

CH_VB JAAC 70.96 vom 31. August 2006

Bundesverwaltung, 2006-08-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_70.96__

FR: CH_VB JAAC 70.96 du 31 août 2006

IT: CH_VB JAAC 70.96 del 31 agosto 2006

Erwägungen

E. 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 E. 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 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101), unerlässlich ist^[7] (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 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG, SR 235.1). Auch die Praxis der EGMR zur EMRK verlangt für Grundrechtsbeschränkungen, wie sie hier vorliegen (oben E. 6) eine angemessene Vorhersehbarkeit (genügende Bestimmtheit) der 14

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 Bestimmungen 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 Diplomaten 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- respektive 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 respektive 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 des Abkommens 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 des Abkommens 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: Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht [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, 15

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 Depescherecht 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. 16

Nun kann es für den Empfangsstaat respektive 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 ernststen, 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

E. 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 17

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 EDÖK vom 15.2./3.5.2006 E. 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:

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