass der vorgeschlagene Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. dem heutigen Art. 58 Abs. 3 NDG entsprechen würde und nur formelle Klarstellungen enthalte, kann dies nicht nachvollzogen werden. Vielmehr dürfte das Kriterium der Erforderlichkeit durch den NDB einfacher zu begründen sein als ein Bezug zur spezifischen Bedrohungslage und somit entgegen anderslautenden Bekundungen auch hier die Eingriffsschwelle gesenkt werden.

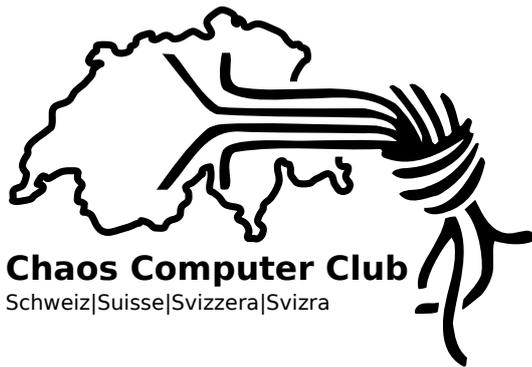
Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in den Erwägungen 41) im Urteil Nr. 35449/14 vom 6.10.2020, Kammer III in der Sache Jecker vs. Schweiz festgehalten, dass eine Offenlegung der Quellen nur durch ein «*impératif, prépondérant d'intérêt public*» möglich sein kann. Aus unserer Sicht widerspricht bereits die Möglichkeit, genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen gegenüber Medienschaffenden als *Drittpersonen* zu ermöglichen, dieser Rechtsprechung. Genau aus diesen Überlegungen bestand bis anhin auch ein Verbot. Auch die Herabsetzung der Aussonderungsschwelle in Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. widerspricht aus unserer Sicht dieser Rechtsprechung.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass mit einer Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG der Quellenschutz ausgehebelt wird. Der Schutz der Pressefreiheit ist in einem demokratischen

Staat unantastbar: Den Medienschaffenden dürfen zur Wahrnehmung ihrer demokratierelevanten Funktion keine unverhältnismässigen Hürden in den Weg gestellt werden. An Art. 28 Abs. 2 NDG ist daher auch im revidierten NDG festzuhalten und auf eine Abschwächung von Art. 58 Abs. 3 NDG in Art. 50 Abs. 2 NDG-Rev. zu verzichten.

Die Unterzeichnenden (alphabetisch):

- impressum – Die Schweizer Journalist^{innen}
- investigativ.ch – Recherchenetzwerk Schweiz
- Reporters sans Frontières (RSF) Suisse
- Schweizer Presserat
- SRG SSR
- Syndicom – Gewerkschaft Medien und Kommunikation
- Telesuisse
- Verband Medien mit Zukunft
- Verband Schweizer Privat Fernsehen VSPF
- Verband Schweizer Privatradios VSP
- Verlegerverbände Schweizer Medien / Médias Suisses / Stampa Svizzera



CCC-CH, Birsfelderstrasse 6, 4132 Muttenz
(E-Mail: vorstand@ccc-ch.ch)

Zürich, 9. September 2022

Vernehmlassungsverfahren: Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015

Frist: 9. September 2022

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Viola Amherd

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nutzen wir als Chaos Computer Club Schweiz (in kurz: CCC-CH) als Teil einer grund- und menschenrechtsorientierten zivilgesellschaftlichen NGO-Koalition die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf der Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015; einem Gesetz, dem wir als Ganzes ablehnend gegenüberstehen. **Wir lehnen diese Revision entsprechend ab.** Trotzdem erfolgt im Folgenden Kritik an den gravierendsten Verschärfungen, die geplant sind.

Der CCC-CH selber besteht seit 2012 und beschäftigt sich mit den Chancen und Gefahren der Digitalisierung, insbesondere im Bereich des Schutzes der Privatsphäre und Informationsfreiheit.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitende Anmerkungen	4
2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke	5
2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG - «keine Personendaten»	5
2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG - Ausnahme administrative Aufgaben	8
2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG	9
2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG - Schutz einer Organisation oder Person	9
2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG	9
2.6 Art. 46 nNDG - Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG	10
3. Auskunftsrecht	11
3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG - Verweigerung des Auskunftsrechts	11
3.2. Art. 64 nNDG - Auskunft im Rahmen der ELD	12
4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)	13
4.1. Art. 14 nNDG - verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät	13
4.2 Bedingungen der Genehmigung	14
4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG- Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus.....	14
4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG - Überwachung zugunsten fremder Staaten.....	16
4.3. Genehmigungsverfahren	17
4.3.1. Art. 29 nNDG- Antrag für GEBM.....	17
4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG - GEBM im Ausland.....	18
4.4. Art. 29b und 30 nNDG - Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM	19
4.5. Art. 33 nNDG - Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen	21
4.6. Art. 50 nNDG - Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen	22
4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten.....	22
4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG - Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten.....	23
4.7. Art. 83 nNDG - Rechtswege	24
4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG - verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen	25
4.9 Art. 28 nNDG - Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen	27
4.10. Art. 37 nNDG - Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland	30
4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)	30
4.12. Art. 39 nNDG - Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland	31
4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG - Ausweitung der Frist	31
4.14. Art. 42 nNDG - Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung	32
5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG - Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB	33

6. «Internet» statt «Cyberraum»	34
6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG	34
6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG	34
7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND	34
8. Strafrechtliche Bestimmungen	34
8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot	34
8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot	35
8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen	36
8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit	37
9. Ausweitung des Ausreiseverbots	37
9.1. Art. 24h nBWIS	37
9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze	39
10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung	39

1. Einleitende Anmerkungen

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDeI) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb ist der CCC-CH aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüpfen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grundrechte erlauben, müssen diese so klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine grundrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die Rechtsunterworfenen kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grundrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre

1 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

2 Vgl. Art. 3 aBWIS.

3 Vgl. BBI 1994 II 1127, hier 1171.

4 Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020-2971, hier 3045.

5 Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsteherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBI 2021-570, hier S. 111).

Grundrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.⁶

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im

⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur so lange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

8 Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

9 Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.¹⁰ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹¹

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹² Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen

11 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

12 Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹³ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkreten Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine

¹³ Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>; <https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDel fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹⁴ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDel, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁵ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

3. Auskunftsrecht

3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁷ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁸

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁹ zum Schluss, dass

14 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

15 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBI 2010 7739, S. 2 ff.

16 Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

17 BGE 147 I 280, E 9.2.4.

18 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

19 Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die Versammlungsfreiheit.²⁰ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagedarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²¹ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²² Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen.

20 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

21 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 1915 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

22 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²³ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitescheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²⁴ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁵ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung

23 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBI 2014 2105, S. 2149.

24 BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

25 Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEbM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEbM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEbM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁶ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁷ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁸

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEbM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁹ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»³⁰ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³¹

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEbM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es

26 Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

27 Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/ NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

28 Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, *Urteil vom 13. September 2018*, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

29 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

30 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.

31 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³² Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivist*innen, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.³³ Mehrere Berichte der GPDel und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.³⁴ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁵

4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz demnach ersuchen, Überwachungsmassnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der

32 Vgl. EGMR, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31. August 2021, N 20.

33 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

34 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

35 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

4.3. Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «wesentlichen Akten» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁶ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der

³⁶ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³⁷

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁸. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

³⁷ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.

³⁸ SR 173.320.4.

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und

der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden, müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren

müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁹.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.⁴⁰ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht

³⁹ EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

⁴⁰ Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, soweit und solange eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, *Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmassnahmen Rechtsschutz gewährt werden?*, Zürich, 2017, N 59.

nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴¹ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴² Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussonderungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

41 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigte Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

42 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwalt*innen besteht daher die Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fließenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche

Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelten Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen.

Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags

sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.⁴³ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGers und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmassnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige *materielle* Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich

⁴³ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l’homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzahungen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.⁴⁴ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.⁴⁵ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine

44 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 9.

45 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 10.

Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosser Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende

Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechung nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine «Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁶ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.
2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁷
3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁸ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird.

46 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 12.

47 Vgl. Stellungnahme der Ärztesvereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

48 Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁹ Bereits mit der bestehenden gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängige Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und, dass die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme, der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se, wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «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 [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁵⁰

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich

49 Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: *medialex* 6/16 sowie *medialex* Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR, *Goodwin v. The United Kingdom* (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108. 50 BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikater. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beamt*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz – soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen. Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu

rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in jedem Falle aber nicht noch grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» ändern, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob diese die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen in diesem Verfahren gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als sehr zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, welche ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie beispielsweise Syrien oder Russland enthalten. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen, und hat entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht einfach eruiert werden kann, über welche Leitungen die Daten von und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten, dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruieren können soll als die Schweizer Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsleistungen, zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiberinnen und Anbieterinnen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der

NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelaufklärungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDel hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDel im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁵¹ Auch andere in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵²

6. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

51 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

52 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»«sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhten (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵³. Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenes Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen. Nach der Publikation im Bundesblatt⁵⁴ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung,

⁵³ SR 122.

⁵⁴ Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵⁵ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts.

Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang

⁵⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.

zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermaßen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

9. Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann. Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und»

Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁶ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

⁵⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine *gesetzliche Regelung* vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁷

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁸ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

57 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 22.

58 Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBl 2020 7639 ff.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, inwieweit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüßen

Hernâni Marques

Mitglied Vorstand und Pressesprecher

Eidgenössisches Department für
Verteidigung, Bevölkerungsschutz und
Sport VBS

vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Luzern, den 06. September 2022

Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG): Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

Gerne äussern wir uns als sicherheitspolitisch engagierter Verein zu einer Auswahl der vorgeschlagenen Änderungen des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst.

Grundsätzlich sind wir mit den Änderungen einverstanden, bedeuten sie doch zum grösseren Teil eine Anpassung an die Weiterentwicklung des Datenschutzgesetzes und an den technologischen Fortschritt.

Andererseits stellen wir fest, dass aus unserer Sicht der zunehmende materielle und zeitliche Verwaltungsaufwand das situationsgerechte Handeln des NDB erheblich erschwert. Die Gegenseite dürfte immer eine Nasenlänge voraus sein, zumal die vorliegenden Bestimmungen Einblicke in Teilaspekte der nachrichtendienstlichen Arbeit gewähren.

Im Zentrum der Revision steht wohl der Artikel 5 mit seinen Absätzen 5-8. Hier findet die Abgrenzung zwischen dem Wünschbaren, Machbaren und Heiklen statt.

Einzelne Artikel:

Art. 6, Abs. 5 Warum sind es Betreiberinnen kritischer Infrastrukturen? Bloss, weil die Infrastrukturen weiblich sind? Inhaltlich ist die Bestimmung sinnvoll.

Artikel 54

Die elektronische Lagedarstellung und damit der Austausch mit den Kantonen ist zwingend für die Arbeit des NDB.

Artikel 55 und 56

Die Zugriffsberechtigung setzt eine sichere Kontrolle der Berechtigten voraus.

Artikel 59-64

Mit der Prüfung durch das Bundesverwaltungsgericht wird der gesuchstellenden Person Genüge getan.

Mit der Bitte um Kenntnisnahme und freundlichen Grüssen

CHANCE SCHWEIZ – Arbeitskreis für Sicherheitsfragen

Der Präsident:



Harry Vogler

Dietikon, 09.09.2022

**Vernehmlassungsverfahren: Revision des Bundesgesetzes über den
Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015**

Frist: 9. September 2022

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Amherd

Sehr geehrte Damen und Herren

Bezugnehmend auf Ihre Vernehmlassungseröffnung zum Entwurf zur Änderung des Nachrichten-
dienstgesetzes (NDG) vom 18.05.2022 erhalten Sie anbei eine Stellungnahme.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitende Anmerkungen.....	4
2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke	5
2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»	5
2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben.....	8
2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG.....	9
2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person	9
2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG	9
2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG.....	10
3. Auskunftsrecht.....	11
3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts	11
3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD	12
4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)	13
4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät.....	13
4.2 Bedingungen der Genehmigung.....	14
4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus.....	14
4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten	16
4.3. Genehmigungsverfahren.....	17
4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM.....	17
4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland	18
4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM	19
4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen.....	21
4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen	22
4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten	22
4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten.....	23
4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege	24
4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.....	25
4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen	27
4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland.....	30
4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung).....	30
4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland	31
4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist	31
4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung	32
5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB	33
6. «Internet» statt «Cyberraum»	34
6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG	34
6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG	34
7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND	34
8. Strafrechtliche Bestimmungen.....	34
8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot	34
8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot	35
8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen	36

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit	37
9. Ausweitung des Ausreiseverbots	37
9.1. Art. 24h nBWIS.....	37
9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze	39
10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung	39

1. Einleitende Anmerkungen

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDeI) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb muss man aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz sein – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüpfen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grundrechte erlauben, müssen diese so klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine

1 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

2 Vgl. Art. 3 aBWIS.

3 Vgl. BBI 1994 II 1127, hier 1171.

4 Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020-2971, hier 3045.

5 Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsteherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBI 2021-570, hier S. 111).

grundrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die Rechtsunterworfenen kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grundrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre Grundrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.⁶

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur so lange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen

⁸ Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.¹⁰ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-,

⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹¹

¹¹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹² Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹³ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch

12 Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

13 Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>;

<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkreten Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDel fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹⁴ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDel, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁵ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

3. Auskunftsrecht

3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und

¹⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

¹⁵ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBI 2010 7739, S. 2 ff.

der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁷ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁸

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁹ zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die Versammlungsfreiheit.²⁰ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagedarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese

16 Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

17 BGE 147 I 280, E 9.2.4.

18 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

19 Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

20 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²¹ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²² Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen. Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²³ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²⁴ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

21 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 29.

22 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

23 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2149.

24 BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁵ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEBM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

²⁵ Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEBM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁶ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁷ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁸

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁹ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»³⁰ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³¹

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend

26 Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

27 Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/ NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

28 Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, *Urteil vom 13. September 2018*, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

29 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

30 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.

31 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³² Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivisten, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.³³ Mehrere Berichte der GPDeI und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.³⁴ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁵

4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz

32 Vgl. EGMR, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31. August 2021, N 20.

33 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

34 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

35 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

demnach ersuchen, Überwachungsmaßnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

4.3. Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «*wesentlichen* Akten» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die

konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁶ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³⁷

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁸. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen

³⁶ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

³⁷ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.

³⁸ SR 173.320.4.

Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuteten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden,

müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die

Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁹.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.⁴⁰ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen

³⁹ EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

⁴⁰ Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, *soweit und solange* eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, *Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmassnahmen Rechtsschutz gewährt werden?*, Zürich, 2017, N 59.

Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴¹ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴² Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussonderungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwält*innen besteht daher die

41 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigte Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

42 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fliessenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelten Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen. Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.⁴³ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGers und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen

⁴³ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmaßnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige *materielle* Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzahungen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in

Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.⁴⁴ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.⁴⁵ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz

44 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 9.

45 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 10.

die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosse Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechungen nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als

betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine «Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁶ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.

2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁷
3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁸ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁹ Bereits mit der

46 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 12.

47 Vgl. Stellungnahme der Ärztesvereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

48 Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

49 Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur

bestehenden gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängigen Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und, dass die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme, der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se, wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «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 [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁵⁰

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte

Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: *medialex* 6/16 sowie *medialex* Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR, *Goodwin v. The United Kingdom* (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108.

50 BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikant. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beamt*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz – soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen. Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer

Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in jedem Falle aber nicht noch grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» änderten, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob diese die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen in diesem Verfahren gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als sehr zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, welche ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie beispielsweise Syrien oder Russland enthalten. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen, und hat entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht einfach eruiert werden kann, über welche Leitungen die Daten von und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten, dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruieren können soll als die Schweizer Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsleistungen, zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiberinnen und Anbieterinnen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der

NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelaufklärungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDeI hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDeI im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁵¹ Auch andere in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵²

6. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

⁵¹ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

⁵² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»«sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhten (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵³. Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenes Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen.

53 SR 122.

Nach der Publikation im Bundesblatt⁵⁴ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

54 Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵⁵ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts.

Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

55 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermassen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

9. Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann.

Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und»

Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer

Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht

zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁶ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine

56 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

gesetzliche Regelung vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁷

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁸ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, inwieweit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüßen

David Barrera

CritSecurity - Barrera

57 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 22.

58 Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBl 2020 7639 ff.



Femmes pour la Paix
Frauen für den Frieden
Donne per la Pace
Women for Peace

Frauen für den Frieden Schweiz

Sekretariat

Oberwilerstrasse 50

4054 Basel

Basel 05.09.2022

**Vernehmlassungsverfahren: Revision des Bundesgesetzes über den
Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015**

Frist: 9. September 2022

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nutzen die Frauen* für den Frieden Schweiz die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf der Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015.

Den Frauen für den Frieden Schweiz wurde vom NDB versichert, dass die Organisation keine Gefahr darstelle. Bei dem grossen Umfang der neu vorgeschlagenen Massnahmen haben wir grosse Zweifel, ob das so bleiben wird. Wir unterstützen deshalb die untenstehende Vernehmlassung vollumfänglich und warnen vor einer weiteren Aushöhlung der Grundrechte.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitende Anmerkungen	4
2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke	5
2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»	5
2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben	8
2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG	9
2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person	9
2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG.....	9
2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG.....	10
3. Auskunftsrecht	11
3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts	11
3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD	12
4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)	13
4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät	13
4.2 Bedingungen der Genehmigung.....	14
4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus	14
4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten	16
4.3. Genehmigungsverfahren	17
4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM	17
4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland	18
4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM	19
4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen	21
4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen	22
4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten	22
4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten	23
4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege.....	24
4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.....	25
4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen.....	27
4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland	30
4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung).....	30
4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland.....	31
4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist	31
4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung	32
5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB	33
6. «Internet» statt «Cyberraum».....	34
6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG	34
6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG	34
7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND	34
8. Strafrechtliche Bestimmungen	34
8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot.....	34
8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot.....	35
8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen	36

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit.....	37
9. Ausweitung des Ausreiseverbots.....	37
9.1. Art. 24h nBWIS.....	37
9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze	39
10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung	39

1. Einleitende Anmerkungen

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDeI) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden.

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüpfen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grundrechte erlauben, müssen diese so klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine grundrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die Rechtsunterworfenen

¹ Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

² Vgl. Art. 3 aBWIS.

³ Vgl. BBI 1994 II 1127, hier 1171.

⁴ Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020-2971, hier 3045.

⁵ Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsteherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBI 2021-570, hier S. 111).

kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grundrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre Grundrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.⁶

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte

⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur so lange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat.

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die

⁸ Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.¹⁰ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-,

⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹¹

¹¹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹² Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹³ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch

¹² Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

¹³ Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>;

<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkreten Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDel fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹⁴ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDel, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁵ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

3. Auskunftsrecht

3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und

¹⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

¹⁵ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBl 2010 7739, S. 2 ff.

der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁷ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁸

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁹ zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die Versammlungsfreiheit.²⁰ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagedarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese

¹⁶ Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

¹⁷ BGE 147 I 280, E 9.2.4.

¹⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

¹⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

²⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²¹ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²² Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen. Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²³ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²⁴ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

²¹ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

²² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

²³ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBI 2014 2105, S. 2149.

²⁴ BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁵ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEBM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

²⁵ Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEBM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁶ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁷ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁸

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁹ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»³⁰ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³¹

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend

²⁶ Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

²⁷ Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/ NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

²⁸ Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, *Urteil vom 13. September 2018*, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

²⁹ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

³⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.

³¹ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³² Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivisten, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.³³ Mehrere Berichte der GPDeI und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.³⁴ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁵

4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz

³² Vgl. EGMR, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31. August 2021, N 20.

³³ Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

³⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

³⁵ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

demnach ersuchen, Überwachungsmaßnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

4.3. Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «wesentlichen Akten» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die

konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁶ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³⁷

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁸. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen

³⁶ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

³⁷ Vgl. SCHWERI FLORIAN, *Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.

³⁸ SR 173.320.4.

Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuteten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden,

müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die

Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁹.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.⁴⁰ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen

³⁹ EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

⁴⁰ Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, *soweit und solange* eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, *Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmassnahmen Rechtsschutz gewährt werden?*, Zürich, 2017, N 59.

Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴¹ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴² Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussonderungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwält*innen besteht daher die

⁴¹ Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigte Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

⁴² Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fliessenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelten Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen. Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.⁴³ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGers und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen

⁴³ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmaßnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige *materielle* Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzahlen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in

Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.⁴⁴ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.⁴⁵ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz

⁴⁴ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 9.

⁴⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 10.

die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosser Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechungen nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als

betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine «Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁶ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.

2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁷
3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁸ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁹ Bereits mit der

⁴⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 12.

⁴⁷ Vgl. Stellungnahme der Ärztevereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

⁴⁸ Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

⁴⁹ Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur

bestehenden gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängigen Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und, dass die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme, der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se, wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «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 [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁵⁰

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte

Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: *medialex* 6/16 sowie *medialex* Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR, *Goodwin v. The United Kingdom* (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108.

⁵⁰ BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikant. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beamt*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz – soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen. Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer

Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in jedem Falle aber nicht noch grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» änderten, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob diese die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen in diesem Verfahren gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als sehr zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, welche ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie beispielsweise Syrien oder Russland enthalten. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen, und hat entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht einfach eruiert werden kann, über welche Leitungen die Daten von und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten, dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruieren können soll als die Schweizer Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsleistungen, zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiberinnen und Anbieterinnen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der

NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelaufklärungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDeI hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDeI im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁵¹ Auch andere in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵²

6. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

⁵¹ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

⁵² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»«sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhten (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵³. Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenen Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen.

⁵³ SR 122.

Nach der Publikation im Bundesblatt⁵⁴ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

⁵⁴ Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵⁵ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts.

Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

⁵⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermassen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

9. Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann. Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und»

Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer

Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht

zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁶ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine

⁵⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

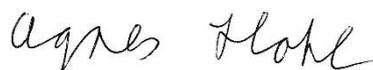
gesetzliche Regelung vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁷

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁸ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, inwieweit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüssen



Agnes Hohl, Präsidentin

⁵⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 22.

⁵⁸ Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBl 2020 7639 ff.

Freunde der Meinungsfreiheit

8195 Wasterkingen

Wasterkingen, 09.09.2022

**Vernehmlassungsverfahren: Revision des Bundesgesetzes über den
Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015**

Frist: 9. September 2022

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Amherd

Sehr geehrte Damen und Herren

Bezugnehmend auf Ihre Vernehmlassungseröffnung zum Entwurf zur Änderung des
Nachrichtendienstgesetzes (NDG) vom 18.05.2022 erhalten Sie anbei eine Stellungnahme.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitende Anmerkungen	4
2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke	5
2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG - «keine Personendaten»	5
2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG - Ausnahme administrative Aufgaben	8
2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG	9
2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG - Schutz einer Organisation oder Person	9
2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG	9
2.6 Art. 46 nNDG - Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG	10
3. Auskunftsrecht	11
3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG - Verweigerung des Auskunftsrechts	11
3.2. Art. 64 nNDG - Auskunft im Rahmen der ELD	12
4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)	13
4.1. Art. 14 nNDG - verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät	13
4.2 Bedingungen der Genehmigung	14
4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG- Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus.....	
4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG - Überwachung zugunsten fremder Staaten.....	
4.3. Genehmigungsverfahren	17
4.3.1. Art. 29 nNDG- Antrag für GEBM.....	
4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG - GEBM im Ausland.....	
4.4. Art. 29b und 30 nNDG - Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM	19
4.5. Art. 33 nNDG - Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen	21
4.6. Art. 50 nNDG - Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen	22
4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten.....	
4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG - Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten.....	
4.7. Art. 83 nNDG - Rechtswege	24
4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG - verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen	25
4.9 Art. 28 nNDG - Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen	27
4.10. Art. 37 nNDG - Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland	30
4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)	30
4.12. Art. 39 nNDG - Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland	31
4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG - Ausweitung der Frist	31
4.14. Art. 42 nNDG - Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung	32
5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG - Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB	33
6. «Internet» statt «Cyberraum»	34

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG	34
6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG	34
7. Art. 75 ff. NDG – <i>Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND</i>	34
8. <i>Strafrechtliche Bestimmungen</i>	34
8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot	34
8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot	35
8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen	36
8.4. Art. 83d und 83e nNDG – Gerichtsbarkeit	37
9. <i>Ausweitung des Ausreiseverbots</i>	37
9.1. Art. 24h nBWIS	37
9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze	39
10. <i>Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung</i>	39

1. Einleitende Anmerkungen

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDeI) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb muss man aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz sein – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüpfen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grundrechte erlauben, müssen diese so klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine grundrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die

1 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

2 Vgl. Art. 3 aBWIS.

3 Vgl. BBI 1994 II 1127, hier 1171.

4 Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020-2971, hier 3045.

5 Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsteherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBI 2021-570, hier S. 111).

Rechtsunterworfenen kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grundrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre Grundrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.⁶

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer

⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur so lange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

8 Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

9 Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.¹⁰ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹¹

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹² Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen

¹¹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

¹² Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹³ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkreten Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine

¹³ Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>;
<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDeI fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹⁴ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDeI, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁵ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

3. Auskunftsrecht

3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁷ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁸

14 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

15 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBI 2010 7739, S. 2 ff.

16 Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

17 BGE 147 I 280, E 9.2.4.

18 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁹ zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die Versammlungsfreiheit.²⁰ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagedarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²¹ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²² Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

¹⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

²⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

²¹ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

²² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen. Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²³ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitescheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²⁴ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁵ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die

23 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2149.

24 BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

25 Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEBM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEBM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁶ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁷ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁸

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁹ ist und das Gesetz aus diesem Grund

26 Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

27 Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/ NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

28 Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, *Urteil vom 13. September 2018*, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

29 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

«bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»³⁰ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³¹

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³² Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivisten, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.³³ Mehrere Berichte der GPDeI und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.³⁴ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁵

4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

30 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.

31 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

32 Vgl. EGMR, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31. August 2021, N 20.

33 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

34 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

35 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz demnach ersuchen, Überwachungsmassnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

4.3. Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «wesentlichen Akten» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die

konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁶ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³⁷

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁸. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

36 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

37 Vgl. SCHWERI FLORIAN, *Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.

38 SR 173.320.4.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden, müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht

scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁹.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss

³⁹ EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.⁴⁰ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴¹ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der

⁴⁰ Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, *soweit und solange* eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmassnahmen Rechtsschutz gewährt werden?, Zürich, 2017, N 59.

⁴¹ Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigtes Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴² Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussondungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwäl*innen besteht daher die Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht

42 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fließenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelten Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen. Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.⁴³ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGers und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmassnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

⁴³ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige *materielle* Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzahlungen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.⁴⁴ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und

⁴⁴ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 9.

informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.⁴⁵ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

45 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 10.

4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosser Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechungen nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine «Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁶ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.

46 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 12.

2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁷
3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁸ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁹ Bereits mit der bestehenden gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängige Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage,

47 Vgl. Stellungnahme der Ärztereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

48 Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

49 Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: *medialex* 6/16 sowie *medialex* Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR, *Goodwin v. The United Kingdom* (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108.

wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und, dass die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme, der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se, wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «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 [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁵⁰

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikant. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beamt*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz – soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und

⁵⁰ BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen. Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in jedem Falle aber nicht noch

grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» änderten, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob diese die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen in diesem Verfahren gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als sehr zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, welche ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie beispielsweise Syrien oder Russland enthalten. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen, und hat entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht einfach eruiert werden kann, über welche Leitungen die Daten von und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten, dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruieren können soll als die Schweizer Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsleistungen, zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiberinnen und Anbieterinnen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelaufklärungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDeI hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDeI im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁵¹ Auch andere

⁵¹ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵²

6. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»«sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

⁵² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhten (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵³. Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenen Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen. Nach der Publikation im Bundesblatt⁵⁴ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

53 SR 122.

54 Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵⁵ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

55 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts. Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermassen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

9. Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann. Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und»

Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht

jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁶ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen

⁵⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine *gesetzliche Regelung* vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁷

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁸ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, inwieweit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte

57 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 22.

58 Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBl 2020 7639 ff.

Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüßen

Stefan Spühler

Vereinspräsident

Abs.: Greenpeace Schweiz, Badenerstr. 171, PF, 8036 Zürich

Eidg. Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport
3003 Bern

via E-Mail an: vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Zürich, 6. September 2022

Stellungnahme zur Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir bedanken uns für die Möglichkeit, zur obengenannten Vorlage Stellung nehmen zu können. Zuerst halten wir einige einleitende Anmerkungen fest, um dann im zweiten Teil detailliert auf einzelne Artikel des NDG einzugehen.

Vor knapp 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes

1 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

2 Vgl. Art. 3 aBWIS.

3 Vgl. BBl 1994 II 1127, hier 1171.

(NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDeI) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb sind wir aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüpfen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grundrechte erlauben, müssen diese so klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine grundrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die Rechtsunterworfenen kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grundrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre Grundrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.⁶

4 Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020-2971, hier 3045.

5 Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsteherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBI 2021-570, hier S. 111).

6 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweitung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

Wir danken Ihnen für die Kenntnisnahme unserer Anliegen und deren Berücksichtigung im weiteren Prozess der Vorlage.

Mit freundlichen Grüssen



Remco Giovanoli

Verantwortlicher Politik Greenpeace Schweiz

Inhaltsverzeichnis

1. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke	6
1.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»	6
1.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben	8
1.3. Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG.....	9
1.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person.....	10
1.5. Art. 45 Abs. 4 nNDG	10
1.6. Art. 45 Abs. 4 nNDG	11
2. Auskunftsrecht	12
2.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts	12
2.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD	13
3. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM).....	14
3.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät.....	14
3.2. Bedingungen der Genehmigung	15
3.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus	15
3.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten	17
3.3. Genehmigungsverfahren	18
3.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM.....	18
3.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland.....	20
3.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM	21
3.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen	23
3.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen	24
3.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten	24
3.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten.....	25
3.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege.....	26
3.8. Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen	28
3.9. Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen	30
3.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland	33
3.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung).....	33
3.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland	34
3.13. Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist	34

3.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung.....	35
4. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB	36
5. «Internet» statt «Cyberraum».....	37
5.1. Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG.....	37
5.2. Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG.....	37
6. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND.....	37
7. Strafrechtliche Bestimmungen.....	38
7.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot.....	38
7.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot.....	39
7.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen.....	40
7.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit.....	40
8. Ausweitung des Ausreiseverbots.....	41
8.1. Art. 24h nBWIS.....	41
8.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze.....	43
9. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung	44

1. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

1.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur so lange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass

⁸ Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

1.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung

⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.¹⁰ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

1.3. Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

1.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹¹

1.5. Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹² Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen Geheimdiensten enorm

¹¹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

¹² Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

grosse Datenmengen gespeichert.¹³ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

1.6. Art. 45 Abs. 4 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkreten Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung

¹³ Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>; <https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDel fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹⁴ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDel, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁵ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

2. Auskunftsrecht

2.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine

¹⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

¹⁵ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBI 2010 7739, S. 2 ff.

¹⁶ Vgl. etwa EGMR, Klass u.a. gegen Deutschland, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, Leander gegen Schweden, 9248/81, vom 26. März 1987.

wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁷ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁸

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁹ zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die Versammlungsfreiheit.²⁰ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

2.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagerdarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²¹ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde –

17 BGE 147 I 280, E 9.2.4.

18 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

19 Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

20 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

21 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²² Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

3. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

3.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen. Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²³ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²⁴ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheide, ist nicht überzeugend.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁵

²² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

²³ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2149.

²⁴ BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

²⁵ Statt vieler vgl. EGMR, Peck gegen Vereinigtes Königreich, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, Perry gegen Vereinigtes Königreich, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

3.2. Bedingungen der Genehmigung

3.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEBM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein

Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEBM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁶ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁷ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁸

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁹ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»³⁰ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³¹

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³² Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem

26 Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

27 Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/ NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

28 Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, Urteil vom 13. September 2018, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

29 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

30 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.

31 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

32 Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 20.

Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivist*innen, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.³³ Mehrere Berichte der GPDel und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.³⁴ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁵

3.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz demnach ersuchen, Überwachungsmassnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz

33 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienst--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

34 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

35 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

3.3. Genehmigungsverfahren

3.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «wesentlichen Akten» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁶ einreichen muss.

³⁶ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³⁷

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁸. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

³⁷ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.
³⁸ SR 173.320.4.

3.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt

zu werden.

3.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential.

Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheidendes die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden, müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

3.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁹.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.⁴⁰ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4)

³⁹ EGMR, Klass u.a. gegen Deutschland, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, Roman Zakharov gegen Russland, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

⁴⁰ Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b in fine «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, soweit und solange eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmassnahmen Rechtsschutz gewährt werden?, Zürich, 2017, N 59.

könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

3.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

3.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴¹ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴² Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

41 Vgl. Roman Zakharov gegen Russland, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; Kennedy gegen Vereinigte Königreich, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

42 Vgl. Roman Zakharov gegen Russland, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

3.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussonderungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwält*innen besteht daher die Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit

beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fliessenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

3.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelten Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen. Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.⁴³ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGers und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmassnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

43 Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

3.8. Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige *materielle* Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzahungen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.⁴⁴ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international

⁴⁴ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 9.

zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.⁴⁵ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen

⁴⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 10.

könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

3.9. Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosser Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechung nicht

möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine «Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁶ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.

2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁷
3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁸ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht

46 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 12.

47 Vgl. Stellungnahme der Ärztesvereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

48 Vgl. EGMR, Jecker gegen die Schweiz, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁹ Bereits mit der bestehenden gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängige Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und, dass die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme, der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se, wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «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 [...]; besteht dennoch die Gefahr der

49 Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: medialex 6/16 sowie medialex Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR, Goodwin v. The United Kingdom (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, Voskuil v. The Netherlands, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108.

Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁵⁰

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

3.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikant. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beamt*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz – soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen. Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

3.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

⁵⁰ BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

3.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

3.13. Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in jedem Falle aber nicht noch grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung

für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» ändern, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

3.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob diese die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen in diesem Verfahren gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als sehr zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, welche ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie beispielsweise Syrien oder Russland enthalten. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen, und hat entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht einfach eruiert werden kann, über welche Leitungen die Daten von und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten, dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruieren können soll als die Schweizer Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsleistungen, zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiberinnen und Anbieterinnen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelaufklärungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

4. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten

vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDel hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDel im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁵¹ Auch andere in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵²

5. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

5.1. Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

5.2. Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»«sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

6. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-

⁵¹ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

⁵² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

7. Strafrechtliche Bestimmungen

7.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhen (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaida» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵³. Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenen Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaida und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen. Nach der Publikation im Bundesblatt⁵⁴ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das

53 SR 122.

54 Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaida» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

7.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbots – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten

oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

7.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵⁵ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts.

Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

7.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen

⁵⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.

und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermassen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

8. Ausweitung des Ausreiseverbots

8.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann. Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und»

Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches

Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁶ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

8.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden,

⁵⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

9. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine *gesetzliche Regelung* vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁷

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁸ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit*

⁵⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 22.

⁵⁸ Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBI 2020 7639 ff.

hohem Risiko» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, inwieweit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.



Postfach, 3001 Bern info@grundrechte.ch

**Vernehmlassungsverfahren: Revision des Bundesgesetzes über den
Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015**

Vernehmlassungsfrist: 9. September 2022

Per Mail an: vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Viola Amherd

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nutzen wir die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf der Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitende Anmerkungen.....	4
2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke	5
2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten».....	5
2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben.....	8
2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG.....	9
2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person	9
2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG	9
2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG.....	10
3. Auskunftsrecht.....	11
3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts	11
3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD	12
4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM).....	13
4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät.....	13
4.2 Bedingungen der Genehmigung.....	14
4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus.....	14
4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten	16
4.3. Genehmigungsverfahren.....	17
4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM.....	17
4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland	18
4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM	19
4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen.....	21
4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen	22
4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten	22
4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten.....	23
4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege	24
4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.....	25
4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen	27
4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland.....	30
4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung).....	30
4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland	31
4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist.....	31
4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung	32
5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB	33
6. «Internet» statt «Cyberraum».....	34
6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG	34
6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG	34
7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND	34
8. Strafrechtliche Bestimmungen.....	34
8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot	34
8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot	35

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen	36
8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit	37
9. Ausweitung des Ausreiseverbots	37
9.1. Art. 24h nBWIS.....	37
9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze	39
10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung.....	39

1. Einleitende Anmerkungen

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDel) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb sind wir aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüpfen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grundrechte erlauben, müssen diese so

¹ Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

² Vgl. Art. 3 aBWIS.

³ Vgl. BBI 1994 II 1127, hier 1171.

⁴ Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020-2971, hier 3045.

⁵ Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsteherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBI 2021-570, hier S. 111).

klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine grundrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die Rechtsunterworfenen kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grundrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre Grundrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.⁶

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur solange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die

⁸ Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG

⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.¹⁰ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹¹

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹² Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹³ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

¹¹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

¹² Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

¹³ Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>;

<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkrete Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDeI fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹⁴ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDeI, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁵ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

¹⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

¹⁵ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBI 2010 7739, S. 2 ff.

3. Auskunftsrecht

3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁷ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁸

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019/20 zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen

¹⁶ Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

¹⁷ BGE 147 I 280, E 9.2.4.

¹⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

¹⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

geht – die Versammlungsfreiheit.²⁰ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagedarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²¹ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²² Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observations – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen.

²⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

²¹ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

²² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²³ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²⁴ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁵ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust

²³ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2149.

²⁴ BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

²⁵ Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEBM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEBM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁶ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁷ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁸

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im

²⁶ Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

²⁷ Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/ NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

²⁸ Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, *Urteil vom 13. September 2018*, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁹ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»³⁰ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³¹

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³² Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivistinnen, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.³³ Mehrere Berichte der GPDel und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.³⁴ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999

29 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

30 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.

31 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

32 Vgl. EGMR, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31. August 2021, N 20.

33 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

34 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁵

4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz demnach ersuchen, Überwachungsmassnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV).

Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

³⁵ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

4.3. Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «*wesentlichen Akten*» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁶ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³⁷

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

³⁶ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

³⁷ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁸. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

³⁸ SR 173.320.4.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden

kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden, müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁹.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.⁴⁰ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

³⁹ EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

⁴⁰ Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, *soweit und solange* eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, *Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmassnahmen Rechtsschutz gewährt werden?*, Zürich, 2017, N 59.

4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴¹ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴² Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussonderungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

⁴¹ Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigte Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

⁴² Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwält*innen besteht daher die Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fließenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche

Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelten Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen. Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt

werden.⁴³ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGer und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmassnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige *materielle* Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es

⁴³ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzahungen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.⁴⁴ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.⁴⁵ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als

44 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 9.

45 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 10.

«Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosse Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten

anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechungen nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine «Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁶ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.
2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist die Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten sind daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁷

⁴⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 12.

⁴⁷ Vgl. Stellungnahme der Ärztesvereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁸ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁹ Bereits mit der bestehenden gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängigen Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

⁴⁸ Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

⁴⁹ Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, *EMRK-Kommentar*, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; *Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM*, EMRK 10 N 39; *Basler-Komm/ZELLER*, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; *Basler-Komm/Bommer/Goldschmid*, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, *Quellenschutz im Strafprozess*, in: *medialex* 6/16 sowie *medialex Jahrbuch* 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR, *Goodwin v. The United Kingdom (GC)*, 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und das die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «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 [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».50

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikant. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beamt*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz – soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und

50 BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen. Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in jedem Falle aber nicht noch

grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» ändern, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob diese die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen in diesem Verfahren gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als sehr zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, welche ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie beispielsweise Syrien oder Russland enthalten. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen, und hat entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht einfach eruiert werden kann, über welche Leitungen die Daten von und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten, dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruiieren können soll als die Schweizer Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsleistungen, zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiberinnen und Anbieterinnen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelaufklärungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDel hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDel im Jahr

2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁵¹ Auch andere in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵²

6. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»«sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat .

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den

⁵¹ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

⁵² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhten (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵³. Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenen Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen. Nach der Publikation im Bundesblatt⁵⁴ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

⁵³ SR 122.

⁵⁴ Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵⁵ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

⁵⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 32.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts.

Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermassen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und

Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

9. Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann.

Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und»

Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip

der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁶ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

⁵⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine *gesetzliche Regelung* vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁷

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁸ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

⁵⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 22.

⁵⁸ Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBI 2020 7639 ff.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwer wiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, in wie weit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüssen



RA Viktor Györfy, Präsident grundrechte.ch

Xavier Dufour, MLaw
Institut de droit pénal et de criminologie
Université de Berne
Schanzeneckstrasse 1
3001 Bern

Service de renseignement de la Confédération
Service juridique
Madame Vincianne Grundschober

Berne, le 9 septembre 2022

Prise de position sur le projet de modification de la LRens

Chère Madame Grundschober

Je me permets de vous communiquer les remarques suivantes relatives au projet de modification de la Loi fédérale sur le renseignement (LRens)¹.

Structure de la LRens et des modifications prévues

La LRens est écrite de manière complexe et très détaillée, les modifications prévues ne vont pas améliorer cet état de fait. Il serait positif pour assurer une bonne pratique de rédiger cette loi de manière plus simple en déléguant différentes tâches au Conseil fédéral pour ensuite préciser différents éléments dans les ordonnances. Ceci permettrait entre-autre un meilleur usage du principe de la bonne foi au sens de l'article 5 Cst.² Il est correct qu'en matière de renseignement, comme en droit administratif de police, l'attente en densité normative est plus élevée que dans d'autres domaines, et les mesures à prendre s'effectuent fréquemment sous la forme de règles précises et détaillées et moins sous la forme de descriptions générales et abstraites.³ Cette particularité devrait être limitée à son stricte minimum pour assurer la capacité d'action du Service de renseignement (SRC / Service) et pour éviter d'atteindre inutilement les droits fondamentaux de groupes de personnes non-directement visées par les activités du Service. Dans la pratique, il convient d'appliquer les maximes et les parties générales des différents droits. En particulier le fait que l'abus manifeste d'un droit n'est pas protégé par la loi⁴. Ceci vaut particulièrement pour les modifications proposées aux articles 5 et 28 LRens.

¹ Loi fédérale sur le renseignement (LRens), du 25 septembre 2015, RS 121.

² Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst), du 18 avril 1999, RS 101.

³ Cf. JACQUES DUBEY Commentaire romand Constitution fédérale, Art. 5 N 50.

⁴ Art. 2 al. 2 Code civil suisse (CC), du 10 décembre 1907, RS 210.

Art. 5 al. 5 nLRens

Le projet prévoit la nouvelle tournure suivante : « Il peut toutefois traiter de telles données pour accomplir ses tâches administratives » les exemples donnés dans le rapport explicatif font référence « aux affaires parlementaires » et au « traitement des demandes d'accès [...] de données personnelles dans le cadre de la procédure d'information ». Les informations en lien avec des activités politiques de personnes morales ou juridiques qui informent le SRC de leurs activités dans le cadre d'une demande d'accès et d'affaires parlementaires peuvent déjà aujourd'hui être traitées par le Service. Ceci en application du principe de la bonne foi. Une telle précision est donc inutile et même dangereuse pour les droits fondamentaux des personnes visées. En particulier, car elle peut ouvrir la porte à la recherche active par le Service dans le cadre de ses activités administratives (aussi l'embauche de personnel) de telles informations en lien avec les activités politiques ou la liberté d'opinion. Une telle modification aurait pour conséquence d'affaiblir la confiance des citoyens envers le Service et doit donc être évitée.

Art. 5 al. 6 let. d nLRens

La formulation « évaluer ou à diriger des sources » est trop vague. Avec cette formulation le Service peut « évaluer » toutes les sources possibles et imaginables et ainsi fortement limiter l'interdiction de l'alinéa 5. Il convient de donner un cadre beaucoup plus strict à la notion de source de la lettre d, sans quoi le SRC pourra prendre en considération des activités politiques protégées dans le cadre de ces évaluations, ceci sans devoir respecter le cadre prévu pour les exceptions à l'art. 5 al. 5 LRens.

Art. 5 al. 7 nLRens

La formulation « à moins que le motif ne subsiste » est problématique. La formulation actuelle prévoit un délai d'un an et seulement si des preuves confirment ces activités dans l'intervalle, il est alors possible de ne pas effacer les informations. Ce renversement de la preuve a pour conséquence dans tous les cas où il a été impossible de prouver que le motif n'existe pas, que les données puissent être gardées. Il n'est souvent pas possible de prouver l'inexistence d'une chose qui n'existe pas. Pour assurer la sécurité juridique dans l'action du SRC, il convient de garder la formulation actuelle.

Art 6 al. 1 let. b nLRens

La formulation « et dans le cyberspace » n'est pas suffisamment précise. Il serait ici possible d'analyser tous les événements en lien avec la politique de sécurité sur internet, par exemple les activités légales touchant la politique de sécurité uniquement en lien avec la Suisse. Il convient de préciser cette modification pour ne pas donner « une carte blanche » au Service. Le rapport explicatif donne pour exemple les risques de cyberattaques pour motiver cette modification. Il convient donc de rédiger la loi selon cet exemple. Par exemple avec une lettre b^{bis} stipulant : *détecter, observer et évaluer des événements importants en matière de sécurité informatique se produisant dans le cyberspace.*

Art. 7 al. 1 let. f à h nLRens

Ces nouvelles lettres offrent au Service la capacité d'effectuer les tâches du service spécialisé chargé des contrôles de sécurité relatif aux personnes. Avec la nouvelle Loi sur la sécurité de l'information⁵, ce service recevra de nouvelles attributions. Il convient d'éviter des doublons et de laisser le service spécialisé effectuer les tâches à lui dédiées. Sans que le SRC ne puisse de manière autonome effectuer de telles analyses de risque, il est important qu'il puisse mandater le service spécialisé en tout temps en cas de doutes sur un collaborateur. Le service spécialisé doit être doté de suffisamment de personnel pour accomplir ses tâches à temps, mais ce n'est pas au SRC d'effectuer de manière autonome une partie de ces tâches. Cette indépendance est aussi importante en matière de procédure administrative. Le service spécialisé rend une décision sur le risque et une proposition d'action au Service, le SRC effectue ensuite une décision relative au collaborateur en prenant en considération la décision sur le risque. Si le SRC effectue en même temps la décision sur le risque et la décision relative au collaborateur, il existe des risques d'arbitraire respectivement le risque de sous-estimer un risque que représente un collaborateur pour ne pas lui nuire. Il convient donc de retirer ces modifications pour assurer une pratique indépendante dans l'examen des risques et le droit du collaborateur de faire deux recours sur les deux décisions (risque et relations de travail), ceci indépendamment l'une de l'autre. Pour assurer un bon usage de l'argent public, il convient aussi d'éviter ce genre de doublons. Si le service spécialisé devait ne pas avoir suffisamment de collaborateurs pour remplir sa mission, il convient alors de créer des postes, mais pas de modifier la LRens pour parer à un possible manque de personnel dans le service spécialisé.

⁵ Loi fédérale sur la sécurité de l'information au sein de la Confédération (LSI), du 18 décembre 2020, RS 128.

Art. 7 al. 3 nLRens

Cette proposition est très intrusive. Le but recherché est compréhensible, mais une telle modification pourrait aussi s'effectuer dans le contrat de travail et non directement dans la loi. En outre, il convient de demander l'avis du personnel avant d'effectuer une telle modification.

Art. 9 al. 3 nLRens

Il convient de définir la procédure si le lien supposé ne se confirme pas. Par exemple que l'autorité d'exécution cantonale doive informer la personne visée ainsi que le SRC.

Art. 28 al. 2 nLRens (suppression)

Cette suppression est excessivement problématique car elle représente une atteinte très grave au secret professionnel sans apporter de réelle plus-value au niveau de la sécurité. Les exemples proposés dans le rapport explicatif ne légitiment pas une telle atteinte. Si, comme dans l'exemple, la personne utilise le secret professionnel pour soutenir matériellement de potentiels terroristes, alors elle effectue un acte pénalement répréhensible et le SRC peut sans autre déjà aujourd'hui inviter un Ministère public à mettre en place de telles mesures. Ici encore, le principe de la bonne foi s'applique. Les secrets professionnels touchés par cette modification font partie intégrante de l'État de droit et il convient de limiter au maximum toute atteinte à leursencontre. En outre, à partir d'un certain stade, l'action pénale doit être assurée par un Ministère public et non par le SRC. La situation où le SRC pourrait obtenir suffisamment d'informations sur une possible utilisation abusive du secret professionnel en lien avec des activités terroristes sans avoir eu accès aux systèmes d'information visés et sans que les faisceaux d'indices soient suffisant pour donner la main à l'autorité pénale est parfaitement inimaginable. Dans un tel cas, soit le Service dispose d'informations obtenues illégalement, soit il ne communique pas suffisamment rapidement le cas à l'autorité pénale. La capacité d'action des Ministères publics en matière de secret professionnel est suffisante. Le SRC n'est pas une autorité pénale et il est normal que ces deux autorités ne disposent pas des mêmes moyens et des mêmes missions. Le SRC peut de par la loi (art. 20 al. 1 let. a LRens) obtenir accès aux informations des Ministères publics pour les cas représentant une menace concrète pour la sûreté intérieure ou extérieure du pays, c'est largement suffisant.

Art. 74 al. 2 LRens

Cet alinéa est dans la pratique problématique, car limiter les interdictions à des interdictions ou sanctions prononcées par les Nations Unies limite fortement l'utilisation de cet article dans la pratique. Différentes organisations terroristes d'extrême droit ou d'extrême gauche sont à juste titre interdites dans les pays limitrophes, sans que la Suisse ne puisse prononcer de telles interdictions à cause de cet alinéa. Il est possible d'inclure un nouvel alinéa pour offrir au Conseil fédéral la compétence de prononcer de telles interdictions avec l'accord préalable des commissions de sécurité des deux chambres. La forme prévue pour effectuer l'interdiction est insuffisamment définie. Il convient d'effectuer les interdictions par voie d'ordonnance pour assurer la poursuite pénale et éviter un risque « d'erreur sur l'illicéité » au sens de l'art. 21 CP⁶. De telles interdictions doivent être publiées et les décisions de portée générale ne respectent pas dans le cas présent les minimaux de publication pour l'action pénale.

Art 83a nLRens

Il convient d'assurer que les interdictions au sens de l'art. 74 LRens soient publiées dans une ordonnance. Autrement, il existe un risque d'une erreur sur l'illicéité au sens de l'art. 21 CP.

Art. 83c nLRens

L'amende de CHF 100'000.- est très élevée, le lien avec le nouvel article 25 est problématique dans le sens où ceci offre au Service la possibilité de recruter ou d'utiliser contre leur volonté comme sources humaines toutes les personnes qui travaillent dans les branches de l'hôtellerie et du transport. Il n'est pas prévu de voie de droit suffisante pour lesdites personnes. La menace d'une telle sanction fait perdre tout libre choix à la personne concernée. Une situation dans laquelle le SRC pourrait recruter ou utiliser (aussi contre leur volonté et sous menace d'une telle amende) toutes les personnes qui travaillent dans les entreprises de transport et de l'hôtellerie en Suisse n'est pas compatible avec l'État de droit et l'ordre libéral, deux principes fondamentaux que le SRC a pour mission de protéger (art. 2 al. 1 let. a LRens).

Art. 83d al. 1 nLRens

Le Service n'est pas une autorité pénale. Les amendes encourues selon le nouvel article 83c méritent d'assurer directement l'accès à un juge. La voie proposée ne respecte pas tous les impératifs légaux de la CEDH⁷.

⁶ Code pénal suisse (CP), du 21 décembre 1937, RS 311.0.

⁷ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), du 4 novembre 1950, RS 0.101.

En espérant que mes remarques vous aideront à améliorer le projet de modification de la LRens.

Recevez Chère Madame Grundschober, l'assurance de mes meilleures salutations,

Xavier Dufour, MLaw

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Dufour', written in a cursive style.



Die Schweiz verwirklichen.
Réalisons la Suisse.
Realizziamo la Svizzera.
Realisain la Svizra.
Make Switzerland happen.

Adressatin:

Frau Bundesrätin
Viola Amherd
Vorsteherin VBS

08. September 2022

Stellungnahme von Operation Libero

Vernehmlassung zur Revision des NDG

Sehr geehrte Frau Bundesrätin
Sehr geehrte Damen und Herren

Am 18. Mai 2022 haben Sie die Vernehmlassung zur Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (NDG) eröffnet.

Der digitale Wandel erfasst heute alle Lebensbereiche und stellt eine grosse Herausforderung für liberale Demokratien und insbesondere für individuelle Freiheitsrechte dar. Operation Libero setzt sich für die Wahrung des liberalen Rechtsstaates ein und handelt, wenn sie diesen gefährdet sieht. Wir legen dabei besonderes Augenmerk auf neue staatliche Machtkonzentrationen und -konstellationen, welche mit der Digitalisierung entstehen. **Die vorliegende Revision des NDG beurteilen wir aus dieser Hinsicht als besonders problematisch.**

Zwar sind gewisse Änderungen, wie z.B. die Anpassung der Datenhaltung sowie die Einhaltung neuer Datenschutzregeln zu begrüssen. Aber die Revision folgt dem von uns bereits zuvor mehrfach kritisierten Pfad der Kompetenzerweiterung staatlicher Überwachungsorgane bei gleichzeitiger steigender Ungenauigkeit bei Definitionen. Diese Kombination leistet unserer Meinung nach nicht nur keinen Beitrag zur Sicherheit, sondern stellt viel eher eine Aushöhlung der Grundrechte einer liberalen Demokratie dar.

Grundsätzlich wäre bei allen Vorlagen mit Digitalisierungskomponenten ein frühzeitiger Einbezug zivilgesellschaftlicher und digitalpolitischer Akteure durch die Verwaltung zu begrüßen.

Insbesondere bei folgenden Punkten fordern wir Verbesserungen:

Art. 19 Abs. 2

Die Ausweitung nachrichtendienstlicher Aktivitäten auf den Cyberraum ist grundsätzlich nachvollziehbar, aber es wird weder eine klare Definition noch eine explizite Begrenzung des Umfangs dieser Begriffe formuliert, sodass der NDB die Freiheit hat, potenziell jeden Sachverhalt in einer unendlichen Menge von IT-Diensten und -Plattformen zu untersuchen.

Art. 28

Das Konzept der Drittpersonen scheint uns sehr problematisch, weil hiermit Massnahmen gerechtfertigt werden können gegen Personen, die gar nicht überwacht werden dürften. Die aktuelle Formulierung eröffnet die Möglichkeit von Missbrauch.

Art. 30 Abs. 3 und 4

Die Formulierung "geringfügiger Erweiterungen" sollte besser definiert werden, ansonsten besteht die Gefahr, dass über die Möglichkeit geringfügiger Erweiterungen Kontrollmechanismen umgangen werden.

Art. 48

Hier sollte sichergestellt werden, dass erhobene Daten für keine anderen Zwecke genutzt werden dürfen als für die Eingangsprüfung.

Art. 52 Abs 2

Profilingdaten lassen Erinnerung an den "Fichenskandal" von 1989 aufkommen. Die gesamte Komplexität und die Verschachtelung im Zusammenspiel mit dem möglichen Auskunftsverweigerungsrechts des NDB lassen engagierte Bürger*innen im Zweifel zurück, ob über sie nicht auch Profilingdaten existieren.

Art. 56 Bst. e

Der Zugriff auf Daten sollte strikter gehandhabt werden und es sollte mit anonymisierten Daten gearbeitet werden.

Art. 63a

“Übermässiger Aufwand” darf kein Vorwand sein, um der Informationspflicht nicht nachzukommen.

Obwohl die Notwendigkeit und der Nutzen von Geheimdienstarbeit und Überwachung an sich nicht in Frage gestellt werden, befürchten und bedauern wir eine Verschärfung des bereits sehr invasiven Rechtsrahmens. Diese Mechanismen müssen strikt auf die notwendigen Fälle beschränkt werden sowie gezielt und verhältnismässig sein. Zudem müssen die Aktivitäten der Behörden, die sie durchführen, streng kontrolliert werden.

Derzeit muss jedoch festgestellt werden, dass die geltenden Rechtsgrundlagen und die vorgeschlagenen Revisionen diese Anforderungen nicht erfüllen und eine sehr breite Auslegung des Inhalts erlauben. Das räumt den entsprechenden Behörden eine bedenklich grosse Machtfülle ein. Die zunehmende Ausweitung der Überwachung und Geheimdienstarbeit, ihre Herauslösung aus dem Kontrollbereich der Aufsichtsbehörden und die allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Randdaten des Fernmeldeverkehrs scheinen kaum die geeignetsten Massnahmen zu sein, um eine demokratische Gesellschaft aufrechtzuerhalten, die die Grundrechte ihrer Bürger*innen respektiert. Dies ist jedoch die aktuelle Tendenz, die die Schweizer Politik beschlossen hat zu verfolgen.

Wir fordern den Bundesrat und das Parlament in aller Dringlichkeit dazu auf, diese Elemente aufzugreifen und die derzeitige Tendenz in der Gesetzgebung zu korrigieren, um den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und den Schutz der Privatsphäre weiterhin in den Mittelpunkt zu stellen.

Wir hoffen, mit diesem Schreiben zu einer rechtmässigen Umsetzung des neuen Gesetzes beizutragen und danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Bemerkungen.

Herzlichen Dank für Ihr Engagement für unsere liberale Verfassung und eine vielfältige Schweiz mit Zukunft.

Im Namen von Operation Libero



Sanija Ameti, Co-Präsidentin



Stefan Manser-Egli, Co-Präsident



p=pep foundation, Oberer Graben 4, 8400 Winterthur
(E-Mail: council@pep.foundation)

Winterthur, 9. September 2022

Vernehmlassungsverfahren: Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015

Frist: 9. September 2022

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Viola Amherd

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nutzen wir als p=pep foundation als Teil einer grund- und menschenrechtsorientierten zivilgesellschaftlichen NGO-Koalition die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf der Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015; einem Gesetz, dem wir als Ganzes ablehnend gegenüberstehen. **Wir lehnen diese Revision entsprechend ab.** Trotzdem erfolgt im Folgenden Kritik an den gravierendsten Verschärfungen, die geplant sind.

Die p=pep foundation selber besteht seit 2015 und setzt sich für das Recht auf Privatsphäre, Meinungsäusserungs- und Informationsfreiheit ein. Dafür stellt sie der Öffentlichkeit Technologien zur Verfügung, um automatisiert Ende-zu-Ende-Verschlüsselung zu betreiben und unterstützt auch Gefässe, die in diesem Rahmen tätig sind.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitende Anmerkungen	4
2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke	5
2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG - «keine Personendaten»	5
2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG - Ausnahme administrative Aufgaben	8
2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG	9
2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG - Schutz einer Organisation oder Person	9
2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG	9
2.6 Art. 46 nNDG - Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG	10
3. Auskunftsrecht	11
3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG - Verweigerung des Auskunftsrechts	11
3.2. Art. 64 nNDG - Auskunft im Rahmen der ELD	12
4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)	13
4.1. Art. 14 nNDG - verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät	13
4.2 Bedingungen der Genehmigung	14
4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG- Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus.....	14
4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG - Überwachung zugunsten fremder Staaten.....	16
4.3. Genehmigungsverfahren	17
4.3.1. Art. 29 nNDG- Antrag für GEBM.....	17
4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG - GEBM im Ausland.....	18
4.4. Art. 29b und 30 nNDG - Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM	19
4.5. Art. 33 nNDG - Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen	21
4.6. Art. 50 nNDG - Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen	22
4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten.....	22
4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG - Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten.....	23
4.7. Art. 83 nNDG - Rechtswege	24
4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG - verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen	25
4.9 Art. 28 nNDG - Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen	27
4.10. Art. 37 nNDG - Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland	30
4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)	30
4.12. Art. 39 nNDG - Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland	31
4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG - Ausweitung der Frist	31
4.14. Art. 42 nNDG - Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung	32
5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG - Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB	33
6. «Internet» statt «Cyberraum»	34

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG	34
6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG	34
7. Art. 75 ff. NDG – <i>Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND</i>	34
8. <i>Strafrechtliche Bestimmungen</i>	34
8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot	34
8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot	35
8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen	36
8.4. Art. 83d und 83e nNDG – Gerichtsbarkeit	37
9. <i>Ausweitung des Ausreiseverbots</i>	37
9.1. Art. 24h nBWIS	37
9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze	39
10. <i>Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung</i>	39

1. Einleitende Anmerkungen

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDeI) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb ist die p= foundation aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüpfen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grundrechte erlauben, müssen diese so klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine grundrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die Rechtsunterworfenen kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grundrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre

1 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

2 Vgl. Art. 3 aBWIS.

3 Vgl. BBI 1994 II 1127, hier 1171.

4 Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020-2971, hier 3045.

5 Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsteherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBI 2021-570, hier S. 111).

Grundrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.⁶

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im

⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur so lange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

8 Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

9 Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.¹⁰ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹¹

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹² Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen

11 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

12 Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹³ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkreten Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine

¹³ Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>; <https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDel fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹⁴ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDel, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁵ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

3. Auskunftsrecht

3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁷ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁸

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁹ zum Schluss, dass

14 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

15 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBI 2010 7739, S. 2 ff.

16 Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

17 BGE 147 I 280, E 9.2.4.

18 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

19 Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die Versammlungsfreiheit.²⁰ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagedarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²¹ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²² Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen.

20 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

21 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

22 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²³ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²⁴ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁵ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung

23 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBI 2014 2105, S. 2149.

24 BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

25 Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEBM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEBM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁶ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁷ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁸

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁹ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»³⁰ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³¹

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es

26 Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

27 Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/ NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

28 Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, *Urteil vom 13. September 2018*, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

29 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

30 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.

31 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³² Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivist*innen, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.³³ Mehrere Berichte der GPDel und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.³⁴ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁵

4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz demnach ersuchen, Überwachungsmassnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der

32 Vgl. EGMR, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31. August 2021, N 20.

33 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

34 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

35 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

4.3. Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «wesentlichen Akten» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁶ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der

³⁶ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³⁷

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁸. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

³⁷ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.

³⁸ SR 173.320.4.

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und

der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden, müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren

müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁹.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.⁴⁰ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht

³⁹ EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

⁴⁰ Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, soweit und solange eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmaßnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, *Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmaßnahmen Rechtsschutz gewährt werden?*, Zürich, 2017, N 59.

nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴¹ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴² Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussonderungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

41 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigte Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

42 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwalt*innen besteht daher die Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fließenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche

Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelten Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen.

Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags

sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.⁴³ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGers und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmassnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige *materielle* Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich

⁴³ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzahungen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.⁴⁴ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.⁴⁵ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine

44 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 9.

45 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 10.

Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosser Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende

Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechung nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine «Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁶ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.
2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁷
3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁸ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird.

46 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 12.

47 Vgl. Stellungnahme der Ärztesvereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

48 Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁹ Bereits mit der bestehenden gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängigen Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und, dass die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme, der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se, wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «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 [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁵⁰

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich

49 Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: *medialex* 6/16 sowie *medialex* Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR, *Goodwin v. The United Kingdom* (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108. 50 BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikant. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beamt*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz – soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen. Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu

rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in jedem Falle aber nicht noch grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» ändern, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob diese die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen in diesem Verfahren gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als sehr zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, welche ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie beispielsweise Syrien oder Russland enthalten. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen, und hat entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht einfach eruiert werden kann, über welche Leitungen die Daten von und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten, dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruieren können soll als die Schweizer Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsleistungen, zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiberinnen und Anbieterinnen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der

NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelaufklärungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDel hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDel im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁵¹ Auch andere in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵²

6. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

51 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

52 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»«sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhten (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵³. Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenen Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen. Nach der Publikation im Bundesblatt⁵⁴ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung,

⁵³ SR 122.

⁵⁴ Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵⁵ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts.

Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang

⁵⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.

zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermaßen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

9. Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann. Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und»

Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁶ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

⁵⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine *gesetzliche Regelung* vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁷

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁸ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

57 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 22.

58 Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBl 2020 7639 ff.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, inwieweit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüßen

Hernâni Marques

Geschäftsführung und Stiftungsrat



Sehr geehrter Frau Bundesrätin Amherd

Sehr geehrte Damen und Herren

Stellungnahme der Piratenpartei Schweiz zur Änderung des Nachrichtendienstgesetzes (Vernehmlassung 2022/15)

Bezugnehmend auf Ihre Vernehmlassungseröffnung zum Entwurf zur Änderung des Nachrichtendienstgesetzes (NDG) vom 18.05.2022 nehmen wir gerne Stellung und würden es zukünftig sehr begrüßen, wenn wir in Ihre Adressatenliste aufgenommen werden.

Im Weiteren finden wir Piraten es sehr bedenklich, dass Sie für die Stellungnahme auf eine proprietäre Software verweisen (Word der Firma Microsoft), wo es doch heute zahlreiche offene und freie Dateiformate gibt. Wir entsprechen Ihrem Wunsch mit einer docx-Datei, welche auch in neueren Word Versionen geöffnet werden kann.

Vorbemerkungen

Die Piratenpartei Schweiz setzt sich seit Jahren für eine humanistische, liberale und progressive Gesellschaft ein. Dazu gehören die Privatsphäre der Bürger, die Transparenz des Staatswesens, inklusive dem Abbau der Bürokratie, Open Government Data, den Diskurs zwischen Bürgern und Behörden, aber auch die Abwicklung alltäglicher Geschäfte im Rahmen eines E-Governments. Jede neue digitale Schnittstelle und Applikation bedingt aber eine umfassende Risikoanalyse und Folgeabschätzung.

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke

¹ Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.



(heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDel) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb ist Piratenpartei Schweiz aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüpfen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grundrechte erlauben, müssen diese so klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine grundrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die Rechtsunterworfenen kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grundrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre Grundrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend

² Vgl. Art. 3 aBWIS.

³ Vgl. BBl 1994 II 1127, hier 1171.

⁴ Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBl 2020-2971, hier 3045.

⁵ Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsterin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBl 2021-570, hier S. 111).

deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.⁶

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

Des Weiteren findet es die Piratenpartei stossend, dass Änderungen, und vor allem auch Streichungen, wie beispielsweise von Art. 28 Abs. 2, nicht schon klar und offensichtlich in der Vernehmlassungsvorlage sondern erst im erläuternden Bericht kommuniziert werden. Gerade bei komplexen Vorlagen wäre es wünschenswert, eine offensichtliche Versionierung und Deklaration, wie es in der IT üblich ist (z.B. github), auch im Gesetzgebungsprozess zu implementieren.

Stellungnahme zur Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst

Gerne nehmen wir zu den einzelnen Artikeln wie folgt Stellung:

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur so lange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

⁸ Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet,

⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.



als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.¹⁰ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹¹

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹² Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹³ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

¹¹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

¹² Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

¹³ Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XXKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>;
<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkreten Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies



schaft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDeI fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹⁴ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDeI, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁵ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

3. Auskunftsrecht

3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art.

¹⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

¹⁵ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBl 2010 7739, S. 2 ff.

¹⁶ Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.



13 EMRK gewährleistet.¹⁷ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁸

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁹ zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die Versammlungsfreiheit.²⁰ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagerdarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der

¹⁷ BGE 147 I 280, E 9.2.4.

¹⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 29.

¹⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBl 2020, S. 81.

²⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.



NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²¹ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²² Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen. Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²³ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²⁴ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

²¹ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 29.

²² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

²³ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2149.

²⁴ BGE 147 I 103, E. 17.5.2.



Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁵ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

²⁵ Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEBM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEBM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁶ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁷ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁸

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁹ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»³⁰ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem

²⁶ Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

²⁷ Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/ NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

²⁸ Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, Urteil vom 13. September 2018, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

²⁹ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

³⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.



Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³¹

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³² Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivist*innen, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.³³ Mehrere Berichte der GPDel und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.³⁴ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁵

³¹ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

³² Vgl. EGMR, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31. August 2021, N 20.

³³ Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienst--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

³⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

³⁵ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.



4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz demnach ersuchen, Überwachungsmassnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.



4.3. Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «*wesentlichen* Akten» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁶ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³⁷

³⁶ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

³⁷ Vgl. SCHWERTER FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.



Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁸. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

³⁸ SR 173.320.4.



Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuteten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.



Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte



Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden, müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.



Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁹.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.⁴⁰ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

³⁹ EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

⁴⁰ vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, *soweit und solange* eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmaßnahmen Rechtsschutz gewährt werden?, Zürich, 2017, N 59.

4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴¹ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴² Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

⁴¹ Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigte Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

⁴² Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.



4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussonderungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwäl*innen besteht daher die Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.



Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fließenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelten Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.



Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen. Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.⁴³ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGers und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen

⁴³ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>] S. 15 f.



aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmaßnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige *materielle* Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzahlen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.



Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.⁴⁴ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.⁴⁵ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine

⁴⁴ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 9.

⁴⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 10.



Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosser Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein



Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechungen nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine «Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁶ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.
2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist die Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die

⁴⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 12.

Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁷

3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁸ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁹ Bereits mit der bestehenden gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängige Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden

⁴⁷ Vgl. Stellungnahme der Ärztevereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

⁴⁸ Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

⁴⁹ Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: medialex 6/16 sowie medialex Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR, *Goodwin v. The United Kingdom* (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108.



auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und, dass die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme, der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se, wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «Die vertraulichen Kommunikationen zwischen Medienschaffenden und ihren Quellen bzw. zwischen Anwälten oder Anwältinnen und ihrer Klientenschaft geniessen besonderen Schutz: Gezielte Massnahmen zu ihrer Überwachung sind grundsätzlich ausgeschlossen [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁵⁰

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

⁵⁰ BGE 147 I 280, E. 6.2.3.



4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikater. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beamt*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz – soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen. Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren,



und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in jedem Falle aber nicht noch grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» änderten, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch



auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob diese die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen in diesem Verfahren gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als sehr zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, welche ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie beispielsweise Syrien oder Russland enthalten. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen, und hat entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht



einfach eruiert werden kann, über welche Leitungen die Daten von und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten, dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruieren können soll als die Schweizer Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsleistungen, zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiberinnen und Anbieterinnen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelauflösungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt



werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDel hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDel im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁵¹ Auch andere in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵²

6. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»«sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

⁵¹ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

⁵² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.



7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhten (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵³. Nuncmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenes Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen. Nach der Publikation im Bundesblatt⁵⁴ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Bü-

⁵³ SR 122.

⁵⁴ Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

ros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie



etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵⁵ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts.

Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

⁵⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.



8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermassen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.



9. Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann. Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und»

Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt



wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangene Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.



Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁶ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

⁵⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.



Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine *gesetzliche Regelung* vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁷

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁸ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, inwieweit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

Schlussbemerkungen

Wir beschränken uns in dieser Stellungnahme auf unsere Kernanliegen. Bei Verzicht unsererseits auf umfassende allgemeine Anmerkungen oder auf Anmerkungen zu einzelnen Regelungen, ist damit keine Zustimmung durch die Piraten zu solchen Regelungen verbunden.

⁵⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 22.

⁵⁸ Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBl 2020 7639 ff.



Kontakt details für Rückfragen finden Sie in der Begleit-E-Mail.

Piratenpartei Schweiz, Arbeitsgruppe Vernehmlassungen, 07. September 2022





Département fédéral de la défense, de la
protection de la population et des sports
(DDPS)

Par courriel :
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

**Procédure de consultation : Révision de la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le
renseignement (LRens)**

Madame la Conseillère fédérale,

Mesdames, Messieurs,

Le Parti socialiste genevois souhaite participer à la procédure de consultation sur l'avant-projet de révision de la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement (LRens) et vous prie de trouver ci-après sa prise de position sur ce projet.

Table des matières

1. Remarques préliminaires	4
2. Affaiblissement des restrictions légales de traitement	6
2.1. Art. 5 al. 5 nLRens – « aucune donnée personnelle »	6
2.2. Art. 5 al. 5 nLRens – Exception pour les données administratives	9
2.3 Art. 5 al. 6 let. b et art. 5 al. 8 nLRens	10
2.4. Art. 5 al. 6 let. c nLRens – Protection d’une organisation ou d’une personne	11
2.5 Art. 45 al. 4 nLRens	11
2.6 Art. 46 nLRens – Examen de l’applicabilité de l’art. 5 al. 5 nLRens	12
3. Droit d’accès	14
3.1. Art. 63a al. 8 nLRens – Refus du droit d’accès	14
3.2. Art. 64 nLRens – Droit d’accès dans le cadre de la PES	15
4. Mesures de recherche soumises à autorisation (MRSA)	16
4.1. Art. 14 nLRens – Observation préventive secrète au moyen d’appareils de localisation	16
4.2 Conditions d’autorisation	18
4.2.1. Art. 27 al. 1 let. a ch. 1 nLRens– Élargissement à l’extrémisme violent	18
4.2.2. Art. 27 al. 1 let. a ch. 2 nLRens – Surveillance au profit d’États étrangers	20
4.3. Procédure d’autorisation	21
4.3.1. Art. 29 nLRens– Demande de MRSA	21
4.3.2. Art. 29a al. 5 nLRens – MRSA à l’étranger	23
4.4. Art. 29b et 30 nLRens – Durée de l’autorisation et prolongation de la MRSA	24
4.5. Art. 33 nLRens – Information à la personne surveillée	26
4.6. Art. 50 nLRens – Traitement des données recueillies lors d’une mesure de recherche soumise à autorisation	27
4.6.1. Tri et destruction des données	27
4.6.2. Art. 50 al. 2 nLRens – Données protégées par le secret professionnel	28
4.7. Art. 83 nLRens – Voies de droit	30
4.8 Art. 26 al. 1 let. f et g nLRens – surveillance des relations bancaires et des transactions financières	31
4.9 Art. 28 nLRens – Mesures de recherches soumises à autorisation contre des tiers	34
4.10. Art. 37 nLRens – Ordre urgent d’infiltrer des systèmes et réseaux informatiques à l’étranger	37
4.11. Art. 38 LRens (exploration radio) et art. 39 ss LRens (exploration du réseau câblé)	38

4.12. Art. 39 nLRens – Exploration du réseau câblé contre des personnes physiques ou morales suisses se trouvant à l'étranger	39
4.13 Art. 41 al. 3 nLRens – Prolongation du délai.....	39
4.14. Art. 42 nLRens – Analyse des signaux et des données de mandats existants en matière d'exploration du réseau câblé.....	40
5. Assurance qualité : art. 58b nLRens – données personnelles relevant du renseignement.....	41
6. « Internet » au lieu de « cyberspace ».....	42
6.1 Art. 6 al. 1 let. b nLRens	42
6.2 Art. 19 al. 2 let. f nLRens	42
7. Art. 75 ss LRens – Révision totale de l'autorité de surveillance AS-Rens.....	42
8. Dispositions pénales.....	43
8.1. Art. 83a nLRens – Interdiction d'organisations	43
8.2. Art. 83b en relation avec l'art. 73 al. 1 nLRens – Interdiction d'exercer une activité	44
8.3. Art. 83c nLRens – Insoumission à une décision	45
8.4. Art. 83d et 83e nLRens– Juridiction.....	45
9. Élargissement de l'interdiction de se rendre dans un pays donné.....	46
9.1. Art. 24h nLMSI	46
9.2. Art. 24k nLMSI – Limite d'âge	49
10. Traitement de données et assurance qualité : algorithmes et reconnaissance faciale	49

1. Remarques préliminaires

Il y a plus de 30 ans, une commission d'enquête parlementaire découvrait que les autorités fédérales et cantonales avaient établis des fiches et des dossiers sur plus de 900'00 personnes et organisations, sans aucune base légale pour ce faire¹. Des bases légales lacunaires et une image dépassée des menaces avaient conduit à la collecte d'informations sur l'exercice légal des droits politiques par des organisations et des particuliers, pour la plupart de gauche et critiques. Le législateur a agi et a édicté une restriction de traitement dans la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI) (aujourd'hui art. 5 al. 5 LRens ; à l'origine art. 3 al. 1 aLMSI)². Ceci dans le but exprès de protéger l'exercice des droits politiques et la formation de l'opinion politique³.

Néanmoins, en juin 2022, il a été rendu public que le Service de renseignement de la Confédération (SRC) – sous l'ancienne direction de Markus Seiler et de Jean-Philippe Gaudin – avait sciemment enfreint pendant des années la limite de traitement de l'art. 5 LRens et avait même ignoré des recommandations et des avis de droit de la Délégation des Commissions de gestion (DélCdG) et de l'Office fédéral de la justice (OFJ)⁴. Le SRC a alors annoncé à grand renfort de publicité qu'il avait adapté sa « directive de collecte » interne de manière à correspondre à la restriction légale de traitement et qu'il avait depuis effacé plus de 4 millions de données⁵.

¹ Événements survenus au DFJP Rapport de la commission d'enquête parlementaire (CEP) du 22 novembre 1989 ; Événements survenus au DFJP Rapport complémentaire de la commission d'enquête parlementaire (CEP) du 29 mai 1990.

² Art. 3 aLMSI.

³ Message concernant la loi fédérale sur des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure ainsi que l'initiative populaire « S. o. S. – pour une Suisse sans police fouineuse », 7 mars 1994, FF 1994 II 1123, p. 1171.

⁴ Rapport annuel 2019 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales, 28 janvier 2020, FF 2020 2865, p. 2941.

⁵ Émission de la SRF 10vor10 du 1^{er} juin 2022. Cela s'explique probablement par le fait que la cheffe du DDPS a ordonné au directeur du SRC de mettre en œuvre toutes les mesures proposées par la Délégation des Commissions de gestion. (Rapport annuel 2020 des Commissions de gestion et de la

Malgré des années de violations systématiques de la restriction légale de traitement, la révision actuelle de la loi sur le renseignement prévoit d'élargir considérablement les compétences du SRC et de porter atteinte aux droits individuels des personnes concernées. C'est notamment pour cette raison que le Parti socialiste genevois est de plus en plus préoccupé par la protection des droits fondamentaux et des droits humains en Suisse, notamment en relation avec les activités du SRC.

Cela commence déjà par la formulation vague des dispositions qui définissent le but et les tâches du SRC et auxquelles se rattachent les compétences légales de traitement des données. Si des dispositions légales autorisent des atteintes aux droits fondamentaux, elles doivent être suffisamment claires et concrètes pour qu'il soit possible de prévoir, à partir du texte de la loi, dans quelles conditions les justiciables peuvent être concernés et pour garantir ainsi une pratique conforme aux droits fondamentaux. Si les dispositions légales sont formulées de manière trop vague et ouverte, les autorités chargées de l'application du droit disposent d'une telle marge de manœuvre qu'il est difficile pour les justiciables d'estimer quelles seront les conséquences juridiques de l'exercice de leurs droits fondamentaux. Cela peut les dissuader de les exercer (« chilling effect »), ce qui affecte fondamentalement les droits politiques. L'exercice de la liberté de réunion et d'association ainsi que de la liberté d'expression est particulièrement concerné. C'est pourquoi les dispositions légales qui portent atteinte à la libre communication doivent répondre à des exigences particulièrement strictes en matière de précision. Or, la LRens contient en partie des notions très larges et indéterminées, qui ne permettent pas de déterminer suffisamment clairement dans quelles circonstances un comportement peut donner lieu à la saisie de données par le SRC. Ces notions ne sont donc pas suffisantes pour justifier des atteintes aux droits fondamentaux⁶.

Les dispositions légales existantes n'ont pas réussi jusqu'à présent à garantir une pratique du traitement des données par les services de renseignement conforme aux droits fondamentaux, notamment en raison du caractère vague des dispositions légales. La marge de manœuvre résultant de notions juridiques indéterminées ne doit pas avoir pour

Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales, 26 janvier 2021, FF 2021 570, p. 110).

⁶ GYÖRFFY Viktor, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25 mai 2022, p. 5 N 5 ss.

conséquence l'établissement d'une pratique qui viole régulièrement les droits fondamentaux. Le traitement des données par les services de renseignement doit être soumis à des limites légales claires. C'est la seule façon de garantir que toute activité politique protégée par les droits fondamentaux ne risque pas d'être enregistrée par les services de renseignement et de vider ainsi les droits fondamentaux de leur substance.

Au regard du présent projet de loi, ce sont notamment l'assouplissement supplémentaire de la restriction du traitement des données, les lacunes du droit d'accès, l'extension des mesures de recherche soumises à autorisation, l'introduction de dispositions pénales et l'extension de l'interdiction de quitter le territoire qui s'avèrent problématiques.

En outre, le projet de loi contient plusieurs dispositions qui se recourent avec des réglementations figurant dans d'autres lois et qui seraient réglementées au mauvais endroit dans la législation sur le renseignement. Cela concerne notamment les dispositions pénales prévues ainsi que la surveillance des relations bancaires et des transactions financières.

2. Affaiblissement des restrictions légales de traitement

2.1. Art. 5 al. 5 nLRens – « aucune donnée personnelle »

Il faut renoncer à la modification proposée de l'art. 5 al. 5 nLRens. En lieu et place, il convient de préciser les limites de traitement prévues par la loi.

La limite de traitement ancrée à l'art. 5 al. 5 LRens (à l'origine art. 3 al. 1 aLMSI), selon laquelle le SRC ne collecte ni ne traite d'informations sur l'activité politique et sur l'exercice de la liberté d'opinion, de réunion ou d'association en Suisse, devait à l'origine garantir que les personnes et les organisations soient protégées contre le traitement d'informations par les services de renseignement dans l'exercice de leurs droits fondamentaux. Le message relatif à la LMSI considérait en outre que l'évaluation de l'exactitude et de la pertinence des informations était essentielle pour le traitement des informations par les services de renseignement. Le message soulignait que les données personnelles ne pouvaient être traitées que si et aussi longtemps que cela était nécessaire à l'accomplissement des tâches légales. Pour pouvoir satisfaire à ces exigences, le contrôle ne doit pas seulement avoir lieu à la réception des données, mais doit être répété régulièrement. C'est la seule

façon de garantir qu'aucune information erronée, superflue ou devenue inutile ne soit conservée et traitée⁷.

Ces exigences relatives au traitement des informations par les services de renseignement (ne pas enregistrer les personnes et les organisations dans l'exercice de leurs droits fondamentaux ; évaluer les données en fonction de leur exactitude et de leur pertinence ; ne traiter les données personnelles que si et aussi longtemps que cela est nécessaire à l'accomplissement des tâches légales ; vérifier les données dès leur réception ; vérifier périodiquement les données saisies ; s'assurer qu'aucune donnée fautive, superflue ou inutile ne soit conservée ou traitée) ont joué un rôle fondamental dans les efforts déployés à la suite du scandale des fiches pour donner une base légale claire à l'activité de renseignement et pour établir une pratique du renseignement qui garantisse le respect des droits fondamentaux.

Les droits fondamentaux et les limites de traitement qui ancrent les droits fondamentaux dans la loi doivent garantir que les personnes et les organisations puissent être sûres d'être libres de toute surveillance par les services de renseignement dans l'exercice de leurs droits politiques fondamentaux. Les justiciables doivent avoir la certitude qu'ils ne doivent s'attendre à une atteinte à leurs droits fondamentaux que si leur comportement en donne concrètement l'occasion. Sinon, ils doivent être protégés contre le fait d'être touchés par le traitement de données par les services de renseignement dans l'exercice de leurs droits fondamentaux, en particulier dans le cadre de leurs activités politiques.

Dans la pratique, cette protection des droits fondamentaux n'est toutefois pas garantie, comme le montrent différents rapports de la DélCdG et de nombreuses inscriptions dans les banques de données des services de renseignement rendues publiques par des personnes concernées. Dans son rapport du 21 juin 2010 sur le traitement des données dans l'ancien système de traitement des données relatives à la protection de l'Etat (ISIS), la DélCdG avait déjà constaté un fort accroissement des stocks de données et une série d'autres dysfonctionnements graves. La délégation est parvenue à la conclusion que l'état des données remettait fondamentalement en question l'utilité des services de protection

⁷ Message concernant la loi fédérale sur des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure ainsi que l'initiative populaire « S. o. S. – pour une Suisse sans police fouineuse », 7 mars 1994, FF 1994 II 1123, p. 1171.

de l'Etat. Dans ses rapports annuels 2019, 2020 et 2021, la DéICdG montre en outre que le SRC a collecté et traité des informations sur l'activité politique et sur l'exercice de la liberté d'opinion, de réunion ou d'expression en contradiction avec les dispositions légales. Les barrières légales qui devaient protéger les personnes et les organisations exerçant une activité politique contre une saisie de données par le service de renseignement n'ont donc pas été efficaces dans de nombreux cas.

La révision actuelle de la loi sur le renseignement doit garantir qu'à l'avenir, la protection de la limite du traitement des données sera également assurée dans la pratique. En réalité, elle manque totalement cet objectif :

Avec la révision, la formulation de la disposition légale qui interdit au SRC de collecter et de traiter certaines catégories de données change. Il ne sera plus indiqué « aucune *information* » mais « aucune *donnée personnelle* relative aux activités politiques ou à l'exercice de la liberté d'opinion, d'association ou de réunion en Suisse » (art. 5 al. 5 nLRens). Par le passé, le SRC a déjà argumenté à plusieurs reprises sur la notion de « données personnelles » pour refuser le droit d'accès et d'effacement des données. Ainsi, dans deux procédures de recours devant le Tribunal administratif fédéral – procédures n° A-3275/2021 et A-4873/2021 – le SRC a argumenté que les données dans lesquelles une personne ou une organisation est simplement mentionnée ne sont pas des données personnelles, car elles ne sont pas utilisées par le SRC en tant que données personnelles. Pour cette raison, il n'y aurait ni droit d'accès à ces données, ni motif d'effacement.⁸

A l'inverse, la DéICdG, le TAF et l'OFJ ont affirmé à plusieurs reprises que toutes les informations se rapportant à des personnes et à des organisations que le SRC peut trouver dans ses bases de données au moyen de la fonction de recherche sont considérées par la loi comme des « données personnelles ». Les données correspondantes constituent donc des données personnelles du point de vue de la protection des données et sont soumises à la restriction de traitement prévue à l'art. 5 al. 5 LRens.

Or, la nouvelle formulation de l'art. 5 al. 5 nLRens offrirait au SRC un champ supplémentaire pour collecter et traiter des données relatives à l'exercice de la liberté d'opinion, de réunion ou d'association, en arguant qu'il ne s'agirait pas de données

⁸ GYÖRFFY Viktor, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25 mai 2022.

personnelles et que, par conséquent, ces données ne seraient pas couvertes par la limitation du traitement des données. Ainsi, la protection que la limite de traitement devrait offrir en faveur de l'activité politique et de l'exercice de la liberté d'opinion, de réunion ou d'association est en grande partie inefficace. Enfin, la terminologie utilisée à l'art. 5 nLRens n'est pas homogène : à l'al. 1, le projet de loi continue d'utiliser le terme « informations ».

Les notions utilisées dans la loi et les limites du traitement doivent être précisées dans le cadre de la révision, dans le but de pouvoir garantir une pratique du traitement des données par les services de renseignement conforme aux droits fondamentaux. Pour ce faire, il convient de s'appuyer sur les recommandations émises par la DélCdG,⁹ pour prévenir le traitement de données contraire au droit. Ces recommandations ne doivent pas être seulement prévues dans les directives internes du SRC mais ancrées dans la loi formelle.

2.2. Art. 5 al. 5 nLRens – Exception pour les données administratives

L'exception de l'art. 5 al. 5 nLRens ne peut en aucun cas s'appliquer aux données personnelles relatives à l'activité politique et à l'exercice de la liberté d'opinion, de réunion ou d'association.

L'exception pour le traitement de données à des fins administratives ne devrait pas se trouver à l'art. 5 al. 5 nLRens, mais à l'art. 5 al. 6 nLRens.

L'art. 5 al. 5, nLRens introduit une nouvelle disposition selon laquelle les données personnelles relatives à l'activité politique et à l'exercice de la liberté d'opinion, de réunion ou d'association en Suisse peuvent être traitées par le SRC à titre exceptionnel si cela sert à l'accomplissement de ses tâches administratives.

Il n'y a en principe rien à objecter au traitement de données pour l'accomplissement de tâches administratives si, comme le mentionne le rapport explicatif, cette exception ne s'applique effectivement qu'aux objets parlementaires qui sont attribuées au SRC ou dans le cadre du droit d'accès aux données personnelles. Dans ce cas également, il convient toutefois de s'assurer que cette exception ne s'applique que dans la mesure où elle est

⁹ Rapport annuel 2019 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales, 28 janvier 2020, FF 2020 2865.

réellement nécessaire à l'accomplissement de tâches administratives proprement dites. En outre, l'exception ne doit être appliquée que pour les informations qui ne sont pas pertinentes pour les services de renseignement.

Dans sa pratique actuelle, le SRC ne délimite pas de manière rigoureuse les informations relevant du renseignement et celles relevant de l'administration et n'a pas exploité ses banques de données conformément à leur but. De plus, il n'a pas respecté les directives de la Constitution fédérale, de la CEDH et de la LRens concernant la saisie et le traitement des données¹⁰. À l'avenir, la raison pour laquelle les données sont collectées et la finalité de leur traitement devront être claires et il devra être garanti que la limitation de la finalité est strictement respectée. Le SRC devra à l'avenir veiller à ce que les informations soient systématiquement attribuées aux bases de données concernées en fonction de leur finalité et que l'exception des tâches administratives ne soit pas utilisée comme échappatoire pour collecter et relier des données. Les données personnelles relatives à l'activité politique et à l'exercice de la liberté d'opinion, de réunion ou d'association, qui sont également pertinentes pour les services de renseignement, ne doivent en aucun cas être traitées pour l'accomplissement de tâches administratives.

Enfin, l'exception relative à l'accomplissement de tâches administratives ne doit pas être mentionnée à l'art. 5 al. 5 nLRens, mais à l'art. 5 al. 6 nLRens – parmi les autres exceptions. Il apparaît ainsi clairement que ces données personnelles sont en principe également couvertes par la limitation du traitement des données et qu'il ne s'agit que d'une exception au principe.

2.3 Art. 5 al. 6 let. b et art. 5 al. 8 nLRens

L'art. 5 al. 6 let. b et l'art. 5 al. 8 nLRens doivent garantir que seules les données des organisations et des personnes concernées peuvent être collectées et traitées.

Selon l'art. 5 al. 6 let. b nLRens, des données concernant une organisation ou une personne peuvent exceptionnellement être collectées et traitées s'il existe des indices concrets qu'une organisation ou une personne exerce ses droits afin de préparer ou

¹⁰ GYÖRFFY Viktor, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25 mai 2022, p. 34 N 137 s.

d'exécuter des activités au sens de l'art. 6 al. 1 let. a nLRens. Dans ce contexte, il n'est pas clair quelles données et par rapport à qui ces données peuvent être collectées et traitées. Il convient de s'assurer que seules les données des organisations et des personnes concernées peuvent être collectées et traitées.

La même remarque vaut pour l'art. 5 al. 8 nLRens.

2.4. Art. 5 al. 6 let. c nLRens – Protection d'une organisation ou d'une personne

L'art. 5 al. 6 let. c nLRens doit être biffé.

Selon l'art. 5 al. 6 let. c nLRens, le SRC peut collecter et traiter des données sur une organisation ou une personne si cela est nécessaire pour la protéger contre une activité au sens de l'art. 6 al. 1 let. a LRens. Cette attitude paternaliste ne va pas avec un Etat de droit démocratique. Il convient d'ailleurs de souligner que le SRC a déjà justifié par le passé la saisie de données sur des organisations par cette approche, le SRC ayant saisi de nombreuses informations sur les organisations en question et ayant parfois commenté et classé leurs activités du point de vue des services de renseignement. Avec cette approche, les personnes actives au sein de l'organisation concernée perdent en grande partie la protection de pouvoir exercer leurs droits fondamentaux sans être observées par les services de renseignement¹¹.

2.5 Art. 45 al. 4 nLRens

L'art. 45 al. 4 nLRens doit être supprimé sans remplacement.

Selon l'art. 45 al. 4 nLRens, le SRC peut transmettre des données à l'étranger afin de vérifier s'il s'agit de données relevant du renseignement. Cette transmission de données ne se justifie pas, car la Suisse n'a plus aucun contrôle sur les données qui ont été mises à la disposition de services secrets étrangers. Il faut partir du principe que toutes les données, même si elles ont ensuite été effacées en Suisse, continuent d'être enregistrées à l'étranger. On sait depuis des années que la Suisse, en tant que partenaire Tier-B « focused cooperation », fait partie du cercle le plus étroit des services secrets entourant

¹¹ GYÖRFFY Viktor, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25 mai 2022, p. 31 N 124 et p. 33 s. N 133 ss.

la NSA et les Five Eyes¹². Depuis plus d'une décennie, de très grandes quantités de données sont enregistrées par ces services secrets¹³. On ne peut pas partir du principe qu'ils effaceront les données après les avoir reçues.

2.6 Art. 46 nLRens – Examen de l'applicabilité de l'art. 5 al. 5 nLRens

Même après l'anonymisation des données personnelles, il est possible de tirer des conclusions sur la personne ou l'organisation et donc de violer les droits fondamentaux.

L'art. 46 al. 1 phrase 2 nLRens doit être modifié comme suit : « Si tel est le cas et en l'absence d'exception au sens de l'art. 5 al. 6 ou 8, le SRC efface immédiatement les données personnelles ».

L'examen de l'admissibilité du traitement des données doit toujours être effectué dès leur saisie et non pas seulement lors de leur utilisation comme données de travail – sinon il y a une atteinte injustifiable aux droits fondamentaux. L'art. 46 al. 2 nLRens doit être modifié comme suit : « Pour les données personnelles provenant de sources accessibles au public et pour les données personnelles enregistrées séparément et provenant de mesures de recherche soumises à autorisation, cet examen a lieu immédiatement lors de la saisie ».

Selon l'art. 5 al. 6 let. a nLRens, le traitement des données qui tombent sous le coup de la restriction de traitement est exceptionnellement possible s'il est nécessaire selon l'art. 46 al. 1 nLRens. Selon l'art. 46 al. 1 nLRens, le SRC vérifie, en présence de données relevant du renseignement, si l'art. 5 al. 5 nLRens s'applique et, le cas échéant, anonymise les données personnelles. Le processus prévu par l'art. 5 al. 5 en relation avec l'art. 46 nLRens n'est globalement pas clair et constitue un renvoi circulaire.

Selon la loi sur la protection des données (LPD), les données sont personnelles lorsque les personnes auxquelles elles se rapportent sont identifiées ou identifiables (art. 3 let. a LPD). Une anonymisation par le SRC n'est donc suffisante que si les données relevant du renseignement ne permettent plus de déduire l'identité des personnes ou des organisations concrètes. Si, par exemple, une personne est mentionnée sans nom dans

¹² <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

¹³ <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html> ;
<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

une donnée du service de renseignement mais que le contexte permet de trouver facilement de qui il s'agit en réalité, l'anonymisation est insuffisante.

En ce qui concerne les données personnelles provenant de sources accessibles au public et les données personnelles enregistrées séparément et provenant de mesures de recherche soumises à autorisation, l'art. 46 al. 2 nLRens prévoit en outre que l'examen ait lieu avant que le SRC n'utilise ces données comme données de travail. Il serait ainsi possible à l'avenir pour le service de renseignement de collecter et de stocker des informations sur des événements et des activités politiques, pour autant qu'il ne les attribue pas activement à une personne. Cela crée une base légale permettant de collecter n'importe quelle information et de ne vérifier que dans un deuxième temps si elle est réellement pertinente pour le SRC et si elle tombe sous le coup d'une exception. Avec ce principe, la limite de traitement de l'art. 5 LRens est complètement vidée de sa substance. Il est en outre important de noter qu'aucun délai n'est prévu pour la vérification selon l'art. 46 al. 1 nLRens. Cette réglementation apparaît comme une validation *a posteriori* de la pratique actuelle du SRC, selon laquelle des données sont parfois conservées pendant des années et sans raison apparente dans les banques de données des services de renseignement. La DéICdG constate également que le SRC collecte de manière non systématique et aléatoire des données fausses, inutiles et sans intérêt pour la protection de l'Etat, qu'il les utilise de manière erronée et que l'effacement de ces données et de celles qui sont soumises à des restrictions de traitement ne fonctionne pas de manière fiable¹⁴. En 2010 déjà, la DéICdG demandait d'empêcher la collecte de ces informations¹⁵. Si des données tombent sous le coup de la limite de traitement des données, elles ne doivent pas être traitées du tout. Un éventuel effacement ultérieur n'y change rien.

¹⁴ Traitement des données dans le système d'information relatif à la protection de l'Etat (ISIS). Rapport de la Délégation des commissions de gestion des Chambres fédérales, 21 juin 2010, FF 2010 7003 ; rapports annuels 2019, 2020 et 2021 de la DéICdG.

¹⁵ Traitement des données dans le système d'information relatif à la protection de l'Etat (ISIS). Rapport de la Délégation des commissions de gestion des Chambres fédérales, 21 juin 2010, FF 2010 7003, p. 2 ss.

3. Droit d'accès

3.1. Art. 63a al. 8 nLRens – Refus du droit d'accès

L'art. 63a al. 8 nLRens doit être supprimé. Le droit d'accès indirect par le PFPDT selon les art. 63a al. 3 ss nLRens ne remplace pas le recours effectif.

Conformément à l'art. 63a al. 8 nLRens, les renseignements visés aux al. 1 et 2 et les communications visées aux al. 3 et 4 ne peuvent pas faire l'objet d'un recours. Ce refus du droit d'accès et l'exclusion de tout recours contre celui-ci touchent aux droits fondamentaux et violent le droit à un recours effectif selon l'art. 13 CEDH. Aujourd'hui déjà, la pratique des services de renseignement en matière de renseignements n'est guère conforme à la CEDH¹⁶. Le Tribunal fédéral a constaté que le droit d'accès indirect selon les art. 64 s. LRens ne garantit pas en soi une possibilité de recours efficace selon l'art. 13 CEDH¹⁷. Il est inacceptable que ces droits déjà peu développés soient encore réduits par la révision. Même le rapport explicatif reconnaît que « la question de la conformité avec le droit constitutionnel et international du renoncement à une voie de droit ordinaire pour la personne concernée en cas de restriction ou de refus du droit d'accès est encore controversée et sera éclaircie lors de la procédure de consultation »¹⁸.

Un droit d'accès qui fonctionne est d'autant plus important que le SRC a collecté des données de manière illicite ces dernières années. Dans son rapport annuel 2019¹⁹, la DélCdG en arrive à la conclusion que le SRC ne peut pas garantir que ses données sont traitées conformément aux prescriptions de la LRens. Ainsi, la conformité avec les limites fixées par l'art. 5 LRens n'a jamais été vérifiée pour une grande partie des données collectées. Et ce, bien que le traitement des données par les services de renseignement touche à des droits protégés par la CEDH et la Cst., comme l'autodétermination informationnelle en tant qu'élément du droit à la protection de la vie privée, la liberté

¹⁶ COURED, Klass et al. c. Allemagne, 5029/71, arrêt du 6 septembre 1978 ; COURED, Leander c. Suède, 9248/81, du 26 mars 1987.

¹⁷ ATF 147 I 280, consid. 9.2.4.

¹⁸ Rapport explicatif concernant la révision de la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement, mai 2022, p. 28.

¹⁹ Rapport annuel 2019 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales, 28 janvier 2020, FF 2020 2865, p. 2944.

d'expression et – dans la mesure où il s'agit de l'expression des opinions lors de manifestations – la liberté de réunion²⁰. Si des données sont enregistrées de manière non-conforme au droit, il doit au minimum exister un droit d'accès qui fonctionne.

3.2. Art. 64 nLRens – Droit d'accès dans le cadre de la PES

La formulation de l'art. 64 nLRens doit également garantir que le droit d'accès vis-à-vis d'autres autorités fonctionne effectivement.

Selon l'art. 64 nLRens, l'obligation de fournir des renseignements sur les données personnelles contenues dans la présentation électronique de la situation (PES) incombe aux autorités fédérales et cantonales qui les ont enregistrées. Cela ne peut fonctionner que si ces autorités reçoivent effectivement les demandes de renseignements et s'acquittent de cette obligation. Ainsi, le rapport explicatif indique certes que le SRC transmet les demandes de renseignements aux autorités compétentes²¹, mais un avis de droit montre que dans certains cas, il existe un grand nombre d'enregistrements PES provenant d'autres autorités, que les renseignements à ce sujet ont été refusés et qu'il n'était pas possible pour le SRC de déterminer de quelles autorités provenaient ces enregistrements²². L'art. 64 nLRens ne doit pas laisser de place à une telle argumentation, afin que le droit d'accès ne puisse pas être contourné.

²⁰ GYÖRFFY Viktor, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25 mai 2022, p. 49 N 188.

²¹ Rapport explicatif concernant la révision de la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement, mai 2022, p. 29.

²² GYÖRFFY Viktor, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25 mai 2022, p. 24 N 93.

4. Mesures de recherche soumises à autorisation (MRSA)

4.1. Art. 14 nLRens – Observation préventive secrète au moyen d'appareils de localisation

L'utilisation d'appareils de localisation sans l'accord d'un juge doit être supprimée. De manière générale, les observations – même lorsqu'elles sont réalisées sans appareil de localisation – doivent être requalifiées comme MRSA.

Conformément à l'art. 14 nLRens, le SRC pourrait, pendant la durée d'une observation, utiliser un appareil de localisation sur un véhicule ou un objet comme mesure de soutien, si cela est nécessaire pour assurer la continuité de la surveillance. La transmission des données devrait être interrompue lorsque l'observation est terminée ou que le contact visuel avec l'objet suivi est perdu de manière durable. Bien que l'observation soit effectuée en secret, elle ne fait pas partie des mesures de recherche soumises à autorisation. Le Conseil fédéral justifie cette renonciation à une procédure d'autorisation par le fait que l'observation représenterait une atteinte « relativement faible »²³ aux droits fondamentaux de la personne surveillée.

Ordonner une observation au moyen d'un appareil de localisation sans autorisation judiciaire est hautement problématique : dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a constaté que la surveillance préventive par GPS sans autorisation judiciaire recèle un potentiel d'abus considérable. Même des abus isolés de cette possibilité de surveillance pourraient, dans certaines circonstances, conduire à un sentiment de méfiance généralisé et avoir ainsi des conséquences néfastes pour l'ordre libéral et démocratique²⁴. L'opinion défendue par le Conseil fédéral, selon laquelle l'utilisation d'un appareil de localisation par le SRC se distinguerait de celle faite par la police, n'est pas convaincante.

Même – ou surtout – dans un lieu public, les personnes ont droit au respect de leur vie privée. Ainsi, selon la CourEDH, l'enregistrement de données par une administration étatique – même dans un lieu public – constitue une ingérence dans le droit à la vie privée²⁵. Les personnes ne devraient en principe pas avoir à s'attendre à ce qu'un service

²³ Message concernant la loi sur le renseignement, 19 février 2014, FF 2014 2029, p. 2073.

²⁴ ATF 147 I 103, consid. 17.5.2.

²⁵ Parmi d'autres : COUREDH, Peck c. Royaume-Uni, 44647/98, arrêt du 28 janvier 2003, § 59 ; COUREDH, Perry c. Royaume-Uni, 63737/00, arrêt du 17 juillet 2003, § 38 ; GONIN Luc/BIGLER Olivier,

secret enregistre leurs conversations et les conserve potentiellement pendant des décennies. Le fait que la loi actuelle et le projet de loi ne prévoient ni une procédure d'autorisation judiciaire ni une communication ultérieure à la personne surveillée signifie en outre que cette mesure n'est *de facto* soumise à aucun contrôle judiciaire. Une situation inacceptable dans un État de droit.

De plus, la gravité de l'ingérence dans les droits fondamentaux des personnes concernées ne résulte pas seulement de la recherche d'une information particulière mais également du recoupement de données provenant de plusieurs sources. L'observation peut entraîner des enregistrements visuels (photos, vidéos), et le SRC dispose d'un système de reconnaissance faciale, ce qui facilite l'identification des personnes et donc la mise en relation de ces données avec d'autres. Ainsi, même si les données sont recueillies dans l'espace public, leur conservation et leur mise en relation avec d'autres informations au sein d'une base de données gouvernementale aggrave dangereusement l'ingérence dans les droits fondamentaux.

Comme aucune information ultérieure n'est prévue, il n'est guère possible de vérifier si les limites déjà difficilement compréhensibles d'une telle surveillance ont été respectées et, le cas échéant, si les appareils de localisation ont effectivement été désactivés. La disposition n'est pas convaincante, notamment parce que les agents ne peuvent raisonnablement pas interrompre complètement une surveillance, même en cas de perte durable du contact visuel, car ils doivent pouvoir retrouver le véhicule pour démonter l'appareil de localisation.

Il faut encore relever que le SRC dispose aujourd'hui déjà de la possibilité de localiser une personne ou une chose (art. 26 al. 1 let. b LRens). Le nouvel art. 14 al. 3 nLRens et la réserve figurant à l'art. 26 al. 1 let. b nLRens *in fine* viennent donc exclusivement affaiblir la protection de la sphère privée des citoyens, alors même que la protection qu'apporte l'art. 14 LRens est déjà insuffisante à l'heure actuelle pour respecter les normes internationales auxquelles est soumise la Suisse.

Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) : commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Berne, 2018, CEDH 8 N 54.

4.2 Conditions d'autorisation

4.2.1. Art. 27 al. 1 let. a ch. 1 nLRens- Élargissement à l'extrémisme violent

Les MRSA ne doivent pas être étendues à l'extrémisme violent.

L'extrémisme violent est une notion trop floue, dont il n'existe aucune définition légalement contraignante. Cela ne répond pas aux conditions de précision de la base légale qui doit justifier une ingérence dans les droits fondamentaux et contrevient donc aux exigences de l'art. 8 CEDH.

L'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 nLRens prévoit que les MRSA puissent désormais être ordonnées pour toutes les menaces mentionnées à l'art. 19, al. 2 nLRens. Ainsi, les MRSA pourraient également être utilisées dans le domaine de l'extrémisme violent.

Toute surveillance secrète engendre une ingérence dans le droit à la vie privée protégé par l'art. 8 CEDH et doit donc être prévue par une loi prévisible et particulièrement précise²⁶. La loi doit également énumérer les conditions²⁷ auxquelles les autorités peuvent surveiller une personne et définir les infractions et les catégories de personnes qui peuvent être surveillées²⁸.

Pourtant, le Conseil fédéral n'a jamais souhaité définir la notion d'« extrémisme violent », pour la prévention duquel des MRSA seraient désormais possibles. Déjà dans son message sur la LMSI, il indiquait que « le terme extrémisme ne peut pas non plus être

²⁶ GONIN Luc/BIGLER Olivier, Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) : commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Bern, 2018, CEDH 8 N 53 et 147 ; COURED, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31 août 2021, N 219.

²⁷ COURED, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31 août 2021, N 16 ; COURED, Roman Zakharov c. Russie, 47143/06, arrêt du 4 décembre 2015, § 229 ; MEYER-LADEWIG Jens/ NETTESHEIM Martin, in MEYER-LADEWIG Jens/NETTESHEIM Martin/VON RAUMER Stefan (édit.), EMRK : Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar, 4^e éd., Baden-Baden, 2017, CEDH 8, N 34 et 37.

²⁸ COURED, Roman Zakharov c. Russie, 47143/06, arrêt du 4 décembre 2015, § 231 ; COURED, Big Brother Watch et al. c. Royaume-Uni, 58170/13, 62322/14, 24960/15, arrêt du 13 septembre 2018, § 307 ; GONIN Luc/BIGLER Olivier, Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) ; commentaire des articles 1 à 18 CEDH, Berne, 2018, CEDH 8, N 151.

cerné par une définition exhaustive »²⁹, de même que le terrorisme, et que pour cette raison « la loi évite sciemment de définir ces notions »³⁰. L'art. 19 al. 2 LRens ne constitue donc « pas une définition légale »³¹ des activités qui y sont listées mais une simple description des menaces.

Sur le fond, il faut donc retenir qu'il n'existe pas de définition légalement contraignante du terme « extrémisme violent ». La manière dont le SRC interprétera et appliquera cette notion à l'avenir est donc largement imprévisible et arbitraire. L'atteinte aux droits fondamentaux résultant des MRSA manque donc d'une base légale suffisamment précise³². Les simples descriptions de l'art. 19 al. 2 LRens sont trop floues pour constituer des définitions conformes aux exigences de la CEDH.

Comme l'ont montré les enquêtes sur la pratique des services de renseignement, la distinction entre les activités politiques légitimes et l'extrémisme violent relevant des services de renseignement n'a jamais fonctionné de manière fiable. Ainsi, les activités politiques protégées par les droits fondamentaux se sont toujours retrouvées dans le collimateur des services de renseignement. Jusqu'au scandale des fiches, cela concernait en particulier les « gauchistes », les « alternatifs », les « verts », les militants pour la paix, les activistes du tiers-monde, les mouvements féministes, les travailleurs étrangers, les mouvements antinucléaires et les groupements religieux, que les agents des services de protection de l'Etat considéraient comme potentiellement dangereux³³. Plusieurs rapports

²⁹ Message concernant la loi fédérale sur des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure ainsi que l'initiative populaire « S. o. S. – pour une Suisse sans police fouineuse », 7 mars 1994, FF 1994 II 1123, p. 1169.

³⁰ Message concernant la loi fédérale sur des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure ainsi que l'initiative populaire « S. o. S. – pour une Suisse sans police fouineuse », 7 mars 1994, FF 1994 II 1123, p. 1168.

³¹ Message concernant la loi sur le renseignement, 19 février 2014, FF 2014 2029, p. 2082.

³² COUREDH, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31 août 2021, N 20.

³³ Événements survenus au DFJP Rapport de la commission d'enquête parlementaire (CEP) du 22 novembre 1989 ; Événements survenus au DFJP Rapport complémentaire de la commission d'enquête parlementaire (CEP) du 29 mai 1990 ;

<https://www.bar.admin.ch/bar/fr/home/recherche/conseils-de-recherche/themes/nachrichtendienst-->

de la DéICdG et des cas dans lesquels les personnes concernées ont pu consulter leurs données relevant du renseignement montrent clairement que, même après l'entrée en vigueur de la LMSI, par laquelle le législateur a voulu créer une base claire pour les activités de renseignement, le service de renseignement a continué à collecter des données sur des activités politiques protégées par les droits fondamentaux³⁴. Un avis de droit, qui a examiné la pratique du SRC en matière de collecte d'informations, montre comment une ONG a été répertoriée par le service de renseignement dans 405 documents au total entre 1999 et 2019. L'ONG a été mentionnée à plusieurs reprises, à tort, dans le contexte de l'extrémisme de gauche et il lui a été reproché par endroits de ne pas s'être distanciée suffisamment clairement des actes de violence³⁵.

4.2.2. Art. 27 al. 1 let. a ch. 2 nLRens – Surveillance au profit d'États étrangers

La possibilité d'ordonner des MRSA au profit d'États étrangers doit être supprimée. La Suisse risquerait ainsi de subir des pressions de la part d'autres États, ce qui mettrait en danger son indépendance et sa neutralité.

Selon le projet de loi, des mesures de recherche soumises à autorisation pourraient également être ordonnées à la demande d'États étrangers en cas de « menace concrète pour des intérêts internationaux importants en matière de sécurité ». Les États étrangers pourraient ainsi demander à la Suisse de mettre en œuvre des mesures de surveillance contre des organisations ou des individus qu'ils considèrent comme des terroristes ou des extrémistes selon leur propre définition.

Les recherches risquent aussi de concerner des personnes se situant sur le territoire d'un autre Etat mais utilisant un système de communication en Suisse (p. ex. une adresse courriel chez un prestataire suisse). Cela posera problème pour la communication

[spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html](#).

³⁴ Traitement des données dans le système d'information relatif à la protection de l'Etat (ISIS). Rapport de la Délégation des commissions de gestion des Chambres fédérales, 21 juin 2010, FF 2010 7003 ; rapports annuels 2019, 2020 et 2021 de la DéICdG.

³⁵ GYÖRFFY Viktor, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25 mai 2022, notamment p. 23 ss N 89 ss.

ultérieure de la mesure à la personne concernée et cette difficulté particulière n'est pas réglée dans le projet.

La mise en place de MRSA à la demande d'États étrangers est en contradiction avec le principe de la préservation de l'indépendance de la Suisse et de sa neutralité (art. 54 Cst.). En particulier lorsque la sécurité de la Suisse n'est pas en jeu, mais qu'il pourrait simplement s'ensuivre – sans autre définition – une « réaction négative des États concernés » à l'égard de la Suisse ou qu'une « action internationale est indispensable » (art. 27 al 1 let. a nLRens), la Suisse court le risque de se rendre vulnérable au chantage. Ainsi, des États tiers pourraient menacer la Suisse de mesures de rétorsion si le SRC n'agissait pas dans l'intérêt de ces États. Du point de vue de la politique de souveraineté et de neutralité, une disposition aussi étendue ne semble pas défendable et la Suisse risque d'être impliquée de manière croissante et incontrôlable dans des conflits internationaux.

4.3. Procédure d'autorisation

4.3.1. Art. 29 nLRens– Demande de MRSA

Le SRC doit toujours fournir au Tribunal administratif fédéral (TAF) son dossier *complet* et non seulement les « pièces *essentielles* ».

La personne surveillée doit avoir un représentant ayant un accès complet à la procédure et aux documents de l'autorisation et habilité à déposer des conclusions devant le TAF au nom de la personne concernée.

Des statistiques détaillées (pas uniquement le nombre de mesures autorisées au refusées) sur le processus d'autorisation doivent être publiées.

L'art. 29 al. 1 let. g nLRens prévoit que le SRC remet au TAF les « pièces essentielles au traitement de la demande [d'autorisation] ». Dans son message sur la LRens, le Conseil fédéral indiquait que le SRC devait présenter au TAF « toutes les indications permettant de vérifier si la mesure répond aux exigences légales, à savoir la description des indices

effectifs de menace concrète pour la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse, la justification de la proportionnalité de la mesure [...] »³⁶.

Ceci n'est pas suffisant pour assurer au juge une vision éclairée de la situation car les indices choisis par le SRC et fournis seuls peuvent donner une vision biaisée de la situation, le risque étant que le TAF ne dispose en fait que des éléments favorables à la mesure. L'effet de la procédure d'autorisation judiciaire des MRSA est de toute façon limité par nature, puisque ces mesures visent à obtenir des renseignements, parfois sur la base de soupçons minces, du moins dans un premier temps. Le contrôle judiciaire ne pourra donc porter que sur la question de savoir si le SRC fait valoir l'existence des conditions de la mesure (éventuellement sur la base de suppositions), et non sur l'existence effective des faits invoqués par le SRC. Même si le juge peut demander des compléments au dossier, cela implique que son attention soit particulièrement attirée par un élément du dossier³⁷.

Il faut rappeler que le délai pour délivrer l'autorisation est court et que cela se prête donc mal à des allers-retours de dossiers entre le TAF et le SRC. Pour que le TAF puisse prendre dans les temps une décision pleinement informée, il est impératif que le SRC fournisse l'intégralité de son dossier au TAF.

Quoi qu'il en soit, il existe un déséquilibre flagrant entre les moyens dont disposent le SRC et la personne concernée puisque cette dernière est absente de la procédure. Pour assurer la défense de ses intérêts, il faut lui nommer un représentant chargé de faire contrepoids aux représentants du SRC.

Enfin, il faut rappeler que les décisions du TAF en la matière ne sont pas publiées (art. 5 al. 1 Règlement du 21 février 2008 du Tribunal administratif fédéral relatif à l'information³⁸). Pour qu'un contrôle public et démocratique minimal puisse avoir lieu, il est donc impératif de fournir des données statistiques. Le SRC publie dans son rapport annuel uniquement le nombre de mesures réalisées. Le nombre annuel de mesures autorisées, autorisées

³⁶ Message concernant la loi sur le renseignement, 19 février 2014, FF 2014 2029, p. 2092.

³⁷ SCHWERI Florian, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [disponible sur : <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], p. 14.

³⁸ RS 173.320.4.

partiellement, sous condition, avalisées, retirées, refusées, etc. doit également être publié de façon à apprécier l'effectivité du contrôle judiciaire. La justification des décisions devrait également être indiquée, notamment pour savoir s'il s'agit de terrorisme, d'extrémisme violent etc. Une fois l'opération terminée, les décisions devraient également être publiées comme tous les autres arrêts du TAF.

4.3.2. Art. 29a al. 5 nLRens – MRSA à l'étranger

Le TAF doit se prononcer sur toutes les MRSA, qu'elles soient effectuées sur sol suisse ou à l'étranger

Même si l'exécution d'une surveillance par le SRC à l'étranger a lieu avec l'autorisation de l'Etat concerné, elle doit être soumise au contrôle du juge.

L'art. 29a al. 5 nLRens implique que, premièrement, des MRSA sont également effectuées à l'étranger et qu'un contrôle judiciaire par le TAF ne serait pas nécessaire dans ce cas. En ce qui concerne l'intrusion dans des systèmes informatiques, avec la référence à l'art. 37 nLRens qui s'applique à la place, il apparaît que le Conseil fédéral ou le chef du DDPS déciderait de l'exécution de telles mesures et, en cas d'urgence, la direction du SRC (art. 37 al. 3 nLRens).

L'exécution de MRSA à l'étranger est extrêmement problématique du point de vue du droit international public à la lumière des principes de territorialité et de souveraineté. A quelques exceptions près, de telles pratiques sont inadmissibles. Dans l'ATF 146 IV 36, le Tribunal fédéral a établi qu'en vertu du principe de territorialité, de telles mesures, même si elles ont été ordonnées valablement pour la Suisse, ne peuvent en principe être exécutées à l'étranger que si cela est compatible avec le droit international ou, à défaut, si l'Etat concerné a donné son accord préalable conformément aux règles de l'entraide judiciaire internationale.

En outre, on ne voit pas pourquoi le contrôle judiciaire devrait être supprimé lorsqu'une MRSA est effectuée ou poursuivie à l'étranger. Ainsi, il ne serait pas justifié que, par exemple, la prolongation d'une MRSA ne soit pas soumise au TAF parce que la personne se trouve à ce moment-là en vacances ou en voyage d'affaires à l'étranger. Il ne serait pas non plus admissible de ne pas informer ultérieurement la personne concernée ou de ne l'informer que de la partie de la surveillance qui a été effectuée en Suisse. Limiter

l'autorisation judiciaire aux cas où le SRC agit sur le territoire suisse n'est pas défendable. Cela signifierait également que la Suisse protège mieux les droits fondamentaux de ses citoyens sur son propre territoire qu'à l'étranger. Ceci est particulièrement problématique pour les Suisses de l'étranger. Le projet de loi ne contient aucune disposition interdisant, par exemple, d'intercepter et d'ouvrir les enveloppes de vote des Suisses de l'étranger. Comme les personnes surveillées peuvent aussi être des citoyens d'un autre Etat, la Suisse court le risque d'être poursuivie devant la CourEDH par le biais d'une plainte interétatique selon l'art. 33 CEDH.

4.4. Art. 29b et 30 nLRens – Durée de l'autorisation et prolongation de la MRSA

Des délais maximaux doivent être fixés par la loi entre la demande et l'examen judiciaire, respectivement l'autorisation judiciaire, de la MRSA et sa mise en œuvre concrète.

Il doit être prévu expressément que, même si le SRC renonce finalement à mettre en œuvre la mesure, cette dernière doit néanmoins être communiquée à la personne concernée

Il faut prévoir que la prolongation d'une MRSA doit être approuvée avant l'expiration de la mesure en cours. La poursuite d'une MRSA au-delà de la durée autorisée est, dans tous les cas, interdite.

Il faut renoncer à l'allègement de la procédure d'aval en cas de prolongation. De même, la notion d'« extension limitée » doit être supprimée. Chaque prolongation ou extension de la MRSA doit suivre un processus complet en bonne et due forme.

Le projet de loi prévoit que l'approbation des MRSA prend effet à une date fixée par le TAF. En ce qui concerne l'efficacité des MRSA, il est toutefois nécessaire de fixer certains délais légaux. Par exemple, entre l'autorisation du juge et l'exécution effective de la mesure, les circonstances peuvent changer de manière déterminante. En outre, plus l'évaluation d'une menace concrète est faite longtemps à l'avance, plus elle devient une spéculation et donc une simple probabilité qui ne peut pas justifier une telle atteinte aux droits fondamentaux.

Si les circonstances changent effectivement depuis l'autorisation, le SRC doit en outre avoir la responsabilité d'informer le tribunal de cette circonstance afin que l'autorisation puisse être révoquée. Dans ce contexte, il est particulièrement important que la personne concernée soit informée de la mesure même si celle-ci a été levée avant son exécution.

Si une prolongation de la MRSA est nécessaire, il suffirait, selon l'art. 29b nLRens, que le SRC dépose sa demande de prolongation auprès du TAF avant l'expiration de la mesure en cours. La possibilité de poursuivre les MRSA jusqu'à ce qu'une décision du TAF concernant la prolongation soit rendue ouvre un potentiel d'abus non négligeable. L'objectif de l'autorisation judiciaire est justement de limiter la durée des MRSA à la lumière du principe de proportionnalité. Afin de prévenir les abus, la loi doit prévoir explicitement la solution inverse, à savoir que, dans le cadre de la décision d'approbation, la poursuite d'une MRSA au-delà de la durée autorisée n'est pas permise. La poursuite d'une mesure doit dans tous les cas être soumise à l'approbation du TAF.

Enfin, l'obligation de détruire les données en cas de refus de l'autorisation ou de la prolongation, prévue à l'art. 29b al. 3 nLRens, n'est pas non plus suffisante, en particulier si le SRC a entre-temps transmis des données à d'autres services. Si la possibilité susmentionnée de poursuivre la MRSA avant l'obtention de l'autorisation du juge devait être maintenue, la loi devrait garantir que tant que l'autorisation et l'aval de la prolongation n'ont pas été accordées, le SRC ne peut pas transmettre les données à d'autres instances.

Il n'est pas non plus justifié que les chefs du DFJP et du DFAE ne doivent plus être consultés lors de la prolongation des MRSA. Cette simplification semble avoir lieu en premier lieu parce que la consultation représente une charge pour les chefs du DFAE et du DFJP. On oublie cependant que chaque adresse (art. 30 al. 4 let. a nLRens) ou objet supplémentaire « en possession de la personne déjà sous surveillance » (art. 30 al. 4 let. b-d nLRens) peut également être la propriété ou destinée à l'usage d'une autre personne et peut donc potentiellement inclure de nouvelles personnes concernées. En outre, une surveillance prolongée ou étendue signifie une atteinte encore plus grave aux droits de la personne surveillée et en aucun cas, comme on le suggère, une gravité identique à la première mesure. Le gain de temps minimal est sans commune mesure avec la gravité de l'atteinte aux droits fondamentaux que représente une MRSA pour les personnes concernées. Comme la question de la proportionnalité est de plus en plus importante avec la durée d'une mesure, les conditions et les mécanismes de contrôle devraient également être renforcés et non pas affaiblis. Enfin, selon l'art. 30 al. 3 nLRens, le chef du DDPS ne devrait plus consulter les chefs du DFJP et du DFAE, en cas d'« extensions limitées ». Mais de fait, ces extensions constituent également une surveillance supplémentaire qui ne peut être autorisée que si toutes les garanties de procédure sont respectées. Le rapport explicatif tente de rassurer en soulignant que la consultation préalable pourrait toujours se

faire sur une base volontaire. Mais dans les faits, ces services ne sont informés qu'*a posteriori* et cette indication n'est donc rien de plus que de la poudre aux yeux.

4.5. Art. 33 nLRens – Information à la personne surveillée

La possibilité de *renoncer* définitivement à l'information doit être supprimée. Conformément à la CEDH, à la Cst. et à la jurisprudence du Tribunal fédéral, seul un report limité dans le temps (et éventuellement renouvelable) est acceptable.

Il convient de ne conserver que la possibilité de *différer* l'information pendant trois mois. Ce report doit être soumis à la procédure d'approbation et de validation.

La communication à la personne concernée après la fin de la surveillance est un élément essentiel dans un Etat de droit. Sans être informée *a posteriori* de la surveillance, la personne concernée n'a pas de possibilité effective de recours au sens de l'article 13 CEDH et elle ne peut ni constater ni faire réparer d'éventuelles violations de son droit à la vie privée. La notification n'est certes pas toujours possible immédiatement, mais elle doit avoir lieu « dès que la notification peut être donnée sans compromettre le but de la restriction »³⁹.

La LRens prévoit la possibilité de « déroger » de manière définitive à l'information. Or, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une telle renonciation durable à l'information n'est pas admissible⁴⁰. Seul un report bref et limité dans le temps de la communication est possible.

Selon l'art. 33 al. 2bis nLRens, le délai de report des communications serait étendu de trois à six mois. Compte tenu de la gravité de l'atteinte aux droits de la personne concernée, cela est inapproprié. Le report de l'information « jusqu'à la survenue d'un événement

³⁹ COUREDH, Klass et al. c. Allemagne, 5029/71, arrêt du 6 septembre 1978, § 58 ; COUREDH, Roman Zakharov c. Russie, 47143/06, arrêt du 4 décembre 2015, § 286 à 290.

⁴⁰ ATF 109 Ia 273, consid. 12b *in fine* « [Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, soweit und solange eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmaßnahmen gefährden würde » (nous soulignons) ; KREYDEN Aileen, Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmaßnahmen Rechtsschutz gewährt werden ?, Zurich, 2017, N 59.

particulier » est en outre problématique si l'événement n'est pas décrit clairement, s'il ne se produit pas ou si l'autorité qui en est responsable oublie d'en informer le SRC. Un contrôle régulier à intervalles rapprochés est le seul moyen de s'assurer que l'information ne sera pas oubliée et que les droits de la personne concernée sont respectés.

Le Conseil fédéral exerce une surveillance sur le SRC et est politiquement responsable de ses actions. Il est donc justifié que toute restriction de l'obligation de communiquer soit soumise à la procédure d'aval et pas seulement à l'autorisation du TAF. L'idée d'un « report nécessaire en raison des relations que la Suisse entretient avec l'étranger » (al. 4) pourrait en outre poser des problèmes d'interprétation.

4.6. Art. 50 nLRens – Traitement des données recueillies lors d'une mesure de recherche soumise à autorisation

4.6.1. Tri et destruction des données

Une instance indépendante doit trier les données et détruire celles qui ne sont pas nécessaires – avant de les transmettre au SRC.

Le tri des données non pertinentes du point de vue du renseignement doit avoir lieu avant la transmission des données au SRC, car les communications surveillées peuvent par exemple contenir des données sensibles ou protégées par le secret professionnel.

L'art. 50 al. 1 nLRens prévoit que les données collectées dans le cadre d'une MRSA doivent être examinées et, le cas échéant, détruites au plus tard à la fin d'une opération (qui peut donner lieu à plusieurs MRSA). Selon le texte de loi actuel, elles doivent être détruites dans les 30 jours suivant la fin de la mesure individuelle. Plus les données sont conservées longtemps, plus le risque pour les personnes concernées d'être lésées dans leurs droits fondamentaux est grand. Dans ce contexte, il convient de rappeler qu'une surveillance entraîne souvent la collecte d'informations sur des personnes qui ne sont pas visées par la surveillance (p. ex. les interlocuteurs de la personne surveillée) et donc des atteintes à leur sphère privée.

Selon la jurisprudence de la CourEDH, des règles doivent exister sur le traitement des informations recueillies lors d'une surveillance secrète⁴¹. Les données sans lien avec l'infraction, respectivement la menace, qui a donné lieu à la surveillance devraient être détruites aussitôt⁴². Les informations doivent déjà être protégées au stade de leur collecte et des obligations de sécurité à appliquer par les tiers éventuellement impliqués (par ex. Service SCPT, banques, etc.) doivent être prévues afin de protéger les données. En ce qui concerne le Service SCPT, les données qui, selon le SRC, devraient être effacées doivent l'être non seulement dans les banques de données du SRC, mais aussi dans le système de traitement du Service SCPT. Afin de protéger pleinement les droits des personnes concernées, le tri et l'effacement de toutes les données devraient être réalisés par une instance indépendante, avant leur transmission au SRC.

4.6.2. Art. 50 al. 2 nLRens – Données protégées par le secret professionnel

Le juge qui effectue le tri doit se récuser dans toutes les autres affaires pour lesquelles il a pris connaissance de données couvertes par le secret professionnel au cours de la procédure de tri.

Les données couvertes par le secret professionnel doivent être immédiatement détruites, qu'elles aient été recueillies en surveillant directement la personne soumise au secret professionnel ou toute autre personne qui était en communication avec une personne soumise au secret. Le statut de la personne surveillée (personne surveillée parce que le SRC recherche des informations sur elle ou personne surveillée en tant que tiers [art. 28 LRens]) est également indifférent sur l'obligation de détruire les données.

Conformément à l'art. 50 al. 2 nLRens, lors de MRSA visant des personnes soumises au secret professionnel, le tri et la destruction des données non nécessaires sont effectués sous la direction du TAF.

Dans un premier temps, il est essentiel que ce tri soit effectué avant que le SRC n'ait accès aux données. C'est la seule façon de garantir que le SRC ne puisse consulter que les

⁴¹ COURED, Roman Zakharov c. Russie, 47143/06, arrêt du 4 décembre 2015, § 253 à 256 ; COURED, Kennedy c. Royaume-Uni, 26839/05, arrêt du 18 mai 2010, § 164.

⁴² COURED, Roman Zakharov c. Russie, 47143/06, arrêt du 4 décembre 2015, § 258.

données qui lui sont nécessaires *et* qui ne sont pas protégées par le secret professionnel. En revanche, le juge du TAF qui procède au tri prend nécessairement connaissance d'informations confidentielles. En particulier lors de la surveillance des avocats, il existe donc un risque que les juges obtiennent des informations sur d'autres procédures dans lesquelles les avocats surveillés représentent des clients devant le TAF. Les juges ne doivent en aucun cas pouvoir profiter de telles informations pour le traitement d'autres affaires et doivent se récuser dans ces cas.

En outre, dans le cas des MRSA, le tri et la destruction se limitent explicitement, vis-à-vis des personnes soumises au secret professionnel, aux « données qui ne sont pas nécessaires ». Et ce, bien qu'il soit tout à fait concevable que des données « nécessaires » du point de vue des services de renseignement soient en même temps couvertes par le secret professionnel. Si ces données sont néanmoins traitées par le SRC, cela viderait le secret professionnel de sa substance. Selon la deuxième phrase de l'art. 50 al. 2 nLRens, les données recueillies lors de la surveillance d'une autre personne et pour lesquelles une personne soumise au secret professionnel a le droit de refuser de témoigner doivent en outre être effacées, indépendamment de leur caractère nécessaire. La protection est donc plus large dans ce cas. En ce sens, il est inacceptable que les données des personnes soumises au secret professionnel soient mieux protégées lorsqu'elles proviennent de la surveillance d'une autre personne.

La loi doit donc garantir que toutes les données soumises au secret professionnel sont détruites, quelle que soit la personne visée par la surveillance. En outre, en cas de surveillance directe de personnes soumises au secret professionnel, toutes les autres données non « nécessaires » doivent également être effacées. En outre, la loi doit explicitement préciser que le tri et la destruction doivent être effectués avant que le SRC n'ait accès aux données : celui-ci ne doit avoir accès qu'aux données qui remplissent la double condition de ne pas être soumises au secret professionnel *et* d'être « nécessaires ». Enfin, il faut préciser qui est responsable du tri et de la destruction lorsque la personne surveillée n'est pas soumise au secret professionnel.

Il convient de souligner qu'un tri ultérieur ne suffit pas à préserver les droits découlant du secret professionnel et de la protection des sources, mais qu'il faut s'assurer que – sauf cas exceptionnels justifiés – les données soumises au secret professionnel ou à la protection des sources ne peuvent pas être saisies par le SRC.

4.7. Art. 83 nLRens – Voies de droit

Les données transmises doivent être détruites si la décision, immédiatement exécutoire, ordonnant leur transmission est finalement invalidée.

Il faut préciser les informations que le SRC doit fournir à la personne concernée après une MRSA.

La répartition des compétences judiciaires en matière d'autorisation et de recours doit être revue.

Si des données sont transmises mais que la décision se révèle invalide, les données doivent être détruites immédiatement.

Pour être effectif, le recours doit pouvoir se baser sur des informations précises et il faut donc détailler quelles données doivent être fournies après coup à la personne surveillée. Le TAF ne doit pas autoriser les surveillances et traiter lui-même les recours contre ses propres décisions.

L'art. 83 al. 2 nLRens prévoit que les recours contre certaines décisions n'ont pas d'effet suspensif. Cela concerne notamment les cas où le SRC ordonne à une personne ou à une autorité de lui fournir des renseignements. Cette disposition doit être complétée en ce sens que les données mises à disposition doivent dans tous les cas être détruites si la décision du SRC est déclarée invalide ultérieurement suite à un recours.

Selon l'art. 83 al. 3 LRens, un recours contre une MRSA est possible dans les 30 jours suivant la notification de la mesure à la personne concernée. Cette disposition n'est toutefois pas satisfaisante, car elle ne prévoit qu'une possibilité vaguement formulée de recours contre « l'ordre d'effectuer une mesure de recherche soumise à autorisation ». Il serait au contraire nécessaire que l'ordre interne du SRC ainsi que l'autorisation du TAF et la décision d'aval du Conseil fédéral puissent être explicitement contestés. Comme une opération pourrait potentiellement avoir duré plusieurs années, le délai de recours de 30 jours est en outre beaucoup trop court. Il n'accorde pas suffisamment de temps à la personne concernée pour prendre connaissance de tous les éléments de la surveillance et les vérifier – surtout s'ils ne sont pas mis à sa disposition dès le début.

Selon l'art. 33 nLRens, la communication d'une mesure à la personne concernée ne contient en outre que le type, le motif et la durée de la surveillance. Cette simple

description de la mesure effectuée ne suffit cependant pas pour juger de sa légalité. Il faudrait plutôt mentionner la procédure d'autorisation (ordinaire ou urgente), la date de la demande et de l'autorisation, le nombre de prolongations ainsi que les motifs de celles-ci⁴³. En rédigeant la lettre d'information, le SRC risque d'omettre des éléments qui lui semblent sans importance mais qui sont essentiels du point de vue de la personne concernée pour faire valoir ses droits. Pour ces raisons, il est impératif que le SRC communique également à la personne concernée l'ordre de surveillance, les décisions du TAF et du Conseil fédéral ainsi que, le cas échéant, toute information complémentaire utile.

Le fait que le TAF soit compétent pour autoriser la mesure puis pour connaître du recours contre sa propre décision pose un problème de conflit d'intérêt. Ceci est encore plus problématique lorsque la personne surveillée est soumise au secret professionnel. Dans ce cas, le TAF a autorisé la mesure, effectué le tri des informations et traite le recours. Pour peu que la personne ait fait valoir son droit d'accès indirect aux données personnelles par le passé, c'est également le TAF qui aura statué sur sa requête. Le TAF avait lui-même soulevé ce problème de conflit d'intérêt dans la procédure de consultation sur la première version de la LRens en suggérant de confier ces recours à un autre tribunal. Cette critique reste d'actualité.

4.8 Art. 26 al. 1 let. f et g nLRens – surveillance des relations bancaires et des transactions financières

La surveillance secrète des relations bancaires et des transactions financières doit être supprimée dans sa forme indéterminée.

L'art. 26 al. 1 let. f et g nLRens prévoit comme MRSA l'obtention de renseignements concernant les relations entre une personne physique ou morale et des intermédiaires financiers ou des négociants (art. 26 al. 1 let. f nLRens) ainsi que la surveillance de ces

⁴³ SCHWERI Florian, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [disponible sur : <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], p. 15 s.

relations (art. 26 al. 1 let. g nLRens). Les effets de ces deux mesures ne doivent guère être sous-estimés et soulèvent diverses questions de doctrine juridique.

Il est frappant de constater que cette mesure - contrairement aux autres MRSA de plus grande portée (en particulier l'exploration radio et du réseau câblé, l'intrusion dans des systèmes informatiques, etc.) ne trouve aucune réglementation matérielle dans la loi. Au contraire, elle n'est mentionnée qu'en passant, dans l'énumération de l'obligation d'autorisation, ce qui rend le texte extrêmement vague. Contrairement aux art. 284 et 285 CPP (surveillance des relations bancaires), il manque une délimitation minimale de la mesure selon la nLRens concernant ses conditions et sa portée. De plus, la mesure n'est pas limitée à la personne visée, mais peut également s'étendre à des tiers. Ainsi, le compte bancaire d'un avocat représentant des personnes accusées de terrorisme ou d'extrémisme violent pourrait faire l'objet d'une surveillance secrète dans le but de surveiller les expéditeurs des paiements d'honoraires et d'explorer le réseau de la personne cible concernée.

Avec cette mesure, les banques sont considérablement mises au service du SRC (et, le cas échéant, des services de renseignement étrangers), ce qui sape le secret bancaire et le secret des affaires. De même, il manque une réglementation concernant le droit de ne pas s'auto-incriminer des intermédiaires financiers et des négociants concernés, telle qu'elle existe par analogie dans le CPP (art. 285 al. 2 CPP).

Selon le Conseil fédéral, cette mesure doit viser par exemple « aux entreprises, aux organisations idéologiques ou aux institutions religieuses ». La mesure vise expressément à pouvoir ordonner une surveillance dans les cas où il n'existe *pas* de soupçons fondés (par exemple de financement du terrorisme). Ainsi, une éventuelle menace doit pouvoir être identifiée et mieux évaluée⁴⁴. En outre, la mesure vise explicitement à contourner le principe de spécialité interétatique : les informations échangées au niveau international dans un but précis pourraient alors être utilisées dans le cadre de la nLRens - et même, le cas échéant, dans d'éventuelles procédures pénales ultérieures - même si elles vont à l'encontre de ces buts et conditions.

⁴⁴ Rapport explicatif concernant la révision de la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement, mai 2022, p. 9.

Dans l'ensemble, la mesure s'avère dans ce contexte sans limite, ce qui n'est pas acceptable du point de vue de l'Etat de droit compte tenu des droits fondamentaux concernés, à savoir la liberté économique, la liberté personnelle, la sphère privée et l'autodétermination informationnelle ainsi que le secret bancaire et le secret des affaires.

C'est précisément parce qu'il est prévu d'étendre la MRSA au domaine de l'« extrémisme violent » que cette mesure semble particulièrement problématique au regard de la liberté d'opinion, de réunion et d'association. Ceci d'autant plus que l'instrument doit être utilisé de manière très large, par exemple pour l'« exploration du réseau » concernant les grandes manifestations ou pour la clarification du soutien financier de personnes et d'organisations⁴⁵. Un « comportement violent » – du moins selon la définition du « concordat sur le hooliganisme », sur laquelle les autorités cantonales d'exécution se basent le cas échéant – peut déjà consister en une *contrainte*, ce qui permettrait d'y inclure la forme d'action « tapis humain ». Comme la contrainte est classée parmi les « crimes ou délits contre la liberté », une « menace concrète » au sens de l'art. 27 al. 1 nLRens (en relation avec l'art. 19 al. 2 nLRens) risquerait d'être admise plutôt facilement. Ainsi, une organisation qui utilise ce type d'actions pourrait être la cible d'une surveillance secrète des transactions financières. De même, la nouvelle semble taillée sur mesure pour mettre en place une surveillance des transactions financières des réseaux de soutien qui, à la suite d'une action ou d'une manifestation, soutiennent des personnes concernées par des mesures policières ou des poursuites pénales. Une seule surveillance de ce type – par exemple d'un *crowdfunding* – peut placer des centaines, voire des milliers de personnes et de donateurs dans le collimateur du SRC.

La surveillance secrète des relations bancaires et des transactions financières s'avère également particulièrement problématique à la lumière de l'art. 27 nLRens, qui permettra à l'avenir d'ordonner des MRSA même en cas de menace diffuse contre des « intérêts internationaux importants en matière de sécurité » ou de menace de « réactions négatives » de la part d'États tiers à l'égard de la Suisse. Cela ouvre un risque considérable pour la neutralité et l'indépendance de la Suisse, par exemple dans la mesure où des États tiers pourraient exiger de la Suisse qu'elle surveille les transactions de certaines cibles étrangères et la menacer de conséquences négatives en cas de refus. Ainsi, une grande

⁴⁵ Rapport explicatif concernant la révision de la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement, mai 2022, p. 10.

puissance mondiale pourrait, dans le cadre d'un conflit armé, exiger de la Suisse qu'elle surveille les transactions financières des représentants d'une partie belligérante, considérée par cet Etat comme terroriste.

Enfin, il convient de souligner que l'objet de la réglementation proposée ici se recoupe avec celui d'autres lois (en particulier le CP, le CPP, la LBA, la MPT, la LB). Il n'y a pas lieu d'ajouter aux dispositions légales existantes une nouvelle disposition dans la LRens qui pose problème du point de vue de l'Etat de droit.

4.9 Art. 28 nLRens – Mesures de recherches soumises à autorisation contre des tiers

Il faut renoncer à la suppression de l'art. 28 al. 2 LRens. Les MRSA ne doivent pas être réalisées à l'égard de tiers soumis au secret professionnel, à la protection des sources ou à d'autres obligations de garder le secret.

L'art. 28 nLRens prévoit que des tiers non impliqués puissent désormais être explicitement visés par les MRSA, même si des données sont transmises « vers cet emplacement » – c'est-à-dire vers eux en tant que simples destinataires – ou reçues ou conservées par eux. Cela a de graves conséquences : à l'avenir, les canaux de communication de toutes les personnes se trouvant dans l'environnement d'une personne cible (famille, amis, etc.) pourraient devenir les cibles potentielles de MRSA. L'accent devrait être mis sur les tiers auxquels sont confiées des données particulièrement confidentielles. La condition des « indices fondés » ne permet pas de limiter suffisamment la mesure.

Il est particulièrement grave que les mesures prévues par le projet – en raison de la suppression prévue de l'art. 28 al. 2 LRens – s'appliquent également à des tiers soumis au secret professionnel, à la protection des sources s'agissant des journalistes ou à d'autres obligations de garder le secret (art. 171-173 CPP). Cela représente une grave érosion des dispositions de l'État de droit en matière de protection du secret, avec des conséquences différentes selon les cas. Les trois domaines présentant les conséquences plus graves sont brièvement abordés à titre d'exemple :

1. le secret professionnel de l'avocat : l'exercice d'un mandat d'avocat suppose une proximité et une relation de confiance particulières ; sans la garantie de cette confidentialité, l'exercice des obligations professionnelles de l'avocat serait rendu impossible. C'est précisément lorsque des personnes se trouvent à l'étranger que

des entretiens personnels ne sont pas possibles, raison pour laquelle la communication se fait régulièrement par des canaux susceptibles d'être surveillés par une MRSA. La possibilité légale de surveiller ces canaux suscitera – en particulier s'agissant des avocats – un intérêt marqué du SRC mettre en œuvre concrètement de telles mesures. En conséquence, tout avocat exerçant dans un domaine intéressant pour le SRC (terrorisme, mais aussi extrémisme violent) devrait s'attendre à ce que tous les canaux de communication (en particulier téléphone, e-mail, etc.) soient surveillés au moyen d'une MRSA. Ainsi, par cette surveillance étatique, non seulement les clients représentés deviennent « hors-la-loi », mais aussi les défenseurs et avocats correspondants. La perspective d'un « triage sous la surveillance du Tribunal administratif fédéral »⁴⁶ ne peut en aucun cas dissiper les graves doutes qui y sont liés.

2. Secret médical : l'érosion du secret professionnel dans le domaine médical est tout aussi problématique. Le conseil et le traitement des patients supposent que le corps médical prenne connaissance d'informations sensibles concernant la sphère privée et intime. Les personnes concernées ne fournissent toutefois de telles informations que si la confidentialité est garantie. L'obligation absolue de confidentialité est donc une condition nécessaire à la réussite du diagnostic et du traitement⁴⁷.
3. Protection des sources des journalistes : La protection des sources journalistiques est une pierre angulaire de la liberté de la presse et garantit ainsi la liberté d'information⁴⁸. Si les journalistes doivent s'attendre, lors de la simple correspondance avec des personnes qui pourraient être des cibles d'une surveillance selon la nLRens, à ce que toute leur correspondance soit soumise à une surveillance ou à une MRSA, cela a un grave effet de dissuasion et

⁴⁶ Rapport explicatif concernant la révision de la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement, mai 2022, p. 11.

⁴⁷ Prise de position de l'association professionnelle des médecins FMH in Tagesanzeiger online, 24 juin 2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [disponible sur : <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

⁴⁸ COURED, Jecker c. Suisse, 35449/14, arrêt du 6 janvier 2021.

d'intimidation (« chilling effect »). Les professionnels des médias ne peuvent remplir leur rôle de diffuseurs d'informations et de gardiens de la démocratie que s'ils obtiennent les informations nécessaires de tiers, notamment des indications sur des événements d'intérêt social qui resteraient sinon cachés. Cela présuppose à son tour que les sources d'information puissent avoir confiance dans le fait que leur nom ne sera pas divulgué. Une obligation de divulguer les informations confiées pourrait dissuader les informateurs. L'identité de la source est donc particulièrement protégée⁴⁹. Avec la base légale existante, la protection de la confidentialité en matière de journalisme ne fonctionne déjà pas de manière fiable, notamment en ce qui concerne la protection de l'identité de la source. La LRens devrait être améliorée sur ce point. Avec la révision proposée de l'art. 28 nLRens, la menace serait au contraire plus grande, ce qui est inacceptable dans un paysage médiatique libre, critique et indépendant dans un Etat de droit.

Le respect du secret professionnel et de la protection des sources ne fonctionne déjà pas de manière fiable dans la LRens en vigueur, d'autant plus que la saisie de données relevant du renseignement peut parfois inclure des données de tiers en plus de celles de certaines personnes ou organisations cibles. Parfois – par exemple dans le cas de l'exploration radio et du réseau câblé - des données sont également saisies, pour lesquelles le SRC ne sait pas du tout, du moins initialement, à quelle personne ou organisation elles se rapportent. Il est donc nécessaire de prévoir dans la loi une disposition claire selon laquelle les données soumises au secret professionnel ou à la protection des sources ne peuvent pas être saisies par le SRC. Les exceptions à ce principe nécessiteraient une base légale explicite, tout en garantissant qu'elles ne peuvent être appliquées que dans les cas où cela semble justifié.

⁴⁹ MÜLLER Jörg Paul/SCHEFER Markus [avec ZELLER Franz], Grundrechte in der Schweiz, 4^e éd., Berne 2008, p. 472 ; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3^e éd., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 N 17 ; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, CEDH 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 s. ; DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER (édit.), 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014, Art. 172 N 2 et 4 ; Basler-Komm/BOMMER/GOLDSCHMID, Art. 264 StPO, N 15 ; GYÖRFFY Viktor, Quellenschutz im Strafprozess, in: medialex 6/16 et medialex Jahrbuch 2016, p. 79 ss., N. 2 s. ; COURED, Goodwin c. Royaume-Uni (GC), 17488/90, arrêt du 27 mars 1996 ; COURED, Voskuil c. Pays-Bas, 64752/01, arrêt du 22 novembre 2007 ; ATF 132 I 184 ; ATF 140 IV 108.

Il convient de souligner que l'effacement ultérieur de données soumises au secret professionnel ou à la protection des sources ne saurait remplacer le principe selon lequel ces données ne doivent pas être saisies. L'effacement ultérieur ne change rien au fait que le secret professionnel et la protection des sources ont été violés et que les personnes concernées ont ainsi perdu la protection que leur confèrent leurs droits fondamentaux. La prise de connaissance des faits soumis au secret en soi ne pourra pas non plus être annulée.

La suppression de l'art. 28 al. 2 LRens doit donc être fermement rejetée. Dans son arrêt de principe ATF 147 I 280, le Tribunal fédéral a également déclaré : « Les communications confidentielles entre les journalistes et leurs sources ou entre les avocats et leurs clients bénéficient d'une protection particulière : des mesures ciblées visant à les surveiller sont en principe exclues [...]; s'il existe néanmoins un risque de saisie de telles communications, des mesures particulières sont nécessaires pour les protéger »⁵⁰.

C'est pourquoi – précisément contrairement à ce qui est prévu – les dispositions relatives à la protection du secret professionnel et à la protection des sources doivent être développées de manière à ce que le respect des droits fondamentaux des personnes concernées dans ce domaine soit garanti en permanence. Si les instruments des services de renseignement ne peuvent pas être utilisés de manière à garantir le respect de ces droits fondamentaux, ils doivent être supprimés. Cela concerne notamment l'exploration radio et du réseau câblé, qui porte sur des flux de communication entiers (par ex. toutes les données qui passent par une ligne de fibre optique donnée), et qui inclut donc également toutes les données couvertes par le secret professionnel et la protection des sources qui se trouvent dans le flux de communication saisi.

4.10. Art. 37 nLRens – Ordre urgent d'infiltrer des systèmes et réseaux informatiques à l'étranger

Il convient de renoncer à la procédure d'urgence en matière d'infiltration dans des systèmes et des réseaux informatiques à l'étranger.

⁵⁰ ATF 147 I 280, consid. 6.2.3.

La mesure consistant à s'introduire dans des systèmes et des réseaux informatiques situés à l'étranger est extrêmement délicate du point de vue du droit international public et de la politique de souveraineté. Les mesures urgentes visant à préserver la sécurité extérieure et intérieure sont en principe régies par les articles 184 et 185 Cst. et relèvent de la compétence du Conseil fédéral.

Du point de vue de la souveraineté, il semble problématique de déléguer de manière générale et abstraite dans la loi une telle compétence étendue à des fonctionnaires. Il semble plus judicieux de laisser cette compétence au Conseil fédéral – dans la mesure où elle serait admissible – et de doter éventuellement la loi d'une compétence de délégation en cas d'urgence. Cela permet au Conseil fédéral de prévoir des limites claires au niveau de l'ordonnance ou des directives.

4.11. Art. 38 LRens (exploration radio) et art. 39 ss LRens (exploration du réseau câblé)

Les dispositions relatives à l'exploration radio (art. 38 LRens) et à l'exploration du réseau câblé (art. 39 - 43 LRens) doivent être supprimées.

En ce qui concerne l'exploration du réseau câblé, le projet mis en consultation propose des modifications ponctuelles. Il est juste que la révision de la LRens soit l'occasion de se pencher sur la problématique fondamentale de l'exploration du réseau câblé : cette exploration est une surveillance de masse sans motif qui permet au SRC de rechercher des mots-clés dans toutes les télécommunications non cryptées qui passent par des câbles à fibres optiques transfrontaliers. Comme une grande partie des communications basées sur Internet des personnes résidant en Suisse passent par des serveurs et des réseaux étrangers, toutes les personnes se trouvant en Suisse et se déplaçant sur Internet peuvent être concernées par cette surveillance.

L'ingérence importante dans les droits fondamentaux de toutes les personnes qui utilisent des canaux numériques pour s'informer et communiquer avec d'autres personnes et qui doivent s'attendre à être touchées par l'exploration du réseau câblé ne peut pas être justifiée. Il en va de même pour l'exploration radio, qui vise à détecter les émissions électromagnétiques de systèmes de télécommunication situés à l'étranger. Pour cette raison, les dispositions relatives à l'exploration radio (art. 38 LRens) et à l'exploration du réseau câblé (art. 39 - 43 LRens) doivent être supprimées.

4.12. Art. 39 nLRens – Exploration du réseau câblé contre des personnes physiques ou morales suisses se trouvant à l'étranger

Il faut renoncer à l'exploration du réseau câblé contre des personnes physiques ou morales suisses se trouvant à l'étranger.

Avec la suppression de la limitation actuelle de l'exploration du réseau câblé aux personnes physiques ou morales non-suisse, l'exploration serait désormais autorisée à l'égard de tous les Suisses, pour autant qu'ils se trouvent à l'étranger. Cela représente une extension considérable par rapport à la réglementation promise à l'origine.

4.13 Art. 41 al. 3 nLRens – Prolongation du délai

Il est plus que probable que chaque exploration du réseau câblé constitue une intrusion dans l'essence de la sphère privée. C'est pourquoi il faut la rejeter en soi, mais en tout cas ne pas l'autoriser plus généreusement. Le délai de l'art. 41 al. 3 nLRens ne doit pas être étendu à 12 mois.

Jusqu'à présent, l'exploration du réseau câblé était limitée à 6 mois, avec une option de prolongation de trois mois. Ces délais seraient étendus à 12, et respectivement à 6 mois.

Toute exploration du réseau câblé implique très probablement une atteinte à l'essence de la sphère privée, qui doit être rejetée. Les arguments avancés dans le rapport explicatif ne sont en tout cas pas convaincants pour une prolongation, c'est-à-dire une extension de l'atteinte : la prolongation est notamment justifiée par le fait que « les besoins en termes de renseignement ne changent pas tous les trois mois », que la Suisse évolue encore en terrain inconnu en matière d'exploration du réseau câblé et que l'acquisition de connaissances prend du temps. Mais c'est justement lorsqu'on se trouve encore en terrain inconnu qu'il est d'autant plus judicieux d'examiner attentivement chaque étape. Un délai de contrôle plus court est également souhaitable pour le développement des connaissances, car les ressources mal attribuées peuvent être réaffectées plus rapidement. La rapidité du changement semble au mieux spéculative, étant donné qu'il s'agit justement, comme l'écrit le rapport lui-même, d'un terrain vierge. Une prolongation des délais n'a donc au contraire aucun sens.

4.14. Art. 42 nLRens – Analyse des signaux et des données de mandats existants en matière d’exploration du réseau câblé

Il convient de renoncer à l'analyse des signaux et des données issus des mandats d'exploration du réseau câblé existants.

Dans le cadre d'une procédure de recours menée par la *Digitale Gesellschaft* en collaboration avec sept personnes privées, dont des journalistes et un avocat, le Tribunal fédéral a décidé que le Tribunal administratif fédéral devait examiner de manière approfondie la pratique d'exploration radio et du réseau câblé et vérifier si celle-ci viole les droits fondamentaux. Dans ses prises de position vis-à-vis du Tribunal administratif fédéral dans le cadre de cette procédure, le SRC n'a jusqu'à présent pas montré de volonté d'exposer de manière précise et compréhensible la pratique de l'exploration radio et du réseau câblé. En même temps, le SRC s'est efforcé de présenter une image dans laquelle l'exploration du réseau câblé apparaît comme une mesure très ciblée, en particulier en ce qui concerne la prétendue possibilité d'identifier et d'extraire de manière ciblée les signaux de certaines lignes transfrontalières qui contiennent des données ayant leur origine ou leur destination dans des pays plus éloignés, comme par exemple la Syrie ou la Russie. Le SRC a rejeté les indications des recourants selon lesquelles les explications du SRC ne concordaient pas avec les données techniques et a insisté sur le fait qu'il était en mesure de trouver et d'extraire le trafic recherché dans un nombre restreint de lignes transfrontalières, malgré les obstacles et difficultés techniques existants.

La justification des compétences que le SRC veut se voir accorder par l'art. 43 al. 3bis nLRens contraste fortement avec les déclarations faites par le SRC dans la procédure de recours mentionnée. Dans le rapport explicatif, le SRC admet qu'il n'est pas possible de déterminer facilement par quelles lignes les données sont transmises depuis et vers des pays plus éloignés. En même temps, il faut constater que les explications du rapport explicatif – tout comme celles de la procédure de recours – semblent difficilement compréhensibles et peu convaincantes. Ainsi, on ne voit pas pourquoi le SRC serait mieux à même de déterminer l'origine ou le point final des données en provenance ou à destination de pays plus éloignés que les exploitants suisses de réseaux filaires et les fournisseurs de prestations de télécommunication, d'autant plus que le SRC explique dans la foulée que les exploitants et les fournisseurs optimisent en permanence leurs flux de

données (ce qui concerne justement aussi les flux de données vers des pays plus éloignés).

Certes, le SRC affirme que l'analyse souhaitée est de nature purement technique. Mais cela ne doit pas faire oublier qu'une telle analyse porte nécessairement sur la communication de nombreuses personnes manifestement irréprochables. Sans l'évaluation des métadonnées et, du moins en partie, des données de contenu, une telle analyse ne sera pas possible. Une telle analyse serait donc nécessairement liée à la saisie et à l'évaluation de données personnelles et donc à des atteintes aux droits fondamentaux. Cela ne se justifie pas non plus si le SRC a pour but ultime d'optimiser les missions d'exploration du réseau câblé. Il convient donc de renoncer à la disposition prévue.

5. Assurance qualité : art. 58b nLRens – données personnelles relevant du renseignement

Dans le cadre de la révision, les dispositions relatives au contrôle périodique doivent être précisées. Il convient notamment de fixer des délais qui indiquent au SRC de manière complète, claire et sans équivoque quelles données doivent impérativement être vérifiées et, le cas échéant, effacées, et dans quel délai.

La LRens en vigueur prévoit déjà que le SRC vérifie périodiquement les données qu'il traite. Dans le cadre de la réorganisation de la saisie et du classement des données, une nouvelle réglementation est proposée à ce sujet.

Il convient de souligner que l'examen périodique n'a jamais réussi jusqu'ici à garantir que les données qui ne doivent pas (ou plus) être enregistrées ou qui ne sont pas (ou plus) nécessaires soient effacées. L'activité de surveillance de la DélCdG a toujours mis au jour des quantités considérables de données qui n'auraient déjà pas dû être saisies ou qui auraient au moins dû être effacées dans le cadre de l'examen périodique. Ainsi, la DélCdG a trouvé en 2019 des données pour lesquelles elle avait déjà constaté en 2010 qu'elles devaient être effacées⁵¹. D'autres exemples rendus publics montrent également que des

⁵¹ Traitement des données dans le système d'information relatif à la protection de l'Etat (ISIS). Rapport de la Délégation des commissions de gestion des Chambres fédérales, 21 juin 2010, FF 2010 7003 ; rapports annuels 2019, 2020 et 2021 de la DélCdG.

données qui auraient dû être effacées dans le cadre de l'examen périodique sont restées enregistrées pendant des années⁵².

6. « Internet » au lieu de « cyberspace »

Le terme de "cyberspace" est une notion très vague. De fait, le but est de surveiller l'Internet, c'est pourquoi cela doit être mentionné littéralement.

6.1 Art. 6 al. 1 let. b nLRens

A l'art. 6 al. 1 let. b nLRens, le mot « cyberspace » doit être remplacé par « internet » :
« détecter, observer et évaluer des événements importants en matière de politique de sécurité se produisant à l'étranger et sur internet ; »

6.2 Art. 19 al. 2 let. f nLRens

A l'art. 19 al. 2 let. f nLRens, le mot « cyberspace » doit être remplacé par « internet » :
« les activités importantes en matière de politique de sécurité sur internet »

7. Art. 75 ss LRens – Révision totale de l'autorité de surveillance AS-Rens

Dans le cadre de la révision de la LRens, il faut élaborer une base légale dans laquelle l'AS-Rens n'a aucune dépendance vis-à-vis du DDPS et la plus grande indépendance possible par rapport aux autres institutions étatiques.

Aux art. 75 ss LRens, la loi actuelle prévoit les bases légales pour l'autorité de surveillance « indépendante » des activités de renseignement (AS-Rens). Il est évident qu'une autorité qui, à l'instar du SRC, est rattachée au DDPS (art. 77 LRens) et dont la direction est proposée par le DDPS (art. 76 al. 2 LRens), ne dispose pas de l'indépendance nécessaire et ne peut donc pas non plus assumer sa tâche de contrôle du SRC de manière satisfaisante.

⁵² GYÖRFFY Viktor, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25 mai 2022, notamment p. 42 ss N 167 ss.

8. Dispositions pénales

8.1. Art. 83a nLRens – Interdiction d’organisations

Il faut renoncer à une interdiction d'organisation. Si tant est qu'une telle interdiction soit décidée, elle ne doit pas l'être par le Conseil fédéral, mais par le Parlement.

L'interdiction d'une organisation est désormais réglée par l'art. 74 LRens alors que les interdictions étaient jusqu'à présent fondées sur une loi spéciale (loi fédérale du 12 décembre 2014 interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées⁵³). Désormais, la compétence de prononcer l'interdiction revient au Conseil fédéral, ce qui est moins démocratique qu'une loi votée par le parlement et soumise à un débat ouvert et au référendum. L'interdiction d'une organisation est un acte particulièrement grave dans l'atteinte qu'il porte aux valeurs constitutionnelles et notamment au respect des libertés d'expression, d'association ou de réunion.

La procédure menée durant l'été 2022 pour la mise en consultation de la décision interdisant Al-Qaïda et l'Etat islamique a montré son caractère biaisé. En effet, à teneur de la publication dans la Feuille fédérale⁵⁴, le projet de décision motivée ne pouvait être consulté que dans les bureaux du secrétariat général du DDPS et à condition de démontrer au préalable être personnellement concerné par l'interdiction à prononcer. Autrement dit, il était indispensable d'apporter la preuve de son appartenance à une organisation terroriste et donc d'avoir violé la loi existante et ses dispositions pénales pour avoir le droit de s'exprimer sur la décision visant à faire perdurer cette interdiction. Une telle procédure contrevient notamment au droit de ne pas s'auto-incriminer (art. 113 al. 1 CPP). En demandant aux personnes de se dénoncer, elle est une procédure alibi car il semble clair que personne ne va avouer être un terroriste pour pouvoir participer à une procédure administrative.

Une décision du Conseil fédéral prise suite à un tel processus et dont le non-respect serait sanctionné par des dispositions pénales manque donc de légitimité. Dans la mesure où le

⁵³ RS 122.

⁵⁴ Décision de portée générale concernant l'interdiction des groupes « Al-Qaïda » et « État islamique » et des organisations apparentées, FF 2022 1802.

Conseil fédéral peut modifier sa décision pour inclure d'autres groupes dans la liste des organisations interdites, cela revient de fait à donner au Conseil fédéral la compétence de définir les éléments constitutifs de l'infraction, ce qui est et doit rester une prérogative du parlement par le biais de lois en bonne et due forme.

8.2. Art. 83b en relation avec l'art. 73 al. 1 nLRens – Interdiction d'exercer une activité

La disposition pénale « violation de l'interdiction d'exercer une activité » doit être biffée.

Si l'exercice de l'activité engendre de vrais risques, cela tombe déjà sous le coup des dispositions pénales actuelles. Il n'y a donc aucun intérêt à créer une infraction et une disposition pénale supplémentaires.

L'interdiction d'exercer une activité est un acte particulièrement grave dans l'atteinte qu'il porte aux valeurs constitutionnelles et notamment au respect des libertés personnelle, économique, d'expression, d'association ou de réunion.

La personne qui menace concrètement la sécurité de la Suisse peut aujourd'hui déjà tomber dans le champ d'application des dispositions pénales comme la participation ou le soutien à une organisation criminelle ou terroriste (art. 260ter CP), le financement du terrorisme (art. 260quinquies CP) le recrutement, la formation et le voyage en vue d'un acte terroriste (art. 260sexies CP) ou les actes préparatoires délictueux (art. 260bis CP) si elle prépare concrètement un attentat. Le droit pénal est soumis à un principe de légalité plus strict que d'autres domaines du droit en raison des conséquences qu'il implique pour les personnes concernées. Il ne se justifie pas de prévoir des sanctions pénales en cas de violation de l'interdiction d'exercer une activité puisque cette dernière intervient encore plus en amont et de manière préventive.

Dans la mesure où le Conseil fédéral peut modifier sa décision pour inclure d'autres groupes dans la liste des organisations interdites, cela revient de fait à donner au Conseil fédéral la compétence de définir les éléments constitutifs de l'infraction, ce qui est et doit rester une prérogative du parlement par le biais de lois en bonne et due forme.

8.3. Art. 83c nLRens – Insoumission à une décision

La disposition pénale « insoumission à une décision et violation de l'obligation de garder le secret » doit être biffée.

Selon le texte de l'art. 83c al. 1 let. a nLRens, la disposition semble s'appliquer à toutes les décisions signifiées par le SRC. Le rapport⁵⁵ ne mentionne toutefois que les décisions en matière d'acquisition de renseignements. Le champ d'application réel de la disposition ne semble donc pas clair.

La disposition prévoit une peine-menace de CHF 100'00,00 d'amende. En matière d'acquisition de renseignement, le recours contre une décision du SRC n'a pas d'effet suspensif (art. 83 al. 2 LRens). Le SRC, vu qu'il se base sur des renseignements confidentiels, ne peut pas forcément motiver de manière détaillée les décisions qu'il rend. Ainsi, il se pourrait qu'une personne ayant reçu une décision motivée de manière lacunaire et ayant fait recours se retrouve poursuivie pour ne pas avoir exécuté la décision dans le délai que le SRC lui-même a fixé.

L'amende de CHF 100'000,00 est dix fois plus élevées que l'amende qui peut être infligée par un tribunal en cas de non-respect d'un jugement. On ne voit pas en quoi les décisions du SRC seraient dix fois plus importantes et dignes de respect que celles d'un tribunal.

Le SRC dispose aujourd'hui déjà de la possibilité de rendre des décisions sous commination de la peine prévue à l'art. 292 CP. Le droit actuel apparaît donc suffisant.

8.4. Art. 83d et 83e nLRens– Juridiction

La compétence de droit pénal administratif du SRC et du service chargé de l'exploration du réseau câblé doit être supprimée. Le SRC ne peut pas rendre des décisions et poursuivre lui-même les gens qui ne les respecteraient pas.

Si les dispositions pénales en matière d'interdiction d'organisations et d'interdiction d'exercer une activité étaient maintenues malgré tout, l'art 83e nLRens devrait préciser

⁵⁵Rapport explicatif concernant la révision de la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement, mai 2022, p. 32.

que l'obligation de communiquer ne concerne que les décisions relatives à ces deux infractions.

Selon l'art. 83d nLRens, le SRC pourrait poursuivre lui-même les personnes n'ayant pas exécuté une de ses décisions. Cette nouvelle disposition rend encore plus floue la distinction entre les activités préventives qui sont du ressort du SRC et les activités répressives qui reviennent aux autorités pénales.

Le SRC serait, dans cette configuration, juge et partie et ne pourrait donc pas garantir le droit à un procès équitable pour les personnes accusées. Ce d'autant plus que le SRC peut garder secrets certains éléments du dossier. La personne se retrouverait donc face à une autorité qui lui a notifié une décision motivée de manière lacunaire, qui potentiellement pourrait lui refuser l'accès à certains éléments du dossier mais qui en disposerait malgré tout. Une poursuite par le SRC conformément à la DPA n'est pas acceptable. Ces réflexions valent également pour le service chargé de l'exploration du réseau câblé.

La communication des décisions d'autres autorités au SRC semble d'appliquer à toutes les décisions rendues en vertu des dispositions pénales de la LRens, alors que – selon le message – ce n'est le cas que pour les décisions en matière d'interdiction d'organisations et d'exercer une activité. Si ces infractions sont conservées dans la nLRens, le champ d'application de l'obligation de communiquer de l'art. 83e nLRens doit être précisé dans le texte de loi.

9. Élargissement de l'interdiction de se rendre dans un pays donné

9.1. Art. 24h nLMSI

Il faut s'abstenir de modifier la LMSI dans le cadre de la révision de la LRens.

Mais il faut au moins supprimer l'exception de la preuve policière à l'art. 24h al. 1 let. a nLMSI, de sorte que l'interdiction de se rendre dans un pays donné ne puisse être ordonnée qu'en cas de jugement entré en force. L'art. 24h al. 1 let. a nLMSI doit donc être modifié comme suit : « elle a été condamnée pour cela par un jugement définitif et ».

L'art. 24h al. 2 nLMSI doit être supprimé, car les preuves policières ne suffisent pas pour ordonner une interdiction de quitter le territoire.

Dans la nouvelle section « mesures contre les actes de violence lors de défilés et de manifestations », fedpol pourrait, conformément à l'art. 24h nLMSI, interdire à des personnes de quitter la Suisse pour se rendre dans un pays donné pendant une durée déterminée s'il faut s'attendre à ce que des actes de violence y soient commis. Jusqu'à présent, la LMSI ne connaissait cette interdiction de se rendre dans un pays donné que pour les personnes présentant un danger terroriste selon l'art. 23n LMSI et pour les manifestations sportives selon l'art. 24c LMSI. L'interdiction de se rendre dans un pays donné est ainsi massivement étendue.

Selon l'art. 24h al. 1 let. a nLMSI, le déplacement d'une personne pourrait lui être interdit si elle a été condamnée pour avoir participé à des actes de violence contre des personnes ou des biens lors d'une manifestation ou d'un rassemblement en Suisse ou à l'étranger, ou exceptionnellement si « des preuves policières indiquent qu'elle a pris part à de tels actes ».

Selon l'art. 24h al. 2 nLMSI, sont notamment considérées comme des preuves policières les plaintes pénales reposant sur des constatations policières (let. a) et les décisions policières d'interdiction d'accès et de renvoi (let. b). Cette énumération n'est pas exhaustive en raison de l'utilisation du terme « notamment ». Le rapport explicatif renvoie ensuite explicitement à l'art. 5 OMAH, selon lequel des déclarations crédibles de la police ou de particuliers ou des communications d'autorités étrangères doivent également suffire comme présomption de dangerosité.

Or, ni les plaintes pénales déposées par la police, ni les décisions d'éloignement ou de renvoi, et encore moins les déclarations crédibles, ne prouvent l'existence d'une infraction. Le rapport explicatif explique cela par le fait que plusieurs années peuvent s'écouler jusqu'à ce qu'une personne soit définitivement condamnée, lorsqu'un recours est déposé contre un jugement ou une ordonnance pénale et qu'attendre des années avant d'imposer une interdiction de sortie du territoire irait à l'encontre des objectifs préventifs de la mesure. Cela peut être vrai, mais est néanmoins normal dans un État de droit où seul un jugement définitif permet de prouver l'existence d'une infraction. L'article 24h nLMSI est donc contraire au principe de la présomption d'innocence. Il n'est pas justifié d'ordonner une interdiction de sortie du territoire à titre préventif et sans preuve qu'une infraction ait effectivement été commise.

En plus des conditions de l'al. 1 let. a, il doit exister (art. 24h al. 1 let. b nLMSI) des soupçons concrets que la personne cherche à se rendre à l'étranger pour prendre part dans ce pays à des actes de violences dirigés contre des personnes ou des biens dans le cadre d'un défilé ou d'une manifestation à caractère international. Le degré de gravité qui doit être atteint pour les actes de violence contre des biens n'est pas précisé. Il doit au contraire être précisé expressément que toute atteinte aux biens ne suffit pas à ordonner une interdiction de quitter le territoire mais que ces actes doivent atteindre un certain degré de gravité.

Le rapport explicatif reconnaît justement que l'interdiction de se rendre à l'étranger touche à la liberté d'expression. Ceci est expliqué par le fait que la réglementation prévue ne s'appliquerait qu'à des personnes qui participeraient avec une haute vraisemblance à des actes de violence, ce qui n'est pas protégé par la liberté d'expression. De cette manière, le droit fondamental à la liberté d'expression ne serait pas touché. Une simple probabilité, même élevée, que la personne pourrait participer à l'avenir à des actes de violence ne suffit toutefois pas pour ne pas toucher au droit à la liberté d'expression. Ceci en particulier car à ce stade il n'existe aucune condamnation entrée en force qui prouve la commission des prétendus actes de violence. Cette réglementation entraîne donc une atteinte aux droits fondamentaux en matière de liberté d'expression et de liberté personnelle, qui ne peut pas être justifiée par une simple probabilité que des actes violents soient commis à l'avenir.

De plus, on peut se demander comment il serait possible de prédire d'éventuels comportements violents futurs qui pourraient survenir dans le cadre d'une manifestation. Le comportement potentiel d'une personne ne peut pas être simplement déduit des comportements passés, surtout avec une notion aussi floue de la « violence ». Déjà dans le domaine du droit pénal, les pronostics négatifs en matière de récidive sont l'exception et les difficultés d'établir un pronostic ont été largement discutées en droit.

Dans le rapport explicatif lui-même, il est dit que l'interdiction de se rendre à l'étranger fait partie des « mesures policières préventives »⁵⁶. Il en ressort que cette interdiction ne relève pas du domaine du renseignement et n'a donc rien à faire dans le projet de loi proposé.

⁵⁶ Rapport explicatif concernant la révision de la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement, mai 2022, p. 33.

Cela relève d'une confusion typique entre les activités policières et les activités de renseignement, qui doivent pourtant être clairement distinguées.

9.2. Art. 24k nLMSI – Limite d'âge

L'application de cette mesure dès 15 ans (art. 24k nLMSI) doit être biffée.

Selon l'art. 24k nLMSI, l'interdiction de se rendre à l'étranger pourrait être ordonnée contre toute personne de plus de 15 ans. Les mesures contre les enfants et les adolescents doivent, comme le droit pénal des mineurs, déployer un effet éducatif. La mesure prévue contre les mineurs dès 15 ans est donc hautement problématique sur ce point et entre en contradiction avec la convention de l'ONU sur les droits de l'enfant, ratifiée par la Suisse.

10. Traitement de données et assurance qualité : algorithmes et reconnaissance faciale

Il convient de renoncer au traitement automatisé de données personnelles et au traitement de données biométriques. En tout cas, il ne doit pas être effectué sans base légale explicite. Une telle base devrait tenir suffisamment compte des intérêts en matière de droits fondamentaux et prévoir des limites strictes ainsi que des mesures de protection adéquates. L'utilisation de données biométriques et le traitement automatisé de données personnelles par les services de renseignement ne se justifient toutefois pas au vu de la grave atteinte aux droits fondamentaux qu'ils impliqueraient et des problèmes fondamentaux que posent de telles technologies dans leur ensemble.

L'AS-Rens a publié son rapport d'activité en mars 2022. Dans ce rapport, elle a annoncé que le SRC utilisait depuis 2020 un système de reconnaissance faciale permettant d'identifier des personnes sur des photos. L'autorité de surveillance indépendante constate que le SRC procède ainsi, bien qu'aucun des systèmes d'information ne prévoient un tel traitement de données biométriques.

Il est frappant de constater que le présent projet de révision estime certes « indispensable » l'utilisation de programmes capables d'apprendre pour la recherche et la catégorisation d'informations, mais qu'il renonce en même temps à une réglementation légale des conditions et des limites à leur appliquer. Au lieu de cela, il s'en tient à une déclaration du bout des lèvres et incompréhensible selon laquelle l'utilisation de

l'intelligence artificielle, avec le risque d'atteintes graves aux droits fondamentaux, n'est « pas prévue »⁵⁷.

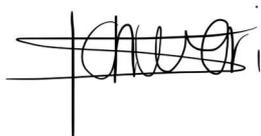
La législation révisée en matière de protection des données prévoit des mesures de protection particulières concernant les données biométriques, notamment en les considérant comme sensibles⁵⁸. De même, le traitement automatisé de données personnelles qui présente un risque élevé pour la personnalité ou les droits fondamentaux de la personne concernée est qualifié de « profilage à risque élevé » (art. 5 let. g nLPD), ce qui implique diverses mesures de protection.

Dans ce contexte législatif, il n'appartient pas au Conseil fédéral ou au SRC de déterminer quand des données biométriques ou un traitement automatisé de données personnelles constituent une atteinte grave aux droits fondamentaux. Il appartient plutôt au Parlement d'élaborer, le cas échéant, une base légale qui tienne suffisamment compte des intérêts en matière de droits fondamentaux. L'utilisation de données biométriques et le traitement automatisé de données personnelles par les services de renseignement entraîneraient toutefois de graves atteintes aux droits fondamentaux, notamment parce qu'ils permettraient d'analyser de grandes quantités de données. En outre, ces systèmes posent toute une série de problèmes fondamentaux (notamment : grand nombre de personnes concernées par une utilisation ou manque de ciblage des systèmes ; manque de transparence et de traçabilité ; effet discriminatoire, en particulier des systèmes de reconnaissance faciale). On peut donc se demander dans quelle mesure l'utilisation de données biométriques ou le traitement automatisé de données personnelles dans le domaine du renseignement peuvent se justifier.

⁵⁷ Rapport explicatif concernant la révision de la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement, mai 2022, p. 21.

⁵⁸ Art. 5 let. c ch. 4 nLPD dans la version adoptée, FF 2020 7397.

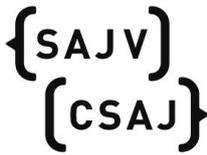
Nous vous remercions d'avance de prendre en compte nos remarques dans la suite de vos travaux et vous adressons, Madame la Conseillère fédérale, Mesdames, Messieurs, nos meilleures salutations.



Florian SCHWERI
Responsable de la coordination
des commissions



Thomas WENGER
Président du PS genevois



Schweizerische Arbeitsgemeinschaft der Jugendverbände
Conseil Suisse des Activités de Jeunesse
Federazione Svizzera delle Associazioni Giovanili
Federaziun Svizra da las Uniuns da Giuventetgna

Hohle Gasse 4
CH-3097 Liebefeld

T +41 31 326 29 29
F +41 31 326 29 30

info@sajv.ch
www.sajv.ch

Av. de Beaulieu 9
CH-1004 Lausanne

T +41 21 624 25 17

info@csaj.ch
www.csaj.ch

Eidgenössisches Departement für Verteidigung,
Bevölkerungsschutz und Sport VBS
Bundeshaus Ost
3003 Bern

Eingereicht per email:
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Bern, 09.09.2022 / NAE

Stellungnahme der Schweizerischen Arbeitsgemeinschaft der Jugendverbände (SAJV)

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Karin Keller-Suter
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Schweizerische Arbeitsgemeinschaft der Jugendverbände (SAJV) bedankt sich für die Möglichkeit, im Rahmen des Vernehmlassungsverfahrens zum Bundesgesetz über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) Stellung zu nehmen.

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten. Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (altBWIS Art. 3 Abs. 1, heute Art. 5 Abs. 5 NDG) erliess der Gesetzgeber als Folge des Fichenskandals unmissverständlich eine Bearbeitungsschranke – zum Schutze der Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung.

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen hat. Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb ist die SAJV aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und

{SAJV} {CSAJ}

Menschenrechtsschutz in der Schweiz. Vor allem die vorgesehene Ausdehnung des Ausreiseverbots (Art. 24h und k neuBWIS) betrifft direkt die Überwachung und Einschränkung von politischen Aktivitäten Jugendlicher in der Schweiz. Die SAJV möchte aus diesem Grund diesen Artikel hervorheben und die problematischen Implikationen, die mit ihm verbunden sind, darlegen.

Ausweitung des Ausreiseverbots

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen. Die SAJV steht präventiven Massnahmen grundsätzlich kritisch gegenüber und anerkennt deren Wert, wenn eine tatsächlich grosse Gefahr für die betroffenen Jugendlichen oder andere Personen steht.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde.

Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsumutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen. Im Rahmen von politischen Protestaktionen in den vergangenen Jahren ist es gängige Praxis der Polizei, auch bei sehr jungen Personen auch nur auf Verdacht grossflächig Wegweisungen auszusprechen (z.B. bei Klimademonstrationen oder auch Corona-Ausschreitungen der Jugend in St. Gallen). Es ist daher naheliegend, dass auch strafrechtlich nicht

{SAJV} {CSAJ}

belangte, aber politisch aktive Jugendliche in Zukunft mit Ausreiseverboten belangt werden könnten. Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Senkung der Altersgrenze

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Diese vorgesehenen Massnahmen können direkt minderjährige Jugendliche tangieren, welche sich im Rahmen einer Demonstration politisch engagiert haben und nicht (!) rechtskräftig verurteilt wurden. Das Ausreiseverbot würde in der Praxis vor allem auf politisch aktive Jugendliche, welche sich ehrenamtlich und freiwillig engagieren angewendet werden. Momentan müssen Jugendliche über 15 Jahre keine Ausreiseeinschränkungen befürchten, auch wenn sie an einer Demonstration im Ausland teilnehmen, welche gewalttätig wird – dies würde sich mit diesem Gesetz ändern. Die Aussicht auf ein mögliches Ausreiseverbot als Konsequenz der Teilnahme an einer Kundgebung, welches sich einzig auch eine «glaubwürdige Aussage» von Polizei oder Sicherheitspersonal stützen kann, stellt eine Einschränkung der politischen Partizipationsmöglichkeiten in dar. Die SAJV problematisiert diese Missachtung der politischen Rechte und der politischen Meinungsbildung von Jugendlichen hochgradig. Sie setzt sich für die politische Partizipation der Jugendlichen in der Schweiz ein und sieht in dieser Massnahme eine mögliche Kriminalisierung ihrer politischen Teilnahme.

Zudem kann Erfahrung von Überwachung die Gesundheit und Entwicklungen von Jugendlichen stark gefährden. Das Wohlergehen junger Menschen zu schützen, ist ein wichtiges Anliegen der SAJV. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention. Die UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) legt fest, dass Kinder und Jugendliche im Konflikt mit dem Recht in einer Weise zu behandeln sind, die ihr Gefühl «für die eigene Würde und den eigenen Wert» aufbaut, das Kindesalter berücksichtigt und die «soziale Wiedereingliederung sowie die Übernahme einer konstruktiven Rolle in der Gesellschaft» fördert (Art. 40 Abs. 1 UNK-KRK). Die Schweiz hat sich demnach dazu verpflichtet, im Umgang mit Kindern im Justizsystem dem Grundgedanken der Resozialisierung den Vorrang einzuräumen. Entsprechend hat das Schweizerische Jugendstrafrecht gemäss Art. 2 Abs. 1 JStG den «Schutz und die Erziehung» von Jugendlichen zum Grundsatz erklärt. In diesem Sinne müssen Sanktionen Grenzen setzen, jedoch eine erzieherische Wirkung entfalten.

Die SAJV bittet Sie vor allem aus der Perspektive des Jugendschutzes und des Jugendwohls, auf die vorliegende Revision des Nachrichtengesetzes zu verzichten.

{SAJV} {CSAJ}

Wir bedanken uns im Voraus für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen für Fragen jederzeit gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
SAJV • CSAJ



Nadine Aebischer
Bereichsleiterin Politik SAJV



**Solidarité
sans
frontières**

Bern, den 9. September 2022

**Vernehmlassungsverfahren: Revision des Bundesgesetzes über den
Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015**

Frist: 9. September 2022

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Karin Keller-Sutter

Sehr geehrte Damen und Herren

Gerne nutzen Solidarité sans frontières die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf der Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitende Anmerkungen.....	4
2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke	5
2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»	5
2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben.....	8
2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG.....	9
2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person	9
2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG	9
2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG.....	10
3. Auskunftsrecht.....	11
3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts	11
3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD	12
4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM).....	13
4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät.....	13
4.2 Bedingungen der Genehmigung.....	14
4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus.....	14
4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten	16
4.3. Genehmigungsverfahren.....	17
4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM.....	17
4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland	18
4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM	19
4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen.....	21
4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen	22
4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten	22
4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten.....	23
4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege	24
4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.....	25
4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen	27
4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland.....	30
4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung).....	30
4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland.....	31
4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist.....	31
4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung	32
5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB	33
6. «Internet» statt «Cyberraum».....	34
6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG	34
6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG	34
7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND	34
8. Strafrechtliche Bestimmungen.....	34
8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot	34
8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot	35
8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen	36

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit	37
9. Ausweitung des Ausreiseverbots	37
9.1. Art. 24h nBWIS.....	37
9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze	39
10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung.....	39

1. Einleitende Anmerkungen

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDeI) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb ist Solidarité sans frontières aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüpfen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grundrechte erlauben, müssen diese so

¹ Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

² Vgl. Art. 3 aBWIS.

³ Vgl. BBI 1994 II 1127, hier 1171.

⁴ Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020-2971, hier 3045.

⁵ Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsteherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBI 2021-570, hier S. 111).

klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine grundrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die Rechtsunterworfenen kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grundrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre Grundrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.⁶

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur so lange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen

⁸ Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.¹⁰ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-,

⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹¹

¹¹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹² Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹³ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch

¹² Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

¹³ Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>;

<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkreten Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDel fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹⁴ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDel, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁵ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

3. Auskunftsrecht

3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und

¹⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

¹⁵ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBI 2010 7739, S. 2 ff.

der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁷ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁸

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁹ zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die Versammlungsfreiheit.²⁰ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagedarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese

¹⁶ Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

¹⁷ BGE 147 I 280, E 9.2.4.

¹⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

¹⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

²⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²¹ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²² Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen. Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²³ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²⁴ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

²¹ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

²² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

²³ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBI 2014 2105, S. 2149.

²⁴ BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁵ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEBM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

²⁵ Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEBM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁶ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁷ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁸

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁹ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»³⁰ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³¹

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend

²⁶ Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

²⁷ Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/ NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

²⁸ Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, Urteil vom 13. September 2018, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

²⁹ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

³⁰ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.

³¹ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³² Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivisten, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.³³ Mehrere Berichte der GPDeI und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.³⁴ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁵

4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz

³² Vgl. EGMR, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31. August 2021, N 20.

³³ Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in/-die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

³⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

³⁵ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

demnach ersuchen, Überwachungsmaßnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

4.3. Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «*wesentlichen* Akten» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die

konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁶ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³⁷

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁸. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen

³⁶ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

³⁷ Vgl. SCHWERI FLORIAN, *Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.

³⁸ SR 173.320.4.

Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuteten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden,

müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die

Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁹.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.⁴⁰ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen

³⁹ EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

⁴⁰ Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, *soweit und solange* eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, *Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmassnahmen Rechtsschutz gewährt werden?*, Zürich, 2017, N 59.

Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴¹ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴² Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussonderungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwält*innen besteht daher die

⁴¹ Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigte Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

⁴² Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fliessenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelten Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen. Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.⁴³ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGers und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen

⁴³ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmaßnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige *materielle* Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzählungen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in

Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.⁴⁴ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.⁴⁵ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz

⁴⁴ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 9.

⁴⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 10.

die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosse Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechungen nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als

betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine «Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁶ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.

2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁷
3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁸ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁹ Bereits mit der

⁴⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 12.

⁴⁷ Vgl. Stellungnahme der Ärztevereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

⁴⁸ Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

⁴⁹ Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur

bestehenden gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängigen Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und, dass die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme, der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se, wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «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 [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁵⁰

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte

Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: *medialex* 6/16 sowie *medialex* Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR, *Goodwin v. The United Kingdom* (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108.

⁵⁰ BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikater Natur. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beamt*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz – soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen. Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer

Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in jedem Falle aber nicht noch grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» änderten, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob diese die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen in diesem Verfahren gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als sehr zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, welche ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie beispielsweise Syrien oder Russland enthalten. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen, und hat entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht einfach eruiert werden kann, über welche Leitungen die Daten von und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten, dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruieren können soll als die Schweizer Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsleistungen, zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiberinnen und Anbieterinnen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der

NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelaufklärungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDeI hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDeI im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁵¹ Auch andere in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵²

6. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

⁵¹ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

⁵² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»«sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhten (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵³. Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenen Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen.

⁵³ SR 122.

Nach der Publikation im Bundesblatt⁵⁴ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

⁵⁴ Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵⁵ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts.

Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

⁵⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermassen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

9. Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann.

Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und»

Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer

Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht

zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁶ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine

⁵⁶ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

gesetzliche Regelung vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁷

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁸ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, inwieweit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüßen

Sophie Guignard

Generalsekretärin

⁵⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 22.

⁵⁸ Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBl 2020 7639 ff.

Unser Recht | Notre Droit | Nostro Diritto | Noss Dretg

Niederdorf 11, 8001 Zürich

Telefon 079 730 63 65, kontakt@unser-recht.ch

UNSER RECHT
NOTRE DROIT
NOSTRO DIRITTO
NOSS DRETS

Zürich, 9. September 2022

Vernehmlassungsverfahren: Änderung des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015

Sehr geehrte Frau Grundschober

Gerne nutzt der Verein «Unser Recht» die Gelegenheit zur Stellungnahme zum Entwurf der Revision des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitende Anmerkungen.....	4
2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke	5
2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»	5
2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben	7
2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG	8
2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person.....	9
2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG	9
2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG.....	10
3. Auskunftsrecht	12
3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts	12
3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD	13
4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM).....	14
4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät.....	14
4.2 Bedingungen der Genehmigung.....	15
4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus.....	15
4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten	17
4.3. Genehmigungsverfahren	18
4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM	18
4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland	20
4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM.....	21
4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen	22
4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen.....	24
4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten	24
4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten	25
4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege.....	26

4.8. Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen	27
4.9. Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen	30
4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland	33
4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung).....	33
4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland	34
4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist.....	34
4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung.....	35
5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB	37
6. «Internet» statt «Cyberraum»	38
6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG.....	38
6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG.....	38
7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND	40
8. Strafrechtliche Bestimmungen.....	41
8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot	41
8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot.....	42
8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen.....	42
8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit	43
9. Ausweitung des Ausreiseverbots	45
9.1. Art. 24h nBWIS	45
9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze	47
10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung	48

1. Einleitende Anmerkungen

Nachrichtendienstliche Tätigkeit ist in einem Rechtsstaat immer eine Herausforderung. Dass es dabei um das Abwägen zwischen Freiheit und Sicherheit, ist nur die bekannteste Zuspitzung dieser Herausforderung. Einerseits hat der Nachrichtendienst die Aufgabe, Bedrohungen und Gefahren abzuwehren. Andererseits muss jedes Staatshandeln in einem Rechtsstaat in den geordneten Verfahren ablaufen, sich auf genügende Grundlagen stützen können, einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein – und für die Rechtsunterworfenen erkennbar und nachvollziehbar bleiben. Die nachrichtendienstlichen Massnahmen stehen diesen Anforderungen ganz grundsätzlich entgegen. Diese Spannung gilt es in der Gesetzgebung möglichst gut aufzulösen.

«Unser Recht» stellt mit Bedauern fest, dass mit der neuerlichen Revision des Nachrichtendienstgesetzes eine schädliche Entwicklung vorangetrieben wird: Mit Verweis auf vage Bedrohungslagen werden die Kompetenzen der Sicherheitsbehörden schrittweise ausgeweitet. Und dieses Mal sogar schleichend: an allen Ecken und Enden werden Ausnahmen zurückgenommen, Voraussetzungen erweitert, vage Begriffe eingefügt. So enthält diese Revision keine offensichtlichen Grenzüberschreitungen, sie beinhaltet vielmehr unzählige kleine Grenzüberschreitungen.

Für «Unser Recht» stimmt somit die Balance zwischen Sicherheit und Freiheit nicht mehr. In dieser konkreten Vorlage nicht und auch nicht in der allgemeinen Tendenz, die Befugnisse der Sicherheitsbehörden immer weiter auszuweiten –und dies auf eine Art, die den Kompetenzzuwachs verwischt und schlecht nachvollziehbar ist.

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Aus diesen Gründen **empfiehlt «Unser Recht» auf diese Gesetzesänderung zu verzichten** oder mindestens die im Folgenden angebrachten Kritikpunkte in einer neuen Revisionsvorlage zu berücksichtigen.

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur so lange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.¹

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte

¹ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.²

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in

² Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,³ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

³ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.⁴ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet

⁴ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.⁵

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.⁶ Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen

⁵ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

⁶ Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.⁷ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkreten Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine

⁷ Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>; <https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDeI fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.⁸ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDeI, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.⁹ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

⁸ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

⁹ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBl 2010 7739, S. 2 ff.

3. Auskunftsrecht

3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁰ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹¹ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹²

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹³ zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die

¹⁰ Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

¹¹ BGE 147 I 280, E 9.2.4.

¹² Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

¹³ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

Versammlungsfreiheit.¹⁴ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagedarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,¹⁵ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.¹⁶ Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

¹⁴ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

¹⁵ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

¹⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen. Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»¹⁷ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.¹⁸ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.¹⁹ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind,

¹⁷ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2149.

¹⁸ BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

¹⁹ Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEEM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEEM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEEM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁰ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²¹ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²²

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²³ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»²⁴ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.²⁵

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.²⁶ Die einfache Beschreibung der

²⁰ Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

²¹ Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

²² Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, Urteil vom 13. September 2018, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

²³ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

²⁴ Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.

²⁵ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

²⁶ Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 20.

Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivisten, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.²⁷ Mehrere Berichte der GPDel und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.²⁸ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.²⁹

4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen

²⁷ Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

²⁸ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

²⁹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz demnach ersuchen, Überwachungsmaßnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

4.3. Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «*wesentlichen* Akten» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die

konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁰ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³¹

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³². Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw.

³⁰ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

³¹ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.

³² SR 173.320.4.

Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines

anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass

im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden, müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³³.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.³⁴ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

³³ EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

³⁴ Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, *soweit und solange* eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, *Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmaßnahmen Rechtsschutz gewährt werden?*, Zürich, 2017, N 59.

4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.³⁵ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.³⁶ Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

³⁵ Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigte Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

³⁶ Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussonderungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwält*innen besteht daher die Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang

zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fliessenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelten Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben

könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen. Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.³⁷ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGer und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmassnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

4.8. Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

³⁷ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige *materielle* Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzahungen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.³⁸ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und

³⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 9.

informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.³⁹ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den

³⁹ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 10.

bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

4.9. Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosse Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechung nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die

entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine «Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁰ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.

2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴¹
3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴² Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴³ Bereits mit der bestehenden gesetzlichen Grundlage

⁴⁰ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 12.

⁴¹ Vgl. Stellungnahme der Ärztesvereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

⁴² Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

⁴³ Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: *medialex* 6/16 sowie *medialex* Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR,

funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängigen Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und, dass die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme, der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se, wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitescheid BGE 147 I 280 festgehalten: «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 [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁴⁴

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der

Goodwin v. The United Kingdom (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108.

⁴⁴ BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikant. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beam*t*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz – soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen. Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über

ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in jedem Falle aber nicht noch grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» ändern, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland

befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob diese die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen in diesem Verfahren gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als sehr zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, welche ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie beispielsweise Syrien oder Russland enthalten. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen, und hat entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht einfach eruiert werden kann, über welche Leitungen die Daten von und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten, dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruieren können soll als die Schweizer Betreiberinnen von

leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsleistungen, zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiberinnen und Anbieterinnen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelaufklärungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDel hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDel im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁴⁵ Auch andere in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁴⁶

⁴⁵ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

⁴⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

6. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;» «sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhen (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁴⁷. Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenes Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen. Nach der Publikation im Bundesblatt⁴⁸ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

⁴⁷ SR 122.

⁴⁸ Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁴⁹ werden jedoch nur Verfügungen

⁴⁹ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.

über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts.

Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem

Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermassen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

9. Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann. Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und» Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁰ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

⁵⁰ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine *gesetzliche Regelung* vorhersehbarer Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵¹

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵² Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung

⁵¹ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 22.

⁵² Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBI 2020 7639 ff.

trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, inwieweit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

Wir danken Ihnen für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen. In der Summe sollten sie dazu führen, auf diese Gesetzesänderung gänzlich zu verzichten oder mindestens die vorgeschlagenen Verbesserungen umzusetzen.

Besten Dank und freundliche Grüsse



Dr. iur. Dominik Elser

Geschäftsleiter «Unser Recht»

Eveline Ketterer
Flurhofstrasse 30
9000 St.Gallen

St.Gallen, 09. September 2022

**Vernehmlassungsverfahren: Revision des Bundesgesetzes über den
Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015**

Frist: 9. September 2022

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Amherd

Sehr geehrte Damen und Herren

Bezugnehmend auf Ihre Vernehmlassungseröffnung zum Entwurf zur Änderung des Nachrichten-
dienstgesetzes (NDG) vom 18.05.2022 erhalten Sie anbei eine Stellungnahme.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitende Anmerkungen.....	4
2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke	5
2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»	5
2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben.....	8
2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG.....	9
2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person	9
2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG	9
2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG.....	10
3. Auskunftsrecht.....	11
3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts	11
3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD	12
4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)	13
4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät.....	13
4.2 Bedingungen der Genehmigung.....	14
4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus.....	14
4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten	16
4.3. Genehmigungsverfahren.....	17
4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM.....	17
4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland	18
4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM	19
4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen.....	21
4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen	22
4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten	22
4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten	23
4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege	24
4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.....	25
4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen	27
4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland.....	30
4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung).....	30
4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland	31
4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist	31
4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung	32
5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB	33
6. «Internet» statt «Cyberraum»	34
6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG	34
6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG	34
7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND	34
8. Strafrechtliche Bestimmungen.....	34
8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot	34
8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot	35
8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen	36

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit	37
9. Ausweitung des Ausreiseverbots	37
9.1. Art. 24h nBWIS.....	37
9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze	39
10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung	39

1. Einleitende Anmerkungen

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDeI) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb muss man aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz sein – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüpfen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grundrechte erlauben, müssen diese so klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine

1 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

2 Vgl. Art. 3 aBWIS.

3 Vgl. BBI 1994 II 1127, hier 1171.

4 Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020-2971, hier 3045.

5 Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsteherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBI 2021-570, hier S. 111).

grundrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die Rechtsunterworfenen kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grundrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre Grundrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.⁶

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur so lange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen

⁸ Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.¹⁰ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-,

⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹¹

¹¹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹² Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹³ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch

12 Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

13 Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>;

<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkreten Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDel fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹⁴ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDel, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁵ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

3. Auskunftsrecht

3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und

¹⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

¹⁵ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBI 2010 7739, S. 2 ff.

der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁷ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁸

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁹ zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die Versammlungsfreiheit.²⁰ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagedarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese

¹⁶ Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

¹⁷ BGE 147 I 280, E 9.2.4.

¹⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

¹⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

²⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²¹ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²² Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen. Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²³ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²⁴ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

21 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 29.

22 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

23 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2149.

24 BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁵ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEBM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

²⁵ Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEBM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁶ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁷ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁸

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁹ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»³⁰ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³¹

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend

26 Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

27 Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

28 Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, *Urteil vom 13. September 2018*, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

29 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

30 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.

31 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³² Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivist*innen, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.³³ Mehrere Berichte der GPDeI und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.³⁴ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁵

4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz

32 Vgl. EGMR, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31. August 2021, N 20.

33 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

34 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

35 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

demnach ersuchen, Überwachungsmaßnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

4.3. Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «wesentlichen Akten» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die

konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁶ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³⁷

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁸. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen

³⁶ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

³⁷ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.

³⁸ SR 173.320.4.

Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuteten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden,

müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die

Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁹.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.⁴⁰ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen

³⁹ EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

⁴⁰ Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, *soweit und solange* eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, *Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmassnahmen Rechtsschutz gewährt werden?*, Zürich, 2017, N 59.

Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴¹ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴² Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussonderungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwält*innen besteht daher die

41 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigte Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

42 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fliessenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelten Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen. Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.⁴³ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGers und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen

43 Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmaßnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige *materielle* Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzahlen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in

Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.⁴⁴ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.⁴⁵ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz

44 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 9.

45 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 10.

die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosse Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechungen nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als

betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine «Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁶ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.

2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁷
3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁸ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁹ Bereits mit der

46 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 12.

47 Vgl. Stellungnahme der Ärztesvereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

48 Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

49 Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur

bestehenden gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängigen Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und, dass die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme, der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se, wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «Die vertraulichen Kommunikationen zwischen Medienschaffenden und ihren Quellen bzw. zwischen Anwälten oder Anwältinnen und ihrer Klientenschaft geniessen besonderen Schutz: Gezielte Massnahmen zu ihrer Überwachung sind grundsätzlich ausgeschlossen [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁵⁰

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte

Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: *medialex* 6/16 sowie *medialex* Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR, *Goodwin v. The United Kingdom* (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108.

50 BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikater. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beamt*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz – soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen. Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer

Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in jedem Falle aber nicht noch grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» änderten, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob diese die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen in diesem Verfahren gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als sehr zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, welche ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie beispielsweise Syrien oder Russland enthalten. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen, und hat entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht einfach eruiert werden kann, über welche Leitungen die Daten von und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten, dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruieren können soll als die Schweizer Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsleistungen, zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiberinnen und Anbieterinnen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der

NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelaufklärungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDeI hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDeI im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁵¹ Auch andere in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵²

6. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

⁵¹ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

⁵² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»«sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhten (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵³. Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenen Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen.

53 SR 122.

Nach der Publikation im Bundesblatt⁵⁴ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

54 Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵⁵ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts.

Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

55 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermassen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

9. Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann.

Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und»

Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer

Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht

zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁶ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine

56 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

gesetzliche Regelung vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁷

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁸ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, inwieweit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüssen

Eveline Ketterer



⁵⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 22.

⁵⁸ Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBl 2020 7639 ff.

Florian Schweri
Quai des Arénières 4
1205 Genève
contact@florianschweri.ch

Département fédéral de la défense, de la
protection de la population et des sports (DDPS)

Par courriel :
vincianne.grundschober@ndb.admin.ch

Genève, le 9 septembre 2022

**Concerne : Prise de position dans le cadre de la consultation sur la révision de la loi
fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement**

Madame la Conseillère fédérale,

Madame, Monsieur,

Par la présente, je souhaite vous faire part de ma position sur le projet de révision de la loi
fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement (LRens)¹.

¹ RS 121.

Table des matières

Table des matières.....	2
1 Remarques préliminaires	4
2 Affaiblissement des restrictions légales de traitement	5
2.1 Art. 5 al. 5 nLRens – « aucune donnée personnelle »	5
2.2 Art. 5 al. 5 nLRens – Exception pour les données administratives	7
2.3 Art. 5 al. 6 let. b et art. 5 al. 8 nLRens	8
2.4 Art. 5 al. 6 let. c nLRens – Protection d’une organisation ou d’une personne.....	8
2.5 Art. 45 al. 4 nLRens.....	8
2.6 Art. 46 nLRens – Examen de l’applicabilité de l’art. 5 al. 5 nLRens.....	9
3 Droit d’accès	10
3.1 Art. 63a al. 8 nLRens – Refus du droit d’accès	10
3.2 Art. 64 nLRens – Droit d’accès dans le cadre de la PES	11
4 Mesures de recherche soumises à autorisation (MRSA).....	11
4.1 Art. 14 nLRens – Observation préventive secrète au moyen d’appareils de localisation.....	11
4.2 Conditions d’autorisation	13
4.2.1 Art. 27 al. 1 let. a ch. 1 nLRens– Élargissement à l’extrémisme violent.....	13
4.2.2 Art. 27 al. 1 let. a ch. 2 nLRens – Surveillance au profit d’États étrangers	15
4.3 Procédure d’autorisation.....	16
4.3.1 Art. 29 nLRens– Demande de MRSA.....	16
4.3.2 Art. 29a al. 5 nLRens – MRSA à l’étranger.....	17
4.4 Art. 29b et 30 nLRens – Durée de l’autorisation et prolongation de la MRSA.....	18
4.5 Art. 33 nLRens – Information à la personne surveillée.....	19
4.6 Art. 50 nLRens – Traitement des données recueillies lors d’une mesure de recherche soumise à autorisation	20
4.6.1 Tri et destruction des données	20
4.6.2 Art. 50 al. 2 nLRens – Données protégées par le secret professionnel	21
4.7 Art. 83 nLRens – Voies de droit.....	22
4.8 Art. 26 al. 1 let. f et g nLRens – surveillance des relations bancaires et des transactions financières.....	23
4.9 Art. 28 nLRens – Mesures de recherches soumises à autorisation contre des tiers	25
4.10 Art. 37 nLRens – Ordre urgent d’infiltrer des systèmes et réseaux informatiques à l’étranger	27
4.11 Art. 38 LRens (exploration radio) et art. 39 ss LRens (exploration du réseau câblé)	27
4.12 Art. 39 nLRens – Exploration du réseau câblé contre des personnes physiques ou morales suisses se trouvant à l’étranger.....	28
4.13 Art. 41 al. 3 nLRens – Prolongation du délai.....	28

4.14	Art. 42 nLRens – Analyse des signaux et des données de mandats existants en matière d’exploration du réseau câblé	29
5	Assurance qualité : art. 58b nLRens – données personnelles relevant du renseignement	30
6	« Internet » au lieu de « cyberspace »	30
7	Art. 75 ss LRens – Révision totale de l’autorité de surveillance AS-Rens	30
8	Dispositions pénales	31
8.1	Art. 83a nLRens – Interdiction d’organisations.....	31
8.2	Art. 83b en relation avec l’art. 73 al. 1 nLRens – Interdiction d’exercer une activité 31	
8.3	Art. 83c nLRens – Insoumission à une décision.....	32
8.4	Art. 83d et 83e nLRens– Éléments procéduraux.....	33
9	Élargissement de l’interdiction de se rendre dans un pays donné.....	33
9.1	Art. 24h nLMSI.....	33
9.2	Art. 24k nLMSI – Limite d’âge	35
10	Traitement de données et assurance qualité : algorithmes et reconnaissance faciale	35
	Bibliographie	37

1 Remarques préliminaires

Il y a plus de 30 ans, une commission d'enquête parlementaire découvrait que les autorités fédérales et cantonales avaient établis des fiches et des dossiers sur plus de 900'00 personnes et organisations, sans aucune base légale pour ce faire². Des bases légales lacunaires et une image dépassée des menaces avaient conduit à la collecte d'informations sur l'exercice légal des droits politiques par des organisations et des particuliers, pour la plupart de gauche et critiques. Le législateur a agi et a édicté une restriction de traitement dans la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI) (aujourd'hui art. 5 al. 5 LRens ; à l'origine art. 3 al. 1 aLMSI)³. Ceci dans le but exprès de protéger l'exercice des droits politiques et la formation de l'opinion politique⁴.

Néanmoins, en juin 2022, il a été rendu public que le Service de renseignement de la Confédération (SRC) – sous l'ancienne direction de Markus Seiler et de Jean-Philippe Gaudin – avait sciemment enfreint pendant des années la limite de traitement de l'art. 5 LRens et avait même ignoré des recommandations et des avis de droit de la Délégation des Commissions de gestion (DélCdG) et de l'Office fédéral de la justice (OFJ)⁵. Le SRC a alors annoncé à grand renfort de publicité qu'il avait adapté sa « directive de collecte » interne de manière à correspondre à la restriction légale de traitement et qu'il avait depuis effacé plus de 4 millions de données⁶.

Malgré des années de violations systématiques de la restriction légale de traitement, la révision actuelle de la loi sur le renseignement prévoit d'élargir considérablement les compétences du SRC et de porter atteinte aux droits individuels des personnes concernées. C'est notamment pour cette raison que je suis de plus en plus préoccupé par la protection des droits fondamentaux et des droits humains en Suisse, notamment en relation avec les activités du SRC.

Cela commence déjà par la formulation vague des dispositions qui définissent le but et les tâches du SRC et auxquelles se rattachent les compétences légales de traitement des données. Si des dispositions légales autorisent des atteintes aux droits fondamentaux, elles doivent être suffisamment claires et concrètes pour qu'il soit possible de prévoir, à partir du texte de la loi, dans quelles conditions les justiciables peuvent être concernés et pour garantir ainsi une pratique conforme aux droits fondamentaux. Si les dispositions légales sont formulées de manière trop vague et ouverte, les autorités chargées de l'application du droit disposent d'une telle marge de manœuvre qu'il est difficile pour les justiciables d'estimer quelles seront les conséquences juridiques de l'exercice de leurs droits fondamentaux. Cela peut les dissuader de les exercer (« chilling effect »), ce qui affecte fondamentalement les droits politiques. L'exercice de la liberté de réunion et d'association ainsi que de la liberté d'expression est particulièrement concerné. C'est pourquoi les dispositions légales qui portent atteinte à la libre communication doivent répondre à des exigences particulièrement strictes en matière de précision. Or, la LRens contient en partie des notions très larges et indéterminées, qui ne permettent pas de déterminer suffisamment clairement dans quelles

² COMMISSION D'ENQUÊTE PARLEMENTAIRE, Rapport CEP ; COMMISSION D'ENQUÊTE PARLEMENTAIRE, Rapport complémentaire.

³ Art. 3 aLMSI.

⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Message LMSI, p. 1171.

⁵ COMMISSIONS DE GESTION DES CHAMBRES FÉDÉRALES, Rapport 2019, p. 2941.

⁶ Émission de la SRF 10vor10 du 1^{er} juin 2022. Cela s'explique probablement par le fait que la cheffe du DDPS a ordonné au directeur du SRC de mettre en œuvre toutes les mesures proposées par la Délégation des Commissions de gestion. (COMMISSIONS DE GESTION DES CHAMBRES FÉDÉRALES, Rapport 2020, p. 110).

circonstances un comportement peut donner lieu à la saisie de données par le SRC. Ces notions ne sont donc pas suffisantes pour justifier des atteintes aux droits fondamentaux⁷.

Les dispositions légales existantes n'ont pas réussi jusqu'à présent à garantir une pratique du traitement des données par les services de renseignement conforme aux droits fondamentaux, notamment en raison du caractère vague des dispositions légales. La marge de manœuvre résultant de notions juridiques indéterminées ne doit pas avoir pour conséquence l'établissement d'une pratique qui viole régulièrement les droits fondamentaux. Le traitement des données par les services de renseignement doit être soumis à des limites légales claires. C'est la seule façon de garantir que toute activité politique protégée par les droits fondamentaux ne risque pas d'être enregistrée par les services de renseignement et de vider ainsi les droits fondamentaux de leur substance.

Au regard du présent projet de loi, ce sont notamment l'assouplissement supplémentaire de la restriction du traitement des données, les lacunes du droit d'accès, l'extension des mesures de recherche soumises à autorisation, l'introduction de dispositions pénales et l'extension de l'interdiction de quitter le territoire qui s'avèrent problématiques.

En outre, le projet de loi contient plusieurs dispositions qui se recoupent avec des réglementations figurant dans d'autres lois et qui seraient réglementées au mauvais endroit dans la législation sur le renseignement. Cela concerne notamment les dispositions pénales prévues ainsi que la surveillance des relations bancaires et des transactions financières.

2 Affaiblissement des restrictions légales de traitement

2.1 Art. 5 al. 5 nLRens – « aucune donnée personnelle »

Il faut renoncer à la modification proposée de l'art. 5 al. 5 nLRens. En lieu et place, il convient de préciser les limites de traitement prévues par la loi.

La limite de traitement ancrée à l'art. 5 al. 5 LRens (à l'origine art. 3 al. 1 aLMSI), selon laquelle le SRC ne collecte ni ne traite d'informations sur l'activité politique et sur l'exercice de la liberté d'opinion, de réunion ou d'association en Suisse, devait à l'origine garantir que les personnes et les organisations soient protégées contre le traitement d'informations par les services de renseignement dans l'exercice de leurs droits fondamentaux. Le message relatif à la LMSI considérait en outre que l'évaluation de l'exactitude et de la pertinence des informations était essentielle pour le traitement des informations par les services de renseignement. Le message soulignait que les données personnelles ne pouvaient être traitées que si et aussi longtemps que cela était nécessaire à l'accomplissement des tâches légales. Pour pouvoir satisfaire à ces exigences, le contrôle ne doit pas seulement avoir lieu à la réception des données, mais doit être répété régulièrement. C'est la seule façon de garantir qu'aucune information erronée, superflue ou devenue inutile ne soit conservée et traitée⁸.

Ces exigences relatives au traitement des informations par les services de renseignement (ne pas enregistrer les personnes et les organisations dans l'exercice de leurs droits fondamentaux ; évaluer les données en fonction de leur exactitude et de leur pertinence ; ne traiter les données personnelles que si et aussi longtemps que cela est nécessaire à l'accomplissement des tâches légales ; vérifier les données dès leur réception ; vérifier périodiquement les données saisies ; s'assurer qu'aucune donnée fautive, superflue ou inutile

⁷ GYÖRFFY, Rechtsgutachten, p. 5 N 5 ss.

⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, Message LMSI, p. 1171.

ne soit conservée ou traitée) ont joué un rôle fondamental dans les efforts déployés à la suite du scandale des fiches pour donner une base légale claire à l'activité de renseignement et pour établir une pratique du renseignement qui garantisse le respect des droits fondamentaux.

Les droits fondamentaux et les limites de traitement qui ancrent les droits fondamentaux dans la loi doivent garantir que les personnes et les organisations puissent être sûres d'être libres de toute surveillance par les services de renseignement dans l'exercice de leurs droits politiques fondamentaux. Les justiciables doivent avoir la certitude qu'ils ne doivent s'attendre à une atteinte à leurs droits fondamentaux que si leur comportement en donne concrètement l'occasion. Sinon, ils doivent être protégés contre le fait d'être touchés par le traitement de données par les services de renseignement dans l'exercice de leurs droits fondamentaux, en particulier dans le cadre de leurs activités politiques.

Dans la pratique, cette protection des droits fondamentaux n'est toutefois pas garantie, comme le montrent différents rapports de la DéICdG et de nombreuses inscriptions dans les banques de données des services de renseignement rendues publiques par des personnes concernées. Dans son rapport du 21 juin 2010 sur le traitement des données dans l'ancien système de traitement des données relatives à la protection de l'Etat (ISIS), la DéICdG avait déjà constaté un fort accroissement des stocks de données et une série d'autres dysfonctionnements graves. La délégation est parvenue à la conclusion que l'état des données remettait fondamentalement en question l'utilité des services de protection de l'Etat. Dans ses rapports annuels 2019, 2020 et 2021, la DéICdG montre en outre que le SRC a collecté et traité des informations sur l'activité politique et sur l'exercice de la liberté d'opinion, de réunion ou d'expression en contradiction avec les dispositions légales. Les barrières légales qui devaient protéger les personnes et les organisations exerçant une activité politique contre une saisie de données par le service de renseignement n'ont donc pas été efficaces dans de nombreux cas.

La révision actuelle de la loi sur le renseignement doit garantir qu'à l'avenir, la protection de la limite du traitement des données sera également assurée dans la pratique. En réalité, elle manque totalement cet objectif :

Avec la révision, la formulation de la disposition légale qui interdit au SRC de collecter et de traiter certaines catégories de données change. Il ne sera plus indiqué « aucune *information* » mais « aucune *donnée personnelle* relative aux activités politiques ou à l'exercice de la liberté d'opinion, d'association ou de réunion en Suisse » (art. 5 al. 5 nLRens). Par le passé, le SRC a déjà argumenté à plusieurs reprises sur la notion de « données personnelles » pour refuser le droit d'accès et d'effacement des données. Ainsi, dans deux procédures de recours devant le Tribunal administratif fédéral – procédures n° A-3275/2021 et A-4873/2021 – le SRC a argumenté que les données dans lesquelles une personne ou une organisation est simplement mentionnée ne sont pas des données personnelles, car elles ne sont pas utilisées par le SRC en tant que données personnelles. Pour cette raison, il n'y aurait ni droit d'accès à ces données, ni motif d'effacement.⁹

A l'inverse, la DéICdG, le TAF et l'OFJ ont affirmé à plusieurs reprises que toutes les informations se rapportant à des personnes et à des organisations que le SRC peut trouver dans ses bases de données au moyen de la fonction de recherche sont considérées par la loi comme des « données personnelles ». Les données correspondantes constituent donc des données personnelles du point de vue de la protection des données et sont soumises à la restriction de traitement prévue à l'art. 5 al. 5 LRens.

Or, la nouvelle formulation de l'art. 5 al. 5 nLRens offrirait au SRC un champ supplémentaire pour collecter et traiter des données relatives à l'exercice de la liberté d'opinion, de réunion ou

⁹ GYÖRFFY, Rechtsgutachten.

d'association, en arguant qu'il ne s'agirait pas de données personnelles et que, par conséquent, ces données ne seraient pas couvertes par la limitation du traitement des données. Ainsi, la protection que la limite de traitement devrait offrir en faveur de l'activité politique et de l'exercice de la liberté d'opinion, de réunion ou d'association est en grande partie inefficace. Enfin, la terminologie utilisée à l'art. 5 nLRens n'est pas homogène : à l'al. 1, le projet de loi continue d'utiliser le terme « informations ».

Les notions utilisées dans la loi et les limites du traitement doivent être précisées dans le cadre de la révision, dans le but de pouvoir garantir une pratique du traitement des données par les services de renseignement conforme aux droits fondamentaux. Pour ce faire, il convient de s'appuyer sur les recommandations émises par la DélCdG,¹⁰ pour prévenir le traitement de données contraire au droit. Ces recommandations ne doivent pas être seulement prévues dans les directives internes du SRC mais ancrées dans la loi formelle.

2.2 Art. 5 al. 5 nLRens – Exception pour les données administratives

L'exception de l'art. 5 al. 5 nLRens ne peut en aucun cas s'appliquer aux données personnelles relatives à l'activité politique et à l'exercice de la liberté d'opinion, de réunion ou d'association.

L'exception pour le traitement de données à des fins administratives ne devrait pas se trouver à l'art. 5 al. 5 nLRens, mais à l'art. 5 al. 6 nLRens.

L'art. 5 al. 5, nLRens introduit une nouvelle disposition selon laquelle les données personnelles relatives à l'activité politique et à l'exercice de la liberté d'opinion, de réunion ou d'association en Suisse peuvent être traitées par le SRC à titre exceptionnel si cela sert à l'accomplissement de ses tâches administratives.

Il n'y a en principe rien à objecter au traitement de données pour l'accomplissement de tâches administratives si, comme le mentionne le rapport explicatif, cette exception ne s'applique effectivement qu'aux objets parlementaires qui sont attribuées au SRC ou dans le cadre du droit d'accès aux données personnelles. Dans ce cas également, il convient toutefois de s'assurer que cette exception ne s'applique que dans la mesure où elle est réellement nécessaire à l'accomplissement de tâches administratives proprement dites. En outre, l'exception ne doit être appliquée que pour les informations qui ne sont pas pertinentes pour les services de renseignement.

Dans sa pratique actuelle, le SRC ne délimite pas de manière rigoureuse les informations relevant du renseignement et celles relevant de l'administration et n'a pas exploité ses banques de données conformément à leur but. De plus, il n'a pas respecté les directives de la Constitution fédérale, de la CEDH et de la LRens concernant la saisie et le traitement des données¹¹. À l'avenir, la raison pour laquelle les données sont collectées et la finalité de leur traitement devront être claires et il devra être garanti que la limitation de la finalité est strictement respectée. Le SRC devra à l'avenir veiller à ce que les informations soient systématiquement attribuées aux bases de données concernées en fonction de leur finalité et que l'exception des tâches administratives ne soit pas utilisée comme échappatoire pour collecter et relier des données. Les données personnelles relatives à l'activité politique et à l'exercice de la liberté d'opinion, de réunion ou d'association, qui sont également pertinentes

¹⁰ COMMISSIONS DE GESTION DES CHAMBRES FÉDÉRALES, Rapport 2019.

¹¹ GYÖRFFY, Rechtsgutachten, p. 34 N 137 s.

pour les services de renseignement, ne doivent en aucun cas être traitées pour l'accomplissement de tâches administratives.

Enfin, l'exception relative à l'accomplissement de tâches administratives ne doit pas être mentionnée à l'art. 5 al. 5 nLRens, mais à l'art. 5 al. 6 nLRens – parmi les autres exceptions. Il apparaît ainsi clairement que ces données personnelles sont en principe également couvertes par la limitation du traitement des données et qu'il ne s'agit que d'une exception au principe.

2.3 Art. 5 al. 6 let. b et art. 5 al. 8 nLRens

L'art. 5 al. 6 let. b et l'art. 5 al. 8 nLRens doivent garantir que seules les données des organisations et des personnes concernées peuvent être collectées et traitées.

Selon l'art. 5 al. 6 let. b nLRens, des données concernant une organisation ou une personne peuvent exceptionnellement être collectées et traitées s'il existe des indices concrets qu'une organisation ou une personne exerce ses droits afin de préparer ou d'exécuter des activités au sens de l'art. 6 al. 1 let. a nLRens. Dans ce contexte, il n'est pas clair quelles données et par rapport à qui ces données peuvent être collectées et traitées. Il convient de s'assurer que seules les données des organisations et des personnes concernées peuvent être collectées et traitées.

La même remarque vaut pour l'art. 5 al. 8 nLRens.

2.4 Art. 5 al. 6 let. c nLRens – Protection d'une organisation ou d'une personne

L'art. 5 al. 6 let. c nLRens doit être biffé.

Selon l'art. 5 al. 6 let. c nLRens, le SRC peut collecter et traiter des données sur une organisation ou une personne si cela est nécessaire pour la protéger contre une activité au sens de l'art. 6 al. 1 let. a LRens. Cette attitude paternaliste ne va pas avec un Etat de droit démocratique. Il convient d'ailleurs de souligner que le SRC a déjà justifié par le passé la saisie de données sur des organisations par cette approche, le SRC ayant saisi de nombreuses informations sur les organisations en question et ayant parfois commenté et classé leurs activités du point de vue des services de renseignement. Avec cette approche, les personnes actives au sein de l'organisation concernée perdent en grande partie la protection de pouvoir exercer leurs droits fondamentaux sans être observées par les services de renseignement¹².

2.5 Art. 45 al. 4 nLRens

L'art. 45 al. 4 nLRens doit être supprimé sans remplacement.

Selon l'art. 45 al. 4 nLRens, le SRC peut transmettre des données à l'étranger afin de vérifier s'il s'agit de données relevant du renseignement. Cette transmission de données ne se justifie pas, car la Suisse n'a plus aucun contrôle sur les données qui ont été mises à la disposition

¹² GYÖRFFY, Rechtsgutachten, p. 31 N 124 et p. 33 s. N 133 ss.

de services secrets étrangers. Il faut partir du principe que toutes les données, même si elles ont ensuite été effacées en Suisse, continuent d'être enregistrées à l'étranger. On sait depuis des années que la Suisse, en tant que partenaire Tier-B « focused cooperation », fait partie du cercle le plus étroit des services secrets entourant la NSA et les Five Eyes¹³. Depuis plus d'une décennie, de très grandes quantités de données sont enregistrées par ces services secrets¹⁴. On ne peut pas partir du principe qu'ils effaceront les données après les avoir reçues.

2.6 Art. 46 nLRens – Examen de l'applicabilité de l'art. 5 al. 5 nLRens

Même après l'anonymisation des données personnelles, il est possible de tirer des conclusions sur la personne ou l'organisation et donc de violer les droits fondamentaux.

L'art. 46 al. 1 phrase 2 nLRens doit être modifié comme suit : « Si tel est le cas et en l'absence d'exception au sens de l'art. 5 al. 6 ou 8, le SRC efface immédiatement les données personnelles ».

L'examen de l'admissibilité du traitement des données doit toujours être effectué dès leur saisie et non pas seulement lors de leur utilisation comme données de travail – sinon il y a une atteinte injustifiable aux droits fondamentaux. L'art. 46 al. 2 nLRens doit être modifié comme suit : « Pour les données personnelles provenant de sources accessibles au public et pour les données personnelles enregistrées séparément et provenant de mesures de recherche soumises à autorisation, cet examen a lieu immédiatement lors de la saisie ».

Selon l'art. 5 al. 6 let. a nLRens, le traitement des données qui tombent sous le coup de la restriction de traitement est exceptionnellement possible s'il est nécessaire selon l'art. 46 al. 1 nLRens. Selon l'art. 46 al. 1 nLRens, le SRC vérifie, en présence de données relevant du renseignement, si l'art. 5 al. 5 nLRens s'applique et, le cas échéant, anonymise les données personnelles. Le processus prévu par l'art. 5 al. 5 en relation avec l'art. 46 nLRens n'est globalement pas clair et constitue un renvoi circulaire.

Selon la loi sur la protection des données (LPD), les données sont personnelles lorsque les personnes auxquelles elles se rapportent sont identifiées ou identifiables (art. 3 let. a LPD). Une anonymisation par le SRC n'est donc suffisante que si les données relevant du renseignement ne permettent plus de déduire l'identité des personnes ou des organisations concrètes. Si, par exemple, une personne est mentionnée sans nom dans une donnée du service de renseignement mais que le contexte permet de trouver facilement de qui il s'agit en réalité, l'anonymisation est insuffisante.

En ce qui concerne les données personnelles provenant de sources accessibles au public et les données personnelles enregistrées séparément et provenant de mesures de recherche soumises à autorisation, l'art. 46 al. 2 nLRens prévoit en outre que l'examen ait lieu avant que le SRC n'utilise ces données comme données de travail. Il serait ainsi possible à l'avenir pour le service de renseignement de collecter et de stocker des informations sur des événements et des activités politiques, pour autant qu'il ne les attribue pas activement à une personne. Cela crée une base légale permettant de collecter n'importe quelle information et de ne vérifier que dans un deuxième temps si elle est réellement pertinente pour le SRC et si elle tombe sous le coup d'une exception. Avec ce principe, la limite de traitement de l'art. 5 LRens est

¹³ <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

¹⁴ <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html> ;
<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

complètement vidée de sa substance. Il est en outre important de noter qu'aucun délai n'est prévu pour la vérification selon l'art. 46 al. 1 nLRens. Cette réglementation apparaît comme une validation *a posteriori* de la pratique actuelle du SRC, selon laquelle des données sont parfois conservées pendant des années et sans raison apparente dans les banques de données des services de renseignement. La DélCdG constate également que le SRC collecte de manière non systématique et aléatoire des données fausses, inutiles et sans intérêt pour la protection de l'Etat, qu'il les utilise de manière erronée et que l'effacement de ces données et de celles qui sont soumises à des restrictions de traitement ne fonctionne pas de manière fiable¹⁵. En 2010 déjà, la DélCdG demandait d'empêcher la collecte de ces informations¹⁶. Si des données tombent sous le coup de la limite de traitement des données, elles ne doivent pas être traitées du tout. Un éventuel effacement ultérieur n'y change rien.

3 Droit d'accès

3.1 Art. 63a al. 8 nLRens – Refus du droit d'accès

L'art. 63a al. 8 nLRens doit être supprimé. Le droit d'accès indirect par le PFPDT selon les art. 63a al. 3 ss nLRens ne remplace pas le recours effectif.

Conformément à l'art. 63a al. 8 nLRens, les renseignements visés aux al. 1 et 2 et les communications visées aux al. 3 et 4 ne peuvent pas faire l'objet d'un recours. Ce refus du droit d'accès et l'exclusion de tout recours contre celui-ci touchent aux droits fondamentaux et violent le droit à un recours effectif selon l'art. 13 CEDH. Aujourd'hui déjà, la pratique des services de renseignement en matière de renseignements n'est guère conforme à la CEDH¹⁷. Le Tribunal fédéral a constaté que le droit d'accès indirect selon les art. 64 s. LRens ne garantit pas en soi une possibilité de recours efficace selon l'art. 13 CEDH¹⁸. Il est inacceptable que ces droits déjà peu développés soient encore réduits par la révision. Même le rapport explicatif reconnaît que « la question de la conformité avec le droit constitutionnel et international du renoncement à une voie de droit ordinaire pour la personne concernée en cas de restriction ou de refus du droit d'accès est encore controversée et sera éclaircie lors de la procédure de consultation »¹⁹.

Un droit d'accès qui fonctionne est d'autant plus important que le SRC a collecté des données de manière illicite ces dernières années. Dans son rapport annuel 2019²⁰, la DélCdG en arrive à la conclusion que le SRC ne peut pas garantir que ses données sont traitées conformément aux prescriptions de la LRens. Ainsi, la conformité avec les limites fixées par l'art. 5 LRens n'a jamais été vérifiée pour une grande partie des données collectées. Et ce, bien que le traitement des données par les services de renseignement touche à des droits protégés par la CEDH et la Cst., comme l'autodétermination informationnelle en tant qu'élément du droit à la protection de la vie privée, la liberté d'expression et – dans la mesure où il s'agit de l'expression des

¹⁵ DÉLcdG, Rapport ISIS ; COMMISSIONS DE GESTION DES CHAMBRES FÉDÉRALES, Rapport 2019 ; COMMISSIONS DE GESTION DES CHAMBRES FÉDÉRALES, Rapport 2020 ; COMMISSIONS DE GESTION DES CHAMBRES FÉDÉRALES, Rapport 2021.

¹⁶ DÉLcdG, Rapport ISIS, p. 2 ss.

¹⁷ Klass et al. c. Allemagne ; Leander c. Suède.

¹⁸ ATF 147 I 280, consid. 9.2.4.

¹⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif, p. 28.

²⁰ COMMISSIONS DE GESTION DES CHAMBRES FÉDÉRALES, Rapport 2019, p. 2944.

opinions lors de manifestations – la liberté de réunion²¹. Si des données sont enregistrées de manière non-conforme au droit, il doit au minimum exister un droit d'accès qui fonctionne.

3.2 Art. 64 nLRens – Droit d'accès dans le cadre de la PES

La formulation de l'art. 64 nLRens doit également garantir que le droit d'accès vis-à-vis d'autres autorités fonctionne effectivement.

Selon l'art. 64 nLRens, l'obligation de fournir des renseignements sur les données personnelles contenues dans la présentation électronique de la situation (PES) incombe aux autorités fédérales et cantonales qui les ont enregistrées. Cela ne peut fonctionner que si ces autorités reçoivent effectivement les demandes de renseignements et s'acquittent de cette obligation. Ainsi, le rapport explicatif indique certes que le SRC transmet les demandes de renseignements aux autorités compétentes²², mais un avis de droit montre que dans certains cas, il existe un grand nombre d'enregistrements PES provenant d'autres autorités, que les renseignements à ce sujet ont été refusés et qu'il n'était pas possible pour le SRC de déterminer de quelles autorités provenaient ces enregistrements²³. L'art. 64 nLRens ne doit pas laisser de place à une telle argumentation, afin que le droit d'accès ne puisse pas être contourné.

4 Mesures de recherche soumises à autorisation (MRSA)

4.1 Art. 14 nLRens – Observation préventive secrète au moyen d'appareils de localisation

L'utilisation d'appareils de localisation sans l'accord d'un juge doit être supprimée. De manière générale, les observations – même lorsqu'elles sont réalisées sans appareil de localisation – doivent être requalifiées comme MRSA.

Conformément à l'art. 14 nLRens, le SRC pourrait, pendant la durée d'une observation, utiliser un appareil de localisation sur un véhicule ou un objet comme mesure de soutien, si cela est nécessaire pour assurer la continuité de la surveillance. La transmission des données devrait être interrompue lorsque l'observation est terminée ou que le contact visuel avec l'objet suivi est perdu de manière durable. Bien que l'observation soit effectuée en secret, elle ne fait pas partie des mesures de recherche soumises à autorisation. Le Conseil fédéral justifie cette renonciation à une procédure d'autorisation par le fait que l'observation représenterait une atteinte « relativement faible »²⁴ aux droits fondamentaux de la personne surveillée.

L'observation, quand bien même elle est une mesure non soumise à autorisation, est néanmoins secrète et constitue de ce fait une ingérence potentiellement grave dans le droit à la vie privée. En conséquence, la distinction que fait la LRens entre mesure de recherche

²¹ GYÖRFFY, Rechtsgutachten, p. 49 N 188.

²² CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif, p. 29.

²³ GYÖRFFY, Rechtsgutachten, p. 24 N 93.

²⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Message LRens, p. 2073.

soumise ou non à autorisation se révèle sans pertinence concernant l'applicabilité des exigences internationales auxquelles sont soumises les mesures de surveillance secrète²⁵.

Ordonner une observation au moyen d'un appareil de localisation sans autorisation judiciaire est hautement problématique : dans un arrêt de principe, le Tribunal fédéral a constaté que la surveillance préventive par GPS sans autorisation judiciaire recèle un potentiel d'abus considérable. Même des abus isolés de cette possibilité de surveillance pourraient, dans certaines circonstances, conduire à un sentiment de méfiance généralisé et avoir ainsi des conséquences néfastes pour l'ordre libéral et démocratique²⁶. Ainsi, pour le Tribunal fédéral, l'un des points problématiques est précisément l'absence de contrôle de la mesure par un juge et son caractère secret puisqu'elle n'est pas communiquée à la personne concernée, même une fois la surveillance terminée. Ceci constitue pourtant des conditions posées par la CEDH pour admettre une telle mesure de surveillance secrète.

Le Conseil fédéral souhaite délibérément renverser l'arrêt du Tribunal fédéral sur ce point. Il indique que la localisation serait une « mesure d'accompagnement d'observations légalement autorisées et soumises à des conditions restrictives »²⁷. Pourtant, l'art. 14 LRens permet au SRC « [d']observer des événements et des installations dans des lieux publics et librement accessibles et y effectuer des enregistrements visuels et sonores » (art. 14 al. 1 LRens). Il peut même le faire au moyen d'aéronefs et de satellites. La seule limite est l'interdiction de l'observation et des enregistrements de domaines relevant de la « sphère privée protégée ». Ceci ne constitue en aucun cas une « condition restrictive » comme la mentionne le rapport explicatif cité plus haut. En réalité, le texte légal laisse au SRC la possibilité d'observer la quasi-intégralité de l'espace public. Les avantages qu'espère tirer le SRC de l'engagement d'appareils de localisation sont minimes en comparaison de l'ingérence supplémentaire dans les droits fondamentaux des citoyens.

En conséquence, l'opinion défendue par le Conseil fédéral, selon laquelle l'utilisation d'un appareil de localisation par le SRC se distinguerait de celle faite par la police, n'est pas convaincante et doit être rejetée.

Même – ou surtout – dans un lieu public, les personnes ont droit au respect de leur vie privée. Ainsi, la CourEDH a dit expressément que l'enregistrement de données par une administration étatique – même dans un lieu public – constitue une ingérence dans le droit à la vie privée²⁸. Les personnes ne devraient en principe pas avoir à s'attendre à ce qu'un service secret enregistre leurs conversations et les conserve potentiellement pendant des décennies. Le fait que la loi actuelle et le projet de loi ne prévoient ni une procédure d'autorisation judiciaire ni une communication ultérieure à la personne surveillée signifie en outre que cette mesure n'est *de facto* soumise à aucun contrôle judiciaire. Une situation inacceptable dans un État de droit.

De plus, la gravité de l'ingérence dans les droits fondamentaux des personnes concernées ne résulte pas seulement de la recherche d'une information particulière mais également du recoupement de données provenant de plusieurs sources. L'observation peut entraîner des enregistrements visuels (photos, vidéos), et le SRC dispose d'un système de reconnaissance faciale, ce qui facilite l'identification des personnes et donc la mise en relation de ces données avec d'autres. Ainsi, même si les données sont recueillies dans l'espace public, leur conservation et leur mise en relation avec d'autres informations au sein d'une base de

²⁵ SCHWERI, p. 10.

²⁶ ATF 147 I 103, consid. 17.5.2.

²⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif, p. 7.

²⁸ Parmi d'autres : Peck c. Royaume-Uni, § 59 ; Perry c. Royaume-Uni, § 38 ; GONIN/BIGLER, CEDH 8 N 54.

données gouvernementale aggrave dangereusement l'ingérence dans les droits fondamentaux.

Comme aucune information ultérieure n'est prévue, il n'est guère possible de vérifier si les limites déjà quasiment inexistantes d'une telle surveillance ont été respectées et, le cas échéant, si les appareils de localisation ont effectivement été désactivés.

De plus, le rapport et le texte légal du nouvel art. 14 al. 3 nLRens sont incohérents. Ils mentionnent que l'appareil ne peut que transmettre une localisation en temps réel mais prévoient des mesures au cas où il enregistrerait malgré tout des données. Ceci semble surtout montrer que le SRC ne dispose pas d'appareils dont il est réellement capable de maîtriser la configuration. Enfin, le but affiché de cette nouvelle mesure serait de permettre de s'éloigner du véhicule suivi, alors que le message précise que la transmission des données doit être interrompues lorsque l'équipe perd le contact visuel avec l'objet suivi. L'interruption de la transmission de données est illusoire, notamment parce que les agents doivent pouvoir retrouver le véhicule pour démonter l'appareil de localisation.

Il faut encore relever que le SRC dispose aujourd'hui déjà de la possibilité de localiser une personne ou une chose (art. 26 al. 1 let. b LRens). Le nouvel art. 14 al. 3 nLRens et la réserve figurant à l'art. 26 al. 1 let. b nLRens *in fine* viennent donc exclusivement affaiblir la protection de la sphère privée des citoyens, alors même que la protection qu'apporte l'art. 14 LRens est déjà insuffisante à l'heure actuelle pour respecter les normes internationales auxquelles est soumise la Suisse.

En conséquence, l'introduction d'une localisation sans autorisation d'un tribunal est contraire au droit international et à la jurisprudence du Tribunal fédéral. Au contraire, l'observation elle-même – même réalisée sans moyens de localisation – devrait être requalifiée comme mesure de recherche soumise à autorisation.

4.2 Conditions d'autorisation

4.2.1 Art. 27 al. 1 let. a ch. 1 nLRens – Élargissement à l'extrémisme violent

Les MRSA ne doivent pas être étendues à l'extrémisme violent.

L'extrémisme violent est une notion trop floue, dont il n'existe aucune définition légalement contraignante. Cela ne répond pas aux conditions de précision de la base légale qui doit justifier une ingérence dans les droits fondamentaux et contrevient donc aux exigences de l'art. 8 CEDH.

L'art. 27 al. 1 let. a ch. 1 nLRens prévoit que les MRSA puissent désormais être ordonnées pour toutes les menaces mentionnées à l'art. 19, al. 2 nLRens. Ainsi, les MRSA pourraient également être utilisées dans le domaine de l'extrémisme violent, ce qui est interdit actuellement.

Toute surveillance secrète engendre une ingérence dans le droit à la vie privée protégé par l'art. 8 CEDH. La première condition de restriction de ce droit est l'existence d'une base légale. Ceci ne se limite pas à l'existence formelle de la loi mais pose également des exigences de qualité de cette loi. Elle doit être claire et prévisible dans son résultat. Dans le cas d'une surveillance secrète, la loi doit être particulièrement précise²⁹. Elle doit énumérer les

²⁹ GONIN/BIGLER, CEDH 8 N 53 et 147 ; COURED, Guide 8, N 219.

conditions³⁰ auxquelles les autorités peuvent surveiller une personne et définir les infractions et les catégories de personnes qui peuvent être surveillées³¹.

L'art. 5 al. 1 et 2 LRens précise que de telles mesures doivent être mises en œuvre pour remplir les tâches du SRC, ce qui renvoie à l'art. 6 LRens, lequel mentionne la lutte contre l'extrémisme violent sans autre précision. Le Conseil fédéral n'a jamais souhaité définir la notion d'« extrémisme violent », pour la prévention duquel des MRSA seraient désormais possibles. Déjà dans son message sur la LMSI, il indiquait que « le terme extrémisme ne peut pas non plus être cerné par une définition exhaustive »³², de même que le terrorisme, et que pour cette raison « la loi évite sciemment de définir ces notions »³³. L'art. 19 al. 2 LRens ne constitue donc, contrairement d'ailleurs à ce qui a par exemple été affirmé dans le cadre de la campagne de votation sur la MPT, « pas une définition légale »³⁴ des activités qui y sont listées mais une simple description des menaces. Sur le plan légistique, il est donc erroné de renvoyer à un article qui ne constitue pas une définition.

Sur le fond, il faut donc retenir qu'il n'existe pas de définition légalement contraignante du terme « extrémisme violent ». Or, Une interprétation trop extensive et imprévisible reviendrait à vider de son sens la condition d'existence d'une base légale³⁵. Lorsque la notion figurant dans la loi est floue, cette dernière doit donc préciser en plus le pouvoir d'appréciation de l'autorité amenée à l'appliquer³⁶. En l'occurrence, la notion de « violence » peut faire l'objet de nombreuses interprétations. Il est douteux que le législateur, au moment de l'adoption de la LMSI puis de la LRens, ait voulu contenir dans ce terme des actes tels que des jets de peinture, qui ne sont pas de nature à menacer la sécurité intérieure ou extérieure de la Suisse. C'est pourtant un critère aujourd'hui retenu par le SRC pour considérer une personne ou une organisation comme « violente »³⁷. La manière dont le SRC interprète et applique cette notion est donc largement imprévisible et arbitraire. L'atteinte aux droits fondamentaux résultant des MRSA manque donc d'une base légale suffisamment précise³⁸. Les simples descriptions de l'art. 19 al. 2 LRens sont trop floues pour constituer des définitions conformes aux exigences de la CEDH. Le SRC dispose dans son interprétation d'un trop large pouvoir d'appréciation, qui n'est pas réellement encadré par le LRens, ce qui est incompatible avec les exigences de la CEDH.

Comme l'ont montré les enquêtes sur la pratique des services de renseignement, la distinction entre les activités politiques légitimes et l'extrémisme violent relevant des services de renseignement n'a jamais fonctionné de manière fiable. Ainsi, les activités politiques protégées par les droits fondamentaux se sont toujours retrouvées dans le collimateur des services de renseignement. Jusqu'au scandale des fiches, cela concernait en particulier les « gauchistes », les « alternatifs », les « verts », les militants pour la paix, les activistes du tiers-monde, les mouvements féministes, les travailleurs étrangers, les mouvements antinucléaires

³⁰ COURED, Guide 8, N 16 ; Roman Zakharov c. Russie, § 229 ; Handkommentar CEDH-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, CEDH 8, N 34 et 37.

³¹ Roman Zakharov c. Russie, § 231 ; Big Brother Watch et al. c. Royaume-Uni, § 307 ; GONIN/BIGLER, CEDH 8, N 151.

³² CONSEIL FÉDÉRAL, Message LMSI, p. 1169.

³³ CONSEIL FÉDÉRAL, Message LMSI, p. 1168.

³⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Message LRens, p. 2082.

³⁵ COURED, Guide 8 N 20.

³⁶ Roman Zakharov c. Russie, § 230 ; Malone c. Royaume-Uni, § 68 ; Kopp c. Suisse, § 72 ; Handkommentar CEDH-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, CEDH 8 N 107

³⁷ SERVICE DE RENSEIGNEMENT DE LA CONFÉDÉRATION, p. 50.

³⁸ COURED, Guide 8, N 20.

et les groupements religieux, que les agents des services de protection de l'Etat considéraient comme potentiellement dangereux³⁹. Plusieurs rapports de la DélCdG et des cas dans lesquels les personnes concernées ont pu consulter leurs données relevant du renseignement montrent clairement que, même après l'entrée en vigueur de la LMSI, par laquelle le législateur a voulu créer une base claire pour les activités de renseignement, le service de renseignement a continué à collecter des données sur des activités politiques protégées par les droits fondamentaux⁴⁰. Un avis de droit, qui a examiné la pratique du SRC en matière de collecte d'informations, montre comment une ONG a été répertoriée par le service de renseignement dans 405 documents au total entre 1999 et 2019. L'ONG a été mentionnée à plusieurs reprises, à tort, dans le contexte de l'extrémisme de gauche et il lui a été reproché par endroits de ne pas s'être distanciée suffisamment clairement des actes de violence⁴¹.

4.2.2 Art. 27 al. 1 let. a ch. 2 nLRens – Surveillance au profit d'États étrangers

La possibilité d'ordonner des MRSA au profit d'États étrangers doit être supprimée. La Suisse risquerait ainsi de subir des pressions de la part d'autres États, ce qui mettrait en danger son indépendance et sa neutralité.

Selon le projet de loi, des mesures de recherche soumises à autorisation pourraient également être ordonnées à la demande d'États étrangers en cas de « menace concrète pour des intérêts internationaux importants en matière de sécurité ». Les États étrangers pourraient ainsi demander à la Suisse de mettre en œuvre des mesures de surveillance contre des organisations ou des individus qu'ils considèrent comme des terroristes ou des extrémistes selon leur propre définition.

Les recherches risquent aussi de concerner des personnes se situant sur le territoire d'un autre Etat mais utilisant un système de communication en Suisse (p. ex. une adresse courriel chez un prestataire suisse). Cela posera problème pour la communication ultérieure de la mesure à la personne concernée et cette difficulté particulière n'est pas réglée dans le projet.

La mise en place de MRSA à la demande d'États étrangers est en contradiction avec le principe de la préservation de l'indépendance de la Suisse et de sa neutralité (art. 54 Cst.). En particulier lorsque la sécurité de la Suisse n'est pas en jeu, mais qu'il pourrait simplement s'ensuivre – sans autre définition – une « réaction négative des États concernés » à l'égard de la Suisse ou qu'une « action internationale est indispensable » (art. 27 al 1 let. a nLRens), la Suisse court le risque de se rendre vulnérable au chantage. Ainsi, des États tiers pourraient menacer la Suisse de mesures de rétorsion si le SRC n'agissait pas dans l'intérêt de ces États. Du point de vue de la politique de souveraineté et de neutralité, une disposition aussi étendue ne semble pas défendable et la Suisse risque d'être impliquée de manière croissante et incontrôlable dans des conflits internationaux.

³⁹ COMMISSION D'ENQUÊTE PARLEMENTAIRE, Rapport CEP ; COMMISSION D'ENQUÊTE PARLEMENTAIRE, Rapport complémentaire ; <https://www.bar.admin.ch/bar/fr/home/recherche/conseils-de-recherche/themes/nachrichtendienst--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

⁴⁰ DÉLCDG, Rapport ISIS ; COMMISSIONS DE GESTION DES CHAMBRES FÉDÉRALES, Rapport 2019 ; COMMISSIONS DE GESTION DES CHAMBRES FÉDÉRALES, Rapport 2020 ; COMMISSIONS DE GESTION DES CHAMBRES FÉDÉRALES, Rapport 2021.

⁴¹ GYÖRFFY, Rechtsgutachten, notamment p. 23 ss N 89 ss.

Enfin, il serait aussi possible d'ordonner une surveillance lorsque le refus de la mesure de surveillance pourrait entraîner une menace pour la sûreté de la Suisse. Ceci rejoint la condition d'existence d'une menace concrète pour la sécurité de la Suisse. Dire que l'absence de surveillance pourrait engendrer une menace revient à se placer encore plus en amont de ladite menace pour la surveiller avant même qu'elle n'existe et en ayant donc encore moins d'indices de son existence potentielle. Cela revient à surveiller pour éviter la survenance d'une menace qui elle-même pourrait faire l'objet d'une surveillance. Il ne se justifie pas de se placer autant en amont.

4.3 Procédure d'autorisation

4.3.1 Art. 29 nLRens– Demande de MRSA

Le SRC doit toujours fournir au Tribunal administratif fédéral (TAF) son dossier *complet* et non seulement les « pièces essentielles ».

La personne surveillée doit avoir un représentant ayant un accès complet à la procédure et aux documents de l'autorisation et habilité à déposer des conclusions devant le TAF au nom de la personne concernée.

Des statistiques détaillées (pas uniquement le nombre de mesures autorisées au refusées) sur le processus d'autorisation doivent être publiées.

L'art. 29 al. 1 let. g nLRens prévoit que le SRC remet au TAF les « pièces essentielles au traitement de la demande [d'autorisation] ». Dans son message sur la LRens, le Conseil fédéral indiquait que le SRC devait présenter au TAF « toutes les indications permettant de vérifier si la mesure répond aux exigences légales, à savoir la description des indices effectifs de menace concrète pour la sûreté intérieure ou extérieure de la Suisse, la justification de la proportionnalité de la mesure [...] »⁴².

Ceci n'est pas suffisant pour assurer au juge une vision éclairée de la situation car les indices choisis par le SRC et fournis seuls peuvent donner une vision biaisée de la situation, le risque étant que le TAF ne dispose en fait que des éléments favorables à la mesure. L'effet de la procédure d'autorisation judiciaire des MRSA est de toute façon limité par nature, puisque ces mesures visent à obtenir des renseignements, parfois sur la base de soupçons minces, du moins dans un premier temps. Le contrôle judiciaire ne pourra donc porter que sur la question de savoir si le SRC fait valoir l'existence des conditions de la mesure (éventuellement sur la base de suppositions), et non sur l'existence effective des faits invoqués par le SRC. Même si le juge peut demander des compléments au dossier, cela implique que son attention soit particulièrement attirée par un élément du dossier⁴³. Il faut rappeler que le délai pour délivrer l'autorisation est court et que cela se prête donc mal à des allers-retours de dossiers entre le TAF et le SRC. Pour que le TAF puisse prendre dans les temps une décision pleinement informée, il est donc impératif que le SRC fournisse l'intégralité de son dossier au TAF.

Quoi qu'il en soit, il existe un déséquilibre flagrant entre les moyens dont disposent le SRC et la personne concernée puisque cette dernière est absente de la procédure. Pour assurer la défense de ses intérêts, il faut lui nommer un représentant chargé de faire contrepoids aux représentants du SRC.

⁴² CONSEIL FÉDÉRAL, Message LRens, p. 2092.

⁴³ SCHWERI, p. 14.

Enfin, il faut rappeler que les décisions du TAF en la matière ne sont pas publiées (art. 5 al. 1 Règlement du 21 février 2008 du Tribunal administratif fédéral relatif à l'information⁴⁴). Pour qu'un contrôle public et démocratique minimal puisse avoir lieu, il est donc impératif de fournir des données statistiques. Le SRC publie dans son rapport annuel uniquement le nombre de mesures réalisées. Le nombre annuel de mesures autorisées, autorisées partiellement, sous condition, avalisées, retirées, refusées, etc. doit également être publié de façon à apprécier l'effectivité du contrôle judiciaire. La raison des décisions devrait également être indiquée, notamment pour savoir s'il s'agit de terrorisme, d'extrémisme violent etc. Une fois l'opération terminée, les décisions devraient également être publiées comme tous les autres arrêts du TAF.

Comme cela a été rappelé ci-dessus, des mesures non soumises à autorisation portent néanmoins une atteinte grave aux droits fondamentaux des personnes concernées et devraient de ce fait être requalifiées comme MRSA.

4.3.2 Art. 29a al. 5 nLRens – MRSA à l'étranger

Le TAF doit se prononcer sur toutes les MRSA, qu'elles soient effectuées sur sol suisse ou à l'étranger

Même si l'exécution d'une surveillance par le SRC à l'étranger a lieu avec l'autorisation de l'Etat concerné, elle doit être soumise au contrôle du juge.

L'art. 29a al. 5 nLRens implique que, premièrement, des MRSA sont également effectuées à l'étranger et qu'un contrôle judiciaire par le TAF ne serait pas nécessaire dans ce cas. En ce qui concerne l'intrusion dans des systèmes informatiques, avec la référence à l'art. 37 nLRens qui s'applique à la place, il apparaît que le Conseil fédéral ou le chef du DDPS déciderait de l'exécution de telles mesures et, en cas d'urgence, la direction du SRC (art. 37 al. 3 nLRens).

L'exécution de MRSA à l'étranger est extrêmement problématique du point de vue du droit international public à la lumière des principes de territorialité et de souveraineté. A quelques exceptions près, de telles pratiques sont inadmissibles. Dans l'ATF 146 IV 36, le Tribunal fédéral a établi qu'en vertu du principe de territorialité, de telles mesures, même si elles ont été ordonnées valablement pour la Suisse, ne peuvent en principe être exécutées à l'étranger que si cela est compatible avec le droit international ou, à défaut, si l'Etat concerné a donné son accord préalable conformément aux règles de l'entraide judiciaire internationale.

En outre, on ne voit pas pourquoi le contrôle judiciaire devrait être supprimé lorsqu'une MRSA est effectuée ou poursuivie à l'étranger. La configuration la plus protectrice des droits fondamentaux de la personne doit être retenue. Ainsi, il ne serait pas justifié que, par exemple, la prolongation d'une MRSA ne soit pas soumise au TAF parce que la personne se trouve à ce moment-là en vacances ou en voyage d'affaires à l'étranger. Il ne serait pas non plus admissible de ne pas informer ultérieurement la personne concernée ou de ne l'informer que de la partie de la surveillance qui a été effectuée en Suisse. Limiter l'autorisation judiciaire aux cas où le SRC agit sur le territoire suisse n'est pas défendable. Cela signifierait également que la Suisse protège mieux les droits fondamentaux de ses citoyens sur son propre territoire qu'à l'étranger. Ceci est particulièrement problématique pour les Suisses de l'étranger. Le projet de loi ne contient aucune disposition interdisant, par exemple, d'intercepter et d'ouvrir les enveloppes de vote des Suisses de l'étranger. Comme les personnes surveillées peuvent

⁴⁴ RS 173.320.4.

aussi être des citoyens d'un autre Etat, la Suisse pourrait courir le risque d'être poursuivie devant la CourEDH par le biais d'une requête interétatique selon l'art. 33 CEDH.

Si la personne se trouve sur territoire étranger et qu'il existe un traité international ou une autre forme d'autorisation internationale valable qui permet au SRC de procéder à la surveillance, on ne voit pas non plus pourquoi le SRC pourrait s'affranchir du respect du droit. Dans un tel cas également le TAF devrait être saisi.

4.4 Art. 29b et 30 nLRens – Durée de l'autorisation et prolongation de la MRSA

Des délais maximaux doivent être fixés par la loi entre la demande et l'examen judiciaire, respectivement l'autorisation judiciaire, de la MRSA et sa mise en œuvre concrète.

Il doit être prévu expressément que, même si le SRC renonce finalement à mettre en œuvre la mesure, cette dernière doit néanmoins être communiquée à la personne concernée

Il faut prévoir que la prolongation d'une MRSA doit être approuvée avant l'expiration de la mesure en cours. La poursuite d'une MRSA au-delà de la durée autorisée est, dans tous les cas, interdite.

Il faut renoncer à l'allègement de la procédure d'aval en cas de prolongation. De même, la notion d'« extension limitée » doit être supprimée. Chaque prolongation ou extension de la MRSA doit suivre un processus complet en bonne et due forme.

Le projet de loi prévoit que l'approbation des MRSA prend effet à une date fixée par le TAF. En ce qui concerne l'efficacité des MRSA, il est toutefois nécessaire de fixer certains délais maximaux dans la loi. Le SRC ne devrait par exemple pas pouvoir demander une MRSA plus de deux semaines avant la date souhaitée pour son lancement. En effet, entre l'autorisation judiciaire et le déclenchement effectif de la mesure, les circonstances peuvent se modifier. Déterminer plus longtemps à l'avance s'il va exister une menace concrète telle qu'elle justifierait une MRSA relève de la simple probabilité, ce qui n'est pas suffisant pour justifier une telle atteinte aux droits fondamentaux. Cela risque de déboucher sur des demandes préventives avant même de savoir réellement si une menace existera toujours bel et bien au moment où la mesure sera mise en œuvre.

Si les circonstances changent effectivement depuis l'autorisation, le SRC doit en outre avoir la responsabilité d'informer le tribunal de cette circonstance afin que l'autorisation puisse être révoquée. Dans ce contexte, il est particulièrement important que la personne concernée soit informée de la mesure même si celle-ci a été levée avant son exécution.

Si une prolongation de la MRSA est nécessaire, il suffirait, selon l'art. 29b nLRens, que le SRC dépose sa demande de prolongation auprès du TAF avant l'expiration de la mesure en cours. La possibilité de poursuivre les MRSA jusqu'à ce qu'une décision du TAF concernant la prolongation soit rendue ouvre un potentiel d'abus non négligeable. L'objectif de l'autorisation judiciaire est justement de limiter la durée des MRSA à la lumière du principe de proportionnalité. Afin de prévenir les abus, la loi doit prévoir explicitement la solution inverse, à savoir que, dans le cadre de la décision d'approbation, la poursuite d'une MRSA au-delà de la durée autorisée n'est pas permise. La poursuite d'une mesure doit dans tous les cas être soumise à l'approbation du TAF.

Enfin, l'obligation de détruire les données en cas de refus de l'autorisation ou de la prolongation, prévue à l'art. 29b al. 3 nLRens, n'est pas non plus suffisante, en particulier si le

SRC a entre-temps transmis des données à d'autres services. Si la possibilité susmentionnée de poursuivre la MRSA avant l'obtention de l'autorisation du juge devait être maintenue, la loi devrait garantir que tant que l'autorisation et l'aval de la prolongation n'ont pas été accordées, le SRC ne peut pas transmettre les données à d'autres instances.

Il n'est pas non plus justifié que les chefs du DFJP et du DFAE ne doivent plus être consultés lors de la prolongation des MRSA. Cette simplification semble avoir lieu en premier lieu parce que la consultation représente une charge pour les chefs du DFAE et du DFJP. On oublie cependant que chaque adresse (art. 30 al. 4 let. a nLRens) ou objet supplémentaire « en possession de la personne déjà sous surveillance » (art. 30 al. 4 let. b-d nLRens) peut également être la propriété ou destinée à l'usage d'une autre personne et peut donc potentiellement inclure de nouvelles personnes concernées. En outre, une surveillance prolongée ou étendue signifie une atteinte encore plus grave aux droits de la personne surveillée et en aucun cas, comme on le suggère, une gravité identique à la première mesure. Le gain de temps minimal est sans commune mesure avec la gravité de l'atteinte aux droits fondamentaux que représente une MRSA pour les personnes concernées. Comme la question de la proportionnalité est de plus en plus importante avec la durée d'une mesure, les conditions et les mécanismes de contrôle devraient également être renforcés et non pas affaiblis. Enfin, selon l'art. 30 al. 3 nLRens, le chef du DDPS ne devrait plus consulter les chefs du DFJP et du DFAE, en cas d'« extensions limitées ». Mais de fait, ces extensions constituent également une surveillance supplémentaire qui ne peut être autorisée que si toutes les garanties de procédure sont respectées. Le rapport explicatif tente de rassurer en soulignant que la consultation préalable pourrait toujours se faire sur une base volontaire. Mais dans les faits, ces services ne sont informés qu'*a posteriori* et cette indication n'est donc rien de plus que de la poudre aux yeux.

4.5 Art. 33 nLRens – Information à la personne surveillée

La possibilité de *renoncer* définitivement à l'information doit être supprimée. Conformément à la CEDH, à la Cst. et à la jurisprudence du Tribunal fédéral, seul un report limité dans le temps (et éventuellement renouvelable) est acceptable.

Il convient de ne conserver que la possibilité de *différer* l'information pendant trois mois. Ce report doit être soumis à la procédure d'approbation et de validation.

La communication à la personne concernée après la fin de la surveillance est un élément essentiel dans un Etat de droit. Sans être informée *a posteriori* de la surveillance, la personne concernée n'a pas de possibilité effective de recours au sens de l'article 13 CEDH et elle ne peut ni constater ni faire réparer d'éventuelles violations de son droit à la vie privée. La notification n'est certes pas toujours possible immédiatement, mais elle doit avoir lieu « dès que la notification peut être donnée sans compromettre le but de la restriction »⁴⁵.

La LRens prévoit la possibilité de « déroger » de manière définitive à l'information. Or, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, une telle renonciation durable à l'information n'est pas admissible⁴⁶. Seul un report bref et limité dans le temps de la communication est possible.

⁴⁵ Klass et al. c. Allemagne, § 58 ; Roman Zakharov c. Russie, § 286 à 290.

⁴⁶ ATF 109 Ia 273, consid. 12b *in fine* « [Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, soweit und solange eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmaßnahmen gefährden würde » (nous soulignons) ; KREYDEN, N 59.

Selon l'art. 33 al. 2bis nLRens, le délai de report des communications serait étendu de trois à six mois. Compte tenu de la gravité de l'atteinte aux droits de la personne concernée, cela est inapproprié. Le report de l'information « jusqu'à la survenue d'un événement particulier » est en outre problématique si l'événement n'est pas décrit clairement, s'il ne se produit pas ou si l'autorité qui en est responsable oublie d'en informer le SRC. Un contrôle régulier à intervalles rapprochés est le seul moyen de s'assurer que l'information ne sera pas oubliée et que les droits de la personne concernée sont respectés.

Le Conseil fédéral exerce une surveillance sur le SRC et est politiquement responsable de ses actions. Il est donc justifié que toute restriction de l'obligation de communiquer soit soumise à la procédure d'aval et pas seulement à l'autorisation du TAF. L'idée d'un « report nécessaire en raison des relations que la Suisse entretient avec l'étranger » (al. 4) pourrait en outre poser des problèmes d'interprétation.

S'agissant des mesures aujourd'hui non soumises à autorisation, dès lors qu'elles impliquent une surveillance secrète, telle que l'observation, elles doivent également faire l'objet d'une communication à la personne concernée. Dès lors que la personne a été observée, potentiellement pendant plusieurs semaines et que ses faits et gestes ont été filmés ou ses conversations enregistrées, la mesure est invasive. Ces mesures impliquent également une ingérence grave dans le droit à la vie privée des personnes concernées et doivent donc pouvoir faire l'objet d'un recours effectif au sens de l'art. 13 CEDH.

4.6 Art. 50 nLRens – Traitement des données recueillies lors d'une mesure de recherche soumise à autorisation

4.6.1 Tri et destruction des données

Une instance indépendante doit trier les données et détruire celles qui ne sont pas nécessaires – avant de les transmettre au SRC.

Le tri des données non pertinentes du point de vue du renseignement doit avoir lieu avant la transmission des données au SRC, car les communications surveillées peuvent par exemple contenir des données sensibles ou protégées par le secret professionnel.

L'art. 50 al. 1 nLRens prévoit que les données collectées dans le cadre d'une MRSA doivent être examinées et, le cas échéant, détruites au plus tard à la fin d'une opération (qui peut donner lieu à plusieurs MRSA). Selon le texte de loi actuel, elles doivent être détruites dans les 30 jours suivant la fin de la mesure individuelle. Plus les données sont conservées longtemps, plus le risque pour les personnes concernées d'être lésées dans leurs droits fondamentaux est grand. Dans ce contexte, il convient de rappeler qu'une surveillance entraîne souvent la collecte d'informations sur des personnes qui ne sont pas visées par la surveillance (p. ex. les interlocuteurs de la personne surveillée) et donc des atteintes à leur sphère privée qui se doit également d'être protégée.

Selon la jurisprudence de la CourEDH, des règles doivent exister sur le traitement des informations recueillies lors d'une surveillance secrète⁴⁷. Les données sans lien avec l'infraction, respectivement la menace, qui a donné lieu à la surveillance devraient être détruites aussitôt⁴⁸. Les informations doivent déjà être protégées au stade de leur collecte et des obligations de sécurité à appliquer par les tiers éventuellement impliqués (par ex. Service

⁴⁷ Roman Zakharov c. Russie, § 253 à 256 ; Kennedy c. Royaume-Uni, § 164.

⁴⁸ Roman Zakharov c. Russie, § 258.

SCPT, banques, etc.) doivent être prévues afin de protéger les données. En ce qui concerne le Service SCPT, les données qui, selon le SRC, devraient être effacées doivent l'être non seulement dans les banques de données du SRC, mais aussi dans le système de traitement du Service SCPT. Afin de protéger efficacement les droits des personnes concernées, le tri et l'effacement de toutes les données devraient être réalisés par une instance indépendante, avant leur transmission au SRC et ce de manière systématique.

4.6.2 Art. 50 al. 2 nLRens – Données protégées par le secret professionnel

Le juge qui effectue le tri doit se récuser dans toutes les autres affaires pour lesquelles il a pris connaissance de données couvertes par le secret professionnel au cours de la procédure de tri.

Les données couvertes par le secret professionnel doivent être immédiatement détruites, qu'elles aient été recueillies en surveillant directement la personne soumise au secret professionnel ou toute autre personne qui était en communication avec une personne soumise au secret. Le statut de la personne surveillée (personne surveillée parce que le SRC recherche des informations sur elle ou personne surveillée en tant que tiers [art. 28 LRens]) est également indifférent sur l'obligation de détruire les données.

Conformément à l'art. 50 al. 2 nLRens, lors de MRSA visant des personnes soumises au secret professionnel, le tri et la destruction des données non nécessaires sont effectués sous la direction du TAF.

Dans un premier temps, il est essentiel que ce tri soit effectué avant que le SRC n'ait accès aux données. C'est la seule façon de garantir que le SRC ne puisse consulter que les données qui lui sont nécessaires et qui ne sont pas protégées par le secret professionnel. En revanche, le juge du TAF qui procède au tri prend nécessairement connaissance d'informations confidentielles. En particulier lors de la surveillance des avocats, il existe donc un risque que les juges obtiennent des informations sur d'autres procédures dans lesquelles les avocats surveillés représentent des clients devant le TAF. Les juges ne doivent en aucun cas pouvoir profiter de telles informations pour le traitement d'autres affaires et doivent se récuser dans ces cas.

En outre, dans le cas des MRSA, le tri et la destruction se limitent explicitement, vis-à-vis des personnes soumises au secret professionnel, aux « données qui ne sont pas nécessaires ». Et ce, bien qu'il soit tout à fait concevable que des données « nécessaires » du point de vue des services de renseignement soient en même temps couvertes par le secret professionnel. Si ces données sont néanmoins traitées par le SRC, cela viderait le secret professionnel de sa substance.

Selon la deuxième phrase de l'art. 50 al. 2 nLRens, les données recueillies lors de la surveillance d'une autre personne et pour lesquelles une personne soumise au secret professionnel a le droit de refuser de témoigner doivent en outre être effacées, indépendamment de leur caractère nécessaire. La protection est donc plus large dans ce cas et reviendrait à encourager la surveillance directe de la personne soumise au secret. En ce sens, il est inacceptable que les données des personnes soumises au secret professionnel soient mieux protégées lorsqu'elles proviennent de la surveillance d'une autre personne.

La loi doit donc garantir que toutes les données soumises au secret professionnel sont détruites, quelle que soit la personne visée par la surveillance. En outre, en cas de surveillance directe de personnes soumises au secret professionnel, toutes les autres données non « nécessaires » doivent également être effacées. En outre, la loi doit explicitement préciser

que le tri et la destruction doivent être effectués avant que le SRC n'ait accès aux données : celui-ci ne doit avoir accès qu'aux données qui remplissent la double condition de ne pas être soumises au secret professionnel *et* d'être « nécessaires ». Enfin, il faut préciser qui est responsable du tri et de la destruction lorsque la personne surveillée n'est pas soumise au secret professionnel.

Il convient de souligner qu'un tri ultérieur ne suffit pas à préserver les droits découlant du secret professionnel et de la protection des sources, mais qu'il faut s'assurer que – sauf cas exceptionnels justifiés – les données soumises au secret professionnel ou à la protection des sources ne peuvent pas être saisies par le SRC.

La solution la plus simple et la plus protectrice des droits fondamentaux consiste donc à mettre en place un tri des données par une instance indépendante pour toutes les MRSA indépendamment de la catégorie de personne visée. Cette instance trierait les données avant de ne transmettre au SRC que celles qui sont à la fois nécessaires et non-protégées par le secret professionnel.

4.7 Art. 83 nLRens – Voies de droit

Les données transmises doivent être détruites si la décision, immédiatement exécutoire, ordonnant leur transmission est finalement invalidée.

Il faut préciser les informations que le SRC doit fournir à la personne concernée après une MRSA.

La répartition des compétences judiciaires en matière d'autorisation et de recours doit être revue.

Si des données sont transmises mais que la décision se révèle invalide, les données doivent être détruites immédiatement.

Pour être effectif, le recours doit pouvoir se baser sur des informations précises et il faut donc détailler quelles données doivent être fournies après coup à la personne surveillée. Le TAF ne doit pas autoriser les surveillances et traiter lui-même les recours contre ses propres décisions.

L'art. 83 al. 2 nLRens prévoit que les recours contre certaines décisions n'ont pas d'effet suspensif. Cela concerne notamment les cas où le SRC ordonne à une personne ou à une autorité de lui fournir des renseignements. Cette disposition doit être complétée en ce sens que les données mises à disposition doivent dans tous les cas être détruites si la décision du SRC est déclarée invalide ultérieurement suite à un recours.

Selon l'art. 83 al. 3 LRens, un recours contre une MRSA est possible dans les 30 jours suivant la notification de la mesure à la personne concernée. Cette disposition n'est toutefois pas satisfaisante, car elle ne prévoit qu'une possibilité vaguement formulée de recours contre « l'ordre d'effectuer une mesure de recherche soumise à autorisation ». Il serait au contraire nécessaire que l'ordre interne du SRC ainsi que l'autorisation du TAF et la décision d'aval du Conseil fédéral puissent être explicitement contestés. Comme une opération pourrait potentiellement avoir duré plusieurs années, le délai de recours de 30 jours est en outre beaucoup trop court. Il n'accorde pas suffisamment de temps à la personne concernée pour prendre connaissance de tous les éléments de la surveillance et les vérifier – surtout s'ils ne sont pas mis à sa disposition dès le début.

Selon l'art. 33 nLRens, la communication d'une mesure à la personne concernée ne contient en outre que le type, le motif et la durée de la surveillance. Cette simple description de la mesure effectuée ne suffit cependant pas pour juger de sa légalité. Il faudrait plutôt mentionner la procédure d'autorisation (ordinaire ou urgente), la date de la demande et de l'autorisation, le nombre de prolongations ainsi que les motifs de celles-ci⁴⁹. En rédigeant la lettre d'information, le SRC risque d'omettre des éléments qui lui semblent sans importance mais qui sont essentiels du point de vue de la personne concernée pour faire valoir ses droits. Pour ces raisons, il est impératif que le SRC communique également à la personne concernée l'ordre de surveillance, les décisions du TAF et du Conseil fédéral ainsi que, le cas échéant, toute information complémentaire utile.

Le fait que le TAF soit compétent pour autoriser la mesure puis pour connaître du recours contre sa propre décision pose un problème de conflit d'intérêt. Ceci est encore plus problématique lorsque la personne surveillée est soumise au secret professionnel. Dans ce cas, le TAF a autorisé la mesure, effectué le tri des informations et traite le recours. Pour peu que la personne ait fait valoir son droit d'accès indirect aux données personnelles par le passé, c'est également le TAF qui aura statué sur sa requête. Le TAF avait lui-même soulevé ce problème de conflit d'intérêt dans la procédure de consultation sur la première version de la LRens en suggérant de confier ces recours à un autre tribunal⁵⁰. Cette critique reste d'actualité.

4.8 Art. 26 al. 1 let. f et g nLRens – surveillance des relations bancaires et des transactions financières

La surveillance secrète des relations bancaires et des transactions financières doit être supprimée dans sa forme indéterminée.

L'art. 26 al. 1 let. f et g nLRens prévoit comme MRSA l'obtention de renseignements concernant les relations entre une personne physique ou morale et des intermédiaires financiers ou des négociants (art. 26 al. 1 let. f nLRens) ainsi que la surveillance de ces relations (art. 26 al. 1 let. g nLRens). Les effets de ces deux mesures ne doivent guère être sous-estimés et soulèvent diverses questions de doctrine juridique.

Il est frappant de constater que cette mesure - contrairement aux autres MRSA de plus grande portée (en particulier l'exploration radio et du réseau câblé, l'intrusion dans des systèmes informatiques, etc.) ne trouve aucune réglementation matérielle dans la loi. Au contraire, elle n'est mentionnée qu'en passant, dans l'énumération de l'obligation d'autorisation, ce qui rend le texte extrêmement vague. Contrairement aux art. 284 et 285 CPP (surveillance des relations bancaires), il manque une délimitation minimale de la mesure selon la nLRens concernant ses conditions et sa portée. De plus, la mesure n'est pas limitée à la personne visée, mais peut également s'étendre à des tiers. Ainsi, le compte bancaire d'un avocat représentant des personnes accusées de terrorisme ou d'extrémisme violent pourrait faire l'objet d'une surveillance secrète dans le but de surveiller les expéditeurs des paiements d'honoraires et d'explorer le réseau de la personne cible concernée.

Avec cette mesure, les banques sont considérablement mises au service du SRC (et, le cas échéant, des services de renseignement étrangers), ce qui sape le secret bancaire et le secret des affaires. De même, il manque une réglementation concernant le droit de ne pas s'auto-

⁴⁹ SCHWERI, p. 15 s.

⁵⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Message LRens, p. 2131.

incriminer des intermédiaires financiers et des négociants concernés, telle qu'elle existe par analogie dans le CPP (art. 285 al. 2 CPP).

Selon le Conseil fédéral, cette mesure doit viser par exemple « aux entreprises, aux organisations idéologiques ou aux institutions religieuses »⁵¹. La mesure vise expressément à pouvoir ordonner une surveillance dans les cas où il n'existe *pas* de soupçons fondés (par exemple de financement du terrorisme). Ainsi, une éventuelle menace doit pouvoir être identifiée et mieux évaluée⁵². En outre, la mesure vise explicitement à contourner le principe de spécialité interétatique : les informations échangées au niveau international dans un but précis pourraient alors être utilisées dans le cadre de la nLRens – et même, le cas échéant, dans d'éventuelles procédures pénales ultérieures – même si elles vont à l'encontre de ces buts et conditions.

Dans l'ensemble, la mesure s'avère dans ce contexte sans limite, ce qui n'est pas acceptable du point de vue de l'Etat de droit compte tenu des droits fondamentaux concernés, à savoir la liberté économique, la liberté personnelle, la sphère privée et l'autodétermination informationnelle ainsi que le secret bancaire et le secret des affaires.

C'est précisément parce qu'il est prévu d'étendre la MRSA au domaine de l'« extrémisme violent » que cette mesure semble particulièrement problématique au regard de la liberté d'opinion, de réunion et d'association. Ceci d'autant plus que l'instrument doit être utilisé de manière très large, par exemple pour l'« exploration du réseau » concernant les grandes manifestations ou pour la clarification du soutien financier de personnes et d'organisations⁵³. Un « comportement violent » – du moins selon la définition du « concordat sur le hooliganisme », sur laquelle les autorités cantonales d'exécution se basent le cas échéant – peut déjà consister en une *contrainte*, ce qui permettrait d'y inclure la forme d'action « tapis humain ». Comme la contrainte est classée parmi les « crimes ou délits contre la liberté », une « menace concrète » au sens de l'art. 27 al. 1 nLRens (en relation avec l'art. 19 al. 2 nLRens) risquerait d'être admise plutôt facilement. Ainsi, une organisation qui utilise ce type d'actions pourrait être la cible d'une surveillance secrète des transactions financières. De même, la nouvelle semble taillée sur mesure pour mettre en place une surveillance des transactions financières des réseaux de soutien qui, à la suite d'une action ou d'une manifestation, soutiennent des personnes concernées par des mesures policières ou des poursuites pénales. Une seule surveillance de ce type – par exemple d'un *crowdfunding* – peut placer des centaines, voire des milliers de personnes et de donateurs dans le collimateur du SRC.

La surveillance secrète des relations bancaires et des transactions financières s'avère également particulièrement problématique à la lumière de l'art. 27 nLRens, qui permettra à l'avenir d'ordonner des MRSA même en cas de menace diffuse contre des « intérêts internationaux importants en matière de sécurité » ou de menace de « réactions négatives » de la part d'États tiers à l'égard de la Suisse. Cela ouvre un risque considérable pour la neutralité et l'indépendance de la Suisse, par exemple dans la mesure où des États tiers pourraient exiger de la Suisse qu'elle surveille les transactions de certaines cibles étrangères et la menacer de conséquences négatives en cas de refus. Ainsi, une grande puissance mondiale pourrait, dans le cadre d'un conflit armé, exiger de la Suisse qu'elle surveille les transactions financières des représentants d'une partie belligérante, considérée par cet Etat comme terroriste.

Enfin, il convient de souligner que l'objet de la réglementation proposée ici se recoupe avec celui d'autres lois (en particulier le CP, le CPP, la LBA, la MPT, la LB). Il n'y a pas lieu d'ajouter

⁵¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif, p. 9.

⁵² CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif, p. 9.

⁵³ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif, p. 10.

aux dispositions légales existantes une nouvelle disposition dans la LRens qui pose problème du point de vue de l'Etat de droit.

4.9 Art. 28 nLRens – Mesures de recherches soumises à autorisation contre des tiers

Il faut renoncer à la suppression de l'art. 28 al. 2 LRens. Les MRSA ne doivent pas être réalisées à l'égard de tiers soumis au secret professionnel, à la protection des sources ou à d'autres obligations de garder le secret.

L'art. 28 nLRens prévoit que des tiers non impliqués puissent désormais être explicitement visés par les MRSA, même si des données sont transmises « vers cet emplacement » – c'est-à-dire vers eux en tant que simples destinataires – ou reçues ou conservées par eux. Cela a de graves conséquences : à l'avenir, les canaux de communication de toutes les personnes se trouvant dans l'environnement d'une personne cible (famille, amis, etc.) pourraient devenir les cibles potentielles de MRSA. L'accent devrait être mis sur les tiers auxquels sont confiées des données particulièrement confidentielles. La condition des « indices fondés » ne permet pas de limiter suffisamment la mesure.

Il est particulièrement grave que les mesures prévues par le projet – en raison de la suppression prévue de l'art. 28 al. 2 LRens – s'appliquent également à des tiers soumis au secret professionnel, à la protection des sources s'agissant des journalistes ou à d'autres obligations de garder le secret (art. 171-173 CPP). Cela représente une grave érosion des dispositions de l'État de droit en matière de protection du secret, avec des conséquences différentes selon les cas. Les trois domaines présentant les conséquences plus graves sont brièvement abordés à titre d'exemple :

1. le secret professionnel de l'avocat : l'exercice d'un mandat d'avocat suppose une proximité et une relation de confiance particulières ; sans la garantie de cette confidentialité, l'exercice des obligations professionnelles de l'avocat serait rendu impossible. C'est précisément lorsque des personnes se trouvent à l'étranger que des entretiens personnels ne sont pas possibles, raison pour laquelle la communication se fait régulièrement par des canaux susceptibles d'être surveillés par une MRSA. La possibilité légale de surveiller ces canaux suscitera – en particulier s'agissant des avocats – un intérêt marqué du SRC mettre en œuvre concrètement de telles mesures. En conséquence, tout avocat exerçant dans un domaine intéressant pour le SRC (terrorisme, mais aussi extrémisme violent) devrait s'attendre à ce que tous les canaux de communication (en particulier téléphone, e-mail, etc.) soient surveillés au moyen d'une MRSA. Ainsi, par cette surveillance étatique, non seulement les clients représentés deviennent « hors-la-loi », mais aussi les défenseurs et avocats correspondants. La perspective d'un « triage sous la surveillance du Tribunal administratif fédéral »⁵⁴ ne peut en aucun cas dissiper les graves doutes qui y sont liés.
2. Secret médical : l'érosion du secret professionnel dans le domaine médical est tout aussi problématique. Le conseil et le traitement des patients supposent que le corps médical prenne connaissance d'informations sensibles concernant la sphère privée et intime. Les personnes concernées ne fournissent toutefois de telles informations que

⁵⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif, p. 11.

si la confidentialité est garantie. L'obligation absolue de confidentialité est donc une condition nécessaire à la réussite du diagnostic et du traitement⁵⁵.

3. Protection des sources des journalistes : La protection des sources journalistiques est une pierre angulaire de la liberté de la presse et garantit ainsi la liberté d'information⁵⁶. Si les journalistes doivent s'attendre, lors de la simple correspondance avec des personnes qui pourraient être des cibles d'une surveillance selon la nLRens, à ce que toute leur correspondance soit soumise à une surveillance ou à une MRSA, cela a un grave effet de dissuasion et d'intimidation (« chilling effect »). Les professionnels des médias ne peuvent remplir leur rôle de diffuseurs d'informations et de gardiens de la démocratie que s'ils obtiennent les informations nécessaires de tiers, notamment des indications sur des événements d'intérêt social qui resteraient sinon cachés. Cela présuppose à son tour que les sources d'information puissent avoir confiance dans le fait que leur nom ne sera pas divulgué. Une obligation de divulguer les informations confiées pourrait dissuader les informateurs. L'identité de la source est donc particulièrement protégée⁵⁷. Avec la base légale existante, la protection de la confidentialité en matière de journalisme ne fonctionne déjà pas de manière fiable, notamment en ce qui concerne la protection de l'identité de la source. La LRens devrait être améliorée sur ce point. Avec la révision proposée de l'art. 28 nLRens, la menace serait au contraire plus grande, ce qui est inacceptable dans un paysage médiatique libre, critique et indépendant dans un Etat de droit.

Le respect du secret professionnel et de la protection des sources ne fonctionne déjà pas de manière fiable dans la LRens en vigueur, d'autant plus que la saisie de données relevant du renseignement peut parfois inclure des données de tiers en plus de celles de certaines personnes ou organisations cibles. Parfois – par exemple dans le cas de l'exploration radio et du réseau câblé - des données sont également saisies, pour lesquelles le SRC ne sait pas du tout, du moins initialement, à quelle personne ou organisation elles se rapportent. Il est donc nécessaire de prévoir dans la loi une disposition claire selon laquelle les données soumises au secret professionnel ou à la protection des sources ne peuvent pas être saisies par le SRC. Les exceptions à ce principe nécessiteraient une base légale explicite, tout en garantissant qu'elles ne peuvent être appliquées que dans les cas où cela semble justifié.

Il convient de souligner que l'effacement ultérieur de données soumises au secret professionnel ou à la protection des sources ne saurait remplacer le principe selon lequel ces données ne doivent pas être saisies. L'effacement ultérieur ne change rien au fait que le secret professionnel et la protection des sources ont été violés et que les personnes concernées ont ainsi perdu la protection que leur confèrent leurs droits fondamentaux. La prise de connaissance des faits soumis au secret en soi ne pourra pas non plus être annulée.

La suppression de l'art. 28 al. 2 LRens doit donc être fermement rejetée. Dans son arrêt de principe ATF 147 I 280, le Tribunal fédéral a également déclaré : « Les communications confidentielles entre les journalistes et leurs sources ou entre les avocats et leurs clients bénéficient d'une protection particulière : des mesures ciblées visant à les surveiller sont en

⁵⁵ Prise de position de l'association professionnelle des médecins FMH in Tagesanzeiger online, 24 juin 2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [disponible sur : <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

⁵⁶ Jecker c. Suisse.

⁵⁷ MÜLLER/SCHEFER, p. 472 ; FROWEIN/PEUKERT, Art. 10 N 17 ; Handkommentar CEDH-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, CEDH 10 N 39 ; BSK CPP-ZELLER, Art. 172 N 2 et 7 s. ; DONATSCH, in DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, Art. 172 N 2 et 4 ; BSK CPP-BOMMER/GOLDSCHMID, Art. 264 N 15 ; GYÖRFFY, Quellenschutz, p. 79 ss., N. 2 s. ; Goodwin c. Royaume-Uni ; Voskuil c. Pays-Bas ; ATF 132 I 184 ; ATF 140 IV 108.

principe exclues [...] ; s'il existe néanmoins un risque de saisie de telles communications, des mesures particulières sont nécessaires pour les protéger »⁵⁸.

C'est pourquoi – précisément contrairement à ce qui est prévu – les dispositions relatives à la protection du secret professionnel et à la protection des sources doivent être développées de manière à ce que le respect des droits fondamentaux des personnes concernées dans ce domaine soit garanti en permanence. Si les instruments des services de renseignement ne peuvent pas être utilisés de manière à garantir le respect de ces droits fondamentaux, ils doivent être supprimés. Cela concerne notamment l'exploration radio et du réseau câblé, qui porte sur des flux de communication entiers (par ex. toutes les données qui passent par une ligne de fibre optique donnée), et qui inclut donc également toutes les données couvertes par le secret professionnel et la protection des sources qui se trouvent dans le flux de communication saisi.

4.10 Art. 37 nLRens – Ordre urgent d'infiltrer des systèmes et réseaux informatiques à l'étranger

Il convient de renoncer à la procédure d'urgence en matière d'infiltration dans des systèmes et des réseaux informatiques à l'étranger.

La mesure consistant à s'introduire dans des systèmes et des réseaux informatiques situés à l'étranger est extrêmement délicate du point de vue du droit international public et de la politique de souveraineté. Les mesures urgentes visant à préserver la sécurité extérieure et intérieure sont en principe régies par les articles 184 et 185 Cst. et relèvent de la compétence du Conseil fédéral.

Du point de vue de la souveraineté, il semble problématique de déléguer de manière générale et abstraite dans la loi une telle compétence étendue à des fonctionnaires. Il semble plus judicieux de laisser cette compétence au Conseil fédéral – dans la mesure où elle serait admissible – et de doter éventuellement la loi d'une compétence de délégation en cas d'urgence. Cela permet au Conseil fédéral de prévoir des limites claires au niveau de l'ordonnance ou des directives.

4.11 Art. 38 LRens (exploration radio) et art. 39 ss LRens (exploration du réseau câblé)

Les dispositions relatives à l'exploration radio (art. 38 LRens) et à l'exploration du réseau câblé (art. 39 - 43 LRens) doivent être supprimées.

En ce qui concerne l'exploration du réseau câblé, le projet mis en consultation propose des modifications ponctuelles. Il est juste que la révision de la LRens soit l'occasion de se pencher sur la problématique fondamentale de l'exploration du réseau câblé : cette exploration est une surveillance de masse sans motif qui permet au SRC de rechercher des mots-clés dans toutes les télécommunications non cryptées qui passent par des câbles à fibres optiques transfrontaliers. Comme une grande partie des communications basées sur Internet des personnes résidant en Suisse passent par des serveurs et des réseaux étrangers, toutes les

⁵⁸ ATF 147 I 280, consid. 6.2.3.

personnes se trouvant en Suisse et se déplaçant sur Internet peuvent être concernées par cette surveillance.

L'ingérence importante dans les droits fondamentaux de toutes les personnes qui utilisent des canaux numériques pour s'informer et communiquer avec d'autres personnes et qui doivent s'attendre à être touchées par l'exploration du réseau câblé ne peut pas être justifiée. Il en va de même pour l'exploration radio, qui vise à détecter les émissions électromagnétiques de systèmes de télécommunication situés à l'étranger. Pour cette raison, les dispositions relatives à l'exploration radio (art. 38 LRens) et à l'exploration du réseau câblé (art. 39 - 43 LRens) doivent être supprimées.

4.12 Art. 39 nLRens – Exploration du réseau câblé contre des personnes physiques ou morales suisses se trouvant à l'étranger

Il faut renoncer à l'exploration du réseau câblé contre des personnes physiques ou morales suisses se trouvant à l'étranger.

Avec la suppression de la limitation actuelle de l'exploration du réseau câblé aux personnes physiques ou morales non-suisse, l'exploration serait désormais autorisée à l'égard de tous les Suisses, pour autant qu'ils se trouvent à l'étranger. Cela représente une extension considérable par rapport à la réglementation promise à l'origine.

L'exploration du réseau câblé ne devrait être permise contre aucune des catégories suivantes :

- les personnes qui se trouvent en Suisse (qu'elles soient de nationalité suisse ou étrangère)
- les personnes qui résident habituellement en Suisse (qu'elles soient de nationalité suisse ou étrangère) et se trouvent momentanément à l'étranger
- les personnes de nationalité suisse se trouvant (même durablement) à l'étranger.

4.13 Art. 41 al. 3 nLRens – Prolongation du délai

Il est plus que probable que chaque exploration du réseau câblé constitue une intrusion dans l'essence de la sphère privée. C'est pourquoi il faut la rejeter en soi, mais en tout cas ne pas l'autoriser plus généreusement. Le délai de l'art. 41 al. 3 nLRens ne doit pas être étendu à 12 mois.

Jusqu'à présent, l'exploration du réseau câblé était limitée à 6 mois, avec une option de prolongation de trois mois. Ces délais seraient étendus à 12, et respectivement à 6 mois.

Toute exploration du réseau câblé implique très probablement une atteinte à l'essence de la sphère privée, qui doit être rejetée. Les arguments avancés dans le rapport explicatif ne sont en tout cas pas convaincants pour une prolongation, c'est-à-dire une extension de l'atteinte : la prolongation est notamment justifiée par le fait que « les besoins en termes de renseignement ne changent pas tous les trois mois »⁵⁹, que la Suisse évolue encore en terrain inconnu en matière d'exploration du réseau câblé et que l'acquisition de connaissances prend

⁵⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif, p. 14.

du temps. Mais c'est justement lorsqu'on se trouve encore en terrain inconnu qu'il est d'autant plus judicieux d'examiner attentivement chaque étape. Un délai de contrôle plus court est également souhaitable pour le développement des connaissances, car les ressources mal attribuées peuvent être réaffectées plus rapidement. La rapidité du changement semble au mieux spéculative, étant donné qu'il s'agit justement, comme l'écrit le rapport lui-même, d'un terrain vierge. Une prolongation des délais n'a donc au contraire aucun sens.

4.14 Art. 42 nLRens – Analyse des signaux et des données de mandats existants en matière d'exploration du réseau câblé

Il convient de renoncer à l'analyse des signaux et des données issus des mandats d'exploration du réseau câblé existants.

Dans le cadre d'une procédure de recours menée par la *Digitale Gesellschaft* en collaboration avec sept personnes privées, dont des journalistes et un avocat, le Tribunal fédéral a décidé que le Tribunal administratif fédéral devait examiner de manière approfondie la pratique d'exploration radio et du réseau câblé et vérifier si celle-ci viole les droits fondamentaux. Dans ses prises de position vis-à-vis du Tribunal administratif fédéral dans le cadre de cette procédure, le SRC n'a jusqu'à présent pas montré de volonté d'exposer de manière précise et compréhensible la pratique de l'exploration radio et du réseau câblé. En même temps, le SRC s'est efforcé de présenter une image dans laquelle l'exploration du réseau câblé apparaît comme une mesure très ciblée, en particulier en ce qui concerne la prétendue possibilité d'identifier et d'extraire de manière ciblée les signaux de certaines lignes transfrontalières qui contiennent des données ayant leur origine ou leur destination dans des pays plus éloignés, comme par exemple la Syrie ou la Russie. Le SRC a rejeté les indications des recourants selon lesquelles les explications du SRC ne concordaient pas avec les données techniques et a insisté sur le fait qu'il était en mesure de trouver et d'extraire le trafic recherché dans un nombre restreint de lignes transfrontalières, malgré les obstacles et difficultés techniques existants.

La justification des compétences que le SRC veut se voir accorder par l'art. 43 al. 3bis nLRens contraste fortement avec les déclarations faites par le SRC dans la procédure de recours mentionnée. Dans le rapport explicatif, le SRC admet qu'il n'est pas possible de déterminer facilement par quelles lignes les données sont transmises depuis et vers des pays plus éloignés. En même temps, il faut constater que les explications du rapport explicatif – tout comme celles de la procédure de recours – semblent difficilement compréhensibles et peu convaincantes. Ainsi, on ne voit pas pourquoi le SRC serait mieux à même de déterminer l'origine ou le point final des données en provenance ou à destination de pays plus éloignés que les exploitants suisses de réseaux filaires et les fournisseurs de prestations de télécommunication, d'autant plus que le SRC explique dans la foulée que les exploitants et les fournisseurs optimisent en permanence leurs flux de données (ce qui concerne justement aussi les flux de données vers des pays plus éloignés).

Certes, le SRC affirme que l'analyse souhaitée est de nature purement technique. Mais cela ne doit pas faire oublier qu'une telle analyse porte nécessairement sur la communication de nombreuses personnes manifestement irréprochables. Sans l'évaluation des métadonnées et, du moins en partie, des données de contenu, une telle analyse ne sera pas possible. Une telle analyse serait donc nécessairement liée à la saisie et à l'évaluation de données personnelles et donc à des atteintes aux droits fondamentaux. Cela ne se justifie pas non plus si le SRC a pour but ultime d'optimiser les missions d'exploration du réseau câblé. Il convient donc de renoncer à la disposition prévue.

5 Assurance qualité : art. 58b nLRens – données personnelles relevant du renseignement

Dans le cadre de la révision, les dispositions relatives au contrôle périodique doivent être précisées. Il convient notamment de fixer des délais qui indiquent au SRC de manière complète, claire et sans équivoque quelles données doivent impérativement être vérifiées et, le cas échéant, effacées, et dans quel délai.

La LRens en vigueur prévoit déjà que le SRC vérifie périodiquement les données qu'il traite. Dans le cadre de la réorganisation de la saisie et du classement des données, une nouvelle réglementation est proposée à ce sujet.

Il convient de souligner que l'examen périodique n'a jamais réussi jusqu'ici à garantir que les données qui ne doivent pas (ou plus) être enregistrées ou qui ne sont pas (ou plus) nécessaires soient effacées. L'activité de surveillance de la DéLCdG a toujours mis au jour des quantités considérables de données qui n'auraient déjà pas dû être saisies ou qui auraient au moins dû être effacées dans le cadre de l'examen périodique. Ainsi, la DéLCdG a trouvé en 2019 des données pour lesquelles elle avait déjà constaté en 2010 qu'elles devaient être effacées⁶⁰. D'autres exemples rendus publics montrent également que des données qui auraient dû être effacées dans le cadre de l'examen périodique sont restées enregistrées pendant des années⁶¹.

6 « Internet » au lieu de « cyberspace »

Le terme de « cyberspace » est une notion très vague. De fait, le but est de surveiller l'Internet, c'est pourquoi cela doit être mentionné littéralement. La terminologie doit donc être adaptée dans l'ensemble du texte légal, notamment aux art. 6 al. 1 let. b et 19 al. 2 let. f nLRens.

7 Art. 75 ss LRens – Révision totale de l'autorité de surveillance AS-Rens

Dans le cadre de la révision de la LRens, il faut élaborer une base légale dans laquelle l'AS-Rens n'a aucune dépendance vis-à-vis du DDPS et la plus grande indépendance possible par rapport aux autres institutions étatiques.

Aux art. 75 ss LRens, la loi actuelle prévoit les bases légales pour l'autorité de surveillance « indépendante » des activités de renseignement (AS-Rens). Il est évident qu'une autorité qui, à l'instar du SRC, est rattachée au DDPS (art. 77 LRens) et dont la direction est proposée par le DDPS (art. 76 al. 2 LRens), ne dispose pas de l'indépendance nécessaire et ne peut donc pas non plus assumer sa tâche de contrôle du SRC de manière satisfaisante.

⁶⁰ DÉLCdG, Rapport ISIS ; COMMISSIONS DE GESTION DES CHAMBRES FÉDÉRALES, Rapport 2019 ; COMMISSIONS DE GESTION DES CHAMBRES FÉDÉRALES, Rapport 2020 ; COMMISSIONS DE GESTION DES CHAMBRES FÉDÉRALES, Rapport 2021.

⁶¹ GYÖRFFY, Rechtsgutachten, notamment p. 42 ss N 167 ss.

8 Dispositions pénales

8.1 Art. 83a nLRens – Interdiction d'organisations

Il faut renoncer à une interdiction d'organisation. Si tant est qu'une telle interdiction soit décidée, elle ne doit pas l'être par le Conseil fédéral, mais par le Parlement.

L'interdiction d'une organisation est désormais réglée par l'art. 74 LRens alors que les interdictions étaient jusqu'à présent fondées sur une loi spéciale (loi fédérale du 12 décembre 2014 interdisant les groupes « Al-Qaïda » et « Etat islamique » et les organisations apparentées⁶²). Désormais, la compétence de prononcer l'interdiction revient au Conseil fédéral, ce qui est moins démocratique qu'une loi votée par le parlement et soumise à un débat ouvert et au référendum. L'interdiction d'une organisation est un acte particulièrement grave dans l'atteinte qu'il porte aux valeurs constitutionnelles et notamment au respect des libertés d'expression, d'association ou de réunion.

La procédure menée durant l'été 2022 pour la mise en consultation de la décision interdisant Al-Qaïda et l'Etat islamique a montré son caractère biaisé. En effet, à teneur de la publication dans la Feuille fédérale⁶³, le projet de décision motivée ne pouvait être consulté que dans les bureaux du secrétariat général du DDPS et à condition de démontrer au préalable être personnellement concerné par l'interdiction à prononcer. Autrement dit, il était indispensable d'apporter la preuve de son appartenance à une organisation terroriste et donc d'avoir violé la loi existante et ses dispositions pénales pour avoir le droit de s'exprimer sur la décision visant à faire perdurer cette interdiction. Une telle procédure contrevient notamment au droit de ne pas s'auto-incriminer (art. 113 al. 1 CPP). En demandant aux personnes de se dénoncer, elle est une procédure alibi car il semble clair que personne ne va avouer être un terroriste pour pouvoir participer à une procédure administrative.

Une décision du Conseil fédéral prise suite à un tel processus et dont le non-respect serait sanctionné par des dispositions pénales manque donc de légitimité. Dans la mesure où le Conseil fédéral peut modifier sa décision pour inclure d'autres groupes dans la liste des organisations interdites, cela revient de fait à donner au Conseil fédéral la compétence de définir les éléments constitutifs de l'infraction, ce qui est et doit rester une prérogative du parlement par le biais de lois en bonne et due forme.

8.2 Art. 83b en relation avec l'art. 73 al. 1 nLRens – Interdiction d'exercer une activité

La disposition pénale « violation de l'interdiction d'exercer une activité » doit être biffée.

Si l'exercice de l'activité engendre de vrais risques, cela tombe déjà sous le coup des dispositions pénales actuelles. Il n'y a donc aucun intérêt à créer une infraction et une disposition pénale supplémentaires.

⁶² RS 122.

⁶³ CONSEIL FÉDÉRAL, Décision générale.

L'interdiction d'exercer une activité est un acte particulièrement grave dans l'atteinte qu'il porte aux valeurs constitutionnelles et notamment au respect des libertés personnelle, économique, d'expression, d'association ou de réunion.

La personne qui menace concrètement la sécurité de la Suisse peut aujourd'hui déjà tomber dans le champ d'application des dispositions pénales comme la participation ou le soutien à une organisation criminelle ou terroriste (art. 260ter CP), le financement du terrorisme (art. 260quinquies CP) le recrutement, la formation et le voyage en vue d'un acte terroriste (art. 260sexies CP) ou les actes préparatoires délictueux (art. 260bis CP) si elle prépare concrètement un attentat. Le droit pénal est soumis à un principe de légalité plus strict que d'autres domaines du droit en raison des conséquences qu'il implique pour les personnes concernées. Il ne se justifie pas de prévoir des sanctions pénales en cas de violation de l'interdiction d'exercer une activité puisque cette dernière intervient encore plus en amont et de manière préventive.

Le droit pénal est soumis à un principe de légalité plus strict que d'autres domaines du droit en raison des conséquences qu'il implique pour les personnes concernées. Dans la mesure où le Conseil fédéral peut modifier sa décision pour inclure d'autres groupes dans la liste des organisations interdites, cela revient de fait à donner au Conseil fédéral la compétence de définir les éléments constitutifs de l'infraction, ce qui est et doit rester une prérogative du parlement par le biais de lois en bonne et due forme.

8.3 Art. 83c nLRens – Insoumission à une décision

La disposition pénale « insoumission à une décision et violation de l'obligation de garder le secret » doit être biffée.

Selon le texte de l'art. 83c al. 1 let. a nLRens, la disposition semble s'appliquer à toutes les décisions signifiées par le SRC. Le rapport⁶⁴ ne mentionne toutefois que les décisions en matière d'acquisition de renseignements. Le champ d'application réel de la disposition ne semble donc pas clair.

La disposition prévoit une peine-menace de CHF 100'00,00 d'amende. En matière d'acquisition de renseignement, le recours contre une décision du SRC n'a pas d'effet suspensif (art. 83 al. 2 LRens). Le SRC, vu qu'il se base sur des renseignements confidentiels, ne peut pas forcément motiver de manière détaillée les décisions qu'il rend. Ainsi, il se pourrait qu'une personne ayant reçu une décision motivée de manière lacunaire et ayant fait recours se retrouve poursuivie pour ne pas avoir exécuté la décision dans le délai que le SRC lui-même a fixé. De plus, ces infractions seraient poursuivies par le SRC. En réalité, cela revient à soumettre totalement la personne à la mainmise du SRC sans possibilité pour elle de savoir précisément pourquoi elle doit appliquer la décision reçue et d'être sanctionnée pour cela.

L'amende de CHF 100'000,00 est dix fois plus élevées que l'amende qui peut être infligée par un tribunal en cas de non-respect d'un jugement. On ne voit pas en quoi les décisions du SRC seraient dix fois plus importantes et dignes de respect que celles d'un tribunal.

Le SRC dispose aujourd'hui déjà de la possibilité de rendre des décisions sous commination de la peine prévue à l'art. 292 CP. Le droit actuel apparaît donc suffisant.

⁶⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif, p. 32.

8.4 Art. 83d et 83e nLRens – Éléments procéduraux

La compétence de droit pénal administratif du SRC et du service chargé de l'exploration du réseau câblé doit être supprimée. Le SRC ne peut pas rendre des décisions et poursuivre lui-même les gens qui ne les respecteraient pas.

Si les dispositions pénales en matière d'interdiction d'organisations et d'interdiction d'exercer une activité étaient maintenues malgré tout, l'art 83e nLRens devrait préciser que l'obligation de communiquer ne concerne que les décisions relatives à ces deux infractions.

Selon l'art. 83d nLRens, le SRC pourrait poursuivre lui-même les personnes n'ayant pas exécuté une de ses décisions. Cette nouvelle disposition rend encore plus floue la distinction entre les activités préventives qui sont du ressort du SRC et les activités répressives qui reviennent aux autorités pénales.

Le SRC serait, dans cette configuration, juge et partie et ne pourrait donc pas garantir le droit à un procès équitable pour les personnes accusées. Ce d'autant plus que le SRC peut garder secrets certains éléments du dossier. La personne se retrouverait donc face à une autorité qui lui a notifié une décision motivée de manière lacunaire, qui potentiellement pourrait lui refuser l'accès à certains éléments du dossier mais qui en disposerait malgré tout. Une poursuite par le SRC conformément à la DPA n'est pas acceptable. Ces réflexions valent également pour le service chargé de l'exploration du réseau câblé.

La communication des décisions d'autres autorités au SRC semble d'appliquer à toutes les décisions rendues en vertu des dispositions pénales de la LRens, alors que – selon le message – ce n'est le cas que pour les décisions en matière d'interdiction d'organisations et d'exercer une activité. Si ces infractions sont conservées dans la nLRens, le champ d'application de l'obligation de communiquer de l'art. 83e nLRens doit être précisé dans le texte de loi.

9 Élargissement de l'interdiction de se rendre dans un pays donné

9.1 Art. 24h nLMSI

Il faut s'abstenir de modifier la LMSI dans le cadre de la révision de la LRens.

Mais il faut au moins supprimer l'exception de la preuve policière à l'art. 24h al. 1 let. a nLMSI, de sorte que l'interdiction de se rendre dans un pays donné ne puisse être ordonnée qu'en cas de jugement entré en force. L'art. 24h al. 1 let. a nLMSI doit donc être modifié comme suit : « elle a été condamnée pour cela par un jugement définitif et ».

L'art. 24h al. 2 nLMSI doit être supprimé, car les preuves policières ne suffisent pas pour ordonner une interdiction de quitter le territoire.

Dans la nouvelle section « mesures contre les actes de violence lors de défilés et de manifestations », fedpol pourrait, conformément à l'art. 24h nLMSI, interdire à des personnes de quitter la Suisse pour se rendre dans un pays donné pendant une durée déterminée s'il faut s'attendre à ce que des actes de violence y soient commis. Jusqu'à présent, la LMSI ne connaissait cette interdiction de se rendre dans un pays donné que pour les personnes présentant un danger terroriste selon l'art. 23n LMSI et pour les manifestations sportives selon l'art. 24c LMSI. L'interdiction de se rendre dans un pays donné est ainsi massivement étendue.

Selon l'art. 24h al. 1 let. a nLMSI, le déplacement d'une personne pourrait lui être interdit si elle a été condamnée pour avoir participé à des actes de violence contre des personnes ou des biens lors d'une manifestation ou d'un rassemblement en Suisse ou à l'étranger, ou exceptionnellement si « des preuves policières indiquent qu'elle a pris part à de tels actes ».

Selon l'art. 24h al. 2 nLMSI, sont notamment considérées comme des preuves policières les plaintes pénales reposant sur des constatations policières (let. a) et les décisions policières d'interdiction d'accès et de renvoi (let. b). Cette énumération n'est pas exhaustive en raison de l'utilisation du terme « notamment ». Le rapport explicatif renvoie ensuite explicitement à l'art. 5 OMAH, selon lequel des déclarations crédibles de la police ou de particuliers ou des communications d'autorités étrangères doivent également suffire comme présomption de dangerosité.

Or, ni les plaintes pénales déposées par la police, ni les décisions d'éloignement ou de renvoi, et encore moins les déclarations crédibles, ne prouvent l'existence d'une infraction. Le rapport explicatif explique cela par le fait que plusieurs années peuvent s'écouler jusqu'à ce qu'une personne soit définitivement condamnée, lorsqu'un recours est déposé contre un jugement ou une ordonnance pénale et qu'attendre des années avant d'imposer une interdiction de sortie du territoire irait à l'encontre des objectifs préventifs de la mesure. Cela peut être vrai, mais est néanmoins normal dans un État de droit où seul un jugement définitif permet de prouver l'existence d'une infraction. L'article 24h nLMSI est donc contraire au principe de la présomption d'innocence. Il n'est pas justifié d'ordonner une interdiction de sortie du territoire à titre préventif et sans preuve qu'une infraction ait effectivement été commise.

En plus des conditions de l'al. 1 let. a, il doit exister (art. 24h al. 1 let. b nLMSI) des soupçons concrets que la personne cherche à se rendre à l'étranger pour prendre part dans ce pays à des actes de violences dirigés contre des personnes ou des biens dans le cadre d'un défilé ou d'une manifestation à caractère international. Le degré de gravité qui doit être atteint pour les actes de violence contre des biens n'est pas précisé. Il doit au contraire être précisé expressément que toute atteinte aux biens ne suffit pas à ordonner une interdiction de quitter le territoire mais que ces actes doivent atteindre un certain degré de gravité.

Le rapport explicatif reconnaît justement que l'interdiction de se rendre à l'étranger touche à la liberté d'expression. Ceci est expliqué par le fait que la réglementation prévue ne s'appliquerait qu'à des personnes qui participeraient avec une haute vraisemblance à des actes de violence, ce qui n'est pas protégé par la liberté d'expression. De cette manière, le droit fondamental à la liberté d'expression ne serait pas touché. Une simple probabilité, même élevée, que la personne pourrait participer à l'avenir à des actes de violence ne suffit toutefois pas pour ne pas toucher au droit à la liberté d'expression. Ceci en particulier car à ce stade il n'existe aucune condamnation entrée en force qui prouve la commission des prétendus actes de violence. Cette réglementation entraîne donc une atteinte aux droits fondamentaux en matière de liberté d'expression et de liberté personnelle, qui ne peut pas être justifiée par une simple probabilité que des actes violents soient commis à l'avenir.

De plus, on peut se demander comment il serait possible de prédire d'éventuels comportements violents futurs qui pourraient survenir dans le cadre d'une manifestation. Le comportement potentiel d'une personne ne peut pas être simplement déduit des comportements passés, surtout avec une notion aussi floue de la « violence ». Déjà dans le domaine du droit pénal, les pronostics négatifs en matière de récidive sont l'exception et les difficultés d'établir un pronostic ont été largement discutées en droit.

Dans le rapport explicatif lui-même, il est dit que l'interdiction de se rendre à l'étranger fait partie des « mesures policières préventives »⁶⁵. Il en ressort que cette interdiction ne relève

⁶⁵ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif, p. 33.

pas du domaine du renseignement et n'a donc rien à faire dans le projet de loi proposé. Cela relève d'une confusion typique entre les activités policières et les activités de renseignement, qui doivent pourtant être clairement distinguées.

9.2 Art. 24k nLMSI – Limite d'âge

L'application de cette mesure dès 15 ans (art. 24k nLMSI) doit être biffée.

Selon l'art. 24k nLMSI, l'interdiction de se rendre à l'étranger pourrait être ordonnée contre toute personne de plus de 15 ans. Les mesures contre les enfants et les adolescents doivent, comme le droit pénal des mineurs, déployer un effet éducatif. La mesure prévue contre les mineurs dès 15 ans est donc hautement problématique sur ce point et entre en contradiction avec la convention de l'ONU sur les droits de l'enfant, ratifiée par la Suisse.

10 Traitement de données et assurance qualité : algorithmes et reconnaissance faciale

Il convient de renoncer au traitement automatisé de données personnelles et au traitement de données biométriques. En tout cas, il ne doit pas être effectué sans base légale explicite. Une telle base devrait tenir suffisamment compte des intérêts en matière de droits fondamentaux et prévoir des limites strictes ainsi que des mesures de protection adéquates. L'utilisation de données biométriques et le traitement automatisé de données personnelles par les services de renseignement ne se justifient toutefois pas au vu de la grave atteinte aux droits fondamentaux qu'ils impliqueraient et des problèmes fondamentaux que posent de telles technologies dans leur ensemble.

L'AS-Rens a publié son rapport d'activité en mars 2022. Dans ce rapport, elle a annoncé que le SRC utilisait depuis 2020 un système de reconnaissance faciale permettant d'identifier des personnes sur des photos. L'autorité de surveillance indépendante constate que le SRC procède ainsi, bien qu'aucun des systèmes d'information ne prévoit un tel traitement de données biométriques.

Il est frappant de constater que le présent projet de révision estime certes « indispensable » l'utilisation de programmes capables d'apprendre pour la recherche et la catégorisation d'informations, mais qu'il renonce en même temps à une réglementation légale des conditions et des limites à leur appliquer. Au lieu de cela, il s'en tient à une déclaration du bout des lèvres et incompréhensible selon laquelle l'utilisation de l'intelligence artificielle, avec le risque d'atteintes graves aux droits fondamentaux, n'est « pas prévue »⁶⁶.

La législation révisée en matière de protection des données prévoit des mesures de protection particulières concernant les données biométriques, notamment en les considérant comme sensibles⁶⁷. De même, le traitement automatisé de données personnelles qui présente un risque élevé pour la personnalité ou les droits fondamentaux de la personne concernée est qualifié de « profilage à risque élevé » (art. 5 let. g nLPD), ce qui implique diverses mesures de protection.

⁶⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif, p. 21.

⁶⁷ Art. 5 let. c ch. 4 nLPD.

Dans ce contexte législatif, il n'appartient pas au Conseil fédéral ou au SRC de déterminer quand des données biométriques ou un traitement automatisé de données personnelles constituent une atteinte grave aux droits fondamentaux. Il appartient plutôt au Parlement d'élaborer, le cas échéant, une base légale qui tienne suffisamment compte des intérêts en matière de droits fondamentaux. L'utilisation de données biométriques et le traitement automatisé de données personnelles par les services de renseignement entraîneraient toutefois de graves atteintes aux droits fondamentaux, notamment parce qu'ils permettraient d'analyser de grandes quantités de données. En outre, ces systèmes posent toute une série de problèmes fondamentaux (notamment : grand nombre de personnes concernées par une utilisation ou manque de ciblage des systèmes ; manque de transparence et de traçabilité ; effet discriminatoire, en particulier des systèmes de reconnaissance faciale). On peut donc se demander dans quelle mesure l'utilisation de données biométriques ou le traitement automatisé de données personnelles dans le domaine du renseignement peuvent se justifier.

En vous remerciant d'avance de prendre en compte ces remarques dans la suite de vos travaux et en restant à votre disposition pour toute information complémentaire, je vous prie d'agréer, Madame la Conseillère fédérale, Madame, Monsieur, l'expression de mes salutations distinguées.



Florian Schweri

Annexe :

– Bibliographie

Bibliographie

Documents officiels

CHAMBRES FÉDÉRALES, Loi fédérale sur la protection des données (LPD), FF 2020 7397 (cité : nLPD).

COMMISSIONS DE GESTION DES CHAMBRE FÉDÉRALES, Rapport annuel 2019 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales, 28 janvier 2020, FF 2020 2865 (cité : Rapport 2019).

COMMISSIONS DE GESTION DES CHAMBRE FÉDÉRALES, Rapport annuel 2020 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales, 26 janvier 2021, FF 2021 570 (cité : Rapport 2020).

COMMISSIONS DE GESTION DES CHAMBRE FÉDÉRALES, Rapport annuel 2021 des Commissions de gestion et de la Délégation des Commissions de gestion des Chambres fédérales, 25 janvier 2022, FF 2022 513 (cité : Rapport 2021).

COMMISSION D'ENQUÊTE PARLEMENTAIRE, Événements survenus au DFJP Rapport de la commission d'enquête parlementaire (CEP) du 22 novembre 1989, FF 1990 I 593 (cité : Rapport CEP).

COMMISSION D'ENQUÊTE PARLEMENTAIRE, Événements survenus au DFJP Rapport complémentaire de la commission d'enquête parlementaire (CEP) du 29 mai 1990, FF 1990 II 1469 (cité : Rapport complémentaire).

CONSEIL FÉDÉRAL, Décision de portée générale concernant l'interdiction des groupes « Al-Qaïda » et « État islamique » et des organisations apparentée, FF 2022 1802 (cité : Décision générale).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la loi fédérale sur des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure ainsi que l'initiative populaire « S. o. S. – pour une Suisse sans police fouineuse », 7 mars 1994, FF 1994 II 1123 (cité : Message LMSI).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la loi sur le renseignement, 19 février 2014, FF 2014 2029 (cité : Message LRens).

CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif concernant la révision de la loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement, mai 2022 (cité : Rapport explicatif).

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31 août 2021, [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_FRA.pdf] (14.08.2022) (cité : Guide 8).

DÉLÉGATION DES COMMISSIONS DE GESTION DES CHAMBRES FÉDÉRALES, Traitement des données dans le système d'information relatif à la protection de l'Etat (ISIS). Rapport de la Délégation des commissions de gestion des Chambres fédérales, 21 juin 2010, FF 2010 7003 (cité : Rapport ISIS).

SERVICE DE RENSEIGNEMENT DE LA CONFÉDÉRATION, La sécurité de la Suisse 2022, juin 2022.

Doctrine

DONATSCH Andreas/HANSJAKOB Thomas/LIEBER Viktor/SUMMERS Sarah (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung*, 2^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2014.

FROWEIN Jochen Abr/PEUKERT Wolfgang, *EMRK-Kommentar*, 3^e éd., Kehl am Rhein 2009.

GONIN Luc/BIGLER Olivier, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) : commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Berne (Stämpfli) 2018.

GYÖRFFY Viktor, *Quellenschutz im Strafprozess*, in: *medialex 6/16 et medialex Jahrbuch 2016* (cité : Quellenschutz).

GYÖRFFY Viktor, *Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB)*, 25 mai 2022 (cité : Rechtsgutachten).

KREYDEN Aileen, *Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz : wie kann bei geheimen Überwachungsmaßnahmen Rechtsschutz gewährt werden ?*, Zurich (Schulthess) 2017.

MEYER-LADEWIG Jens/NETTESHEIM Martin/VON RAUMER Stefan (édit.), *EMRK : Europäische Menschenrechtskonvention : Handkommentar*, 4e éd., Baden-Baden (Nomos) 2017 (cité : Handkommentar CEDH-AUTEUR).

MÜLLER Jörg Paul/SCHEFER Markus, *Grundrechte in der Schweiz*, 4e éd., Berne 2008.

NIGGLI Marcel Alexander/HEER Marianne/WIPRÄCHTIGER Hans (édit.), *Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung und Jugendstrafprozessordnung*, 2^e éd., Bâle (Helbing) 2014 (cité : BSK CPP-AUTEUR).

SCHWERI Florian, *Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète : analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Université de Genève, Master, 2021, [<https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>].

Jurisprudence

COUREDH, 6 septembre 1978, affaire *Klass et autre c. Allemagne*, n° 5029/71.

COUREDH, 2 août 1984, affaire *Malone c. Royaume-Uni*, n° 8691/79.

COUREDH, 26 mars 1987, affaire *Leander c. Suède*, n° 9248/81.

COUREDH, 27 mars 1996, affaire *Goodwin c. Royaume-Uni (GC)*, n° 17488/90.

COUREDH, 25 mars 1998, affaire *Kopp c. Suisse*, n° 23224/94.

COUREDH, 28 janvier 2003, affaire *Peck c. Royaume-Uni*, n° 44647/98.

COUREDH, 17 juillet 2003, affaire *Perry c. Royaume-Uni*, n° 63737/00.

COUREDH, 22 novembre 2007, affaire *Voskuil c. Pays-Bas*, n° 64752/01.

COUREDH, 18 mai 2010, affaire *Kennedy c. Royaume-Uni*, n° 26839/05.

COUREDH, 4 décembre 2015, affaire *Roman Zakharov c. Russie*, n° 47143/06.

COUREDH, 13 septembre 2018, affaire *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*, n°^{OS} 58170/13, 62322/14, 24960/15.

COUREDH, 6 janvier 2021, affaire *Jecker c. Suisse*, n° 35449/14.

ATF 109 Ia 273

ATF 132 I 184

ATF 140 IV 108

ATF 146 IV 36

ATF 147 I 103

ATF 147 I 280

Gähwil SG, 9. September 2022

**Vernehmlassungsverfahren: Revision des Bundesgesetzes über den
Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015**

Frist: 9. September 2022

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Amherd

Sehr geehrte Damen und Herren

Bezugnehmend auf Ihre Vernehmlassungseröffnung zum Entwurf zur Änderung des Nachrichten-
dienstgesetzes (NDG) vom 18.05.2022 erhalten Sie anbei eine Stellungnahme.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitende Anmerkungen.....	4
2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke	5
2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»	5
2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben.....	8
2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG.....	9
2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person	9
2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG	9
2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG.....	10
3. Auskunftsrecht.....	11
3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts	11
3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD	12
4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)	13
4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät.....	13
4.2 Bedingungen der Genehmigung.....	14
4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus.....	14
4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten	16
4.3. Genehmigungsverfahren	17
4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM.....	17
4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland	18
4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM	19
4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen.....	21
4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen	22
4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten	22
4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten.....	23
4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege	24
4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.....	25
4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen	27
4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland.....	30
4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung).....	30
4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland.....	31
4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist.....	31
4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung	32
5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB	33
6. «Internet» statt «Cyberraum»	34
6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG	34
6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG	34
7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND	34
8. Strafrechtliche Bestimmungen.....	34
8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot	34
8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot	35
8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen	36

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit	37
9. Ausweitung des Ausreiseverbots	37
9.1. Art. 24h nBWIS.....	37
9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze	39
10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung	39

1. Einleitende Anmerkungen

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDeI) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb muss man aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz sein – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüpfen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grundrechte erlauben, müssen diese so klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzun-

1 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

2 Vgl. Art. 3 aBWIS.

3 Vgl. BBI 1994 II 1127, hier 1171.

4 Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020-2971, hier 3045.

5 Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsteherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBI 2021-570, hier S. 111).

gen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine grundrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die Rechtsunterworfenen kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grundrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre Grundrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.⁶

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur so lange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen

⁸ Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.¹⁰ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-,

⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹¹

¹¹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹² Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹³ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch

12 Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

13 Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>;
<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkreten Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDel fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹⁴ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDel, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁵ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

3. Auskunftsrecht

3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und

¹⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

¹⁵ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBI 2010 7739, S. 2 ff.

der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁷ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁸

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁹ zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die Versammlungsfreiheit.²⁰ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagedarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese

¹⁶ Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

¹⁷ BGE 147 I 280, E 9.2.4.

¹⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

¹⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

²⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²¹ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²² Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen. Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²³ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²⁴ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

21 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

22 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

23 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBI 2014 2105, S. 2149.

24 BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁵ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEBM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

²⁵ Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEBM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁶ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁷ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁸

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁹ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»³⁰ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³¹

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend

26 Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

27 Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

28 Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, *Urteil vom 13. September 2018*, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

29 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

30 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.

31 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³² Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivisten, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.³³ Mehrere Berichte der GPDeI und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.³⁴ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁵

4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz

32 Vgl. EGMR, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31. August 2021, N 20.

33 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

34 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

35 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

demnach ersuchen, Überwachungsmaßnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

4.3. Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «*wesentlichen* Akten» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die

konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁶ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³⁷

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁸. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen

³⁶ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

³⁷ Vgl. SCHWERI FLORIAN, *Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme*, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.

³⁸ SR 173.320.4.

Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuteten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden,

müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die

Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁹.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.⁴⁰ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen

³⁹ EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

⁴⁰ Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, *soweit und solange* eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, *Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmassnahmen Rechtsschutz gewährt werden?*, Zürich, 2017, N 59.

Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴¹ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴² Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussonderungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwält*innen besteht daher die

41 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigte Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

42 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fliessenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelten Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen. Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.⁴³ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGers und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen

43 Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmaßnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige *materielle* Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzahungen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in

Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.⁴⁴ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.⁴⁵ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz

44 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 9.

45 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 10.

die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosse Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechungen nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als

betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine «Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁶ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.

2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁷
3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁸ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁹ Bereits mit der

46 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 12.

47 Vgl. Stellungnahme der Ärztesvereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

48 Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

49 Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur

bestehenden gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängigen Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und, dass die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme, der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se, wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «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 [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁵⁰

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte

Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: *medialex* 6/16 sowie *medialex* Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR, *Goodwin v. The United Kingdom* (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108.

50 BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikant. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beamt*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz – soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen. Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer

Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in jedem Falle aber nicht noch grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» änderten, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob diese die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen in diesem Verfahren gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als sehr zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, welche ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie beispielsweise Syrien oder Russland enthalten. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen, und hat entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht einfach eruiert werden kann, über welche Leitungen die Daten von und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten, dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruieren können soll als die Schweizer Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsleistungen, zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiberinnen und Anbieterinnen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der

NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelaufklärungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDeI hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDeI im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁵¹ Auch andere in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵²

6. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

⁵¹ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

⁵² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»«sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhten (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵³. Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenen Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen.

53 SR 122.

Nach der Publikation im Bundesblatt⁵⁴ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

54 Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵⁵ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts.

Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

55 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermassen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

9. Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann. Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und»

Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer

Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht

zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁶ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine

56 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

gesetzliche Regelung vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁷

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁸ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, inwieweit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüssen

Monika Filli

⁵⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 22.

⁵⁸ Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBl 2020 7639 ff.

Simone Gisler

Rychenbergstrasse 271

8404 Winterthur

Winterthur, 9. September 2022

**Vernehmlassungsverfahren: Revision des Bundesgesetzes über den
Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015**

Frist: 9. September 2022

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Amherd

Sehr geehrte Damen und Herren

Bezugnehmend auf Ihre Vernehmlassungseröffnung zum Entwurf zur Änderung des Nachrichtendienstgesetzes (NDG) vom 18.05.2022 erhalten Sie anbei eine Stellungnahme.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitende Anmerkungen.....	4
2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke	5
2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»	5
2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben.....	8
2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG.....	9
2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person	9
2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG	9
2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG.....	10
3. Auskunftsrecht.....	11
3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts	11
3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD	12
4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)	13
4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät.....	13
4.2 Bedingungen der Genehmigung.....	14
4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus.....	14
4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten	16
4.3. Genehmigungsverfahren.....	17
4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM.....	17
4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland	18
4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM	19
4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen.....	21
4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen	22
4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten	22
4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten	23
4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege	24
4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.....	25
4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen	27
4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland.....	30
4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung).....	30
4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland	31
4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist	31
4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung	32
5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB	33
6. «Internet» statt «Cyberraum»	34
6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG	34
6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG	34
7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND	34
8. Strafrechtliche Bestimmungen.....	34
8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot	34
8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot	35
8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen	36

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit	37
9. Ausweitung des Ausreiseverbots	37
9.1. Art. 24h nBWIS.....	37
9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze	39
10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung	39

1. Einleitende Anmerkungen

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDeI) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb muss man aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz sein – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüpfen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grundrechte erlauben, müssen diese so klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzungen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine

1 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

2 Vgl. Art. 3 aBWIS.

3 Vgl. BBI 1994 II 1127, hier 1171.

4 Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020-2971, hier 3045.

5 Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsteherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBI 2021-570, hier S. 111).

grundrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die Rechtsunterworfenen kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grundrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre Grundrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.⁶

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur so lange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen

⁸ Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.¹⁰ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-,

⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹¹

¹¹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹² Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹³ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch

12 Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

13 Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>;
<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkreten Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDel fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹⁴ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDel, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁵ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

3. Auskunftsrecht

3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und

¹⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

¹⁵ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBI 2010 7739, S. 2 ff.

der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁷ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁸

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁹ zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die Versammlungsfreiheit.²⁰ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagedarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese

16 Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

17 BGE 147 I 280, E 9.2.4.

18 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

19 Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

20 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²¹ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²² Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen. Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²³ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²⁴ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

21 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

22 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

23 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBI 2014 2105, S. 2149.

24 BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁵ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEBM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

²⁵ Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEBM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁶ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁷ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁸

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁹ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»³⁰ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³¹

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend

26 Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

27 Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

28 Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, *Urteil vom 13. September 2018*, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

29 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

30 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.

31 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³² Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivisten, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.³³ Mehrere Berichte der GPDeI und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.³⁴ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁵

4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz

32 Vgl. EGMR, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31. August 2021, N 20.

33 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

34 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

35 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

demnach ersuchen, Überwachungsmaßnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

4.3. Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «wesentlichen Akten» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die

konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁶ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³⁷

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁸. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen

³⁶ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

³⁷ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.

³⁸ SR 173.320.4.

Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuteten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden,

müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die

Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁹.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.⁴⁰ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen

³⁹ EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

⁴⁰ Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, *soweit und solange* eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, *Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmassnahmen Rechtsschutz gewährt werden?*, Zürich, 2017, N 59.

Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴¹ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴² Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussonderungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwält*innen besteht daher die

41 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigte Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

42 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fliessenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelten Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen. Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.⁴³ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGers und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen

43 Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmaßnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige *materielle* Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzahungen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in

Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.⁴⁴ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.⁴⁵ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz

44 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 9.

45 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 10.

die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosse Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechungen nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als

betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine «Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁶ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.

2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁷
3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁸ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁹ Bereits mit der

46 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 12.

47 Vgl. Stellungnahme der Ärztesvereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

48 Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

49 Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur

bestehenden gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängigen Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und, dass die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme, der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se, wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «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 [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁵⁰

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte

Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: *medialex* 6/16 sowie *medialex* Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR, *Goodwin v. The United Kingdom* (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108.

50 BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikater Natur. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beamt*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz – soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen. Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer

Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in jedem Falle aber nicht noch grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» änderten, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob diese die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen in diesem Verfahren gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als sehr zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, welche ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie beispielsweise Syrien oder Russland enthalten. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen, und hat entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht einfach eruiert werden kann, über welche Leitungen die Daten von und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten, dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruieren können soll als die Schweizer Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsleistungen, zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiberinnen und Anbieterinnen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der

NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelaufklärungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDeI hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDeI im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁵¹ Auch andere in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵²

6. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

⁵¹ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

⁵² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»«sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhten (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵³. Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenen Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen.

53 SR 122.

Nach der Publikation im Bundesblatt⁵⁴ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

54 Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵⁵ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts.

Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

55 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermassen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

9. Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann.

Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und»

Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer

Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht

zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁶ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine

56 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

gesetzliche Regelung vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁷

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁸ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, inwieweit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüssen

Simone Gisler

freischaffende Übersetzerin

57 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 22.

58 Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBl 2020 7639 ff.

Sundar Klingenberg

Balainenweg 21

2560 Nidau

Nidau, 09.09.2022

**Vernehmlassungsverfahren: Revision des Bundesgesetzes über den
Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015**

Frist: 9. September 2022

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Amherd

Sehr geehrte Damen und Herren

Bezugnehmend auf Ihre Vernehmlassungseröffnung zum Entwurf zur Änderung des Nachrichten-
dienstgesetzes (NDG) vom 18.05.2022 erhalten Sie anbei eine Stellungnahme.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitende Anmerkungen.....	4
2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke	5
2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»	5
2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben.....	8
2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG.....	9
2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person	9
2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG	9
2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG.....	10
3. Auskunftsrecht.....	11
3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts	11
3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD	12
4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)	13
4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät.....	13
4.2 Bedingungen der Genehmigung.....	14
4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus.....	14
4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten	16
4.3. Genehmigungsverfahren	17
4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM.....	17
4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland	18
4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM	19
4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen.....	21
4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen	22
4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten	22
4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten.....	23
4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege	24
4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.....	25
4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen	27
4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland.....	30
4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung).....	30
4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland.....	31
4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist.....	31
4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung	32
5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB	33
6. «Internet» statt «Cyberraum»	34
6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG	34
6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG	34
7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND	34
8. Strafrechtliche Bestimmungen.....	34
8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot	34
8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot	35
8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen	36

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit	37
9. Ausweitung des Ausreiseverbots	37
9.1. Art. 24h nBWIS.....	37
9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze	39
10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung	39

1. Einleitende Anmerkungen

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDeI) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb muss man aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz sein – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüpfen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grundrechte erlauben, müssen diese so klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzun-

1 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

2 Vgl. Art. 3 aBWIS.

3 Vgl. BBI 1994 II 1127, hier 1171.

4 Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020-2971, hier 3045.

5 Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsteherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBI 2021-570, hier S. 111).

gen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine grundrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die Rechtsunterworfenen kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grundrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre Grundrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.⁶

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur so lange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen

⁸ Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.¹⁰ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-,

⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹¹

¹¹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹² Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹³ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch

12 Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

13 Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>;
<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkreten Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDel fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹⁴ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDel, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁵ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

3. Auskunftsrecht

3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und

¹⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

¹⁵ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBI 2010 7739, S. 2 ff.

der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁷ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁸

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁹ zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die Versammlungsfreiheit.²⁰ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagedarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese

16 Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

17 BGE 147 I 280, E 9.2.4.

18 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

19 Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

20 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²¹ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²² Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen. Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²³ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²⁴ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

21 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 29.

22 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

23 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2149.

24 BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁵ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEBM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

²⁵ Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEBM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁶ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁷ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁸

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁹ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»³⁰ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³¹

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend

26 Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

27 Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

28 Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, *Urteil vom 13. September 2018*, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

29 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

30 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.

31 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³² Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivisten, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.³³ Mehrere Berichte der GPDeI und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.³⁴ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁵

4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz

32 Vgl. EGMR, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31. August 2021, N 20.

33 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

34 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

35 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

demnach ersuchen, Überwachungsmaßnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

4.3. Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «wesentlichen Akten» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die

konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁶ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³⁷

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁸. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen

³⁶ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

³⁷ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.

³⁸ SR 173.320.4.

Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuteten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden,

müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die

Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁹.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.⁴⁰ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen

³⁹ EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

⁴⁰ Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, *soweit und solange* eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, *Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmassnahmen Rechtsschutz gewährt werden?*, Zürich, 2017, N 59.

Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴¹ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴² Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussonderungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwält*innen besteht daher die

41 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigte Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

42 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fliessenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelten Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen. Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.⁴³ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGers und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen

43 Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmaßnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige *materielle* Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzahlen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in

Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.⁴⁴ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.⁴⁵ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz

44 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 9.

45 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 10.

die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosse Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechungen nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als

betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine «Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁶ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.

2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁷
3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁸ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁹ Bereits mit der

46 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 12.

47 Vgl. Stellungnahme der Ärztevereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

48 Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

49 Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur

bestehenden gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängigen Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und, dass die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme, der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se, wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «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 [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁵⁰

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte

Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: *medialex* 6/16 sowie *medialex* Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR, *Goodwin v. The United Kingdom* (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108.

50 BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikater Natur. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beamt*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz – soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen. Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer

Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in jedem Falle aber nicht noch grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» änderten, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob diese die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen in diesem Verfahren gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als sehr zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, welche ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie beispielsweise Syrien oder Russland enthalten. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen, und hat entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht einfach eruiert werden kann, über welche Leitungen die Daten von und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten, dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruieren können soll als die Schweizer Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsleistungen, zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiberinnen und Anbieterinnen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der

NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelaufklärungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDeI hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDeI im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁵¹ Auch andere in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵²

6. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

⁵¹ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

⁵² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»«sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhten (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵³. Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenen Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen.

53 SR 122.

Nach der Publikation im Bundesblatt⁵⁴ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

54 Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵⁵ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts.

Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

55 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermassen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

9. Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann.

Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und»

Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer

Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht

zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁶ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine

56 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

gesetzliche Regelung vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁷

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁸ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, inwieweit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung meiner Anmerkungen verbleibe ich

mit freundlichen Grüßen

Sundar Klingenberg

⁵⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 22.

⁵⁸ Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBl 2020 7639 ff.

Gähwil SG, 9. September 2022

**Vernehmlassungsverfahren: Revision des Bundesgesetzes über den
Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG) vom 25. September 2015**

Frist: 9. September 2022

Sehr geehrte Frau Bundesrätin Amherd

Sehr geehrte Damen und Herren

Bezugnehmend auf Ihre Vernehmlassungseröffnung zum Entwurf zur Änderung des Nachrichten-
dienstgesetzes (NDG) vom 18.05.2022 erhalten Sie anbei eine Stellungnahme.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitende Anmerkungen.....	4
2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke	5
2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»	5
2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben.....	8
2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG.....	9
2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person	9
2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG	9
2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG.....	10
3. Auskunftsrecht.....	11
3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts	11
3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD	12
4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)	13
4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät.....	13
4.2 Bedingungen der Genehmigung.....	14
4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus.....	14
4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten	16
4.3. Genehmigungsverfahren	17
4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM.....	17
4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland	18
4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM	19
4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen.....	21
4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen	22
4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten	22
4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten.....	23
4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege	24
4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.....	25
4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen	27
4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland.....	30
4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung).....	30
4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland.....	31
4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist.....	31
4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung	32
5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB	33
6. «Internet» statt «Cyberraum»	34
6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG	34
6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG	34
7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND	34
8. Strafrechtliche Bestimmungen.....	34
8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot	34
8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot	35
8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen	36

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit	37
9. Ausweitung des Ausreiseverbots	37
9.1. Art. 24h nBWIS.....	37
9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze	39
10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung	39

1. Einleitende Anmerkungen

Vor etwas mehr als 30 Jahren deckte eine Parlamentarische Untersuchungskommission auf, dass die eidgenössischen und kantonalen Behörden ohne gesetzliche Grundlage mehr als 900'000 Fichen und Dossiers über Personen und Organisationen angelegt hatten.¹ Mangelhafte gesetzliche Grundlagen und überholte Bedrohungsbilder hatten dazu geführt, dass Informationen über die rechtmässige Ausübung politischer Rechte von zumeist linken und kritischen Organisationen und Einzelpersonen gesammelt worden waren. Der Gesetzgeber handelte und erliess mit dem Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS) eine Bearbeitungsschranke (heute Art. 5 Abs. 5 NDG; ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS).² Dies ausdrücklich, um die Ausübung politischer Rechte und politischer Meinungsbildung zu schützen.³

Gleichwohl wurde im Juni 2022 öffentlich bekannt, dass der Nachrichtendienst des Bundes (NDB) – unter der alten Führung von Markus Seiler und Jean-Philippe Gaudin – über Jahre hinweg wissentlich gegen die Bearbeitungsschranke in Art. 5 NDG verstossen und sogar Empfehlungen sowie Gutachten der Geschäftsprüfungsdelegation (GPDeI) und des Bundesamts für Justiz (BJ) missachtet hat.⁴ Daraufhin kündete der NDB öffentlichkeitswirksam an, seine interne «Sammel-Weisung» an die gesetzliche Bearbeitungsschranke angepasst und seitdem mehr als 4 Millionen Daten gelöscht zu haben.⁵

Trotz der jahrelangen systematischen Verstösse gegen die Bearbeitungsschranke sollen mit der aktuellen Revision des Nachrichtendienstgesetzes die Kompetenzen des NDB wesentlich ausgeweitet und empfindlich in die individuellen Rechte der Betroffenen eingegriffen werden. Nicht zuletzt deshalb muss man aus rechtsstaatlichen Überzeugungen zunehmend besorgt um den Grund- und Menschenrechtsschutz in der Schweiz sein – namentlich im Zusammenhang mit den Tätigkeiten des NDB.

Dies beginnt bereits mit der vagen Formulierung der Bestimmungen, welche den Zweck und die Aufgaben des NDB festlegen, und an welche die gesetzlichen Befugnisse zur Bearbeitung von Daten anknüpfen. Wenn gesetzliche Bestimmungen aber Eingriffe in Grundrechte erlauben, müssen diese so klar und konkret sein, dass aus dem Gesetzeswortlaut vorhersehbar ist, unter welchen Voraussetzun-

1 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990.

2 Vgl. Art. 3 aBWIS.

3 Vgl. BBI 1994 II 1127, hier 1171.

4 Vgl. Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020-2971, hier 3045.

5 Vgl. Berichterstattung des SRF in 10vor10 vom 01. Juni 2022. Dies dürfte darauf zurückzuführen sein, dass die Vorsteherin des VBS den Direktor des NDB angewiesen hat, alle von der Geschäftsprüfungsdelegation vorgeschlagenen Massnahmen umzusetzen (vgl. Vgl. Jahresbericht 2020 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 26. Januar 2021, BBI 2021-570, hier S. 111).

gen die Rechtsunterworfenen hiervon betroffen sein können, und dass damit eine grundrechtskonforme Praxis gewährleistet ist. Sind die gesetzlichen Regelungen zu vage und offen formuliert, gibt das den rechtsanwendenden Behörden einen derart grossen Spielraum, dass für die Rechtsunterworfenen kaum abschätzbar ist, was die rechtlichen Konsequenzen sind, wenn sie ihre Grundrechte ausüben. Dadurch können die Rechtsunterworfenen davon abgeschreckt werden, ihre Grundrechte auszuüben («chilling effect»), was die politischen Rechte grundlegend beeinträchtigt. Insbesondere die Ausübung der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie die Meinungsfreiheit sind davon betroffen. Deshalb sind an gesetzliche Bestimmungen, welche in die freie Kommunikation eingreifen, besonders strenge Anforderungen an ihre Bestimmtheit zu stellen. Das NDG enthält jedoch teilweise sehr weit gefasste, unbestimmte Begriffe, aus denen nicht hinreichend deutlich wird, unter welchen Umständen ein Verhalten Anlass dazu geben kann, dass der NDB darüber Daten erfasst. Somit genügen diese Begriffe nicht als Grundlage für Eingriffe in Grundrechte.⁶

Die bestehenden Gesetzesvorschriften haben es bislang nicht vermocht, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen Datenbearbeitung sicherzustellen, u.a. auch wegen den vagen gesetzlichen Bestimmungen. Die Spielräume, die sich aus unbestimmten Rechtsbegriffen ergeben, dürfen nicht zur Folge haben, dass sich eine Praxis etabliert, welche immer wieder die Grundrechte verletzt. Die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung muss klaren gesetzlichen Schranken unterworfen sein. Nur so ist gewährleistet, dass nicht jede durch die Grundrechte geschützte politische Betätigung riskiert, vom Nachrichtendienst erfasst zu werden und die Grundrechte damit ausgehebelt werden.

Mit Blick auf die vorliegende Gesetzesvorlage erweisen sich insbesondere die weitere Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke, das mangelnde Auskunftsrecht, der Ausbau genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen, die Einführung von strafrechtlichen Bestimmungen sowie die Ausweitung des Ausreiseverbots als problematisch.

Zudem enthält die Gesetzesvorlage mehrere Bestimmungen, welche sich mit Regelungen in anderen Gesetzen überschneiden und welche in der Gesetzgebung zum Nachrichtendienst an der falschen Stelle geregelt wären. Dies betrifft insbesondere die vorgesehenen Strafbestimmungen sowie die Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen.

2. Aufweichung der Datenbearbeitungsschranke

2.1. Art. 5 Abs. 5 nNDG – «keine Personendaten»

Von der vorgeschlagenen Änderung von Art. 5 Abs. 5 nNDG ist abzusehen. Stattdessen sind die im Gesetz vorgesehenen Bearbeitungsschranken zu präzisieren.

⁶ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 5 N 5 ff.

Mit der in Art. 5 Abs. 5 NDG (ursprünglich Art. 3 Abs. 1 aBWIS) verankerten Bearbeitungsschranke, wonach der NDB keine Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz beschafft oder bearbeitet, sollte ursprünglich gewährleistet werden, dass Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte vor der nachrichtendienstlichen Informationsbearbeitung geschützt sind. Als zentral für die nachrichtendienstliche Bearbeitung von Informationen erachtete die Botschaft zum BWIS im Weiteren deren Bewertung nach Richtigkeit und Erheblichkeit. Die Botschaft hob hervor, dass Personendaten nur dann und nur so lange bearbeitet werden dürften, als dies zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig sei. Um diese Forderungen erfüllen zu können, solle die Prüfung nicht nur beim Eingang der Daten erfolgen, sondern sie müsse regelmässig wiederholt werden. Nur so könne gewährleistet werden, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden.⁷

Diese Anforderungen an die nachrichtendienstliche Informationsbearbeitung (keine Erfassung von Personen und Organisationen bei der Ausübung ihrer Grundrechte; Bewertung der Daten nach Richtigkeit und Erheblichkeit; Bearbeitung von Personendaten nur dann und nur solange, als es zur Erfüllung der gesetzlichen Aufgaben notwendig ist; Prüfung der Daten bei deren Eingang; periodische Überprüfung der erfassten Daten; Gewährleistung, dass keine falschen, überflüssigen oder unnötig gewordenen Informationen aufbewahrt und bearbeitet werden) waren fundamental bei dem als Folge des Fichenskandals angestossenen Bemühen, der nachrichtendienstlichen Tätigkeit eine klare gesetzliche Grundlage zu geben und eine nachrichtendienstliche Praxis zu etablieren, bei der die Wahrung der Grundrechte gewährleistet ist.

Die Grundrechte und die Bearbeitungsschranken, welche die Grundrechte im Gesetz verankern, sollten garantieren, dass sich Personen und Organisationen sicher sein können, bei ihrer Ausübung von politischen Grundrechten frei von der Beobachtung durch den Nachrichtendienst zu sein. Die Rechtsunterworfenen müssen sich sicher sein können, dass sie nur mit einem Eingriff in ihre Grundrechte rechnen müssen, wenn sie durch ihr Verhalten einen konkreten Anlass dafür geben. Ansonsten müssen sie davor geschützt sein, dass sie bei der Ausübung von Grundrechten, insbesondere bei politischer Betätigung, von nachrichtendienstlicher Datenbearbeitung tangiert sind.

In der Praxis ist dieser Schutz der Grundrechte allerdings nicht gewährleistet, wie aus verschiedenen Berichten der GPDel und etlichen von Betroffenen offen gelegten Einträgen in den nachrichtendienstlichen Datenbanken deutlich wird. Bereits in ihrem Bericht zur Datenbearbeitung im damaligen Staatsschutzinformationssystem ISIS vom 21. Juni 2010 stellte die GPDel ein starkes Anschwellen der Datenbestände und eine Reihe weiterer gravierender Missstände fest. Die Delegation gelangte zum Schluss, dass der Zustand der Daten die Zweckmässigkeit des Staatsschutzes grundlegend in Frage

⁷ Vgl. Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, S. 1171.

stelle. In den Jahresberichten 2019, 2020 und 2021 zeigt die GPDel weiter auf, dass der NDB Informationen über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit teilweise im Widerspruch zu den rechtlichen Vorgaben beschafft und bearbeitet hat. Die gesetzlichen Schranken, welche Personen und Organisationen, die sich politisch betätigen, vor einer Datenerfassung durch den Nachrichtendienst bewahren sollten, haben demnach in vielen Fällen nicht gewirkt.

Die aktuelle Revision des Nachrichtendienstgesetzes muss sicherstellen, dass der Schutz der Datenbearbeitungsschranke zukünftig auch in der Praxis gewährleistet ist. Tatsächlich verfehlt sie dieses Ziel gänzlich:

Mit der Revision soll der NDB nach Art. 5 Abs. 5 nNDG künftig nicht mehr «keine Informationen» sondern «keine *Personendaten* über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz» beschaffen und bearbeiten dürfen. In der Vergangenheit hat der NDB bereits mehrfach mit dem Begriff «Personendaten» argumentiert, um das Recht auf Auskunftserteilung und Löschung von Daten zu verweigern. So hat der NDB etwa in zwei Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht – Verfahrens-Nr. A-3275/2021 und A-4873/2021 – argumentiert, dass Daten, in welchen eine Person oder Organisation lediglich Erwähnung finden, keine Personendaten seien, weil sie vom NDB nicht als Personendaten verwendet würden. Aus diesem Grund bestünde an diesen Daten weder ein Anspruch auf Auskunftserteilung noch ein Grund zur Löschung.⁸

Demgegenüber haben die GPDel, das BVGer sowie das BJ wiederholt festgehalten, dass alle sich auf Personen und Organisationen beziehenden Informationen, welche der NDB mittels Suchfunktion in seinen Datenbeständen auffinden kann, von Gesetzes wegen als «personenbezogen erschlossen» gelten. Die entsprechenden Daten stellen somit datenschutzrechtlich Personendaten dar und unterliegen der Bearbeitungsschranke nach Art. 5 Abs. 5 NDG.

Nun bietet die neue Formulierung von Art. 5 Abs. 5 nNDG dem NDB aber weiteren Raum, Daten über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit mit der Argumentation beschaffen und bearbeiten zu können, es handle sich dabei nicht um Personendaten, weshalb die Daten nicht von der Datenbearbeitungsschranke erfasst seien. Damit ist der Schutz, welcher die Bearbeitungsschranke zu Gunsten der politischen Betätigung und der Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit bieten sollte, weitgehend wirkungslos. Nicht zuletzt ist die Terminologie in Art. 5 nNDG uneinheitlich: In Absatz 1 verwendet die Gesetzesvorlage weiterhin den Begriff «Informationen».

Die im Gesetz verwendeten Begriffe und die Bearbeitungsschranken sind im Rahmen der Revision des NDB zu präzisieren mit dem Ziel, eine grundrechtskonforme Praxis der nachrichtendienstlichen

⁸ Zum Ganzen vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022.

Datenbearbeitung gewährleisten zu können. Dabei ist an die Empfehlungen anzuknüpfen, welche die GPDel abgegeben hat,⁹ um die Erfassung von nicht gesetzeskonformen Daten zukünftig zu verhindern. Diese Empfehlungen sind nicht nur in den internen Weisungen des NDB umzusetzen, sondern soweit möglich in Gesetzesform zu verankern.

2.2. Art. 5 Abs. 5 nNDG – Ausnahme administrative Aufgaben

Die Ausnahme von Art. 5 Abs. 5 nNDG darf unter keinen Umständen bei Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit zur Anwendung kommen.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG zu regeln.

Neu wird in Art. 5 Abs. 5 nNDG eingeführt, dass Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-, Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit in der Schweiz vom NDB ausnahmsweise bearbeitet werden können, wenn dies der Erfüllung seiner administrativen Aufgaben dient.

Gegen die Bearbeitung von Daten zur Erfüllung von administrativen Aufgaben ist grundsätzlich nichts einzuwenden, wenn – wie im erläuternden Bericht erwähnt – diese Ausnahme tatsächlich nur bei zugewiesenen Parlamentsgeschäften oder im Rahmen des Auskunftsrechts zur Anwendung kommt. Auch dabei ist jedoch sicherzustellen, dass diese Ausnahme nur insoweit Anwendung findet, als es für die Erfüllung eigentlicher administrativer Aufgaben wirklich notwendig ist. Zudem darf die Ausnahme nur bei nicht nachrichtendienstlich relevanten Informationen angewendet werden.

In seiner jetzigen Praxis grenzt der NDB nachrichtendienstliche und administrative Informationen nicht konsequent voneinander ab und hat seine Datenbanken nicht zweckgetreu betrieben. Zudem hat er sich nicht an die Vorgaben gehalten, welche die Bundesverfassung, die EMRK sowie das NDG hinsichtlich der Datenerfassung und -bearbeitung vorgeben.¹⁰ Zukünftig muss klar sein, aus welchem Grund Daten erfasst werden, welchem Zweck deren Bearbeitung dient und es muss gewährleistet sein, dass die Zweckbindung strikt eingehalten wird. Er hat künftig sicherzustellen, dass Informationen konsequent nach ihrem Zweck den jeweiligen Datenbanken zugeordnet werden und die Ausnahme der administrativen Aufgaben nicht als Schlupfloch genutzt wird, um Daten zu sammeln und zu verknüpfen. Personendaten über die politische Betätigung und über die Ausübung der Meinungs-,

⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, S. 81.

¹⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 34 N 137 f.

Versammlungs- oder Vereinigungsfreiheit, die auch nachrichtendienstlich relevant sind, dürfen unter keinen Umständen zur Erfüllung administrativer Aufgaben bearbeitet werden.

Die Ausnahme zur Erfüllung administrativer Aufgaben ist schliesslich nicht in Art. 5 Abs. 5 nNDG, sondern in Art. 5 Abs. 6 nNDG – bei den weiteren Ausnahmen – aufzuführen. So wird deutlich, dass diese Personendaten grundsätzlich auch von der Datenbearbeitungsschranke erfasst sind und es sich nur um eine Ausnahme vom Grundsatz handelt.

2.3 Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG

In Art. 5 Abs. 6 lit. b und Art. 5 Abs. 8 nNDG ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. b nNDG können Daten über eine Organisation oder Person ausnahmsweise beschafft und bearbeitet werden, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass *eine* Organisation oder Person ihre Rechte ausübt, um Tätigkeiten nach Art. 6 Abs. 1 lit. a nNDG vorzubereiten oder durchzuführen. Dabei ist nicht klar, welche Daten und in Bezug auf wen diese Daten beschafft und bearbeitet werden dürfen. Es ist sicherzustellen, dass nur Daten von den betreffenden Organisationen und Personen beschafft und bearbeitet werden dürfen.

Für Art. 5 Abs. 8 nNDG gilt das gleiche.

2.4. Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG – Schutz einer Organisation oder Person

Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG ist zu streichen.

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. c nNDG kann der NDB Daten über eine Organisation oder Person beschaffen und bearbeiten, wenn es zu ihrem Schutz vor einer Aktivität nach Art. 6 Abs. 1 lit. a NDG notwendig ist. Diese bevormundende Haltung geht nicht mit einem demokratischen Rechtsstaat einher. Es ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der NDB die Erfassung von Daten über Organisationen in der Vergangenheit bereits mit diesem Ansatz begründet hat, wobei der NDB viele Informationen über die entsprechenden Organisationen erfasst und deren Aktivitäten teilweise auch aus nachrichtendienstlicher Sicht kommentiert und eingeordnet hat. Die in der betreffenden Organisation aktiven Personen verlieren mit diesem Ansatz weitgehend den Schutz davor, ihre Grundrechte frei von Beobachtung durch den Nachrichtendienst ausüben zu können.¹¹

¹¹ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 31 N 124 und S. 33 f. N 133 ff.

2.5 Art. 45 Abs. 4 nNDG

Art. 45 Abs. 4 nNDG muss ersatzlos gestrichen werden.

Gemäss Art. 45 Abs. 4 nNDG kann der NDB Daten ans Ausland geben, um überhaupt festzustellen, ob es sich um nachrichtendienstliche Daten handelt. Diese Datenweitergabe ist nicht zu rechtfertigen, da die Schweiz über Daten, welche ausländischen Geheimdiensten zur Verfügung gestellt worden sind, keine Kontrolle mehr hat. Es ist davon auszugehen, dass sämtliche Daten, auch wenn diese dann in der Schweiz gelöscht wurden, im Ausland weiterhin gespeichert werden. Schon seit Jahren ist bekannt, dass die Schweiz als Tier-B «focused cooperation»-Partner zum engsten Kreis der Geheimdienste um NSA und Five Eyes gehört.¹² Seit mehr als einem Jahrzehnt werden von diesen Geheimdiensten enorm grosse Datenmengen gespeichert.¹³ Es ist nicht davon auszugehen, dass eine Löschung von Daten dort erfolgt.

2.6 Art. 46 nNDG – Prüfung der Anwendung von Art. 5 Abs. 5 nNDG

Auch bei der Anonymisierung von Personendaten sind Rückschlüsse auf die Person oder Organisation und damit Grundrechtsverletzungen möglich.

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Ist dies der Fall und liegt keine Ausnahme nach Artikel 5 Absätze 6 oder 8 vor, so löscht der NDB die Personendaten umgehend.»

Die Prüfung, ob das Bearbeiten von Daten zulässig ist, muss immer bereits bei deren Erfassung gemacht werden und darf nicht erst bei deren Verwendung als Arbeitsdaten passieren – ansonsten besteht ein nicht zu rechtfertigender Grundrechtseingriff. Art. 46 Abs. 2 nNDG ist wie folgt zu ändern: «Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen erfolgt diese Prüfung sofort bei der Erfassung.»

Gemäss Art. 5 Abs. 6 lit. a nNDG ist die Bearbeitung der Daten, welche unter die Bearbeitungsschranke fallen, ausnahmsweise möglich, wenn es nach Art. 46 Abs. 1 nNDG notwendig ist. Nach Art. 46 Abs. 1 nNDG prüft der NDB, wenn nachrichtendienstliche Daten vorliegen, ob Art. 5 Abs. 5 nNDG zur Anwendung kommt und anonymisiert gegebenenfalls die Personendaten. Der vorgesehene Prozess nach Art. 5 Abs. 5 i.V.m. Art. 46 nNDG ist insgesamt unklar und ein zirkulärer Verweis.

Gemäss Datenschutzgesetz sind Daten personenbezogen, wenn die Personen, auf welche sich die Daten beziehen, bestimmt oder bestimmbar sind (vgl. Art. 3 lit. a DSG). Eine Anonymisierung durch

12 Vgl. <https://www.elmundo.es/espana/2013/10/30/5270985d63fd3d7d778b4576.html>.

13 Vgl. <https://www.heise.de/tp/features/XKeyscore-oder-die-totale-Informationshoheit-3399943.html>;
<https://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

den NDB ist demnach nur dann ausreichend, wenn von den nachrichtendienstlichen Daten keine Rückschlüsse auf die Identität von Personen oder die konkreten Organisationen mehr möglich sind. Wird etwa eine Person in einem nachrichtendienstlichen Datensatz ohne Namen genannt, obwohl sich im Kontext leicht herausfinden lässt, um wen es sich tatsächlich handelt, so ist die Anonymisierung unzureichend.

Bei Personendaten aus öffentlich zugänglichen Quellen und bei gesondert abgespeicherten Personendaten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen soll die Prüfung gemäss Art. 46 Abs. 2 nNDG zudem erst erfolgen, bevor der NDB die Daten als Arbeitsdaten verwendet. Dem Nachrichtendienst wäre es damit zukünftig möglich, Informationen zu politischen Ereignissen und Tätigkeiten zu sammeln und abzuspeichern, sofern er diese nicht aktiv einer Person zuordnet. Dies schafft eine gesetzliche Grundlage dafür, beliebige Informationen zu erfassen und erst in einem zweiten Schritt zu überprüfen, ob sie für den NDB überhaupt relevant sind und ob sie unter eine Ausnahme fallen. Mit diesem Grundsatz wird die Bearbeitungsschranke von Art. 5 NDG vollständig ausgehebelt. Bezeichnend ist zudem, dass keine Frist vorgesehen ist, in welcher die Überprüfung nach Art. 46 Abs. 1 nNDG vorgenommen werden muss. Die Regelung erscheint als Schlupfloch für die jetzige Praxis des NDB, wonach Daten zum Teil über Jahre hinweg und ohne ersichtlichen Grund in den nachrichtendienstlichen Datenbanken behalten werden. So stellt auch die GPDel fest, dass falsche, unnütze und für den Staatsschutz belanglose Daten vom NDB unsystematisch und zufällig gesammelt sowie fehlerhaft verwendet werden, und dass die Löschung solcher Daten sowie von Daten, welche der Bearbeitungsschranken unterliegen, nicht zuverlässig funktioniert.¹⁴ Bereits im Jahr 2010 forderte die GPDel, dass das Sammeln dieser Informationen verhindert werden muss.¹⁵ Wenn Daten unter die Datenbearbeitungsschranke fallen, dürfen diese überhaupt nicht bearbeitet werden. Eine allfällige nachträgliche Löschung ändert daran nichts.

3. Auskunftsrecht

3.1. Art. 63a Abs. 8 nNDG – Verweigerung des Auskunftsrechts

Art. 63a Abs. 8 nNDG ist zu streichen. Das stellvertretende Einsichtsrecht des EDÖB gemäss Art. 63a Abs. 3 ff. nNDG ist kein Ersatz für die wirksame Beschwerde.

Gemäss Art. 63a Abs. 8 nNDG können die Auskünfte nach den Absätzen 1 und 2 und die Mitteilungen nach den Absätzen 3 und 4 nicht angefochten werden. Diese Verweigerung des Auskunftsrechts und

¹⁴ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie die Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDel.

¹⁵ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010, BBI 2010 7739, S. 2 ff.

der Ausschluss von Rechtsmitteln dagegen tangieren die Grundrechte und verstossen gegen das Recht auf wirksame Beschwerde gemäss Art. 13 EMRK. Bereits heute ist die Auskunftspraxis des Nachrichtendienstes kaum EMRK konform.¹⁶ Das Bundesgericht hat festgehalten, dass das indirekte Auskunftsrecht nach Art. 64 f. NDG per se keine wirksame Beschwerdemöglichkeit nach Art. 13 EMRK gewährleistet.¹⁷ Es ist untragbar, dass diese spärlich ausgestalteten Rechte mit der Revision weiter beschnitten werden. Selbst der erläuternde Bericht erkennt, dass «die Verfassungs- und Völkerrechtskonformität des Verzichts auf ein ordentliches Rechtsmittel für die betroffene Person bei der Einschränkung oder Verweigerung des Auskunftsrechts» noch umstritten sei und im Verlaufe des Vernehmlassungsverfahrens vertiefter geklärt werde.¹⁸

Ein funktionierendes Auskunftsrecht ist umso bedeutender, als der NDB in den letzten Jahren unrechtmässig Daten erhoben hat. Die GPDel kommt in ihrem Jahresbericht 2019¹⁹ zum Schluss, dass der NDB nicht gewährleisten kann, dass seine Daten in Übereinstimmung mit den Vorgaben des NDG bearbeitet werden. So wurde ein grosser Teil der erhobenen Daten nie auf ihre Konformität mit den Schranken von Art. 5 NDG überprüft. Dies, obwohl die nachrichtendienstliche Datenbearbeitung Rechte tangiert, welche durch die EMRK und die BV geschützt sind; so etwa die informationelle Selbstbestimmung als Bestandteil des Rechts auf Schutz des Privatlebens, die Meinungsäusserungsfreiheit und – soweit es um Meinungsäusserungen anlässlich von Kundgebungen geht – die Versammlungsfreiheit.²⁰ Wenn Daten zu Unrecht erfasst werden, muss zumindest ein funktionierendes Auskunftsrecht zur Verfügung stehen.

3.2. Art. 64 nNDG – Auskunft im Rahmen der ELD

Mit der Formulierung von Art. 64 nNDG muss auch in der Praxis gewährleistet sein, dass die Auskunft von anderen Behörden tatsächlich funktioniert.

Gemäss Art. 64 nNDG obliegt die Pflicht zur Auskunft über die in der ELD (Elektronische Lagedarstellung) enthaltenen Personendaten den Behörden von Bund und Kantonen, welche diese

¹⁶ Vgl. etwa EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978 oder EGMR, *Leander gegen Schweden*, 9248/81, vom 26. März 1987.

¹⁷ BGE 147 I 280, E 9.2.4.

¹⁸ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

¹⁹ Jahresbericht 2019 der Geschäftsprüfungskommissionen und der Geschäftsprüfungsdelegation der eidgenössischen Räte vom 28. Januar 2020, BBI 2020, S. 81.

²⁰ Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 49 N 188.

abgespeichert haben. Das kann nur funktionieren, wenn diese Behörden die Auskunftsgesuche auch tatsächlich erhalten und dieser Pflicht nachkommen. So steht im erläuternden Bericht zwar, dass der NDB die Auskunftsgesuche an die zuständigen Behörden weiterleitet,²¹ ein Rechtsgutachten zeigt jedoch, dass in Einzelfällen eine grosse Anzahl an ELD-Einträgen von anderen Behörden existieren und die Auskunft hierzu verweigert wurde – es könne vom NDB nicht eruiert werden, von welchen Behörden die Einträge seien.²² Art. 64 nNDG darf einer solchen Argumentation keinen Raum lassen, damit das Recht auf Auskunft nicht umgangen werden kann.

4. Genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen (GEBM)

4.1. Art. 14 nNDG – verdeckte präventive Überwachung mittels Ortungsgerät

Auf den Einsatz von Ortungsgeräten ohne richterliche Genehmigung ist zu verzichten. Generell müssen Observationen – mit oder ohne Ortungsgeräte – immer als GEBM ausgestaltet sein.

Gemäss Art. 14 nNDG kann der NDB während der Dauer einer Observation zur Unterstützung ein Ortungsgerät an einem Fahrzeug oder Gegenstand einsetzen, wenn dies für die Sicherstellung der Kontinuität der Überwachung erforderlich ist. Die Übermittlung der Daten wird gestoppt, wenn die Observation beendet ist oder der Sichtkontakt dauerhaft verloren geht. Obwohl die Observation geheim durchgeführt wird, zählt sie nicht zu den genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen. Der Bundesrat rechtfertigt diesen Verzicht auf ein Genehmigungsverfahren damit, dass die Observation einen «relativ geringen»²³ Eingriff in die Grundrechte der überwachten Person darstelle.

Die Anordnung einer Observation mittels Ortungsgerät ohne richterliche Genehmigung ist hochproblematisch: In einem Leitentscheid hat das Bundesgericht festgestellt, dass die präventive GPS-Überwachung ohne richterliche Genehmigung ein erhebliches Missbrauchspotential birgt. Bereits einzelne Missbräuche dieser Überwachungsmöglichkeit könnten unter Umständen zu einer generellen Misstrauensstimmung führen und somit schädliche Folgen für die freiheitliche, demokratische Ordnung haben.²⁴ Die vom Bundesrat vertretene Ansicht, wonach der vorgeschlagene Einsatz eines Ortungsgerätes durch den NDB sich von demjenigen im Sinne einer polizeilichen Observation unterscheidet, ist nicht überzeugend.

21 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBI 2022, S. 29.

22 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, S. 24 N 93.

23 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBI 2014 2105, S. 2149.

24 BGE 147 I 103, E. 17.5.2.

Auch – oder gerade – im öffentlichen Raum haben Personen ein Recht auf Achtung ihres Privatlebens. So stellt gemäss EGMR die Aufzeichnung von Daten durch eine staatliche Verwaltung – auch an einem öffentlichen Ort – ein Eingriff in das Recht auf Privatleben dar.²⁵ Menschen sollten grundsätzlich nicht damit rechnen müssen, dass ein Geheimdienst ihre Gespräche aufzeichnet und potenziell über Jahrzehnte speichert. Dass im aktuellen Gesetz sowie im Gesetzesentwurf weder ein richterliches Genehmigungsverfahren noch die nachträgliche Mitteilung an die überwachte Person vorgesehen sind, bedeutet zudem, dass diese Massnahme *de facto* keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegt. Ein Umstand, der in einem Rechtsstaat unhaltbar ist.

Die Schwere des Grundrechtseingriffs ergibt sich zudem nicht nur aus der Suche nach einer bestimmten Information, sondern auch aus der Verknüpfung von Daten aus mehreren Quellen. Bei der Observation können visuelle Aufzeichnungen (Fotos, Videos) gemacht werden. Zudem verfügt der NDB über ein Gesichtserkennungssystem, was die Identifizierung von Personen und damit die Verknüpfung mit anderen Daten erleichtert. Selbst wenn Daten also im öffentlichen Raum gesammelt werden, verschärft ihre Speicherung und Verknüpfung mit anderen Informationen innerhalb einer staatlichen Datenbank den staatlichen Grundrechtseingriff.

Da eine nachträgliche Information in aller Regel unterbleiben wird, ist die Überprüfung, ob die schwerlich nachvollziehbaren Grenzen einer solchen Überwachung eingehalten wurden und gegebenenfalls die Ortungsgeräte tatsächlich abgeschaltet wurden, zudem kaum möglich. Die Bestimmung überzeugt nicht zuletzt deshalb nicht, weil die Beamt*innen auch bei dauerhaftem Verlust des Sichtkontaktes eine Überwachung vernünftigerweise nicht gänzlich «stoppen» können, weil sie dazu auch das Ortungsgerät wieder demontieren müssen.

Es muss noch darauf hingewiesen werden, dass der NDB bereits heute über die Möglichkeit verfügt, eine Person oder eine Sache zu lokalisieren (Art. 26 Abs. 1 lit. b NDG). Der neue Art. 14 Abs. 3 nNDG und der Vorbehalt in Art. 26 Abs. 1 lit. b nNDG *in fine* haben als einzige Folge eine weitere Verletzung der Privatsphäre der Bürgerinnen und Bürger, während der Schutz, den Art. 14 NDG bietet, bereits heute ungenügend ist, um die internationalen Normen, denen die Schweiz unterliegt, zu erfüllen.

4.2 Bedingungen der Genehmigung

4.2.1. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG– Erweiterung auf gewalttätigen Extremismus

GEBM dürfen nicht auf gewalttätigen Extremismus ausgeweitet werden.

²⁵ Statt vieler vgl. EGMR, *Peck gegen Vereinigtes Königreich*, 44647/98, Urteil vom 28. Januar 2003, § 59 oder EGMR, *Perry gegen Vereinigtes Königreich*, 63737/00, Urteil vom 17. Juli 2003; vgl. auch § 38; GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 54.

Für den Ausdruck «gewalttätiger Extremismus» existiert keine gesetzlich-verbindliche Definition. Damit liegt keine genügende gesetzliche Grundlage für Grundrechtseingriffe und ein Verstoss gegen die Anforderungen von Art. 8 EMRK vor.

Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 1 nNDG sieht vor, dass GEBM neu für alle in Art. 19 Abs. 2 nNDG genannten Bedrohungen angeordnet werden können. Damit sind GEBM nun auch zur Aufklärung von gewalttätig-extremistischen Aktivitäten einsetzbar.

Jede geheime Überwachung führt zu einem Eingriff in das Recht auf Privatleben gemäss Art. 8 EMRK und muss daher klar, vorhersehbar und besonders präzise in einem Gesetz vorgesehen sein.²⁶ Das Gesetz muss zudem die Bedingungen auflisten, unter welchen die Behörden eine Person überwachen dürfen,²⁷ und die Straftaten und Personenkategorien definieren, die überwacht werden können.²⁸

Demgegenüber hat der Bundesrat den Begriff «gewalttätiger Extremismus», zu dessen Abwendung nun GEBM angewendet werden dürfen, nicht abschliessend definiert. Vielmehr hat er bereits im Zusammenhang mit dem BWIS festgestellt, dass – ebenso wenig wie Terrorismus – «auch der Begriff des Extremismus definitorisch nicht abschliessend erfassbar»²⁹ ist und das Gesetz aus diesem Grund «bewusst eine Legaldefinition dieser Begriffe»³⁰ vermeide. Art. 19 Abs. 2 nNDG stellt in dem Sinne auch keine Legaldefinition der dort aufgelisteten Bedrohungen auf, sondern schlicht eine Beschreibung.³¹

Aus diesem Grund existiert inhaltlich keine rechtlich bindende Definition des Begriffs «gewalttätiger Extremismus». Wie der NDB diesen Begriff künftig auslegen und anwenden wird, ist damit weitgehend

26 Vgl. GONIN LUC/BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8 N 53 und 147; EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 219.

27 Vgl. EGMR, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*, 31. August 2021, N 16; EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 229; MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN, in: MEYER-LADEWIG JENS/NETTESHEIM MARTIN/VON RAUMER STEFAN (Hrsg.), *EMRK: Europäische Menschenrechtskonvention: Handkommentar*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2017, EMRK 8, N 34 und 37.

28 Vgl. EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, *Urteil vom 4. Dezember 2015*, § 231; EGMR, *Big Brother Watch u.a. gegen Vereinigtes Königreich*, 58170/13, 62322/14, 24960/15, *Urteil vom 13. September 2018*, § 307; GONIN LUC/ BIGLER OLIVIER, *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, Bern, 2018, EMRK 8, N 151.

29 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1170.

30 Botschaft zum Bundesgesetz über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit und zur Volksinitiative «S.O.S. Schweiz ohne Schnüffelpolizei» vom 7. März 1994, BBl 1994 II 1127, hier 1168.

31 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, S. 2158.

unvorhersehbar und willkürlich. Dem durch die GEBM vorgesehenen Grundrechtseingriff fehlt es daher an einer ausreichend präzisen Gesetzesgrundlage.³² Die einfache Beschreibung der Bedrohungslage in Art. 19 Abs. 2 nNDG ist zu vage, um als Definitionen den Anforderungen der EMRK zu entsprechen.

Wie sich in Untersuchungen der nachrichtendienstlichen Praxis gezeigt hat, hat die Unterscheidung zwischen legitimen politischen Aktivitäten und nachrichtendienstlich relevantem Gewaltextremismus nie zuverlässig funktioniert. So ist immer wieder grundrechtlich geschützte politische Betätigung in den Fokus des Nachrichtendienstes gekommen. Bis zum Fichenskandal betraf dies insbesondere «Linke», «Alternative», «Grüne», Friedensbewegte, Drittwelt-Aktivisten, Frauenbewegungen, Fremdarbeiterbetreuer, Anti-AKW-Bewegungen und religiöse Gruppierungen, welche von Staatsschützern als potentiell gefährlich empfunden wurden.³³ Mehrere Berichte der GPDeI und Fälle, in denen die Betroffenen Einsicht in ihre nachrichtendienstlichen Daten erhielten, machen deutlich, dass der Nachrichtendienst auch nach Inkrafttreten des BWIS, mit welchem der Gesetzgeber eine klare Grundlage für die nachrichtendienstliche Tätigkeit hat schaffen wollen, Daten über politische Tätigkeiten sammelte, welche durch Grundrechte geschützt sind.³⁴ Ein Rechtsgutachten, welches die Praxis der Informationsbeschaffung des NDB untersucht hat, zeigt auf, wie eine NGO zwischen 1999 und 2019 vom Nachrichtendienst in insgesamt 405 Dokumenten erfasst worden ist, wobei die NGO fälschlicherweise mehrfach im Kontext von Linksextremismus Erwähnung findet und ihr stellenweise unterstellt wird, sich nicht genügend deutlich von Gewaltakten distanziert zu haben.³⁵

4.2.2. Art. 27 Abs. 1 lit. a Ziff. 2 nNDG – Überwachung zugunsten fremder Staaten

Auf die Möglichkeit, GEBM zugunsten fremder Staaten anzuordnen, ist zu verzichten. Die Schweiz wird damit anfällig für Druck aus dem Ausland, was ihre Unabhängigkeit und Neutralität gefährdet.

Gemäss der Gesetzesvorlage sollen genehmigungspflichtige Beschaffungsmassnahmen im Falle einer «konkreten Bedrohung wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» auch auf Ersuchen ausländischer Staaten angeordnet werden können. Ausländische Staaten könnten die Schweiz

32 Vgl. EGMR, Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, 31. August 2021, N 20.

33 Vgl. Vorkommnisse im EJPD, Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 22. November 1989 und Vorkommnisse im EJPD, Ergänzungsbericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 29. Mai 1990 sowie <https://www.bar.admin.ch/bar/de/home/recherche/recherchetipps/themen/nachrichtendienste--spione--landesverraeter-und-staatsschutz-in-/die-politische-polizei-und-der-staatsschutz-in-der-schweiz-.html>.

34 Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

35 Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 23 ff. N 89 ff.

demnach ersuchen, Überwachungsmassnahmen gegen Organisationen oder Einzelpersonen durchzuführen, die sie gemäss ihrer eigenen Definition als Terrorist*innen oder Extremist*innen einstufen.

Die Nachforschungen könnten darüber hinaus auch Personen betreffen, die sich im Hoheitsgebiet eines anderen Staates befinden, jedoch ein Kommunikationssystem in der Schweiz nutzen (bspw. eine E-Mail-Adresse bei einem Anbieter aus der Schweiz). Dies würde die nachträgliche Unterrichtung der betroffenen Person über die Anwendung der Massnahmen besonders erschweren – ein Umstand, dem im Gesetzesentwurf nicht Rechnung getragen wird.

Die Anordnung von GEBM auf Ersuchen ausländischer Staaten steht in einem Spannungsfeld zum Grundsatz der Wahrung der Unabhängigkeit der Schweiz bzw. ihrer Neutralität (Art. 54 BV). Besonders wenn nicht zugleich die Sicherheit der Schweiz tangiert ist, sondern bloss – nicht weiter definierte – «negative Reaktionen der betroffenen Staaten» gegenüber der Schweiz folgen könnten oder «internationales Handeln unerlässlich» ist (vgl. Art. Abs. 1 lit. a nNDG), besteht die Gefahr, dass sich die Schweiz erpressbar macht. So könnten Drittstaaten der Schweiz Retorsionsmassnahmen androhen, wenn der NDB nicht zu Handen dieser Drittstaaten tätig wird. Souveränitäts- und neutralitätspolitisch erscheint eine so weitgehende Bestimmung nicht haltbar und es droht eine zunehmende und nicht kontrollierbare Implikation der Schweiz in internationale Auseinandersetzungen.

4.3. Genehmigungsverfahren

4.3.1. Art. 29 nNDG– Antrag für GEBM

Der NDB muss dem Bundesverwaltungsgericht immer die *vollständigen* Akten und nicht nur die «*wesentlichen* Akten» übergeben.

Für die überwachte Person muss während des Genehmigungsverfahrens ein*e Vertreter*in ernannt werden, der*die den vollen Zugang zu den Akten und zum Verfahren hat und dazu ermächtigt ist, vor dem BVGer im Namen der überwachten Person Begehren zu stellen.

Es müssen detaillierte Statistiken (nicht nur die Anzahl genehmigte oder abgelehnte Anträge) über die Genehmigungsverfahren veröffentlicht werden.

Art. 29 Abs. 1 lit. g nNDG sieht vor, dass der NDB dem BVGer Anträge mit «den für die Genehmigung wesentlichen Akten» einreicht. In seiner Botschaft zum NDG gab der Bundesrat an, dass der NDB dem BVGer «alle notwendigen Angaben zur Beurteilung, ob die Massnahme den gesetzlichen Anforderungen entspricht, also namentlich die Beschreibung der tatsächlichen Anhaltspunkte für die

konkrete Bedrohung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz, die Darlegung der Verhältnismässigkeit der Massnahme, [...]»³⁶ einreichen muss.

Faktisch vermag diese Bestimmung jedoch nicht zu garantieren, dass dem Gericht ein fundiertes Bild der Situation vermittelt wird. In Wirklichkeit besteht das Risiko, dass die vom NDB ausgewählten und vorgelegten Anhaltspunkte ein verzerrtes Bild der Realität darstellen und der NDB nur Anhaltspunkte einreicht, welche für eine Massnahme sprechen. Die Wirkung der richterlichen Genehmigung von GEBM ist naturgemäss ohnehin begrenzt, da solche Massnahmen darauf zielen, Erkenntnisse zu gewinnen, dies mitunter bei einer zumindest initial dünnen Faktenlage. Damit wird die richterliche Überprüfung sich regelmässig nur darauf erstrecken können, ob der NDB das Bestehen der Voraussetzungen für die Massnahme geltend mache (u.U. gestützt auf Vermutungen), nicht aber auf das effektive Bestehen der dabei vom NDB geltend gemachten Tatsachen. Auch wenn das Gericht Ergänzungen zu den Akten verlangen kann, setzt dies voraus, dass seine Aufmerksamkeit besonders auf ein Element in den Akten gelenkt wird.³⁷

Darüber hinaus ist die Frist für die Erteilung der Bewilligung sehr kurz und eignet sich daher schlecht für ein Hin und Her der Akten zwischen dem BVGer und dem NDB. Damit das BVGer fristgerecht eine informierte Entscheidung treffen kann, ist die Zustellung der vollständigen Akten durch den NDB unabdingbar.

Weiter besteht im Genehmigungsverfahren ein deutliches Ungleichgewicht zwischen den Mitteln, welche dem NDB zur Verfügung stehen, und der von den Massnahmen betroffenen – im Verfahren nicht anwesenden – Person. Um die Verteidigung ihrer Interessen zu gewährleisten, muss im Genehmigungsverfahren eine Vertretung anwesend sein, die das Machtgefälle zum NDB ausgleicht.

Die Entscheidungen des BVGers zu den Genehmigungsanträgen werden schliesslich nicht veröffentlicht (Art. 5 Abs. 1 Informationsreglement für das Bundesverwaltungsgericht vom 21. Februar 2008)³⁸. Um eine minimale öffentliche und demokratische Kontrolle herzustellen, ist die Bereitstellung von statistischen Daten daher zwingend. Demgegenüber veröffentlicht der NDB in seinem Jahresbericht lediglich die Anzahl der durchgeführten Massnahmen. Die jährliche Zahl der genehmigten, teilweise genehmigten, bedingt genehmigten, freigegebenen, zurückgezogenen, verweigerten usw. Massnahmen und ihre inhaltlichen Begründungen – Terrorismus, gewalttätiger Extremismus usw. – ist jedoch nicht ersichtlich und eine Beurteilung der Wirksamkeit der richterlichen

³⁶ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105, hier 2168.

³⁷ Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 14.

³⁸ SR 173.320.4.

Kontrolle unmöglich. Spätestens nach dem Abschluss der Operation sollten die entsprechenden Entscheide veröffentlicht werden.

4.3.2. Art. 29a Abs. 5 nNDG – GEBM im Ausland

Alle GEBM müssen der gerichtlichen Kontrolle durch das BVGer unterliegen, unabhängig davon, ob sie in der Schweiz oder im Ausland durchgeführt werden sollen.

Auch wenn mit der Genehmigung des betroffenen Staates die Durchführung einer Überwachung durch den NDB im Ausland erfolgt, muss diese der richterlichen Kontrolle unterliegen.

Art. 29a Abs. 5 nNDG impliziert, dass erstens GEBM auch im Ausland durchgeführt werden und dass hierbei eine gerichtliche Kontrolle durch das BVGer entfällt. Betreffend das Eindringen in Computersysteme, mit dem Hinweis auf den stattdessen anwendbaren Art. 37 nNDG, wird ersichtlich, dass der Bundesrat bzw. der*die Vorsteher*in des VBS über die Durchführung solcher Massnahmen entscheidet, in dringlichen Fällen die Direktion des NDB (Art. 37 Abs. 3 nNDG).

Die Durchführung von GEBM im Ausland ist völkerrechtlich im Lichte von Territorialität und Souveränität höchst problematisch und – abgesehen von wenigen Ausnahme – unzulässig. Das Bundesgericht hat in BGE 146 IV 36 festgehalten, dass aufgrund des Territorialitätsprinzips solche Massnahmen, auch wenn sie für die Schweiz rechtsgültig angeordnet wurden, im Ausland grundsätzlich nur durchgeführt werden dürfen, wenn dies mit internationalem Recht vereinbar ist, oder, falls nicht, der betroffene Staat nach den Regeln der internationalen Rechtshilfe vorgängig sein Einverständnis gegeben hat.

Zudem ist nicht ersichtlich, weshalb die gerichtliche Kontrolle entfallen soll, wenn eine GEBM im Ausland durchgeführt oder fortgeführt wird. So wäre es nicht zu rechtfertigen, wenn etwa die Verlängerung einer GEBM dem BVGer nicht vorgelegt werden müsste, weil eine Person sich zu diesem Zeitpunkt im Urlaub oder auf einer Geschäftsreise im Ausland befindet. Ebenso wenig wäre es zu legitimieren, die betroffene Person nachträglich nicht oder nur über den Teil der Überwachung zu informieren, welcher in der Schweiz durchgeführt wurde. Die richterliche Genehmigung auf Fälle zu beschränken, in welchem der NDB auf schweizerischem Hoheitsgebiet handelt, ist unhaltbar. Es würde auch bedeuteten, dass die Schweiz die Grundrechte ihrer Bürger*innen auf dem eigenen Hoheitsgebiet besser schützt als im Ausland. Besonders für Auslandschweizer*innen ist das höchst problematisch. Es gibt keine Bestimmung im Gesetzesentwurf, die bspw. verbietet, die Stimmcouverts von Auslandschweizer*innen abzufangen und zu öffnen. Da es sich bei den überwachten Personen auch um Bürger*innen eines anderen Staates handeln kann, läuft die Schweiz zudem Gefahr, mittels einer Staatsbeschwerde nach Art. 33 EMRK vor dem EGMR verklagt zu werden.

4.4. Art. 29b und 30 nNDG – Dauer der Genehmigung und Verlängerung von GEBM

Für die Zeitspanne zwischen dem Antrag für GEBM und deren richterlichen Beurteilung resp. der richterlichen Genehmigung von GEBM und deren Durchführung braucht es gesetzlich festgelegte Maximalfristen.

Es ist ausdrücklich vorzusehen, dass der NDB die betroffenen Personen auch dann über ihre Überwachung informieren muss, wenn er auf die konkrete Durchführung der GEBM verzichtet hat.

Es ist vorzusehen, dass die Verlängerung einer GEBM vor Ablauf der laufenden Massnahme genehmigt werden muss. Eine Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus ist in jedem Fall unzulässig.

Auf ein erleichtertes Freigabe-Verfahren bei Verlängerungen und auf die Einführung des Begriffs «geringfügige Erweiterung» ist zu verzichten. Jede Verlängerung oder Erweiterung einer GEBM muss einem vollständigen und formgerechten Verfahren unterstellt werden.

Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass die Genehmigung für GEBM zu einem vom BVGer festgelegten Zeitpunkt wirksam wird. Hinsichtlich der Wirksamkeit von GEBM ist es jedoch notwendig, gewisse gesetzliche Fristen festzulegen. So können sich etwa zwischen der richterlichen Genehmigung und der tatsächlichen Durchführung der Massnahme die Umstände massgebend ändern. Zudem wird die Beurteilung einer konkreten Bedrohung immer wie mehr zur Spekulation, je länger im Voraus sie getätigt wird – und damit zu einer blossen Wahrscheinlichkeit, welche den vorgesehenen Grundrechtseingriff nicht zu rechtfertigen vermag.

Ändern sich die Umstände seit der Genehmigung tatsächlich, muss der NDB zudem die Verantwortung tragen, diesen Umstand dem Gericht mitzuteilen, damit die GEBM widerrufen werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, dass die betroffene Person auch dann von der Massnahme unterrichtet wird, wenn diese vor ihrer Durchführung aufgehoben wurde.

Ist eine Verlängerung der GEBM notwendig, so muss gemäss Art. 29b nNDG der NDB lediglich vor Ablauf der laufenden Massnahme beim BVGer seinen Antrag auf Verlängerung stellen. Die Möglichkeit einer Fortsetzung von GEBM bis zum Vorliegen eines Entscheides des BVGers betreffend die Verlängerung eröffnet ein nicht unerhebliches Missbrauchspotential. Zweck der gerichtlichen Genehmigung ist u.a. gerade eine Befristung von GEBM im Lichte des Verhältnismässigkeitsprinzips. Um Missbrauch vorzubeugen, muss im Gesetz die gegenteilige Lösung explizit vorgesehen werden, namentlich, dass im Rahmen des Genehmigungsentscheides die Fortsetzung einer GEBM über die bewilligte Dauer hinaus unzulässig ist. Zur Fortführung einer Massnahme muss in jedem Fall die Genehmigung des BVGer vorliegen.

Schliesslich ist auch die in Art. 29b Abs. 3 nNDG vorgesehene Verpflichtung zur Vernichtung der Daten bei Ablehnung der Genehmigung oder Verlängerung nicht ausreichend, insbesondere, wenn der NDB in der Zwischenzeit Daten an andere Stellen weitergegeben hat. Sollte die oben erwähnte Möglichkeit einer Fortsetzung der GEBM vor dem Vorliegen der richterlichen Genehmigung beibehalten werden,

müsste das Gesetz garantieren, dass der NDB, solange die Genehmigung und die Freigabe der Verlängerung nicht erteilt wurden, die Daten nicht an andere Instanzen weitergeben darf.

Es ist sodann nicht zu rechtfertigen, dass die Vorsteher*innen des EJPD und des EDA bei der Verlängerung von GEBM nicht mehr konsultiert werden müssen. Diese Vereinfachung geschieht scheinbar in erster Linie, weil die Konsultation eine «beträchtliche Belastung» des*der Vorsteher*in des EDA und EJPD darstelle. Dabei wird jedoch vergessen, dass jede weitere Adresse (Art. 30 Abs. 4 lit. a nNDG) oder Sache «im Besitz der bereits überwachten Person» (Art. 30 Abs. 4 lit. b - d nNDG) auch unter Eigentum oder Nutzung einer anderen Person sein kann und somit potentiell wieder neue tangierte Personen miteinschliessen kann. Ausserdem bedeutet eine verlängerte oder erweiterte Überwachung einen noch schwereren Eingriff in die Rechte der überwachten Person und keineswegs, wie suggeriert, eine gleichbleibende Schwere. Der minimale Zeitgewinn steht in keinem Verhältnis zum Schweregrad des Grundrechtseingriffs, welcher eine GEBM für die betroffenen Personen darstellt. Da sich die Frage nach der Verhältnismässigkeit mit der Fortdauer einer Massnahme immer mehr aufdrängt, sollten auch die Bedingungen und Kontrollmechanismen erhöht, und nicht geschwächt werden. Zuletzt soll der*die Vorsteher*in des VBS gemäss Art. 30 Abs. 3 nNDG auch bei «geringfügigen Erweiterungen» die Vorstehenden des EJPD und des EDA nicht mehr konsultieren müssen. *De facto* stellen aber auch diese Erweiterungen eine zusätzliche Überwachung dar, welche nur unter Einhaltung aller Verfahrensgarantien zulässig sein darf. Der erläuternde Bericht versucht zu beschwichtigen, indem hervorgehoben wird, dass die vorhergehende Konsultation immer noch freiwillig geschehen könne. Diese Stellen werden faktisch aber nur noch nachträglich darüber informiert und mehr als Augenwischerei ist dieser Hinweis entsprechend nicht.

4.5. Art. 33 nNDG – Mitteilung an von Überwachung betroffene Personen

Die Möglichkeit eines endgültigen Verzichts auf eine Mitteilung ist zu streichen. Gemäss EMKR, BV und bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist lediglich ein zeitlich begrenzter (und ggf. verlängerbarer) Aufschub akzeptabel.

Es ist nur die Möglichkeit eines Aufschubs einer Mitteilung für drei Monate beizubehalten. Dieser Aufschub muss dem Genehmigungs- und Freigabeverfahren unterstellt werden.

Die Mitteilung an die betroffene Person nach Abschluss der Überwachung ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates. Ohne nachträglich über die Überwachung informiert zu werden, hat die betroffene Person keine wirksame Beschwerdemöglichkeiten im Sinne von Art. 13 EMRK und sie kann mögliche Verletzungen ihres Rechts auf Privatsphäre weder feststellen noch beheben lassen. Die

Mitteilung ist zwar nicht immer sofort möglich, sie muss aber erfolgen, «sobald die Mitteilung erfolgen kann, ohne den Zweck der Einschränkung zu gefährden»³⁹.

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht in Art. 33 Abs. 4 nNDG den endgültigen «Verzicht» auf die Mitteilung an die betroffene Person vor. Der dauerhafte Verzicht auf die Information ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung jedoch unzulässig.⁴⁰ Möglich ist einzig ein kurzer und befristeter Aufschub der Mitteilung.

Gemäss Art. 33 Abs. 2^{bis} nNDG soll die Frist für Aufschübe von Mitteilungen von drei auf sechs Monate ausgedehnt werden. Angesichts der Schwere des Eingriffs in die Rechte der betroffenen Person ist dies unangemessen. Das Aufschieben der Information «auf ein bestimmtes Ereignis» ist zudem problematisch, wenn das Ereignis unklar beschrieben wird, nicht eintritt oder die Behörde, welche dafür zuständig ist, vergisst den NDB darüber zu informieren. Eine regelmässige Kontrolle in kurzen Abständen ist der einzige Weg, um sicherzustellen, dass eine Mitteilung nicht vergessen geht und die Rechte der betroffenen Person gewahrt werden.

Der Bundesrat übt Aufsicht über den NDB und ist politisch für dessen Handeln verantwortlich. Es ist daher gerechtfertigt, dass jede Einschränkung der Mitteilungspflicht dem Freigabeverfahren und nicht nur der Genehmigung durch das BVGer unterliegt. Die Idee des «erforderlichen Aufschubs aufgrund der Beziehungen der Schweiz zum Ausland» (Abs. 4) könnte zudem zu Auslegungsproblemen führen.

4.6. Art. 50 nNDG – Daten aus genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen

4.6.1. Vernichtung und Aussonderung von Daten

Eine unabhängige Instanz muss die Daten aussondern und die nicht erforderlichen Daten vernichten – vor ihre Übermittlung an den NDB.

Die Aussonderung von nachrichtendienstlich nicht relevanten Daten muss vor der Übermittlung der Daten an den NDB stattfinden, da etwa in den überwachten Kommunikationen sensible oder vom Berufsgeheimnis geschützte Daten enthalten sein können.

Art. 50 Abs. 1 nNDG sieht vor, dass die im Rahmen einer GEBM gesammelten Daten spätestens nach Abschluss einer Operation geprüft und ggf. vernichtet werden müssen. Nach dem aktuellen

³⁹ EGMR, *Klass u.a. gegen Deutschland*, 5029/71, Urteil vom 6. September 1978, § 58; vgl. auch EGMR, *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, §§ 286 bis 290.

⁴⁰ Vgl. BGE 109 Ia 273, E. 12b *in fine* «[Es ist nicht unverhältnismässig] von der nachträglichen Benachrichtigung der Betroffenen abzusehen, *soweit und solange* eine solche den Zweck der durchgeführten Überwachungsmassnahmen gefährden würde» (Hervorhebung hinzugefügt); KREYDEN AILEEN, *Das Nachrichtendienstgesetz im Spannungsverhältnis zwischen Geheimhaltungsinteresse und Recht auf Rechtsschutz: wie kann bei geheimen Überwachungsmassnahmen Rechtsschutz gewährt werden?*, Zürich, 2017, N 59.

Gesetzestext müssen sie innerhalb von 30 Tagen nach Abschluss der *Einzelmassnahme* vernichtet werden. Je länger die Daten aufbewahrt werden, desto grösser ist das Risiko für die betroffenen Personen, in ihren Grundrechten verletzt zu werden. In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass eine Überwachung oftmals auch die Informationsbeschaffung über Personen (bspw. Gesprächspartner*innen) und damit Eingriffe in ihre Privatsphäre umfasst, welche nicht Ziel der Überwachung sind.

Nach der Rechtsprechung des EGMR muss der Umgang mit Informationen, die bei einer geheimen Überwachung gesammelt werden, reguliert werden.⁴¹ Daten, die keinen Bezug zu der Straftat bzw. der Bedrohung haben, welche Anlass für die Überwachung waren, müssen umgehend vernichtet werden.⁴² Auch bei der Erhebung müssen Informationen bereits geschützt werden und für allfällig involvierte Dritte (z. B. Dienst ÜPF, Banken usw.) Sicherheitspflichten vorgesehen werden, um die Daten zu schützen. Was den Dienst ÜPF betrifft, so müssen jene Daten, welche nach Ansicht des NDB gelöscht werden sollten, nicht nur in den Datenbanken des NDB, sondern auch im Verarbeitungssystem des Dienstes ÜPF gelöscht werden. Um die Rechte der betroffenen Personen umfassend zu schützen, müsste die Aussonderung und Löschung aller Daten durch eine unabhängige Instanz – vor ihrer Übermittlung an den NDB – umgesetzt werden.

4.6.2. Art. 50 Abs. 2 nNDG – Durch das Berufsgeheimnis geschützte Daten

Der*die Richter*in, welche*r die Aussonderung durchführt, muss in allen Fällen, zu welchen er von unter das Berufsgeheimnis fallendem Daten durch das Aussonderungsverfahren Kenntnis erlangt hat, in den Ausstand treten.

Vom Berufsgeheimnis geschützte Daten müssen sofort vernichtet werden, unabhängig davon, ob sie während der Überwachung einer der beruflichen Schweigepflicht unterstehenden Person oder einer Drittperson erhoben werden.

Gemäss Art. 50 Abs. 2 nNDG erfolgt die Aussonderung und Vernichtung von nicht erforderlichen Daten bei GEBM gegenüber Personen, welche dem Berufsgeheimnis unterstehen, unter der Leitung des Bundesverwaltungsgerichtes.

Von zentraler Bedeutung ist in einem ersten Schritt, dass diese Aussonderung erfolgt, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält. Nur so kann sichergestellt werden, dass der NDB lediglich die für ihn notwendigen und nicht durch das Berufsgeheimnis geschützten Daten einsehen kann. Hingegen erhält der*die Richter*in des BVGers, welche*r die Aussonderung vornimmt, zwangsläufig Kenntnis von vertraulichen Informationen. Insbesondere bei der Überwachung von Anwält*innen besteht daher die

41 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 253 bis 256; *Kennedy gegen Vereinigte Königreich*, 26839/05, Urteil vom 18. Mai 2010, § 164.

42 Vgl. *Roman Zakharov gegen Russland*, 47143/06, Urteil vom 4. Dezember 2015, § 258.

Gefahr, dass Richter*innen Informationen über andere Verfahren erhalten, in welche die überwachten Rechtsvertreter*innen vor dem BVGer involviert sind. Von solchen Informationen dürfen Richter*innen für die Behandlung anderer Fälle unter keinen Umständen profitieren können und haben in diesen Fällen in den Ausstand zu treten.

Weiter beschränkt sich die Aussonderung und Vernichtung bei GEBM gegenüber Personen, die dem Berufsgeheimnis unterliegen, explizit auf «nicht erforderlichen Daten». Dies, obwohl durchaus vorstellbar ist, dass aus nachrichtendienstlicher Sicht «erforderliche» Daten gleichzeitig unter das Berufsgeheimnis fallen. Werden diese Daten dennoch vom NDB bearbeitet, würde dies das Berufsgeheimnis aushöhlen. Gemäss dem zweiten Satz von Art. 50 Abs. 2 nNDG sollen zudem bei der Überwachung einer anderen Person erhobene Daten, zu welchen eine Person mit beruflicher Schweigepflicht ein Zeugnisverweigerungsrecht besitzt, unabhängig von ihrer Erforderlichkeit gelöscht werden. In dem Sinne besteht der unhaltbare Zustand, dass die Daten von schweigepflichtigen Personen besser geschützt sind, wenn sie aus der Überwachung von Drittpersonen stammen.

Das Gesetz muss dementsprechend sicherstellen, dass alle Daten, die dem Berufsgeheimnis unterstehen, vernichtet werden – unabhängig davon, welche Person das Ziel einer Überwachung bildet. Darüber hinaus sind im Falle einer direkten Überwachung von Personen mit beruflicher Schweigepflicht auch alle anderen nicht «erforderlichen Daten» zu löschen. Zudem ist im Gesetz explizit festzuhalten, dass die Aussonderung und Vernichtung vorgenommen werden muss, bevor der NDB Zugang zu den Daten erhält: Dieser soll nur Zugang zu Daten erhalten, die nicht dem Berufsgeheimnis unterstehen und «erforderlich» sind. Schliesslich ist klarzustellen, wer für die Aussonderung und Vernichtung verantwortlich ist, wenn die überwachte Person nicht dem Berufsgeheimnis unterliegt.

Es ist zu betonen, dass eine nachträgliche Aussonderung nicht genügt, um die aus Berufsgeheimnissen und dem Quellenschutz fliessenden Ansprüche zu wahren, sondern dass sichergestellt werden muss, dass – von gerechtfertigten Ausnahmefällen abgesehen – Daten, welche Berufsgeheimnissen oder dem Quellenschutz unterstehen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen.

4.7. Art. 83 nNDG – Rechtswege

Übermittelten Daten müssen vernichtet werden, wenn die sofort rechtskräftige Verfügung, die die Übermittlung anordnet, als ungültig erklärt wird.

Die Informationen, die der NDB der überwachten Person nach einer GEBM mitteilen muss, müssen präzisiert werden.

Die Verteilung der gerichtlichen Kompetenzen bezüglich Genehmigung und Beschwerde müssen neu beurteilt werden.

Falls Daten übermittelt werden und die entsprechende Verfügung später von einem Gericht als ungültig erklärt wird, müssen die betroffenen Daten sofort vernichtet werden.

Damit eine Beschwerde tatsächlich wirksam sein kann muss sie sich auf genaue Informationen stützen können. Es muss daher präzisiert werden, welche Informationen der überwachten Person nachträglich mitgeteilt werden müssen. Das BVGer darf nicht die Überwachungen genehmigen und später die Beschwerde gegen seine eigenen Verfügungen behandeln.

Art. 83 Abs. 2 nNDG sieht vor, dass Beschwerden gegen bestimmte Verfügungen keine aufschiebende Wirkung haben. Dies betrifft insbesondere Fälle, in welchen der NDB eine Person oder eine Behörde anweist, ihm Auskunft zu erteilen. Diese Bestimmung muss dahingehend ergänzt werden, dass die bereitgestellten Daten in jedem Fall dann vernichtet werden müssen, wenn die Verfügung des NDB aufgrund einer Beschwerde nachträglich als ungültig erklärt wird.

Gemäss Art. 83 Abs. 3 NDG ist eine Beschwerde gegen eine GEBM innerhalb von 30 Tagen nach der Mitteilung der Massnahme an die betroffene Person möglich. Diese Bestimmung ist jedoch unbefriedigend, da sie lediglich die vage formulierte Möglichkeit einer Beschwerde gegen die «Anordnung einer genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahme» vorsieht. Notwendig wäre vielmehr, dass explizit die NDB-interne Anordnung als auch die Genehmigung des BVGers sowie die Freigabe des Bundesrates angefochten werden können. Da eine Operation potenziell mehrere Jahre gedauert haben könnte, ist die Beschwerdefrist von 30 Tagen zudem viel zu kurz. Sie räumt den Betroffenen nicht genügend Zeit ein, um alle Elemente der Überwachung zur Kenntnis zu nehmen und zu überprüfen – insbesondere, wenn sie ihr nicht von Anfang an zur Verfügung gestellt werden.

Gemäss Art. 33 nNDG enthält die Mitteilung einer Massnahme an die betroffene Person weiter lediglich die Art, den Grund und die Dauer der Überwachung. Diese einfache Beschreibung der durchgeführten Massnahme reicht jedoch nicht aus, um deren Rechtmässigkeit zu beurteilen. Vielmehr müssten das Genehmigungsverfahren (ordentlich oder dringlich), das Datum des Antrags sowie der Genehmigung, die Anzahl der Verlängerungen wie auch die Gründe dafür genannt werden.⁴³ Auf Basis von Art. 33 nNDG könnte der NDB bei der Verfassung von Informationsschreiben Elemente auslassen, die ihm unwichtig erscheinen, welche jedoch aus Sicht der betroffenen Person für die Geltendmachung ihrer Rechte von entscheidender Bedeutung sind. Es ist aus diesen Gründen zwingend notwendig, dass der NDB der betroffenen Person ebenso die Überwachungsanordnung, die Entscheide des BVGers und des Bundesrates sowie gegebenenfalls alle nützlichen Zusatzinformationen mitteilen.

Schliesslich führt die Tatsache, dass das BVGer für die Genehmigung von Massnahmen und anschliessend für die Beschwerde gegen dieselben zuständig ist, zu einem inakzeptablen

43 Vgl. SCHWERI FLORIAN, Le respect de la vie privée des personnes concernées par une mesure de surveillance secrète: analyse du droit suisse au regard de la Convention européenne des droits de l'homme, Université de Genève, Master, 2021, [einsehbar unter: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:159835>], S. 15 f.

Interessenkonflikt. Dieser Konflikt spitzt sich zu, wenn die genehmigte Massnahme eine dem Berufsgeheimnis verpflichtete Person betrifft: In diesem Fall sondert das BVGer zusätzlich noch die Informationen aus. Sofern die betroffene Person in der Vergangenheit ihr Recht auf indirekte Auskunft zu Personendaten geltend gemacht hat, wird es ebenfalls das BVGer gewesen sein, welches über ihren Antrag entschieden hat. Das BVGer selbst hat diesen Interessenkonflikt im Vernehmlassungsverfahren zur ersten Fassung des NDG bereits angesprochen und vorgeschlagen, die Zuständigkeit für Beschwerden gegen Überwachungsmaßnahmen einem anderen Gericht zu übertragen. Das Problem ist nach wie vor aktuell.

4.8 Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG – verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen

Die verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen ist in ihrer unbestimmten Ausgestaltung zu streichen.

Art. 26 Abs. 1 lit. f und g nNDG sieht als GEBM das Einholen von Auskünften betreffend Beziehungen zwischen einer natürlichen oder juristischen Person und Finanzintermediär*innen/Händler*innen (Art. 26 Abs. 1 lit. f nNDG) sowie der Überwachung solcher Beziehungen (Art. 26 Abs. 1 lit. g nNDG) vor. Beide Massnahmen sind in ihren Auswirkungen kaum zu unterschätzen und werfen verschiedene rechtsdogmatische Fragen auf.

Es fällt auf, dass der Massnahme – anders als die anderen weiterreichenden GEBM (insbesondere Funk-, Kabelaufklärung, Eindringen in Computersysteme etc.) – im Gesetz nirgends eine eigenständige *materielle* Regelung zugrunde liegt. Vielmehr wird sie lediglich beiläufig bei der Aufzählung der Genehmigungspflicht erwähnt, wodurch der Wortlaut ausgesprochen unbestimmt ausfällt. Anders als etwa in Art. 284 und Art. 285 StPO (Überwachung von Bankbeziehungen) fehlt es an einer minimalen Eingrenzung der Massnahme nach nNDG betreffend deren Voraussetzungen und Umfang. Zudem ist die Massnahme nicht auf die eigentliche Zielperson beschränkt, sondern kann sich auch auf Dritte erstrecken. So könnten etwa auch das Bankkonto einer Anwältin in den Fokus verdeckter Überwachungen rücken, die wegen Terrorismus oder Gewaltextremismus beschuldigte Personen vertritt – zwecks Überwachung der Absender*innen von Honorarzählungen und Ausforschung des Netzwerkes der betroffenen Zielperson.

Die Banken werden mit der Massnahme in erheblichem Umfang in den Dienst des NDB (und ggf. auch ausländischer Nachrichtendienste) genommen, was das Bankkunden- und das Geschäftsgeheimnis aushöhlt. Ebenso fehlt eine Regelung betreffend Selbstbelastungsfreiheit der betroffenen Finanzintermediär*innen/Händler*innen, wie sie analog in der StPO besteht (vgl. Art. 285 Abs. 2 StPO).

Gemäss Bundesrat soll sich diese Massnahme etwa gegen «kommerzielle Unternehmen, ideelle Organisationen oder religiöse Einrichtungen» richten. Die Massnahme bezweckt ausdrücklich, in

Fällen, wo *kein* begründeter Verdacht (beispielsweise auf Terrorfinanzierung) besteht, eine Überwachung anordnen zu können. So soll eine allfällige Bedrohung erkannt und besser eingeschätzt werden können.⁴⁴ Zudem zielt die Massnahme explizit darauf ab, das zwischenstaatliche Spezialitätsprinzip zu umgehen: Informationen, die international zweckgebunden ausgetauscht werden, sollen im Rahmen des nNDG – und gegebenenfalls sogar in allfälligen späteren Strafverfahren – auch entgegen diesen Zwecken und Auflagen verwendet werden können.

Insgesamt erweist sich die Massnahme vor diesem Hintergrund als schrankenlos, was angesichts der betroffenen Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit, der persönlichen Freiheit, der Privatsphäre und informationellen Selbstbestimmung sowie des Bankkundengeheimnisses und der Geschäftsgeheimnisse rechtsstaatlich nicht hinzunehmen ist.

Gerade wegen der angedachten Ausdehnung der GEBM auf den Bereich des «gewalttätigen Extremismus» erscheint die Massnahme sodann im Hinblick auf die Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit besonders problematisch. Dies umso mehr, als das Instrument sehr umfassend eingesetzt werden soll, etwa zur «Netzwerkaufklärung» betreffend Grossanlässe oder zur Abklärung von finanzieller Unterstützung von Personen und Organisationen.⁴⁵ Als «gewalttätiges Verhalten» gilt – zumindest gemäss Definition im «Hooligan-Konkordat», auf welche die kantonalen Vollzugsbehörden gegebenenfalls abstellen – unter anderem bereits eine Nötigung, womit etwa die Aktionsform «Menschenteppich» darunter subsumiert werden dürfte. Da eine Nötigung zudem als «Vergehen gegen die Freiheit» klassifiziert wird, dürfte auch eine «konkrete Bedrohung» gemäss Art. 27 Abs. 1 nNDG (i.V.m. Art. 19 Abs. 2 nNDG) eher leichtfertig bejaht werden. Mithin könnte ein Aktionsbündnis, das entsprechende Aktionsformen nutzt, Ziel einer entsprechenden verdeckten Überwachung der Finanztransaktionen werden. Ebenso erscheint die Novelle zugeschnitten auf die Überwachung der Finanztransaktionen von Unterstützungs-Netzwerken, die etwa im Anschluss an eine Aktion/Demonstration Personen unterstützen, welche von polizeilichen Massnahmen oder Strafverfolgung betroffen sind. Durch eine einzige derartige Überwachung – beispielsweise eines Crowdfundings – können hunderte oder gar tausende Personen beziehungsweise Spender*innen in den Fokus des NDB geraten.

Als besonders problematisch erweist sich verdeckte Überwachung von Bankbeziehungen und Finanztransaktionen auch im Lichte von Art. 27 nNDG, der künftig selbst bei einer diffusen Bedrohung «wichtiger internationaler Sicherheitsinteressen» bzw. drohenden «negativen Reaktionen» von Drittstaaten gegenüber der Schweiz die Anordnung von GEBM erlaubt. Dies eröffnet ein erhebliches Risiko für die Neutralität und Unabhängigkeit der Schweiz, etwa indem Drittstaaten von der Schweiz

44 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 9.

45 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 10.

die Überwachung von Transaktionen bestimmter ausländischer Zielpersonen verlangen und im Unterlassungsfall negative Folgen androhen könnten. So könnte etwa eine globale Grossmacht im Zusammenhang mit einem kriegerischen Konflikt von der Schweiz die Überwachung von Finanztransaktionen von Exponent*innen einer bestimmten Kriegspartei verlangen, die von diesem Staat als terroristisch eingestuft wird.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass sich der Regelungsgegenstand der hier vorgeschlagenen Bestimmung mit jenem anderer Gesetze überschneidet (insb. StGB, StPO, GwG, PMT, BankG). Den bestehenden gesetzlichen Regelungen ist nicht noch eine weitere, rechtsstaatlich bedenkliche Bestimmung im NDG hinzuzufügen.

4.9 Art. 28 nNDG – Anordnung genehmigungspflichtiger Beschaffungsmassnahmen gegenüber Drittpersonen

Auf die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist zu verzichten. GEBM dürfen gegenüber Drittpersonen, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten unterliegen, nicht durchgeführt werden.

Art. 28 nNDG sieht vor, dass nunmehr auch unbeteiligte Drittpersonen explizit auch dann Zielobjekt von GEBM sein können, wenn Daten «dorthin» – also zu ihnen als blosse Empfänger*innen – übermittelt bzw. von ihnen empfangen oder aufbewahrt werden. Dies hat schwerwiegende Auswirkungen: Künftig können sich u.a. die Kommunikationskanäle sämtlicher sich im Umfeld einer Zielperson befindlicher Personen (Familie, Freund*innen etc.) als mögliche Ziele von GEBM erweisen. Ein Schwerpunkt dürfte auf Drittpersonen liegen, denen typischerweise besonders vertrauliche Daten anvertraut werden. Die Einschränkung der «begründeten Anhaltspunkte» lässt keine hinreichende Einschränkung der Massnahme zu.

Besonders gravierend ist, dass die Massnahmen gemäss Entwurf – aufgrund der beabsichtigten Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG – auch gegenüber Drittpersonen angewendet werden soll, die dem Berufsgeheimnis, dem Quellenschutz der Medienschaffenden sowie anderweitigen Geheimhaltungspflichten (Art. 171-173 StPO) unterstehen. Dies stellt eine schwerwiegende Aushöhlung institutionalisierter rechtsstaatlicher Geheimnisschutzvorkehrungen dar, mit jeweils unterschiedlichen Auswirkungen. Auf die drei gravierendsten Bereiche wird exemplarisch kurz eingegangen:

1. Anwaltsgeheimnis: Die anwaltliche Mandatsausübung setzt eine besondere Nähe und Vertrauensverhältnis voraus; ohne die Gewährleistung dieser Vertraulichkeit würde die Wahrnehmung der Berufspflichten der Anwaltschaft verunmöglicht. Gerade wo Personen sich im Ausland aufhalten, sind persönliche Besprechungen nicht möglich, weshalb die Kommunikation regelmässig über Kanäle erfolgt, die einer GEBM zugänglich sind. Die gesetzliche Möglichkeit der Überwachung dieser Kanäle wird – wohl nirgends mehr als

betreffend die Anwaltschaft – ein virulentes Interesse des NDB hervorrufen, dies auch tatsächlich zu tun. Als Resultat davon muss jede*r Anwält*in, die in einem für den NDB relevanten Bereich (Terrorismus, aber auch Gewaltextremismus) praktiziert, damit rechnen, dass sämtliche Kommunikationskanäle (insbesondere Telefon, E-Mail etc.) mittels GEBM überwacht werden. Dadurch werden nicht nur die vertretenen Klient*innen hinsichtlich einer staatlichen Überwachung «vogelfrei», sondern auch die entsprechenden Verteidiger*innen und Rechtsanwält*innen. Die Aussicht auf eine «Triage unter Aufsicht des Bundesverwaltungsgerichts»⁴⁶ vermag die damit verbundenen schwerwiegenden Bedenken in keiner Weise auszuräumen.

2. Arztgeheimnis: Ähnlich problematisch ist Aushöhlung des Berufsgeheimnisses im medizinischen Bereich. Die Beratung und Behandlung von Patient*innen setzt voraus, dass die Ärzteschaft Kenntnis von sensiblen, die Privat- und Intimsphären betreffenden Informationen erhält. Die Betroffenen erteilen solche Informationen allerdings nur, wenn die Vertraulichkeit gewährleistet sei. Die absoluten Geheimhaltungspflichten ist daher notwendige Voraussetzungen für eine erfolgreiche Diagnosestellung und Behandlung.⁴⁷
3. Journalistischer Quellenschutz: Der Schutz journalistischer Quellen stellt einen bedeutsamen Eckpfeiler der Pressefreiheit dar und gewährleistet so die Informationsfreiheit.⁴⁸ Wenn Journalist*innen bei der blossen Korrespondenz mit Personen, die möglicherweise Zielpersonen des nNDG sein könnten, damit rechnen müssen, dass ihre gesamte Korrespondenz einer Überwachung bzw. GEBM unterliegt, so hat dies einen schwerwiegenden Abschreckungs- und Einschüchterungseffekt («chilling effect»). Medienschaffende können ihre Aufgabe als Informationsvermittler*innen und Wächter*innen nur erfüllen, wenn sie die erforderliche Information von Dritten erhalten, insbesondere Hinweise auf Vorkommnisse von gesellschaftlichem Interesse, die sonst verborgen bleiben würden. Dies wiederum setzt voraus, dass die Informationsgeber darauf vertrauen können, dass ihr Name nicht preisgegeben wird. Eine Pflicht zur Preisgabe der anvertrauten Informationen könnte Informant*innen abschrecken. Unter Schutz steht damit insbesondere die Identität der Quelle.⁴⁹ Bereits mit der

46 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 12.

47 Vgl. Stellungnahme der Ärztesvereinigung FMH in Tagesanzeiger online, 24.6.2022, Werden Ärzte, Anwälte und Journalisten bald ausgespäht?, [einsehbar unter: <https://www.tagesanzeiger.ch/nachrichtendienst-soll-anwaelte-aerzte-und-journalisten-ausspaehen-duerfen-121795356050>].

48 Vgl. EGMR, *Jecker gegen die Schweiz*, 35449/14, Urteil vom 6. Januar 2021.

49 Vgl. MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS [mit ZELLER FRANZ], Grundrechte in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2008, S. 472; FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl am Rhein 2009, Art. 10 Rn. 17; Handkommentar EMRK-MEYER-LADEWIG/NETTESHEIM, EMRK 10 N 39; Basler-Komm/ZELLER, Art. 172 StPO, N 2, N 7 f.; DONATSCH, in: Kommentar zur

bestehenden gesetzlichen Grundlage funktioniert der journalistische Quellenschutz nicht zuverlässig, insbesondere, was den Schutz der Identität der Quelle betrifft. Das NDG müsste insoweit nachgebessert werden. Mit der vorgeschlagenen Revision von Art. 28 nNDG würde die Gefährdung stattdessen grösser, was in einer freien, kritischen und unabhängigen Medienlandschaft in einem Rechtsstaat nicht hinnehmbar ist.

Die Wahrung des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes funktioniert bereits im geltenden NDG nicht zuverlässig, zumal es der nachrichtendienstlichen Datenerfassung ohnehin inhärent ist, dass sie mitunter über die Daten von bestimmten Zielpersonen oder -organisation hinaus auch Daten von Drittpersonen umfassen kann. Teilweise – etwa bei der Funk- und Kabelaufklärung – werden auch Daten erfasst, bei denen der NDB zumindest initial gar nicht weiss, auf welche Person oder Organisation sie sich beziehen. Es bedarf damit einer klaren Bestimmung im Gesetz, wonach Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, vom NDB schon gar nicht erfasst werden dürfen. Ausnahmen von diesem Grundsatz bedürften einer expliziten gesetzlichen Grundlage, wobei gewährleistet sein müsste, dass diese nur in Fällen zur Anwendung gelangen können, in denen dies auch als gerechtfertigt erscheint.

Zu betonen ist, dass eine nachträgliche Löschung von Daten, welche einem Berufsgeheimnis oder dem Quellenschutz unterliegen, den Grundsatz, dass solche Daten nicht erfasst werden dürfen, nicht zu ersetzen vermögen. Die nachträgliche Löschung ändert nichts daran, dass das Berufsgeheimnis der Quellenschutz durchbrochen worden ist und, dass die Betroffenen damit ihrer durch Grundrechte gedeckten Schutzes verlustig gegangen sind. Die Kenntnisnahme, der dem Geheimnis unterliegenden Tatsachen per se, wird sich auch nicht rückgängig machen lassen.

Die Streichung von Art. 28 Abs. 2 NDG ist damit strikte abzulehnen. Auch das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid BGE 147 I 280 festgehalten: «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 [...]; besteht dennoch die Gefahr der Erfassung solcher Kommunikationen, sind besondere Vorkehrungen zu ihrem Schutz erforderlich».⁵⁰

Daher müssen – gerade anders als beabsichtigt – die Bestimmungen zum Schutz des Berufsgeheimnisses und des Quellenschutzes so ausgebaut werden, dass die Wahrung der Grundrechte der Betroffenen in diesem Bereich durchgehend als gewährleistet erscheint. Soweit sich nachrichtendienstliche Instrumente nicht so einsetzen lassen, dass die Einhaltung dieser Grundrechte

Schweizerischen Strafprozessordnung, Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 172 N 2 und N 4; Basler-Komm/Bommer/Goldschmid, Art. 264 StPO, N 15; GYÖRFFY VIKTOR, Quellenschutz im Strafprozess, in: *medialex* 6/16 sowie *medialex* Jahrbuch 2016, S. 79 ff., Rz. 2 f.; EGMR, *Goodwin v. The United Kingdom* (GC), 17488/90, Urteil vom 27. März 1996; EGMR, *Voskuil v. The Netherlands*, 64752/01, Urteil vom 22. November 2007; BGE 132 I 184; BGE 140 IV 108.

50 BGE 147 I 280, E. 6.2.3.

garantiert werden kann, sind die betreffenden Instrumente abzuschaffen. Dies beschlägt namentlich die Funk- und Kabelaufklärung, welche sich auf ganze Kommunikationsströme bezieht (z.B. alle Daten, welche durch eine bestimmte Glasfaserleitung gehen), und damit auch alle von Berufsgeheimnissen und vom Quellenschutz gedeckten Daten, welche sich im erfassten Kommunikationsstrom befinden, mit einbezieht.

4.10. Art. 37 nNDG – Dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland

Auf die dringliche Anordnung des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke im Ausland ist zu verzichten.

Die Massnahme des Eindringens in Computersysteme und Computernetzwerke, die sich im Ausland befinden, ist völkerrechtlich und souveränitätspolitisch äusserst delikater. Dringliche Massnahmen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit sind grundsätzlich in Art. 184 und Art. 185 BV geregelt und fallen in die Zuständigkeit des Bundesrates.

Souveränitätspolitisch erscheint es problematisch, diese weitreichende Kompetenz in generell-abstrakter Weise im Gesetz an Beamt*innen zu delegieren. Sinnvoller erscheint es, diese Kompetenz – soweit sie überhaupt als zulässig erscheint – weiterhin beim Bundesrat zu belassen und gegebenenfalls das Gesetz mit einer Delegationskompetenz im Falle der Dringlichkeit zu versehen. Dies erlaubt dem Bundesrat, auf Verordnungs-/Weisungsebene klare Schranken vorzusehen.

4.11. Art. 38 NDG (Funkaufklärung) und Art. 39 ff. NDG (Kabelaufklärung)

Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind zu streichen.

In Bezug auf die Kabelaufklärung werden in der Vernehmlassungsvorlage punktuelle Änderungen vorgeschlagen. Richtigerweise muss die Revision des NDG Anlass dafür sein, sich der grundlegenden Problematik, welche mit der Kabelaufklärung einhergeht, zu stellen: Die Kabelaufklärung ist eine anlasslose Massenüberwachung, die es dem NDB ermöglicht, die gesamte unverschlüsselte Telekommunikation, die über grenzüberschreitende Glasfaserkabel läuft, nach Stichworten zu durchsuchen. Da ein grosser Teil der internetbasierten Kommunikation der in der Schweiz wohnhaften Personen über ausländische Server und Netzwerke führt, können alle Menschen, die sich in der Schweiz befinden und sich im Internet bewegen, von dieser Überwachung betroffen sein.

Der mit der Kabelaufklärung verbundene weit reichende Eingriff in die Grundrechte aller Personen, welche digitale Kanäle nutzen, um sich zu informieren und mit anderen Personen zu kommunizieren, und dabei damit rechnen müssen, von der Kabelaufklärung tangiert zu werden, ist nicht zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Funkaufklärung, welche auf die Erfassung elektromagnetischer

Ausstrahlungen von Telekommunikationssystemen, die sich im Ausland befinden, zielt. Die Bestimmungen zur Funkaufklärung (Art. 38 NDG) und zur Kabelaufklärung (Art. 39 - 43 NDG) sind aus diesem Grund zu streichen.

4.12. Art. 39 nNDG – Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland

Auf die Kabelaufklärung gegen schweizerische natürliche oder juristische Personen im Ausland ist zu verzichten.

Mit der Aufhebung der aktuellen Begrenzung der Kabelaufklärung auf *nicht*-schweizerische natürliche oder juristische Personen wird künftig die Kabelaufklärung gegenüber sämtlichen Schweizer*innen zulässig sein, soweit diese sich im Ausland aufhalten. Dies stellt gegenüber der ursprünglichen versprochenen Regelung eine erhebliche Ausweitung dar.

4.13 Art. 41 Abs. 3 nNDG – Ausweitung der Frist

Bei jeder einzelnen Kabelaufklärung kommt es mit grösster Wahrscheinlichkeit zu einem Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre. Sie ist deshalb per se schon abzulehnen, in jedem Falle aber nicht noch grosszügiger zu erlauben. Die Frist in Art. 41 Abs. 3 nNDG darf nicht auf 12 Monate ausgeweitet werden.

Bislang war die Kabelaufklärung auf 6 Monate beschränkt, mit der Option um Verlängerung für drei Monate. Diese Fristen sollen auf 12, respektive 18 Monate erweitert werden.

Jede Kabelaufklärung bedeutet mit grösster Wahrscheinlichkeit einen Eingriff in den Kernbereich der Privatsphäre, welcher abzulehnen ist. Die im erläuternden Bericht gebrachten Argumente vermögen angesichts dessen in jedem Fall nicht für eine Verlängerung, also eine Ausweitung der Verletzung, zu überzeugen: Begründet wird die Verlängerung u.a. damit, dass sich «die Nachrichtenbedürfnisse nicht im Rhythmus von drei Monaten» änderten, dass sich die Schweiz bei der Kabelaufklärung noch auf Neuland bewege und der Wissensaufbau Zeit beanspruche. Gerade wenn man sich noch auf Neuland befindet, macht es aber umso mehr Sinn, jeden Schritt genau anzuschauen. Eine kürzere Kontrollfrist ist auch für den Wissensaufbau wünschenswert, da fehlgeleitete Ressourcen schneller wieder neu zugeteilt werden können. Wie schnell sich der Rhythmus ändert, scheint bestenfalls Spekulation, da es sich ja gerade, wie im Bericht selbst geschrieben, um Neuland handelt. Eine Verlängerung der Fristen macht also im Gegenteil keinen Sinn.

4.14. Art. 42 nNDG – Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung

Auf die Analyse von Signalen und Daten aus bestehenden Aufträgen zur Kabelaufklärung ist zu verzichten.

Im Rahmen eines von der Digitalen Gesellschaft zusammen mit sieben Privatpersonen, darunter Journalist*innen und ein Rechtsanwalt, geführten Beschwerdeverfahrens hat das Bundesgericht entschieden, dass das Bundesverwaltungsgericht die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung einlässlich untersuchen und prüfen muss, ob diese die Grundrechte verletzt. In seinen Stellungnahmen in diesem Verfahren gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht hat der NDB bisher keine Bereitschaft gezeigt, die Praxis der Funk- und Kabelaufklärung akkurat und nachvollziehbar darzulegen. Gleichzeitig hat sich der NDB sehr bemüht, ein Bild zu zeichnen, in welchem die Kabelaufklärung als sehr zielgerichtete Massnahme erscheint, insbesondere, was die angebliche Möglichkeit betrifft, gezielt die Signale einzelner grenzüberschreitender Leitungen zu eruieren und auszuleiten, welche gehäuft Daten enthalten, welche ihren Ursprung oder ihr Ziel in weiter entfernten Ländern wie beispielsweise Syrien oder Russland enthalten. Die Hinweise der Beschwerdeführenden, wonach die Darlegungen des NDB mit den technischen Gegebenheiten nicht in Übereinklang zu bringen sind, hat der NDB zurückgewiesen, und hat entgegen den hierbei bestehenden technischen Hürden und Schwierigkeiten darauf beharrt, in der Lage zu sein, den gesuchten Verkehr in einer eng begrenzten Zahl von grenzüberschreitenden Leitungen zu finden und auszuleiten.

Die Begründung für die Befugnisse, welche sich der NDB mit Art. 43 Abs. 3bis nNDG einräumen lassen will, stehen in einem starken Kontrast zu den Verlautbarungen, welche der NDB im erwähnten Beschwerdeverfahren abgegeben hat. Im erläuternden Bericht räumt der NDB nun ein, dass nicht einfach eruiert werden kann, über welche Leitungen die Daten von und nach weiter entfernten Ländern gehen. Gleichzeitig ist zu den betreffenden Ausführungen im erläuternden Bericht – ebenso wie zu jenen im Beschwerdeverfahren – festzuhalten, dass diese als schwer nachvollziehbar und nicht überzeugend erscheinen. So ist nicht ersichtlich, warum der NDB die Herkunft bzw. den Endpunkt von Daten aus bzw. in weiter entfernte(n) Ländern besser eruieren können soll als die Schweizer Betreiberinnen von leitungsgebundenen Netzen und Anbieterinnen von Telekommunikationsleistungen, zumal der NDB im gleichen Atemzug darlegt, die Betreiberinnen und Anbieterinnen würden ihre Datenflüsse permanent optimieren (was sich gerade auch auf die Datenflüsse in weiter entfernte Länder beziehen wird).

Zwar beteuert der NDB, die gewünschte Auswertung sei rein technischer Natur. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine solche Analyse notwendigerweise die Kommunikation vieler offenkundig unbescholtener Personen beschlägt. Ohne Auswertung von Metadaten und zumindest teilweise auch von Inhaltsdaten wird eine solche Analyse nicht zu bewerkstelligen sein. Eine solche Analyse wäre damit notwendigerweise mit der Erfassung und Auswertung personenbezogener Daten und damit mit Grundrechtseingriffen verbunden. Dies ist auch dann nicht zu rechtfertigen, wenn der

NDB damit letztlich die Optimierung von Kabelaufklärungsaufträgen bezweckt. Auf die vorgesehene Bestimmung ist daher zu verzichten.

5. Qualitätssicherung: Art. 58b nNDG – Nachrichtendienstliche Personendaten des NDB

Im Rahmen der Revision sind die Bestimmungen zur periodischen Überprüfung zu präzisieren. Insbesondere sind Fristen festzulegen, welche dem NDB lückenlos, klar und unmissverständlich vorgeben, welche Daten innert welcher Zeit zwingend zu überprüfen und allenfalls zu löschen sind.

Bereits im geltenden NDG ist vorgesehen, dass der NDB die von ihm bearbeiteten Daten periodisch überprüft. Im Zuge der Neuordnung der Datenerfassung und -ablage wird diesbezüglich eine Neuregelung vorgeschlagen.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die periodische Überprüfung bislang nie zu gewährleisten vermocht hat, dass Daten, welche nicht (mehr) gespeichert werden dürfen oder welche nicht (mehr) benötigt werden, gelöscht werden. Die Aufsichtstätigkeit der GPDeI hat immer wieder beträchtliche Datenmengen zu Tage gefördert, die schon gar nicht hätten erfasst werden dürfen oder zumindest im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen. So fand die GPDeI im Jahr 2019 Daten, zu denen sie bereits 2010 festgehalten hatte, dass diese zu löschen sind.⁵¹ Auch andere in der Öffentlichkeit bekannt gewordene Beispiele zeigen, dass Daten über Jahre erfasst blieben, welche im Rahmen der periodischen Überprüfung hätten gelöscht werden müssen.⁵²

6. «Internet» statt «Cyberraum»

Der Begriff «Cyberraum» ist ein sehr schwammiger Begriff. De facto soll das Internet überwacht werden, deshalb muss dies auch wörtlich so festgehalten sein.

6.1 Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG

In Art. 6 Abs. 1 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»

⁵¹ Vgl. Datenbearbeitung im Staatsschutzinformationssystem ISIS, Bericht der Geschäftsprüfungsdelegation der Eidgenössischen Räte vom 21. Juni 2010 sowie Jahresberichte 2019, 2020 und 2021 der GPDeI.

⁵² Vgl. GYÖRFFY VIKTOR, Rechtsgutachten zur Praxis der Informationsbeschaffung durch den Nachrichtendienst des Bundes (NDB), 25. Mai 2022, insb. S. 42 ff. N 167 ff.

6.2 Art. 19 Abs. 2 lit. f nNDG

In Art. 19 Abs. 2 lit. b nNDG ist das Wort «Cyberraum» durch «Internet» zu ersetzen:

«zur Feststellung, Beobachtung und Beurteilung von sicherheitspolitisch bedeutsamen Vorgängen im Ausland und im Internet;»«sicherheitspolitisch bedeutsamen Aktivitäten im Internet»

7. Art. 75 ff. NDG – Komplettrevision der Aufsichtsbehörde AB-ND

In der Revision des NDG muss eine gesetzliche Grundlage erarbeitet werden, in der die AB-ND keinerlei Abhängigkeiten zum VBS und grösstmögliche Unabhängigkeit zu anderen staatlichen Institutionen hat.

In Art. 75 ff. NDG werden im aktuellen NDG die gesetzlichen Grundlagen für die «unabhängige» Aufsichtsbehörde des Nachrichtendienstes (AB-ND) beschrieben. Es ist offensichtlich, dass eine Behörde, welche, wie der NDB, dem VBS angesiedelt ist (Art. 77 NDG) und deren Leitung durch den VBS vorgeschlagen wird (Art. 76 Abs. 2 NDG), nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfügt und somit auch seine Aufgabe, die Kontrolle des NDB, nicht befriedigend wahrnehmen kann.

8. Strafrechtliche Bestimmungen

8.1. Art. 83a nNDG – Organisationsverbot

Auf ein Organisationsverbot ist zu verzichten. Wenn überhaupt ist ein solches Verbot nicht vom Bundesrat, sondern vom Parlament zu beschliessen.

Neu soll in Art. 74 nNDG ein Organisationsverbot eingeführt werden, während bisherige Verbote stets auf einem Spezialgesetz beruhten (Bundesgesetz über das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen vom 12. Dezember 2014)⁵³. Nunmehr soll die Kompetenz, ein Verbot auszusprechen, zudem beim Bundesrat liegen. Damit wäre ein solcher Entscheid weit weniger demokratisch, als ein vom Parlament verabschiedetes und dem Referendum bzw. einer öffentlichen politischen Diskussion unterworfenen Gesetz. Dies wiegt besonders schwer, da das Verbot einer Organisation die Werte der Verfassung sowie die Achtung der Meinungs-, Vereins- oder Versammlungsfreiheit beeinträchtigt.

Weiter hat sich bereits die im Sommer 2022 durchgeführte Vernehmlassung der bundesrätlichen Verfügung über das Verbot von Al-Qaïda und des Islamischen Staates als problematisch erwiesen.

53 SR 122.

Nach der Publikation im Bundesblatt⁵⁴ konnte der begründete Entwurf der Verfügung nur in den Büros des Generalsekretariats des VBS eingesehen werden, und auch dann nur unter der Voraussetzung, dass eine persönliche Betroffenheit von dem zu erlassenden Verbot dargelegt werden kann. Mit anderen Worten bedurfte es dem Nachweis, dass eine Person selbst einer terroristischen Organisation angehört und somit gegen das bestehende Gesetz und seine Strafbestimmungen verstösst, um sich überhaupt zur Aufrechterhaltung des Verbots äussern zu können. Ein solches Verfahren verstösst insbesondere gegen das Recht, sich nicht selbst belasten zu müssen (Art. 113 Abs. 1 StPO). Zudem ist es damit auch ein Alibiverfahren, da keine Person eine Selbstbelastung in Kauf nehmen wird, um an einem Verwaltungsverfahren teilnehmen zu können.

Einer bundesrätlichen Verfügung, welche Nichteinhaltung mittels strafrechtlicher Bestimmungen sanktioniert, fehlt es damit an der notwendigen Legitimität. Da der Bundesrat zudem seine Verfügung jederzeit ändern kann, um weitere Gruppen in die Liste der verbotenen Organisationen aufzunehmen, kann er *de facto* die Tatbestandsmerkmale einer Straftat definieren – ein Vorrecht, welches dem Parlament im Rahmen der Schaffung formelle Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.2. Art. 83b i.V.m. Art. 73 Abs. 1 nNDG – Tätigkeitsverbot

Die strafrechtliche Bestimmung «Verletzung des Tätigkeitsverbots» muss gestrichen werden.

Sollte die konkrete Durchführung der verbotenen Tätigkeit wahre Risiken mit sich bringen, würde diese Tat schon unter die aktuellen Bestimmungen des StGB fallen. Es besteht kein Interesse, eine neue Straftat bzw. im Gesetz über geheimdienstliche Tätigkeiten neue Strafbestimmungen vorzusehen.

Das Tätigkeitsverbot in Art. 73 NDG ist ein besonders schwerwiegender Eingriff in die Grundwerte der Verfassung sowie in die Achtung der persönlichen Freiheit, Wirtschaftsfreiheit, Meinungsfreiheit, Vereinigungs- sowie Versammlungsfreiheit.

Eine Person, welche die Sicherheit der Schweiz konkret bedroht, kann bereits heute in den Anwendungsbereich von Strafbestimmungen wie der Beteiligung an oder Unterstützung einer kriminellen / terroristischen Organisation (Art. 260ter StGB), der Finanzierung des Terrorismus (Art. 260quinquies StGB), der Anwerbung, Ausbildung und Reisen im Hinblick auf eine terroristische Straftat (Art. 260sexies StGB) oder der strafbaren Vorbereitungshandlungen (Art. 260bis StGB) fallen, wenn sie etwa konkret einen Anschlag plant. Das Strafrecht unterliegt aufgrund seiner Konsequenzen für die Betroffenen zudem einem strengeren Legalitätsprinzip als andere Rechtsbereiche. Es ist deshalb für die Verletzung des Tätigkeitsverbot – welches im präventiven Bereich ansetzt – nicht gerechtfertigt, strafrechtliche Sanktionen vorzusehen.

54 Vgl. Allgemeinverfügung betreffend das Verbot der Gruppierungen «Al-Qaïda» und «Islamischer Staat» sowie verwandter Organisationen, BBl 2022 1802.

Da der Bundesrat zudem seine Verfügung ändern kann, um weitere Tätigkeiten zu verbieten oder das bestehende Verbot auf weitere Personen auszudehnen, läuft dies *de facto* darauf hinaus, dass er die Tatbestandsmerkmale der Straftat definieren kann. Ein Vorrecht, welches dem Parlament bei der Schaffung formeller Gesetze vorbehalten bleiben muss.

8.3. Art. 83c nNDG – Ungehorsam gegen Verfügungen

Die strafrechtliche Bestimmung «Ungehorsam gegen Verfügungen und Verletzung der Geheimhaltungspflicht» ist zu streichen.

Gemäss dem Wortlaut von Art. 83c Abs. 1 lit. a nNDG scheint die Bestimmung auf alle vom NDB zugestellten Verfügungen anwendbar zu sein. Im erläuternden Bericht⁵⁵ werden jedoch nur Verfügungen über die Beschaffung von Informationen erwähnt. Der tatsächliche Anwendungsbereich der Bestimmung ist daher im Gesetz unklar definiert.

Die Bestimmung sieht eine Geldstrafe von CHF 100'000 vor. Bei der Beschaffung von Informationen hat die Beschwerde gegen eine Verfügung des NDB keine aufschiebende Wirkung (Art. 83 Abs. 2 nNDG). Da sich der NDB auf vertrauliche Informationen stützt, kann er seine Verfügungen nicht immer ausführlich begründen. So wäre es *de facto* möglich, dass eine Person, die eine lückenhaft begründete Entscheidung erhalten und Beschwerde eingelegt hat, trotzdem strafrechtlich verfolgt wird, wenn sie die Verfügung nicht innerhalb der vom NDB selbst gesetzten Frist umsetzt.

Die Geldstrafe von CHF 100'000 übersteigt zudem die Geldstrafe, welche von einem Gericht bei Nichtbefolgung eines Urteils verhängt werden kann, um ein 10-faches. Es ist nicht ersichtlich, warum die Verfügungen des NDB 10-Mal wichtiger und respektabler sein sollten als das Urteil eines Gerichts.

Schliesslich verfügt der NDB bereits heute über die Möglichkeit, Verfügungen unter Hinweis auf Strafandrohung nach Art. 292 StGB zu erlassen. Das geltende Recht ist daher ausreichend.

8.4. Art. 83d und 83e nNDG– Gerichtsbarkeit

Auf die verwaltungsstrafrechtliche Kompetenz des NDB und des durchführenden Dienstes für die Kabelaufklärung muss verzichtet werden. Der NDB darf nicht Verfügungen erlassen und den Ungehorsam gegen diese selbst verfolgen.

Sollten die Strafbestimmungen bezüglich Organisations- und Tätigkeitsverbot trotz allem beibehalten werden, muss Art. 83e nNDG zwingend dahingehend präzisiert werden, dass die Mitteilungspflicht nur diese beiden Straftaten betrifft.

55 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 32.

Gemäss Art. 83d nNDG wäre es dem NDB künftig erlaubt, selbst Personen zu verfolgen, die eine seiner Verfügungen nicht umgesetzt haben. Durch diese Bestimmung würde die Unterscheidung zwischen präventiven Tätigkeiten, die in den Zuständigkeitsbereich des NDB fallen, und repressiven Tätigkeiten, die den Strafverfolgungsbehörden obliegen, stark verwischt.

Der NDB wäre in dieser Konstellation Richter und Partei zugleich und das Recht auf ein faires Verfahren für von der Strafverfolgung betroffene Personen nicht gewährleistet. Dies gilt umso mehr, als der NDB bestimmte Bereiche der Akten geheim halten kann. Betroffene würde sich also einer Behörde gegenübersehen, welche trotz lückenhafter Begründung und mit der Möglichkeit, den Zugang zu gewissen Aktenbereichen zu verhindern, eine Verfügung aussprechen und bei Nichtbefolgung die strafrechtliche Verfolgung aufnehmen dürfte. Eine Strafverfolgung durch den NDB gemäss dem VStrR ist in dem Sinne absolut unhaltbar. Diese Überlegungen gelten gleichermassen für den durchführenden Dienst bei Kabelaufklärung.

Die Mitteilung von Entscheiden anderer Behörden an den NDB scheint gemäss Art. 83e nNDG für alle Entscheide zu gelten, die aufgrund der Strafbestimmungen des NDG gefällt werden. Dies, obwohl der Bundesrat die Mitteilung in seiner Botschaft nur für Entscheide im Bereich des Organisations- und Tätigkeitsverbots vorsah. Sollten diese Straftaten im nNDG beibehalten, müsste in jedem Fall der Anwendungsbereich der Meldepflicht von Art. 83e nNDG im Gesetzestext präzisiert werden.

9. Ausweitung des Ausreiseverbots

9.1. Art. 24h nBWIS

Von den Änderungen des BWIS im Zuge der Revision des nNDG ist abzusehen.

Zumindest aber ist die Ausnahme des polizeilichen Nachweises in Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS zu streichen, sodass nur bei einem rechtskräftigen Urteil das Ausreiseverbot angeordnet werden kann. Art. 24h Abs. 1 lit. a nBWIS ist damit wie folgt zu ändern: «sie dafür rechtskräftig verurteilt worden ist und»

Art. 24h Abs. 2 nBWIS ist zu streichen, da polizeiliche Nachweise nicht genügen, um ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Unter dem neuen Abschnitt «Massnahmen gegen Gewalttätigkeiten an Demonstrationen und Kundgebungen» soll fedpol gemäss Art. 24h nBWIS Personen die Ausreise aus der Schweiz in ein bestimmtes Land für eine bestimmte Zeitdauer untersagen können, wenn damit zu rechnen ist, dass es dort zu Gewalttätigkeiten kommt. Dieses Ausreiseverbot kennt das BWIS bisher nur bei terroristischen Gefährder*innen gemäss Art. 23n BWIS und für Sportveranstaltungen gemäss Art. 24c BWIS. Damit wird das Ausreiseverbot massiv ausgeweitet.

Gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. a BWIS kann die Ausreise einer Person untersagt werden, wenn sie dafür verurteilt worden ist oder «ausnahmsweise polizeiliche Nachweise vorliegen», dass sie sich an einer

Demonstration oder Kundgebung in der Schweiz oder im Ausland an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen beteiligt hat.

Als polizeiliche Nachweise gelten gemäss Art. 24h Abs. 2 nBWIS namentlich Strafanzeigen aufgrund polizeilicher Feststellungen (lit. a) und polizeiliche Fernhalteverfügungen und Wegweisungsverfügungen (lit. b). Diese Aufzählung ist aufgrund der Verwendung des Worts «namentlich» nicht abschliessend. Der erläuternde Bericht verweist sodann explizit auf Art. 5 VVMH, wonach auch glaubwürdige Aussagen der Polizei oder Privatpersonen oder Meldungen von ausländischen Behörden als Annahme für die Gefährlichkeit ausreichen sollen.

Weder polizeiliche Strafanzeigen noch Fernhalte- oder Wegweisungsverfügungen und schon gar nicht glaubwürdige Aussagen beweisen aber das Vorliegen einer Straftat. Im erläuternden Bericht wird dies damit erklärt, dass mehrere Jahre vergehen können, bis eine Person rechtskräftig verurteilt wird, wenn gegen ein Urteil oder einen Strafbefehl ein Rechtsmittel eingelegt wird und ein jahrelanges Zuwarten mit einer Ausreisebeschränkung den präventiven Zielen der Massnahme zuwiderlaufen würde. Das kann zutreffen, ist aber in einem Rechtsstaat, in welche nur ein rechtskräftiges Urteil das Vorliegen einer Straftat nachzuweisen vermag, auszuhalten. Art. 24h nBWIS verstösst damit gegen das Prinzip der Unschuldsvermutung. Es ist nicht zu rechtfertigen, präventiv und ohne Nachweis einer tatsächlich begangenen Straftat, ein Ausreiseverbot anzuordnen.

Kumulativ zur Voraussetzung in Abs. 1 müssen gemäss Art. 24h Abs. 1 lit. b nBWIS konkrete und aktuelle Anhaltspunkte vorliegen, dass die Person ausreisen will, um sich im Bestimmungsland an einer Demonstration oder Kundgebung mit internationalem Bezug an Gewalttätigkeiten gegen Personen oder Sachen zu beteiligen. Dabei ist völlig unklar, welches Ausmass die Gewalttätigkeiten gegenüber Sachen annehmen muss. Vielmehr muss ausdrücklich festgehalten werden, dass nicht jede Gewalttätigkeit gegenüber Sachen ein Ausreiseverbot rechtfertigen kann, sondern diese ein gewisses Ausmass annehmen müssen.

Der erläuternde Bericht erkennt richtig, dass durch das Ausreiseverbot das Recht auf freie Meinungsäusserung tangiert werden kann. Dies wird damit begründet, dass die Regelung nur auf Personen anwendbar sei, die sich mit hoher Wahrscheinlichkeit an Gewalttätigkeiten beteiligen werden, was nicht von der Meinungsäusserungsfreiheit gedeckt sei und deshalb das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht tangiert werde. Eine lediglich hohe Wahrscheinlichkeit an künftig zu begehenden Gewalttätigkeiten reicht aber nicht aus, um das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung gar nicht erst zu tangieren, insbesondere da kein rechtskräftiges Urteil vorliegen muss, das das Vorliegen von begangenen Gewalttätigkeiten nachweist. Es liegt ein Eingriff in das Grundrecht auf freie Meinungsäusserung und in die persönliche Freiheit vor, welche nicht durch die hohe Wahrscheinlichkeit einer zukünftigen Gewalttätigkeit gerechtfertigt werden.

Zudem erscheint es als fraglich, wie es möglich sein soll, allfälliges künftiges gewalttätiges Verhalten anlässlich einer Kundgebung oder Demonstration prognostizieren zu können. Allein aus vergangenem Verhalten, zumal bei einem solch schwammigen Gewaltbegriff, wird sich dies regelmässig nicht

zuverlässig ableiten können, was ohne Weiteres im Vergleich zum Strafrecht deutlich wird, wo eine negative Prognose in Bezug auf künftige Delikte die Ausnahme ist und wo die Schwierigkeiten in Bezug auf die Legalprognose von der Rechtswissenschaft gut herausgearbeitet worden sind.

Im erläuternden Bericht selbst steht, dass die Ausreisebeschränkung «ein präventives polizeiliches Instrument»⁵⁶ ist. Damit fällt die Ausweitung des Ausreiseverbotes nicht in den nachrichtendienstlichen Bereich und gehört nicht in die vorliegende Gesetzesvorlage rein – sie zeugt aber von der typischen Vermischung von polizeilichen und nachrichtendienstlichen Befugnissen, welche strikt zu trennen sind.

9.2. Art. 24k nBWIS – Altersgrenze

Art. 24k nBWIS ist zu streichen.

Gemäss Art. 24k nBWIS kann die Ausreisebeschränkung gegen eine Person verfügt werden, die das 15. Altersjahr vollendet hat. Massnahmen gegenüber Jugendlichen sollten grundsätzlich, wie das Jugendstrafrecht, erzieherische Wirkung entfalten. Die vorgesehene Massnahme gegen Minderjährige ab 15 Jahren ist in dem Sinne hochproblematisch und steht im Widerspruch zur von der Schweiz ratifizierten UNO-Kinderrechtskonvention.

10. Datenbearbeitung und Qualitätssicherung: Algorithmen und Gesichtserkennung

Auf eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten und Bearbeitung biometrischer Daten ist zu verzichten. Jedenfalls darf eine solche nicht ohne explizite gesetzliche Grundlage vorgenommen werden. Eine solche hätte den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung zu tragen und müsste strenge Schranken sowie adäquate Schutzvorkehrungen vorsehen. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst wird sich allerdings angesichts des schweren Eingriffs in die Grundrechte, welcher damit verbunden wäre, und angesichts der grundsätzlichen Probleme solcher Technologien insgesamt nicht rechtfertigen lassen.

Die Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten hat im März 2022 ihren Tätigkeitsbericht veröffentlicht. In diesem Bericht hat sie bekannt gemacht, dass der NDB seit 2020 ein Gesichtserkennungssystem einsetzt, mit dem Personen auf Fotos bestimmt werden können. Die Unabhängige Aufsichtsbehörde hält fest, dass der NDB dies tut, obschon betreffend keines der Informationssysteme eine derartige Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist.

Es fällt auf, dass der vorliegende Revisionsentwurf zwar den Einsatz von lernfähigen Programmen zur Suche und Kategorisierung von Informationen als «unabdingbar» preist, zugleich aber auf eine

56 Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 34.

gesetzliche Regelung vorhersehbaren Voraussetzungen und Schranken verzichtet. Stattdessen bleibt es bei einem nicht nachvollziehbaren Lippenbekenntnis, dass ein Einsatz künstlicher Intelligenz mit dem Risiko schwerwiegender Grundrechtseingriffe «nicht geplant» sei.⁵⁷

Das revidierte Datenschutzrecht sieht betreffend biometrische Daten besondere Schutzvorkehrungen vor, unter anderem indem diese als *besonders schützenswert* bewertet werden.⁵⁸ Ebenso wird die automatisierte Bearbeitung von Personendaten, die ein hohes Risiko für die Persönlichkeit oder die Grundrechte der betroffenen Person mit sich bringt, als «*Profiling mit hohem Risiko*» qualifiziert (Art. 5 lit. g nDSG), was mit verschiedenen Schutzvorkehrungen verbunden ist.

Vor diesem gesetzgeberischen Hintergrund liegt es nicht im Belieben des Bundesrates beziehungsweise des NDB, festzulegen, wann biometrische Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten einen schwerwiegenden Grundrechtseingriff darstellen. Vielmehr ist es Aufgabe des Parlamentes ggf. eine gesetzliche Grundlage, die den grundrechtlichen Interessen hinreichend Rechnung trägt, auszuarbeiten. Die Verwendung biometrischer Daten und die automatisierte Bearbeitung von Personendaten durch den Nachrichtendienst würde allerdings zu schwerwiegenden Eingriffen in die Grundrechte führen, insbesondere, weil damit grosse Datenbestände analysiert werden könnten. Zudem sind entsprechende Systeme mit einer Reihe von grundsätzlichen Problemen behaftet (namentlich: grosse Zahl der von einem Einsatz betroffenen Personen bzw. fehlende Zielgerichtetheit der Systeme; mangelnde Transparenz und Nachvollziehbarkeit; diskriminierende Wirkung, insb. von Gesichtserkennungssystemen). Damit erscheint es als sehr fraglich, inwieweit die Verwendung biometrischer Daten oder eine automatisierte Bearbeitung von Personendaten im nachrichtendienstlichen Bereich überhaupt als gerechtfertigt erscheinen könnten.

Mit bestem Dank für die Berücksichtigung unserer Anmerkungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüssen

Ursin Filli

⁵⁷ Vgl. Erläuternder Bericht zur Revision des Bundesgesetzes vom 25. September 2015 über den Nachrichtendienst vom Mai 2022, BBl 2022, S. 22.

⁵⁸ Vgl. Art. 5 lit. c Ziff. 4 nDSG in der beschlossenen Fassung, vgl. BBl 2020 7639 ff.