

CH_VB JAAC 70.27 vom 28. Januar 2004

Bundesverwaltung, 2004-01-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ch_vb_JAAC_70.27__

FR: CH_VB JAAC 70.27 du 28 janvier 2004

IT: CH_VB JAAC 70.27 del 28 gennaio 2004

Erwägungen

E. 1

- Fehlen Einträge in schweizerischen Registern und bei schweizerischen Amtsstellen, so ist der zu überprüfenden Person Gelegenheit zu geben, selber taugliche Beweismittel beizubringen (E. 3 und 4). - Im vorliegenden Fall wurde das Grundrecht des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Sinne von Art. 29 Abs. 2 BV verletzt, indem die Vorinstanz bei einem jahrelang im Ausland stationierten Schweizer Bürger keinen materiellen Entscheid fällte, sondern «mangels verfügbarer Daten» lediglich eine Feststellungsverfügung erliess (E. 3 und 4). - Die Rekurskommission ist befugt, anstelle der Fachstelle einen materiellen Entscheid zu fällen; in casu erlässt die Rekurskommission eine positive Risikoverfügung (E. 5). *Sicurezza interna. Controllo di sicurezza relativo alle persone. Decisione di accertamento e diritto di essere sentito. Decisione materiale. Art. 20 e art. 21 cpv. 5 LMSI. Art. 21 cpv. 1 lett. d OCSP. Art. 29 cpv. 2 Cost. - Esame a titolo preliminare della costituzionalità della decisione di accertamento ai sensi dell'art. 21 cpv. 1 lett. d OCSP (consid. 2).* - In assenza di iscrizioni nei registri svizzeri e presso autorità svizzere, la persona da controllare deve avere la possibilità di fornire direttamente mezzi di prova idonei (consid. 3 e 4). - Nella fattispecie, è violato il diritto fondamentale di essere sentito ai sensi dell'art. 29 cpv. 2 Cost., poiché l'autorità inferiore non ha preso alcuna decisione materiale al riguardo di un cittadino svizzero stazionato per molti anni all'estero, limitandosi ad emanare una decisione di accertamento a causa della mancanza di dati (consid. 3 e 4). - La Commissione di ricorso è competente per statuire al posto dell'autorità specializzata; in casu la Commissione di ricorso emana una decisione positiva (consid. 5). Aus den Erwägungen: 2.a. Die Fachstelle Personensicherheitsprüfung hat vorliegend eine Feststellungsverfügung nach Art. 21 Abs. 1 Bst. d der Verordnung vom 19. Dezember 2001 über die Personensicherheitsprüfungen (PSPV, SR 120.4) erlassen. Die Möglichkeit, eine Feststellungsverfügung zu erlassen, steht in Art. 21 Abs. 1 PSPV neben jener einer positiven Risikoverfügung, einer Risikoverfügung mit Auflagen und einer negativen Risikoverfügung (Bst. a - c). Während die eben genannten drei Verfügungen Entscheide in der Sache selbst sind und zum Sicherheitsrisiko, das die geprüfte Person darstellt, Stellung

E. 2

nehmen, ist die Feststellungsverfügung ein Nichtentscheid, der lediglich festhält, es sei der Fachstelle mangels Datenverfügbarkeit nicht möglich, die für die Ausstellung einer Risikoverfügung notwendigen Daten zu erheben. Die Feststellungsverfügung ist erst mit der Revision vom 19. Dezember 2001 in die Verordnung aufgenommen worden; in der Verordnung vom 20. Januar 1999 über die Personensicherheitsprüfungen (aPSPV von 1999, AS 1999 655) war sie nicht erwähnt. Aus Art. 15 Abs. 1 aPSPV war lediglich zu entnehmen, dass eine positive und eine negative Sicherheitserklärung sowie eine Sicherheitserklärung mit Vorbehalt zulässig waren. Auch im Bundesgesetz vom 21. März

1997 über Massnahmen zur Wahrung der inneren Sicherheit (BWIS, SR 120) ist die Feststellungsverfügung nicht ausdrücklich erwähnt. Art. 21 Abs. 2 BWIS spricht davon, dass die Fachstelle der geprüften Person das Ergebnis der Abklärungen und ihre Beurteilung des Sicherheitsrisikos mitteilt. Aus Art. 21 Abs. 3 BWIS ist zu entnehmen, dass eine positive und eine negative Sicherheitserklärung sowie eine Sicherheitserklärung mit Vorbehalt möglich ist. Von einer Feststellungsverfügung, wie sie in Art. 21 Abs. 1 Bst. d PSPV vorgesehen ist, spricht das Gesetz nicht. Es gilt daher zu prüfen, ob der Bundesrat, indem er diese Möglichkeit in die Verordnung aufgenommen hat, die Grenzen seiner Rechtssetzungsbefugnis überschritten hat. b. Der Rekurskommission des Eidgenössischen Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport (VBS) steht es als richterliche Instanz zu, vorfrageweise Verordnungen der Verwaltung auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen («konkrete Normenkontrolle»; BGE 124 II 241, BGE 119 Ia 245 E. 5a, BGE 119 IV 262 E. 2, BGE 118 Ib 245 E. 3b, BGE 114 Ib 19 E. 2; VPB 59.59 S. 499; Häfelin/Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Aufl., Zürich 2001, Rz 2096). Sie unterwirft dieser Kontrolle insbesondere die auf eine gesetzliche Delegation gestützten (unselbständigen) Verordnungen (vgl. BGE 110 II 72 E. 2, BGE 109 V 218 E. 5a, BGE 107 Ib 246 E. 4). Geprüft wird dabei, ob solche Verordnungen sich in den Grenzen der dem Bundesrat im Gesetz eingeräumten Befugnisse halten und - soweit das Gesetz die Verwaltung nicht ermächtigt, von der Verfassung abzuweichen - auch die Verfassungsmässigkeit der Verordnung. Wird dem Bundesrat durch die gesetzliche Delegation ein sehr weiter Spielraum des Ermessens für die Regelung auf Verordnungsebene eingeräumt, so ist dieser Spielraum nach Art. 191 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) für die Rekurskommission VBS verbindlich. Sie hat sich auf die Prüfung zu beschränken, ob die umstrittenen Verordnungsvorschriften offensichtlich aus dem Rahmen der der Verwaltung im Gesetz delegierten Kompetenzen herausfallen oder aus anderen Gründen verfassungs- oder gesetzwidrig sind. Es ist ihr dagegen verwehrt, die Angemessenheit zu prüfen und allenfalls ihr eigenes Ermessen an die Stelle desjenigen der Verwaltung zu setzen oder die Zweckmässigkeit zu untersuchen (vgl. BGE 124 II 245 E. 3, BGE 121 II 467 E. 2a, BGE 120 Ib 102 E. 3a, BGE 120 V 457 E. 2b, BGE 119 Ia 245 E. 5a, BGE 118 Ib 88, BGE 118 Ib 372, BGE 114 Ib 19 E. 2, BGE 109 Ib 288 E. 2a, BGE 109 V 219; Grisel, *Traité de droit administratif*, Volume I, Neuchâtel 1984, S. 328; Moor, *Droit administratif*, Volume I: *Les fondements généraux*, 2ème éd., Berne 1994, S. 263 f.; Häfelin/Haller, a.a.O., Rz 2099). Die vom Bundesrat verordnete Regelung verstösst allerdings dann gegen Art. 4 BV, wenn sie sich nicht auf ernsthafte Gründe stützen lässt, wenn sie sinn- oder zwecklos ist oder wenn sie rechtliche

E. 3

Unterscheidungen trifft, für die sich ein vernünftiger Grund nicht finden lässt (BGE 120 V 457 E. 2b, BGE 120 Ib 102 E. 3a, BGE 119 Ia 245 E. 5, BGE 118 V 225 E. 2b, BGE 118 Ib 538 E. 1). c. Art. 21 Abs. 5 BWIS ermächtigt den Bundesrat, die Einzelheiten der Sicherheitsprüfung zu regeln. Eine solche Gesetzesdelegation stellt ein Durchbrechen des Grundsatzes der Gewaltenteilung und eine Einschränkung der demokratischen Rechte dar, weshalb mehrere Voraussetzungen an die Zulässigkeit der Gesetzesdelegation gestellt werden. So darf die Delegation nicht durch die Verfassung ausgeschlossen sein, die Delegationsnorm muss in einem Gesetz im formellen Sinn enthalten sein, sie muss sich auf eine bestimmte, genau umschriebene Materie beschränken und die Grundzüge der delegierten Materie müssen in einem Gesetz im formellen Sinn umschrieben sein

(Häfelin/Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 407 ff.). Je nach Art des Eingriffs und je nach Handlung sind strengere oder weniger strenge Anforderungen an die gesetzliche Grundlage zu stellen (BGE 118 Ia 310 E. 2a). Die in der zitierten Doktrin verlangten Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Delegation sind vorliegend erfüllt: Die Delegation ist durch die Verfassung nicht ausgeschlossen und in einem formellen Gesetz enthalten, welches die Grundzüge selber regelt. Bleibt einzig die Frage, ob der Bundesrat mit der Einführung der Feststellungsverfügung sich innerhalb der delegierten Rechtssetzungsbefugnis gehalten hat. In der Botschaft des Bundesrates zum BWIS wird die Feststellungsverfügung ebenfalls nicht erwähnt; dort ist nur davon die Rede, dass eine Sicherheitserklärung erteilt oder verweigert oder mit Vorbehalten versehen wird (BBJ 1994 1188), dies sowohl im Zusammenhang mit den Rechtsmitteln als auch im Zusammenhang mit der Pflicht zur Begründung des Entscheides. In den Räten wurden die Bestimmungen nicht im einzelnen beraten. Die Rekurskommission bezweifelt zwar, dass es ein praktisches Bedürfnis für eine Feststellungsverfügung gibt, denn das BWIS kennt ausdrücklich die Sicherheitsverfügungen mit Vorbehalten, und ein solcher Vorbehalt kann auch darin bestehen, dass die Sicherheitserklärung erteilt wird, jedoch mit dem Hinweis darauf, dass der Entscheid auf einer ungenügenden Datenerhebung beruht. Auf der andern Seite kann aber auch nicht geschlossen werden, diese Lösung sei gänzlich sinn- und zwecklos. Die Frage, ob die anlässlich der Revision erfolgte zusätzliche Aufnahme der Feststellungsverfügung in den Verordnungstext gesetzeskonform ist, wäre wohl zu verneinen, kann aber vorliegend offen bleiben, denn auch für die Feststellungsverfügung müssen die gleichen prozessualen Anforderungen - insbesondere bezüglich des rechtlichen Gehörs - gelten wie für eine negative Risikoverfügung oder eine solche mit Auflagen. Die Rekurskommission ist - wie noch zu zeigen sein wird (E. 3 und 4) - der Auffassung, dass diese Anforderungen im vorliegend zu beruteilenden Fall nicht erfüllt worden sind. 3.a. Das Grundrecht des Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV gilt für alle Rechtsanwendungsorgane im Bund wie in den Kantonen (Häfelin/Haller, a.a.O., Rz 836). Das rechtliche Gehör im engeren Sinne verleiht einer Partei insbesondere einen verfassungsrechtlich gesicherten Anspruch auf Teilnahme an der Abklärung des Sachverhalts. Es ist den Parteien die Möglichkeit zu geben, an der Erhebung von Beweisen entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern (BGE 124 II 132; Häfelin/Haller, a.a.O., Rz. 838; Häfelin/Müller, a.a.O., Rz 1686;

E. 4

Hotz, St. Galler Kommentar zu Art. 29 BV, Rz. 33 in: Die schweizerische Bundesverfassung, Hsg. Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender, Zürich 2002). Dem wird mit Art. 20 Abs. 2 Bst. e und f BWIS Rechnung getragen. Dieser verfassungsrechtliche Anspruch ist auch verfahrensrechtlich im Bundesgesetz vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) konkretisiert, indem dort nicht nur das Recht, sondern sogar die Pflicht auf Mitwirkung am Beweisverfahren stipuliert wird (Art. 13 und Art. 18 VwVG). b. Die PSPV in der Fassung vom 19. Dezember 2001 unterscheidet in Art. 9 drei Abstufungen der Sicherheitsprüfung: die Grundsicherheitsprüfung, die erweiterte Sicherheitsprüfung und die erweiterte Sicherheitsprüfung mit Befragung. Diese drei Arten werden in den Art. 10 - 12 PSPV näher umschrieben. Die PSPV in der Fassung vom 20. Januar 1999 kannte diese Abstufung nicht. Ebenso wenig wird sie im BWIS ausdrücklich erwähnt. Die drei Abstufungen führen zu einer unterschiedlich gründlichen Abklärung des Sachverhalts. Während bei der Grundsicherheitsprüfung lediglich die Daten gemäss Art. 20 Abs. 2 Bst. a und d BWIS

erhoben werden, liegen der erweiterten Sicherheitsprüfung die Daten nach Art. 20 Abs. 2 Bst. a - e BWIS zugrunde. Nur bei der erweiterten Sicherheitsprüfung mit Befragung erfolgt zusätzlich die in Art. 20 Abs. 2 Bst. f BWIS vorgesehene Befragung der geprüften Person. Diese Befragung gibt der geprüften Person die Möglichkeit, weitere Beweismittel zu nennen, insbesondere auch Drittpersonen nach Art. 20 Abs. 2 Bst. e BWIS zu bezeichnen. Die PSPV sieht deshalb in Art. 10 Abs. 3 und in Art. 11 Abs. 3 zurecht vor, dass dort, wo die Datenquellen die geprüfte Person belastende Informationen liefern, eine erweiterte Sicherheitsprüfung mit Befragung stattfinden muss. Nicht vorgesehen ist die Überführung einer Grundsicherheitsprüfung in eine erweiterte Sicherheitsprüfung mit Befragung für den Fall, dass die geprüfte Person in den Registern nach Art. 20 Abs. 2 Bst. a und d BWIS nicht verzeichnet bzw. dass eine erweiterte Sicherheitsprüfung zu einer Feststellungsverfügung führt, wie dies vorliegend der Fall ist. Die Feststellungsverfügung wurde ohne Befragung des Beschwerdeführers erlassen, und er hatte weder Gelegenheit, Auskunftspersonen zu bezeichnen, noch überhaupt zum Verfahren Stellung zu nehmen. Indem in Art. 11 Abs. 3 PSPV nicht vorgesehen ist, dass auch dort, wo Registerinträge überhaupt fehlen bzw. die Auskünfte ungenügend sind, eine Befragung durchgeführt werden muss, verletzt die Ordnungsbestimmung und deren Anwendung daher Art. 29 Abs. 2 BV. Dass auch die Fachstelle Zweifel an der Zulässigkeit einer solchen Feststellungsverfügung hatte, zeigen die Erläuterungen zur Verordnung über die Personensicherheitsprüfung vom Januar 2002, welche von der Beschwerdegegnerin selbst verfasst wurden. Dort wird verlangt, dass die Personaldienste Personen, über die die schweizerischen Register nicht genügend Daten enthalten, auffordern sollen, einen Strafregisterauszug aus dem Land ihres letzten Aufenthaltes beizubringen. Damit soll vor Erlass der Feststellungsverfügung der betroffenen Person die Möglichkeit gegeben werden, notwendige Beweise und Registerauszüge selber beizubringen, um so trotz fehlenden schweizerischen Unterlagen und Registerauszügen eine Risikoverfügung erlassen zu können. Es ist festzustellen, dass die Vorinstanz

E. 5

nach den der Rekurskommission vorliegenden Akten im zu beurteilenden Fall nicht nach den - wie erwähnt - von ihr selbst verfassten Erläuterungen vorgegangen ist. 4.a. Aus Art. 29 Abs. 2 BV folgt aber auch, dass sich die Betroffenen in einem Verfahren zu allen wesentlichen Punkten äussern können müssen, bevor die Behörde eine Anordnung trifft. Diese Pflicht, vor Erlass einer Verfügung dem Betroffenen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, ist für das Verfahren vor Bundesbehörden in Art. 30 Abs. 1 VwVG festgehalten (BGE 126 V 130, BGE 126 V 131f; BGE 120 Ib 383; Häfelin/Haller, a.a.O., Rz. 838; Häfelin/Müller, a.a.O., N 1677 und 1680; Hotz, a.a.O., Rz. 27f). Die Fachstelle gab dem Beschwerdeführer keine Gelegenheit, sich zur geplanten Verfügung zu äussern und verletzte damit dessen rechtliches Gehör. Man muss davon ausgehen, dass auch Art. 20 Abs. 1 PSPV, welcher eine Anhörung vor Erlass einer Feststellungsverfügung nicht vorsieht, das rechtliche Gehör verletzt und somit verfassungswidrig ist. b. Damit muss nicht näher auf das Argument der Beschwerdegegnerin eingegangen werden, dass die Durchführung einer Grundsicherheitsprüfung, d. h. das Vorhandensein von Registerdaten, Voraussetzung für die Durchführung jeder Sicherheitsprüfung sei. Anzumerken bleibt, dass sich eine solche Wertung der in Art. 20 Abs. 2 BWIS genannten Beweismittel zum mindesten nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt. Aus der Geschichte dieses Gesetzes, welches ein Resultat der so genannten Fichenaffäre ist, muss aber geschlossen werden, dass die Nennung der Beweismittel nicht zum Ziel hatte, gewisse Beweismittel zwingend

vorzuschreiben, sondern die zulässigen Beweismittel zu limitieren, um eben beispielsweise Fichen auszuschliessen. Dem Beschwerdeführer ist zuzustimmen, dass die in Art. 20 Abs. 2 BWIS genannten Beweismittel gleichrangig sind. c. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Entscheid der Fachstelle das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers verletzt und deshalb aufzuheben ist. 5.a. Die Verletzung des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf Gewährung des rechtlichen Gehörs führt grundsätzlich zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids, unabhängig davon, ob die fraglichen verfahrensrechtlichen Mängel einen Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens hatten (BGE 126 V 132 mit weiteren Hinweisen; Häfelin/Haller, a.a.O., Rz. 839; Hotz, a.a.O., Rz. 26). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts kann der Mangel der Gehörsverweigerung ausnahmsweise dann geheilt werden, wenn die unterbliebene Anhörung, Akteneinsicht, Beweiserhebung oder Beweiswürdigung in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt werden kann, sofern die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Kognition entscheidet wie die untere Instanz (vgl. BGE 126 V 132; Häfelin/Müller, a.a.O., Rz. 1709 ff; Hotz, a.a.O., Rz. 26). Die Rekurskommission VBS kann die bei ihr angefochtenen Entscheide in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht sowie in bezug auf deren Angemessenheit frei überprüfen (Moser, in: Moser/Uebersax, Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen, Basel 1998, Rz. 3.55). Die Rekurskommission kann somit die vom Beschwerdeführer beigebrachten Unterlagen, welche Auskunft über seine Aktivitäten im Ausland geben, bei ihrer Entscheidungsfindung mitberücksichtigen. Sie könnte auch die unterbliebene persönliche Befragung des Beschwerdeführers selber nachholen. Eine solche Befragung kann jedoch in antizipierter Beweiswürdigung unterbleiben, da der

E. 6

Beschwerdeführer von denjenigen Personen, die er als Auskunftspersonen im Sinne von Art. 20 Abs. 2 Bst. e BWIS genannt hat, bereits schriftliche Äusserungen eingereicht hat. Damit führt die reformatorische Erledigung der Beschwerde, zu welcher die Rekurskommission nach Art. 61 Abs. 1 VwVG berechtigt ist, auch nicht zu einer umfassenden Beweiserhebung durch die Beschwerdeinstanz (Moser, a.a.O., Rz 3.87). b. Wie den Unterlagen des Beschwerdeführers zu entnehmen ist, arbeitete dieser während 20 Jahren für die Schweizer Firma C. AG im Land Y. Seine Arbeitgeberin attestiert ihm hervorragend geleistete Arbeit. Aus familiären Gründen kehrte der Beschwerdeführer in die Schweiz zurück, wo er am Hauptsitz der C. AG in Z., notabene bei der gleichen Firma, einen Arbeitsplatz angeboten bekam. Der Umstand, dass die Arbeitgeberin, für welche der Beschwerdeführer über 20 Jahre im Land Y. gearbeitet hat, den Beschwerdeführer in der Schweiz ebenfalls anstellen will, zeugt vom grossen Vertrauen, das sie ihm entgegenbringt. c. Zudem reichte der Beschwerdeführer als Beilage zu seinem Rekurs schreiben vom (...) neben dem bereits erwähnten Arbeitszeugnis eine Staatsangehörigkeits- und Immatrikulationsbestätigung, eine Bestätigung des schweizerischen Generalkonsuls im Land Y., wonach «nichts Nachteiliges» über ihn bekannt sei sowie einen Leumundsbericht von E. K., dem Generalkonsul im Land Y. von 1997 bis 2000, ein. d. Die Rekurskommission erachtet die vom Beschwerdeführer eingereichten Dokumente zur Erstellung einer Risikoanalyse in diesem speziellen Fall als genügend, zumal diese Unterlagen teils Dokumente von Behörden darstellen und der Wahrheitsgehalt sowie die Richtigkeit aller vom Beschwerdeführer beigebrachten Unterlagen nicht zweifelhaft sind. Aus den vorerwähnten Dokumenten geht eindeutig hervor, dass der Beschwerdeführer sich während seines Aufenthalts in Y. niemals etwas hat zuschulden kommen lassen, sondern er vielmehr ein hochgeachtetes Mitglied der Schweizer Kolonie im Land Y. war. Gemäss Art.

1 BWIS dient dieses Gesetz der Sicherung der demokratischen und rechtsstaatlichen Grundlage der Schweiz sowie dem Schutz der Freiheitsrechte ihrer Bürger. Im Falle einer Personensicherheitsprüfung geht es für die zuständige Behörde letztlich darum, abzuklären, ob die betroffene Person für die innere und äussere Sicherheit der Schweiz ein Risiko darstellt (vgl. Art. 20 BWIS in Verbindung mit Art. 21 PSPV). Die Rekurskommission erachtet es unter Berücksichtigung der vom Beschwerdeführer beigebrachten behördlichen Dokumente und insbesondere in Würdigung der Leumundsberichte als erwiesen, dass der Beschwerdeführer durch seine Aktivitäten im Ausland kein solches Risiko darstellt.

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