

Art. 18 BWIS; Art. 14 ZentG

Indirekte Auskunft betr. Bearbeitung von Personendaten im Bereich der inneren Sicherheit (Staatsschutz)

- Prüfung der Aufgabe der EDÖK anhand der Gesetzesmaterialien (E. 1);
- EDÖB und EDÖK nehmen nicht nur das Auskunftsrecht der betroffenen Person, sondern alle ihr nach Art. 25 DSG zustehenden Rechte stellvertretend wahr; eine Einschränkung der gesetzlich vorgesehenen Kontrolltätigkeit wegen beschränkter Ressourcen der Kontrollorgane ist nicht zulässig (E. 2);
- Grenzen der Überprüfung (E. 3);
- Gegenstand der Kontrollen (E. 4 und 5);
- der EDÖB hat die durchgeführten Kontrollen angemessen zu dokumentieren (E. 6);
- die systematische Registrierung aller nach Art. 265 BStP gemeldeten Verurteilungen wegen bestimmter Delikte unabhängig vom Vorliegen der gesetzlich vorausgesetzten Anhaltspunkte für eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit ist nicht zulässig (E. 8).

Sachverhalt (gekürzt):

A X beantragte in seinem eigenen Namen und im Namen des von ihm vertretenen Y bei der Bundespolizei Einsicht in alle über ihn und V gespeicherten Daten, insbesondere solche in ISIS. Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte (EDSB) teilte den Gesuchstellern in der stets gleichlautenden Mitteilung nach Art. 18 Abs. 1 des Bundesgesetz vom 21. März 1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS; SR 120) mit, dass in bezug auf sie entweder keine Daten unrechtmässig bearbeitet werden, oder dass der EDSB bei Vorhandensein allfälliger Fehler in der Datenbearbeitung eine Empfehlung zu deren Behebung an das Bundesamt gerichtet habe. Daraufhin verlangten die Gesuchsteller von der Eidgenössischen Datenschutzkommission (EDSK), der EDSB bzw. das Bundesamt für Polizei (BAP) seien anzuweisen, ihnen Einsicht in die über sie gespeicherten Daten zu gewähren. Zur Begründung wurde angeführt, die Verweigerung der Auskunft verletze Art. 8 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG; SR 235.1).

B Anlässlich des von ihr durchgeführten Augenscheins im Bundesamt für Polizei (beim DAP und bei der Bundeskriminalpolizei) stellte die EDSK fest, dass sich die Einsichtsgesuche sowohl auf ISIS als auch auf JANUS beziehen. [Feststellung betr. Einträge].

C Aus den Vorakten ergibt sich, dass der EDSB im Rahmen der Überprüfung der Auskunftsersuchen der Gesuchsteller keine Empfehlungen abgegeben hat. Es findet sich in den Akten lediglich ein Schreiben hinsichtlich Abfrageroutinen, welches für die nachfolgende materielle Beurteilung nicht relevant ist .

D An einer nächsten Sitzung stellte die EDSK fest, dass es sich bei den in Zusammenhang mit den beiden hängigen Verfahren zu entscheidenden Fragen um Grundsatzfragen handelt, und beschloss die Erweiterung der EDSK um zwei Mitglieder.

E Danach erging ein Zwischenentscheid, mit welchem der EDSB eingeladen wurde, zusätzliche Sachverhaltsabklärungen hinsichtlich der tatsächlich durchgeführten Datenbearbeitungen zu treffen und zu prüfen, ob für diese Datenbearbeitungen eine genügende gesetzliche Grundlage existiert, insbesondere:

- a) ob im Falle der Gesuchsteller Daten (namentlich als Konsequenz der Reorganisation des BAP) ohne die notwendige gesetzliche Grundlage bearbeitet wurden.
- b) ob für die Bearbeitung von Informationen über die strafrechtliche Verurteilung des Gesuchstellers X im Rahmen einer systematischen Speicherung strafrechtlicher Verurteilungen zu Art. 261bis StGB eine genügende gesetzliche Grundlage vorhanden ist. Allenfalls wären zusätzliche Sachverhaltsabklärungen hinsichtlich der Herkunft der Information über die strafrechtliche Verurteilung zu treffen und zu klären, ob die Speicherung dieser Informationen in ISIS für Zwecke des präventiven Staatsschutzes eine Zweckentfremdung dieser Daten darstellt.

F In der Folge führte der EDSB im Zusammenhang mit den vorliegenden Auskunftsgesuchen eine zweite Überprüfung beim BAP durch. Hinsichtlich der Einträge in ISIS gelangte er zum Schluss, dass keine unrechtmässigen Datenbearbeitungen über die Gesuchsteller vorliegen. In seiner Stellungnahme setzte sich der EDSB ferner mit dem Zwischenentscheid der EDSK auseinander und verlangte sinngemäss eine Wiedererwägung. Auf die Ausführungen des EDSB wird nachfolgend - soweit sie sich auf noch offene Punkte beziehen - eingegangen. Der EDSB verzichtete auf die Durchführung derjenigen von der EDSK verlangten Abklärungen, die Gegenstand seiner "Wiedererwägung" waren. Namentlich kontrollierte er die Datenbearbeitungsprotokolle nicht.

Aus den Erwägungen:

1. a) Für die Beurteilung der bei der EDSK eingegangenen Begehren um Überprüfung der Mitteilung des EDSB durch die EDSK nach Art. 18 Abs. 2 BWIS bzw. Art. 14 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 1999 über kriminalpolizeiliche Zentralstellen des Bundes (ZentG; SR 360) musste die EDSK vorfrageweise prüfen, in welcher Funktion sie in diesen Verfahren eingesetzt ist und welches Recht darauf Anwendung findet. Massgebend sind Art. 18 Abs. 1 und Abs. 2 BWIS bzw. Art. 14 Abs. 2 und Abs. 3 ZentG. Inhaltlich sind die beiden Bestimmungen identisch. Die Gesetze regeln die Frage, in welcher Funktion die EDSK hier eingesetzt ist und welche Kompetenzen ihr

dabei zukommen, nicht explizit. Ausdrücklich bestimmen sie nur, dass das Begehren an die EDSK um Überprüfung der Meldung des EDSB, bzw. des Vollzugs seiner Empfehlungen kein Rechtsmittel ist, die EDSK somit nicht als Rekurskommission eingesetzt wurde.

- b) Weder die beiden Gesetze noch die Materialien enthalten einen Hinweis, dass die EDSK in ihrer Funktion als Schiedskommission in Analogie zur Regelung des Datenschutzgesetzes im Privatbereich (Art. 33 Abs. 1 Bst. a i.V.m. Art. 29 Abs. 4 DSG) eingesetzt worden wäre. Allgemein wurde in der parlamentarischen Diskussion in vielen Voten hinsichtlich der Kontrolle durch den EDSB gerügt, dass dieser nur unverbindliche Empfehlungen erlassen könne. In den Materialien zum BWIS findet sich ferner ein (unwidersprochen gebliebenes) Votum, worin betont wird, dass die EDSK im Verfahren nach Art. 18 BWIS keine Entscheidkompetenz habe (Votum *Loretan*, Amtl. Bull. 1996 N 733). Dies spricht klar dagegen, dass der Gesetzgeber die EDSK in Analogie zur Lösung des DSG für den Privatbereich als Schiedskommission vorsah, da der EDSK dort Entscheidkompetenz zukommt.
- c) Da die EDSK in den Verfahren nach Art. 14 ZentG bzw. Art. 18 BWIS in keiner der vom DSG vorgesehenen Funktionen eingesetzt wurde, ist eine genauere Analyse der massgebenden Gesetzesbestimmungen notwendig. Nach dem Gesetzestext hat die EDSK die Aufgabe, auf Verlangen einer betroffenen Person die Mitteilung des EDSB oder den Vollzug der von ihm abgegebenen Empfehlung zu überprüfen. Gegenstand der Überprüfung durch die EDSK ist somit die Wahrnehmung der gesetzlichen Prüfungsaufgabe durch den EDSB einerseits und der Vollzug seiner Empfehlungen andererseits. In der Diskussion der Räte zum ZentG wurde für das Auskunftsverfahren oft der Begriff des "*Autoritätsbeweises*" verwendet. Das Auskunftsrecht wurde "*ersetzt durch den Autoritätsbeweis, den Glauben der betroffenen Bürgerinnen und Bürger an die moralische Autorität und die sachliche Kompetenz einer väterlichen Figur, hier des Datenschutzbeauftragten, oder eines Kollektivs, der Eidgenössischen Datenschutzkommission*" (Votum Ständerat *Plattner*, Amtl. Bull. 1994 S 727; vgl. ferner zahlreiche weitere Voten mit analoger Umschreibung des Autoritätsbeweises in Amtl. Bull. 1994 S 726 ff. u. Amtl. Bull. 1994 N 1481 zu Art. 14 ZentG). Der Kommissionssprecher des Ständerates prägte im Zusammenhang mit der Überprüfungsmöglichkeit durch die EDSK den Begriff des "*zweistufigen Autoritätsbeweises*" (Amtl. Bull. 1994 S 726). An gleicher Stelle führte er bezüglich Aufgabe der EDSK aus: "*Aus politischen Gründen hält es die Kommission jedoch für vertretbar, einer betroffenen Person die Möglichkeit zu eröffnen, an die Eidgenössische Datenschutzkommission zu gelangen, damit diese auch das Wirken des Datenschutzbeauftragten im Einzelfall noch überprüfe.*" Der parlamentarischen Diskussion zu Art. 18 BWIS lag ein gleiches Verständnis des Auskunftsrechts bzw.

der Aufgabe des EDSB bzw. der EDSK zu Grunde, wenn auch dort teilweise eine andere Terminologie verwendet wurde (vgl. Amtl. Bull. 1996 N 733 ff. u. 2118 ff.).

Damit geht die Aufgabe der EDSK in Verfahren nach Art. 18 BWIS bzw. Art. 14 ZentG eindeutig über eine blossе Ombudsfunktion hinaus, deren Aufgabe es ist zu vermitteln, bzw. Menschen, die Hilfe bei der Durchsetzung ihrer Rechte benötigen zu beraten, sie allenfalls an kompetente Stellen zu verweisen. Im Gegenteil hat die EDSK in den Verfahren nach Art. 14 ZentG und Art. 18 BWIS die Aufgabe, die Eingaben der Gesuchsteller zu prüfen, Abklärungen beim BAP zu treffen, eine Beurteilung hinsichtlich der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitungen bzw. der Vollständigkeit und Korrektheit der Kontrollen durch den EDSB bzw. den Vollzug seiner Empfehlungen vorzunehmen, um wenn nötig ihrerseits Empfehlungen zur Behebung von festgestellten Mängeln zu erlassen. Inhaltlich handelt es sich um eine richterliche Kontroll- und Aufsichtsfunktion über den EDSB hinsichtlich der Wahrnehmung seiner Aufgaben nach Art. 14 Abs. 2 ZentG und Art. 18 Abs. 1 BWIS sowie über die Zentralstellen (heute Bundeskriminalpolizei) und den Dienst für Analyse und Prävention beim BAP (DAP), namentlich hinsichtlich des Vollzugs der Empfehlungen des EDSB.

- d) Nach Art. 61 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (VwVG; SR 172.021) entscheidet die Beschwerdeinstanz in der Sache selbst oder weist diese ausnahmsweise mit verbindlichen Weisungen an die Vorinstanz zurück.

Es stellt sich die Frage, wie weit diese Bestimmung auch in Verfahren nach Art. 18 Abs. 2 BWIS bzw. Art. 14 Abs. 3 ZentG zur Anwendung gelangt. Namentlich kann eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz im eigentlichen Sinne nicht erfolgen. In Verfahren nach VwVG haben die Gesuchsteller Parteirechte und können somit den neuen Entscheid der Vorinstanz wieder mit den üblichen Rechtsmitteln anfechten. Das ist in den Verfahren nach Art. 14 ZentG und Art. 18 BWIS nicht möglich. Aus diesem Grund hat die EDSK im vorliegenden Verfahren die Sache zwar mit Zwischenentscheid "an die Vorinstanz zurückgewiesen", den EDSB aber zu einer erneuten Prüfung und Berichterstattung an die EDSK aufgefordert. Nachdem der EDSB die gewünschte Überprüfung nur teilweise durchgeführt hat, entscheidet die EDSK über die offenen Fragen selbst.

- e) Wie erwähnt kann die betroffene Person von der EDSK verlangen, dass diese die Mitteilung des EDSB oder den Vollzug der von ihm abgegebenen Empfehlungen überprüfe. Die kursorische, stets gleichlautende Mitteilung des EDSB bezieht sich unmittelbar auf seine Überprüfung, ob beim DAP oder bei einer Zentralstelle (neu der Bundeskriminalpolizei) unrechtmässig Daten über die betroffene Person bearbeitet

wurden. Sofern dies der Fall ist, erlässt der EDSB Empfehlungen zur Behebung der "Fehler".

Die Möglichkeit an die EDSK zu gelangen, wurde in der parlamentarischen Diskussion des ZentG als zweiter Schritt der um Auskunft ersuchenden Person dargestellt, als Möglichkeit, die Mitteilung des EDSB durch die EDSK noch einmal überprüfen zu lassen. Dabei wurden die beiden Überprüfungsmöglichkeiten als gleichwertige, einander nachfolgende Schritte genannt (vgl. bspw. Votum *Stamm* oder Votum von Bundesrat *Koller* im Amtl. 1994 Bull. N 1484 ff.; ferner Voten *Zimmerli*, *Plattner* oder *Danioth* in Amtl. Bull. 1994 S 726 ff). Die gleiche Sonderregelung des Auskunftsrechts sollte für das BWIS übernommen (vgl. insb. Votum *Engler* in Amtl. Bull. 1996 N 2119). Aus Art. 14 Abs. 3 ZentG und Art. 18 Abs. 2 BWIS ergibt sich somit, dass die EDSK für ihre (Nach-)Kontrolle über dieselben Überprüfungs-, Beurteilungs- und Empfehlungsbefugnisse verfügt wie der EDSB. Das entspricht sinngemäss Art. 61 Abs. 1 VwVG, wonach eine Beschwerdeinstanz dieselbe Entscheidkompetenz hat wie die Vorinstanz.

2. a) Nach Art. 14 Abs. 3 ZentG und Art. 18 Abs. 2 BWIS überprüft die EDSK "das Wirken des EDSB" und den Vollzug seiner Empfehlungen. Somit ist zunächst festzustellen, welche Aufgaben der EDSB im Rahmen der indirekten Auskunftsverfahren nach BWIS und ZentG im einzelnen wahrzunehmen hat. Der EDSB hält in seiner Stellungnahme zum Zwischenentscheid der EDSK dafür, dass es lediglich um eine stellvertretende Ausübung des Auskunftsrechts gehe, hingegen keine weitergehenden Überprüfungen vorgenommen werden müssten. Er habe in Analogie zu Art. 8 DSG zu prüfen, ob die Personendaten rechtmässig gespeichert oder aufbewahrt werden, bzw. er müsse der EDSB verhindern, dass Daten unrechtmässig gespeichert würden. Dagegen sei er zur Überprüfung der Datenbearbeitungsprotokolle, zur Überprüfung der Rechtmässigkeit von Zugriffsrechten innerhalb des BAP oder zur Überprüfung der Gesetzmässigkeit von Verordnungen im Rahmen der Auskunftsverfahren nach Art. 14 ZentG bzw. Art. 18 BWIS nicht verpflichtet. Wenn sich nun der EDSB per Analogie auf Art. 8 DSG beruft, so ist darauf hinzuweisen, dass eine betroffene Person nach Art. 8 DSG Auskunft darüber verlangen kann, ob über sie Daten bearbeitet werden. Der Inhaber der Datensammlung muss ihr gem. Abs. 2 alle über sie in der Datensammlung vorhandenen Daten, den Zweck der Datenbearbeitung gegebenenfalls die Rechtsgrundlagen des Bearbeitens, die Kategorien der bearbeiteten Personendaten, die Kategorien der an der Sammlung Beteiligten sowie die Kategorien der Datenempfänger mitteilen. Gestützt auf diese Auskunft können die Betroffenen unter anderem überprüfen, ob die sie betreffenden Daten zu Recht in der Datensammlung bearbeitet werden, ob die über sie eingetragenen Daten richtig sind, ob deren Bearbeitung verhältnismässig ist, ob für die

mit den gespeicherten Daten vorgenommenen Bearbeitungen eine genügende gesetzliche Grundlage (einschliesslich des Verordnungsrechts) vorhanden ist, ob die Bekanntgabe von Personendaten über sie rechtmässig erfolgte, etc. Aufgrund dieser Überprüfungen können die Betroffenen dann auch gegenüber einer Bundesbehörde Ansprüche nach Art. 25 DSG geltend machen. Nach Art. 25 DSG kann eine betroffene Person verlangen, dass das Bundesorgan das widerrechtliche Bearbeiten von Personendaten unterlässt, dessen Folgen beseitigt und die Widerrechtlichkeit des Bearbeitens feststellt (Abs. 1). Ferner existieren ein Berichtigungs-, und ein Bestreitungsrecht, ein Sperrrecht sowie das Recht auf Weiterleitung eines entsprechenden Entscheides an Dritte oder die Publikation dieses Entscheides (Abs. 3). Ähnliches gilt gegenüber einer privaten Daten bearbeitenden Person nach Art. 15 DSG. Ohne das Auskunftsrecht, das Basis für die Wahrnehmung solcher Ansprüche ist, können die Betroffenen ihre Abwehrrechte nach DSG kaum wirksam ausüben. Dies zeigt sich bei den Datenbearbeitungen in JANUS und ISIS, wo die Kontrolle durch die direkt Betroffenen ausgeschlossen ist und diese sich höchstens bezüglich der Daten, die nach Art. 17 BWIS an dritte Stellen weitergegeben wurden und die sie durch diese zur Kenntnis bekamen, für den Schutz ihrer Persönlichkeit wehren können.

- b) Der Auftrag von Art. 14 Abs. 2 ZentG und Art. 18 Abs. 1 BWIS (Prüfung, ob rechtmässig Daten über die betroffene Person bearbeitet werden) geht daher, wie der EDSB schon dargelegt hat, über die stellvertretende Wahrnehmung des Auskunftsrechtes nach Art. 8 DSG hinaus. Das datenschutzrechtliche Auskunftsrecht gibt der betroffenen Person zwar das Recht, die sie betreffenden Daten einzusehen und Informationen über die Datenbearbeitung zu erlangen; doch hat die betroffene Person aufgrund von Art. 8 DSG kein Recht, sich zur Bearbeitung zu äussern oder Änderungen zu verlangen. Dies muss nach Art. 15 und 25 DSG geschehen. Entsprechend soll von EDSB und EDSK nicht bloss das Auskunftsrecht stellvertretend ausgeübt werden, sondern sie sollen sinngemäss auch die der betroffenen Person nach Art. 25 DSG zustehenden Rechte insoweit stellvertretend wahrnehmen. Dabei stossen sie allerdings unter Umständen insofern an Grenzen, als sich die Rechtsschutzinteressen der betroffenen Person nur vermuten und beschränkt objektivieren lassen und als nicht Geheimhaltungsanliegen entgegen stehen. Die Empfehlungen des EDSB zur Behebung allfälliger Fehler in der Datenbearbeitung stellen aber dennoch in gewissem Sinne eine ersatzweise Ausübung jener Rechte dar, die die betroffene Person geltend machen könnte, wenn sie wüsste, dass Daten über sie nicht rechtmässig bearbeitet werden.
- c) Der EDSB verweist in seinen Stellungnahmen verschiedentlich auf die Verhältnismässigkeit auch seiner Kontrollen bzw. auf seine beschränkten Ressourcen. Dem ist

grundsätzlich beizupflichten. Ein Vergleich der Ressourcen von BAP einerseits und EDSB und EDSK andererseits spricht für sich. Aus grundsätzlicher Sicht ist dem jedoch entgegenzuhalten, dass der Bund zwei Informationssysteme (JANUS und ISIS) betreibt, in welchen insgesamt Daten über etwa eine Viertelmillion Menschen in einem hoch sensiblen Bereich bearbeitet werden: Am 1. Juli 2001 waren in JANUS über ca. 62'500 natürliche und juristische Personen Stammdaten gespeichert. Unter den Stammdaten waren Angaben über ca. 116'500 Drittpersonen und 126'500 Vorgänge registriert. In ISIS waren ca. 50'000 Personen registriert (vgl. dazu Antwort des Bundesrates auf die Einfache Anfrage 01.1068 von Nationalrat *de Dardel*). Dieser Antwort auf die parlamentarische Anfrage lässt sich auch entnehmen, dass sich in den letzten zwei Jahren in JANUS die Datenfluktuation im Rahmen von ca. 10'000 Personeneinträgen hielt (gelöschte und neu registrierte Einträge). In den beiden Systemen zusammen sind also Informationen über etwa eine Viertelmillion Menschen gespeichert.

Die Daten in diesen Informationssystemen werden sowohl von Behörden des Bundes als auch von Behörden der Kantone bearbeitet. Diesen Behörden werden Daten in einem Abrufverfahren bekannt gegeben (vgl. dazu Art. 15 Abs. 3 BWIS und Art. 12 ZentG), zum Teil können sie selber Daten ins System eingeben. Zusätzlich können Daten aus den Systemen im Einzelfall zu vielfältigsten Zwecken bekannt gegeben werden (Art. 16 f. JANUS-Verordnung [SR 360.2], Art. 5 f. Verordnung über die Wahrnehmung kriminalpolizeilicher Aufgaben im Bundesamt für Polizei [SR 360.1], Art. 13 ISIS-Verordnung [SR 120.3] und Art. 18 VWIS). Die Zwecke der Datenbearbeitung sind sowohl präventiv-polizeilicher als auch repressiver Natur (vgl. dazu Art. 2 ISIS-Verordnung; und Art. 2 JANUS-Verordnung). In JANUS werden zwecks operativer Datenanalyse (Verdachtsforschung; vgl. dazu ADRIAN LOBSIGER, "Verbrechensbekämpfung" durch den Bund?, Bern 1999, S. 150 ff. u. S. 273 ff.) und zwecks strategischer Datenanalyse (Lagebeurteilungen) systematisch Daten verknüpft (Art. 2 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 der Verordnung über die Wahrnehmung kriminalpolizeilicher Aufgaben im Bundesamt für Polizei [SR 360.1] in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 Bst. c JANUS-Verordnung). Wie weit solche Datenverknüpfungen auch in ISIS erfolgen, lässt sich den massgebenden Rechtsgrundlagen nicht entnehmen. Zusammengefasst handelt es sich bei JANUS und ISIS um umfangreiche Informationssysteme, an welche eine relativ grosse Zahl von Behörden von Bund und Kantonen direkt angeschlossen sind, und in denen - nicht zuletzt auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten - teilweise äusserst heikle Bearbeitungen vorgenommen werden. Namentlich die Möglichkeit der umfassenden Verknüpfung von Personendaten in JANUS geht über die übliche Funktion von Informationssystemen im Sinne einer automatisierten Kartei weit hinaus.

Den Betroffenen ist die direkte Einsicht in die Daten verwehrt. Erst nach Jahren werden sie allenfalls anlässlich der Löschung der Daten über deren Bearbeitung informiert (Art. 18 Abs. 6 BWIS; Art. 14 Abs. 4 ZentG), wobei die Praxis des BAP hinsichtlich nachträglicher Information der Betroffenen keiner besonderen gesetzlichen Kontrolle unterliegt. BWIS und ZentG sehen dafür nur eine indirekte Kontrolle durch staatliche Instanzen vor. Der Bund hat entweder die Gesetze zu ändern, oder die gesetzlichen Kontrollorgane mit den Ressourcen auszustatten, die sie für die Durchführung der gesetzlichen Kontrollen benötigen. Eine Einschränkung der gesetzlich vorgesehenen Kognition oder ein Verzicht auf die Dokumentation der durchgeführten Kontrollen in den Akten im Hinblick auf die beschränkten Ressourcen der Kontrollorgane ist diesen verwehrt.

3. Da wie gesagt die persönlichen Rechtsschutzinteressen der betroffenen Person nur beschränkt objektivierbar sind und nur angenommen werden können, ist fraglich, welche Rechte sich ohne Mitwirkung der betroffenen Person überhaupt stellvertretend durch EDSB und EDSK ausüben lassen. Besonders problematisch scheinen diesbezüglich Prüfungen der Datenrichtigkeit und der Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitung. Ferner stellt sich das Problem, dass im Rahmen der vorliegenden Verfahren teilweise umfangreiche polizeiliche Ermittlungen überprüft werden müssen, dem EDSB und der EDSK aber die spezifischen (polizeilichen) Kenntnisse der Vorgänge fehlen. Im weitern sind die Kontrollen von EDSB und EDSK primär auf datenschutzrechtliche Aspekte beschränkt. Eine Überprüfung unter strafprozessualen Gesichtspunkten (bspw., ob Informationen aus einem der Systeme überhaupt für Strafverfahren verwendet werden dürfen) ist vom Datenschutzrecht her nur begrenzt durchführbar. Trotz dieser offensichtlichen Schwierigkeiten können der EDSB und die EDSK nicht generell auf die Überprüfung dieser Punkte verzichten. Hinsichtlich der Überprüfung der Verhältnismässigkeit fällt ins Gewicht, dass im Polizeibereich die Zulässigkeit von Datenbearbeitungen bzw. deren Schranken oft gerade über die Notwendigkeit der Datenbearbeitung für die Erfüllung der Aufgaben der entsprechenden Organisationseinheit definiert wird (vgl. z. B. Art. 3 Abs. 4, Art. 13 Abs. 3, Art. 14 Abs. 1, Art. 15 Abs. 5, Art. 17 Abs. 1, Art. 17 Abs. 2 Bst. b, Art. 17 Abs. 3 Bst. a und Bst. d BWIS; Art. 9, Art. 10 Abs. 1, Art. 13 Abs. 1 Bst. b, Art. 16 Abs. 2 und Abs. 3, Art. 18 Abs. 1 ISIS-Verordnung; Art. 3, Art. 11 Abs. 3, Art. 13 Abs. 2 Bst. a, Art. 14 Abs. 1 ZentG; Art. 4 Abs. 2, Art. 8 Abs. 3, Art. 9 Abs. 1 der Verordnung über die Wahrnehmung kriminalpolizeilicher Aufgaben im Bundesamt für Polizei; Art. 3, Art. 10 Abs. 1 - Abs. 3 JANUS-Verordnung). Würden der EDSB und die EDSK auf die Überprüfung der Verhältnismässigkeit wegen der erwähnten Schwierigkeiten allgemein verzichten, würde gerade eine der wesentlichsten im Recht enthaltenen Schutzvorkehrungen gegen unrechtmässige Datenbearbeitungen aus den Kontrollen ausgeschlossen.

Zumindest im Sinne einer Plausibilitäts- oder Willkürkontrolle prüfen demnach beide Kontrollinstanzen grundsätzlich Aspekte der Verhältnismässigkeit. Diese Überprüfung wird immerhin dadurch erleichtert, dass insbesondere das BWIS und das dazugehörige Ausführungsrecht verschiedene Regelungen enthalten, die eine gewisse Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips für die Datenbearbeitungen in ISIS darstellen (vgl. dazu Erw. 8e und f). Ähnliches gilt für die Überprüfung des Wahrheitsgehaltes der registrierten Informationen. So kann bspw. überprüft werden, ob die massgebliche Quelle aufgrund ihrer Funktion für den Inhalt der Informationen eine gewisse Gewähr bietet und ob eine gewisse Gewähr dafür besteht, dass sie über die gemeldeten Sachverhalte tatsächlich gesicherte Informationen besitzt. Unter Umständen ist auch eine Prüfung möglich, ob aufgrund der gesamten Umstände eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Wahrheit der gespeicherten Informationen besteht. Fragen der Gesetzmässigkeit der Datenbearbeitung, namentlich der Gesetzmässigkeit des Ausführungsrechtes, lassen sich schliesslich weitgehend ohne Einbezug der betroffenen Person überprüfen, im Sinne einer abstrakten Normenkontrolle mit bestimmten Sachverhaltsannahmen. Da die Überprüfung der anderen Voraussetzungen für Grundrechtseingriffe (namentlich die Überprüfung der Verhältnismässigkeit) tatsächlich an Grenzen stösst, müssen zumindest die gesetzlichen Voraussetzungen für die Datenbearbeitungen genau überprüft werden.

4. a) Die Kontrolle des EDSB und der EDSK beginnt mit der Feststellung des Sachverhaltes: Er bzw. sie ermittelt, ob Daten über die gesuchstellende Person in ISIS oder JANUS vorhanden sind und wenn ja, zu welchen Zwecken diese Daten konkret bearbeitet wurden. Wie registrierte Daten bearbeitet werden, lässt sich teilweise den Ausdrucken aus den Systemen ISIS und JANUS entnehmen. Im weiteren sind die vorgenommenen Datenbearbeitungen aus den Datenbearbeitungsprotokollen ersichtlich. Im erwähnten Zwischenentscheid wurde der EDSB aufgefordert, die notwendigen zusätzlichen Sachverhaltsabklärungen vorzunehmen und zusammen mit der Verwaltung eine praktikable Lösung für die Überprüfung der Bearbeitungsprotokolle zu finden (Erw. 4 des Zwischenentscheids).

Eine Überprüfung der Datenbearbeitungsprotokolle fand auch nach dem Zwischenentscheid der EDSK nicht statt. Warum der EDSB mit dem BAP auch keine Lösung für die Kontrolle der Bearbeitungsprotokolle erarbeitet hat, ist nicht bekannt. Da die Bearbeitungsprotokolle nach Art. 10 Abs. 2 VDSG nur "während eines Jahres revisionsgerecht festzuhalten" sind, lässt sich diese Überprüfung bezogen auf den Fall der Gesuchsteller nun wohl definitiv nicht mehr nachholen, jedenfalls was die Datenbearbeitungen ein Jahr vor Gesuchseinreichung betrifft. Indessen handelt es sich um eine Frage grundsätzlicher Natur, die sich in jedem neuen Fall nach Art. 14 ZentG und Art. 18 BWIS stellen wird, weshalb sie nachfolgend trotzdem erörtert wird.

Nach Art. 21 Abs. 1 der ISIS-Verordnung gilt für die Datensicherheit Art. 20 der Verordnung zum DSG (VDSG; SR 235.11). Dieser verweist wiederum auf die Art. 8-10 VDSG (Art. 20 Abs. 1 VDSG). Art. 10 Abs. 1 schreibt die Protokollierung bei automatisierten Datenbearbeitungen vor, wenn der Datenschutz nicht mit präventiven Massnahmen gewährleistet werden kann. "Eine Protokollierung hat insbesondere dann zu erfolgen, wenn sonst nicht nachträglich festgestellt werden kann, ob die Daten für diejenigen Zwecke bearbeitet wurden, für die sie erhoben oder bekannt gegeben wurden." Sinn der Protokollierung der Datenbearbeitungen ist somit sicherzustellen, dass die Daten nur für die erlaubten Zwecke bearbeitet werden. Werden Daten für Zwecke bearbeitet, die das Gesetz nicht erlaubt, handelt es sich um unrechtmässige Datenbearbeitungen.

- b) In der Stellungnahme zum Zwischenentscheid der EDSK wendete der EDSB hinsichtlich der Überprüfung der Protokolle der Datenbearbeitungen ein, dass in der parlamentarischen Diskussion von einer stellvertretenden Ausübung des Auskunftsrechtes durch EDSB und EDSK die Rede gewesen sei. Das Auskunftsrecht nach Art. 8 DSG gebe dem Betroffenen aber nur Anspruch auf Auskunft über die in der Datensammlung vorhandenen Daten, den Zweck, gegebenenfalls die Rechtsgrundlage des Bearbeitens sowie die Kategorien der bearbeiteten Personendaten und der an der Sammlung Beteiligten und der Datenempfänger. Aus diesen Gründen verzichtete er namentlich auf die Überprüfung der Bearbeitungsprotokolle.

Wie bereits festgehalten, wird in Verfahren nach Art. 14 ZentG bzw. Art. 18 BWIS nicht nur das Auskunftsrecht des Betroffenen stellvertretend durch den EDSB und die EDSK wahrgenommen, sondern er und sie müssen grundsätzlich auch gestützt auf die erlangten Informationen stellvertretend die objektiv angezeigten Ansprüche der betroffenen Person nach Art. 25 DSG ausüben. Gegenstand von Verfahren nach Art. 25 DSG sind in erster Linie die tatsächlich durchgeführten Datenbearbeitungen. Die Formulierung von Art. 18 BWIS und Art. 14 ZentG (rechtmässig Daten bearbeiten) legt auch hier den Schluss nahe, dass zumindest in Fällen, in denen die Kontrolle des EDSB oder der EDSK ergibt, dass bspw. eine Vielzahl von Informationen über den Gesuchsteller gespeichert sind oder dass die gespeicherten Informationen intensiv bearbeitet wurden, auch zu prüfen ist, welche Bearbeitungen mit den gespeicherten Daten tatsächlich durchgeführt wurden.

- c) Die Protokollierung soll im weiteren sicherstellen, dass die tatsächlich erfolgten Bearbeitungen nachträglich noch nachvollzogen werden können. Werden die Datenbearbeitungen aber nur protokolliert, ohne dass anhand der Protokolle tatsächlich Kontrollen durchgeführt werden, verliert die Massnahme wesentlich an Wirksamkeit, jedenfalls dann, wenn dieser Umstand bei den Datenbearbeitenden bekannt ist (vgl. dazu auch KURT PAULI, Kommentar zum Schweizerischen

Datenschutzgesetz, hrsg. von Maurer/Vogt, Basel 1995, N 15 zu Art. 7 DSG). Es ist offensichtlich, dass eine Kontrolle der Datenbearbeitungsprotokolle mit einem enormen Aufwand verbunden ist und zudem nur teilweise wirksam wäre (vgl. dazu auch PAULI, a.a.O.), was den EDSB auch in diesem Punkt auf die Verhältnismässigkeit seiner Kontrollen verweisen liess. Ferner kann eine intensive Kontrolle der Bearbeitungsprotokolle unter Umständen auch die Persönlichkeitsrechte der Datenbearbeitenden tangieren. Die praktischen Probleme gründen primär darauf, dass die Daten elektronisch bearbeitet werden, die Kontrolle der Protokolle aber auch bei elektronischer Datenbearbeitung manuell erfolgt. Angesichts des Aufwandes für den Betrieb so umfangreicher Informationssysteme wie JANUS und ISIS erscheint der Aufwand für die Entwicklung einer Auswertungssoftware offensichtlich verhältnismässig. Durch eine entsprechend kreierte Auswertungssoftware könnten zumindest die Fälle von völlig unplausiblen Datenbearbeitungen herausgefiltert werden (was im übrigen hinsichtlich der Persönlichkeitsrechte der Mitarbeitenden des BAP ebenfalls vertretbar erscheint). Eine Auswertungssoftware würde ebenfalls erlauben festzustellen, welche Zugriffe im konkreten Fall erfolgten.

5. Laut seiner Stellungnahme verzichtet der EDSB auf die Überprüfung der Gesetzmässigkeit der Ausführungsverordnungen im Rahmen der Verfahren nach Art. 14 ZentG bzw. Art. 18 BWIS. Werden Personendaten gestützt auf eine gesetzwidrige Verordnungsbestimmung bearbeitet, handelt es sich schon vom Wortlaut her um eine unrechtmässige Bearbeitung von Personendaten. Eine betroffene Person könnte nach Art. 25 Abs. 1 Bst. c DSG die Feststellung der Widerrechtlichkeit der Bearbeitung verlangen. Daraus folgt im Hinblick auf die eingangs gemachten Überlegungen (vgl. Erw. 2), dass EDSB und EDSK entsprechend dem Wortlaut von Art. 14 ZentG bzw. Art. 18 BWIS unter Umständen anlassbezogen bei der Prüfung der Rechtmässigkeit eine Normenkontrolle durchzuführen haben.

Wohl überprüft der EDSB die Rechtmässigkeit der Verordnungen in der Ämterkonsultation. Er scheint der Meinung zu sein, dass sich aus diesem Grund erneute Überprüfungen in Verfahren nach Art. 14 ZentG und Art. 18 BWIS erübrigen. Da allerdings der EDSB im Kontrollfall bei einer rechtswidrigen Bearbeitung eine Empfehlung erlässt, wird er diese auch aussprechen, selbst wenn er die gleichen Punkte schon in der Ämterkonsultation gerügt hat. Der Einbezug des EDSB in die Ämterkonsultation kann und wird in Verfahren nach Art. 14 ZentG und Art. 18 BWIS die Normenkontrolle im Anwendungsfall nicht vollständig ersetzen. Gleichfalls ist die Rechtmässigkeit von Datenbekanntgaben, insb. die Rechtmässigkeit von Zugriffsrechten zu überprüfen, soweit von solchen Gebrauch gemacht wurde. Für die auf den 1. Januar 2001 umgesetzte Reorganisation des BAP sind nicht alle aus datenschutzrechtlicher Sicht notwendigen Grundlagen vorhanden: Wie die EDSK festgestellt hat, ist eine Konsequenz der Reorganisation, dass die Unterabteilung "Analyse

Staatsschutz" Zugriff auf JANUS hat. Eine gesetzliche Grundlage für diesen (Kurz-) Zugriff besteht derzeit nicht. Das BAP möchte sich für die Reorganisation auf Art. 43 RVOG stützen, übersieht jedoch, dass die Bestimmung dem Bundesrat lediglich eine Organisationskompetenz erteilt, jedoch keine Kompetenz zur Derogation gesetzlich verankerter Datenschutzvorschriften. Da die Datenbearbeitungsprotokolle nicht überprüft wurden, kann heute im Fall der Gesuchsteller nicht mehr festgestellt werden, ob unrechtmässige Zugriffe auf ihre Daten erfolgten.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der EDSB wie die EDSK im Rahmen ihrer Kontrolle abklären müssen, ob Daten über die Gesuchsteller ohne gesetzliche Grundlage bzw. gestützt auf gesetzeswidrige Verordnungsbestimmungen bearbeitet werden, und sie haben entsprechende Empfehlungen zur Behebung festgestellter Mängel in der Datenbearbeitung zu erlassen.

6. Der EDSB verzichtet, wie er darlegte, aus Sicherheitsgründen darauf, die Ergebnisse seiner Überprüfung schriftlich festzuhalten, sofern er keine Empfehlung erlässt. In seiner Stellungnahme schlug er im Einvernehmen mit dem BAP ein System vor, wonach die Ausdrucke aus den Systemen und die übrigen Dokumente (auch im Hinblick auf eine spätere Auskunftserteilung an die betroffene Person) beim BAP aufbewahrt werden. Bezüglich der Dokumentation seiner rechtlichen Überlegungen machte der EDSB geltend, dass namentlich das Notieren der einschlägigen rechtlichen Grundlagen einen unverhältnismässigen Aufwand verursache, jedenfalls soweit es sich um seines Erachtens zulässige Datenbearbeitungen handle. Aus dem Anspruch auf Akteneinsicht ergibt sich eine Pflicht zur Führung von Akten. Ob eine Aktenführungspflicht besteht, hängt von der konkreten Interessenlage ab (vgl. KÖLZ/HÄNER, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Aufl. 1998, Rz. 297). Da auch für Datenbearbeitungen des DAP und der Bundeskriminalpolizei ein Akteneinsichtsrecht zeitlich nicht unbegrenzt ausgeschlossen werden kann, ein solches vielmehr im Zeitpunkt der nachträglichen Information der betroffenen Personen (Art. 18 Abs. 6 BWIS bzw. Art. 14 Abs. 4 ZentG) möglich ist, empfahl die EDSK in ihrem Zwischenentscheid dem EDSB, seine Abklärungen in den Akten zu dokumentieren. Sodann muss der EDSB seine Überprüfungen zuhanden der EDSK angemessen dokumentieren, sofern ein Gesuchsteller um Überprüfung der Mitteilung des EDSB bzw. des Vollzugs seiner Empfehlungen durch die EDSK ersucht. Der Bericht sollte in den Grundzügen die Feststellung des Sachverhaltes, die rechtlichen Erwägungen sowie allfällige Massnahmen dokumentieren. Allein das Notieren und Aufbewahren von Dokumentennummern beim EDSB genügt für die Überprüfungen durch die EDSK nicht. Ob es ausreicht, die rechtlichen Überlegungen des EDSB nur im Fall von Fehlerbeanstandungen festzuhalten, ist fraglich. Indessen scheint die hinsichtlich Aktenaufbewahrung gefundene Lösung (Aufbewahrung der Akten beim BAP) angesichts der Geheimhaltungsinteressen im vorliegenden Bereich zweckmässig. Insbesondere stellt

der EDSB durch das Notieren der Dokumentennummern sicher, dass Akten nicht nachträglich entfernt werden können.

7. (Feststellung zum vorliegenden Fall)

8. a) Die EDSK stellte anlässlich ihres Augenscheins fest, dass eine entsprechende Verurteilung des Geschichters X Anlass zur Registrierung unter dem Sachstamm Art. 261bis StGB (Rassendiskriminierung) war. Dabei handelte es sich nicht um eine Registrierung im Einzelfall, sondern um Einträge im Rahmen **der systematischen Registrierung aller Verurteilungen** wegen Verletzung dieser Strafnorm. Unter dem Stamm 261bis StGB waren nach Auskunft des BAP zu jenem Zeitpunkt 249 Einträge registriert. Verurteilungen wegen anderer Straftatbestände werden ebenfalls in ISIS systematisch registriert. Somit ist im vorliegenden Fall nicht nur die Verhältnismässigkeit der Registrierung des Geschichters X im Einzelfall zu überprüfen, sondern es stellt sich die Frage nach der Rechtmässigkeit der systematischen Registrierung von Verurteilungen wegen bestimmter Straftaten in ISIS allgemein.
- b) Die diesbezügliche Praxis des BAP hinsichtlich Verurteilungen nach Art. 261bis StGB in ISIS stützt sich seit dem 4. Mai 2001 auf die "Weisung 291" des DAP. Danach "werden die dem DAP zur Kenntnis gebrachten Strafanzeigen und Urteile im Zusammenhang mit Art. 261bis StGB unter einem entsprechenden Sachstamm registriert." Die Weisung wurde vom Chef des DAP nach Rücksprache mit dem GS EJPD erlassen. Somit handelt es sich nicht um eine Rechtsnorm. Hingegen ist seit dem 1. August 2001 die Verordnung über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (VWIS) vom 27. Juni 2001 in Kraft, welche die Sicherheitsorgane ermächtigt, Personendaten über administrative oder strafrechtliche Verfolgungen und Sanktionen zu bearbeiten, soweit dies zur Erfüllung ihrer Aufgaben notwendig ist (Art. 13 Abs. 1 VWIS). Ferner wird die Bundesanwaltschaft durch Anhang 1 Ziffer 4 Bst. c dieser Verordnung verpflichtet, dem DAP Mitteilungen von Urteilen und Einstellungsbeschlüssen über Strafsachen zu machen, deren Verfolgung und Beurteilung der Bundesgerichtsbarkeit unterstehen. Zudem muss die Bundesanwaltschaft dem DAP die ihr nach der Verordnung vom 1. Dezember 1999 über die Mitteilung kantonaler Strafentscheide (SR 312.3) zugehenden Informationen zuleiten, sofern diese Strafentscheide in den Anwendungsbereich des BWID fallen.
- c) In der "Weisung 291" des DAP vom 4. Mai 2001 des DAP wird auf die Mitteilungsverordnung (SR 312.3) Bezug genommen. Diese stützt sich auf Art. 265 Abs. 1 BStP. Gegen Entscheidungen in Strafsachen, die in der Mitteilungsverordnung genannt werden, stehen dem Bundesanwalt die Rechtsmittel des kantonalen Rechts (Art. 266 BStP) sowie die Eidg. Nichtigkeitsbeschwerde (Art. 270 Bst. d Ziff. 3 BStP)

zu. **Zweck der Mitteilungspflicht** ist die Begründung der "Beschwerdelegitimation" des Bundesanwaltes. Aus der Stellungnahme des EDSB ergibt sich, dass in casu das Urteil betr. X dem BAP effektiv aus dieser Quelle (Mitteilung der Urteile nach Art. 265 Abs. 1 BStP) zugekommen war.

- d) Das DSG ist zwar nicht anwendbar auf hängige Strafverfahren (Art. 2 Abs. 2 Bst. c DSG), doch handelt es sich bei der Speicherung von Verurteilungen in ISIS für Zwecke des präventiven Staatsschutzes gerade nicht um eine Bearbeitung von Personendaten im Rahmen eines Strafverfahrens, sondern um die **Verwendung von Informationen aus abgeschlossenen Strafverfahren für andere Zwecke**. Für solche Bearbeitungen gilt das DSG, wobei der Frage der Zweckentfremdung besondere Bedeutung zukommt. (vgl. dazu M. BUNTSCHU, Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, Basel 1995, N 48 zu Art. 2). Nach Art. 4 Abs. 3 DSG dürfen Personendaten nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist.

Der EDSB betrachtet die Speicherung der Urteile in ISIS für Zwecke des präventiven Staatsschutzes als rechtmässig, weil der BStP in Art. 265 *keine Zweckbindung* für die Verwendung der gemeldeten Urteile enthalte. Es fragt sich, ob diese Auslegung nicht Art. 4 Abs. 3 DSG widerspricht, wonach der Zweck der Bearbeitung gesetzlich vorgesehen sein müsse. Der EDSB möchte es in casu genügen lassen, wenn der Verwendungszweck vom Gesetz nicht gerade ausgeschlossen wird. Zum Schluss, dass Art. 265 BStP keine Zweckbindung enthalte, gelangte der EDSB offenbar aufgrund des Wortlautes der Bestimmung, der eine Mitteilung (auch) an die betroffenen Ämter erlaubt. In der Botschaft vom 28. Januar 1998 über die Änderung des Strafgesetzbuches, der Bundesstrafrechtspflege und des Bundesgesetzes vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (BBl 1998 1559) wurde zu Art. 265 Abs. 1 BStP indessen ausgeführt, dass die Mitteilungspflicht "Rechtsgrundlage für die Kompetenz des Bundesanwaltes, Rechtsmittel zu ergreifen" bilde. Die im Rahmen dieser Revision des BStP explizit vorgesehene Möglichkeit der Mitteilung an andere Verwaltungsbehörden war lediglich eine Anpassung an die bereits bestehende Praxis, wonach Entscheide *ebenfalls zwecks Einlegung von Rechtsmitteln* direkt den sachlich zuständigen Verwaltungsbehörden zuzustellen waren (vgl. Botschaft a.a.O.). Eine Verwendung der Urteile für Zwecke des präventiven Staatsschutzes ist somit im BStP nicht vorgesehen.

Man kann sich fragen, ob allenfalls das BWIS eine solche Verwendung erlaube. Die Informationsbeschaffung durch den DAP ist in Art. 14 BWIS geregelt. Art. 14 Abs. 2 enthält einen allgemeinen Katalog der Mittel der Datenbeschaffung. Im vorliegenden Zusammenhang könnten als gesetzliche Grundlage insbesondere das Recht der Informationsbeschaffung durch Einholen von Auskünften (Bst. b) und das Recht zur

Einsicht in amtliche Akten (Bst. c) in Betracht kommen. Man könnte hier argumentieren, dass die Kompetenz zur Informationsbeschaffung durch das Einholen von Auskünften oder die Einsicht in amtliche Akten generell erlaube alle Informationen, die in irgendeiner Funktion beim DAP anfallen, auch für Zwecke des präventiven Staatsschutzes zu bearbeiten. Namentlich seien auch Strafverfolgungsorgane nach Art. 13 Abs. 1 Bst. a BWIS zur Erteilung von Auskünften und, wenn sie eine konkrete Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit feststellen, zu Meldungen an den DAP verpflichtet (Art. 13 Abs. 2 BWIS). Möglicherweise argumentiert jemand gar, dass es eine reine Rationalisierungsmassnahme darstelle, wenn direkt die Mitteilungen nach Art. 265 BStP für die Registrierung in ISIS verwendet werden. Aus verfassungsrechtlicher Sicht (vgl. Art. 164 der Bundesverfassung vom 18. Dezember 1998 (BV; SR 101) ist jedoch fraglich, ob der so offen gehaltener Katalog von Art. 14 Abs. 2 BWIS eine genügende gesetzliche Grundlage ist, um als gesetzlich vorgesehener Zweck im Sinne von Art. 4 Abs. 3 DSG gelten zu können. Jedenfalls ermächtigt Art. 14 BWIS nicht zu einer flächendeckenden Informationsbeschaffung. Nach der Botschaft (BBl 1994 II 1179) ist *"Informationsbeschaffung auf Vorrat ... nicht zulässig."* Somit wäre wohl bspw. die flächendeckende Beschaffung von Informationen über alle strafrechtlichen Verurteilungen bei bestimmten Delikten oder gar zu allen strafrechtlichen Verurteilungen von Art. 14 BWIS nicht gedeckt. Dementsprechend wurde bei Erlass der gesetzlichen Grundlagen für das automatisierte Strafregister ein Zugriff des DAP auf das Strafregister für Zwecke des präventiv-polizeilichen Staatsschutzes zwar diskutiert, dann aber abgelehnt (vgl. Botschaft vom 17. September 1997 betreffend die Schaffung und Anpassung gesetzlicher Grundlagen für Personenregister, BBl 1997 IV 1307 sowie Amtl. Bull. 1998 S 1033).

- e) Auch das BWIS selbst enthält Schranken für die Bearbeitung von Daten aus Strafverfahren *nach Abschluss des Strafverfahrens*: Nach Abschluss des Strafverfahrens dürfen nach Art. 15 Abs. 6 BWIS Daten über beschuldigte Personen nicht allgemein weiterbearbeitet werden, sondern nur, *"wenn Anhaltspunkte bestehen, dass sie über Gefährdungen der inneren und äusseren Sicherheit Aufschluss geben können"* (Art. 15 Abs. 6 Bst. a BWIS).

Diese Regelung, die eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips für die Datenbearbeitungen des DAP ist, setzt einen Einzelfallentscheid voraus, in welchem zu prüfen ist, ob Anhaltspunkte für eine Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit bestehen. Die Praxis des DAP zur systematischen Registrierung aller nach Art. 265 BStP gemeldeten Urteile unabhängig vom Vorliegen der gesetzlich vorausgesetzten Anhaltspunkte für eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit widerspricht somit Art. 13 Abs. 2 BWIS und sprengt den Rahmen von Art.

15 Abs. 6 BWIS. Vom Wortlaut her geht Art. 13 VWIS über Art. 15 Abs. 6 BWIS hinaus, weil er nicht mehr auf die im Gesetz verankerten Restriktionen für die Bearbeitung von Daten nach Abschluss des Strafverfahrens bezug nimmt, sondern die Zulässigkeit der Datenbearbeitung einzig von deren Notwendigkeit zur Aufgabenerfüllung abhängig macht. Indessen steht der Wortlaut von Art. 15 VWIS einer gesetzeskonformen Auslegung nicht entgegen, da er nicht verhindert, dass für den Sonderfall der Bearbeitung von Personendaten nach Abschluss des Strafverfahrens die Voraussetzungen von Art. 15 Abs. 6 BWIS eingehalten werden.

Weder der Gesuchsteller X noch Y verfügen über einen eigenen Personenstamm in ISIS. Sie sind als sogenannte Drittpersonen im System registriert. Als Drittpersonen gelten nach Art. 3 Bst. i der ISIS-Verordnung "Personen oder Organisationen, die in einem Bezug zu einer mit einem Stammdatensatz erfassten Person oder Organisation stehen, selber aber die Voraussetzungen zur eigenständigen Registrierung nicht erfüllen." Somit setzt auch die Registrierung als Drittperson einen Einzelfallentscheid darüber voraus, dass eine bestimmte Person oder eine bestimmte Organisation "in einem Bezug zu einer mit einem Stammdatensatz erfassten Person oder Organisation stehen." Inhaltlich stellt diese Regelung wiederum eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips dar. Drittpersonen dürfen nur registriert werden, wenn Anlass zu der Vermutung besteht, dass sie eine Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit im Sinne des BWIS darstellen. Auf welche Fakten sich diese Vermutung stützen muss, wird durch die Verordnung ebenfalls präzisiert. Ein allgemeiner Verdacht gegen ein bestimmtes Umfeld oder bestimmte Personengruppen genügt für die Registrierung als Drittperson nicht; vorausgesetzt wird vielmehr ein konkreter Bezug zu Personen oder Organisationen, die selber als Stammperson registriert sind. Für die Registrierung der Verurteilungen verzichtet der DAP allerdings auf einen solchen konkreten Bezug. Der DAP hat statt dessen einen Sachstamm geschaffen, unter dem systematisch alle Verurteilungen erfasst werden, indem die betroffenen Personen dort als Drittpersonen registriert werden.

Mit anderen Worten verzichtet der DAP (durch die Errichtung von Sachstämmen verbunden mit der Möglichkeit, darunter Drittpersonen zu registrieren) bei bestimmten strafrechtlichen Verurteilungen auf den konkreten Bezug zu Stammpersonen und stellt statt dessen auf die Vermutung ab, dass die Begehung bestimmter Delikte allgemein eine Gefahr im Sinne des BWIS darstellt, losgelöst vom Vorhandensein konkreterer Anzeichen für eine Gefahr, so wie es in Art. 3 Bst. i der ISIS-Verordnung i. V. m. Art. 13 und 15 BWIS vorausgesetzt wird. Nicht nur die systematische Registrierung aller Verurteilungen zu bestimmten Delikten ist somit rechtswidrig, sondern auch die Errichtung von Sachstämmen, soweit damit für Drittpersonen der Bezug zu Stammpersonen nach Art. 3 Bst. i der ISIS-Verordnung gelöst wird.

- g) Man könnte sich noch fragen, ob der DAP die Daten über die Gesuchsteller im Einzelfall bearbeiten dürfte, - d.h. wenn sie nicht Teil einer systematischen Registrierung sämtlicher Verurteilungen wären. Die Prüfung der Verhältnismässigkeit in diesem Fall ist schwieriger. Ausschlaggebend scheinen folgende Überlegungen: Die Gesuchsteller sind nicht als Stammpersonen eingetragen, sondern nur als Drittpersonen. Offenbar schätzt also auch der DAP die Situation so ein, dass von den Gesuchstellern selber keine Gefahr für die innere oder äussere Sicherheit ausgeht, dass sie aber mit entsprechenden Organisationen oder Personen in Verbindung stehen könnten. Indessen scheint es sich bei dieser Annahme nur um eine nicht belegbare Vermutung zu handeln, weil die Gesuchsteller nicht bei einer bestimmten Stammperson eingeordnet werden konnten, sondern der Ausweg über den Sachstamm gewählt wurde. Vielleicht wäre es eines Tages, bei einer Weiterbearbeitung der Daten, einmal möglich, einen solchen Bezug zu konkreten Stammpersonen zu schaffen, doch fehlt dieser Bezug heute offensichtlich. Dies zeigt, dass es sich um eine – verfassungsrechtlich eben unzulässige - Datenbeschaffung *auf Vorrat* handelt. Eine Datenbearbeitung auf Vorrat scheint in jedem Fall unverhältnismässig.
- h) Selbst wenn nach Erlass des vorliegenden Entscheides nachträglich ein solcher Bezug zu einer Stammperson hergestellt werden könnte, ist auf die Regelung von Art. 16 Abs. 3 der ISIS-Verordnung zu verweisen, wonach Angaben über Drittpersonen, die seit über drei Jahren ohne eigenen Stamm registriert sind, anlässlich der Gesamtbeurteilung gelöscht werden. Nach Ablauf von drei Jahren genügt für die Registrierung als Drittperson also ein Bezug zu einer Stammperson nicht mehr. Für die Weiterbearbeitung dieser Daten wird nach Ablauf dieser Frist vielmehr vorausgesetzt, dass die betroffene Person selber im System als Stammperson registriert ist. Diese Regelung dient ebenfalls dem Ziel, die Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitungen zu gewährleisten.

Die Einträge über das Verfahren des Gesuchstellers stammen aus den Jahren 1998 - 2002. Der letzte Eintrag bezieht sich auf eine Beschwerde des Gesuchstellers (erfasst am 2.1.2001). Die hier in Frage stehenden Einträge über den Gesuchsteller müssten also jetzt gelöscht werden, selbst wenn ein Bezug zu einer Stammperson bestünde.

- i) Abschliessend lässt sich im Sinne der obigen Erwägungen sagen, dass eine gewisse Überprüfung der Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitungen durchaus möglich ist, doch präsentiert sie sich primär unter dem Aspekt der Einhaltung der spezifischen Zwecke der massgeblichen Gesetzes- und Verordnungsbestimmungen. Es scheint daher eine Auslegung des Rechts im Vordergrund zu stehen, die die massgeblichen Normen nicht bloss als reine Ordnungsvorschriften interpretiert, sondern nach deren Sinn und Zweck insb. im Hinblick auf eine Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips fragt. Daraus lassen sich auch für polizeiliche Datenbearbeitungen

Leitplanken für die Abgrenzung von unverhältnismässigen bzw. verhältnismässigen Eingriffen in die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen ableiten.

Gestützt auf die obigen Erwägungen wird

erkannt:

1. In den Verfahren nach Art. 14 ZentG und Art. 18 BWIS nimmt die EDSK eigentliche richterliche Kontroll- und Aufsichtsfunktionen wahr über den EDSB hinsichtlich der Wahrnehmung seiner Aufgaben nach Art. 14 Abs. 2 ZentG und Art. 18 Abs. 1 BWIS und gegenüber den Zentralstellen (heute Bundeskriminalpolizei) bzw. über das Bundesamt hinsichtlich des Vollzugs der Empfehlungen des EDSB.
2. EDSB und EDSK nehmen nicht nur für eine betroffene Person das Auskunftsrecht stellvertretend wahr, sondern üben auch sinngemäss die dieser nach Art. 25 DSGVO zustehenden Rechte stellvertretend aus, soweit dies aufgrund der Besonderheiten der Verfahren nach Art. 14 ZentG bzw. Art. 18 BWIS, insbesondere unter Berücksichtigung der Geheimhaltungsanliegen möglich ist.
3. Der Bund muss die beiden Kontrollorgane mit den Ressourcen auszustatten, die sie für die Durchführung der gesetzlichen Kontrollen benötigen. Eine Einschränkung der gesetzlich vorgesehenen Kognition oder ein weitergehender Verzicht auf die Aktenführung und die Dokumentation der durchgeführten Kontrollen ist den beiden Kontrollorganen im Hinblick auf die beschränkten Ressourcen
4. Die Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitungen und der Wahrheitsgehaltes der bearbeiteten Informationen ist zumindest im Sinne einer Plausibilitäts- und einer Willkürkontrolle zu überprüfen.
5. Der EDSB und die EDSK stellen namentlich fest, ob Daten über die Gesuchsteller ohne gesetzliche Grundlage bzw. gestützt auf gesetzeswidrige Verordnungsbestimmungen bearbeitet werden und diesbezüglich Empfehlungen zur Behebung von Mängeln in der Datenbearbeitung zu erlassen sind.. Die Überprüfung der Rechtmässigkeit des Gesetzes- und Verordnungsrechts in der Ämterkonsultation durch den EDSB ersetzt diese Überprüfung nicht.
6. Stellt der EDSB bei seinen Kontrollen fest, dass ein über das Auskunftsrecht hinausgehendes Interesse des Betroffenen an Auskünften über die Datenbearbeitungen des DAP bzw. der Bundeskriminalpolizei besteht, hat er auch die Bearbeitung der Daten

im konkreten Fall in die Überprüfung nach Art. 14 ZentG bzw. Art. 18 BWIS einzubeziehen. Ein solches Interesse ist namentlich anzunehmen, wenn die Kontrolle des EDSB ergibt, dass eine Vielzahl von Informationen über den Gesuchsteller gespeichert sind oder dass die gespeicherten Informationen intensiv bearbeitet wurden.

7. EDSB und BAP haben möglichst alle Voraussetzungen zu schaffen, dass solche Kontrollen tatsächlich durchgeführt werden können (bspw. durch die Entwicklung einer Auswertungssoftware, die eine elektronische Kontrolle der Datenbearbeitungsprotokolle erlaubt).
8. Der EDSB hat seine Abklärungen in den Akten angemessen zu dokumentieren. Allein das Notieren und Aufbewahren von Dokumentennummern beim EDSB genügt den Anforderungen an die Dokumentation der Kontrollen nicht. Zu dokumentieren wären auch die hauptsächlichen rechtlichen Erwägungen des EDSB hinsichtlich Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit einer Datenbearbeitung.
9. Die Praxis des DAP zur systematischen Registrierung aller nach Art. 265 BStP gemeldeten Urteile unabhängig vom Vorliegen der gesetzlich vorausgesetzten Anhaltspunkte für eine Gefährdung der inneren oder äusseren Sicherheit verletzt Art. 15 Abs. 6 BWIS.
10. Die Errichtung von Sachstämmen verletzt Art. 3 Bst. i der ISIS-Verordnung, soweit dadurch für Drittpersonen auf den in dieser Bestimmung vorausgesetzten Bezug zu Stammpersonen verzichtet wird.

Gestützt auf diesen Entscheid erlässt die EDSK folgende

Empfehlungen:

1. Dem EDSB wird empfohlen seine Abklärungen und Überprüfungen im Sinne der obigen Erwägungen angemessen in den Akten zu dokumentieren.
2. Dem EDSB wird empfohlen, wenn ein Anlass dazu besteht, in Überprüfungen nach Art. 14 ZentG bzw. Art. 18 BWIS auch Aspekte wie die Datenrichtigkeit oder die Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitung soweit möglich einzubeziehen.
3. Dem EDSB wird empfohlen die Rechtmässigkeit der festgestellten Datenbearbeitungen vollständig zu überprüfen. Namentlich sollten sich die Überprüfungen auch auf die Normenkontrolle des Verordnungsrechts sowie auf gewährte Zugriffe auf die Daten erstrecken.

4. Dem EDSB und dem BAP wird empfohlen, eine Auswertungssoftware für die Kontrolle der Datenbearbeitungsprotokolle zu entwickeln.
5. Dem EDSB und der Bundeskanzlei wird empfohlen, den Personalbestand des EDSB soweit aufzustocken, dass Überprüfungen nach Art. 14 ZentG bzw. Art. 18 BWIS gesetzeskonform ohne rechtliche Einbussen durchgeführt werden können.
6. Dem DAP wird empfohlen, auf die systematische Registrierung von Verurteilungen zu bestimmten Delikten zu verzichten.
7. Dem DAP wird empfohlen, auf die Errichtung von Sachstämmen zu verzichten, soweit darunter Drittpersonen gespeichert werden, die in keinem Bezug zu Stammpersonen stehen.

Entscheid der Eidgenössischen Datenschutzkommission vom 22.5.2003/15.3.2004