



EDÖB-D-218B3401/45 / Prinz

Bern, 3. August 2022

Empfehlung nach Art. 14 des Öffentlichkeitsgesetzes

im Schlichtungsverfahren zwischen

**Digitale Gesellschaft
(Antragsteller)**

und

Nachrichtendienst des Bundes NDB

I Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte stellt fest:

1. Im Tätigkeitsbericht 2021 der Unabhängigen Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten (AB-ND) wurde auf S. 24 unter dem Titel «Rechtmässigkeit des Gesichtserkennungssystems» Folgendes aufgeführt: «Die AB-ND stellte fest, dass der NDB zu Beginn des Projekts verschiedene Abklärungen zur Rechtmässigkeit veranlasste. Diese Abklärungen wurden zur Erstellung des Bearbeitungsreglements und einer Rechtsgrundlagenanalyse verwendet.»¹
2. Der Antragsteller (Verein) hat am 3. April 2022 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Nachrichtendienst des Bundes NDB um Zugang zu den Dokumenten «Rechtsgrundlagenanalyse» und «Bearbeitungsreglement» ersucht.
3. Am 25. April 2022 nahm der NDB Stellung dazu. Er verweigerte den Zugang und begründete dies wie folgt: «Abgesehen davon, dass die konkrete Kenntnis der vom NDB verwendeten Gesichtserkennung sehr wohl unter den Ausnahmetatbestand von Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b und c [BGÖ] fallen würde [...], gilt nach Artikel 67 des Bundesgesetzes über den Nachrichtendienst (Nachrichtendienstgesetz, NDG; SR 121) das Öffentlichkeitsprinzip nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend die Informationsbeschaffung. Wiewohl es sich bei der verwendeten Gesichtserkennung um eine blossе Suchmaschine für in den Systemen des NDB abgelegte Daten handelt, ermöglicht es, Schlüsselmerkmale einer Person zu erfassen und so neue Erkenntnisse

¹ [Tätigkeitsberichte der AB-ND \(admin.ch\)](#)



über bereits vorhandene Daten zu generieren. Im positiven Sinne kann damit eine Person identifiziert, und im negativen Sinne von einem Vorkommnis ausgeschlossen werden. Die Suchmaschine kann somit zu zusätzlichen Erkenntnissen über bereits vorhandene Daten führen und so zur Informationsbeschaffung beitragen. Entsprechend subsumieren wir diese Suchmaschine unter die Informationsbeschaffung. Für die Rechtsgrundlagenanalyse gilt Analoges.»

4. Am 13. Mai 2022 reichte der Antragsteller einen Schlichtungsantrag beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter) ein.
5. Mit E-Mail vom 18. Mai 2022 bestätigte der Beauftragte gegenüber dem Antragsteller den Eingang des Schlichtungsantrages und forderte gleichentags den NDB dazu auf, die betroffenen Dokumente sowie bei Bedarf eine ergänzende Stellungnahme einzureichen.
6. Mit Schreiben vom 3. Juni 2022 reichte der NDB die betroffenen Dokumente «Rechtsgrundlagenanalyse» vom 11. September 2019 und «Bearbeitungsreglement» vom 20. Mai 2020 sowie eine Stellungnahme ein. Darin wurde die Verweigerung des Zuganges mit einer einzigen Argumentation für beide Dokumente begründet. In Bezug auf Art. 67 NDG führte der NDB Folgendes aus: «Ausgenommen vom BGÖ sind [...] alle amtlichen Dokumente, welche die Informationsbeschaffung betreffen. «Betreffen» bedeutet im normalen Wortgebrauch (und im vorliegendem Zusammenhang ebenso) von Bedeutung sein, sich beziehen auf, angehen. Es dürfte unbestritten sein, dass die Gesichtserkennung für die Informationsbeschaffung von Bedeutung ist oder sein kann. [...] Damit ermöglicht der Einsatz dieser Technik nach Beurteilung des NDB die Beschaffung von zwar schon vorhandenen, vorher aber nicht erschliessbaren oder zuordenbaren und daher neuen Informationen [...]. Die Suchmaschine wird somit nur für die Informationsbeschaffung eingesetzt. Konsequenterweise sind deshalb die *Rechtsgrundlagenanalyse* und das *Bearbeitungsreglement* unter Informationsbeschaffung zu subsumieren und damit vom BGÖ ausgenommen.» In Bezug auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ führte der NDB Folgendes aus: «Im Falle einer Zugangsgewährung würden die konkreten Mittel und Methoden, vor allem jedoch die operativen und technischen Fähigkeiten des NDB offengelegt. Hinzu kommt, dass jedes Informatikmittel über bereits heute bekannte oder heute noch unbekannte Schwachstellen verfügt, die bei ihrer Kenntnis dazu eingesetzt werden können, den zielgerichteten Einsatz des Mittels zu verunmöglichen oder zumindest zu erschweren (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ). Je mehr Kenntnisse über die verwendete IKT besteht, umso einfacher ist das Erkennen und Ausnutzen von diesen Schwachstellen. Auch gilt es zu vermeiden, dass etwa Rückschlüsse auf externe IKT-Dienstleister, Lieferanten oder verwendete Software möglich sind, um dort tätige Personen ihrerseits vor Beschaffungsmassnahmen (z.B. durch fremde Nachrichtendienste) zu schützen.» Schliesslich begründete der NDB die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ wie folgt: «Es versteht sich von selbst, dass ein Bekanntwerden bestimmter Informationen über u.a. nachrichtendienstliche Aktivitäten in der Öffentlichkeit auch deren Gegnern einen Vorteil einräumen würde. In der Praxis fallen deshalb unter diese Bestimmung u.a. die Einsatzmethoden derjenigen Verwaltungseinheiten, die z.B. mit der Terrorismusbekämpfung beauftragt sind, die technischen Daten zu deren Ausrüstung und Bewaffnung oder etwa die Analysen der Nachrichtendienste. Schliesslich gilt es auch Bedrohungen zu berücksichtigen, denen die beteiligten Personen wie Agenten oder externe Informanten ausgesetzt sind.»
7. Am 5. Juli 2022 fand eine Schlichtungssitzung statt, in welcher sich die Parteien nicht einigen konnten.
8. Auf die weiteren Ausführungen des Antragstellers und des NDB sowie auf die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen.

II Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung:

A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

9. Der Antragsteller reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim NDB ein. Dieser verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Der Antragsteller ist als Teilnehmer an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13

Abs. 1 Bst. a BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).

10. Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.² Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben.

B. Materielle Erwägungen

11. Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.
12. Der NDB lehnte das Zugangsgesuch ab, weil die verlangten Dokumente seiner Ansicht nach aufgrund von Art. 67 NDG dem Öffentlichkeitsgesetz nicht unterstehen. Gegenüber dem Beauftragten begründete er seine Haltung insbesondere damit, dass vom Öffentlichkeitsgesetz alle amtlichen Dokumente ausgenommen sind, welche die Informationsbeschaffung betreffen. Weil die Gesichtserkennung die Informationsbeschaffung betreffe, sei auch eine Suchmaschine als Instrument für die Gesichtserkennung Teil der Informationsbeschaffung. Konsequenterweise seien die Rechtsgrundlagenanalyse und das Bearbeitungsreglement, welche das betroffene Gesichtserkennungssystem betreffen, unter die Informationsbeschaffung zu subsumieren.
13. Mit dem Inkrafttreten des neuen Nachrichtendienstgesetzes am 1. September 2017 wurde die nachrichtendienstliche Informationsbeschaffung dem Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes entzogen. Gemäss Art. 67 NDG gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend die Informationsbeschaffung nach dem Nachrichtendienstgesetz. Es handelt sich dabei gemäss Botschaft um eine «sachliche Ausnahme für die Unterlagen über die nachrichtendienstliche Informationsbeschaffung».³ Die Informationsbeschaffung ist im 3. Kapitel des NDG geregelt. Wie der NDB dem Antragsteller erklärte (Ziff. 3), handelt es sich «bei der verwendeten Gesichtserkennung um eine blossе Suchmaschine für in den Systemen des NDB abgelegte Daten». Gegenüber dem Beauftragten präzisierte der NDB weiter, dass der Einsatz dieser Technik die Beschaffung von zwar schon vorhandenen, vorher aber nicht erschliessbaren oder zuordenbaren Daten ermögliche (Ziff. 6). Somit handelt es bei dieser Suchmaschine nach Auffassung des Beauftragten um ein «Tool» für die Bearbeitung von bereits existierenden Daten, welches die vom NDB betriebenen Informationssysteme (Art. 47 ff. NDG) ergänzt und nicht um ein Instrument der Informationsbeschaffung gemäss dem 3. Kapitel des NDG. Gleicher Auffassung scheint die AB-ND zu sein. Auf Seite 25 ihres Tätigkeitsberichtes 2021 führt sie nämlich aus: «Mit dem Gesichtserkennungssystem werden nach Ansicht der AB-ND biometrische Daten bearbeitet. [...] Gemäss Art. 47 Abs. 2 NDG legt der Bundesrat für jedes Informationssystem den Katalog der bearbeiteten Personendaten fest.» Art. 47 NDG ist im 4. Kapitel des NDG «Datenbearbeitung und Archivierung» enthalten. Folglich gelangt der Beauftragte zum Schluss, dass die vom Antragsteller verlangten Dokumente den Tatbestand von Art. 67 NDG nicht erfüllen und somit dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen.
14. Der NDB beruft sich weiter auf die Ausnahmen von Art. 7 Abs. 1 Bst. b und c BGÖ.
15. Für das Vorliegen der Ausnahmebestimmungen nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ müssen kumulativ folgende zwei Bedingungen gegeben sein: Erstens muss das von der Behörde geltend gemachte Interesse durch die Offenlegung erheblich beeinträchtigt werden; eine bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenz gilt nicht als Beeinträchtigung. Zweitens muss ein ernsthaftes Risiko bestehen, dass die Beeinträchtigung eintritt. Ist eine solche lediglich denkbar oder im Bereich

² Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBI 2003 1963 (zitiert BBI 2003), BBI 2003 2024.

³ Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBI 2014 2161.

des Möglichen, darf der Zugang nicht verweigert werden. Der im Öffentlichkeitsgesetz verankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen gemäss Art. 7 Abs. 1 BGÖ beruht einzig auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadensrisikos. Ein abstraktes Gefährdungsrisiko für die auf dem Spiel stehenden Interessen reicht jedoch nicht aus. Die Lehre verlangt, dass die aufgrund der Offenlegung drohende Verletzung eine gewisse Erheblichkeit aufweist und ein ernsthaftes Risiko für deren Eintreten bestehen muss. Dies ist dann als gegeben zu erachten, wenn der Schaden nach dem üblichen Lauf der Dinge mit hoher Wahrscheinlichkeit eintritt. Nach der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz genügt das Bestehen einer gewissen Wahrscheinlichkeit, dass der Zugang zu einem amtlichen Dokument eines der in Art. 7 BGÖ aufgelisteten Interessen beeinträchtigen würde⁴. Laut Bundesgericht muss eine Verletzung der jeweiligen privaten oder öffentlichen Interessen aufgrund der Zugänglichkeit des betreffenden Dokuments wahrscheinlich erscheinen, wobei nicht jede geringfügige oder unangenehme Konsequenz als Beeinträchtigung gelten kann.⁵

16. In seiner Stellungnahme gegenüber dem Beauftragten (Ziff. 6) brachte der NDB vor, dass im Falle einer Offenlegung der verlangten Dokumente die konkreten Mittel und Methoden des NDB, vor allem seine operativen und technischen Fähigkeiten, offengelegt würden. Hinzu komme, dass allfällige Schwachstellen des Tools von Dritten dazu eingesetzt werden könnten, dessen zielgerichteten Einsatz zu verunmöglichen oder zumindest zu erschweren (Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ).
17. Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde. Dieser Ausnahmegrund stellt sicher, dass Informationen geheim gehalten werden können, die der Vorbereitung konkreter behördlicher Massnahmen dienen (z.B. Inspektionen oder Aufsichtsmaßnahmen). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ auf einzelne, konkrete behördliche Massnahmen zugeschnitten und es ist dabei zu verlangen, «dass im Zeitpunkt der Beurteilung des Zugangsgesuchs die Durchführung einer (oder von einzelnen) klar definierten behördlichen Massnahme beeinträchtigt zu werden droht.»⁶ Die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der mit der behördlichen Massnahme verfolgten Ziele muss von einem gewissen Gewicht sein⁷ und die Geheimhaltung der Information muss Bedingung für den Erfolg der entsprechenden Massnahme bilden. Geschützt sind insbesondere die Inspektionen, die Ermittlungen und die administrativen Überwachungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass sich die Bürgerinnen und Bürger an das Gesetz halten.⁸ Nach Auffassung des Beauftragten stellt das Dokument «Rechtsgrundlageanalyse», indem es eine allgemeine Beurteilung der gesetzlichen Grundlagen des Tools gibt, keine konkrete Massnahme im Sinne der Rechtsprechung dar. Eine ähnliche Überlegung muss für das «Bearbeitungsreglement» gemacht werden, welches allgemein definierte Regelungen für die Anwerbung des Tools festlegt. Der Beauftragte gelangt somit zum Schluss, dass der Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ bei beiden Dokumenten nicht erfüllt ist.
18. Der NDB stützt sich weiter auf Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ, wonach der Zugang zu amtlichen Dokumenten einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern ist, wenn durch seine Gewährung die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet werden kann. Gemäss der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz⁹ betrifft diese Ausnahmebestimmung in erster Linie die Tätigkeit des Polizei-, Zoll-, Nachrichten- und Militärwesens und bezweckt die Geheimhaltung von Massnahmen zum Erhalt der Handlungsfähigkeit der Regierung in ausserordentlichen Lagen, zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Landesversorgung, Informationen über technische Einzelheiten oder den Unterhalt von Rüstungsgütern oder Informationen, deren

⁴ BBl 2003, 2006.

⁵ BGE 133 II 209 vom 25. Mai 2007 E. 2.3.3; zum Schadensrisiko siehe COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 7 Rz. 4; BGE 142 II 324 E 3.4.

⁶ Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1.

⁷ BGE 144 II 77 vom 27. September 2017 E. 4.3.

⁸ Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 6.1; A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1; A-683/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 5.4.2.

⁹ BBl 2003 2009.

Zugänglichmachung zu einer Beeinträchtigung der Sicherheit wichtiger Infrastrukturen oder gefährdeter Personen führen würde. Dabei ist nach der Rechtsprechung¹⁰ nicht die Abgrenzung nach den tätigen Behörden massgeblich, sondern die Abgrenzung von gefährdeten Interessen und Rechtsgütern. Sicherheit ist hierbei sowohl als Unverletzlichkeit der Rechtsgüter der Einzelnen wie auch des Staates und seiner Einrichtungen sowie der Rechtsordnung insgesamt zu verstehen. Die innere und äussere Sicherheit der Schweiz kann durch Angriffe und Bedrohungen wie Kriminalität im Allgemeinen, Extremismus und Terrorismus sowie militärische und nachrichtendienstliche Aktivitäten gefährdet sein. Von der Bestimmung erfasst wird ebenfalls der Schutz von sicherheitsrelevanten Informationen im Zusammenhang mit kritischen Infrastrukturen der Landesversorgung wie informations-, kommunikations- und energietechnischen Einrichtungen. Allerdings muss nach der Rechtsprechung selbst bei legitimen Sicherheitszwecken sorgfältig geprüft werden, ob die Offenlegung der verlangten Dokumente die öffentliche Sicherheit ernsthaft gefährden könnte.¹¹ Als Leitlinie der Prüfung dient dabei das Kriterium, wie weit es verantwortbar ist, dass über die Bekanntgabe von Informationen, die danach auch der gesamten Öffentlichkeit offen stünden, Zugang zu Wissen besteht, das sich in unerwünschter bzw. für die innere Sicherheit der Schweiz nachteiliger Weise nutzen liesse.

19. Der NDB formulierte seine Begründung mit generell abstrakten Gefährdungssituationen und Risiken, und bezog sie nicht auf konkret bestimmte Sachlagen. Diese Ausführungen sind mit Blick auf die von der Rechtsprechung gestellten Anforderungen an die Begründungsdichte einer Zugangsverweigerung zu allgemein und zu pauschal, um eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz hinreichend zu begründen. Der Beauftragte schliesst nicht aus, dass bestimmte Passagen, insbesondere diejenigen, welche technische Daten für den Betrieb der Suchmaschine betreffen, aufgrund von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ nicht zugänglich sind. Selbst wenn eine Einschränkung des Zugangs gerechtfertigt wäre, muss die Behörde das Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 2 BV) beachten. Der NDB hat deshalb zu prüfen, ob anstelle einer vollständigen Verweigerung ein teilweiser Zugang oder ein Aufschub in Betracht kommt, was vorliegend aufgrund der bis anhin aufgeführten Begründung nicht erfolgt ist. Insgesamt erachtet der Beauftragte den Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ daher als nicht erfüllt.
20. Zusammenfassend liegt nach Ansicht des Beauftragten keine Sonderregelung im Sinne von Art. 4 BGÖ vor. Als nicht erfüllt wird ebenfalls der Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ betrachtet. Schliesslich vermag der NDB bis anhin das Vorliegen der Ausnahmeregelung gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten Begründungsdichte darzulegen. Nach Ansicht des Beauftragten ist diesbezüglich die gesetzliche Vermutung des freien Zugangs somit nicht widergelegt. Folglich empfiehlt der Beauftragte dem NDB, den vollständigen Zugang zu den Dokumenten zu gewähren.

III Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:

21. Der Nachrichtendienst des Bundes gewährt den vollständigen Zugang zu den zwei verlangten Dokumenten «Rechtsgrundlagenanalyse» und «Bearbeitungsreglement».
22. Der Antragsteller kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Nachrichtendienst des Bundes den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 1 BGÖ).
23. Der Nachrichtendienst des Bundes erlässt eine Verfügung, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).
24. Der Nachrichtendienst des Bundes erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

¹⁰ Urteil des BVerger A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 5.1 m.w.H.

¹¹ Urteil des BVerger A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 5.1 m.w.H.

25. Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name des Antragstellers anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).
26. Die Empfehlung wird eröffnet:
- Einschreiben mit Rückschein (R)
Digitale Gesellschaft
4000 Basel

 - Einschreiben mit Rückschein (R)
Nachrichtendienst des Bundes NDB
Papiermühlestrasse 20
3003 Bern



Adrian Lobsiger
Eidgenössischer Datenschutz- und
Öffentlichkeitsbeauftragter



Alessandra Prinz
Juristin Direktionsbereich
Öffentlichkeitsprinzip