

## Art. 18 BWIS

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

- **Kognition der EDÖK (Erw. 1,4 und 9);**
- **Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung? (Erw. 5/6);**
- **Anwendungsbereich der Staatsschutzbestimmungen nach Ar. 2 BWIS in Bezug auf die in Frage stehende Datenbearbeitung (Erw. 7);**
- **Zusammenarbeit zwischen EDA und DAP bezüglich Akkreditierungsgesuchen ausländischer diplomatischer und konsularischer Vertreter (Erw. 8);**
- **ausnahmsweise Auskunftserteilung gemäss Art. 18 Abs. 3 BWIS? (Erw. 10).**

A. NN stellte an den Dienst für Analyse und Prävention (DAP) im Bundesamt für Polizei (BAP) ein Gesuch um Akteneinsicht, welches von diesem Amt an den Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDSB; nunmehr Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter [EDÖB]) weitergeleitet wurde. Der EDSB führte eine Kontrolle durch und liess in der Folge dem Gesuchsteller eine Standardmitteilung nach Art. 18 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS; SR 120) zukommen. Die einschlägigen Gesetzesbestimmungen lauten:

#### ***"Art. 18 Auskunftsrecht***

<sup>1</sup> *Jede Person kann beim Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten verlangen, dass er prüfe, ob im Informationssystem des Bundesamtes rechtmässig Daten über sie bearbeitet werden. Der Datenschutzbeauftragte teilt der gesuchstellenden Person in einer stets gleichlautenden Antwort mit, dass in Bezug auf sie entweder keine Daten unrechtmässig bearbeitet würden oder dass er bei Vorhandensein allfälliger Fehler in der Datenbearbeitung eine Empfehlung zu deren Behebung an das Bundesamt gerichtet habe.*

<sup>2</sup> *Ein Rechtsmittel gegen diese Mitteilung ist ausgeschlossen. Die betroffene Person kann von der Eidgenössischen Datenschutzkommission verlangen, dass diese die Mitteilung des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten oder den Vollzug der von ihm abgegebenen Empfehlung überprüfe. Die Datenschutzkommission teilt ihr in einer stets gleichlautenden Antwort mit, dass die Prüfung im beehrten Sinne durchgeführt wurde.*

<sup>3</sup> *Der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte kann ausnahmsweise nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG) der gesuchstellenden Person in angemessener Weise Auskunft erteilen, wenn damit keine Gefährdung der inneren oder der äusseren Sicherheit verbunden ist und wenn der gesuchstellenden Person sonst ein erheblicher, nicht wiedergutzumachender Schaden erwächst.*

<sup>4</sup> *Die Kantone überweisen Gesuche, die sich auf Akten des Bundes beziehen, an den Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten.*

<sup>5</sup> *Im Anschluss an das Auskunftsgesuch überprüft das Bundesamt unabhängig von den festgelegten Laufzeiten, ob die vorhandenen Daten noch benötigt werden. Alle nicht mehr benötigten Daten werden im Informationssystem gelöscht.*

*<sup>6</sup> Registrierten Personen, die ein Auskunftsgesuch gestellt haben, wird beim Dahinfallen der Geheimhaltungsinteressen zur Wahrung der inneren Sicherheit, spätestens bei Ablauf der Aufbewahrungsdauer, nach Massgabe des DSGVO Auskunft erteilt, sofern dies nicht mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden ist."*

Der EDSB hat im vorliegenden Fall keine Empfehlung an das BAP betr. die Datenbearbeitung über NN erteilt. Im Anschluss an den Standardbescheid liess NN ein Gesuch um ausnahmsweise Auskunft nach Art. 18 Abs. 3 BWIS an den EDSB stellen. Dieser lehnte dieses spezifische Auskunftsgesuch ohne konkrete Begründung am 22. September 2003 ab.

B. NN liess daraufhin bei der Eidgenössischen Datenschutzkommission (EDSK; nunmehr Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitskommission [EDÖK]) ein Gesuch um Überprüfung der Datenbearbeitung gemäss Art. 18 Abs. 2 BWIS aufgrund der Standardmitteilung des EDSB nach Art. 18 Abs. 1 BWIS und der Nichterteilung einer Auskunft gemäss Art. 18 Abs. 3 BWIS stellen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Bundes. Begründungsweise brachte die Anwältin des Gesuchstellers vor, dass die EDSK mit Urteil vom 3. Februar 2003 (Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 2003 Nr. 67.71) die Beschwerde des Gesuchstellers vom 10. September 2001 gegen die Schweizerische Bundesanwaltschaft gutgeheissen habe. Die über den Gesuchsteller bei der Bundesanwaltschaft vorhandenen Daten waren aufgrund ihrer Strittigkeit und Irrelevanz für die Strafverfolgungsbehörden des Bundes zu vernichten. Die Anwältin hob namentlich aus dem Urteil der EDSK vom 3. Februar 2003 hervor, dass "nicht zu übersehen" war, dass die über den Gesuchsteller "vorhandenen Informationen insbesondere in seiner beruflichen Position schwerwiegende Nachteile nach sich ziehen können." Die Anwältin anerkennt allerdings, dass die über den Gesuchsteller bei der Bundesanwaltschaft gesammelten Akten allein schon deshalb zu vernichten waren, weil nach der Reorganisation der Bundesanwaltschaft mit dem Transfer des DAP in das BAP die Bundesanwaltschaft keine gesetzliche Grundlage für eine weitere Aufbewahrung der Akten mehr hatte. Die Anwältin bringt aber zugleich auch vor, dass sie annimmt, dass die Akten, welche der DAP über den Gesuchsteller bearbeitet, denjenigen entsprächen, welche die Bundesanwaltschaft besass. Sie beruft sich dabei auf die Äusserung der EDSK in ihrem Urteil vom 3. Februar 2003, die festhielt: "daraus kann nur der Schluss gezogen werden, dass auch der DAP über ein eigenes, analoges Dossier über den Beschwerdeführer verfügt." Die Anwältin bestreitet ganz entschieden die Qualität der Akten bzw. der bearbeiteten Informationen, weil diese in Bezug auf den Gesuchsteller und seine Familie abenteuerlichste Behauptungen und schwerste Vorwürfe enthielten. Der Gesuchsteller werde in schwammigster Art und Weise in die Nähe des organisierten Verbrechens gerückt. Zudem wird auch darauf hingewiesen, dass die (parallelen) Akten der Bundesanwaltschaft vielfach persönlichkeitsverletzende Angaben enthielten, welche lediglich auf Gerüchten und Verleumdungen beruhten und über deren Wahrheitsgehalt keinerlei Beweise vorhanden waren. Auch seien Teile der Akten aus der vom

Gesuchsteller geführten Ständigen Mission bei den Vereinten Nationen und den Sonderorganisationen der UNO in der Schweiz gestohlen und dem Eidgenössischen Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA) zugeleitet worden. Diese Akten würden, obwohl sie illegal entfernt worden seien, noch immer unter diplomatischer Immunität stehen.

Was die vermutete fortgesetzte Datenbearbeitung durch den DAP betreffe, so sei nicht nachvollziehbar, inwiefern die Aufbewahrung von blossen, zudem widerlegten Gerüchten und Aussagen über den Gesuchsteller und seine Familie der Sicherheit des schweizerischen Staates dienen könnten. "Angesichts der beträchtlichen Unsicherheit bezüglich des Wahrheitsgehaltes müssten die Aussagen und Tatsachenbehauptungen vielmehr genügend substantiiert werden. Zugleich müsste dargelegt werden, weshalb die Aufbewahrung der Akten und der damit zusammenhängende an- und fortdauernde Eingriff in die Persönlichkeit des Gesuchstellers durch die Sicherheit der Schweiz geboten und gerechtfertigt sind. Vorliegend wurde diese Begründungspflicht durch die zuständigen Stellen nicht wahrgenommen." Zudem bestünden durch die Weiterbearbeitung erhebliche Risiken, wie z. B. eine leichtfertige Bekanntgabe an ausländische Geheim- oder Nachrichtendienste.

Anschliessend rügt die Anwältin des Gesuchstellers die Nichtgewährung einer Auskunft nach Art. 18 Abs. 3 BWIS durch den EDSB. Dieser berufe sich in seinem ablehnenden Schreiben vom (...) auf die gesetzlichen "strengen Bedingungen" für eine allfällige Auskunft, die vorliegend nicht erfüllt seien. Um welche Bedingungen es sich handle, sei dem Gesuchsteller nicht einsichtig, weil der EDSB seine ablehnende Auffassung nicht begründet habe. Dass aber eine genaue Auskunft an den Gesuchsteller zu einer Gefährdung der inneren und äusseren Sicherheit des Landes führen könne, könne vorliegenden Falls schon deshalb nicht gelten, weil der Gesuchsteller bereits Kenntnis der vorhandenen Akten, die bei der Bundesanwaltschaft waren, habe. Mit seiner Weigerung, Auskunft zu erteilen, verletze der EDSB seine gesetzliche Pflicht, das Ermessen, das ihm in der Kann-Vorschrift von Art. 18 Abs. 3 BWIS eingeräumt wird, pflichtgemäss und verfassungskonform auszuüben. Angesichts der hohen Interessen des Gesuchstellers, die Schäden aus der Ehr- und Rufschädigung durch die unqualifizierten Informationen zu beenden, sei es nicht akzeptabel, dass der EDSB durch die Nichtbegründung seiner Auskunftsverweigerung den Gesuchsteller unverändert in der Rechtsunsicherheit über die polizeiliche Datenbearbeitung lasse.

C. Der Gesuchsteller hat mit Schreiben seiner Anwältin vom 7. April 2004 sein Anliegen und seine Rechtsbegehren noch einmal unterstrichen. Es wird betont, dass jedermann, auch eine Ausländerin oder ein Ausländer, ein Recht auf eine Berichtigung falscher Daten oder auf eine Vernichtung derselben habe. Die Unrichtigkeit der von den Polizeibehörden des Bundes bearbeiteten Daten ergebe sich nicht nur aus all den Überlegungen, welche seitens des Gesuchstellers gegenüber dem Bundesamt, dem EDSB und der EDSK vorgetragen worden sind. Neu liege auch ein aufsichtsrechtlicher Entscheid des Anwaltsverbandes des Kantons X

über das Fehlverhalten des früheren Anwaltes des Beschwerdeführers vor. In dieser Entscheidung werde auch die Unrichtigkeit der Informationen des EDA, über die jetzt das Bundesamt verfüge, deutlich gemacht.

D. Am (...) ersuchte der Präsident der EDSK den EDSB um Auskunft darüber, warum er im konkreten Fall dem Gesuchsteller keine Auskunft nach Art. 18 Abs. 3 BWIS erteilt habe und warum er zudem in seinem Bescheid an den Gesuchsteller auf eine Begründung verzichtet habe.

In seiner Stellungnahme an die EDSK äusserte sich der EDSB dahin, dass seines Erachtens die EDSK nicht zuständig sei, die Frage, ob einem Gesuchsteller ausnahmsweise nach Art. 18 Abs. 3 BWIS durch den EDSB Auskunft zu erteilen sei, materiell zu prüfen. Zudem hielt der EDSB fest, dass seiner Auffassung nach der Art. 18 Abs. 3, wie es die Entstehungsgeschichte belege, nur vorgesehen sei für Fälle, wo eine Person überhaupt nicht registriert sei. Wenn eine Auskunftsverweigerung noch begründet werden müsste, so würde dies dem Willen des Gesetzgebers widersprechen, weil dann ein Gesuchsteller gerade darüber informiert würde, ob und gegebenenfalls was für Daten über ihn bearbeitet werden.

Das BAP bzw. ein Vertreter des DAP äusserten sich gegenüber der EDSK anlässlich einer Kontrollsituation dahin, dass bisher keine konkreten Fälle bekannt seien, in denen aufgrund von Art. 18 Abs. 3 BWIS Auskunft erteilt worden sei. Der Anwendungsbereich dieser Bestimmung sei sehr schwierig abzugrenzen. Der Inhalt der Auskunft sei jedenfalls im konkreten Fall sorgfältig zu prüfen. Der "nicht wiedergutzumachende Nachteil" stelle eine hohe Hürde dar. Bei der Schaffung der Gesetzesbestimmung wurde insbesondere an Leute gedacht, die an Paranoia leiden. Die Datenschutzberaterin des BAP fügte hinzu, dass man den Eingaben der in Frage kommenden Personen sofort ansehe, ob es sich um "Leute mit massiven Störungen" handle, für die sich die Ausnahme von Art. 18 Abs. 3 eigne, oder nicht. Blosses Misstrauen in den Staatsapparat würde sicher nicht genügen, weil es um Sonderfälle ginge.

Zur Begründung, warum er im konkreten Fall keine Auskunft erteilt habe, machte der Dienst des EDSB geltend, dass es sich bei den über den Gesuchsteller gespeicherten Daten über Informationen zur organisierten Kriminalität sowie über weitere Informationen aus der Akkreditierung des Gesuchstellers als Geschäftsführer Missionschef von (...) bei den internationalen Organisationen in Genf handle. Diese Datenbearbeitung sei "berechtigt". Entsprechend könne nach dem Willen des Gesetzgebers keine Auskunft erteilt werden.

E. (...)

F. (...)

G. Aufgrund der Überprüfungen der EDSK stellte sich für diese die bereits von der Anwältin des Gesuchstellers aufgeworfene Frage, wie eine allfällige Datenbearbeitung durch den DAP über NN zu beurteilen sei, nachdem die EDSK in ihrem rechtskräftigen Urteil vom 3. Februar 2003 festgehalten hatte, dass "nicht zu übersehen" ist, *"dass die über den Beschwerdeführer in den Akten vorhandenen Informationen insbesondere in seiner beruflichen Position schwerwiegende Nachteile nach sich ziehen können. Bspw. können blosse Gerüchte oder unbewiesene Anschuldigungen hinsichtlich einer nachrichtendienstlichen Tätigkeit und einer Verbindung zum organisierten Verbrechen für einen Diplomaten und Geschäftsmann nachteilig sein, selbst wenn zusammen mit den Informationen kommuniziert wird, dass es sich um ungesicherte Informationen handelt."* (Urteil EDSK vom 3. Februar 2003 Erw. 2 am Ende). Gleichzeitig wurde in diesem Urteil festgehalten, dass ehemals die Aktenführung bei der Bundesanwaltschaft auf Veranlassung des EDA im Hinblick auf eine allfällige administrative Massnahme, nämlich den Entzug der Akkreditierung als Diplomat, erfolgte. Nach den Angaben der Bundesanwaltschaft wurden die Akten für eine Auskunftserteilung an das EDA geführt und nicht zur Abklärung, ob gegen den Beschwerdeführer ein Strafverfahren zu eröffnen ist. "Da die Akten in einer anderen Funktion" der Bundesanwaltschaft angelegt worden waren und da *"der Bezug zu einer möglichen Straftat bloss theoretischer, abstrakter Natur war, aber nie Anlass zu Abklärungen hinsichtlich Eröffnung eines Strafverfahrens gegeben hat,"* konnte nach dem Urteil der EDSK für die Aufbewahrung der Akten bei der Bundesanwaltschaft nicht auf Art. 29<sup>bis</sup> Abs. 6 des Bundesgesetzes über die Bundesstrafrechtspflege vom 15. Juni 1934 (BStP; SR 312.0) abgestellt werden. **Art. 29<sup>bis</sup> Abs. 6 BStP** lautet:

*"<sup>6</sup> Für nicht mehr benötigte Daten gilt der Artikel 21 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz."*

Art. 21 des Bundesgesetzes über den Datenschutz vom 19. Juni 1992 (DSG; SR 235.1) lautet:

***" Anonymisieren und Vernichten von Personendaten***

*Bundesorgane müssen Personendaten, die sie nicht mehr benötigen, anonymisieren oder vernichten, soweit die Daten nicht:*

- a. Beweis- oder Sicherungszwecken dienen;*
- b. dem Bundesarchiv abzuliefern sind."*

Entsprechend kam die EDSK zum Entscheid, dass die Akten jedenfalls bei der Bundesanwaltschaft zu vernichten seien und " – wenn überhaupt – vom BAP bzw. DAP weiterzuführen bzw. aufzubewahren" seien (Erw. 4 am Ende).

Auf eine Anfrage des Präsidenten der EDSK vom 16. März 2005 an das BAP, wie sich dieses Amt angesichts des Urteils der EDSK vom 3. Februar 2003 gegenüber der Bundesanwaltschaft zur Weiterbearbeitung der Daten von NN verhalte, äusserte sich der stellvertretende Direktor des BAP dahin, dass die EDSK in ihrem Urteil den Vorbehalt gemacht habe, dass

die Daten von NN nach der Überführung des DAP von der Bundesanwaltschaft in das BAP vom DAP weiter bearbeitet würden, und zudem würden die vorhandenen Akten ja zeigen, "dass damit präventive polizeiliche Tätigkeit dokumentiert" werde. "Die Tätigkeiten der zuständigen Behörden müssen dokumentiert werden, damit sie auf die Rechtmässigkeit des Vorgehens geprüft werden können." Zudem sei im vorliegenden Fall "eindeutig dokumentiert, dass sich die beim DAP vorhandenen Daten für NN gerade nicht, wie von der EDSK in Ziff. 2 befürchtet, nachteilig auswirkten, sondern die darauf beruhende nach aussen getragene Bewertung der damaligen Bundespolizei korrekt und zudem für NN nicht belastend waren; es wurde keine Einreisesperre verhängt, es wurde aufgrund der sorgfältigen Abklärungen der Verdachtsmomente von einem Verfahren abgesehen, und schliesslich erhob die Bundespolizei ausdrücklich keine Einwände gegen die Akkreditierung NNs." Aus dieser Stellungnahme ergibt sich, dass das BAP, was auch anlässlich der Überprüfung vom 29. November 2005 seitens des Amtes festgehalten wurde, der Auffassung ist, dass die Daten über NN zu Recht im Rahmen der präventiven polizeilichen Informationsbearbeitung nach BWIS aufgrund des Verdachts einer Verbindung zur organisierten Kriminalität bearbeitet werden. Zugleich bringt das Amt in seiner zitierten Stellungnahme vom 21. März 2005 zum Ausdruck, dass es in dieser Bearbeitung keinerlei Persönlichkeitsverletzung sehe, weil es nicht zu Lasten von NN zu einer einschränkenden Massnahme diesem gegenüber gekommen sei. Ob damit die materielle Rechtmässigkeit der Bearbeitung zu bejahen ist, ist allerdings eine von der EDSK nachfolgend zu beurteilende Rechtsfrage.

H. Im Nachgang zum vorliegenden Verfahren hat der betroffene ausländische Staat vor dem Internationalen Gerichtshof (IGH) in Den Haag mit Datum vom 26. April 2006 eine Klage eingereicht gegen die Schweizerische Eidgenossenschaft als Sitzstaat von Institutionen der Vereinten Nationen (UNO) wegen Verletzung der völkerrechtlichen Regeln über die diplomatischen Beziehungen gegenüber einem Vertreter des klagenden Staates bei der UNO (ICJ 2006 General List No. 134 Application 20060426. Allerdings hat der Gerichtshof dann am 9. Juni 2006 verfügen können, dass der klagende Staat am 15. resp. 24. Mai 2006 durch seinen ständigen Vertreter bei der UNO seine Klage zurückgezogen hat.

### **Die Eidgenössische Datenschutzkommission zieht in Erwägung:**

1. Die Überprüfungscompetenz der EDSK bezüglich der Mitteilung des EDSB nach Art. 18 Abs. 2 BWIS bzw. nach Art. 14 Abs. 3 Bundesgesetz über kriminalpolizeiliche Zentralstellen des Bundes (ZentG; SR 360) an eine Person, die um indirekte Auskunft ersucht hat, wurde von der EDSK in ihrem Grundsatzentscheid vom 22. März 2003/ 15. März 2004 geklärt. Art. 18 BWIS. ist oben unter A. wiedergegeben; Art. 14 ZentG lautet:

### **" Information der Betroffenen und Auskünfte**

<sup>1</sup> Die Beschaffung von Personendaten braucht für die betroffene Person nicht erkennbar zu sein, sofern der Zweck der Strafverfolgung es erfordert. Ist die Beschaffung der Daten für die betroffene Person nicht erkennbar, so muss diese nachträglich darüber informiert werden, sofern nicht wichtige Interessen der Strafverfolgung entgegenstehen oder die nachträgliche Mitteilung mit einem unverhältnismässigen Aufwand verbunden wäre.

<sup>2</sup> Jede Person kann vom Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten verlangen, dass er prüfe, ob bei einer Zentralstelle rechtmässig Daten über sie bearbeitet werden. Der Datenschutzbeauftragte teilt der gesuchstellenden Person in einer stets gleichlautenden Antwort mit, dass in Bezug auf sie entweder keine Daten unrechtmässig bearbeitet würden oder dass er bei Vorhandensein allfälliger Fehler in der Datenbearbeitung eine Empfehlung zu deren Behebung an die Zentralstelle gerichtet habe.

<sup>3</sup> Ein Rechtsmittel gegen diese Mitteilung ist ausgeschlossen. Die betroffene Person kann jedoch von der Eidgenössischen Datenschutzkommission verlangen, dass diese die Mitteilung des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten oder den Vollzug der von ihm abgegebenen Empfehlung überprüfe. Die Eidgenössische Datenschutzkommission teilt ihr in einer stets gleichlautenden Antwort mit, dass die Prüfung im begehrten Sinne durchgeführt wurde. Zentralstelle gerichtet habe.

<sup>4</sup> Registrierten Personen, die ein Auskunftsgesuch gestellt haben, wird beim Dahinfallen der Interessen der Strafverfolgung an der Geheimhaltung, spätestens bei Ablauf der Aufbewahrungsdauer, nach Massgabe des Datenschutzgesetzes Auskunft erteilt, sofern dies nicht mit unverhältnismässigem Aufwand verbunden ist."

Die EDSK hat namentlich festgehalten, dass es sich bei ihrer Aufgabe nach BWIS und ZentG *nicht um eine blosser Ombudsfunktion handle*, wo es darum gehe, Menschen, die Hilfe bei der Durchsetzung ihrer Rechte benötigen, zu beraten und zwischen diesen und den Behörden zu vermitteln. "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 im BAP, namentlich hinsichtlich des Vollzugs der Empfehlungen des EDSB." (Erw. 1c des obgenannten Urteils Nr. 04/01).

2. Im vorliegenden Fall steht fest, dass der EDSB keine dokumentierten Einwendungen gegen die Bearbeitung der Daten von NN durch den DAP erhoben und keinerlei

Empfehlungen bezüglich dieser Bearbeitung abgegeben hat. Gegenteils hatte er sie im Bezug auf seine Weigerung, Auskunft zu erteilen, als "richtig erachtet" (Stellungnahme vom 27. April 2004). Entsprechend muss die EDSK ihre eigene Rechtsbeurteilung ohne Einbezug der Überlegungen des EDSB vornehmen.

3. Der vorliegende Fall stellt *folgende Rechtsfragen*:

- a) Entspricht die Bearbeitung der Daten von NN den Anforderungen von Art. 4 und 5 DSGVO? (vgl. nachfolgend Erw. 5 und 6)
- b) Geht es bei der Bearbeitung der Daten über NN um eine Aufgabe des DAP nach Art. 2 Abs. 3 BWIS? (vgl. Erw. 7)
- c) Wie ist die Zusammenarbeit des DAP mit dem EDA zu beurteilen? Im Rahmen dieser Zusammenarbeit hat das Bundesamt die von Drittseite dem EDA zugespielten Informationen übernommen, die Quellen durchwegs als "zuverlässig" bezeichnet und die Daten ohne Vermerk oder Kritik weiterbearbeitet. Welche Rechtsgrundlage besteht für diese Zusammenarbeit? (vgl. Erw. 8)
- d) Können die Daten, jedenfalls diejenigen, die von der Bundesanwaltschaft im September 1999 ans BAP überführt wurden, noch weiter bearbeitet werden, nachdem die EDSK rechtskräftig entschieden hat, dass die Daten bei der Bundesanwaltschaft zu vernichten seien? Müsste nicht allenfalls mindestens bei den Daten bis zum September 1999 ein Vermerk angebracht werden, der auf das Urteil der EDSK vom 3. Februar 2003 verweist, oder sind die Daten auch beim DAP zu vernichten? (vgl. Erw. 9)
- e) Hätte dem Gesuchsteller nicht – ausnahmsweise – nach Art. 18 Abs. 3 BWIS Auskunft erteilt werden sollen? (vgl. Erw. 10)
- f) Wie ist das Kostenbegehren des Gesuchstellers zu beurteilen? (vgl. Erw. 11)

4. In ihrem Urteil vom 22. Mai 2003/15. März 2004 Nr. 04/01 hat die EDSK grundsätzliche Überlegungen zu ihren Möglichkeiten einer materiellen Beurteilung von Datenbearbeitungen beim BAP angestellt. Sie führte Folgendes aus (Erw. 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

Weiteren 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 Verordnung über das Staatsschutz-Informationen-System (ISIS-Verordnung) vom 30. November 2001 (SR 120.3); 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 vom 30. November 2001 (SR 360.1); Art. 3, Art. 10 Abs. 1 - Abs. 3 Verordnung über das Informations-System der Bundeskriminalpolizei (JANUS-Verordnung) vom 30. November 2001 (SR 360.2). 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.

EDSB und EDSK müssen somit die Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitung kontrollieren und dabei mindestens eine Plausibilitäts- oder eine Willkürprüfung durchführen. 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 im Staatsschutz-Informationen-System (ISIS) darstellen (vgl. dazu Erw. 8e und f). Ähnliches gilt für die Überprüfung des Wahrheitsgehaltes der registrierten Informationen. So kann beispielsweise 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 Personen 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 die gesetzlichen Voraussetzungen für die Datenbearbeitungen genau überprüft werden."

5. Die begrenzten Möglichkeiten der quasi-gerichtlichen Aufsicht zur Beurteilung der Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung zeigt sich vor allem im konkreten Fall. Die EDSK kann die *Richtigkeit der beim DAP gespeicherten Daten* vor allem deshalb nur sehr

begrenzt beurteilen, – obwohl dies *nach Art. 5 DSG* (in der zum Zeitpunkt der Kontrollen geltenden Fassung vom 19. Juni 1992) *eine der zentralen Voraussetzungen der Rechtmässigkeit der Bearbeitung* wäre –, weil das Kontrollverfahren es ausschliesst, dass sich die betroffene Person zu den Datenbearbeitungen äussern kann.<sup>1</sup>

Entsprechend ist die "Qualität" der bearbeiteten Informationen häufig fragwürdig, ja vermutlich in der Regel schlecht. (Zu dieser grundsätzlichen Problematik vgl. RAINER J. SCHWEIZER, "Das Recht auf Zugang zu personenbezogenen Daten und die Qualität der Informationen", in: Festschrift für Magdalena Rutz, Liestal, 2003, S. 171 ff.; IVO SCHWEGLER, *Datenschutz im Polizeiwesen von Bund und Kantonen*, Diss. Bern, 2001, S. 105, namentlich betreffend die Problematik der Datenrichtigkeit im Staatsschutz. Dieser Autor meint, dass meistens die Richtigkeit des einzelnen vom Staatsschutz erhobenen Datums unproblematisch ist, hingegen die umfassende Beurteilung der Gefährlichkeit des Betroffenen, die sich zu einem Persönlichkeitsprofil verdichten kann, kaum je unter dem Gebot der Richtigkeit bewiesen oder widerlegt werden kann).

- a) Im konkreten Fall handelte es sich bei den vom DAP gespeicherten Daten zum grössten Teil um Informationen, die über das EDA der damaligen Bundesanwaltschaft zugeleitet wurden (vgl. Brief Botschafter A: vom ...). Das EDA seinerseits hat die Akten von einer Drittperson erhalten, die den Gesuchsteller offensichtlich beim EDA denunzieren wollte. Die Identität dieser Person ist dem EDA entweder nicht näher bekannt oder das EDA will sie bis heute nicht offenlegen. Damit ist die ursprüngliche Quelle der Informationen nicht überprüfbar. Zudem macht die Anwältin des Gesuchstellers geltend, was aufgrund der Akten plausibel ist, dass mindestens ein Teil der Informationen aus der Ständigen Mission von (...) in Genf rechtswidrig entfernt wurden. Eine Durchsicht der gespeicherten Daten zeigt, dass es sich um private Geschäfte des Gesuchstellers, aber auch um Geschäfte von Drittpersonen handelt. Verschiedene Dokumente sind auf russisch. Übersetzungen liegen nicht vor; dass die zuständigen Sachbearbeiter des DAP russisch können, wurde nicht dargetan. Welchen Zusammenhang diese Informationen mit allfälligen Tätigkeiten von kriminellen Organisation haben, ist weder ersichtlich noch von Seiten der Polizeidienste des Bundes untersucht und begründet worden. Die Art und Weise der Beschaffung wesentlicher Teile der Daten über den Gesuchsteller (durch Denunziation an das EDA) sowie die Richtigkeit und die Relevanz der gespeicherten Daten und vor allem die Qualität ihrer Quelle ist durchwegs *sehr zweifelhaft*. Es ist für die EDSK nicht verständlich, dass alle diese von unbekannter Drittseite dem EDA zugespielten Informationen im Lichte von Art. 4 und 5 DSG vom DAP als "*zuverlässige Quelle*"

<sup>1</sup> **Art. 5 (Richtigkeit der Daten) DSG** lautet:

<sup>1</sup> *Wer Personendaten bearbeitet, hat sich über deren Richtigkeit zu vergewissern.*

<sup>2</sup> *Jede betroffene Person kann verlangen, dass unrichtige Daten berichtigt werden."*

bezeichnet werden<sup>2</sup> und dass insgesamt zu den gespeicherten Daten *keinerlei kritische Beurteilung* erfolgte.

- b) Wenn vorstehend gesagt wird, dass im Staatsschutzbereich die Richtigkeitskontrolle durch den EDSB und die EDSK wegen des Ausschlusses der betroffenen Person nur beschränkt möglich ist, so lässt sich im konkreten Fall immerhin festhalten, dass NN aus dem vorangegangenen gerichtlichen Verfahren gegenüber der Bundesanwaltschaft weitgehend Kenntnis von den gespeicherten Daten hat. In ihrem Überprüfungsersuchen weist die Anwältin von NN deshalb auf eine ganze Reihe von Fragwürdigkeiten der gespeicherten Daten hin, ohne indessen einlässliche Beweise vorzulegen. Weder der EDSB noch das Bundesamt haben sich mit dieser Kritik überhaupt auseinandergesetzt und die Vorbringen der Anwältin irgendwie gewürdigt.
6. Zu der unter Erw. 3 Bst. a genannten Rechtsfrage lässt sich festhalten, dass die am 21. März 2005 vom stellvertretenden Direktor des BAP geäusserte Auffassung, dass sich die beim DAP vorhandenen Daten für NN nicht, wie von der EDSK in Ziff. 2 des Urteils von 2003 befürchtet, nachteilig ausgewirkt haben, weil die Datenbearbeitung für ihn zu keinen nachteiligen Folgen geführt habe, *in mehrfacher Beziehung unzutreffend* ist. Wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) mehrfach festgehalten hat, beschränkt die behördliche Bearbeitung solcher Daten grundsätzlich die persönliche Freiheit und das Recht auf Privat- und Familienleben nach Art. 8 EMRK. Im Urteil P.G. und J.H. gegen Vereinigtes Königreich vom 25. September 2001 (Requête No 44787/98, Recueil 2001-IX) hat der EGMR seine Rechtsprechung zum Schutzbereich von Art. 8 EMRK zusammengefasst (§§ 56 - 59) und namentlich dargelegt, dass die gesammelten Dossiers der Sicherheitsdienste über ein Individuum unter Art. 8 EMRK fallen, *"même quand les informations n'ont pas été recueillies par une méthode agressive ou dissimulée"* (ROTARU c. Roumanie [GC], n° 28341/95, §§ 43-44, CEDH 2000-V). Der Gerichtshof verweist für sein Verständnis des Daten- und Persönlichkeitsschutzes dabei auf die Europäische Datenschutzkonvention vom 28. Januar 1981 (die von der Schweiz am 2. Oktober 1997 ratifiziert wurde; SR 0.235.1), und er bestätigt seine Auffassung aus dem Urteil Amann c. Schweiz vom 16. Februar 2000 (Requête No 27798/95, Recueil 200-II, §§ 65 - 67), *"où la Cour a estimé que la conservation d'informations relatives au requérant sur une fiche dans un dossier constituait une ingérence dans sa vie privée, même si cette fiche ne contenait aucun élément sensible et n'avait probablement jamais été consultée"* (Urteil P.G. und J.H. c. Vereinigtes Königreich vom 25. September 2001,

---

<sup>2</sup> **Art. 4 (Grundsätze) DSG** lautet:

<sup>1</sup> *Personendaten dürfen nur rechtmässig beschafft werden.*

<sup>2</sup> *Ihre Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig sein.*

<sup>3</sup> *Personendaten dürfen nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Beschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist."*

Requête No 44787/98, Recueil 2001-IX, § 57). Im Urteil ROTARU gegen Rumänien vom 4. Mai 2000 (Requête No 28341/95, Recueil 2000-V, § 44) stellte der EGMR bezüglich der Beeinträchtigung des Privatlebens, fest: "*Dies trifft auf den vorliegenden Fall umso mehr zu, als einige der Informationen für falsch befunden wurden und die Wahrscheinlichkeit besteht, dass sie den guten Ruf des Beschwerdeführers verletzen.*" Zudem hat der Richter und Gerichtspräsident WILDHABER zusammen mit sieben Kollegen in einer zustimmenden Meinung zum Urteil ROTARU festgehalten, dass die Weiterbearbeitung von mindestens teilweise als unrichtig erkannten Daten über Betätigungen des Beschwerdeführers ernsthafte Zweifel aufwerfe, "*ob der Eingriff in die Rechte des Beschwerdeführers sein berechtigtes Ziel gemäss Art. 8 Abs. 2 EMRK verfolgte*". Es gebe aber seiner Meinung nach "*keine Zweifel daran, dass der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig war*". Sodann bemerkt er mit Zustimmung der sieben weiteren Richter: "*Sich auf die mehr oder weniger undifferenzierte Aufbewahrung von Information betreffend das Privatleben von Einzelpersonen zur Verfolgung eines legitimen nationalen Sicherheitsinteresses zu beziehen, ist meiner Meinung nach evidentermassen problematisch. Es ist [...] schwer zu sehen, welches legitime Interesse der nationalen Sicherheit die fortwährende Aufbewahrung derartiger Informationen unter den gegebenen Umständen rechtfertigen könnte.*" (siehe deutsche Übersetzung des Urteils ROTARU c. Rumänien in Österreichische Juristenzeitung 2001, 56. Jg. Heft 2, S. 74 ff.). In jenem Fall ist aufgrund dieser Rechtsprechung festzuhalten, dass eine Aufbewahrung solcher Daten, deren Richtigkeit weder von der Bundesanwaltschaft noch vom DAP überprüft worden ist, obwohl die Herkunft dubios ist und obwohl die Richtigkeit vom Beschwerdeführer bekanntermassen in gerichtlichen Verfahren bestritten worden ist, *nicht zulässig sein kann*, es sei denn, dass überwiegende besondere Sicherheitsinteressen eine Aufbewahrung erheischen und ein Vermerk über die zweifelhafte, bestrittene Richtigkeit angebracht wurde.

7. Die Rechtfertigung für die Bearbeitung der Daten von NN gewinnt der DAP aus Art. 2 Abs. 3 BWIS, worin der Staatsschutzdienst verpflichtet wird, subsidiär zu der Bundeskriminalpolizei und den Kriminalpolizeien der Kantone präventiv Informationen auch über die organisierte Kriminalität zu sammeln.<sup>3</sup> Die EDSK kann auf eine

---

<sup>3</sup> **Art. 2 (Aufgaben) BWIS** lautet:

<sup>1</sup> *Der Bund trifft vorbeugende Massnahmen nach diesem Gesetz, um frühzeitig Gefährdungen durch Terrorismus, verbotenen Nachrichtendienst und gewalttätigen Extremismus zu erkennen. Die Erkenntnisse dienen den zuständigen Behörden des Bundes und der Kantone dazu, rechtzeitig nach ihrem massgebenden Recht eingreifen zu können.*

<sup>2</sup> *Die vorbeugenden Massnahmen erfassen auch Vorbereitungen zu verbotenem Handel mit Waffen und radioaktiven Materialien sowie zu verbotenem Technologietransfer.*

<sup>3</sup> *Der Bund unterstützt die zuständigen Polizei- und Strafverfolgungsbehörden, indem er ihnen Erkenntnisse über das organisierte Verbrechen mitteilt, namentlich wenn solche bei der Zusammenarbeit mit ausländischen Sicherheitsbehörden anfallen.*

<sup>4</sup> *Vorbeugende Massnahmen sind:*

Diskussion des Begriffs der organisierten Kriminalität bzw. der kriminellen Organisationen verzichten; dazu sei auf Rechtsprechung und Lehre zu Art. 260<sup>ter</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0)<sup>4</sup> verwiesen (z. B. STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Auflage, Zürich 1997, N. 3 ff. zu Art. 260<sup>ter</sup> StGB). Festzustellen ist im vorliegenden Fall, dass *eine Reihe von Informationen jedenfalls nichts mit einer allfälligen Tätigkeit einer kriminellen Organisation zu tun haben*, etwa die Informationen zur Akkreditierung vom (...) und zum Entzug der Akkreditierung vom (...) für NN. Das Bundesamt hat gegenüber der EDSK zugegeben, dass diese und weitere Daten nicht ins System ISIS, sondern allenfalls ins Informationssystem der Bundespolizei JANUS gehören. Der DAP hat somit bestätigt, dass eine Triage des Datenbestandes bezüglich der Daten unterlassen wurde, die (wenn überhaupt) in den Anwendungsbereich von Art. 2 BWIS fallen, und der Daten, die nicht in die ISIS-Datenbank gehören.

8. Im Rahmen der Kontrolle durch die EDSK wurde festgestellt, dass das EDA offensichtlich alle Akkreditierungsgesuche ausländischer diplomatischer und konsularischer Vertreter routinemässig dem DAP zuleitet. Dies bestätigt auch eine Weisung vom 1. August 2003 des Chefs DAP betreffend der Zusammenarbeit mit dem EDA, wonach *alle* Akkreditierungsgesuche von Botschaftern, Militärattachés und Honorarkonsuln zu überprüfen seien. Nach Auskunft des Bundesamtes erfolgt dabei mindestens eine ISIS-Abfrage; zusätzlich können Abklärungen bei Partnerdiensten vorgenommen werden. Alle Überprüfungen werden im ISIS erfasst. Nach Auffassung des Bundesamtes liegt die Rechtsgrundlage in Art. 2 Abs. 1 sowie in Art. 11 in Verb. mit Art. 13 Abs. 1 Bst. f des BWIS. Gemäss Art. 8 Abs. 2 Bst. c der Verordnung über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit vom 27. Juni 2001 (VWIS; SR 120.2) sind dem DAP unaufgefordert die in Anhang 1 Ziff. 2 aufgeführten Vorgänge und Feststellungen zu melden. Umgekehrt

- 
- a. *die periodische Beurteilung der Bedrohungslage durch die politischen Behörden und die Auftragserteilung an die Organe der inneren Sicherheit (Sicherheitsorgane);*
  - b. *die Bearbeitung von Informationen über die innere und die äussere Sicherheit;*
  - c. *die Personensicherheitsprüfungen;*
  - d. *die Massnahmen zum Schutz der Bundesbehörden, der völkerrechtlich geschützten Personen sowie der ständigen diplomatischen Missionen, der konsularischen Posten und der internationalen Organisationen."*

<sup>4</sup> **Art. 260<sup>ter</sup> (Kriminelle Organisation) Strafgesetzbuch** lautet:

*"<sup>1</sup> Wer sich an einer Organisation beteiligt, die ihren Aufbau und ihre personelle Zusammensetzung geheim hält und die den Zweck verfolgt, Gewaltverbrechen zu begehen oder sich mit verbrecherischen Mitteln zu bereichern,*

*wer eine solche Organisation in ihrer verbrecherischen Tätigkeit unterstützt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft.*

<sup>2</sup> *Der Richter kann die Strafe nach freiem Ermessen mildern (Art. 66), wenn der Täter sich bemüht, die weitere verbrecherische Tätigkeit der Organisation zu verhindern.*

<sup>3</sup> *Strafbar ist auch, wer die Tat im Ausland begeht, wenn die Organisation ihre verbrecherische Tätigkeit ganz oder teilweise in der Schweiz ausübt oder auszuüben beabsichtigt. Artikel 3 Ziffer 1 Absatz 2 ist anwendbar."*

erfolge die Weitergabe von Erkenntnissen des DAP an das EDA gemäss Art. 17 Abs. 1 BWIS bzw. Art. 18 Abs. 1 und Anhang 2 Ziff. 6 VWIS.

- a) Die EDSK stellt fest, dass für die Rechtfertigung der systematischen Überprüfung von Akkreditierungsgesuchen ausländischer Diplomaten im geltenden schweizerischen Polizeirecht des Bundes *nur Meldepflichten und Bekanntgabebefugnisse auf Verordnungsstufe* angerufen werden. Namentlich enthalten die Art. 2 Abs. 1 und Art. 13 Abs. 1 Bst. f BWIS keinen entsprechenden gesetzlichen Auftrag. Es kann in diesem Zusammenhang offen bleiben, worauf gestützt eine Anfrage des EDA und eine anschliessende Überprüfung durch den DAP *aus einem bestimmten, konkreten Anlass heraus* gerechtfertigt werden können (vgl. dazu unten Erw. 8 b). *Für die systematische Kontrolle aller Diplomaten unter Zusammenzug aller über sie vorhandenen polizeilich relevanten Informationen fehlt aber eine ausreichend bestimmte, gesetzliche Grundlage*, wie sie vom Bundesverfassungsrecht und von der EMRK gefordert werden.

Zu dieser Forderung hat das Bundesgericht in einem Leitentscheid (BGE 128 I 339) festgehalten: *"Das Legalitätsprinzip verlangt unter anderem eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit der anzuwendenden Rechtsgrundsätze. Das Erfordernis der Bestimmtheit steht im Dienste des Grundsatzes des Gesetzesvorbehalts, der Rechtssicherheit mit den Elementen der Berechenbarkeit und Voraussehbarkeit staatlichen Handelns sowie der rechtsgleichen Rechtsanwendung"*. Eine hinreichende und angemessene Bestimmtheit ist die zentrale verfassungsrechtliche Anforderung an die *gesetzliche Grundlage*, die zur Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe durch die polizeiliche Datenbearbeitung nach Art. 36 Abs. 1 Bundesverfassung (BV; SR 101) unerlässlich ist<sup>5</sup> (vgl. RAINER J. SCHWEIZER, St. Galler Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, 2002, Art. 36 Rz. 11 ff.; MARKUS SCHEFER, Die Beeinträchtigung von Grundrechten. Zur Dogmatik von Art. 36 BV, 2006, S. 53 ff., 73 ff. sowie Art. 17 DSG). Auch die Praxis der EGMR zur EMRK verlangt für Grundrechtsbeschränkungen, wie sie hier vorliegen (oben Erw. 6) eine angemessene Vorhersehbarkeit (genügende Bestimmtheit) der Rechtsnormen, die den Eingriff, so er notwendig ist, in einer demokratischen Gesellschaft rechtfertigen (vgl. GIORGIO MALINVERNI, *La réserve de loi dans les conventions internationales de sauvegarde des droits de l'homme*, RDUH 1990, S. 401 ff., LUZIUS WILDHABER/STEPHAN BREITENMOSER, Internationaler EMRK-Kommentar, Art. 8 Rz. 526, 556; MARK E. VILLIGER, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl. 1999, S. 346 ff.). Es ist *nicht ersichtlich*, wie aus den allgemeinen Bestim-

<sup>5</sup> Art. 36 (Einschränkungen von Grundrechten) Abs. 1 BV lautet:

*"1. Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer gesetzlichen Grundlage. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr."*

mungen des BWIS und vor allem aus den erwähnten Melde- und Bekanntgabevorschriften nach BWIS und VWIS der Zweck, der Umfang und die Schranken der Überprüfung von diplomatischen und konsularischen Vertreterinnen und Vertretern anderer Staaten in der Schweiz erkennbar und bestimmbar sein sollen.

- b) Im Weiteren ist es aber auch fraglich, ob die systematische, präventive Überprüfung der um Akkreditierung ersuchenden Diplomatinen und Diplomaten und sonstiger Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ausländischer Vertretungen in der Schweiz *völkerrechtlich* zulässig ist. Einschlägig ist das Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen vom 18. April 1961 (WÜD; SR 0.191.01), das per Analogie auch für die Beziehungen zwischen einem Sitz- resp. Gaststaat und den Vertretungen bei internationalen Organisationen auf seinem Staatsgebiet gilt und das z.B. zu seinen Vorläufern auch die Artikel IV ff. des Abkommens über die Vorrechte und Immunitäten der Organisationen der Vereinten Nationen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und dem Generalsekretär der Organisation der Vereinten Nationen, vom 11. Juni/1. Juli 1946 (SR 0.192.120.1) zählt. In der WÜD findet sich keine ausdrückliche Regelung über die Möglichkeit einer etwaigen "Überprüfung" von Diplomaten durch den Staatsschutz resp. Verfassungsschutz des vorgesehenen Empfangsstaates vor der Akkreditierung. Völkerrechtlich vorgesehen ist etwa, dass in den Sitzabkommen der Schweizerischen Eidgenossenschaft mit internationalen Organisationen ein Vorbehalt gemacht wird, wonach der Schweizerische Bundesrat befugt ist, im Interesse der Sicherheit der Schweiz zweckdienliche Vorsichtsmassnahmen zu treffen, wobei diese Befugnis mit einer grundsätzlichen Pflicht zur Zusammenarbeit mit der betreffenden Organisation im Anwendungsfall verbunden ist (vgl. z.B. Art. 25 Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Weltgesundheitsorganisation zur Festlegung des rechtlichen Statuts dieser Organisation in der Schweiz, vom 21. August 1948, SR 0.192.120.281; Art. 25 Abkommen zwischen dem Schweizerischen Bundesrat und der Weltorganisation für geistiges Eigentum zur Regelung des rechtlichen Statuts dieser Organisation in der Schweiz, vom 9. Dezember 1970, SR 0.192.122.23). Von den besonderen Fällen einer Gefährdung der Sicherheit der Schweiz unterscheiden die Sitzabkommen aber, entsprechend allgemeinem Diplomatenrecht, die Fälle eines Missbrauchs der diplomatischen Vorrechte und Immunitäten, wie er im vorliegenden Fall zur Diskussion stand (vgl. zu diesem Unterschied Antwort des Bundesrates auf eine einfache Anfrage vom 10. November 1993, in: SZIER 1994, S. 616; sowie BGE 130 III 436). Die Frage der Zulässigkeit einer präventiven sicherheitspolizeilichen Kontrolle muss somit aus allgemeinen Grundsätzen des Diplomatenrechts beantwortet werden.

Art. 29 WÜD hält fest, dass: "*die Person des Diplomaten unverletzlich ist. Er unterliegt keiner Festnahme oder Haft irgendwelcher Art. Der Empfangsstaat behandelt ihn mit gebührender Achtung und trifft alle geeigneten Massnahmen, um jeden Angriff auf seine Person, seine Freiheit oder seine Würde zu verhindern.*" Nach Art. 39 WÜD stehen dem Diplomaten diese Vorrechte und Immunitäten ab dem Zeitpunkt seiner Einreise in den Empfangsstaat zu. Diese Grundsätze von Art. 29 WÜD sind zweifelsohne bei sicherheits- und kriminalpolizeilichen Überprüfungen von akkreditierten Diplomaten zu beachten. Sie entfalten aber auch eine gewisse *Vorwirkung* vor der Akkreditierung, auch wenn ein, von einem Staat designierter Diplomat grundsätzlich keinen Rechtsanspruch auf Akkreditierung hat. Auf jeden Fall hat der Empfangsstaat die Pflicht, die Diplomaten *mit angemessenem Respekt und mit Achtung* zu behandeln und sie vor jedem Angriff auf ihre Person, Freiheit oder Würde zu schützen (EILEEN DENZA, *Diplomatic Law*, 1998, S. 218). In diesem Zusammenhang findet sich das Beispiel der Durchsuchung von Diplomaten vor dem Betreten eines Flugzeuges. Zu dieser Durchsuchung kann der Diplomat zwar nicht gezwungen werden, sie ist aber inzwischen üblich geworden, und im Falle einer Weigerung des Diplomaten hat die Fluggesellschaft das Recht, ihm das Betreten ihres Flugzeuges zu verweigern. Hieraus wird ersichtlich, dass der Diplomat die Möglichkeit hat, dieser Untersuchung zuzustimmen oder nicht. Im vorliegenden Fall der präventiven Sicherheitsüberprüfung eines Diplomaten geschieht diese ohne sein Wissen und Einverständnis. Auch wenn in der Literatur anerkannt wird, dass die diplomatischen Vorrechte nicht absolut gelten, so werden Ausnahmen doch stets *restriktiv* gehandhabt, und sie sind nur im Zusammenhang mit begründetem Verdacht einer Gefahr entweder für den Empfangsstaat oder aber den Diplomaten selbst zulässig. (DENZA, a.a.O. S. 220). Nachdem aber im vorliegenden Fall *jeder designierte Diplomat ohne begründeten Verdacht* überprüft wird, entspricht dies nicht diesen Ausnahmefällen.

Aufschlussreich ist auch ein Vergleich mit den völkerrechtlichen Grundsätzen für die Behandlung des diplomatischen Kuriergepäcks. Art. 27 und 35 WÜD regeln das Depeschenrecht und schützen unter anderem die Unverletzlichkeit des diplomatischen Kuriergepäcks. Im Zuge von einigen Missbrauchsfällen in den letzten Jahren stellte sich die Frage, ob und mit welchen Mitteln sich der Empfangsstaat gegen einen Missbrauch schützen könne. Wiederholt wurde z.B. Diplomatengepäck für den Transport von Drogen, Waffen, Sprengstoff und Schmuggelware verwendet. Während die Wiener Diplomatenrechtskonvention im Falle des Gepäcks eine Öffnung bzw. Kontrolle des Inhalts strikt verbietet, fehlen in Bezug auf eine Kontrolle der Person des Diplomaten ausdrückliche Vorschriften. Um dennoch Kontrollmassnahmen bei diplomatischem Kuriergepäck durchführen zu können, griffen die Staaten auf elektronische Durchleuchtungsmethoden zurück, allerdings im Regelfall

lediglich bei hinreichendem Verdacht (vgl. dazu das Statement der Britischen Regierung, die ein solches Vorgehen als rechtmässig anerkannt hat, allerdings mit dem Hinweis, dieses selbst nicht anzuwenden, ausser es ergäbe sich ein dringender Verdacht; MALCOLM SHAW, *International Law*, 2003, S. 677). Der Entwurf der International Law Commission zum Thema "Status of the Diplomatic Courier and the Diplomatic Bag not Accompanied by Diplomatic Courier" (siehe ULRICH SEIDENBERGER, *Die diplomatischen und konsularischen Immunitäten und Privilegien*, 1994, S. 209) lehnt hingegen *jede* Untersuchung des Gepäcks ab, ausser in Gegenwart von Vertretern des Sendestaates.

Nun kann es für den Empfangsstaat resp. bei internationalen Organisationen für den Gaststaat sicher Gründe geben, auch die Person des Diplomaten und dessen Aktivitäten zu überprüfen, um eventuelle, vom Diplomaten ausgehende Gefahren auszuschliessen. Allerdings setzt auch diese Argumentationslinie einen hinreichenden Verdacht voraus und darf ohne einen solchen keinesfalls vorgenommen werden.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass das internationale Diplomatenrecht, auch wenn es keine spezifischen Regeln betreffend die sicherheitspolizeilichen Kontrollen von Diplomaten kennt, jedenfalls solche Kontrollen bei akkreditierten Diplomaten im Falle eines ernsten, dringenden Verdachts akzeptiert, aber dass eine nicht anlassbezogene, generelle Überprüfung aller designierten ausländischen diplomatischen Vertreter der diesen geschuldeten Achtung widerspricht und unverhältnismässig erscheint. Zudem ist die systematische, präventive Überprüfung dieser Personen auf die vom BWIS erfassten Deliktgruppen hier schwerlich mit den *verfassungsrechtlichen und völkerrechtlichen Zielen und Pflichten der Schweiz zur freundlichen Kooperation des Landes mit anderen Staaten und mit den in der Schweiz wirkenden internationalen Organisationen* vereinbar (vgl. im vorliegenden Fall den Briefwechsel vom 22. Oktober/4. November 1946 zwischen der Schweiz und den Vereinten Nationen über die Vorrechte und Immunitäten dieser Organisation in der Schweiz, SR 0.192.120.11).

9. Nachdem die EDSK am 3. Februar 2003 entschieden hat, dass jedenfalls die Daten bei der Bundesanwaltschaft zu vernichten seien, nicht zuletzt, weil die Bundesanwaltschaft selber festgestellt hatte, dass sich aus den Daten kein Vorwurf kriminellen Handelns ergebe und kein Bedarf nach einer Massnahme bestehe, so fragt es sich auch, ob die Daten nicht aufgrund der *präjudiziellen Wirkung* des vorgenannten Urteiles gelöscht werden müssen. Nun ist es allerdings im Polizeibereich üblich, dass Daten auch unabhängig vom Resultat eines allfälligen Strafverfahrens oder administrativen Verfahrens unter bestimmten gesetzlich anerkannten Umständen im Hinblick auf spätere Bedürfnisse aufbewahrt werden. Ohne dieses Problem grundsätzlich zu beurteilen, ist im konkreten

Fall festzustellen, dass das BAP in jedem Fall bei den Einträgen zu NN einen *Vermerk über das Urteil der EDSK* anbringen muss. Dies hätte schon der EDSB bei seiner Kontrolle 2003/04 verlangen sollen, weil er ja nach DSGVO immer Kenntnis von allen Entscheidungen und Urteilen der EDSK bekommt.

10. Die letzte materielle Frage ist, ob dem Gesuchsteller nicht, wie er am 21. Juli 2003 verlangt hat, eine Auskunft nach Art. 18 Abs. 3 hätte erteilt werden müssen. Die EDSK stellt fest, dass der Dienst des EDSB im vorliegenden Fall nicht ausreichend geprüft hat, ob aufgrund einer Verfassungs- und EMRK-konformen Auslegung von Art. 18 Abs. 3 BWIS (zu dieser Frage hat sich die EDSK in ihrem Entscheid Nr. 09/05 vom 15. Februar/23. Mai 2006 grundsätzlich geäußert) der Gesuchsteller nicht hätte Auskunft erhalten sollen. Bezüglich der gesetzlichen Voraussetzung, dass die Auskunft nicht die innere oder äussere Sicherheit gefährden dürfe, spielt im vorliegenden Fall wiederum eine Rolle, dass der Gesuchsteller den wesentlichen Inhalt der bearbeitenden Daten – ausnahmsweise – schon kannte, weil er sich über diese Daten im Rahmen der Auseinandersetzung mit der Bundesanwaltschaft und dem Urteil der EDSK einigermaßen Kenntnis verschaffen konnte. Die Befürchtung, dass eine Auskunft oder mindestens eine begründete Ablehnung der Auskunft zu für die Sicherheit des Landes riskanten Informationen an die betroffene Person oder an ihr Umfeld führen würde, ist im vorliegenden Fall schwerlich begründbar. Bezüglich der zweiten gesetzlichen Voraussetzung für eine Auskunft, dem Schaden für die betroffene Person aus der Ungewissheit über die Registrierung, hat der Gesuchsteller ernsthafte Argumente über die möglichen Nachteile vorgebracht, die vom EDSB auch nicht ausreichend geprüft wurden. Der vorliegende Fall zeigt, dass die praktische Verweigerung einer Auskunft nach Art. 18 Abs. 3 BWIS wie das Fehlen einer zwingenden nachträglichen Informationspflicht (vgl. Art. 18 Abs. 6 BWIS) dem verfassungs- und menschenrechtlichen Persönlichkeits- und Datenschutz *keineswegs genügen* (vgl. Urteil EDSK vom 15.2./3.5.2006 Erw. 5 und 6). Da die bearbeiteten Daten weitestgehend zu vernichten sind, entfällt eine ausnahmsweise Auskunft nach Art. 18 Abs. 3 BWIS und es ist nur noch die Mitteilung nach Art. 18 Abs. 6 BWIS durchzuführen.

### **Feststellungen und Empfehlungen:**

1. Die Überprüfung der Daten von NN hat ergeben, dass die bearbeiteten Daten zu grossen Teilen keineswegs den Anforderungen an eine korrekte Datenbearbeitung im Sinne von Art. 4, 5 und 17 DSGVO genügen. Entsprechend sind diese Daten zu vernichten.
2. Soweit überhaupt Daten im Anwendungsbereich des BWIS bearbeitet werden müssen, sind die Unzuverlässigkeit der unbekanntenen Quellen zu vermerken und ein Verweis auf das Urteil der EDSK vom 3. Februar 2003 anzubringen.

3. Es wird festgestellt, dass der EDSB die Frage einer Auskunftserteilung nach Art. 18 Abs. 3 BWIS nicht ausreichend geprüft hat.
4. Es wird dem BAP empfohlen, NN gemäss Art. 18 Abs. 6 BWIS zu informieren.
5. (Parteientschädigung)
6. Mitteilungen an den EDÖB und das BAP.

Urteil der Eidgenössische Datenschutz- und Öffentlichkeitskommission vom 31.8.2006