

Digitale Gesellschaft, CH-4000 Basel

---

**Einschreiben**  
Bundesverwaltungsgericht  
Kreuzackerstrasse 12  
Postfach  
**9023 St. Gallen**

Basel, 22. September 2022

Sehr geehrte Frau Präsidentin, sehr geehrter Herr Präsident  
Sehr geehrte Damen und Herren

In Sachen

**Verein Digitale Gesellschaft, 4000 Basel,**

**Beschwerdeführer**

gegen

**Nachrichtendienst des Bundes NDB, Papiermühlestrasse 20, 3003 Bern,**  
**Beschwerdegegner**

betreffend **Antrag Zugang zu Dokumenten des NDB**

erhebt der Beschwerdeführer innert Frist

## **Beschwerde**

gegen die Verfügung des NDB vom 23. August 2022

mit folgenden

### **Anträgen:**

1. Die Verfügung des NDB vom 23. August 2022 sei aufzuheben.

2. Der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, den Zugang zu den vom Beschwerdeführer ersuchten Dokumenten zu gewähren (Rechtsgrundlagenanalyse und Bearbeitungsreglement).

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdegegners.

## I. Formelles

1. Die angefochtene Verfügung datiert vom 23. August 2022 ist dem Beschwerdeführer am 26. August 2022 zugegangen (**Beilage 1**). Die Beschwerde erfolgt damit innert Frist.
2. Der unterzeichnende Geschäftsleiter, Erik Schönenberger, ist vom Vorstand des Vereins Digitale Gesellschaft bevollmächtigt, die vorliegende Beschwerdeschrift einzureichen und den Verein Digitale Gesellschaft im Beschwerdeverfahren gegen aussen zu vertreten.
3. Als zusätzlicher Beweis für die Darlegungen des Beschwerdeführers wird beantragt, die vollständigen Akten des Beschwerdegegners und des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB), den Schriftenwechsel zwischen dem Beschwerdeführer und dem Beschwerdegegner sowie den Schriftenwechsel mit dem EDÖB und alle weiteren den Beschwerdeführer betreffenden Akten und Daten des Beschwerdegegners und des EDÖB in dieser Angelegenheit beizuziehen.

## II. Begründung

1. Der Beschwerdeführer hat mit seinem Gesuch vom 03. April 2022 (**Beilage 2**) Einsicht in die folgenden Dokumenten verlangt:
  - Rechtsgrundlagenanalyse
  - Bearbeitungsreglement

Der Beschwerdegegner war nicht bereit, dem Beschwerdeführer Einsicht in die verlangten Dokumente zu gewähren.
2. Der EDÖB hat auf den Schlichtungsantrag des Beschwerdeführers hin und nach durchgeführter Schlichtungssitzung dem Beschwerdegegner

mit der Empfehlung vom 03. August 2022 (**Beilage 3**) empfohlen, den Zugang zu den Dokumenten «Rechtsgrundlagenanalyse» und «Bearbeitungsreglement» zu gewähren.

3. Der Beschwerdegegner ist dieser Empfehlung nicht gefolgt und hat stattdessen mit der angefochtenen Verfügung daran festgehalten, den Zugang zu den entsprechenden Dokumenten zu verweigern. Dabei ruft der Beschwerdegegner die Ausnahmebestimmung von Art. 67 NDG (Ausnahme vom Öffentlichkeitsprinzip) sowie die Ausnahmebestimmungen von Art. 7 Abs. 1 lit. b BGÖ (Beeinträchtigung der zielkonformen Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen) und Art. 7 Abs. 1 lit. c BGÖ (Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz) an.
4. Aufgrund des im Art. 6 Abs. 1 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten. Damit wird jeder Person ein generelles Recht auf Zugang gewährt, ohne dass ein besonderes Interesse nachgewiesen werden müsste. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs obliegt der Behörde, wobei sie darzulegen hat, inwiefern eine oder mehrere im Öffentlichkeitsgesetz vorgesehenen Ausnahmebestimmungen erfüllt sind. Misslingt ihr der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewähren (Urteil A-6108/2016 des BVGer vom 28.3.2018, E. 4.2.1).
5. Bevor auf die einzelnen Vorbringen des Beschwerdegegners eingegangen wird, ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdegegner in seiner Verfügung vom 23. August 2022 der Ansicht ist, dass es sich anbiete, die beiden Dokumente (Rechtsgrundlagenanalyse und Bearbeitungsreglement) zusammen zu beurteilen und alle Ausführungen auf beide Dokumente zu beziehen, da sowohl in der Rechtsgrundlagenanalyse als auch in dem Bearbeitungsreglement die für die Gesichtserkennung verwendete Suchmaschine beschrieben werde (Rz. 5).
6. Das Öffentlichkeitsprinzip wird vermutet. Die Beweislast zur Widerlegung dieser Vermutung obliegt der Behörde. Sie hat darzulegen, dass und inwiefern die Ausnahmebestimmungen erfüllt sind (vgl. BGE 142 II 324, E. 3.4). Es genügt dabei nicht, die beiden Dokumente zusammen zu beurteilen, nur weil sie zur gleichen Suchmaschine gehören. Der Beschwerdegegner hat für jedes Dokument einzeln zu begründen und beweisen, inwiefern die

Ausnahmebestimmungen erfüllt sind und weshalb er die Einsicht verweigert. Indem der Beschwerdegegner beide Dokumente zusammen beurteilt, hat er nicht genügend dargelegt, weshalb die Verweigerung für das jeweilige Dokument begründet sei. Der Beweis zur Widerlegung der Vermutung des Öffentlichkeitsprinzips ist somit nicht erbracht. «Gelingt es einer Behörde nicht, die Anwendbarkeit einer Ausnahmebestimmung zu begründen bzw. die gesetzliche Vermutung des Zugangs umzustossen, ist zugunsten des Zugangs zu entscheiden» (Keller Annina/Kämpfer Daniel, Öffentlichkeitsgesetz: Die neuere Rechtsprechung im Lichte des gesetzgeberischen Konzepts und seinen Stolpersteinen, in: Medialex 2017, N 35). Der Zugang zu den ersuchten Dokumenten ist somit zu gewähren.

#### Art. 67 NDG

7. Gemäss Art. 67 NDG ist der Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend die Informationsbeschaffung nach dem NDG vom Öffentlichkeitsprinzip ausgenommen.
8. In der angefochtenen Verfügung trägt der Beschwerdegegner vor, dass der Zugang der Dokumente vom Öffentlichkeitsprinzip durch die Ausnahme von Art. 67 NDG ausgenommen sei und begründet dies im Einzelnen wie folgt:
9. Der Beschwerdegegner verweigerte den Zugang zu den Dokumenten unter Bezug auf Art. 67 NDG, da er der Ansicht ist, dass die Gesichtserkennung zur Informationsbeschaffung beitrage und somit unter Art. 67 NDG zu subsumieren sei. In seiner Stellungnahme vom 25. April (**Beilage 4**) führte er aus, dass es sich bei der Gesichtserkennung um eine blosser 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. Er präzisiert gegenüber dem EDÖB, dass der Einsatz dieser Technik die Beschaffung von zwar schon vorhandenen, vorher aber nicht erschliessbaren oder zuordenbaren Daten ermögliche (Empfehlung vom 3. August 2022, Rz. 13).
10. Der EDÖB vertritt in seiner Empfehlung vom 3. August 2022 jedoch

die Ansicht, dass es sich bei der Gesichtserkennung nicht um Informationsbeschaffung handle, sondern lediglich um ein «Tool» für die Bearbeitung von bereits existierenden Daten, welches die vom Beschwerdegegner betriebenen Informationssysteme (Art. 47 ff. NDG) ergänzt und nicht um ein Instrument der Informationsbeschaffung gemäss dem 3. Kapitel des NDG (Rz. 13). Gleicher Ansicht ist die unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten (AB-ND), welche in ihrem Tätigkeitsbericht 2021 auf Seite 25 ausführt: «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 gehört zum 4. Kapitel über «Datenbearbeitung und Archivierung». Deshalb gelangt der EDÖB zum Schluss, dass die Dokumente den Tatbestand von Art. 67 NDG nicht erfüllen und dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen.

11. Der Beschwerdeführer teilt die Ansicht des EDÖB. Wie der Beschwerdegegner selbst anerkennt, betrifft die Gesichtserkennung schon vorhandene Daten. Dabei versucht der Beschwerdegegner es so darzustellen, als ob aus der Analyse bestehender Daten neue Daten beschafft werden würden. Das ist falsch. Die Analyse bestehender Daten ist keine Beschaffung neuer Daten. Es handelt sich dabei klar um Datenbearbeitung und nicht um Informationsbeschaffung. Dies sieht auch die AB-ND so, wenn sie sagt, dass mit dem Gesichtserkennungssystem «Daten bearbeitet» werden. Gemäss Art. 67 NDG ist jedoch nur die Informationsbeschaffung vom Öffentlichkeitsprinzip ausgenommen. Somit fällt die Datenbearbeitung und damit die Gesichtserkennung nicht unter Art. 67 NDG.
12. Der Beschwerdegegner führt an, dass 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» das Gesetz lediglich ausführe, welche Daten der NDB bearbeiten darf. Dieser Satz betreffe 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. Daraus liesse sich nichts auf den vorliegenden Fall ableiten. (Rz. 8).

13. Der Beschwerdegegner übersieht aber in seiner Argumentation, dass zwischen Informationsbeschaffung und -bearbeitung unterschieden werden muss. Diese Argumentation ändert nichts daran, dass auch die AB-ND der Ansicht ist, dass es sich bei der Gesichtserkennung um Datenbearbeitung und nicht Informationsbeschaffung handelt.
  
14. Der Beschwerdegegner argumentiert, dass sich die Informationsbeschaffung nicht nur auf das 3. Kapitel bezieht, da es in Art. 67 NDG «die Informationsbeschaffung *nach* diesem Gesetz» heisst. Die Informationsbeschaffung wird aber gerade *nach* diesem Gesetz im 3. Kapitel geregelt. Das Gesetz unterscheidet zwischen Informationsbearbeitung und Informationsbeschaffung. So wird in Art. 6 Abs. 1 NDG mit «Die Informationsbeschaffung und -bearbeitung des NDB dient:» zwischen der Informationsbeschaffung und -bearbeitung unterschieden. Auch systematisch stehen die Informationsbeschaffung und -bearbeitung in zwei eigenen Kapiteln (3. Kapitel: «Informationsbeschaffung» und 4. Kapitel: «Datenbearbeitung und Archivierung»). Damit ist eindeutig, dass das NDG zwischen der Informationsbeschaffung und der Datenbearbeitung unterscheidet, wobei sich Art. 67 NDG ausdrücklich nur auf die Informationsbeschaffung bezieht. Es ist somit nicht verständlich, weshalb sich der Beschwerdegegner auch auf das 4. Kapitel bezieht, obwohl dieses unter dem Titel der Datenbearbeitung steht, welches im Gesetz ausdrücklich von der Informationsbeschaffung unterschieden wird. In Art. 67 NDG wird einzig der Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend die Informationsbeschaffung dem Öffentlichkeitsprinzip ausgenommen, nicht aber der Informationsbearbeitung. Dies schreibt auch der EDÖB in seinem Tätigkeitsbericht 2021/2022 auf Seite 81: «Gemäss jetzigem Artikel 67 NDG gilt das Öffentlichkeitsgesetz nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend die Informationsbeschaffung gemäss NDG. Dieser Begriff ist in Kapitel 3 des Nachrichtendienstgesetzes klar umschrieben.» Hätte der Gesetzgeber die Ausnahme auf Informationsbeschaffung und Informationsbearbeitung beziehen wollen, so hätte er das einfach gelöst mit der gleichen Formulierung wie in Art. 6 NDG. Diese fehlt jedoch, weshalb die Informationsbearbeitung nicht unter die Ausnahme des Öffentlichkeitsprinzips gemäss Art. 67 NDG fällt. Da, wie bereits oben dargelegt, die Gesichtserkennung unter die Datenbearbeitung zu subsumieren ist, fällt sie nicht unter den Tatbestand von Art. 67 NDG und unterliegt dem Öffentlichkeitsprinzip.

15. Der Beschwerdegegner teilt die Beurteilung des EDÖB, dass es sich bei der Gesichtserkennung lediglich um ein «Tool» für die Bearbeitung von bereits existierenden Daten handle, das dem BGÖ unterstellt sei, nicht (Rz. 9). Er begründet dies jedoch nicht weiter, sondern sagt lediglich, dass der EDÖB in seiner Empfehlung beim zitieren der Botschaft zu Art. 67 NDG eine wesentliche Aussage weglasse, die besage, dass dem BGÖ nur «reine Verwaltungsgeschäfte» unterstellt seien. «Gemäss der Botschaft zu Artikel 67 NDG stellt sich somit die Frage, welche amtlichen Dokumente sich auf «reine Verwaltungsgeschäfte» beziehen, und welche nicht» (Verfügung, Rz. 11). Dabei lässt der Beschwerdegegner jedoch selbst die wesentliche Aussage weg. Die Botschaft zu Art. 67 NDG sagt nicht, dass dem BGÖ nur «reine Verwaltungsgeschäfte» unterstellt seien, sondern sieht «nur eine sachliche Ausnahme für die Unterlagen über die nachrichtendienstliche Informationsbeschaffung» vor (Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBI 2014 2161). Es ist also genau umgekehrt, wie es der Beschwerdegegner darstellt. Der Grundsatz ist, dass alle Dokumente unter das Öffentlichkeitsprinzip fallen. Nicht «reine Verwaltungsgeschäfte» sind die Ausnahme, sondern Dokumente betreffend die Informationsbeschaffung. Die Frage ist also nicht, welche amtlichen Dokumente sich auf «reine Verwaltungsgeschäfte» beziehen und welche nicht, sondern welche amtlichen Dokumente die Informationsbeschaffung betreffen und welche nicht.
16. Der Beschwerdegegner schreibt in seiner Verfügung, dass die Suchmaschine für die Informationsbeschaffung eingesetzt wird. «Konsequenterweise» sei deshalb die «Rechtsgrundlagenanalyse und das Bearbeitungsreglement unter die Informationsbeschaffung zu subsumieren und damit vom BGÖ ausgenommen» (Rz. 13). Selbst wenn die Gesichtserkennung unter die Informationsbeschaffung zu subsumieren wäre, ist daraus nicht zu schliessen, dass automatisch auch die Dokumente «Rechtsgrundlagenanalyse» und «Bearbeitungsreglement» unter die Informationsbeschaffung fallen. Nur weil die Suchmaschine für die Informationsbeschaffung eingesetzt wird, ist daraus nicht die Konsequenz zu ziehen, alle Dokumente dazu seien ebenfalls unter die Informationsbeschaffung zu subsumieren. Das anerkennt der Beschwerdegegner selbst, wenn er schreibt, dass jedes Bundesamt gemäss dem Projektmanagement des Bundes HERMES eine Rechtsgrundlagenanalyse wie die vorliegende für seine Suchmaschinen zu erstellen hat und es sich damit um ein reines Verwaltungsgeschäft handeln könnte und auch ein

Bearbeitungsreglement als reines Verwaltungsgeschäft qualifiziert werden könnte (Rz. 11). Damit erkennt der Beschwerdegegner richtig, dass nicht jedes Dokument, welches zu einer Suchmaschine betreffend der Informationsbeschaffung erstellt wurde, automatisch auch die Informationsbeschaffung selbst betrifft. Es ist nicht verständlich, weshalb der Beschwerdegegner dennoch den Fehlschluss zieht, dass die Dokumente unter die Informationsbeschaffung fallen würden, da sie zu einer Suchmaschine gehörten, welche für die Informationsbeschaffung eingesetzt werde. Der Beschwerdegegner hat zu argumentieren, weshalb die ersuchten Dokumente die Informationsbeschaffung betreffen und seine Argumentation nicht nur auf die Suchmaschine selbst zu beziehen.

17. Der Beschwerdegegner sagt selbst, dass jedes Bundesamt gemäss dem Projektmanagement des Bundes HERMES für seine Anwendungen bzw. Suchmaschinen eine Rechtsgrundlagenanalyse wie die vorliegende zu erstellen hat (Rz. 11). Wenn eine solche Rechtsgrundlagenanalyse zu erstellen ist und der Beschwerdegegner selbst anerkennt, dass es sich bei dem ersuchten Dokument «Rechtsgrundlagenanalyse» um eine solche handelt, ist es besonders stossend, dass der Beschwerdegegner die Einsicht verweigert. Dass es «inhaltlich in beiden Dokumente um die Frage» gehe, «wie der NDB nachrichtendienstliche Informationen beschafft bzw. wie er den nachrichtendienstlichen Mehrwert aus den ihm vorhandenen Daten generiert», ändert nichts daran. Wenn Behörden eine Rechtsgrundlage zu erstellen haben, welche Verwaltungsgeschäfte darstellen, so ist es nicht gerechtfertigt, diese mit weiteren Informationen zu füllen und damit zu sagen, dass die Dokumente nicht mehr unter «reine Verwaltungsgeschäfte» fallen.
18. Der Beschwerdegegner meint, dass die Argumentation des EDÖB, es handle sich nur um ein «Tool», dazu folgen würde, dass der NDB bei entsprechenden BGÖ-Gesuchen jeweils sämtliche betroffenen technischen Mittel offenlegen müsste, die er zur nachrichtendienstlichen Informationsbeschaffung einsetzt. Dabei nennt er Beispiele, wie spezielle Videokameras oder speziell konzipierte Abhörgeräte. Bei diesen Beispielen handelt es sich aber klar um Geräte, die Informationen beschaffen und damit unter die Ausnahme fallen könnten. Die Beispiele können nicht mit der Suchmaschine zur Gesichtserkennung verglichen werden, da es sich bei der Gesichtserkennung, wie der Beschwerdegegner selbst sagt, «um eine blosse Suchmaschine für in den Systemen des NDB



bereits abgelegte Daten» handelt (Verfügung, Rz. 6). Zwischen Videokameras und Abhörgeräten, welche Informationen beschaffen und einer Suchmaschine, die zur Datenbearbeitung eingesetzt wird, besteht eindeutig ein Unterschied. Damit führt die Argumentation des EDÖB nicht dazu, dass der Beschwerdegegner jeweils sämtliche betroffenen technischen Mittel offenlegen müsste.

19. Der Beschwerdegegner argumentiert, dass die Gesichtserkennung unter die Informationsbeschaffung falle und damit nach Art. 67 NDG vom Öffentlichkeitsprinzip ausgenommen sei. Art. 67 NDG regelt die Informationsbeschaffung nach diesem Gesetz. Informationsbeschaffung nach diesem Gesetz heisst aber, dass nur Informationsbeschaffung darunter fällt, die nach diesem Gesetz erlaubt ist. Für die Gesichtserkennung besteht jedoch keine gesetzliche Grundlage. So sagt auch die AB-ND, dass in keinem der erwähnten Informationssystemen die Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist (Tätigkeitsbericht 2021, S. 25). Damit fehlt eine gesetzliche Grundlage für die Gesichtserkennung. Somit kann die Gesichtserkennung überhaupt nicht von Art. 67 NDG geschützt sein, da es sich gar nicht um eine im NDG gesetzlich geregelte Informationsbeschaffung handelt. Die Gesichtserkennung fällt also schon allein deshalb nicht unter Informationsbeschaffung, da sie keine Informationsbeschaffung nach *diesem* Gesetz (NDG) ist.
20. Der Zweck des BGÖ ist, die Transparenz über den Auftrag, die Organisation und die Tätigkeit der Verwaltung zu fördern (Art. 1 BGÖ). Das Ziel des Öffentlichkeitsprinzipes ist es, «ein Klima des Vertrauens zwischen den Bürgern und Bürgerinnen und ihren Behörden zu schaffen.» Es soll «dazu beitragen, den demokratischen Charakter der Verwaltung zu stärken, indem ihre Entscheidungsprozesse transparenter werden» (Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, 2002 Ziff. 2.2.1). Mit den Dokumenten «Rechtsgrundlagenanalyse» und «Bearbeitungsreglement» wurden vorab Abklärungen zur gesetzlichen Grundlage getroffen, womit sie ein relevanter Bestandteil im Entscheidungsprozess zur Gesichtserkennung darstellen. Die Einsicht zu verweigern, widerspricht dem Ziel, Entscheidungsprozesse transparenter zu machen und schafft kein Klima des Vertrauens.
21. Gemäss dem Tätigkeitsbericht 2021 der AB-ND wird die Gesichtserkennung eingesetzt. Die Gesichtserkennung ist sehr umstritten. So schreibt auch die AB-ND: «Die Gesichtserkennung ist eine neue, aus datenschutzrechtlicher Sicht kontrovers diskutierte

Suchmaschine» (Tätigkeitsbericht 2021, S. 25). Staatliches Handeln braucht immer eine gesetzliche Grundlage. Die Gesichtserkennung dürfte jedoch nicht über eine genügende gesetzliche Grundlage verfügen. Gerade bei Überwachung muss diese gesetzliche Grundlage klar und eindeutig sein. Hier darf es keinen Graubereich geben, in dem gehandelt wird. 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 (Tätigkeitsbericht 2021, S. 24). Allein dass eine Rechtsgrundlagenanalyse benötigt wird, zeigt im Grunde schon, dass keine genügend klare Rechtsgrundlage für die Gesichtserkennung vorhanden ist. Dessen ungeachtet sind die Rechtsunterworfenen aber von der Gesichtserkennung betroffen. Eine klare gesetzliche Grundlage hat den Zweck, dem staatlichen Handeln eine rechtsstaatliche Grundlage zu geben und dieses auf das erlaubte Mass zu begrenzen, aber auch, die Rechtsunterworfenen in die Lage zu versetzen, zu erkennen, unter welchen Bedingungen und durch welches Handeln sie von staatlichem Handeln (konkret: von Überwachungsmassnahmen) betroffen sein können. Dies ist in Bezug auf die Nutzung von Gesichtserkennung durch den NDB mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage nicht gegeben. Es ist nirgends gesetzlich festgehalten, dass, unter welchen Voraussetzungen und zu welchem Zweck, der NDB Gesichtserkennung einsetzen darf. Dass der NDB den Erkenntnisgewinn betont, welcher sich aus dem Einsatz von Gesichtserkennung in den bestehenden Daten ergibt, unterstreicht, dass sich aus dem Einsatz dieses Mittels ein zusätzlicher und unter Umständen schwer wiegender Eingriff in die Grundrechte der von der Analyse betroffenen Personen ergibt. Umso mehr ist es erforderlich, dass die Öffentlichkeit durch die Offenlegung des Bearbeitungsreglements und der Rechtsgrundlagenanalyse genauere Kenntnis über den Einsatz der Gesichtserkennung und die Einschätzung der diesbezüglichen rechtlichen Situation erhält.

22. Aufgrund der oben dargelegten Argumente ist die Gesichtserkennung nicht unter die Informationsbeschaffung zu subsumieren und untersteht somit dem Öffentlichkeitsprinzip.

Art. 7 Abs. 1 lit. b und c BGÖ

23. In der angefochtenen Verfügung trägt der Beschwerdegegner vor, dass wenn die Dokumente dennoch dem Öffentlichkeitsgesetz

unterstehen würden, so wäre das Zugangsgesuch gestützt auf Art. 7 Abs. 1 lit. b und c BGÖ zu verweigern (Rz. 14).

24. Die in Art. 7 Abs. 1 BGÖ vorgesehenen Ausnahmebestimmungen können nur unter gewissen Voraussetzungen angerufen werden. Der im Öffentlichkeitsgesetz verankerte Schutzmechanismus von Geheimhaltungsinteressen gemäss Art. 7 Abs. 1 BGÖ beruht einzig auf dem Bestehen oder Nichtbestehen eines Schadensrisikos. Dabei müssen kumulativ folgende zwei Bedingungen vorliegen: 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 des Möglichen, darf der Zugang nicht verweigert werden. Damit die Ausnahme wirksam wird, muss der Schaden «nach dem üblichen Lauf der Dinge» mit hoher Wahrscheinlichkeit eintreten (vgl. Cottier/Schweizer/Widmer, Handkommentar BGÖ, Art. 7, Rz. 4; Urteil des BVGer A- 6108/2016 vom 28.3.2018 E. 4.2.3).

#### Art. 7 Abs. 1 lit. b BGÖ

25. Nach Art. 7 Abs. 1 lit. b BGÖ kann der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgehoben oder verweigert werden, wenn durch seine Gewährung die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde. Die Ausnahmebestimmung kann angerufen werden, wenn durch die Zugänglichmachung bestimmter Informationen, die eine konkrete Massnahme vorbereiten, die betreffende Massnahme ihr Ziel mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr bzw. nicht vollumfänglich erreichen würde (vgl. Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz [BBl 2003 2009]).
26. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 7 Abs. 1 lit. 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» (Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016, E. 6.1).
27. Der EDÖB ist der Auffassung, dass die verlangten Dokumente keinen

Tatbestand nach Art. 7 lit. b BGÖ darstellen, da die Rechtsgrundlagenanalyse eine allgemeine Beurteilung der gesetzlichen Grundlagen des Tools gibt und das Bearbeitungsreglement allgemein definierte Regelungen für die Anwerbung des Tools festlegt, was keine konkrete Massnahme im Sinne der Rechtsprechung darstellen (Empfehlung, Rz. 17).

28. Der Beschwerdegegner führt an, dass auch das Bekanntwerden einer allgemeinen Vorgehensweise einer Behörde ausreichend sein könne, um eine Massnahme einer Behörde in Frage zu stellen. Er ist der Meinung, dass dies vorliegend der Fall sei. Dabei stützt er sich insbesondere auf das Bearbeitungsreglement, welches die vom NDB verwendete Gesichtserkennung detailliert beschreibe und Rückschlüsse auf das Resultat erlaube, woraus sich allenfalls auch beeinflussende Änderungen von Gesichtsmarkmalen erkennen liessen. Deshalb könne nach Ansicht des NDB durch das Bekanntwerden die behördliche Massnahme (Einsatz von Gesichtserkennungstechnologie) ernsthaft behindert werden (Rz. 15).
29. Dabei wird ausdrücklich nur das Bearbeitungsreglement erwähnt. Inwiefern auch die Rechtsgrundlagenanalyse davon betroffen ist, wird nicht ausgeführt. Damit ist die Beweislast der Behörde bei der Verweigerung nicht erfüllt. Selbst wenn das Bearbeitungsreglement, wie vom Beschwerdegegner hervorgebracht, tatsächlich von dem Ausnahmetatbestand von Art. 7 Abs. 1 lit. b BGÖ ausgenommen wäre, wird durch das «insbesondere» impliziert, dass das Bearbeitungsreglement mehr von der Ausnahme betroffen sei als die Rechtsgrundlagenanalyse. Damit ist eine komplette Verweigerung der Einsicht bei der Rechtsgrundlagenanalyse erst recht nicht verhältnismässig.
30. Der Beschwerdegegner nennt als die behördliche Massnahme den «Einsatz von Gesichtserkennungstechnologie» (Verfügung, Rz. 15). Eine behördliche Massnahme braucht aber eine genügende gesetzliche Grundlage. Wie bereits oben dargelegt, handelt es sich bei der Gesichtserkennung aber nicht um eine klar definierte behördliche Massnahme, sondern um eine kontroverse Suchmaschine, wobei in keinem der festgelegten Informationssysteme die Bearbeitung biometrischer Daten vorgesehen ist. Für den Einsatz von Gesichtserkennungstechnologie gibt es keine gesetzliche Grundlage. Damit handelt es sich bei der Gesichtserkennung überhaupt nicht um eine behördliche Massnahme, denn behördliche Massnahmen setzen

eine entsprechende gesetzliche Grundlage voraus. Ohne gesetzliche Grundlage können behördliche Massnahmen nicht dem Ausnahmetatbestand unterstellt sein mit der Argumentation, dass ansonsten die zielkonforme Durchführung beeinträchtigt würde. Wenn es sich nicht um eine behördliche Massnahme handelt, kann deren zielkonforme Durchführung auch gar nicht beeinträchtigt werden. Das in diesem Zusammenhang ins Feld geführte Interesse der Behörde kann keinen Schutz beanspruchen.

31. Damit unterstehen weder die Rechtsgrundlagenanalyse noch das Bearbeitungsreglement dem Ausnahmetatbestand von Art. 7 Abs. 1 lit. b BGÖ, da es sich mangels gesetzlicher Grundlage nicht um eine behördliche Massnahme handelt und somit die zielkonforme Durchführung der behördlichen Massnahme nicht beeinträchtigt werden kann.

#### Art. 7 Abs. 1 lit. c BGÖ

31. Der Beschwerdegegner stützt die Verweigerung der Einsicht in die beiden Dokumente weiter auf Art. 7 Abs. 1 lit. c BGÖ. Danach kann der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden, wenn durch seine Gewährung die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet werden kann.
32. Die Bestimmung von Art. 7 Abs. 1 lit. c BGÖ soll in erster Linie die Tätigkeit von Polizei, Zoll, Nachrichtendiensten und der Armee schützen. Sie erlaubt unter anderem Informationen, deren Zugänglichmachung zur Beeinträchtigung der Sicherheit wichtiger Infrastrukturen führen würde, geheim zu halten. Ausserdem gilt sie für Massnahmen zum Schutz von wichtigen Infrastrukturanlagen, insbesondere von informations- und kommunikationstechnischen Einrichtungen, Kernkraftwerken, Flughäfen und Staudämmen (vgl. Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz [BBl 2003 2009] sowie Cottier/Schweizer/Widmer, Handkommentar BGÖ, Art. 7, Rz. 27). Ein abstraktes Gefährdungsrisiko für die auf dem Spiel stehenden Interessen reicht 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.
33. Der Beschwerdegegner sagt selbst, dass es sich dabei zum heutigen Zeitpunkt noch um eine abstrakte Gefahr handelt (Verfügung, Rz. 17). Eine abstrakte Gefahr genügt für den Ausnahmetatbestand von

Art. 7 Abs. 1 lit. c BGÖ nicht. Zwar fügt er an, dass diese abstrakte Gefahr konkret erscheine, diesen Widerspruch klärt er aber nicht weiter auf. Es steht ausdrücklich fest, dass eine abstrakte Gefahr nicht genügt. Damit hat der Beschwerdeführer nicht genügend argumentiert, wie die Gefahr konkret sei, wenn sie nur konkret erscheine, aber abstrakt ist.

34. Die Dokumente fallen somit nicht unter den Ausnahmetatbestand von Art. 7 Abs. 1 lit. c BGÖ.

#### Verweigerung statt Streichung

35. Der Beschwerdegegner interpretiert mehrmals, weshalb der Beschwerdeführer die Einsicht in die Dokumente gestellt habe. So schreibt er in seiner Verfügung: «Er möchte somit wissen, was die rechtlichen Grundlagen für das Projekt sind und wie die Gesichtserkennung funktioniert.» (Rz. 5) und «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» (Rz. 19). Mit dieser Interpretation begründet der Beschwerdegegner, weshalb eine Streichung und Abdeckung für den Beschwerdeführer nicht zielführend sei. Die Botschaft zum BGÖ macht allerdings klar, dass kein besonderes Interesse für den Zugang nachgewiesen werden muss und die Behörde nicht verlangen kann, dass die Gründe für das Gesuch um Zugang dargelegt werden (Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, 2002 Ziff. 2.2.1.1). Weshalb der Beschwerdeführer das Einsichtsgesuch gestellt hat, muss er nicht begründen und kann der Beschwerdegegner nicht wissen. Der Beschwerdegegner kann mit einer vermuteten Verwendung nicht für eine Verweigerung argumentieren, da er nicht wissen muss und kann, worin dieses Interesse besteht. Der Beschwerdegegner hat damit nicht begründet, weshalb eine Streichung und Abdeckung nicht möglich ist. So heisst es auch in der Botschaft: «Die Art und Weise, wie der einzelne Gesuchsteller oder die einzelne Gesuchstellerin die verlangten Dokumente weiterzuverwenden gedenkt, kann keine Beschränkung des Rechts auf Zugang rechtfertigen» (Botschaft zum BGÖ, BBl 2003 1963, 2002 Ziff. 2.2.2.1). «Vorwissen und Sachverstand der gesuchstellenden Person sind in aller Regel unbekannt. Zudem kann es nicht Sache der Behörde sein, sich ein Urteil darüber zu bilden, ob eine gesuchstellende Person die ihr nur teilweise offengelegten Informationen in einen korrekten thematischen Zusammenhang stellen kann» (Keller Annina/Kämpfer Daniel, Öffentlichkeitsgesetz: Die neuere Rechtsprechung im Lichte des gesetzgeberischen Konzepts und seinen Stolpersteinen, in: Medialex 2017, N 28). Wenn die Dokumente dennoch unter eine der Ausnahmebestimmungen von Art. 67 NDG, Art. 7 Abs. 1 lit. b oder c

BGÖ fallen sollte, so ist nicht der gesamte Zugang zu verweigern, sondern zu prüfen, welche Teile des Dokuments herausgegeben werden können.

36. Damit sind die Voraussetzungen für die Anrufung von Ausnahmebestimmungen nach Art. 67 NDG und Art. 7 Abs. 1 lit. b und lit. c BGÖ nicht erfüllt. Der beantragte Zugang zu den Dokumenten ist damit zu gewähren.

Abschliessend ersuche ich Sie um Gutheissung der eingangs gestellten Anträge.

Mit freundlichen Grüssen

Erik Schönenberger  
Geschäftsleiter

**Im Doppel**

**Beilagen:**

1. Angefochtene Verfügung des NDB vom 23. August 2022 in Kopie
2. Einsichtsgesuch vom 03. April 2022
3. Empfehlung des EDÖB vom 03. August 2022
4. Stellungnahme des NDB vom 25. April 2022