

EDOEB empfehlung-vom-24-april-2025-ndb-uebersichtslisten-zu-acta-nova-volltextsuchenvo vom 24. April 2025

EDÖB, 2025-04-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_empfehlung-vom-24-april-2025-ndb-uebersichtslisten-zu-acta-nova-volltextsuchenvo

FR: EDOEB empfehlung-vom-24-april-2025-ndb-uebersichtslisten-zu-acta-nova-volltextsuchenvo du 24 avril 2025

IT: EDOEB empfehlung-vom-24-april-2025-ndb-uebersichtslisten-zu-acta-nova-volltextsuchenvo del 24 aprile 2025

Erwägungen

E. 1

Die Antragstellerin (Journalistin) hat am 5. Februar 2025 gestützt auf das Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ; SR 152.3) beim Nachrichten- dienst des Bundes NDB um Zugang ersucht zu einer "Auflistung sämtlicher Dokumente und an- derer Geschäftsobjekte, die bei einer Volltext-Suche in Acta Nova mit der Sucheingabe 'Pimeyes' ODER 'PimEyes' ODER 'Gesichtserkennung*' ODER 'Gesichtsbildanalyse' ODER 'Gesichtsbild*' ODER 'Afis*' aufgefunden werden, eingeschränkt auf das Erstellungsdatum 1. Juli 2022 bis

E. 5

Am 11. März 2025 reichte der NDB eine ergänzende Stellungnahme ein, in der er an seiner Zu- gangsverweigerung vor allem aufgrund von Art. 67 NDG festhielt. Sofern das Öffentlichkeitsge- setz "wider Erwarten" zur Anwendung gelangen würde, "wäre das Zugangsgesuch auch wegen einer Beeinträchtigung der zielkonformen Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen [Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ] gleich wie einer Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz [Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ] abzuweisen."

E. 6

Am 12. März 2025 stellte der NDB die von der Antragstellerin ersuchten Auflistungen "sämtlicher Dokumente und anderer Geschäftsobjekte, die bei einer Volltext-Suche in Acta Nova mit der Su- cheingabe 'Pimeyes' ODER 'PimEyes' ODER 'Gesichtserkennung*' ODER 'Gesichtsbildanalyse' ODER 'Gesichtsbild*' ODER 'Afis*' aufgefunden werden," in den Räumlichkeiten des Beauftragten zur Einsicht zur Verfügung.

E. 7

Am 27. März 2025 fand eine Schlichtungsverhandlung statt, in welcher sich die Parteien nicht einigen konnten.

E. 8

Auf die weiteren Ausführungen der Antragstellerin und des NDB sowie auf die eingereichten Un- terlagen wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen eingegangen. II Der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte zieht in Erwägung: A. Formelle Erwägungen: Schlichtungsverfahren und Empfehlung gemäss Art. 14 BGÖ

E. 9

Die Antragstellerin reichte ein Zugangsgesuch nach Art. 10 BGÖ beim NDB ein. Dieser verweigerte den Zugang zu den verlangten Dokumenten. Die Antragstellerin ist als Teilnehmerin an einem vorangegangenen Gesuchsverfahren zur Einreichung eines Schlichtungsantrags berechtigt (Art. 13 Abs. 1 Bst. a BGÖ). Der Schlichtungsantrag wurde formgerecht (einfache Schriftlichkeit) und fristgerecht (innert 20 Tagen nach Empfang der Stellungnahme der Behörde) beim Beauftragten eingereicht (Art. 13 Abs. 2 BGÖ).

E. 10

Das Schlichtungsverfahren findet auf schriftlichem Weg oder konferenziell (mit einzelnen oder allen Beteiligten) unter Leitung des Beauftragten statt, der das Verfahren im Detail festlegt.² Kommt keine Einigung zustande oder besteht keine Aussicht auf eine einvernehmliche Lösung, ist der Beauftragte gemäss Art. 14 BGÖ gehalten, aufgrund seiner Beurteilung der Angelegenheit eine Empfehlung abzugeben. B. Materielle Erwägungen

E. 11

Der Beauftragte prüft nach Art. 12 Abs. 1 der Verordnung über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung (Öffentlichkeitsverordnung, VBGÖ; SR 152.31) die Rechtmässigkeit und die Angemessenheit der Beurteilung des Zugangsgesuches durch die Behörde.³

E. 12

Der NDB verweigert den Zugang zu den verlangten Informationen, da er die Ansicht vertritt, dass die ersuchten Auflistungen (Ziff. 1) in Anwendung von Art. 4 BGÖ i.V.m. Art. 67 NDG vom Öffentlichkeitsgesetz ausgenommen sind. Zu prüfen ist, ob Art. 67 NDG im vorliegenden Fall zur Anwendung gelangt.

E. 13

Art. 4 BGÖ regelt das Verhältnis zwischen dem Öffentlichkeitsgesetz und jenen bundesrechtlichen Normen, die eine Sonderregelung für den Zugang zu Verwaltungsdokumenten vorsehen. Nach Bst. a sind Normen anderer Bundesgesetze vorbehalten, die bestimmte Informationen als geheim

2 Botschaft zum Bundesgesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung (Öffentlichkeitsgesetz, BGÖ) vom 12. Februar 2003, BBl 2003 1963 (zitiert BBl 2003), BBl 2003 2024. 3 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Bern 2008 (zit. Handkommentar BGÖ), Art. 13, Rz 8.

3/8 bezeichnen. Das spezielle Verwaltungsrecht enthält eine Vielzahl an Geheimhaltungsnormen.⁴ Diese sind mitunter darauf ausgerichtet, besondere öffentliche Interessen wie die Verteidigung oder die innere Sicherheit zu schützen. Gemäss Art. 4 Bst. b BGÖ bleiben spezielle Bestimmungen anderer Bundesgesetze, die vom Öffentlichkeitsgesetz abweichende Voraussetzungen für den Zugang zu bestimmten Informationen vorsehen, vorbehalten.

E. 14

Mit dem Inkrafttreten des neuen Nachrichtendienstgesetzes am 1. September 2017 wurde die nachrichtendienstliche Informationsbeschaffung dem Anwendungsbereich des Öffentlichkeitsgesetzes entzogen: Art. 67 NDG besagt, dass das Öffentlichkeitsgesetz nicht für den Zugang zu amtlichen Dokumenten betreffend die Informationsbeschaffung nach dem Nachrichtendienstgesetz gilt. Es handelt sich dabei gemäss Botschaft zum

Nachrichtendienstgesetz um eine "sachliche Ausnahme für die Unterlagen über die nachrichtendienstliche Informationsbeschaffung".⁵ Es steht ausser Frage, dass es sich bei Art. 67 NDG um eine Spezialbestimmung im Sinne von Art. 4 BGÖ handelt. Zu klären ist, welche Informationen von der Spezialbestimmung erfasst werden.

E. 15

In der Botschaft heisst es zu Art. 67 NDG, dass "die bisherigen Zugangsgesuche [...] jeweils vorwiegend Dokumente und Dossiers über die Beschaffung von Informationen durch den NDB oder über Aktionen [betrafen], die der NDB (oder seine Vorgänger) durchgeführt hatte. Vereinzelt wurde auch ausdrücklich Einsicht in andere Unterlagen, z.B. über den Verkehr mit ausländischen Nachrichtendiensten und Sicherheitsbehörden, verlangt. Mit Rücksicht auf die beteiligten Personen oder ausländischen Dienste und im Einklang mit den Ausnahmeregelungen des BGÖ muss der NDB die Einsicht in Beschaffungs- und Zusammenarbeitsdossiers nach ausführlicher Prüfung und interner Begründung jeweils ablehnen. Es ist deshalb nicht sinnvoll, hier den Grundsatz aufrecht zu erhalten, dass in Dokumente über die nachrichtendienstliche Beschaffung Einsicht gegeben werden muss, wenn von vornherein feststeht, dass diese den Ausnahmeregelungen des BGÖ unterstehen."⁶ Der Hauptzweck der Ausnahme besteht gemäss Botschaft somit darin, dem NDB die Prüfung von Zugangsgesuchen zu ersparen, die sich auf Dokumente im Zusammenhang mit der Informationsbeschaffung beziehen, die ohnehin Gegenstand einer im Öffentlichkeitsgesetz enthaltenen Ausnahme wären.

E. 16

Der Begriff der Informationsbeschaffung, der weder im Gesetz noch in der Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz definiert wird, bezieht sich auf das 3. Kapitel NDG, welches den Titel "Informationsbeschaffung" trägt und insbesondere die konkreten ergreifbaren Informationsbeschaffungsmassnahmen regelt. In der Botschaft wird dazu ausgeführt: "Nach der umfassenden Definition des Datenbearbeitungsbegriffs im Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG; SR 235.1) ist zwar die Beschaffung im Begriff der Bearbeitung enthalten (vgl. Art. 3 Bst. e DSG [heute: Art. 5 Bst. d DSG]). 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 Nach der Botschaft umfasst die Informationsbeschaffung nur die Datensammlung.⁸ Das 3. Kapitel NDG definiert zu diesem Zweck Massnahmen, die mit oder ohne gerichtliche Genehmigung durchgeführt werden können, d.h. die Mittel, die dem NDB zur Verfügung stehen, um Informationen zu sammeln bzw. zu beschaffen, sowie den Schutz von Informationsquellen und die Zusammenarbeit mit anderen Diensten oder Privatpersonen. Die Datenbearbeitung der so beschafften Informationen ist hingegen speziell in einem eigenständigen Kapitel geregelt (4. Kapitel NDG). Daraus ergibt sich nach Ansicht des Beauftragten, dass die Informationsbeschaffung ausschliesslich die Umsetzung einer konkreten Massnahme zur Informationsbeschaffung betrifft. Amtliche Dokumente, die die Verwaltungstätigkeiten des NDB betreffen und die Einhaltung der gesetzlichen Grundlagen, die seine Tätigkeit festlegen, überprüfen sowie die Datenbearbeitung von beschafften Daten regeln, weisen hinge-

⁴ Eine Liste ist auf der Webseite des Beauftragten einsehbar unter www.edoeb.admin.ch > Öffentlichkeitsprinzip > Services BGÖ > Spezialbestimmungen nach Art. 4 BGÖ; s. dazu

WINKLER, Mit Spezialbestimmungen gegen Transparenz, in: Waldmann/Bergamin (Hrsg.), 10 Jahre In- foG, Freiburg, Stämpfli Verlag, Bern 2021, 245–268. 5 Botschaft zum Nachrichtendienstgesetz vom 19. Februar 2014, BBl 2014 2105 (zitiert BBl 2014), BBl 2014 2161. 6 BBl 2014 2195. 7 BBl 2014 2148 8 BBl 2014 2144, 2148.

4/8 gen keinen eindeutigen Bezug zu konkreten Massnahmen zur Informationsbeschaffung auf, wes- halb sie nach Ansicht des Beauftragten nicht durch das 3. Kapitel NDG abgedeckt, sondern vom Öffentlichkeitsgesetz erfasst werden.

E. 17

Wie der NDB gegenüber dem Beauftragten ausführt (Ziff. 5), sei die Gesichtserkennung "nichts weiter [...] als eine Suchmaschine". Der NDB beschaffe sich "[m]it Hilfe der Gesichtserkennung [...] neue Informationen aus bereits in einem System vorhandenen oder neu in einem System eingehenden Daten". Diese Technik könne die Beschaffung von "zwar schon vorhandene[n], vor- her aber nicht erschliessbare[n] oder zuordnenbare[n] und daher neue[n] Informationen ermögli- chen – Informationsbeschaffung also."

E. 18

Zunächst ist zu bemerken, dass sich der NDB gegenüber dem Beauftragten nicht mit dem vorlie- genden Zugangsgesuch auseinandergesetzt hat. In seiner Stellungnahme (Ziff. 5) bezieht er sich nicht auf die von der Antragstellerin ersuchten Auflistungen (Ziff. 1). Sodann ist festzuhalten, dass es sich nach Auffassung des Beauftragten bei der Gesichtserkennung um ein "Tool" handelt, mit dem bereits beim NDB existierende Daten bearbeitet werden können. So führt der NDB denn auch selber aus, dass es sich um eine "Suchmaschine" handelt, mithilfe derer der NDB bereits vorhan- dene Informationen auswerten kann. Die vom NDB betriebenen Informationssysteme (Art. 47 ff. NDG) werden damit ergänzt; es handelt sich nach Ansicht des Beauftragten somit nicht um ein Instrument der Informationsbeschaffung gemäss dem 3. Kapitel des NDG. Gleicher Auf- fassung scheint auch die AB-ND zu sein. In ihrem Tätigkeitsbericht 2021 führt sie aus: "Mit dem Gesichtserkennungssystem werden nach Ansicht der AB-ND biometrische Daten bearbeitet [Her- vorhebung durch die Verfasserinnen]. [...] Gemäss Art. 47 Abs. 2 NDG legt der Bundesrat für jedes Informationssystem den Katalog der bearbeiteten Personendaten fest."9 Art. 47 NDG ist im 4. Kapitel NDG enthalten, das sich mit der Datenbearbeitung und Archivierung der nach dem 3. Kapitel NDG beschafften Informationen befasst. Folglich gelangt der Beauftragte zum Schluss, dass die von der Antragstellerin verlangten Dokumente den Tatbestand von Art. 67 NDG nicht erfüllen und somit dem Öffentlichkeitsgesetz unterstehen.

E. 19

Zwischenfazit: Nach Ansicht des Beauftragten liegt vorliegend kein Anwendungsfall von Art. 4 BGÖ i.V.m. Art. 67 NDG vor. Das Öffentlichkeitsgesetz kommt zur Anwendung.

E. 20

Das Öffentlichkeitsprinzip erstreckt sich nur auf amtliche Dokumente (Art. 5 BGÖ).10 Vorliegend ist unbestritten, dass es sich bei den verlangten Auflistungen (Ziff. 1) um amtliche Dokumente im Sinne von Art. 5 Abs. 1 BGÖ handelt.11

E. 21

Aufgrund des in Art. 6 BGÖ verankerten Öffentlichkeitsprinzips besteht eine widerlegbare gesetzliche Vermutung zugunsten des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten.¹² Die betroffene Behörde hat amtliche Dokumente zugänglich zu machen oder die verlangte Auskunft zu erteilen, es sei denn, sie kann nachweisen, dass ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ erfüllt ist, ein besonderer Fall von Art. 8 BGÖ vorliegt oder die Privatsphäre resp. Personendaten (Art. 7 Abs. 2 BGÖ i.V.m. Art. 9 BGÖ) zu schützen sind. Die objektive Beweislast zur Widerlegung der Vermutung des freien Zugangs zu amtlichen Dokumenten obliegt der zuständigen Behörde bzw. einer (angehörten) Drittperson.¹³ Mislingt der Beweis, ist der Zugang grundsätzlich zu gewährleisten.¹⁴

E. 22

Der Zugang zu amtlichen Dokumenten kann insbesondere aus einem der in Art. 7 Abs. 1 BGÖ genannten Gründe eingeschränkt, aufgeschoben oder verweigert werden. Nach der Rechtsprechung muss die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der jeweiligen öffentlichen oder privaten Interessen zwar nicht mit Sicherheit eintreten, jedoch darf eine Gefährdung auch nicht lediglich denkbar oder (entfernt) möglich erscheinen; zudem muss diese ernsthaft sein, weshalb eine bloss geringfügige oder unangenehme Konsequenz nicht als Beeinträchtigung gelten kann. Eine eigentliche Interessenabwägung ist nicht vorzunehmen. Vielmehr hat der Gesetzgeber

9 Unabhängige Aufsichtsbehörde über die nachrichtendienstlichen Tätigkeiten (AB-ND), Tätigkeitsbericht 2021, S. 25. 10 BBl 2003 1190; BÜHLER, in: Maurer-Lambrou/Blechta [Hrsg.], Basler Kommentar zum Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl., Basel 2014 (zit.: BSK BGÖ), Art. 5 Rz. 4 und 6; NUSPLIGER, in: Handkommentar BGÖ, Art. 5 Rz. 5. 11 Empfehlung des EDÖB vom 5. April 2024, GS-EFD / Screenshots Dokumentenverzeichnisse betr. Übernahme der Credit Suisse, Rz. 21. 12 BGE 142 II 340 E. 2.2 13 Urteil des BVGer A-199/2018 vom 18. April 2019 E. 3.2.2. 14 Urteil des BVGer A-6003/2019 vom 18. November 2020 E. 2.1 m.H.

5/8 diese bereits vorweggenommen, indem er in Art. 7 Abs. 1 BGÖ in abschliessender Weise die Gründe aufzählt, aus denen das Geheimhaltungs- das Transparenzinteresse überwiegen kann.¹⁵ Liegt ein Ausnahmetatbestand nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ vor, darf der Zugang nicht ohne Weiteres verweigert werden, sondern es ist im Einzelfall zu prüfen, ob gegebenenfalls in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV) ein eingeschränkter Zugang in Frage kommt, etwa durch Anonymisierung, Einschwärzen, Teilveröffentlichung oder zeitlichen Aufschub.¹⁶

E. 23

Der NDB stützt sich gegenüber der Antragstellerin und dem Beauftragten auf den Ausnahmetatbestand in Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ, sofern die ersuchten Dokumente "wider Erwarten" dem Öffentlichkeitsgesetz überhaupt unterstünden (s. Ziff. 12 ff.). Mit Gewährung des Zugangs würden "die konkreten Mittel und Methoden, vor allem jedoch die operativen und technischen Fähigkeiten des NDB offengelegt." Zudem verfüge "jedes Informatikmittel über bereits heute bekannte oder heute noch unbekannt Schwachstellen." Deren Kenntnis könnte "den zielgerichteten Einsatz des Mittels [...] verunmöglichen oder zumindest [...] erschweren." Auch sei zu vermeiden, dass Rückschlüsse auf Dienstleister, Lieferanten oder Software möglich sei, "um dort tätige Personen ihrerseits vor Beschaffungsmassnahmen [...] zu schützen." Der Zugang sei daher zum Schutz der zielkonformen Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen zu verweigern.

E. 24

Gemäss Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ wird der Zugang zu amtlichen Dokumenten eingeschränkt, auf- geschoben oder verweigert, wenn durch seine Gewährung die zielkonforme Durchführung konkreter behördlicher Massnahmen beeinträchtigt würde. Dieser Ausnahmegrund stellt sicher, dass Informationen geheim gehalten werden können, die der Vorbereitung konkreter behördlicher Massnahmen dienen (z.B. Inspektionen oder Aufsichtsmassnahmen). Gemäss der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ auf einzelne, konkrete behördliche Massnahmen zugeschnitten. Es ist dabei zu verlangen, "dass im Zeitpunkt der Beurteilung des Zugangsgesuchs die Durchführung einer (oder von einzelnen) klar definierten behördlichen Massnahmen beeinträchtigt zu werden droht."¹⁷ Die aufgrund der Zugangsgewährung drohende Verletzung der mit der behördlichen Massnahme verfolgten Ziele muss von einem gewissen Gewicht sein¹⁸ und die Geheimhaltung der Information muss Bedingung für den Erfolg der entsprechenden Massnahme sein. Mit anderen Worten muss die Geheimhaltung dieser Vorkehrungen den Schlüssel zu ihrem Erfolg darstellen.¹⁹ Länge und Komplexität der Kausalkette zwischen der Zugänglichmachung der entsprechenden Information und einer allfälligen ganzen oder teilweisen Vereitlung des Massnahmenerfolgs oder der Massnahme selbst sind demnach für die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ nicht an sich, sondern nur insoweit von Belang, als sie sich auf die Folgenprognose auswirken. Je länger und komplexer die Kausalkette ist, desto schwieriger dürfte es in der Regel sein, mit der erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit eine ganze oder teilweise Vereinbarkeit des Massnahmenerfolgs oder der Massnahme selbst als Folge der Zugangsgewährung zu prognostizieren.²⁰ Geschützt sind insbesondere Inspektionen, Ermittlungen und administrative Überwachungen, mit denen sichergestellt werden soll, dass sich Bürgerinnen und Bürger an das Gesetz halten.²¹ Nicht von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ erfasst ist hingegen die allgemeine Aufgabenerfüllung oder Aufsichtstätigkeit einer Behörde insgesamt.²²

E. 25

Der NDB hat sich bisher darauf beschränkt, die Anwendung von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ summarisch zu begründen, ohne jedoch dessen Anwendung auf den konkreten Fall darzulegen. Er hält lediglich allgemein und pauschal fest, dass bei der Bekanntgabe der vorliegend verlangten Auflistungen die zielgerichtete Durchführung von behördlichen Massnahmen gefährdet würde, ohne zu präzisieren, um welche Massnahmen es sich dabei handelt bzw. inwiefern die in den Auflistungen enthaltenen Informationen "den Schlüssel zum Erfolg" für diese darstellten. Der NDB bringt nur – ohne nähere Erklärungen und ohne Benennung konkreter Informationen in den Auf-

¹⁵ Urteil des BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022 E. 3.1. ¹⁶ Urteil des BVGer A-2565/2020 vom 17. Januar 2022 E. 3.4. ¹⁷ Urteil des BVGer A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1. ¹⁸ BGE 144 II 77 E. 4.3. ¹⁹ Urteile des BVGer A-3443/2010 vom 18. Oktober 2010 E. 5.2; A-700/2015 vom 26. Mai 2015 E. 5.1. ²⁰ Urteil des BVGer A-683/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 5.4. ²¹ Urteile des BVGer A-2373/2022 vom 30. Juni 2023 E. 4.4.1 f.; A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 6.1; A-4571/2015 vom 10. August 2016 E. 6.1; A-683/2016 vom 20. Oktober 2016 E. 5.4.2. ²² Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 6.1. m.H.

6/8 listungen – vor, dass bei der Zugänglichmachung dieser Dokumente "konkrete Mittel und Methoden" und "operative und technische Fähigkeiten des NDB" offengelegt würden. Die Behörde belegt damit nicht hinreichend, inwiefern die verlangten Dokumente eine

konkrete behördliche Massnahme des NDB vorbereiten bzw. wie die zielkonforme Durchführung durch die Zugangsgewährung beeinträchtigt würde. Da die Behörde, die die Beweislast trägt, die Anwendung des Ausnahmetatbestands bislang nicht mit der von der Rechtsprechung geforderten ausreichenden Begründungsdichte nachgewiesen hat, erachtet der Beauftragte den Tatbestand von Art. 7 Abs. 1 Bst. b BGÖ für die verlangten Informationen als nicht nachgewiesen.

E. 26

Sodann macht der NDB geltend, dass eine Bekanntgabe der ersuchten Dokumente wegen der Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz zu verweigern sei (Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ): "Es versteht sich von selbst, dass ein Bekanntwerden bestimmter Informationen über u.a. nachrichtendienstliche Aktivitäten" zu verhindern sei. Dies umfasse Angaben wie "Einsatzmethoden", "technische Daten" oder "Analysen". Auch "Bedrohungen" seien zu berücksichtigen.

E. 27

Nach Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ ist der Zugang zu amtlichen Dokumenten einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern, wenn durch seine Gewährung die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährdet werden kann. Gemäss der Botschaft zum Öffentlichkeitsgesetz betrifft diese Ausnahmebestimmung in erster Linie die Tätigkeit des Polizei-, Zoll-, Nachrichten- und Militärs und bezweckt die Geheimhaltung von Massnahmen zum Erhalt der Handlungsfähigkeit der Regierung in ausserordentlichen Lagen, zur Sicherstellung der wirtschaftlichen Landesversorgung, Informationen über technische Einzelheiten oder den Unterhalt von Rüstungsgütern oder Informationen, deren Zugänglichmachung zu einer Beeinträchtigung der Sicherheit wichtiger Infrastrukturen oder gefährdeter Personen führen würde.²³ Dabei ist nach der Rechtsprechung²⁴ nicht die Abgrenzung nach den tätigen Behörden massgeblich, sondern die Abgrenzung von gefährdeten Interessen und Rechtsgütern. Sicherheit ist hierbei sowohl als Unverletzlichkeit der Rechtsgüter der Einzelnen als auch des Staates und seiner Einrichtungen sowie der Rechtsordnung insgesamt zu verstehen. Die innere und äussere Sicherheit der Schweiz kann durch Angriffe und Bedrohungen wie Kriminalität im Allgemeinen, Extremismus und Terrorismus sowie militärische und nachrichtendienstliche Aktivitäten gefährdet sein. Von der Bestimmung erfasst wird ebenfalls der Schutz von sicherheitsrelevanten Informationen im Zusammenhang mit kritischen Infrastrukturen der Landesversorgung wie informations-, kommunikations- und energietechnischen Einrichtungen. Allerdings muss nach der Rechtsprechung²⁵ selbst bei legitimen Sicherheitszwecken sorgfältig geprüft werden, ob die Offenlegung der verlangten Dokumente die öffentliche Sicherheit ernsthaft gefährden könnte. Dabei ist den Behörden ein grosser Interpretationsspielraum einzuräumen, ob eine Bekanntgabe von Informationen die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz gefährden könnte.²⁶ Als Leitlinie der Prüfung dient dabei das Kriterium, wie weit es verantwortbar ist, dass über die Bekanntgabe von Informationen, die danach auch der gesamten Öffentlichkeit offen stünden, Zugang zu Wissen besteht, das sich in unerwünschter bzw. für die innere Sicherheit der Schweiz nachteiliger Weise nutzen liesse.

E. 28

Der NDB beschränkt seine Erklärungen gegenüber dem Beauftragten (Ziff. 5) auf theoretische Ausführungen zur Anwendbarkeit des Ausnahmetatbestands in Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ ohne einen Bezug zum konkret vorliegenden Zugangsgesuch herzustellen. Eine

Auseinandersetzung mit den verlangten Auflistungen ist nicht ersichtlich, vielmehr äussert sich der NDB gegenüber der Antragstellerin wie auch gegenüber dem Beauftragten lediglich summarisch zur Zugangsverweigerung. Auch bei Anerkennung eines weiten Interpretationsspielraums und einer möglichen vagen Argumentationslinie der Behörde betreffend die Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz²⁷ durch Bekanntgabe der ersuchten Auflistungen sind die Ausführungen der Behörde mit Blick auf die von der Rechtsprechung gestellten Anforderungen an die Begründungsdichte

23 BBl 2003 2009. 24 Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 5.1 m.w.H. 25 Urteil des BVGer A-407/2019 vom 14. Mai 2020 E. 5.1 m.w.H.; Urteil des BGer 1C_257/2022 vom 7. Juni 2023 E. 6.3. 26 Urteil des BGer 1C_257/2022 vom 7. Juni 2023 E. 6.3. 27 Vgl. Urteil des BGer 1C_257/2022 vom 7. Juni 2023 E. 6.3.

7/8 einer Zugangsverweigerung nach Ansicht des Beauftragten bis anhin zu allgemein und zu pauschal, um eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit der Schweiz i.S.v. Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ hinreichend zu begründen.

E. 29

Zwar kann der Beauftragte nicht ausschliessen, dass einzelne in den verlangten Auflistungen enthaltene Informationen vom Anwendungsbereich von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ erfasst seien könnten. Allerdings hat der NDB als begründungspflichtige Fachbehörde²⁸ dessen Anwendung bislang nicht hinreichend dargetan und auch nicht an konkrete in den ersuchten Auflistungen enthaltene Informationen geknüpft. Zudem ist zu bemerken, dass, wenn das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes nach Art. 7 Abs. 1 BGÖ nicht offensichtlich ist, die angefragte Behörde grundsätzlich für jedes Dokument bzw. jede Textpassage, für welche sie den Zugang einzuschränken, aufzuschieben oder zu verweigern beabsichtigt, darzulegen hat, weshalb sie einen Ausnahmetatbestand i.S.v. Art. 7 Abs. 1 BGÖ als erfüllt ansieht.²⁹ Bei allfälligen Einschränkungen oder Aufschüben ist schliesslich das Verhältnismässigkeitsprinzip zu berücksichtigen (Art. 5 Abs. 2 BV).³⁰

E. 30

Zusammengefasst gelangt der Beauftragte damit zu folgendem Ergebnis: - Es besteht kein spezialrechtlicher Vorbehalt nach Art. 4 BGÖ i.V.m. Art. 67 NDG. Der Zugang zu den ersuchten Auflistungen (Ziff. 1) ist nach den Vorgaben des Öffentlichkeitsgesetzes zu beurteilen. - Der NDB gewährt Zugang zu den ersuchten Auflistungen (Ziff. 1), da er das Vorliegen der Ausnahmebestimmungen in Art. 7 Abs. 1 Bst. b und c BGÖ nicht mit der erforderlichen Begründungsdichte dargetan hat.

E. 31

Abschliessend ist anzumerken, dass es dem NDB unbenommen bleibt, im Rahmen eines allenfalls auf die Empfehlung folgenden Verfügungsverfahrens namentlich die Wirksamkeit der Ausnahmebestimmung von Art. 7 Abs. 1 Bst. c BGÖ mit der von der Rechtsprechung erforderlichen Begründungsdichte aufzuzeigen.

(Dispositiv auf der nächsten Seite)

28 BGE 133 II 209 E. 2.3.3; Urteil des BVGer A-1051/2022 vom 28. August 2023 E. 9.2, 10.2. 29 Urteil des BVGer A-7405/2014 vom 23. November 2015 E. 6.3 m.w.H. 30 BGE 133 II 209 E. 2.3.3.

8/8 III Aufgrund dieser Erwägungen empfiehlt der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte:

E. 32

Der Nachrichtendienst des Bundes gewährt den vollständigen Zugang zu den ersuchten Dokumenten, da er das Vorliegen eines Ausnahmetatbestandes nicht mit der erforderlichen Begründungsdichte dargetan hat.

E. 33

Die Antragstellerin kann innerhalb von 10 Tagen nach Erhalt dieser Empfehlung beim Nachrichtendienst des Bundes den Erlass einer Verfügung nach Art. 5 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG; SR 172.021) verlangen, wenn sie mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs.1 BGÖ).

E. 34

Der Nachrichtendienst des Bundes erlässt eine Verfügung, wenn er mit der Empfehlung nicht einverstanden ist (Art. 15 Abs. 2 BGÖ).

E. 35

Der Nachrichtendienst des Bundes erlässt die Verfügung innert 20 Tagen nach Empfang dieser Empfehlung oder nach Eingang eines Gesuches um Erlass einer Verfügung (Art. 15 Abs. 3 BGÖ).

E. 36

Diese Empfehlung wird veröffentlicht. Zum Schutz der Personendaten der am Schlichtungsverfahren Beteiligten wird der Name der Antragstellerin anonymisiert (Art. 13 Abs. 3 VBGÖ).

E. 37

Die Empfehlung wird eröffnet: - Einschreiben mit Rückschein (R)

X. - Einschreiben mit Rückschein (R)

Nachrichtendienst des Bundes Papiermühlestrasse 20 3003 Bern

Astrid Schwegler Stv. Leiterin Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip

Lena Hehemann Juristin Direktionsbereich Öffentlichkeitsprinzip

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.