



## **Urteil vom 21. Juni 2016**

---

Besetzung

Richterin Kathrin Dietrich (Vorsitz),  
Richter Jürg Steiger, Richter Maurizio Greppi,  
Gerichtsschreiber Bernhard Keller.

---

Parteien

**X.** \_\_\_\_\_,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Bundesamt für Polizei (fedpol),**  
Rechtsdienst und Datenschutz, Nussbaumstrasse 29,  
3003 Bern,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Auskunft aus dem Schengener Informationssystem.

**Sachverhalt:****A.**

Nachdem der in der Schweiz wohnhafte X. \_\_\_\_\_ mehrfach an der Schweizer Grenze kontrolliert und befragt worden war, ersuchte er am 21. Januar 2016 das Bundesamt für Polizei (fedpol) um Auskunft zu allfälligen Einträgen im Schengen Informationssystem (SIS).

**B.**

Nach Rücksprache mit den zuständigen Behörden verweigerte das fedpol am 16. Februar 2016 die Auskunft mit einer Verfügung und machte geltend, deren Erteilung würde den Zweck einer Strafuntersuchung oder eines anderen Untersuchungsverfahrens in Frage stellen.

**C.**

Am 18. März 2016 erhebt X. \_\_\_\_\_ (Beschwerdeführer) Beschwerde gegen die Verfügung des fedpol (Vorinstanz) vom 16. Februar 2016 und beantragt deren Aufhebung und eine Anweisung, ihm die im SIS gespeicherten Daten bekannt zu geben. Er bringt vor, ein gegen ihn im Kanton [...] laufendes Strafverfahren werde gemäss Schreiben der zuständigen Staatsanwaltschaft demnächst eingestellt, von weiteren Strafverfahren habe er keine Kenntnis, ebenso wenig von Strafverfahren gegen Dritte, die ihn betreffen könnten. Die Verweigerung der Auskunft sei widerrechtlich und überdies unverhältnismässig.

**D.**

Am 15. April 2016 zieht die Vorinstanz ihre Verfügung vom 16. Februar 2016 aufgrund geänderter Umstände in Bezug auf den Sachverhalt in Wiedererwägung und teilt dem Beschwerdeführer mit, dass er im SIS nicht verzeichnet sei.

**E.**

Am 27. April 2016 zieht die Vorinstanz ihre Wiedererwägungsverfügung vom 15. April 2016 aufgrund erneut geänderter Umstände nochmals in Wiedererwägung und verweigert die Auskunft wiederum.

**F.**

In ihrer Vernehmlassung vom 11. Mai 2016 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde und in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Verweigerung der Akteneinsicht in den zugleich eingereichten Amtsbericht und dessen Beilagen. Sie legt die rechtlichen Grundlagen für die Prüfung eines Auskunftersuchens betreffend das SIS bzw. dessen nationalen Teil

(N-SIS) dar. Sie sei aufgrund des einschlägigen Rechts zur Verweigerung der Auskunft verpflichtet und dies sei auch nicht unverhältnismässig. Daran vermöge auch die inzwischen ergangene Einstellungsverfügung der [...] Strafverfolgungsbehörden nichts zu ändern.

#### **G.**

Am 13. Juni 2016 reicht der Beschwerdeführer eine Stellungnahme zur Vernehmlassung ein. Er hält an seinem Antrag fest und bringt im Wesentlichen vor, nach dem einschlägigen EU-Recht habe die Schweizer Behörde über die Auskunftserteilung bzw. Verweigerungsgründe zu entscheiden, nicht der ausschreibende Staat. Die Vorinstanz habe – soweit ersichtlich – keine eigenständige Prüfung vorgenommen. Er bestreitet, dass eine Strafuntersuchung oder ein anderes Untersuchungsverfahren gegen ihn laufe. Er sei zwar [Jahr] wegen [Delikt] zu einer bedingten Freiheitsstrafe verurteilt worden. Das einschlägige EU-Recht schränke verdeckte oder gezielte Kontrollen jedoch auf Fälle ein, in denen insbesondere aufgrund bisher begangener Straftaten zu erwarten sei, der Betroffene werde auch künftig schwere Straftaten begehen. Vorliegend sei der Strafrichter von der Annahme ausgegangen, er werde nicht rückfällig, ansonsten keine bedingt ausgesprochene Strafe möglich gewesen wäre, da die Voraussetzung, dass keine schlechte Legalprognose vorliegen darf, nicht erfüllt gewesen wäre.

#### **H.**

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich in den Akten befindlichen Dokumente wird in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen, soweit sie entscheidungswesentlich sind.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern eine Vorinstanz im Sinn von Art. 33 VGG entschieden hat und keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 VGG nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt.

**1.1** Beim angefochtenen Entscheid handelt es sich um eine Verfügung im Sinn von Art. 5 VwVG, die von einer Bundesbehörde und damit einer Vorinstanz gemäss Art. 33 Bst. d VGG erlassen wurde. Eine Ausnahme nach Art. 32 liegt nicht vor.

**1.2** Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat. Der Beschwerdeführer ist Adressat der Verfügung; seinem Antrag wurde im vorinstanzlichen Verfahren nicht entsprochen, weshalb er durch die angefochtene Verfügung formell und materiell beschwert und zur Beschwerde befugt ist.

**1.3** Der von der Vorinstanz dem Bundesverwaltungsgericht zusammen mit ihrer Vernehmlassung vom 11. Mai 2016 eingereichte vertrauliche Amtsbericht und die Beilagen wurden dem Beschwerdeführer nicht zur Akteneinsicht zugestellt. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zutreffend geltend macht, würde nämlich mit einer Bekanntgabe im Rahmen des Schriftenwechsels der Streitgegenstand – die Erteilung der Auskunft über allfällig vorhandene polizeiliche Informationen im SIS – im Sinne des Beschwerdeführers vorab entschieden. Da die Vorinstanz dem Beschwerdeführer im Rahmen ihrer Vernehmlassung soweit als möglich vom wesentlichen Inhalt des Amtsberichts Kenntnis gegeben hat und sich der Beschwerdeführer in den Schlussbemerkungen dazu äussern konnte, darf das Bundesverwaltungsgericht im vorliegenden Beschwerdeverfahren dennoch auf diesen Amtsbericht abstellen (Art. 28 VwVG).

**1.4** Die Vorinstanz hatte ihre ursprüngliche Verfügung vom 16. Februar 2016 am 15. April 2016 in Wiedererwägung gezogen, dem Antrag des Beschwerdeführers entsprochen und die Auskunft erteilt, er sei nicht im SIS verzeichnet. Am 27. April 2016 ist sie nochmals auf die Verfügung zurückgekommen und hat – wie ursprünglich – die diesbezügliche Information verweigert. Der Grund hierfür liegt in jeweils geänderten sachverhaltsbezogenen Umständen, auf die sie selbst keinen Einfluss hat. Es ist zu prüfen, ob die zweimalige Wiedererwägung zulässig war und welche Auswirkungen dies auf das vorliegende Verfahren hat.

**1.4.1** Die Beschwerde legt den Streitgegenstand fest. In der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege bildet das im Streit liegende Rechtsverhältnis zwischen Gemeinwesen und Privatperson den Streitgegenstand (CHRISTOPH

AUER, Streitgegenstand und Rügeprinzip im Spannungsfeld der verwaltungsrechtlichen Prozessmaximen, 1997, S. 34 und 39 ff.). Ausgangspunkt und Rahmen der Beschwerde bildet die angefochtene Verfügung als Anfechtungsobjekt. Zum Streitgegenstand kann daher nur werden, was bereits Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens war oder allenfalls hätte sein sollen und was zwischen den Parteien noch strittig ist. Letzteres ergibt sich aus den Parteibeghären, insbesondere den Beschwerdeanträgen. Der Streitgegenstand kann daher die gesamte Verfügung oder nur einen Teil derselben umfassen; im Laufe des Rechtsmittelverfahrens kann sich der Streitgegenstand demnach verengen bzw. um nicht mehr strittige Punkte reduzieren, grundsätzlich jedoch nicht erweitern oder inhaltlich verändern (BGE 136 II 457 E. 4.2 mit Hinweisen; Urteil des BVGer A-3982/2015 vom 4. Januar 2016 E. 3.1 mit Hinweisen; AUER, a.a.O., S. 35). Streitgegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens ist die Frage, ob dem Beschwerdeführer Auskunft über allfällige Einträge im SIS zu gewähren ist bzw. ob diese Auskunft zu Recht verweigert worden ist.

**1.4.2** Mit der Beschwerdeerhebung geht die Zuständigkeit zur Überprüfung und Beurteilung eines Rechtsverhältnisses auf die Beschwerdeinstanz über (sog. Devolutiveffekt der Beschwerde, Art. 54 VwVG). Indessen kann die Vorinstanz gemäss Art. 58 Abs. 1 VwVG ihre angefochtene Verfügung bis zu ihrer Vernehmlassung in Wiedererwägung ziehen. Die Praxis lässt aus prozessökonomischen Gründen die Wiedererwägung sogar bis zum Abschluss des Schriftenwechsels oder gar bis unmittelbar vor den Beschwerdeentscheid zu (BGE 130 V 138 E. 4.2; ANDREA PLEIDERER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz. 36 zu Art. 58). Die neue Verfügung ist ohne Verzug den Parteien und der Beschwerdeinstanz zuzustellen. Die Beschwerdeinstanz setzt das Verfahren fort, soweit dieses durch die neue Verfügung nicht gegenstandslos geworden ist. Beruht die Verfügung auf einem erheblich veränderten Sachverhalt, findet Art. 57 VwVG Anwendung, d.h. die Bestimmung über den Schriftenwechsel (Art. 58 Abs. 2 und 3 VwVG).

Eine mehrfache Wiedererwägung gilt als zulässig, soweit diese weder einen Rechtsmissbrauch noch ein treuwidriges Verhalten darstellt (vgl. PLEIDERER, a.a.O., Rz. 37 zu Art. 58). Die Vorinstanz macht für ihre Wiedererwägungen jeweils geänderte, entscheidungswesentliche Sachumstände geltend, auf die sie keinen Einfluss hat. Diese liessen die jeweils vorgängige Verfügung als nachträglich fehlerhaft erscheinen. Sie belegt diese Umstände im nur für das Gericht bestimmten geheimen Amtsbericht. Aufgrund

dessen erscheint ihr Verhalten weder rechtsmissbräuchlich noch treuwidrig. Es erschiene vorliegend vielmehr als treuwidrig, wenn die Vorinstanz auf die zweite Wiedererwägung verzichtet hätte, obwohl sie von neuen Tatsachen erfahren hatte, die ihre erste neue Verfügung als nachträglich fehlerhaft erscheinen lassen. Insofern ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz zweimal auf ihre ursprüngliche Verfügung zurückgekommen ist und diese letztlich bestätigt hat.

**1.4.3** Erlässt die Vorinstanz während hängigem Verfahren eine neue Verfügung, tritt diese an die Stelle der ursprünglichen Verfügung. Von einer neuen Verfügung ist zudem auch dann auszugehen, wenn aufgrund einer erneuten einlässlichen materiellen Prüfung die ursprüngliche Verfügung (lediglich) bestätigt wird (vgl. PLEIDERER, a.a.O., Rz. 44 zu Art. 58).

Unzulässig ist jedoch eine Anpassung der ursprünglichen Verfügung zuungunsten des Beschwerdeführers durch die Vorinstanz während des hängigen Beschwerdeverfahrens. Art. 62 Abs. 2 und 3 VwVG schränken die Möglichkeiten der Beschwerdeinstanz für einen solchen Entscheid ein und setzen eine vorgängige Anhörung der Parteien voraus. Dies gilt erst recht für die Vorinstanz. Wie im Rechtsmittelverfahren soll der Beschwerdeführer vor einer ungünstigen Änderung der angefochtenen Verfügung durch die Vorinstanz geschützt werden. Eine lite pendente erlassene Verfügung der Vorinstanz, die den Beschwerdeführer schlechter stellt, ist nichtig bzw. als Antrag an die Beschwerdeinstanz zu verstehen, in diesem Sinn zu entscheiden (PLEIDERER, a.a.O., Rz. 39 zu Art. 58 und THOMAS HÄBERLI, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz. 25 zu Art. 62).

Die neue Verfügung führt jedoch nicht von sich aus zur ganzen oder teilweisen Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens, vielmehr hat die Beschwerdeinstanz zu prüfen, ob mit der neuen Verfügung das Rechtsschutzinteresse entfallen ist. Eine neue Verfügung gilt zudem stets als durch die bereits erhobene Beschwerde gegen die ursprüngliche Verfügung mitangefochten (PLEIDERER, a.a.O., Rz. 45 f. zu Art. 58).

**1.4.4** Mit der zweiten Wiedererwägung hat die Vorinstanz in der Sache an ihrer ursprünglichen Verfügung festgehalten. Sie hat die neuen Verfügungen zeitgerecht, nämlich vor Einreichen ihrer Vernehmlassung erlassen. Die Verfügungen liegen innerhalb des für das vorliegende Beschwerdeverfahren massgebenden Streitgegenstands. Zu berücksichtigen ist, dass das

Bundesverwaltungsgericht zum Zeitpunkt des Erlasses der neuen Verfügungen eine allfällige Gegenstandslosigkeit noch nicht geprüft hatte. Angesichts dieser Umstände stellt die zweite neue Verfügung auch keine unzulässige Wiedererwägung zuungunsten des Beschwerdeführers dar. Es ist demzufolge nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz auf ihre erste neue Verfügung nochmals zurückgekommen ist. Solches macht der Beschwerdeführer denn auch nicht geltend. Nachfolgend ist somit die zweite neue Verfügung vom 27. April 2016 materiell zu prüfen bzw. als Anfechtungsobjekt zu behandeln.

**1.5** Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 und 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

## **2.**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Verletzungen von Bundesrecht – einschliesslich der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhalts und Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG). Es wendet das Recht von Amtes wegen an und ist an die Begründung der Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 62 Abs. 4 VwVG).

## **3.**

Der Beschwerdeführer bestreitet die Rechtmässigkeit der Verweigerung der Auskunft über allfällige Einträge im SIS. Gemäss Art. 8 des Datenschutzgesetzes vom 19. Juni 1992 (DSG, SR 235.1) in Verbindung mit Art. 50 der Verordnung über den nationalen Teil des Schengener Informationssystems (N-SIS) und das SIRENE-Büro vom 8. März 2013 (N-SIS-Verordnung, SR 362.0) habe er Anspruch auf einen Datenbankauszug. Dieser Anspruch dürfe nur dann eingeschränkt werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 9 Abs. 2 DSG erfüllt seien. Er habe – abgesehen von einem Strafverfahren im Kanton [...], für das jedoch gemäss Auskunft der zuständigen Staatsanwaltschaft kein Eintrag im SIS veranlasst worden sei und das zudem vor der Einstellung stehe – keine Kenntnis von Strafuntersuchungen und bestreitet, dass es effektiv eine laufende Untersuchung gebe. Zudem seien die Voraussetzungen für die Auskunftsverweigerung nicht erfüllt. Art. 58 Abs. 4 des Beschlusses des Rates 2007/533/JI vom 12. Juni 2007 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II) (ABl. L 205/63 vom 7. August 2007) sehe zwar vor, dass die Auskunftserteilung an den Betroffenen unterbleibe, wenn dies zur Durchführung einer rechtmässigen Aufgabe im Zusammenhang mit einer Ausschreibung oder zum

Schutz der Rechte und Freiheiten Dritter unerlässlich ist. Dieser Bestimmung komme jedoch keine eigenständige Bedeutung zu, denn gemäss Ziff. 1 richte sich das Auskunftsrecht nach nationalem Recht und der Beschluss sei kein höherrangiges Recht. Schliesslich rügt der Beschwerdeführer, er erfülle die Voraussetzungen für eine Ausschreibung im SIS zur verdeckten oder gezielten Kontrolle nicht. Art. 36 Abs. 2 des Beschlusses 2007/533/JI schränke diese Massnahme auf Fälle ein, bei denen die Gesamtbeurteilung einer Person, insbesondere aufgrund der bisher von ihr begangenen Straftaten, erwarten lässt, dass sie auch künftig schwere Straftaten begehen werde. Diese Voraussetzung, die die Vorinstanz gemäss Art. 49 Abs. 2 des Beschlusses 2007/533/JI hätte prüfen müssen, sei nicht erfüllt. Zudem hätte die Auskunft in diese zu Unrecht erfolgte Ausschreibung nicht verweigert werden dürfen.

**3.1** Die Vorinstanz legt in ihrer Vernehmlassung vom 11. Mai 2016 die europarechtlichen und nationalen Grundlagen für Auskunftsbegehren dar, die das SIS betreffen. Soweit keine staatsvertragliche oder staatsvertraglich massgeblich erklärte Regelung zur Anwendung komme, finde das schweizerische Datenschutzrecht Anwendung. Ihre Verfügung stütze sich auf Art. 58 des Beschlusses, Art. 41 der Verordnung (EG) 1987/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über die Einrichtung, den Betrieb und die Nutzung des Schengener Informationssystems der zweiten Generation (SIS II) (ABl. L 381/4 vom 18. Dezember 2006), Art. 7 des Bundesgesetzes vom 13. Juni 2008 über die polizeilichen Informationssysteme des Bundes (BPI, SR 361) in Verbindung mit Art. 9 Abs. 2 Bst. b DSG sowie auf Art. 50 N-SIS-Verordnung. Gemäss Art. 9 Abs. 2 DSG könne die Information oder die Auskunft verweigert werden, soweit diese den Zweck einer Strafuntersuchung oder eines anderen Untersuchungsverfahrens in Frage stelle. Eine solche Untersuchung könne in der Schweiz oder im Ausland erfolgen, wobei sie die Stellungnahme der ausschreibenden Behörde einholen und befolgen müsse. Sie prüfe dabei einzig, ob der Bearbeitungszweck eingehalten, die eingegangene Information erforderlich und richtig sei und ob bei einer Auskunftsverweigerung die Voraussetzungen von Art. 9 DSG eingehalten seien. Zu den vorgebrachten Rügen bringt die Vorinstanz – soweit die Geheimhaltung dies zulasse – vor, sie sei bei Vorliegen der entsprechenden Gründe gemäss Art. 9 DSG verpflichtet, die Auskunft zu verweigern. Gemäss dem massgeblichen internationalen Recht seien die ausschreibende Behörde und der Grund der Ausschreibung geheim zu halten. Die Bekanntgabe jeglicher Information, die ihr in diesem Zusammenhang vorliege, schädige das öffentliche Inte-

resse, weshalb sie die Auskunft weder teilweise erteilen noch den grundsätzlichen Inhalt bekannt geben könne. Die ins Recht gelegte Einstellungsverfügung der [...] Strafverfolgungsbehörde vermöge daran nichts zu ändern.

**3.2** Im Urteil A-7508/2009 vom 23. August 2010 hatte das Bundesverwaltungsgericht bereits einmal ein Auskunftersuchen zu beurteilen, das das SIS betraf und legte in E. 2 die entsprechenden Grundlagen dar. Dabei wurde festgehalten, dass das Abkommen zwischen der Schweiz, der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaft über die Assoziierung dieses Staates bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands vom 26. Oktober 2004 (SAA, SR 0.362.31) sowie das Übereinkommen zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen vom 19. Juni 1990 (Schengener Durchführungsübereinkommen, SDÜ, ABl. L 239/19 vom 22. September 2000) massgebend und für die Schweiz verbindlich sind.

**3.3** Die datenschutzrechtlichen Bestimmungen in Art. 102 bis 118 SDÜ (vgl. Urteil des BVGer A-7508/2009 vom 23. August 2010 E. 2.1) wurden am 9. April 2013 durch die Verordnung (EG) 1987/2006 und den Beschluss 2007/533/ abgelöst, wobei beide Erlasse zu den sog. Weiterentwicklungen des Schengen-Besitzstands zählen (vgl. Art. 52 Abs. 1 der Verordnung (EG) 1987/2006 und Art. 68 Abs. 1 des Beschlusses 2007/533/JI). In der Verordnung finden sich Regelungen zum SIS II, soweit Angelegenheiten im Anwendungsbereich des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft betroffen sind, d.h. namentlich für Ausschreibungen von Drittstaatsangehörigen zur Einreise- und Aufenthaltsverweigerung (vgl. Kapitel IV der Verordnung). Der Beschluss enthält demgegenüber Bestimmungen zum SIS II, soweit es sich um Angelegenheiten im Anwendungsbereich des Vertrags über die Europäische Union handelt. Dies betrifft Personenausschreibungen zum Zwecke der Übergabe- oder Auslieferungshaft (Kapitel V), Ausschreibungen von Vermissten (Kapitel VI), Ausschreibungen von Personen, die im Hinblick auf ihre Teilnahme an einem Gerichtsverfahren gesucht werden (Kapitel VII), Ausschreibungen von Personen und Sachen zum Zwecke der verdeckten oder gezielten Kontrolle (Kapitel VIII) sowie Sachfahndungsausschreibungen zur Sicherstellung oder Beweissicherung in Strafverfahren (Kapitel IX). Der Beschluss und die Verordnung regeln jeweils in Art. 20, welche Daten ins SIS II eingegeben werden können. Je

nach Art der Ausschreibung sind Zusatzinformationen vorgesehen, die nicht im SIS II gespeichert sind, aber mit einer Ausschreibung zusammenhängen und die die Mitgliedstaaten austauschen. Da keine weiteren Auskünfte vorgesehen sind, sind die Beweismittel beschränkt und hat ein Entscheid über die allfällige Auskunftserteilung auf der Grundlage der verfügbaren Daten zu erfolgen. Ohnehin kann keine absolute Gewissheit verlangt werden, es genügt vielmehr, wenn das Gericht in freier Würdigung der Beweise keine ernsthaften Zweifel an einer behaupteten Tatsache hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (BGE 130 III 321 E. 3.2; BVGE 2012/33 E. 6.2.1).

Beide Erlasse sind für die Schweiz verbindlich (vgl. Art. 1 Abs. 1 Bst. c und d des Bundesbeschlusses vom 13. Juni 2008 über die Genehmigung der Notenaustausche zwischen der Schweiz und der Europäischen Union betreffend die Übernahme der Rechtsgrundlagen zur Anpassung des Schengener Informationssystems [SIS] [Weiterentwicklung des Schengen-Besitzstands], AS 2008 5111) und regeln den Datenschutz bzw. das Auskunftsrecht in identischer Weise, nämlich in Art. 41 der Verordnung und in Art. 58 des Beschlusses. Der jeweilige Absatz 1 der erwähnten Artikel bestimmt, dass sich das Auskunftsrecht nach dem Recht desjenigen Mitgliedstaats richtet, in dessen Hoheitsgebiet dieses geltend gemacht wird. Für die Modalitäten der Auskunftserteilung oder –verweigerung gilt demzufolge das nationale Datenschutzrecht. Ein Mitgliedstaat, der die Ausschreibung nicht vorgenommen hat, darf jedoch nur Auskunft zu diesen Daten erteilen, wenn er vorher dem ausschreibenden Mitgliedstaat Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hat (Absatz 3). Die Auskunftserteilung an die betroffene Person hat gemäss Absatz 4 zu unterbleiben, wenn dies zur Durchführung einer rechtmässigen Aufgabe im Zusammenhang mit einer Ausschreibung oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten Dritter unerlässlich ist. Sowohl der Beschluss als auch die Verordnung schränken demnach mit dem Absatz 4 der erwähnten Artikel das grundsätzliche Auskunftsrecht ein.

Gemäss Art. 7 Abs. 1 BPI richtet sich das Auskunftsrecht bezüglich polizeilicher Informationssysteme des Bundes nach Art. 8 und 9 DSG. Dies gilt auch für den nationalen Teil des Schengener Informationssystems (Art. 2 Bst. c BPI). Zuständig für den Entscheid über die Auskunftserteilung ist die Vorinstanz, bei Ausschreibungen anderer Schengen-Staaten ist diesem zunächst Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen (Art. 50 Abs. 2 N-SIS-Verordnung). Art. 8 DSG räumt jeder Person das Recht ein, vom Inhaber einer Datensammlung Auskunft darüber zu verlangen, ob Daten über

sie bearbeitet werden und regelt die diesbezüglichen Modalitäten. Die Vorinstanz beruft sich jedoch auf Art. 9 Abs. 2 Bst. b DSG, wonach ein Bundesorgan die Auskunft verweigern, einschränken oder aufschieben kann, soweit diese den Zweck einer Strafuntersuchung oder eines andern Untersuchungsverfahrens in Frage stellt. Nach Rechtsprechung und Lehre muss sich die betreffende Untersuchung weder auf die um Auskunft ersuchende Person beziehen noch muss sie in der Schweiz stattfinden. Hingegen muss es sich um eine Untersuchung handeln, ein allgemeines, hängiges Verfahren genügt nicht (Urteil des BVGer A-7508/2009 vom 23. August 2010 E. 2.2.1 m.H.; GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, in: Maurer-Lambrou/Blechta [Hrsg.], Basler Kommentar Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz, 3. Aufl. 2014, Rz. 27 zu Art. 9 DSG). Art. 9 Abs. 2 Bst. b DSG regelt sodann einen Sonderfall der Geheimhaltung aus überwiegendem öffentlichen Interesse und kann eine gewisse Beschränkung des Auskunftsrechts rechtfertigen. Allerdings muss eine solche Einschränkung – angesichts der grossen Bedeutung des Auskunftsrechts für den Datenschutz – auf das zeitlich und sachlich unbedingt Notwendige begrenzt werden (BGE 125 II 473 E. 4.c). Die Einschränkung des Auskunftsrechts kommt in Betracht, wenn befürchtet werden muss oder klar ist, dass der Ablauf der Untersuchung durch die Erteilung der Auskunft erheblich gestört oder die sachgerechte Erfüllung der Aufgaben der Verwaltung in Frage gestellt würden (Urteil des BVGer A-7508/2009 vom 23. August 2010 E. 2.2.1; GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, a.a.O., Rz. 28 zu Art. 9 DSG). Zu beachten ist ferner, dass der Inhaber einer Datensammlung die Auskunft gemäss Art. 9 Abs. 1 Bst. a DSG verweigern, einschränken oder aufschieben kann, soweit ein Gesetz im formellen Sinn dies vorsieht, wobei Art. 3 Bst. j Ziff. 2 DSG ausdrücklich auch für die Schweiz verbindliche Beschlüsse internationaler Organisationen und von der Bundesversammlung genehmigte völkerrechtliche Verträge mit rechtsetzendem Inhalt dazu zählt. Demzufolge kann eine Auskunft auch wegen Geheimhaltungspflichten, die sich aus dem Schengen-Besitzstand ergeben, verweigert werden, wozu entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers beispielsweise auch Art. 58 Abs. 4 des Beschlusses 2007/533/JI zählt. Art. 9 DSG statuiert ein Anwendungsgebot. Sind die Voraussetzungen gegeben und auch das Prinzip der Verhältnismässigkeit gewahrt, muss die Auskunft verweigert werden (Urteil des BVGer A-7508/2009 vom 23. August 2010 E. 2.2.1; GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, a.a.O., Rz. 4 zu Art. 9 DSG).

**3.4** Die Rügen des Beschwerdeführers sind nach dem Gesagten zu prüfen, soweit schützenswerte Geheimhaltungsinteressen dies zulassen (Urteil des BVGer A-7508/2009 vom 23. August 2010 E. 3).

**3.4.1** Aus der Vernehmlassung geht hervor, dass die Vorinstanz aufgrund der ihr vorliegenden Informationen aus dem SIS II und aus allfälligen Zusatzinformationen Verweigerungsgründe gemäss Art. 9 Abs. 2 DSG in Verbindung mit dem SAA und dessen Ausführungsrecht geltend macht. Diese können sich etwa aus der Ausschreibung oder einer Stellungnahme mit einem ausschreibenden Schengen-Staat ergeben, der sich gegen die Auskunftserteilung ausgesprochen hat. Wie der Beschwerdeführer zu Recht geltend macht, ist einer ablehnenden Stellungnahme des ausschreibenden Staates jedoch nicht einfach stattzugeben, sondern zu prüfen, ob ein Verweigerungsgrund gegeben ist, was auch die Vorinstanz im letzten Absatz der Ziff. 2.2.2 ihrer Vernehmlassung anerkennt. Selbst wenn die Ausführungen der Vorinstanz teilweise missverstanden werden könnten, bestehen keine Hinweise, dass sie diese Prüfung im vorliegenden Fall unterlassen hätte. Unerheblich ist schliesslich eine Beteuerung der betroffenen Person, es werde keine Untersuchung gegen sie geführt oder sie habe keine Kenntnis davon. Gerade in einem frühen Stadium einer Untersuchung ist die Geheimhaltung wichtig und wären Auskünfte darüber, insbesondere wer und aus welchem Grund eine solche führt, geeignet, ihren Zweck zu vereiteln. Die Verweigerung der Auskunft, deren Voraussetzungen anhand der mit dem SIS II erhältlichen Information geprüft worden ist, stellt daher die einzige Möglichkeit dar, den Verpflichtungen der Schweiz, die sich aus dem SAA und dem darauf beruhenden Recht ergeben, nachzukommen. Die Vorinstanz macht denn auch geltend, aufgrund der ihr vorliegenden Information würde die Auskunftserteilung den Zweck einer Strafuntersuchung oder eines anderen Untersuchungsverfahrens in Frage stellen, der Tatbestand von Art. 9 Abs. 2 DSG sei somit erfüllt.

**3.4.2** Zur Rüge der Unzulässigkeit einer allfälligen verdeckten oder gezielten Kontrolle ist festzuhalten, dass einzig der ausschreibende Mitgliedstaat für die Rechtmässigkeit der Eingabe ins SIS II verantwortlich ist und nur dieser die von ihm eingetragenen Daten ändern, ergänzen, berichtigen, aktualisieren oder löschen darf (Art. 34 Abs. 1 und 2 der Verordnung (EG) 1987/2006 sowie Art. 49 Abs. 1 und 2 des Beschlusses 2007/533/JI). Aus Gründen der Geheimhaltung können keine Auskünfte erteilt werden, aufgrund welcher Umstände allenfalls eine Ausschreibung zur verdeckten oder gezielten Kontrolle erfolgt ist, noch ob allenfalls das vom Beschwerdeführer erwähnte schweizerische Urteil relevant wäre. Aufgrund der eher knappen, im SIS II auszutauschenden Information könnte ohnehin keine umfassende Beurteilung der Zulässigkeit erfolgen. Die angebliche Unzulässigkeit einer allfälligen Ausschreibung zur verdeckten oder gezielten

Kontrolle begründet sodann noch kein Auskunftsrecht für den Beschwerdeführer. Hätte die Vorinstanz Zweifel an der Rechtmässigkeit bzw. Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit oder eine unrechtmässige Speicherung der Daten, müsste sie vielmehr den Mitgliedstaat im Wege des Austauschs von Zusatzinformationen davon in Kenntnis setzen und bei Uneinigkeit könnte die Angelegenheit schliesslich dem Europäischen Datenschutzbeauftragten unterbreitet werden, der gemeinsam mit den betroffenen nationalen Kontrollinstanzen vermittelt (Art. 49 Abs. 3 und 4 des Beschlusses).

**3.5** Gemäss Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) hat staatliches Handeln verhältnismässig zu sein. Eine Verwaltungsmassnahme hat zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Ziels geeignet und notwendig zu sein, wobei Letzteres gegeben ist, wenn sich das Ziel mit keiner für den Betroffenen milderen Massnahme erreichen lässt. Zudem muss der angestrebte Zweck in einem vernünftigen Verhältnis zu den Belastungen stehen, die dem Privaten auferlegt werden, wobei hierzu eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen erfolgt (statt vieler: BGE 141 I 20 E. 6.2.1 mit Hinweisen; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 514 ff.). Die Verweigerung der Auskunft ist geeignet, die Geheimhaltungsverpflichtungen der Schweiz zu erfüllen und die Vereitelung eines Untersuchungsverfahrens bzw. einer Strafuntersuchung zu verhindern. Sie ist hierfür auch notwendig, d.h. das Ziel lässt sich nicht mit milderen Massnahmen erreichen. Da die Vorinstanz die Untersuchung nicht selbst führt und darauf auch keinen Einfluss hat, ist sie nicht in der Lage, die Auskunft bis zu einem bestimmten oder bestimmbareren Zeitpunkt aufzuschieben. Ein Aufschub als mildere Massnahme kommt daher nicht in Betracht. Schliesslich ist die Auskunftsverweigerung unter Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen zumutbar. Soweit im konkreten Fall Gründe nach Art. 9 DSG gegeben sind, besteht ein gewichtiges öffentliches Interesse an der Geheimhaltung von Untersuchungen über möglicherweise strafrechtlich relevante Sachverhalte und an der Verlässlichkeit der Schweiz als assoziiertes Schengen-Land, das die privaten Interessen des Beschwerdeführers an frühzeitigen Auskünften zur Untersuchung überwiegt.

**3.6** Zusätzlich hat das Bundesverwaltungsgericht die im geheimen, nur für das Gericht bestimmten Amtsbericht enthaltenen Informationen geprüft. Es kommt zum Schluss, dass die Ausführungen gemäss Amtsbericht nachvollziehbar und schlüssig sind und wenigstens zurzeit kein Handlungsbedarf besteht. Die Verweigerung der Auskunft erweist sich daher als rechtmässig. Die Vorinstanz ist allerdings darauf hinzuweisen, dass sie gehalten

wäre, eine genauere Abklärung bei den ausschreibenden Behörden zu verlangen, sollte sie in der Folge Hinweise bekommen, dass die Einträge nicht mehr erforderlich sein könnten, (vgl. Art. 49 Ziff. 3 des Beschlusses des Rates 2007/533/JI und Art. 34 Ziff. 3 der Verordnung (EG) Nr. 1987/2006). Schliesslich weist die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung selbst zutreffend darauf hin, dass jede Person gemäss Art. 27 Abs. 2 DSG das Recht hat, vom Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (EDÖB) zu verlangen, dass er bei einer bestimmten Behörde datenschutzrechtlich relevante Sachverhalte bzw. die Einhaltung der in Frage stehenden datenschutzrechtlichen Vorgaben durch die Behörde abklärt. Die Beschwerde erweist sich daher als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **4.**

Bei diesem Verfahrensausgang gilt der Beschwerdeführer als unterliegend. Er hat deshalb die Verfahrenskosten in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 VwVG und Art. 2 und 3 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) in der Höhe vom Fr. 800.— zu tragen. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

#### **5.**

Die Vorinstanz hat unabhängig vom Ausgang der Beschwerdeverfahrens keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Dem unterliegenden Beschwerdeführer steht ebenfalls keine Parteientschädigung zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 VGKE).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

#### **2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 800.— werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

#### **3.**

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ...; Einschreiben)
- das Generalsekretariat EJPD (Gerichtsurkunde)
- den Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (z.K., B-Post)

Die vorsitzende Richterin:

Der Gerichtsschreiber:

Kathrin Dietrich

Bernhard Keller

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: