

Digitale Gesellschaft, CH-4000 Basel

---

### **Einschreiben**

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

Basel, 24. Dezember 2022

### **Geschäfts-Nr. A-4286/2022**

Sehr geehrter Herr Instruktionsrichter  
Hiermit übermitteln wir Ihnen unsere

## **Replik**

### **I. Formelles**

1. Die Replik erfolgt innert der gesetzten Frist vom 27. Dezember 2022.

### **II. Materielles**

Gemeinsame Würdigung zweier Dokumente

2. Der Beschwerdegegner argumentiert in seiner Vernehmlassung vom 21. November 2022, dass für die beiden Dokumente «Rechtsgrundlagenanalyse» und «Bearbeitungsreglement» die identischen Argumente gelten würden, weshalb die beiden Dokumente zusammengefasst begründet werden können (Rz. 4).
3. Wie bereits dargelegt, genügt es für die Begründung einer Verweigerung nicht, alle Dokumente gemeinsam zu behandeln, nur weil sie zur selben Sache gehören. Selbst wenn die beiden Dokumente zur selben Sache gehören, unterscheiden sie sich inhaltlich, womit spezifische, unterschiedliche

Begründungen für die Verweigerung der Einsicht geliefert werden müssen. Der Beschwerdegegner anerkennt selbst, dass für die beiden Dokumente nicht die identischen Argumente gelten, wenn er in seiner Verfügung schreibt, weshalb «insbesondere das Bearbeitungsreglement» unter Art. 7 Abs. 1 lit. b BGÖ falle (Rz. 15). Dazu verweist die Beschwerdeführerin auf ihre Ausführungen in der Beschwerde (Rz. 28 f.).

#### Datenbearbeitung und Informationsbeschaffung

4. Der Beschwerdegegner macht in seiner Stellungnahme Ausführungen zu dem Unterschied zwischen Daten und Informationen (Rz. 8). Dabei verliert er sich in seiner Argumentation. Worauf er damit heraus will, wird nicht klar. Er widerspricht sich selbst, wenn er sagt, dass immer, wenn der NDB neue Informationen generiert, auch neue Daten generiert werden und gleichzeitig seiner Definition nach Daten zum Zweck der Verarbeitung eingegeben und Informationen als Output empfangen werden. Wenn der Definition nach Daten der Input und Informationen der Output sind, dann ist es widersprüchlich, gleichzeitig zu sagen, dass mit dem Generieren von Informationen auch Daten generiert werden.
5. Wenn es aber einen Unterschied zwischen Daten und Informationen gibt, wie der Beschwerdegegner sagt, so muss es folglich auch einen Unterschied zwischen Datenbearbeitung und Informationsbeschaffung geben. Der Beschwerdegegner selbst stimmt zu, dass mit dem Gesichtserkennungssystem «Daten bearbeitet» werden (Rz. 8), womit dieses wie vom EDÖB anerkannt und bereits in der Beschwerde ausführlich dargelegt, nicht unter die Informationsbeschaffung fällt.
6. Der Beschwerdegegner meint, dass aus der Botschaft herauszulesen sei, dass Informationsbeschaffung und Datenbearbeitung nicht zu trennen seien (Rz. 13 f.). Jedoch steht in der Botschaft, wie der Beschwerdegegner zitiert: «Die Datenbeschaffung und -bearbeitung zur Beurteilung der Bedrohungslage nach Absatz 2 ist in den Kapiteln 3 und 4 ausführlich geregelt». Aus der separaten Erwähnung von Datenbeschaffung und Datenbearbeitung zeigt sich schon, dass

damit nicht das Gleiche gemeint ist. Aus dem zitierten Satz lässt sich nicht herauslesen, dass sich die Informationsbeschaffung auf alle Kapitel im NDG beziehe, wie der Beschwerdegegner behauptet. Vielmehr lässt sich durch die Reihenfolge der Nennung auch herauslesen, dass die Datenbeschaffung in Kapitel 3 und die Datenbearbeitung in Kapitel 4 geregelt ist.

7. Der Beschwerdegegner hält fest, dass mit «Informationsbeschaffung» nicht nur die Beschaffung nach dem 3. Kapitel gemeint sein könne, sondern diese auch ausserhalb des 3. Kapitels erfolge (Rz. 12 ff.). Gemäss Art. 17 lit. c NDV sind nachrichtendienstliche Informationsquellen technische Quellen, die der Informationsbeschaffung nach dem 3. Kapitel des NDG dienen. Damit ist ausdrücklich und unmissverständlich festgehalten, dass die Informationsbeschaffung im 3. Kapitel des NDG geregelt ist. Der Beschwerdegegner selbst zitiert in Rz. 19 die Nachrichtendienstverordnung (NDV). Dabei muss er diesen Artikel wohl übersehen haben. Zu den weiteren Ausführungen zur Informationsbeschaffung gemäss dem 3. Kapitel wird auf die Beschwerde verwiesen. Es wird nochmals betont, dass der Ausnahme von Art. 67 NDG gemäss der Systematik des NDG nur Dokumente betreffend der Informationsbeschaffung und nicht betreffend der Datenbearbeitung unterstehen.
8. Selbst wenn Informationsbeschaffung, wie vom Beschwerdegegner behauptet (Rz.7), als eine Unterkategorie der Datenbearbeitung betrachtet werden kann, müssen die Systematik des NDG und der Wortlaut von Art. 67 NDG beachtet werden, woraus sich klar ergibt, dass mit Art. 67 NDG eben gerade nur die Informationsbeschaffung gemeint ist und nicht jede andere Art der Datenbearbeitung als Überbegriff.
9. Indem der Beschwerdegegner meint, dass aus der Botschaft herauszulesen sei, dass Informationsbeschaffung und Datenbearbeitung nicht zu trennen seien, widerspricht er sich selbst, da er in Rz. 8 eine Unterscheidung von Daten und Informationen konstruiert. In Rz. 15 schreibt der Beschwerdegegner dann wieder, dass Informationsbeschaffung «nichts weiter ist als eine Datenbearbeitung», womit er seine eigens definierte Unterscheidung zwischen

Daten und Information nicht einhält. Es ist nicht verständlich, auf welche Quelle sich der Beschwerdegegner mit seiner Definition zu «Daten» und «Informationen» stützt. Die Definition ist völlig aus der Luft gegriffen. Entsprechend ist die Definition und Argumentation widersprüchlich und damit gegenstandslos, weshalb nicht weiter darauf einzugehen ist.

#### Geräte zur Beschaffung von Informationen

10. Der Beschwerdegegner bestreitet die Argumentation, dass Videokameras und Abhörgeräte Geräte zur Informationsbeschaffung sind, weil Videokameras auch zur Gesichtserkennung eingesetzt werden können (Rz. 20). Diese Argumentation ist unsinnig, ist doch das Entscheidungskriterium zur Qualifikation von Videokameras als Mittel zur Informationsbeschaffung gerade nicht die Tatsache, ob sie zur Gesichtserkennung eingesetzt werden. Damit sagt der Beschwerdegegner doch selbst, dass Gesichtserkennung also nicht zur Informationsbeschaffung gehört.

#### Betreffen

11. Der Beschwerdegegner schreibt, dass es für die Anrufung der Ausnahmebestimmung ausreichend sei, dass das fragliche amtliche Dokument die Informationsbeschaffung «betrifft» (Rz. 18). Mit «betreffen» kann jedoch nicht pauschal jedes Dokument gemeint sein, das die Informationsbeschaffung auf irgendeine Weise betrifft. Der Beschwerdegegner anerkennt in seiner Verfügung selbst (Rz. 11), dass die Rechtsgrundlagenanalyse und das Bearbeitungsreglement auch als reine Verwaltungsgeschäfte qualifiziert werden könnten und damit die Informationsbeschaffung «betreffen», ohne dass sie unter die Ausnahme von Art. 67 NDG fallen. Damit kann «betreffen» nicht umfassend jedes dazugehörige Dokument meinen.
12. Es soll nochmals darauf hingewiesen werden, dass der Beschwerdegegner in seiner Verfügung selbst betont, dass eine Rechtsgrundlagenanalyse wie die vorliegende zu erstellen ist. Es ist umso stossender, dass er den Zugang dazu verweigert, obwohl er zur Erstellung dieses verwaltungsgeschäftlichen Dokuments verpflichtet ist.

## Öffentlichkeitsprinzip

13. Der Beschwerdegegner schreibt, dass der Gesetzgeber in Art. 67 NDG festgelegt hätte, dass über die in den Rechtsgrundlagen publizierten Regelungen über die Beschaffung hinaus keine Details dem Öffentlichkeitsprinzip unterstünden (Rz. 19). Es ist nicht verständlich, was mit diesem Satz gemeint ist, insbesondere nicht, auf welche «in den Rechtsgrundlagen publizierten Regelungen» sich der Beschwerdegegner bezieht. Wie bereits in der Beschwerde dargelegt (Rz. 4), besteht ein generelles Recht auf Zugang zu amtlichen Dokumenten. Dem Grundsatz nach unterstehen alle amtlichen Dokumente – auch Details – der Öffentlichkeit, ausser eine Ausnahme greift. Der Beschwerdegegner versucht damit den Grundsatz der Öffentlichkeit umzudrehen.

In diesem Zusammenhang beruft sich der Beschwerdegegner auf den Schutz technischer Quellen gemäss Art. 18 Abs. 5 NDV (Rz. 19). Wie der Beschwerdegegner in seiner Verfügung selbst sagt, handelt es sich bei der Gesichtserkennung um eine «blosse Suchmaschine für in den Systemen des NDB bereits abgelegte Daten». Damit ist die Gesichtserkennung keine Quelle im Sinne der NDV. Weder das Bearbeitungsreglement noch die Rechtsgrundlagenanalyse sind als Quelle i.S.v. Art. 17 NDV zu qualifizieren. Die Erwähnung des Quellenschutzes durch den Beschwerdegegner ist ohne Relevanz.

## Transparenz

14. Gemäss Art. 44 Abs. 1 NDG darf der NDB Personendaten, einschliesslich besonders schützenswerter Personendaten, bearbeiten. Der Beschwerdegegner behauptet, dass alleine aus der Tatsache, dass er Personendaten, inklusive besonders schützenswerter Personendaten, bearbeiten darf, worunter auch Fotos fallen, dem Grundsatz der Transparenz genügend Rechnung getragen sei, welche Arten von Daten der NDB bearbeitet. Der Beschwerdegegner macht damit aber keine Aussage darüber, weshalb aufgrund dieser Gesetzesgrundlage Gesichtserkennung verwendet werden dürfte. Er bringt keine Argumentation zur gesetzlichen Grundlage für die Verwendung von Gesichtserkennung, sondern argumentiert lediglich zur gesetzlichen Grundlage für die Art der Daten, welche bearbeitet werden dürfen.

15. Aus der Kompetenz, besonders schützenswerte Personendaten zu bearbeiten, lässt sich die Verwendung von Gesichtserkennungstechnologie nicht ableiten. Es ist völlig klar, dass aus der Art, welche Daten bearbeitet werden dürfen, nicht auch auf die Art der Technologie für die zu bearbeitenden Daten zu schliessen ist und nicht alle möglichen Technologien beinhaltet.

Dass in Anhang 1 des VIS-NDB geregelt ist, dass Fotos zu den Personendaten gehören, die der NDB bearbeiten darf, sagt nichts darüber aus, wie der NDB diese Daten bearbeiten darf, geschweige denn, dass der NDB überhaupt Gesichtserkennung verwenden dürfte.

16. Die AB-ND schreibt, dass die Bearbeitung biometrischer Daten nicht vorgesehen ist (Tätigkeitsbericht, S. 25). Der Beschwerdegegner behauptet, dass aufgrund der Erlaubnis, besonders schützenswerte Personendaten bearbeiten zu dürfen, auch biometrische Daten verarbeitet werden dürften. Daraus, dass auch besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet werden dürfen, kann aber nicht abgeleitet werden, dass dies auch biometrische Daten umfasst. Besonders schützenswerte Personendaten und biometrische Daten sind nicht dasselbe. Biometrische Daten sind nur eine spezifische Art von besonders schützenswerten Personendaten.

Durch die Bearbeitung von biometrischen Daten wird nochmals viel stärker in die Grundrechte der Betroffenen eingegriffen als bei anderen besonders schützenswerten Personendaten. Es braucht daher eine ausdrückliche gesetzliche Regelung, welche die Bearbeitung biometrischer Daten erlaubt. Diese fehlt für den Beschwerdegegner. Er kann sich nicht auf die Bearbeitung besonders schützenswerter Personendaten stützen, um die Erlaubnis zur Bearbeitung biometrischer Daten herzuleiten. So regelt Art. 47 Abs. 2 NDG klar, dass der Bundesrat den Katalog der zu bearbeitenden Daten für jedes Informationssystem aufstellt. Dies hat er im Anhang 1 VIS-NDB getan. Dort wird ausdrücklich festgelegt, welche Daten vom Beschwerdegegner bearbeitet werden dürfen. Biometrische Daten werden darin nicht genannt. Somit fehlt die gesetzliche Grundlage für die Bearbeitung von biometrischen Daten. Fotos gehören gemäss dem Anhang zwar zu den Daten, die bearbeitet werden dürfen, jedoch sind Fotos nicht per se biometrische Daten. Daraus lässt sich nicht

schliessen, dass biometrische Daten bearbeitet werden dürfen. Gerade weil der Eingriff in die Grundrechte durch biometrische Daten so schwerwiegend ist, müssten diese ausdrücklich genannt sein.

Art. 44 Abs. 1 NDG ist also vielmehr eine allgemeine Erlaubnis, Personendaten bearbeiten zu dürfen (so trägt dieser Artikel auch den Titel «Grundsätze»), ohne konkret zu sagen, welche Daten darunter fallen. Diese Konkretisierung wurde an den Bundesrat delegiert. Die Argumentation, dass weil in Art. 44 Abs. 1 NDG auch besonders schützenswerte Personendaten bearbeitet werden dürfen und biometrische Daten besonders schützenswerte Personendaten sind, diese auch bearbeitet werden dürfen, ist falsch. Es dürfen nur die Daten bearbeitet werden, welche vom Bundesrat geregelt wurden. Dies übersieht der NDB in seiner Argumentation.

17. Der Beschwerdegegner nennt als Beispiel für eine Technologie zur Datenbearbeitung die DNA-Analyse (Rz. 9). Der Einsatz von DNA-Analyse ist aber in der StPO konkret gesetzlich geregelt. Es ist völlig klar, dass der Einsatz von DNA-Analysen nicht aufgrund der allgemeinen Möglichkeit zur Bearbeitung von Personendaten gemäss Art. 95 f. StPO zulässig ist, sondern aufgrund der speziellen Regelung in Art. 255 ff. StPO. Das Beispiel bestätigt also, dass aus der generellen Kompetenz zur Bearbeitung von Daten nicht auf die konkrete Art der Bearbeitung zu schliessen ist und es eine konkrete Regelung für den Einsatz dieser Technologie braucht. Damit besteht keine genügende gesetzliche Grundlage für die Gesichtserkennung.
18. Für die Rechtsunterworfenen ist aufgrund der Verordnung VIS-NDB ersichtlich, dass der NDB Fotos bearbeiten darf. Dass er auf diese Gesichtserkennung verwendet, ist daraus überhaupt nicht ersichtlich, und wurde erst durch den Tätigkeitsbericht der AB-ND bekannt. Damit ist der Grundsatz der Transparenz nicht erfüllt.

Auch die Zusatzinformation, die der Beschwerdegegner in seiner Stellungnahme gibt (Rz. 22), dass keine Gesichtsbildererkennung, sondern Gesichtsbildabgleich eingesetzt würde, war bis dahin unbekannt, und widerlegt die vom Beschwerdegegner behauptete Transparenz.

Auch der Satz: «Damit ist aber keine Aussage darüber verbunden, ob der NDB aktuell solche Technologien einsetzt» (Rz. 20), zeugt von der Intransparenz des Beschwerdegegners und davon, dass überhaupt keine Transparenz besteht, in welcher Form er Gesichtserkennung verwendet.

19. Aus der Aussage, dass keine «anlasslose Gesichtsbildererkennung» verwendet würde, sondern «sog. Gesichtsbildabgleich», wird aber nicht klar, aus welchem Anlass der Beschwerdegegner Gesichtsbildabgleich einsetzt oder in wie weit diese möglicherweise auch anlasslos eingesetzt wird. Zudem ist zu unterscheiden: Dass der Beschwerdegegner konkrete Gründe sieht, um einen «sog. Gesichtsbildabgleich» durchzuführen, bedeutet noch lange nicht, dass alle Personen, deren Fotos konkret in so einen Abgleich einbezogen werden, hierfür einen zureichenden Anlass gegeben haben. Die Beteuerung, keine «anlasslose Gesichtsbildererkennung» zu verwenden, erscheint damit als konturlos. Welche Fotos zu welchem Anlass mit Gesichtsbildabgleich abgeglichen werden, ist überhaupt nicht klar und sicher nicht transparent.
20. Aus den vorhergehenden Abschnitten wird deutlich, dass überhaupt keine Transparenz darüber besteht, dass der NDB Gesichtserkennung verwendet, in welcher Form und zu welchem Anlass. Die Gesichtserkennung ist völlig undurchsichtig und alles andere als transparent.

#### Gesetzliche Grundlage

21. Nicht nur der Grundsatz der Transparenz muss erfüllt sein, sondern auch der Grundsatz der Rechtmässigkeit. Der Beschwerdegegner bezieht sich in seiner Stellungnahme unter dem Titel «gesetzliche Grundlage» nur auf die Transparenz und macht keine Aussage zur gesetzlichen Grundlage für die Gesichtserkennung.
22. Jedes staatliche Handeln braucht eine gesetzliche Grundlage. Dies gilt umso mehr, wenn durch das staatliche Handeln in die Grundrechte der Personen eingegriffen wird. Für die Gesichtserkennung besteht keine gesetzliche Grundlage. Diese lässt sich sicher nicht einfach aus dem Grundsatz ableiten, dass der NDB Personendaten bearbeiten darf.



23. Der Beschwerdegegner schreibt, dass Gesichtserkennung nur dann kontrovers sei, wenn bei der eingesetzten Gesichtserkennung datenschutzrechtliche Verstösse festgestellt werden können (Rz. 22). Dies ist jedoch nicht nur der Fall bei Massenüberwachung mit Gesichtsbildererkennung in Echtzeit im öffentlichen Raum, sondern bei Gesichtserkennung ganz allgemein, wie die AB-ND klar ausdrückt: «Die Gesichtserkennung ist eine neue, aus datenschutzrechtlicher Sicht kontrovers diskutierte Suchmaschine» (Tätigkeitsbericht, S. 24). Es ist völlig klar, dass sich die AB-ND dabei nicht auf Zustände in anderen Ländern bezieht, sondern klar die Verwendung von Gesichtserkennung durch den NDB meint.
24. Im Tätigkeitsbericht der AB-ND steht weiter: «Das Projekt entwickelte sich in der Folge weiter, ohne dass der Rechtsdienst oder die Qualitätssicherungsstelle des NDB die Rechtmässigkeit der weiteren Entwicklung noch einmal geprüft hätten» (S. 24). Wie kann der Beschwerdegegner behaupten, die Rechtmässigkeit sei eingehalten, wenn diese nicht weiter überprüft wurde? Auch die AB-ND anerkennt hier, dass es sehr fraglich ist, ob eine Rechtsgrundlage besteht und sah die Notwendigkeit von weiteren rechtlichen Abklärungen (S. 25).
25. Der Beschwerdegegner schreibt in seiner Stellungnahme (Rz. 8): «Dabei kann der NDB sich [...] geeigneter Technologien bedienen, solange die dahinterstehende Datenbearbeitung sich wie vorliegend im gesetzlichen Rahmen bewegt». Der Beschwerdegegner bewegt sich aber gerade nicht im gesetzlichen Rahmen, da überhaupt keine gesetzliche Grundlage besteht. Abgesehen davon kann sich der Beschwerdegegner nicht einfach jeder Technologie bedienen. Auch die Technologie selbst muss sich, wie bereits unter Rz. 16 am Beispiel der DNA-Analyse dargelegt, auf eine genügende Rechtsgrundlage stützen. Zudem ist den Rechtsunterworfenen nicht klar, auf welcher Rechtsgrundlage die Gesichtserkennung verwendet wird. Es ist untragbar, dass der Beschwerdegegner einfach die Behauptung aufstellt, die Technologie bewege sich im gesetzlichen Rahmen, ohne dass die Rechtsunterworfenen durch Einsicht in die Rechtsgrundlagenanalyse verstehen können, worin dieser rechtliche Rahmen besteht. Würde der NDB tatsächlich beschränkt auf seine gesetzlichen Aufgabengebiete arbeiten, wie in Rz. 22 behauptet, so würde er keine

Gesichtserkennung anwenden. Dass dies nicht stimmt, zeigt auch der neueste Bericht, wonach der NDB über Jahre ohne die nötige Bewilligung Daten bearbeitet hat (s.u. <https://www.srf.ch/news/schweiz/schweizer-nachrichtendienst-spionageabwehr-im-netz-was-illegal-war-soll-legal-werden>).

26. Es besteht keine gesetzliche Grundlage für die Anwendung von Gesichtserkennung, völlig unabhängig davon, ob nun Gesichtsbildererkennung oder «nur» Gesichtsbildabgleich durchgeführt wird.

#### Art. 7 Abs. 1 lit. b BGÖ

27. Wie bereits in der Beschwerde ausgeführt und nun nochmals dargelegt, besteht keine gesetzliche Grundlage für die Verwendung von Gesichtserkennung. Somit ist die Gesichtserkennung keine behördliche Massnahme. Damit kann sich der Beschwerdegegner nicht auf die Ausnahme gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. b BGÖ berufen.

#### Art 7 Abs. 1 lit. c BGÖ

28. Der Beschwerdegegner meint, er sei nicht mit einer beliebigen anderen Schweizer Amtsstelle oder Firma vergleichbar (Rz. 24). Selbst wenn dem so wäre, ist er dennoch genauso an die Grundsätze staatlichen Handelns gebunden und hat daher die Grundsätze der Transparenz und der Rechtmässigkeit genauso wie jede andere Behörde einzuhalten.
29. Der Beschwerdegegner erkennt, dass die Informationsbeschaffung schwere Grundrechtseingriffe beinhalten kann (Rz. 24). Gerade weil es sich um schwere Grundrechtseingriffe handelt, ist es umso wichtiger, dass eine klare gesetzliche Grundlage besteht und für die Rechtsunterworfenen verständlich und transparent ist, worin diese Eingriffe bestehen. Es ist dabei fast schon zynisch, wenn sich der Beschwerdegegner auf den Schutz der von Informationsbeschaffungsmassnahmen betroffenen Personen beruft, welche sicherlich nicht durch intransparentes und rechtswidriges Verhalten des Beschwerdegegners geschützt sind.

Abschliessend ist nochmals festzuhalten, dass der Beschwerdegegner Gesichtserkennung anwendet, ohne dass für die Rechtsunterworfenen klar ist, auf welche Art, zu welchem Anlass und in welchem Umfang der Beschwerdegegner diese verwendet. Das widerspricht dem Grundsatz der Transparenz. Weiter besteht dafür keine genügend klare gesetzliche Grundlage, womit sich der Beschwerdegegner nicht auf die Ausnahmetatbestände von Art. 67 NDG, Art. 7 Abs. 1 lit. b BGÖ oder Art. 7 Abs. 1 lit. c BGÖ berufen kann.

Wir ersuchen Sie daher um Gutheissung der in der Beschwerde gestellten Anträge.

Mit freundlichen Grüssen

Erik Schönenberger  
Geschäftsleiter

**Dreifach**