



CH-3003 Bern NDB

Einschreiben

Bundesverwaltungsgericht / Abteilung I
Herr Instruktionsrichter Alexander Misić
Postfach
9023 St. Gallen

Referenz/Aktenzeichen: A-4286/2022

Unser Zeichen: Bup

Bern, 21.11.2022

Geschäfts-Nr. A-4286/2022 (Beschwerdesache Digitale Gesellschaft) / Vernehmlassung

Sehr geehrter Herr Instruktionsrichter

In rubrizierter Angelegenheit übermitteln Ihnen hiermit unsere

VERNEHMLASSUNG

I. Rechtsbegehren

1 Die Beschwerde sei unter Kostenfolge abzuweisen.

II. Formelles

2 Die vorliegende Vernehmlassung erfolgt innerhalb der mit Zwischenverfügung vom 12. Oktober 2022 gewährten und mit Verfügung vom 26. Oktober 2022 freundlicherweise verlängerten Frist zur Einreichung der Vernehmlassung.

III. Materielles

3 Die Beschwerde enthält keine (neuen) Tatsachen oder Beweismittel, die ein Zurückkommen auf die angefochtene Verfügung rechtfertigen könnten. Die nachfolgenden Ausführungen verstehen sich denn auch als blosser Ergänzungen zu den bisherigen Darlegungen, an denen vollumfänglich festgehalten wird.

- Zur gemeinsamen Würdigung zweier Dokumente
- 4 Gemäss Rz 6 der Beschwerdebeurteilung werde durch die gemeinsame Beurteilung zweier Dokumente nicht genügend dargelegt, weshalb die Verweigerung für das jeweilige Dokument begründet sei.
- 5 Demgegenüber erschliesst sich dem NDB nicht, weshalb Verweigerungen für mehrere Dokumente nicht zusammengefasst begründet werden sollen, wenn für alle Verweigerungen identische Argumente gelten. Ein solches Vorgehen ist vielmehr geboten, um unnötige Weitschweifigkeiten zu vermeiden
- Zur Informationsbeschaffung
- 6 Der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden, wenn sie in Rz 11 der Beschwerdebeurteilung behauptet, dass aus einer Analyse bestehender Daten keine neuen Daten beschafft werden könnten, da es sich dabei klar um eine Datenbearbeitung und nicht um eine Informationsbeschaffung handle.
- 7 Als Beispiel für eine «Bearbeitung» von Personendaten nennt Art. 3 Bst. e DSG jedoch gerade das «Beschaffen von Daten». «Beschaffen» ist damit eine Unterkategorie des datenschutzrechtlich sehr breiten Begriffs des «Bearbeiten». Die Argumentation der Beschwerdeführerin ist somit unverständlich.
- 8 Zuzustimmen ist deshalb der AB-ND, wenn sie schreibt, dass mit dem Gesichtserkennungssystem «Daten bearbeitet» (im breiten Sinn) werden. Daten und Informationen werden zwar oft als Synonyme verwendet, sind aber je nach Kontext nicht dasselbe. Daten sind eine Sammlung von Fakten oder Behauptungen und für sich genommen nicht immer aussagekräftig bzw. nützlich. Informationen hingegen schon, weil sie aussagen, wie die Daten in einem bestimmten Kontext zu verstehen sind. Daten werden zum Zwecke der Verarbeitung eingegeben, derweil Informationen nach erfolgter Verarbeitung als Ausgabe empfangen werden. Alle Informationen gründen auf Daten und sind damit untrennbar verbunden. Immer wenn der NDB neue Informationen (Erkenntnisse) generiert und diese festhält, generiert er auch neue Daten. Informationsbeschaffung kann deshalb sehr wohl auf der Basis des Bearbeitens bereits vorhandener Daten geschehen. Dabei kann der NDB sich – wie jedes andere Bundesamt auch – geeigneter Technologien bedienen, solange die dahinterstehende Datenbearbeitung sich wie vorliegend im gesetzlichen Rahmen bewegt.
- 9 Dazu ein Beispiel: Früher gab eine DNA-Analyse nur wenige Informationen preis. Im Verlaufe der Zeit wurden die Analysemöglichkeiten ständig verbessert und laufend verfeinert. Heute werden aus der DNA Informationen gewonnen, die vor nicht allzu langer Zeit als unvorstellbar galten. Mit anderen Worten ausgedrückt lassen sich aus bereits vorhandenen Daten immer mehr neue Informationen beschaffen.
- 10 Für die Gesichtserkennung gilt Gleiches. Bereits mit der heutigen Technologie können Routineaufgaben der Beschaffung automatisiert und Daten in einen Kontext gestellt werden, der bisher dem menschlichen Auge entzogen blieb und vielfältige neue Informationen beinhalten kann.

- 11 Wenn deshalb der NDB bereits vorhandene (oder neu erhobene) Personendaten mit einem Gesichtserkennungsprogramm bearbeitet und daraus neue Erkenntnisse gewinnt, so beschafft er sich neue Informationen. Die Gesichtserkennung ist Teil der Informationsbeschaffung.
- 12 In seiner Verfügung vom 23. August 2022 hatte der NDB in Rz 12 betreffend die Informationsbeschaffung auf die Botschaft verwiesen und dargelegt, wieso entgegen der Stellungnahme des EDÖB mit «Informationsbeschaffung» nicht nur die Beschaffung nach dem 3. Kapitel des NDG gemeint sein kann. Nachfolgend zeigt der NDB nochmals auf, dass die «Informationsbeschaffung» auch ausserhalb des 3. Kapitels des NDB erfolgt.
- 13 Die Beschwerdeführerin ihrerseits versucht in ihrer Argumentation (Rz 14 Beschwerdebegründung) insbesondere auch gestützt auf Art. 6 NDG darzulegen, dass das NDG die Begriffe «Informationsbeschaffung» und «Datenbearbeitung» klar trenne. Ein Blick in die Botschaft zeigt indessen das Gegenteil:
- 14 *«Die Datenbeschaffung und -bearbeitung zur Beurteilung der Bedrohungslage nach Absatz 2 ist in den Kapiteln 3 und 4 ausführlich geregelt».*
- 15 Auch für den Gesetzgeber war somit klar, dass eine Informationsbeschaffung nach dem 3. Kapitel nichts weiter ist als eine Datenbearbeitung, womit die Argumentation der Beschwerdeführerin ins Leere stösst.

Dokumente betreffend Informationsbeschaffung

- 16 In Rz 16 der Beschwerdebegründung wird ausgeführt, der NDB habe zu argumentieren, weshalb die beiden dem BGÖ unterliegenden Dokumente unter die Informationsbeschaffung fallen würden.
- 17 Gemäss der seinerzeitigen Botschaft wollte der Gesetzgeber mit Artikel 67 des Nachrichtendienstgesetzes eine sachliche Ausnahme für die Unterlagen über die nachrichtendienstliche Informationsbeschaffung schaffen. Es sollen gestützt auf das BGÖ keine Unterlagen über die nachrichtendienstliche Informationsbeschaffung für die Öffentlichkeit frei zugänglich sein, diese vielmehr integral vom Öffentlichkeitsgesetz ausgenommen sein.
- 18 Dies spiegelt sich wieder im Wortlaut des Gesetzes: «...gilt nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten *betreffend* die Informationsbeschaffung...» Für die Anrufung der Ausnahmebestimmung ist folglich ausreichend, dass das fragliche amtliche Dokument die Informationsbeschaffung betrifft (auch die Verwendung von Synonymen führt zu keinem anderen Resultat: z. B.: hinsichtlich, im Hinblick auf, in Bezug auf, was ... anbelangt, bezüglich usw.).
- 19 Mit diesem Vorgehen sollte insbesondere auch der sog. «Salami-Taktik» ein Riegel geschoben werden: Die Beschaffung und damit in Zusammenhang stehende Dokumente werden integral vom BGÖ ausgenommen, um zu verhindern, dass einzelne – isoliert für sich betrachtet als wenig problematisch scheinende - amtliche Dokumente (oder Teile davon) offengelegt werden, die sich indessen später zu einem schlüssigen Gesamtbild über die nachrichtendienstlichen Beschaffungsmöglichkeiten, -methoden

und -mittel zusammenfügen lassen. Der Gesetzgeber hat in Artikel 67 NDG festgelegt, dass über die in den Rechtsgrundlagen publizierten Regelungen über die Beschaffung hinaus keine Details dem Öffentlichkeitsprinzip unterstehen. Das ist auch kohärent mit der Quellenschutzregelung von Art. 18 Abs. 5 der Nachrichtendienstverordnung (SR 121.1), der die technischen Quellen umfassend schützt, ausser deren Bekanntgabe würde die Auftragserfüllung des NDB weder direkt noch indirekt gefährden.

Geräte zur Beschaffung von Informationen (Rz 18 der Beschwerdebeurteilung)

- 20 Gemäss Beschwerdeführerin handle es sich bei den in Rz 11 der Verfügung genannten Videokameras und Abhörgeräte klar um Geräte zur Informationsbeschaffung, was jedoch für die vorliegend streitige Suchmaschine nicht gelte, da diese zur Datenbearbeitung eingesetzt werde. Der NDB bestreitet diese Argumentation, weil beispielsweise Videokameras ebenso zur Gesichtserkennung eingesetzt werden können. Damit ist aber keine Aussage darüber verbunden, ob der NDB aktuell solche Technologien einsetzt.

Zur gesetzlichen Grundlage

- 21 Die Ausführungen der Beschwerdeführerin in Rz 21 und Rz 30 der Beschwerdebeurteilung erweisen sich als haltlos. Das Datenschutzgesetz nennt zwar nirgends «biometrische Daten». Vielmehr unterscheidet es nur zwischen «Personendaten» und «besonders schützenswerten Personendaten». In Artikel 44 Absatz 1 NDG ist die Bearbeitung von Personendaten, «einschliesslich besonders schützenswerter Personendaten und Persönlichkeitsprofile» ausdrücklich vorgesehen. Das einschlägige Recht wurde im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen. Gemäss Anhang 1 der Verordnung über die Informations- und Speichersysteme des Nachrichtendienstes des Bundes gehören Foto- und Multimedia-Dateien (Bild- und Tonaufnahmen) – somit also biometrische Daten (vgl. dazu auch Art. 2 Bst. c der Verordnung über die Bearbeitung biometrischer erkennungsdienstlicher Daten, SR 361.3) – zum Katalog der Personendaten, die der NDB bearbeiten darf. Es ist für alle Rechtsunterworfenen aus der einschlägigen Gesetzgebung ohne Weiteres ersichtlich, welche Arten von Daten der NDB bearbeitet (einschliesslich beschafft). Damit ist dem Grundsatz der Transparenz der Verwaltung genügend Rechnung getragen.

- 22 In Rz 21 der Beschwerdebeurteilung wird ausgeführt, die AB-ND habe geschrieben, dass es sich bei der Gesichtserkennung um eine neue, aus datenschutzrechtlicher Sicht kontrovers diskutierte Suchmaschine handle. Dies ist insofern richtig, als je nach Umfang und Zweck der eingesetzten Gesichtserkennung (Stichwort: Massenüberwachung mit Gesichtsbildererkennung in Echtzeit im öffentlichen Raum gewisser Länder) datenschutzrechtliche Verstösse festgestellt werden können. Die Schweiz ist jedoch weit von solchen Zuständen entfernt. Der NDB wendet keine Systeme der anlasslosen Gesichtsbildererkennung an, sondern arbeitet mit dem Mittel des sog. Gesichtsbildabgleiches und dies beschränkt auf seine gesetzlichen Aufgabengebiete und Informationssysteme.

Zu Artikel 7 Absatz 1 lit. b BGÖ

- 23 Es kann auf die vorstehenden Ausführungen zur gesetzlichen Grundlage verwiesen werden.

Zu Artikel 7 Absatz 1 lit. c BGÖ

- 24 Der NDB ist eine Organisation, die mit nachrichtendienstlichen Mitteln vor allem nicht öffentlich zugängliche Informationen beschafft, analysiert, auswertet und verbreitet, mit dem Ziel, eine führungsrelevante Nachrichtenlage für die politischen und militärischen Entscheidungsträger aller Stufen zu erstellen. Dabei erfolgt die Informationsbeschaffung unter anderem auch verdeckt und mit Mitteln, die anderen Bundesstellen nicht zur Verfügung stehen und schwere Grundrechtseingriffe beinhalten können. Der NDB ist deshalb für seine Auftragserfüllung auf Vertraulichkeit nach innen und aussen angewiesen – sei es zum Schutz seiner eigenen Mitarbeitenden, sei es zum Schutz seiner menschlichen Quellen, sei es zum Schutz seiner operativen Mittel und Methoden, sei es zum Schutz der nachrichtendienstlichen Zusammenarbeit mit dem Ausland, sei es zum Schutz von NDB-Infrastrukturen oder etwa zum Schutz der von Informationsbeschaffungsmassnahmen betroffenen Personen. Nur mit einer konsequenten und lückenlosen Umsetzung der Gesamtheit aller Schutz-, Sicherheits- und Geheimhaltungsmassnahmen kann der NDB mit einem nachrichtendienstlichen Mehrwert zum Schutz der Schweiz beitragen. Der NDB ist von da her nicht mit einer beliebigen anderen Schweizer Amtsstelle oder Firma vergleichbar, weshalb der Gesetzgeber entsprechende Ausnahmebestimmungen erlassen hat. Die Früherkennung und Abwehr von sicherheitspolitisch relevanten Bedrohungen erfolgt deshalb oft bewusst ausserhalb der Wahrnehmung der Öffentlichkeit.
- 25 Wie im bisherigen Verfahren bereits dargelegt, würden im Falle einer Zugangsgewährung die konkreten Mittel und Methoden, vor allem jedoch die operativen und technischen Fähigkeiten in diesem Bereich des NDB offengelegt. Hinzu kommt, dass jedes Informatikmittel über kurz oder lang Schwachstellen aufweist, die bei ihrer Kenntnis den zielgerichteten Einsatz des Mittels verunmöglichen oder zumindest erschweren würden. Auch gilt es zu vermeiden, dass etwa Rückschlüsse auf IKT-Dienstleister, Lieferanten oder verwendete Software möglich seien, um dort tätige Personen vor Bedrohungen (z. B. durch fremde Nachrichtendienste) zu schützen. Zu denken sei hier etwa an Cyberangriffe, Erpressung oder Korruption.
- 26 Da im vorliegenden Fall bisher kein Zugang zu den fraglichen Dokumenten gewährt wurde, kann nur auf die mit einer Zugangsgewährung plausiblerweise einhergehenden Gefahren hingewiesen werden. Über die Identität eines denkbaren Angreifers, das Wann, das Wo oder etwa das Wie könnte heute nur mutmasst werden. Das Ob hingegen dürfte bei Lücken in der Wahrung der Geheimhaltung eine blosse Frage der Zeit sein – wenn es dannzumal überhaupt noch festgestellt und verhindert werden kann. In diesem Sinne liegt eine konkrete Gefährdung von schützenswerten nachrichtendienstlichen technischen Quellen und Methoden mit vorhersehbar grossem Schadenspotenzial vor.

Akten

- 27 Im Übrigen übermitteln wir Ihnen beiliegend wunschgemäss die gesamten Akten in Kopie gemäss separatem Aktenverzeichnis. **Die im Aktenverzeichnis Beilage 4 aufgeführten und beigelegten Dokumente Rechtsgrundlagenanalyse und Bearbeitungsreglement sind einzig für das Bundesverwaltungsgericht bestimmt.**

Damit ist das eingangs gestellte Rechtsbegehren hinreichend begründet und es wird
höflich um dessen Gutheissung ersucht.

Freundliche Grüsse

Handwritten signature of Christian Dussey in blue ink.

Christian DUSSEY
Direktor NDB

Dreifach

Beilage: erwähnt



Aktenverzeichnis A-4286/2022

- Beilage 1: BGÖ-Gesuch vom 03.04.2022
- Beilage 2: Stellungnahme NDB vom 25.04.2022
- Beilage 3: Anzeige EDÖB betreffend Eröffnung Schlichtungsverfahren vom 18.05.2022
- Beilage 4: Stellungnahme NDB an EDÖB betr. Schlichtungsverfahren vom 03.06.2022 mit den darin erwähnten Unterlagen (Zugangsgesuch, Tätigkeitsbericht AB-ND vom 31. März 2022, Stellungnahme NDB vom 25.04.2022, Rechtsgrundlagenanalyse, Bearbeitungsreglement)

Die Rechtsgrundlagenanalyse und das Bearbeitungsreglement sind einzig für das Bundesverwaltungsgericht bestimmt.

- Beilage 5: Mail EDÖB an NDB vom 01.07.2022
- Beilage 6: 2 Mails NDB an EDÖB vom 04.07.2022
- Beilage 7: Empfehlung EDÖB vom 03.08.2022 mit Begleitschreiben
- Beilage 8: Verfügung NDB vom 23.08.2022 mit Rückschein
- Beilage 9: Schreiben NDB an EDÖB vom 23.08.2022
- Beilage 10: Zwischenverfügung Bundesverwaltungsgericht vom 29. September 2022 betr. Kostenvorschuss
- Beilage 11: Zwischenverfügung Bundesverwaltungsgericht vom 12. Oktober 2022 betr. Vernehmlassung
- Beilage 12: Zwischenverfügung Bundesverwaltungsgericht vom 26. Oktober 2022 betr. Fristverlängerung Vernehmlassung