

Digitale Gesellschaft, CH-4000 Basel

---

### **Einschreiben**

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

Basel, 23. März 2023

### **Geschäfts-Nr. A-4286/2022**

Sehr geehrter Herr Instruktionsrichter  
Hiermit übermitteln wir Ihnen unsere

## **Schlussbemerkungen**

### **I. Formelles**

1. Die Einreichung der Schlussbemerkungen erfolgt innert der gesetzten Frist vom 03. April 2023.

### **II. Materielles**

2. Die Digitale Gesellschaft verweist vollumfänglich auf ihre bisherigen Ausführungen in der Beschwerde vom 22. September 2022 und der Replik vom 24. Dezember 2022 sowie auf die Empfehlung des EDÖB vom 03. August 2022. Zur Duplik des Beschwerdegegners vom 27. Februar 2023 nehmen wir wie folgt Stellung:

#### **Gemeinsame Würdigung zweier Dokumente**

3. Der Beschwerdegegner meint, es seien keine unterschiedlichen Begründungen für die Verweigerung zu liefern (Rz. 4 der Duplik). Er bringt zwar hervor, dass die beiden Dokumente denselben Inhalt hätten (Rz. 5 der Duplik), die Digitale Gesellschaft kennt aber diesen Inhalt nicht, weshalb bei einer pauschalen Verweigerung beider Dokumente ohne einzelner Begründungen nicht

nachvollziehbar ist, weshalb das jeweilige Dokument verweigert wurde. Es ist ausserdem unverständlich, wie eine Rechtsgrundlagenanalyse und ein Bearbeitungsreglement, die zu unterschiedlichen Zwecken erstellt werden, denselben Inhalt haben können. Für weiteres wird auf die Ausführungen der Digitalen Gesellschaft in der Replik (Rz. 3) verwiesen.

### **Informationsbeschaffung**

4. Der Beschwerdegegner schreibt in seiner Duplik (Rz. 6), dass «Informationsbeschaffung» nichts weiter als eine Bearbeitung von Personendaten gemäss Art. 3 lit. e DSG ist. Dabei verweist er auf die Botschaft zum NDG. Dort steht jedoch gerade, dass die Beschaffung zwar im Begriff der Datenbearbeitung enthalten ist, jedoch wird betont, dass die Beschaffung der Daten durch einen Nachrichtendienst aus Sicht der betroffenen Personen mit den stärksten Grundrechtseingriffen verbunden sein kann, weshalb die Beschaffung in einem eigenständigen Kapitel geregelt wird. Damit sagt die Botschaft doch gerade, dass die Informationsbeschaffung durch den NDB nicht wie jede andere Datenbearbeitung zu bewerten ist, sondern speziell geregelt werden muss und weist explizit auf die starke Gefährdung der Grundrechte der Betroffenen durch die Informationsbeschaffung vom NDB hin. Wie der Beschwerdegegner aus dieser Passage der Botschaft herausliest, dass die Informationsbeschaffung «nichts weiter» als die Bearbeitung von Personendaten ist, ist schleierhaft, sagt die Botschaft doch gerade das Gegenteil.
5. Zudem zeigt dieser Ausschnitt der Botschaft ausdrücklich, dass die Informationsbeschaffung im 3. Kapitel geregelt wird, wie die Digitale Gesellschaft bereits mehrfach in ihrer Beschwerde und Replik vorgebracht hat. Zur Behauptung des Beschwerdegegners, dass es falsch sei, dass sich Art. 67 NDG nur auf das 3. Kapitel im NDG beziehe (Rz. 7 der Duplik), verweist die Digitale Gesellschaft daher vollumfänglich auf ihre Argumentation in der Beschwerde und der Replik.

### **Transparenz**

6. Der Beschwerdegegner kritisiert, dass die Digitale Gesellschaft nicht aufzeigt, inwiefern die Unterscheidung zwischen Gesichtsbildererkennung und Gesichtsbildabgleich für sie relevant ist (Rz. 14 der Duplik). Dabei ist es aber

doch der Beschwerdegegner selbst, der in seiner Vernehmlassung vom 21.11.2022 diese Unterscheidung vornimmt und damit argumentiert, die Gesichtserkennung, die er anwende, sei im Vergleich zu den Zuständen in anderen Ländern nicht kontrovers. Dass dieser Verweis auf Zustände in anderen Ländern kein Argument für die Problematik der Gesichtserkennungssysteme in der Schweiz sein kann, ist klar. Die Digitale Gesellschaft hat in ihrer Replik ausserdem sehr wohl argumentiert, dass das Unwissen darüber, welche Form der Gesichtserkennung genutzt wird, aufzeigt, dass keine Transparenz über die Anwendung von Gesichtserkennungssystemen besteht (Rz. 18).

### **Gesetzliche Grundlage**

7. Ob und in welchem Umfang für die betreffende Gesichtserkennung ein rechtlicher Rahmen besteht oder nicht, ist entgegen der Meinung des Beschwerdegegners sehr wohl von grösster Relevanz. Wie bereits vielfach vorgebracht ist es von zentraler Bedeutung, dass der Beschwerdegegner nicht ohne gesetzliche Grundlage handeln darf. Fehlt die gesetzliche Grundlage, gibt es keine Argumente für die Ausnahmegründe in Art. 7 BGÖ und Art. 67 NDG für eine Verweigerung. So kann der Beschwerdegegner selbstverständlich nicht argumentieren, eine Offenlegung des konkreten Einsatzes über Gesichtserkennungstechnologie könnte die Bemühungen des NDB gegenüber Zielpersonen vereiteln (Rz. 18 Duplik). Wenn es keine gesetzliche Grundlage für das Handeln des NDB gibt, so darf er diese Handlung nicht vornehmen. Es kann nichts vereitelt werden, was von vornherein nicht gemacht werden dürfte. Die Argumentation des Beschwerdegegners, dass sich aus einer mangelnden gesetzlichen Grundlage kein automatischer Anspruch auf Zugang zum fraglichen Dokument ergäbe, ist unverständlich. Art. 7 Abs. 1 lit. b BGÖ spricht ausdrücklich von "behördlichen Massnahmen", die beeinträchtigt werden. Ohne gesetzliche Grundlage handelt es sich nicht um behördliche Massnahmen und schon gar nicht um deren "zielkonforme Durchführung", womit die Ausnahme gemäss den "im BGÖ formulierten objektiven Kriterien" (Rz. 20 der Duplik) nicht zur Anwendung kommen kann.
8. Dass der Beschwerdegegner vorbringt, die gesetzliche Grundlage sei keine Diskussion an der Schlichtungsverhandlung gewesen, ist zynisch. Ist es an der Schlichtungsverhandlung doch zu überhaupt keiner Besprechung zwischen

dem Beschwerdegegner und der Beschwerdeführerin gekommen, da der Beschwerdegegner zu keinerlei Diskussion bereit war. Abgesehen davon ist der Beschwerdegegner in seiner Vernehmlassung selbst darauf eingegangen.

9. Der Beschwerdegegner erkennt richtig, dass im Anhang 1 VIS-NDB nicht aufgeführt ist, was der NDB mit den im Katalog aufgeführten Personendaten macht, sondern nur, welche Daten er bearbeiten darf (Rz. 10 Duplik). Wie die Daten bearbeitet werden dürfen, wird aber im VIS-NDB in den Artikeln geregelt. So steht z.B. in Art. 17 Abs. 2 VIS-NDB: «Die Objekte und Quellendokumente sowie deren Relationen untereinander können bildlich dargestellt und die Darstellungen gespeichert werden.» Dabei wird klar die Speicherung von Bildern als Form der Bearbeitung geregelt. Eine andere Bearbeitungsform, wie die Bearbeitung von biometrischen Daten, ist nicht enthalten.
10. So sagt auch die AB-ND ausdrücklich, dass die Bearbeitung biometrischer Daten nicht vorgesehen ist (Tätigkeitsbericht, S. 25). Es ist unklar, was der Beschwerdegegner mit seiner Interpretation aussagen will, die AB-ND meine damit, dass biometrische Daten nicht als Kategorie aufgeführt sind. Selbst wenn die AB-ND die Aussage so meint, wie sie der NDB interpretiert, ändert das nichts an der Argumentation, dass die biometrischen Daten nicht vorgesehen sind und daher nicht angewendet werden dürfen.
11. Der Beschwerdegegner argumentiert in seiner Duplik (Rz. 10), dass alle möglichen Technologien und Arten von Datenbearbeitungen auf Gesetzes- oder Verordnungsstufe geregelt sein müssten, könne nicht dem Willen des Gesetz- oder Verordnungsgebers entsprechen. Dass der Beschwerdegegner damit anscheinend der Meinung ist, er könne ohne gesetzliche Grundlage Datenbearbeitungen durchführen und Technologien anwenden, ist äusserst besorgniserregend. Es ist einmal mehr zu betonen, dass der Beschwerdegegner an das Gesetzmässigkeitsprinzip gebunden ist und selbstverständlich keine Handlungen vornehmen darf, für die es keine genügende Gesetzesgrundlage gibt. Das gilt explizit auch für Anwendung von Gesichtserkennungssystemen, wie auch das Bundesgericht anerkennt.
12. So hält das Bundesgericht in seiner Entscheid zur Teilrevision des Kantonspolizeigesetzes des Kantons Solothurn (Urteil des BGer 1C\_39/2021 vom 29. November 2022) fest, dass die Bedenken bei Einsatz eines

Gesichtserkennungssystemen ernst zu nehmen sind und es einer einschränkenden Regelung und wirksamer Kontrollmassnahmen bedarf. In dem vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht festgehalten, dass die Gefahr eines Einsatzes von Gesichtserkennungssystemen nicht besteht, da aufgrund des Gesetzestextes gewährleistet ist, dass die Fahrzeuginsassen bei der automatisierten Fahrzeugfahndung nicht fotografisch festgehalten werden dürfen. Das Bundesgericht sagt aber ausdrücklich: «Neue Geräte bzw. eine neue Software mit im Gesetz nicht vorgesehenen Funktionalitäten dürfen nicht ohne Gesetzesrevision eingesetzt werden» (E. 8.8).

13. Damit ist auch für das Bundesgericht klar, dass Gesichtserkennungssysteme nicht ohne gesetzliche Regelung eingesetzt werden dürfen. Der Beschwerdegegner kann sich nicht auf den Standpunkt berufen, die aktuelle Regelung sei genügend bestimmt so, bzw. müsse nicht genauer bestimmt sein, weil das in der Praxis nicht möglich sei. Diese Argumentation wird vom Bundesgericht nicht gestützt.

Mit dem Verweis auf die Empfehlung des EDÖB und sämtlicher Ausführungen der Digitalen Gesellschaft ersuchen wir Sie um Gutheissung der in der Beschwerde gestellten Anträge.

Mit freundlichen Grüssen

Erik Schönenberger  
Geschäftsleiter

**Dreifach**