



064002 Bern NDB

Einschreiben
Bundesverwaltungsgericht
Abteilung I
Herr Instruktionsrichter
Alexander Misch
Postfach
9023 St. Gallen

| | | | | |
|---------------------------------|---------|----------|---------|---------|
| Bundesverwaltungsgericht | | | | |
| Nr. A-4286/2022 | | | | |
| E 28. FEB. 2023 | | | | |
| Abt. I | Abt. II | Abt. III | Abt. IV | Abt. V |
| Abt. VI | | PR | OG | J.RROOM |
| | | HRE + D | F/CO | WD |
| | | REB! | ZK | |
| Wix Kob | | | | |

Referenz/Numerzeichen: A-4286/2022
Unser Zeichen: Dup
Bern, 27. Februar 2023

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

Sehr geehrter Herr Instruktionsrichter
Sehr geehrte Damen Bundesverwaltungsrichterinnen und Herren Bundesverwaltungsrichter
In rubrizierter Angelegenheit übermitteln Ihnen hiermit unsere

Duplik

- I. **Rechtsbegehren**
 - 1 Der NDB hält an den Begehren, die er mit seiner Vernehmlassung vom 21. November 2022 gestellt hat, vollumfänglich fest.
- II. **Formelles**
 - 2 Die vorliegende Duplik erfolgt innerhalb der mit Verfügung vom 27. Dezember 2022 gewährten und freundlicherweise verlängerten Frist zur Einreichung der Duplik.
- III. **Materielles**
 - 3 Der NDB verweist vollumfänglich auf seine bisherigen Ausführungen. Zur Replik der Beschwerdeführerin äussert er sich wie folgt:

A. Dokumente

Gemeinsame Würdigung zweier Dokumente (Rz. 3 der Replik)

- 4 Die Beschwerdeführerin rügt (Rz. 3), dass der NDB unterschiedliche Begründungen für die Verweigerung liefern müsse. Dies unter anderem, weil er in seinen Ausführungen in der Verfügung darauf hingewiesen habe, dass die Dokumente nicht identisch seien («insbesondere das Bearbeitungsreglement beschreibt die vom NDB verwendete Gesichtserkennung detailliert [...]»).
- 5 Die beiden Dokumente sind nicht identisch, haben aber denselben Inhalt (Beschreibung des Gesichtserkennungssystems), weshalb die Begründung der Verweigerung gleich ausfällt. Dass das eine Dokument die verwendete Gesichtserkennung etwas detaillierter beschreibt als das andere, führt nicht dazu, dass die Begründung nicht gleich lauten kann. Der NDB verweist hierzu auf seine Vernehmlassung (Rz. 5) sowie auf die Empfehlung des EDÖB, die die beiden Dokumente ebenfalls gemeinsam behandelt (vgl. z.B. Rz. 17 der Empfehlung in fine).

B. Artikel 67 NDG

Zur Informationsbeschaffung (Rz. 4-7 der Replik)

- 6 Dass die «Informationsbeschaffung» zu einer bestimmten Person aus datenschutzrechtlicher Sicht nichts weiter als eine «Bearbeitung» von Personendaten gemäss Art. 3 Bst. e DSGVO ist, hat der NDB bereits in seiner Vernehmlassung dargelegt (Rz. 7) und ist auch der Botschaft zum 3. Kapitel des NDG zu entnehmen:

«Nach der umfassenden Definition des Datenbearbeitungsbegriffs im DSGVO ist zwar die Beschaffung im Begriff der Bearbeitung enthalten (vgl. Art. 3 Bst. e DSGVO). Da die Beschaffung der Daten jedoch für einen Nachrichtendienst zum einen von zentraler Bedeutung ist und zum anderen aus Sicht der betroffenen Personen mit den stärksten Grundrechtseingriffen verbunden sein kann, ist es gerechtfertigt, die Beschaffung und die weitere Bearbeitung in eigenständigen Kapiteln zu regeln.»

- 7 Der Gesetzgeber regelte die Datenbearbeitung aus den in der Botschaft erwähnten Gründen zwar in zwei Kapiteln. Falsch ist jedoch die daraus abgeleitete Schlussfolgerung des EDÖB, dass sich Art. 67 NDG nur auf das 3. Kapitel beziehe. Der EDÖB schreibt in Rz. 13 der Empfehlung, dass es sich bei der Gesichtserkennung um ein «Tool» für die Bearbeitung von bereits existierenden Daten und nicht um ein Instrument der Informationsbeschaffung gemäss dem 3. Kapitel des NDG handle. Der EDÖB kreiert mit dieser Beschränkung von Art. 67 NDG auf das dritte Kapitel ein Kriterium, das nicht praxistauglich ist. Die angewandte Gesichtserkennung gleicht Gesichter innerhalb der Systeme des NDB ab. Dabei kann es sein, dass es beispielsweise nur Fotos abgleicht, die in Anwendung von genehmigungspflichtigen Beschaffungsmassnahmen (3. Kapitel) erhoben worden sind und den Analysten des NDB Resultate liefert, die ihnen helfen, diese Beschaffungsmassnahmen weiterzuentwickeln (alles in Anwendung des 3. Kapitels). In dieser Konstellation wird das «Tool» Gesichtserkennung ja auch als «Instrument der Informationsbeschaffung gemäss dem 3. Kapitel des NDG» eingesetzt.

- 8 Der NDB hat sowohl in der Verfügung als auch in der Vernehmlassung ausgeführt, dass sich Art. 67 NDG vielmehr auf sämtliche Informationsbeschaffungen bezieht. Das Nachrichtendienstgesetz NDG spricht auch ausserhalb des dritten Kapitels von «Informationsbeschaffung». So lautet etwa das erste Kapitel «Allgemeine Bestimmungen und Grundsätze der Informationsbeschaffung». Im zweiten Kapitel wird die Informationsbeschaffung beispielsweise in Art. 6 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 Bst. c erwähnt. Wo die Gesetz- und Verordnungsgeber nur die Informationsbeschaffung nach dem 3. Kapitel gemeint haben, haben sie dies explizit erwähnt (Art. 17 Bst. c NDV): «...technische Quellen, die der Informationsbeschaffung **nach dem 3. Kapitel des NDG** dienen». In Artikel 67 NDG wird jedoch die gesamte «Informationsbeschaffung **nach diesem Gesetz**» vom BGO ausgenommen.

Dokumente betreffend Informationsbeschaffung (Rz. 13 der Replik)

- 9 Der NDB hält nochmals fest: Der Gesetzgeber hat im NDG die Rechtsgrundlagen für die Informationsbeschaffung festgelegt. Diese sind für jedermann einsehbar. Über diese Rechtsgrundlagen hinaus gehende Details sind weder für die Öffentlichkeit bestimmt, noch unterliegen entsprechende Dokumente nach Artikel 67 NDG dem Öffentlichkeitsprinzip. Vielmehr nimmt diese Bestimmung entsprechende Dokumente integral vom BGO aus. Auch eine teilweise Zugangsgewährung scheidet daher aus.

Gesetzlichen Grundlage / Transparenz (Rz. 14-16 der Replik)

- 10 Die Beschwerdeführerin rügt (Rz. 15), dass im Anhang 1 der VIS-NDB zwar Fotos aufgeführt seien (die jedoch nicht per se biometrische Daten seien; Rz. 16), aber dies noch nichts darüber aussage, wie der NDB diese Fotos bearbeiten dürfe. Der NDB bearbeitet Fotos, was ihm gemäss Anhang 1 der VIS-NDB erlaubt ist. Im Anhang 1 der VIS-NDB ist nicht aufgeführt, was der NDB mit den im Katalog aufgeführten Personendaten macht, sondern nur, welche Daten er (im Rahmen der Erfüllung seiner Aufgaben) bearbeiten darf. Folgt man den Forderungen der Beschwerdeführerin, müssten alle möglichen Technologien und Arten von Datenbearbeitungen auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe geregelt sein. Das würde aber auch bedeuten, dass bei jeder Änderung der Technologien oder Datenbearbeitungen die entsprechenden Grundlagen revidiert werden müssten, was kaum dem Willen des Gesetz- oder Verordnungsgebers entsprechen kann.
- 11 Die AB-ND schreibt zwar, dass die Bearbeitung biometrischer Daten in der VIS-NDB nicht vorgesehen sei (Tätigkeitsbericht S. 25). Damit meint sie jedoch wahrscheinlich, dass darin keine spezifische Kategorie «biometrische Daten» aufgeführt ist. Bereits in der Vernehmlassung hatte der NDB erläutert (Rz. 21), dass «Fotos», die ebenfalls biometrische Daten sein können, in der VIS-NDB genannt sind.
- 12 Die Beschwerdeführerin behauptet (Rz. 16 der Replik), biometrische Daten seien eine «spezifische Art von besonders schützenswerten Personendaten», für deren Bearbeitung eine ausdrückliche gesetzliche Regelung benötigt werde.
- 13 Das aktuelle Datenschutzgesetz kennt nur die Begriffe «Personendaten», «besonders schützenswerte Personendaten» und «Persönlichkeitsprofile» (Art. 3 DSGVO). Der NDB verfügt mit Art. 44 NDG über die Grundlage zur Bearbeitung dieser drei Datenkategorien.

Gesetzlichen Grundlage / Transparenz (Rz. 18-20 der Replik)

- 14 Die Beschwerdeführerin rügt eine mangelnde Transparenz beim Einsatz der Gesichtserkennung durch den NDB. So sei ihr die «Zusatzinformationen», dass keine Gesichtsbildererkennung, sondern «nur» ein Gesichtsbildabgleich durchgeführt werde, unbekannt gewesen (Rz. 18 und Rz. 26 der Replik). Sie zeigt jedoch nicht auf, inwiefern diese Unterscheidung für sie relevant ist. Das vom NDB eingesetzte Gesichtserkennungssystem erkennt Gesichter auf Fotos in den Systemen des NDB und gleicht sie miteinander ab. Die AB-ND nennt das System Gesichtserkennungssystem (vgl. Tätigkeitsbericht AB-ND, S. 22: «...das Gesichtserkennungssystem, das der NDB seit 2020 und bisher ausschliesslich zur Durchsuchung eigener Dateien einsetzt»).

Gesetzlichen Grundlage / Abklärungen des NDB (Rz. 24 der Replik)

- 15 Die Beschwerdeführerin führt aus, dass der NDB nicht behaupten könne, dass die Gesichtserkennung rechtmässig sei, da der Rechtsdienst oder die Qualitätssicherungsstelle in die Weiterentwicklung nicht einbezogen worden sei. Die AB-ND habe um weitere rechtliche Abklärungen gebeten.
- 16 Weitere Abklärungen wurden inzwischen vom NDB getätigt. Ob und in welchem Umfang für die betreffende Gesichtserkennung ein rechtlicher Rahmen besteht oder nicht, geht im Übrigen am vorliegenden Prozessstadium (Zugangsgesuch zu zwei amtlichen Dokumenten) vorbei. So war die rechtliche Grundlage für die Gesichtserkennung richtigerweise auch gar nicht Thema an der Schlichtungsverhandlung (vgl. Empfehlung des EDÖB).

Gesetzlichen Grundlage / Transparenz (Rz. 25 der Replik)

- 17 Die Beschwerdeführerin führt zwar aus (Rz. 25), es sei untragbar, dass der NDB einfach die Behauptung aufstelle, die Technologie bewege sich im gesetzlichen Rahmen, ohne dass die Rechtsunterworfenen durch Einsicht in die Rechtsgrundlagenanalyse verstehen könnten, worin dieser rechtliche Rahmen bestehe. Mit anderen Worten behauptet sie damit, ohne die Rechtsgrundlagenanalyse könne sie die Rechtmässigkeit nicht beurteilen. Trotzdem bringt sie wiederholt vor, dass der Einsatz der Gesichtserkennung durch den NDB unrechtmässig sei (was der NDB bestreitet).

C. Artikel 7 BGÖ

Artikel 7 BGÖ (Rz. 27-28 der Replik)

- 18 Mit Verfügung vom 23. August 2022 wies der NDB das Zugangsgesuch gestützt auf Art. 67 NIDG mit der Begründung ab, das BGÖ sei nicht anwendbar und die Dokumente seien integral vom BGÖ ausgenommen. Würde das BGÖ widererwarten doch Anwendung finden, sei auch gestützt auf Art. 7 Abs. 1 Bst. b und c BGÖ eine Zugangsgewährung nicht möglich, dann eine Offenlegung des konkreten Einsatzes der Gesichtserkennungstechnologie könnte die Bemühungen des NDB gegenüber (potentiellen) Zielpersonen vereiteln.

- 19 Die Beschwerdeführerin führt demgegenüber aus (Rz. 27), dass keine gesetzliche Grundlage für die Verwendung von Gesichtserkennungssystemen vorhanden sei und sich der NDB daher auch nicht auf eine Ausnahme vom Grundsatz der Transparenz gemäss Art. 7 BGO berufen könne.
- 20 Diese Schlussfolgerung geht ins Leere. Das BGO will den Zugang zu amtlichen Dokumenten gewährleisten, ohne diese zu kommentieren oder zu werten. Sind die Voraussetzungen gemäss BGO erfüllt, besteht Anspruch auf Zugang zu einem amtlichen Dokument und dies unbeschadet der Frage, ob die mit dem amtlichen Dokument allenfalls verbundene Tätigkeit von der Beschwerdeführerin als rechtmässig oder unrechtmässig beurteilt wird. Sollte es vorliegend tatsächlich an einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage mangeln – was dezidiert bestritten wird – so ergäbe sich daraus noch keinen automatischen Anspruch auf Zugang zum fraglichen Dokument. Massgebend für die Beurteilung der Zugangsgewährung sind vielmehr die im BGO formulierten objektiven Kriterien.

Aufgrund obiger und sämtlicher bisheriger Ausführungen ersuchen wir Sie, sehr geehrter Herr Instruktionsrichter Misić, sehr geehrte Damen Bundesverwaltungsrichterrinnen und Herren Bundesverwaltungsrichter, um antragsgemässen Entscheid.

Freundliche Grüsse



Christian DUSSEY
Direktor NDB

Dreifach