Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössisches Departement für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport

Nachrichtendienst des Bundes NDB

CH-3003 Bern, NDB

Einschreiben mit Rückschein
Digitale Gesellschaft
Herr
Erik Schönenberger
4000 Basel

Sachbearbeiter NDB: Bup
Bern, 23. August 2022

Der Nachrichtendienst des Bundes (NDB)

hat in Sachen Digitale Gesellschaft, vertreten durch Erik Schönenberger, 4000 Basel

betreffend Verfahren auf Zugang zu amtlichen Dokumenten nach dem Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (BGÖ)

festgestellt und erwogen

I. Sachverhalt

1 Der Gesuchsteller, der Verein «Digitale Gesellschaft», ersuchte mit Schreiben vom 3. April 2022 um Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend der Gesichtserkennung entsprechend der Erwähnung auf Seite 24 des Tätigkeitsberichts 2021 der unabhängigen Aufsichtsbehörde über nachrichtendienstliche Tätigkeiten AB-ND vom 31. März 2022, namentlich um

- das Bearbeitungsreglement;
- die Rechtsgrundlagenanalyse.

2 Mit Stellungnahme vom 25. April 2022 lehnte der NDB das Zugangsgesuch ab: Einerseits sei die Gesichtserkennung ein Mittel der Informationsbeschaffung. Auf solche Dokumente sei das Öffentlichkeitsgesetz nach Artikel 67 des Nachrichtendienstgesetzes (NDG) nicht anwendbar. Unterstellt jedoch, die Gesichtserkennung wäre nicht unter Artikel 67 NDG zu subsumieren, wäre andererseits der Zugang mit Blick auf Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b und c BGÖ zu verweigern.

3 Auf Verlangen des Gesuchstellers eröffnete der Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte (EDÖB) am 13. Mai 2022 ein Schlichtungsverfahren

und führte am 5. Juli 2022 eine Schlichtungsverhandlung durch, die fruchtlos verlief.

In der Folge empfahl der EDÖB am 3. August 2022 dem NDB, den vollständigen Zugang zu den zwei verlangten Dokumenten zu erteilen.

4 Nach Artikel 15 Absatz 2 Buchstabe a BGÖ erlässt die zuständige Behörde eine Verfügung, wenn sie in Abweichung von der Empfehlung des EDÖB das Recht auf Zugang zu einem amtlichen Dokument einschränken, aufschieben oder verweigern will.

Die Verfügung ist innert 20 Tagen nach Empfang der Empfehlung oder nach Eingang des Gesuches nach Artikel 15 Absatz 1 BGÖ zu erlassen.

II. Erwägungen

Dokumente

5 Vorliegend ersuchte der Gesuchsteller um Zugang zu Dokumenten «zum Projekt Gesichtserkennungssystem», namentlich zu den Dokumenten «Bearbeitungsreglement» und «Rechtsgrundlagenanalyse». Er möchte somit wissen, was die rechtlichen Grundlagen für das Projekt sind und wie die Gesichtserkennung funktioniert. Da sowohl in der Rechtsgrundlagenanalyse als auch im Bearbeitungsreglement die für die Gesichtserkennung verwendete Suchmaschine beschrieben wird, bietet es sich aus Sicht des NDB an, diese beiden Dokumente zusammen zu beurteilen, weshalb sich die nachfolgenden Ausführungen auf beide Dokumente beziehen.

Zugang verweigert

6 Der NDB verweigerte den Zugang zu den Dokumenten unter Bezug auf Artikel 67 NDG. In seiner Stellungnahme vom 25. April 2022 an den Gesuchsteller führte der NDB aus, dass es sich bei der Gesichtserkennung um eine blosse Suchmaschine für in den Systemen des NDB bereits abgelegte Daten handle, die es ermögliche, Schlüsselmerkmale einer Person zu erfassen und so neue Erkenntnisse über bereits in den Systemen des NDB vorhandene Daten zu generieren. Die Suchmaschine könne somit zu zusätzlichen Erkenntnissen über bereits vorhandene Daten führen und so zur Informationsbeschaffung beitragen. Abgesehen davon würde die konkrete Kenntnis der vom NDB verwendeten Gesichtserkennung unter die Ausnahmen von Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b und c BGÖ fallen.

Artikel 67 NDG

7 Der Empfehlung des EDÖB vom 3. August 2022 zu Folge handle es sich bei der Gesichtserkennung nicht um ein Instrument der Informationsbeschaffung gemäss dem 3. Kapitel des NDG, womit das BGÖ anwendbar sei. Auch die AB-ND gehe in ihrem Tätigkeitsbericht auf Seite 25 davon aus, dass es sich nicht um ein Instrument der Informationsbeschaffung gemäss dem 3. Kapitel des NDG handle (Rz. 13 der Empfehlung).

8 Mit dem erwähnten Satz der AB-ND *«Gemäss Art. 47 Abs. 2 NDG legt der Bundesrat für jedes Informationssystem den Katalog der bearbeiteten Personendaten fest»* führt das Gesetz lediglich aus, welche Daten der NDB bearbeiten darf. Dieser Satz betrifft alle vom NDB bearbeiteten Daten, also sowohl Daten aus «reinen Verwaltungsgeschäften», die dem BGÖ unterstehen, als auch aus «Dokumenten betreffend die Informationsbeschaffung» gemäss NDG, die vom BGÖ ausgenommen sind. Somit lässt sich daraus nichts auf den vorliegenden Fall ableiten.

9 Sofern der EDÖB davon ausgeht, es handle sich bei der Gesichtserkennung lediglich um ein «Tool» für die Bearbeitung von bereits existierenden Daten, das dem BGÖ unterstellt sei, teilt der NDB diese Beurteilung nicht. Gemäss der Botschaft zu Artikel 67 NDG sei es sinnvoll, *«Dokumente über die nachrichtendienstliche Beschaffung»* vom BGÖ auszunehmen. Der EDÖB zitiert in Rz. 13 seiner Empfehlung zwar auszugsweise die Botschaft zu Artikel 67 NDG, lässt aber die wesentliche Aussage weg: Diese besagt, dass dem BGÖ damit nur *«reine Verwaltungsgeschäfte»* unterstellt sind. Dem BGÖ unterstellt sind somit Geschäfte, die jedem Bundesamt zukommen.

10 In seiner Stellungnahme vom 3. Juni 2022 gegenüber dem EDÖB führte der NDB ergänzend Folgendes aus:

«...Im Gesetzgebungsverfahren zum NDG war seinerzeit umstritten, ob der NDB als Ganzes oder ob "nur" dessen Informationsbeschaffung vom BGÖ auszunehmen sei. Schlussendlich obsiegte in der Differenzbereinigung die Meinung, dass die Ausnahme vom BGÖ auf die Informationsbeschaffung zu beschränken sei. Damit setzte sich der ursprüngliche Vorschlag des NDB bzw. die vom Bundesrat im Gesetzesentwurf und Botschaft vertretene Sichtweise durch[1].

Ausgenommen vom BGÖ sind seither 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. Die Regelung von Artikel 67 NDG nimmt deshalb dem klaren Gesetzeswortlaut zufolge und ebenso von der Entstehungsgeschichte her die Informationsbeschaffung als solche integral vom BGÖ aus.»

a. Reine Verwaltungsgeschäfte (dem BGÖ unterstellt)

11 Gemäss der Botschaft zu Artikel 67 NDG stellt sich somit die Frage, welche amtlichen Dokumente sich auf «reine Verwaltungsgeschäfte» beziehen, und welche nicht. Eine Rechtsgrundlagenanalyse wie die vorliegende hat jedes Bundesamt gemäss dem Projektmanagement des Bundes HERMES für seine Anwendungen bzw. Suchmaschinen zu erstellen. Es könnte sich somit um ein reines Verwaltungsgeschäft handeln. Auch ein Bearbeitungsreglement könnte als reines Verwaltungsgeschäft qualifiziert werden[2] und damit dem BGÖ unterstehen. **Jedoch** geht es

[1] Vgl. dazu die parlamentarischen Beratungen zum NDG.
[2] Im Sinne einer Übersicht über die Funktionen der Suchmaschine.

inhaltlich in beiden Dokumenten um die Frage, *wie* der NDB nachrichtendienstliche Informationen beschafft bzw. wie er den nachrichtendienstlichen Mehrwert aus den bei ihm vorhandenen Daten generiert. Würde man der Argumentation des EDÖB folgen, es handle sich nur um ein «Tool», würde dies zu folgendem Resultat führen: Der NDB müsste bei entsprechenden BGÖ-Gesuchen jeweils sämtliche betroffenen technischen Mittel offenlegen, die er zur nachrichtendienstlichen Informationsbeschaffung einsetzt (z.B. spezielle Videokameras, speziell konzipierte Abhörgeräte), da alle eingesetzten technischen Geräte als «Tool» qualifiziert werden könnten und damit unter Berücksichtigung der Botschaft als «reine Verwaltungsgeschäfte» im Sinne des BGÖ qualifiziert werden müssten. Dies widerspricht offensichtlich dem Willen des Gesetzgebers.

b. Informationsbeschaffung (vom BGÖ ausgenommen)

12 Dem EDÖB kann nicht gefolgt werden, wenn dieser schreibt (Rz. 13 der Empfehlung), Artikel 67 NDG komme nicht zur Anwendung, denn es handle sich «nicht um ein Instrument der Informationsbeschaffung gemäss dem 3. Kapitel des NDG». Dass Artikel 67 NDG nur Informationsbeschaffungen ausnehmen soll, die im 3. Kapitel des NDG aufgeführt sind, ist weder dem Gesetz noch der Botschaft zu entnehmen. Im Gegenteil. So führt Artikel 67 NDG aus, dass «Dokumente betreffend die Informationsbeschaffung *nach diesem Gesetz*» ausgenommen seien, also nicht bloss betreffend die Informationsbeschaffung nach dem 3. Kapitel. Überdies ist es gemäss der Botschaft zu Artikel 67 NDG nicht sinnvoll, dass der NDB den Zugang zu *«Beschaffungs- und Zusammenarbeitsdossiers [über den Verkehr mit ausländischen Nachrichtendiensten] »* jeweils ablehnen müsse. Die in der Botschaft erwähnte Zusammenarbeit mit dem Ausland ist im 2. Kapitel des NDG geregelt (Artikel 12 NDG).
Durch die Informationsbeschaffung erschafft sich der NDB ein nachrichtendienstliches Wissen aus Informationen. Dieses Wissen kann er entweder mit den Massnahmen und Quellen gemäss dem 3. Kapitel des NDG gewinnen, oder aber zum Beispiel durch seine Mitarbeitenden, indem diese die Informationen bearbeiten. Entsprechend hält Artikel 6 NDG beispielsweise fest: *«Die Informationsbeschaffung und -bearbeitung des NDB dient: ....»* Die Mitarbeitenden des NDB generieren durch die Informationsbearbeitung fortlaufend mit ihren Analysen und Vergleichen neue nachrichtendienstliche Erkenntnisse, ohne dass diese Art der Informationsbeschaffung im 3. Kapitel des NDG aufgeführt ist. Es würde zu einer absurden Situation führen, wenn nur die Informationsbeschaffungen nach dem 3. Kapitel des NDG vom BGÖ ausgenommen wären, jedoch nicht die angewandte Art der Informationsbearbeitung oder die durch die Mitarbeitenden bzw. *Suchmaschinen* generierten nachrichtendienstlichen Informationen wie Analysen und Erkenntnisse.

c. Fazit

13 Der NDB hält an seiner Stellungnahme fest. Die Suchmaschine wird nur für die Informationsbeschaffung eingesetzt. Konsequenterweise sind deshalb die Rechtsgrundlagenanalyse und das Bearbeitungsreglement unter die Informationsbeschaffung zu subsumieren und damit vom BGÖ ausgenommen. Die Zugangsgewährung ist deshalb gestützt auf Artikel 67 NDG zu verweigern.

Artikel 7 BGÖ

14 Unterstellt jedoch, die Dokumente würden wider Erwarten dem Öffentlichkeitsprinzip unterstehen – was ausdrücklich bestritten wird –, wäre das Zugangsgesuch auch wegen einer Beeinträchtigung der zielkonformen Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen gleich wie einer Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz abzuweisen. Die Zugangsgewährung wäre folglich auch gestützt auf Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b und c BGÖ zu verweigern.

a. Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b BGÖ

15 Nach Auffassung des EDÖB stellen die verlangten Dokumente keinen Tatbestand nach Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe b BGÖ dar. Nach dieser Bestimmung kann der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch seine Gewährung die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde. Die Geheimhaltung der Informationen muss eine Bedingung für den Erfolg der Massnahme bilden. Auch das Bekanntwerden einer allgemeinen Vorgehensweise einer Behörde kann ausreichend sein, um eine Massnahme einer Behörde in Frage zu stellen[3]. Nach Beurteilung des NDB ist dies vorliegend der Fall. Insbesondere das Bearbeitungsreglement beschreibt die vom NDB verwendete Gesichtserkennung detailliert und erlaubt Rückschlüsse auf das Resultat. Daraus liessen sich allenfalls auch beeinflussende Änderungen von Gesichtsmerkmalen erkennen. Durch das Bekanntwerden könnte somit die behördliche Massnahme (Einsatz von Gesichtserkennungstechnologie) ernsthaft behindert werden.

b. Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c BGÖ

16 Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c BGÖ soll die Geheimhaltung von Massnahmen sicherstellen, die von der Regierung getroffen oder in Betracht gezogen werden, um die Verteidigung des Landes gegen ausländische Mächte sicherzustellen oder die öffentliche Ordnung innerhalb des Landes aufrechtzuerhalten. 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. Es muss in jedem Fall geprüft werden, ob die Offenlegung der Dokumente die öffentliche Sicherheit gefährdet[4].
Vorliegend würden im Falle einer Zugangsgewährung die konkreten Mittel und Methoden, vor allem jedoch die operativen und technischen Fähigkeiten des NDB offengelegt. Die Technik zur Bearbeitung von Gesichtserkennungsdaten steckt noch in den Kinderschuhen. Durch die Zugangsgewährung würden sowohl die Zielpersonen als auch ausländische Dienste, die mit dem NDB in Konkurrenz stehen, darüber informiert,

---

[3] vgl. Urs STEIMEN in: MAURER-LAMBROU/BLECHTA (Hrsg.), Basler Kommentar zum DSG und BGÖ (3. Auflage), Art. 7 BGÖ Rz. 19 f.

[4] vgl. zum Ganzen: Bertil COTTIER / Rainer J. SCHWEIZER / Nina WIDMER in: BRUNNER/MADER (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7 Rz. 26 ff.

welcher Mittel sich der NDB bedient bzw. auf welchem technischen Niveau seine Suchmaschinen sind. 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. 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. Zu denken ist hier etwa an Erpressung oder Korruption.

17 In Bezug auf Artikel 7 Absatz 1 Buchstabe c BGÖ rügt der EDÖB (Rz. 19 der Empfehlung), dass der NDB die Anforderungen an die Begründungsdichte einer Zugangsverweigerung nicht erfülle. Seine Ausführungen seien zu allgemein oder zu pauschal, um eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz hinreichend zu begründen. Der NDB hält daran fest, dass mit einer Gewährung von Zugang zu den ersuchten Dokumenten operative und technische Mittel des NDB offengelegt würden, gleich wie konkrete Einsatzmethoden. Wie drohende Erpressung oder Korrumpierung von Herstellern, Lieferanten oder Anwendern oder etwa das Vorliegen von (heute noch unbekannten) Schwachstellen bei der IKT mit höherer Begründungsdichte geltend gemacht werden könnten, ist dem NDB nicht nachvollziehbar. Es handelt sich dabei um zum heutigen Zeitpunkt zwar noch abstrakte Gefahren, die mit Blick auf beispielsweise von anderen Nachrichtendiensten angewandte Mittel jedoch so konkret erscheinen, dass sie jeder vernünftige Mensch bei der Gefahrenabwehr nicht einfach übergehen darf.

c. Teilweiser Zugang und Aufschub

18 In einem befremdlichen Widerspruch zu seiner eigenen Empfehlung, vollständigen Zugang zu den zwei verlangten Dokumenten zu gewähren (Rz. 21), stehen denn auch teilweise die Ausführungen in Rz. 19 der Empfehlung des EDÖB: *«...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. .... Der NDB hat deshalb zu prüfen, ob anstelle einer vollständigen Verweigerung ein teilweiser Zugang oder ein Aufschub in Betracht kommt...».*

19 Streichungen und Abdeckungen an amtlichen Dokumenten sind nur dann vorzunehmen, wenn die inhaltlichen Zusammenhänge verständlich bleiben, die mit den verlangten Dokumenten vermittelt werden. Wo dies nicht mehr der Fall ist, sollte dies verweigert werden[5]. Vorliegend ersuchte der Gesuchsteller am 3. April 2022 um Zugang zu den amtlichen Dokumenten «zum Projekt Gesichtserkennungssystem». Mit anderen Worten möchte er wissen, wie das Gesichtserkennungssystem genau funktioniert. Eine Streichung und Abdeckung jedoch von jenen Stellen, die der NDB aus den oben genannten Gründen gemäss Artikel 7 Absatz 1 Buchstaben b und c BGÖ geheim halten möchte, wäre für den Gesuchsteller nicht zielführend. Würde man beispielsweise bei der Rechtsgrundlagenanalyse nur die rechtlichen

[5] vgl. Bertil COTTIER / Rainer J. SCHWEIZER / Nina WIDMER in: BRUNNER/MADER (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7 Rz. 8.

Schlussfolgerungen ohne die (zu geheim zu haltende) Beschreibung der Suchmaschine offenlegen, wüsste der Gesuchsteller damit nicht, welcher konkrete Sachverhalt denn rechtlich beurteilt wurde.

20 Weiter ist zu prüfen, ob ein Aufschub in Betracht kommt. Der Aufschub kommt dann zum Zuge, wenn die angefragte Behörde bereits zum Zeitpunkt des Gesuchs weiss, ab wann kein Interesse an der Aufrechterhaltung der Geheimhaltung mehr besteht[6]. Dies ist vorliegend nicht der Fall, da der NDB nicht voraussehen kann, wann er die Funktionsweise seiner Suchmaschine öffentlich zugänglich machen kann.

21 Der teilweise Zugang zu den Dokumenten sowie der zeitliche Aufschub sind daher abzulehnen.

22 Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Zugangsgesuch abzuweisen ist.

* * *

[6] vgl. Bertil COTTIER / Rainer J. SCHWEIZER / Nina WIDMER in: BRUNNER/MADER (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7 Rz. 10.

Demnach wird

verfügt:

1. Das Zugangsgesuch wird abgewiesen.

2. Es werden keine Gebühren erhoben.

3. Diese Verfügung ist dem Gesuchsteller mit eingeschriebener Post inklusive Rückschein zu eröffnen.

Freundliche Grüsse

Christian Dussey
Direktor NDB

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Verfügung kann innerhalb von 30 Tagen seit Eröffnung beim Bundesverwaltungsgericht, Kreuzackerstrasse 12, Postfach, 9023 St. Gallen, Beschwerde erhoben werden. Diese hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten. Sie ist in zweifacher Ausführung und unter Beilage der angefochtenen Verfügung einzureichen. Die Rechtsmittelfrist von 30 Tagen ist gewahrt, wenn die Eingabe spätestens am letzten Tag der Frist der zuständigen Behörde eingereicht oder zu deren Handen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben wird (vgl. Art. 21 und 50 sowie 52 VwVG).

Kopie an:
- Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter, Feldeggweg 1, 3003 Bern